



Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Ciencias Económicas  
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



# Contribución al estudio del régimen legal de las sociedades anónimas especialmente en lo relacionado con derechos del fumador

Berisso Obejero, Alberto E.

1950

Cita APA:

Berisso Obejero, A. (1950). Contribución al estudio del régimen legal de las sociedades anónimas especialmente en lo relacionado con derechos del fumador. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas

Este documento forma parte de la colección de tesis doctorales de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios". Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.  
Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires

~~XXXXXXXXXX~~  
Alberto L. Herisso Cebajero

R. 8466

Contribución al estudio del régimen legal de las sociedades  
anónimas especialmente en lo relacionado con:

DEMONIO DEL FUNDADOR



BIBLIOTECA

Curso de investigación del Instituto de Sociedades Comerciales  
y Seguros de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universi-  
dad de Buenos Aires

Director del curso: Doctor Evaristo R. Madrano

"AÑO DEL LIBERTADOR GENERAL SAN MARTÍN"

1950

## BIBLIOGRAFIA

### 1) Argentina:

- LEONARDO SEGOVIA.- "Proyecto de Código de Comercio", Edición ordenada por la Cámara de Diputados. Establecimiento tipográfico a vapor de "El Nacional", Bs. As. 1887, Tomo I
- LEONARDO SEGOVIA.- "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la Rep. Argentina" Félix Lajouane Editor, Bs. As., 1892, Tomo I.-
- MANUEL OBERRO.- "Curso de Derecho Comercial", Editorial Científica y Literaria Argentina" Bs. As. 1924, Tomo I.-
- JUAN B. LISURU.- "Comentario del Código de Comercio Argentino" Valerio Abeledo Editor, 3a. edición, Bs. As. 1933, Tomos IV y V.-
- CARLOS C. MALAGARRIGA.- "Código de Comercio Comentado". J. Lajouane y Cia., Editores. Bs. As. 1917, Tomo II.-
- RAMÓN S. CASTILLO.- "Curso de Derecho Comercial". Biblioteca Jurídica Argentina, 3ra. edición, Bs. As. 1935, Tomo III "Sociedades Comerciales".-
- RAFAEL L. FERRANDEZ.- "Código de Comercio de la Rep. Argentina Comentado". Cia. Impresora Argentina. Bs. As. 1943, Tomo I.-
- MARIO A. RIVAROLA.- "Tratado de Derecho Comercial Argentino". Cia. Argentina de Editores. Bs. As. 1942, Tomo II.-
- MARIO A. RIVAROLA.- "Sociedades Anónimas". Librería y Editorial El Ateneo, 4a. edición, Bs. As. 1942, Tomo II.-
- MARIO A. RIVAROLA.- "Hacia una nueva ordenación legal de los derechos del fundador" en revista "La Información". Bs. As., febrero 1938, págs. 3 y 4.-
- MARIO A. RIVAROLA.- "El carácter temporario de los derechos del fundador", en rev. "La Información", Bs. As., Diciembre 1941, págs. 3 y 4.-
- MARIO A. RIVAROLA.- "Régimen Legal de las Sociedades Anónimas" (Anteproyecto para una reforma del Cód. de Comercio), Bs. As. 1941.-
- MIGUEL JACOT BETES.- "De los Fundadores de Sociedades Anónimas" en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Sta. Fé, 1940, N° 31, págs. 21 a 33.-

- FRANCISCO M. ALVAREZ Y VICTOR BARRA PENA.** "Interesante estudio sobre el concepto del Fundador, acciones de Fundador y acciones liberadas" en Rev. "La Información" N° especial Nov. 1940, págs. 22 a 30, Bs. As.
- \* **GUILLERMO ACUNA ANZURENA** "Naturaleza jurídica de los Fundadores de sociedades Anónimas y la responsabilidad de ellos según el art. 324 del Cód. de Comercio" en Rev. de Jurisprudencia Arg. Bs. As. Tomo 73, págs. 629 a 634.-
- \* **CARLOS RIBLA** "El Fundador de una Sociedad Anónima" en Gaceta del Foro, Bs. As. Tomo 161, págs. 429 a 432.-
- \* **ENRIQUE BIAL DE GOIJARRO** "Limitación decenal de la reserva de capital a favor del Fundador de la Sociedad Anónima" en Rev. de Jurisprudencia Arg., Bs. As., Tomo 1942-1, sección doctrinaria págs. 34 a 37.-
- \* **MIGUEL A. LANCELOTTI** "Derechos de los Fundadores de Sociedades Anónimas" en Boletín de la Confederación Arg. del Comercio de la Industria y de la Producción, Bs. As. Set-Oct. 1931, págs. 1369 a 1375.-
- \* **JUSTO OLARAN CHAND** "Los derechos del Fundador en las Sociedades Anónimas" en Rev. de Ciencia Económicas, Bs. As., Dbre. 1941, págs. 1041 a 1046.-
- \* **DIONISIO VETRIELLA.** "Ventajas permitidas por el Cód. de Comercio a los Fundadores de Sociedades Anónimas", en Rev. de Derecho Comercial publicada por el Instituto Arg. de Derecho Comercial. Bs. As. N° de Oct.-Dbre. de 1947.-
- ( Boletín Informativo de la Inspección Gral. de Justicia, Bs. As., Mayo 1940.-

## 2) Extranjera:

- CESAR VIVANTE.** "Tratado de Derecho Mercantil", Vol. II "Las Sociedades mercantiles" traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa. 10 Edición Editorial Reus (S.A.) Madrid 1932.-
- CH. LYON CAEN Y L. RENAULT** "Traité de Droit Commercial", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5e. édition, Paris 1926, Tome II Première partie "Des Sociétés"

EMILIA TRUJILLI "Les Parts de Fondateur" Arthur Rousseau, Editeur, Paris 1902.-

HENRI BEGUE "Guide pratique des Fondations des Sociétés par actions", Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1910.-

RODOLPHE ROUSSEAU "Etude sur les Parts de Fondateur, les Sociétés Anglaises en France, les Dividendes Fictifs", Arthur Rousseau, Editeur, Paris 1898.-

PIERRE VIDAL "Les rapports des actionnaires et des porteurs de parts de fondateur dans les sociétés anonymes", Rousseau et Cie. Editeurs, Paris 1922.-

Ley alemana sobre sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones del 30 de enero de 1937, en Boletín Mensual del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ba. As. Tomo VII (Nº. de Set.-Oct. 1936) págs. 817 a 923.- Traducida por Alejandro von der Heyde Garrigós y Hans M. Simon.-

Código Civil italiano aprobado por decreto del 10 de Marzo de 1942.- Editore Ulrico Hoepli, Milano. 1948.-

-----0000000-----

## SUMARIO

### INTRODUCCION

## CAPITULO I

### DERECHOS AL VIVILO POR LOS FUNDADORES DE SOCIEDADES ANONIMAS

- 1.- La persona del fundador como institución legal privativa de las sociedades anónimas.-
- 2.- Definición del fundador
- 3.- El fundador de una sociedad anónima.- Elementos integrantes.
- 4.- Ideador, iniciador, promotor y fundador; significado preciso de cada uno de estos vocablos.-
- 5.- Importancia económica del fundador.-
- 6.- Objetivos perseguidos por los fundadores de sociedades anónimas y el reconocimiento legal de su derecho a una remuneración.-
- 7.- Diversas formas de remunerar a los fundadores o maneras de hacer efectivos sus derechos.
  - a) Suma de dinero
  - b) Ventajas sobre el capital
  - c) Ventajas sobre las utilidades
  - d) Otras formas de remuneración
- 8.- Negociabilidad de los derechos inherentes a los fundadores, antes y después de la constitución de la sociedad.-
- 9.- Acciones o partes de fundador.-
- 10.- Legislación comparada sobre derechos concedidos a los fundadores. a) Italia. b) Portugal. c) Alemania. d) Suiza. e) México. f) Bélgica. g) Grecia. h) Francia.-

## C A P I T U L O   I I

### DERECHOS DEL FUNDADOR.-

- 1.- Legislación Argentina.- Antecedentes.-
- 2.- Legislación Argentina. Artículo 321 del Código de Comercio.  
Diversas interpretaciones:
  - a) el art. 321 concede ventajas sobre el capital o sobre las utilidades.
    - 1) Interpretación de Lopez Bancalari;
    - 2) " " " Segovia;
    - 3) " " " la doctrina en general;
    - 4) Un fallo de nuestra jurisprudencia.
  - b) el art. 321 concede únicamente ventajas sobre las utilidades.-
- 3.- Legislación Argentina.- El art. 321 a qué capital se refiere
- 4.- Legislación Argentina.- Término por el cual se conceden los derechos del fundador.-
- 5.- Legislación Argentina.- Reglamentación de los derechos del fundador sobre las utilidades.
  - a) El art. 321 es de orden público y de interpretación restrictiva.
  - b) Limitación sobre el monto de los beneficios.
  - c) Término de las ventajas sobre las utilidades.
- 6.- Legislación Argentina.- Procedimiento legal para conceder los derechos a que se refiere el art. 321.-
- 7.- Derechos del fundador sobre los fondos de reserva y en la liquidación.- Interpretación en el derecho argentino.- Jurisprudencia.-
- 8.- Derecho de los fundadores a reservar para sí las primas de emisión.- Interpretación en el derecho argentino.-
- 9.- Derecho del fundador al reembolso de los gastos.- Interpretación en el derecho argentino.-

- 10.- Posibilidad de otorgar al fundador un derecho de preferencia sobre las futuras emisiones de acciones.- Interpretación en el derecho argentino.-
- 11.- Derechos del fundador en la gestión social.- Interpretación en el derecho argentino.-
- a) Derechos en las Asambleas;
  - b) Derechos en el Consejo de Administración;
  - c) Derecho a reservar el cargo de gerente;
  - d) Derecho a la comunicación de los documentos sociales;
  - e) Cuestiones relativas a las cuentas de la sociedad;
    - 1) Amortizaciones
    - 2) Reservas
    - 3) Derecho de oposición al reparto de utilidades e impugnación de balances.
- 12.- Naturaleza jurídica de los derechos del fundador.- Diversas teorías:
- a) Los derechos del fundador tienen la misma naturaleza jurídica que las acciones ordinarias.
  - b) El fundador es un asociado de categoría inferior o la parte de fundador es una parte social "sui generis".
  - c) Los derechos del fundador constituyen un simple derecho de crédito.
  - d) Los derechos del fundador son un derecho "sui generis".
  - e) De la sociedad en participación entre los fundadores y la sociedad anónima.
  - f) Del contrato de participación en los beneficios entre la sociedad anónima y el fundador.-
- 13.- Los derechos del fundador y la modificación de los estatutos sociales.- Acciones judiciales al alcance de los fundadores.-
- 14.- Modificaciones estatutarias que alteran el contrato original de participación.
- a) Disminución en el porcentaje de utilidades atribuidas a los fundadores.
  - b) Aumento en el número de titulares de derechos de fundador.
  - c) Alteraciones en el capital social.
  - d) Cambio de objeto de la sociedad.



- e) Prórroga del plazo de la sociedad.
- f) Disolución anticipada de la sociedad.

- 15.- El consentimiento del fundador.- Régimen de la ley francesa del 23 de Enero de 1929.-
- 16.- Legislación Argentina.- Reformas proyectadas al régimen de los derechos del fundador por la Comisión Especial del año 1916, por Lancelotti, por Rivarola y por la Universidad de La Plata.-
- 17.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los derechos del fundador.-

### C A P I T U L O   I I I

#### INTERVENCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL FUNDADOR EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.-

- 1.- El fundador.- Capacidad.-
- 2.- Funciones u obligaciones del fundador.-
- 3.- El fundador y el contrato de suscripción.-
- 4.- Naturaleza jurídica del fundador en la constitución de la sociedad.- Diversas teorías:
  - a) De la sociedad preliminar entre los suscriptores y los fundadores.-
  - b) Del fundador como mandatario de la sociedad a constituirse.-
  - c) Del fundador como representante de la sociedad en formación considerada como persona por nacer.-
  - d) Del fundador como mandatario de los suscriptores.-
  - e) Del fundador como gestor de negocios de la futura sociedad.-
  - f) Del fundador como gestor de negocios de los suscriptores.-

- g) Del fundador como "negotiorum susceptor".
- h) La doctrina de la estipulación por otro
  - 1) Estipulación a favor de tercero
  - 2) Contrato para otro
  - 3) Promesa del hecho de otro
- i) Figura jurídica con caracteres propios

- 5.- Responsabilidad de los fundadores.- Casos que contempla el art. 324 del Código de Comercio Argentino:
  - a) Caso de que la sociedad se constituya.- Jurisprudencia.
  - b) Caso de que la sociedad no se constituya.
  - c) Caso de que la sociedad sea nula.
- 6.- Responsabilidad de los fundadores.- Legislación comparada:
  - a) Italia. b) Alemania.
- 7.- El problema de la individualización del fundador.- Derecho argentino.- Jurisprudencia.- Legislación comparada.-
- 8.- Proyecto de reformas de Rivarola en lo referente a individualización y responsabilidad de los fundadores.-
- 9.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los fundadores y sus responsabilidades.-

-----oooOooo-----

INDICE GENERAL

	<u>Página</u>
PORTADA . . . . .	1
BIBLIOGRAFIA. . . . .	2
SUMARIO . . . . .	5
INTRODUCCION. . . . .	18
<u>CAPITULO I.- Derechos adquiridos por los fundado-</u> <u>res de sociedades anónimas. . . . .</u>	20
1.- La persona del fundador como institución le- gal privativa de las sociedades anónimas. . .	20
2.- Definición del fundador . . . . .	23
3.- El fundador de una sociedad anónima.- Elemen- tos integrantes . . . . .	27
4.- Ideador, iniciador, promotor y fundador; sig- nificado preciso de cada uno de estos voca- blos . . . . .	30
5.- Importancia económica del fundador. . . . .	35
6.- Objetivos perseguidos por los fundadores de sociedades anónimas y el reconocimiento legal de su derecho a una remuneración . . . . .	36

Indice General

Página

7.- Diversas formas de remunerar a los fundadores o maneras de hacer efectivos sus derechos . .	39
a) Suma de dinero . . . . .	40
b) Ventajas sobre el capital. . . . .	41
c) Ventajas sobre las utilidades. . . . .	41
d) Otras formas de remuneración . . . . .	44
8.- Negociabilidad de los derechos inherentes a los fundadores, antes y después de la constitución de la sociedad . . . . .	44
9.- Acciones o partes del fundador. . . . .	48
10.- Legislación comparada sobre derechos concedidos a los fundadores. . . . .	50
a) Italia . . . . .	50
b) Portugal . . . . .	53
c) Alemania . . . . .	54
d) Suiza. . . . .	55
e) Méjico . . . . .	55
f) Bélgica. . . . .	56
g) Grecia . . . . .	56
h) Francia. . . . .	56
<u>CAPITULO II.- Derechos del Fundador . . . . .</u>	<u>58</u>
1.- Legislación Argentina.- Antecedentes. . . . .	58
2.- Legislación Argentina: Artículo 321 del Código de Comercio Argentino . . . . .	60
a) el artículo 321 concede ventajas sobre el capital o sobre las utilidades. . . . .	60

Indice General

	<u>Página</u>
1) Interpretación de Lopez Bancalari .	61
2) " " Segovia . . . . .	61
3) " " la doctrina general . . . . .	62
4) Un fallo en nuestra jurisprudencia.	67
b) el artículo 321 concede únicamente ventajas sobre las utilidades . . . . .	69
3.- Legislación Argentina.- El art. 321 a qué capital se refiere? . . . . .	78
4.- Legislación Argentina.- Término por el cual se conceden los derechos del fundador . . . . .	82
5.- Legislación Argentina.- Reglamentación de los derechos del fundador sobre las utilidades . .	89
a) El art. 321 es de orden público y de interpretación restrictiva . . . . .	89
b) Limitación sobre el monto de los beneficios . . . . .	90
c) Término de las ventajas sobre las utilidades . . . . .	91
6.- Legislación Argentina.- Procedimiento legal para conceder los derechos a que se refiere el art. 321 . . . . .	95
7.- Derechos del fundador sobre los fondos de reserva y en la liquidación de la sociedad.- Interpretación en el derecho argentino.- Jurisprudencia. . . . .	100

Indice General

	<u>Página</u>
8.- Derecho de los fundadores a reservar para sí las primas de emisión.- Interpretación en el derecho argentino . . . . .	108
9.- Derecho del fundador al reembolso de los gastos.- Interpretación en el derecho argentino.	111
10.- Posibilidad de otorgar al fundador un derecho de preferencia sobre las futuras emisiones de acciones.- Interpretación en el derecho argentino . . . . .	113
11.- Derechos del fundador en la gestión social.- Interpretación en el derecho argentino. . . .	116
a) Derechos en las Asambleas . . . . .	122
b) Derechos en el Consejo de Administración . . . . .	125
c) Derecho a reservar el cargo de gerente.	126
d) Derecho a la comunicación de los documentos sociales . . . . .	127
e) Cuestiones relativas a las cuentas de la sociedad . . . . .	130
1) Amortizaciones . . . . .	130
2) Reservas . . . . .	131
3) Derecho de oposición al reparto de utilidades e impugnación de balances. . . . .	133
12.- Naturaleza jurídica de los derechos del fundador.- Diversas teorías . . . . .	136
a) Los derechos del fundador tienen la misma naturaleza jurídica que las acciones ordinarias. . . . .	137

Indice General

Página

b) El fundador es un asociado de categoría inferior o la parte de fundador es una parte social "sui generis" . . . . .	139
c) Los derechos del fundador constituyen un simple derecho de crédito . . . . .	142
d) Los derechos del fundador son un derecho "sui generis" . . . . .	144
e) De la sociedad en participación entre los fundadores y la sociedad anónima.	145
f) Del contrato de participación en los beneficios entre la sociedad anónima y el fundador . . . . .	148
13.- Los derechos del fundador y la modificación de los estatutos sociales.-Acciones judiciales al alcance de los fundadores. . . . .	152
14.- Modificaciones estatutarias que alteran el contrato original de participación. . . . .	157
a) Disminución en el porcentaje de utilidades atribuidas a los fundadores . . . . .	157
b) Aumento en el número de titulares de derechos de fundador. . . . .	158
c) Alteraciones en el capital social . . . . .	159
d) Cambio de objeto de la sociedad . . . . .	160
e) Prórroga del plazo de la sociedad . . . . .	161
f) Disolución anticipada de la sociedad.	161
15.- El consentimiento del fundador.- Régimen de la ley francesa del 23 de Marzo de 1929 . . . . .	163
16.- Legislación Argentina.- Reformas proyectadas al régimen de los derechos del fundador por la Comisión Especial del año 1916, por Lancelotti, por Hivarola y por la Universidad de La Plata . . . . .	169

Índice General

Página

17.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los derechos del fundador. 176

CAPITULO III.- Intervención y responsabilidad

del fundador en la constitución de sociedades anónimas. . . . . . 183

1.- El Fundador.- Capacidad . . . . . 183

2.- Funciones u obligaciones del fundador . . . . . 184

3.- El fundador y el contrato de suscripción. . . . . 186

4.- Naturaleza jurídica del fundador en la constitución de la sociedad.- Diversas teorías. 191

    a) De la sociedad preliminar entre los suscriptores y los fundadores . . . . . 193

    b) Del fundador como mandatario de la sociedad a constituirse. . . . . 194

    c) Del fundador como representante de la sociedad en formación considerada como persona por nacer. . . . . 195

    d) Del fundador como mandatario de los suscriptores . . . . . 196

    e) Del fundador como gestor de negocios de la futura sociedad . . . . . 197

    f) Del fundador como gestor de negocios de los suscriptores . . . . . 198



Indices General

	<u>Página</u>
g) Del fundador como "negotiorum susceptor" . . . . .	199
h) Doctrina por la estipulación de otro	202
1) Estipulación a favor de tercero.	202
2) Contrato para otro . . . . .	203
3) Promesa del hecho de otro. . . . .	205
1) Figura jurídica con caracteres propios . . . . .	208
5.- Responsabilidad de los fundadores.- Casos que contempla el art. 324 del Código de Comercio Argentino. . . . .	210
a) Caso de que la sociedad se constituya. . . . .	212
b) Caso de que la sociedad no se constituya . . . . .	218
c) Caso de que la sociedad sea nula . . . . .	220
6.- Responsabilidad de los fundadores.- Legislación comparada. . . . .	223
a) Italia . . . . .	223
b) Alemania . . . . .	225
7.- El problema de la individualización del fundador.- Derecho argentino.- Jurisprudencia. Legislación comparada . . . . .	227

Indice General

	<u>Página</u>
8.- Proyecto de reformas de Rivarola en lo referente a individualización y responsabilidad de los fundadores . . . . .	235
9.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los fundadores y sus responsabilidades . . . . .	240

-----000000-----

*Albert Berisso*  
-----  
Registro N. 8.466

## INTRODUCCION

El presente trabajo gira sobre los fundadores de Sociedades anónimas, sus derechos, obligaciones y responsabilidades.-

En el desarrollo y exposición de este tema, que presenta un evidente interés en nuestro derecho por las dificultades que surgen en la interpretación y solución de los problemas jurídicos con él relacionados, hemos tratado de seguir un orden lógico.-

En primer lugar (Capítulo I), analizamos cómo los fundadores de sociedades anónimas han llegado a adquirir el carácter de una institución legal, cuál es el verdadero concepto del fundador, en que forma adquirió y se le reconoce hoy día el derecho a una remuneración y, por último, cuáles son las normas que existen en el derecho comparado sobre los derechos del fundador.-

En segundo lugar (Capítulo II), tratamos los derechos que nuestra legislación concede a los fundadores de sociedades anónimas.- Como en el cuerpo legal pertinente -Código de Comercio- existe al respecto una sola disposición, y ésta no regula el conjunto de derechos que la práctica, en constante evolución, ha asimilado a la persona del fundador -llamados derechos

adjuntos del fundador-, proseguimos con el estudio e interpretación de los mismos a través de la doctrina y de la jurisprudencia. Completando el Capítulo, luego de mencionar los proyectos de reforma, que existen sobre estos puntos, damos nuestra opinión al respecto.-

En tercer y último lugar, hacemos un examen de las obligaciones y responsabilidades que adquieren los fundadores por el hecho de la fundación, así como también, las bases sobre las cuales creemos que debería asentarse una reforma de nuestra legislación en esta materia.-

Siempre que ha sido posible se han incluido, en cada uno de los tópicos tratados, las opiniones vertidas por la doctrina y los fallos de la jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras.-

Al mismo tiempo que criticamos las soluciones que se han dado a los problemas jurídicos planteados, proponemos las bases que creemos han de remediar, aunque sólo sea en parte, los inconvenientes encontrados.-

Con estas aclaraciones y la esperanza de que esta tesis represente algún adelanto, ya sea teórico o práctico, para la ilustración o solución de los problemas tratados, entramos al Capítulo I.-

## C A P I T U L O I

### DERECHOS ADQUIRIDOS POR LAS FUNDACIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.-

#### 1.- La persona del fundador como institución legal privativa de las sociedades anónimas.-

A través de las fuentes que integran el derecho comercial moderno se puede constatar que los fundadores de sociedades anónimas, de acuerdo con las relaciones de derecho que su intervención origina, han adquirido características jurídicas propias.-

En efecto, son muchas las legislaciones comerciales que, al establecer las prescripciones legales que han de regir la creación de las sociedades anónimas, fijan en forma concreta cuales son los derechos y las obligaciones que a los mismos incumben.- Aquellos otros países cuyas disposiciones legales no mencionan al fundador en su persona o en sus relaciones jurídicas, se han visto obligados a establecer los límites que demanda su agitación, por intermedio de la doctrina y de la jurisprudencia.-

En otras palabras, se puede decir con fundamento que los fundadores de sociedades anónimas, si bien nacieron del conjunto de circunstancias económicas que rodearon a la constitución de estas sociedades en el siglo pasado, han adquirido hoy el carácter de institución legal.-

¿ A qué se debe que la institución legal del fundador sea privativa de las sociedades anónimas, y no sea común a todas las sociedades comerciales?

Las sociedades anónimas nacieron como sociedades privadas dedicadas a empresas de interés público; sus características de responsabilidad limitada al capital, representado por acciones de poco monto, y la fácil negociación de las mismas, dieron lugar a que fuera la forma preferida para llevar a cabo los vastos y arriesgados proyectos que no hubiera sido posible emprender bajo otras formas de sociedad.-

La misma naturaleza del objeto a que se dedicaron, y el problema de recolectar los ingentes capitales que ello presuponia hicieron necesario reunir, antes de proceder a su constitución, todos los elementos que más tarde les permitirían funcionar: la redacción de los Estatutos, los planes financieros, las organizaciones técnica, administrativa y comercial, son algunos de los tantos problemas que fué menester estudiar, y solucionar en forma previa, a fin de emprender con mayor probabilidad de éxito, las grandes empresas que bajo esta forma existen esparcidas por el mundo.-

Por otra parte, a este tipo de sociedades -entre todas las sociedades comerciales- le corresponden los recaudos más exigentes como etapa preparatoria a su constitución.- A título de ejemplo, en nuestra legislación se requiere que sean diez los

accionistas, que el capital social o su primera serie que no baje del veinte por ciento se halla íntegramente suscrito, que se encuentre depositado en dinero efectivo el diez por ciento del capital suscrito, y todo ello debe hallarse reunido antes de solicitar la autorización del Poder Ejecutivo, que es la que en definitiva le permitirá funcionar.-

Como las formas de constitución de las sociedades anónimas son dos, simultánea y sucesiva, todavía nos encontramos con que, en esta última forma, las exigencias legales que se refieren a la recolección del capital adecuado se ven notablemente acentuadas.-

Del cotejo de este conjunto de circunstancias de origen, económicas y legales, con las que rodean a las demás sociedades comerciales se comprenderá como se ha ido formando, a través del tiempo y bajo el aspecto-económico legal-, la institución del "fundador" en las sociedades anónimas.- En efecto, siempre habrá sido necesaria la intervención de una o varias personas que bajo su responsabilidad, y movidas por el interés de un incentivo económico futuro, se hayan decidido a reunir todos los elementos que exige la constitución de las sociedades anónimas.-

Por último, mencionaremos un punto de indudable importancia pero cuya explicación creemos que es consecuencia de todo lo expuesto.- Durante las etapas previas a la constitución de

las sociedades anónimas surgen una serie de responsabilidades que derivan a los actos y gestiones que se realizan en beneficio de las mismas y con el objeto de crearlas.- ¿A quién le corresponderá hacerse cargo de las obligaciones contraídas durante el período constitutivo, o en el futuro, si la sociedad fracasara en su constitución?

Necesariamente debe de existir alguien que responda por los compromisos contraídos mientras la sociedad no se constituye, e indudablemente este papel -de acuerdo con los objetivos y funciones que tienen- les corresponderá a los fundadores que hayan tomado por su cuenta la constitución de la sociedad anónima.-

## 2.- Definición del Fundador.-

Ya que al presente trabajo gira sobre los derechos y las responsabilidades inherentes a las personas fundadoras de sociedades anónimas, hemos de comenzar por definir lo que se entiende por "fundador".-

Existen al respecto un sinnúmero de definiciones, tanto nacionales como extranjeras, que si bien en su conjunto pueden dar una noción bastante exacta de la figura del fundador, ninguna de ellas tomada aisladamente cumple bien con este propósito.- Ello se debe a que en general son varias las personas que intervienen en la constitución de una sociedad anónima, cada



una de ellas con objetivos y responsabilidades distintas, pero cuyas funciones presenten puntos de contacto con aquellas del fundador verdadero.--

Por ello, preferimos a dar una definición propia, hacer más adelante una síntesis del proceso que se sigue en la constitución de las sociedades anónimas estableciendo los elementos integrantes de la figura del fundador y por ahora, limitarnos a consignar las principales definiciones de la doctrina.--

Según Lyon Caen y Henault (1), son fundadores "en el sentido legal las personas que, habiendo concebido la idea de la fundación de la sociedad, la han propagado, han contribuido a la redacción de los Estatutos, han buscado de obtener adhesiones y se han transformado ellos mismos en accionistas".--

Para Pío (2), es "la o las personas que por propia iniciativa, y no como mandatarios de otras personas, determinan crear una sociedad, procurando al efecto, suscriptores".--

Sarlvemus (3), dice que es "el que promueve la constitución de una sociedad, que como la iniciativa de hacer surgir un ente con determinado fin".--

(1) CH. LYON CAEN Y L. HENAUET. "Tratado de Droit Commercial" II. - Revue Générale de Droit et de Jurisprudence, 5a. edición París 1929, Tomo II Segunda Parte, "Des Sociétés".-- Página 213 N.º 793 (Frud. del 4.º).--

(2) Citado por MICHEL JAKOV METZ. "De los Fundadores de Sociedades Anónimas" en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales. 8va. Fe 1940, N.º 31, págs. 24.--

(3) Citado por CARLOS RUIZ. "El Fundador de una Sociedad Anónima" en Cuadernos del Foro. Bs. As., Tomo 161, págs. 429.--

Vidari (1), llama promotor o fundador en general a "aquellos que promueven e inician la constitución de una empresa social, después de haberla ideado y redactado en proyecto, cualquiera sea el modo usado al efecto".-

Vivante (2), dice que es "el que trabaja para formar la persona jurídica compilando el programa, haciendo suscribir el capital".-

Brunetti (3), dice que son "las personas que con el objeto de constituir una sociedad por acciones adelantan, a su propio riesgo, los fondos necesarios para los actos preliminares sin derecho alguno a repetir contra los suscriptores en el caso de que la constitución de la sociedad no llegue a formalizarse".-

Una definición muy aceptada por nuestra jurisprudencia es la de Segovia cuando dice (4): "fundadores son los que toman la iniciativa de la Sociedad, que echan las bases de ésta formulando los estatutos y recogen las suscripciones de las personas que desean suscribirse como socios o accionistas".-

---

(1) Citado por GUILLERMO ACUÑA ANZURENA "Naturaleza jurídica de los Fundadores de Sociedad Anónimas y la responsabilidad de ellos según el Art. 324 del Cód. de Comercio", en Rev. de Jurisprudencia Arg., Bs. As., Tomo 73, pag. 629.-

(2) Citado por C. RUKDA en Art. cit., pag. 429.-

(3) Citado por SASOT BETES, en Art. cit. pag. 24.-

(4) LISANDRO SEGOVIA, "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la Rep. Argentina" Félix Lajouane Editor, Bs. As. 1892, Tomo I, pag. 369, N° 1187.-

Para Castillo, fundador o promotor (1) "es la persona que ha concebido la empresa, ha reunido a los suscriptores y ha ejecutado los actos necesarios para la constitución de la misma".-

Sasot Betes opina que fundador (2), "de acuerdo con nuestra jurisprudencia, es la persona o personas que toman a su cargo la obligación de constituir una sociedad anónima realizando para ello los trabajos preparatorios, respondiendo solidariamente de las obligaciones contraídas a tal fin, si la sociedad no llega a constituirse".-

En el criterio de Rueda (3), "dentro del concepto legal argentino, fundador es el que concibe una Sociedad, genera desde su nacimiento con un objeto determinado, a cuyo fin pone en movimiento los resortes legales, que se concretan en la asamblea de fundación en la cual deberán cumplirse los requisitos legales relativos al número de los concurrentes, a la aprobación de los Estatutos, a la suscripción del capital inicial y pago del mínimo legal de éste".-

Según Acuña Anzorrena, fundador es (4), "aquel que juega en la constitución de una sociedad anónima un papel capital, especialmente importante, que realiza actos esenciales para llevar a

---

(1) RAMON S. CASTILLO, "Curso de Derecho Comercial". Biblioteca Jurídica Argentina, 3a. Edición, Bs. As. 1935, Tomo III, "Sociedades Comerciales", Pág. 177.-

(2) M. SASOT BETES, Art. cit. pág. 25.-

(3) C. RUEDA, Art. cit. pág. 429 y 430.-

(4) ACUÑA ANZORRENA, Art. cit. pág. 630.-

"buen término la empresa; pero el hecho de determinar si los actos cumplidos revisten ese carácter, es en sí una cuestión libre da a la apreciación judicial".-

Entre todas estas definiciones, algunas aluden a la concepción del proyecto, otras a la iniciativa, a la promoción de la constitución, a los adelantos de los gastos necesarios, a las responsabilidades inherentes a los actos realizados, etc., como notas determinantes del fundador, sin que esté claro el predominio del elemento que nos permitirá, sin lugar a dudas, caracterizar a los verdaderos fundadores.-

Trataremos entonces, en el título siguiente, de llegar a encontrar este elemento analizando los hechos tal como suceden en la realidad.-

### 3.- El fundador de una sociedad anónima.- Elementos integrantes.-

Las circunstancias que conducen a la constitución de una sociedad anónima y el tiempo empleado en ello dependen, en cada caso, de un sinnúmero de variables.- A pesar de ello haremos un breve bosquejo del proceso que se sigue en su formación, en la creencia de que, con ligeras variaciones, corresponde a los hechos según acontecen en la vida real.-

El germen que primero aparece en la fundación de las sociedades anónimas es la "idea" del negocio.- Hace de la inventiva, de la casualidad, de la meditación, del estudio o de cual-

quier otro factor que induzca a una persona a pensar en la posibilidad de llevar a la práctica una nueva explotación, la adaptación de una antigua, el mejoramiento técnico de un proceso conocido, etc.- Hoy día el campo propicio para el nacimiento de "ideas lucrativas" es tan vasto, que no es posible tratar de abarcar en unas pocas frases, todas las eventualidades que la técnica, la industria o el comercio ponen al alcance del hombre.-

Al proyecto original evoluciona, se estudia, se modifica o se revela a quienes se considere necesario para su mejoramiento.- Si se desecha nada ha sucedido, pero si se acepta, surgirá un nuevo elemento destinado a darle vida: la voluntad de materializarlo bajo la forma de sociedad anónima.-

Adoptada la idea y decidida su realización, habrá llegado el momento de recaudar los capitales necesarios, redactar los Estatutos, y efectuar todas las gestiones y trámites que requiere la fundación de una sociedad anónima.-

Estos tres elementos, la idea de la explotación, la voluntad de llevarla a cabo bajo la forma de sociedad anónima y la realización de los actos tendientes a ello, son los que caracterizan a la figura teórica del fundador.-

Sería, por consiguiente, muy fácil llegar a establecer quién es el fundador real en el caso de que una sola persona interviniera en todo el proceso descrito, porque aparte de que no podría existir la duda, encontraríamos a los tres elementos señaladores reunidos en la misma persona.-

Lo que a nosotros interesa es lo que acontece dis-  
riamente.- Existe la imposibilidad práctica de que sea una sola  
persona la que intervenga en todos los actos preliminares a la fun-  
dación debido a la diversa índole de los conocimientos y de las ta-  
reas a realizar, así que nos encontramos con que coexisten una se-  
rie de personas que trabajan en conjunto para formar la sociedad an-  
ónima.- ¿A cuál de los elementos integrantes de la figura teórica  
del fundador hemos de recurrir para señalar al fundador real?

No se puede tomar al responsable de la "idea" como  
fundador; no se funda una sociedad por concebir un proyecto.- Tam-  
poco puede ser el encargado de realizar los actos materiales de  
constitución cuando actúa por mandato de otro; éste procede de a-  
cuerdo con instrucciones recibidas, y no por propia iniciativa.-

Nos queda por consiguiente concluir, que la volun-  
tad de constituir la sociedad anónima con un objeto determinado, es  
lo que caracteriza a su fundador.- Muchas veces resultará que es  
también el autor de la "idea", pero no será fundador por haber te-  
nido el proyecto del negocio, sino por haber sido el motor que lo  
ha llevado a destino.- Esto no excluye que pueda haber más de un  
*pero habrá siempre que tener en cuenta, que solo son fundadores*  
fundador √ aquellos que intervienen realizando los actos o gestio-  
nes tendientes a la creación de la sociedad anónima por su inicia-  
tiva propia, y no como representantes o mandatarios de otros.-

La trascendencia práctica y legal de analizar cua-  
les son los elementos que componen la figura teórica del fundador

y su importancia relativa, han de resaltar más adelante, cuando veamos a qué responsabilidades y obligaciones están sujetos por su carácter de fundadores, así como los derechos a los cuales son merecedores.-

4.- Ideador, iniciador, promotor y fundador: significado preciso de cada uno de estos vocablos.-

A causa de la indecisión que existe sobre el concepto exacto del fundador, y a la intervención de varias personas en el proceso constitutivo de las sociedades anónimas, se ha originado a este respecto una terminología diversa, cuyo verdadero significado conviene aclarar.-

Ya sea en la práctica -en la redacción de los estatutos sociales-, como en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, es dable encontrar los vocablos de "ideador", "iniciador", "promotor" y "fundador", sin que hasta ahora se hayan establecido en forma concreta, las semejanzas o diferencias que cada uno de esos conceptos encierra.-

Entendemos que "ideador" es la persona que inventa un producto de posible explotación comercial, sugiere una técnica nueva o descubre una fórmula mejor o más económica de explotar un sistema comercial y/o industrial existente.-

"Iniciador" es, según Rivarola (1), la persona que

---

(1) MARIO A. RIVAROLA. "Régimen Legal de las Sociedades Anónimas" (Anteproyecto para una reforma del Cód. de Comercio), Bs. As. 1941, pág. 47.-

"conoce la idea de la constitución del ente jurídico, plantea sus bases comerciales y financieras, elabora el plan de ejecución de la empresa y traza las líneas de su ejecución".-

Al proponer dicha definición, Rivarola (1) hace la salvedad de que se aparta del significado vulgar y corriente del vocablo, para asignarle los alcances técnico-jurídicos que le corresponden.- Estamos plenamente de acuerdo con el citado tratadista y su definición, ya que creemos que expresa exactamente el concepto que se le debe asignar dentro de nuestro tema.-

El vocablo "promotor" es el que ofrece mayor dificultad para determinar su significado preciso.- En el Código de Comercio de la República Argentina se menciona a los promotores en el Art. 292 inciso 4°, pero se está de acuerdo en interpretar que se refiere a las mismas personas a que aluden los arts. 320 inc. 3, 321 y 324 donde se les da el nombre de "fundadoras".- No podemos pues recurrir a dicho cuerpo legal para aclarar el verdadero significado de la palabra "promotor".-

Vivante establece una diferencia entre lo que debe entenderse por "promotor" y "fundador"(2): "la calificación de fundadores debe reservarse más propiamente a quienes concurren a la constitución de la Sociedad suscribiendo sus acciones y pueden

---

(1) MARIO A. RIVAROLA, "Régimen Legal ....." pags. 45 y 46.-

(2) CESAR VIVANTE, "Tratado de Derecho Mercantil", Vol. II, "Las Sociedades Mercantiles" traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa -Ira. Edición- Editorial Reus (S.A.), Madrid 1932, pág. 162 n. 1.-



"o no ser promotores, según que tomen o no parte en los trabajos "necesarios para la constitución de la Sociedad", es decir, que quienes se ocupan de formar y organizar la sociedad anónima son "promotores", transformándose en "fundadores", cuando, además de ello, integran parte del capital social como accionistas.-

Por el contrario, Rivarola entiende que el término "promotor" le corresponde a (1) "La persona que en el carácter de "locación de servicios y por cuenta de otros realiza los trámites "para llegar hasta la inscripción de la sociedad anónima" y debe considerarse como (2) "una profesión que tiene todas las características de la locación de servicios, porque se lleva a cabo por "cuenta y orden de los fundadores o iniciadores".- Es decir, que abarcan dentro del concepto expuesto todos aquellos profesionales que, como contadores, abogados, ingenieros, escribanos, etc., cooperan con sus conocimientos y trabajos a la constitución de la sociedad anónima.-

La importancia práctica que surge de esta diferencia de opiniones debe relacionarse con las responsabilidades que se contraen por los actos realizados en beneficio de la sociedad durante el período constitutivo.- De aceptarse el criterio de Vivate, tanto los promotores como los fundadores están en un pie de igualdad respecto de las responsabilidades consiguientes, pero

---

(1) RIVAROLA, "Régimen Legal....", pág. 44.-

(2) MARIO A. RIVAROLA, "Tratado de Derecho Comercial Argentino", Cia. Argentina de Editores, Bs. As., 1942, Tomo II, pág. 412.-

si se acepta el criterio de Rivarola solamente los fundadores responderían por las obligaciones emergentes de los actos realizados con anterioridad a la constitución.-

Aclarado este punto, hemos de ver en primer lugar, cómo carece de importancia práctica dentro de nuestra legislación asignarle al término promotor uno de los significados enunciados y, en segundo lugar, porqué creemos que ninguno de los dos se ajusta a la realidad.-

La opinión de Vivante es un desvío de la realidad, desde el momento en que, de acuerdo con los hechos, una persona debe merecer el calificativo de fundadora de una sociedad anónima si es ella quien la crea y establece de su propia iniciativa, y no porque coopere en la integración de su capital: sin embargo, este desvío de la realidad no tiene utilidad práctica ni legal, ya que tanto en la legislación italiana como en la nuestra, los promotores y fundadores responden por las obligaciones emergentes de la constitución de la sociedad.-

De acuerdo con el criterio que adopta Rivarola cuando suprime la palabra "promotor" de su Anteproyecto de Ley sobre Sociedades Anónimas (1), creemos que no presentaría mucha utilidad, y si que sería fuente de confusiones, introducir en nuestro vocabulario jurídico un término desusado cuando con él se desea designar

---

(1) N. A. RIVAROLA, "Régimen Legal...", pág. 44.-

a una persona que deberá registrarse -en las relaciones jurídicas en que intervenga-, por las reglas del mandato común o de la locación de servicios.-

En la creencia de haber desvirtuado los fundamentos de una diferencia jurídica entre los conceptos de "fundador" y "promotor", diremos que -a nuestro entender- la diferencia que existe es de orden económico.-

De acuerdo con Alvarez y Barón Peña (1) el promotor es "un creador de valores que hace producir los medios de riqueza "que antes no existían", es decir, que se acerca en el significado que le asignan, al tipo del empresario de la economía pura, hombre enérgico, diligente, capaz, creador de riquezas, y profundo conocedor del ambiente económico en que actúa.-

Llevado este concepto al terreno de la realidad, y adecuándolo a la medida de lo humano, el promotor es la figura responsable de las grandes ideas, de la gran industria y de las grandes empresas que se hallan esparcidas por el mundo.- Su actividad se ha desarrollado casi exclusivamente en los países de raza sajona, pues como dicen Alvarez y Barón Peña, en los países latinos(2), "la sociedad por acciones ha sido siempre mirada con prevención, "justificada ciertamente, porque en ellos el incipiente promotor "fue solo una figura que raramente buscó aplicar efectivamente los "capitales que solicitaba la creación de riquezas".-

---

(1) FRANCISCO M. ALVAREZ Y VICTOR BARÓN PEÑA, "Interesante estudio sobre el concepto del Fundador, acciones de Fundador y acciones liberadas" en Rev. La Información, Bs. As., Nro. especial Nov. 1940, pág. 24.-

(2) ALVAREZ Y BARÓN PEÑA, art. cit. pág. 24.-

Resumiendo entonces, a los vocablos usados en forma indistinta corresponderá asignarles su verdadero significado: el ideador es el primer responsable de la concepción técnica o comercial de la explotación; el iniciador es el que establece los planes financieros, ejecutivos y administrativos de la sociedad anónima; el promotor es un creador de riquezas; y el fundador es el nervio motor de todo el andamiaje constructivo.- La función de cada uno de ellos no es excluyente sino complementaria de la del anterior, y puede suceder, como sucede en la vida real, que más de una de las calidades definidas se encuentren reunidas en una misma persona.-

### 5.- Importancia económica del fundador.-

No ha de ser difícil hacer resaltar la importancia progresista que la intervención del fundador de sociedades anónimas ha tenido en nuestra vida económica y comercial.-

Fueron las sociedades anónimas las que en el siglo pasado comenzaron a explotar las empresas que hoy se consideran de vital interés para satisfacer las necesidades de la civilización, empresas que hoy merecen el calificativo de "servicios públicos".- Fueron ellas las que tomaron por su cuenta la realización de las ideas más atrevidas; ejemplo de ello, han sido las compañías que construyeron los canales de Suez y Panamá.- Fueron ellos los que,

---

gracias a la forma de recaudar los capitales en las sociedades anónimas y a la responsabilidad limitada a los aportes, permitieron la creación de las grandes empresas de todo tipo que llevaron el progreso económico a los países menos desarrollados del mundo.- Fueron ellas...; en fin, así podríamos seguir enumerando durante largo rato las enormes ventajas que las sociedades anónimas prestaron al mundo económico y comercial y, sin que sea necesario hacerlo, creemos afirmar con fundamento que a sus fundadores les corresponde una buena parte del crédito que sus beneficios nos han repagado.-

El desarrollo actual en todo el orbe de las sociedades anónimas, medido por el número de sociedades existentes y por el número de las que se crean continuamente, es incalculable.- Los capitales que se movilizan en su constitución y funcionamiento, las necesidades que satisfacen, y en general, el progreso económico que han significado, se deben -aparte de las características de las sociedades anónimas ya señaladas- a la iniciativa de las personas que intervinieron en su constitución, pudiendo entonces la civilización actual agradecer a las mismas, los ingentes y meritorios trabajos realizados.-

6.- Objetivos perseguidos por los fundadores de sociedades anónimas y el reconocimiento legal de su derecho a una remuneración.

¿Cuáles son los objetivos perseguidos por los funda-

dores de sociedades anónimas cuando emprenden la fundación de las mismas?

El móvil que los impulsa es, sin lugar a dudas, un móvil pecuniario; esperan obtener, luego de concretada la fundación de la sociedad, una retribución que compense el conjunto de los trabajos realizados y de las obligaciones asumidas en el curso de su formación y, si además de ello, han promovido la fundación con el objeto de colocar sus capitales en una explotación ventajosa, obtendrán como beneficio ulterior los dividendos que reedite la sociedad en el curso de su funcionamiento.-

Dejaremos de lado los beneficios que el fundador percibe por la inversión de sus capitales, pues no difieren de los que percibe cualquiera de los otros inversores de la sociedad, para limitarnos a considerar la remuneración independiente que percibe por su trabajo de constitución de la sociedad.-

¿Debe considerarse lícito y lógico éste último objetivo del fundador? ¿Merece el fundador ser remunerado en forma independiente, por la formación de la sociedad?

Las respuestas a estas dos preguntas pueden reputarse estrictamente vinculadas.- En efecto, en los usos y costumbres del viejo continente nació el hábito de retribuir en forma especial a los fundadores de sociedades anónimas.- Es lógico que esta pretensión hubiera surgido de parte de los mismos y es lógico ver como fué aceptada e introducida diariamente en la práctica: el cog

junto de trabajos realizados constituye un bien económico, abstracto si se quiere, pero que es, en estricta justicia, perfectamente remunerable de acuerdo con la naturaleza de la labor desarrollada y con las ventajas económicas que se presuman de la futura sociedad.-

En la evolución económica y comercial esta retribución ha dejado de ser facultativa para transformarse en un derecho inherente a los fundadores, reglamentado por la mayor parte de las legislaciones comerciales del mundo, que en todo los casos han tendido, más que a establecer ese derecho ya reconocido por la práctica, a limitar las pretensiones exageradas que los fundadores imponían a los que aportaban los capitales.-

No vamos a citar la opinión de la doctrina, tanto nacional como extranjera, por la unanimidad que presenta en favor de la remuneración de los fundadores.- Tan es así, que esta retribución constituye hoy, lo que en la doctrina y en la ley se denomina genéricamente "derechos del fundador".-

Sin embargo, citaremos la única opinión contraria a la aceptación de dicho derecho.- Pertenece a Malagarriga, quien, basándose en la ley francesa del 15 de Julio de 1845 que únicamente permite el reembolso de los gastos realizados por las personas que constituyen compañías ferroviarias, dice que dicho criterio debería extenderse como régimen estable a todas las sociedades anónimas (1), "puesto que en realidad, el servicio que a los accionis-

---

(1) CARLOS C. MALAGARRIGA, "Código de Comercio Comentado", J. Lajouane y Cia. Editores, Bs. As., 1917, Tomo II, pág. 122.-

"tas prestan se halla retribuido por el hecho mismo de acudir éstos (los fundadores), con sus capitales a la suscripción, que es lo que, antes que las ventajas particulares, determina la actividad de los fundadores".- Lancelotti cuando critica la opinión precedente(1), hace resaltar bien que la labor del fundador constituye una actividad comercial, y como tal, persigue lo que todo el comercio persigue: lucro, interés, ganancias o beneficios.-

Si no les fuera posible a los fundadores obtener la remuneración de sus trabajos en forma lícita, acudirían a maniobras al margen de la ley, lo cual debe ser evitado cuando, como en este caso, les asiste perfecto derecho a la misma.-

#### 7.- Diversas formas de remunerar a los fundadores o maneras de hacer efectivos sus derechos.-

Las causas que originan la retribución del fundador pueden, en última instancia, ser reducidas a dos: por una parte se hallan el conjunto de trabajos intelectuales y materiales correspondientes a la fundación y, por otra, el conjunto de gastos, desembolsos y responsabilidades en que el fundador ha debido incurrir.

Entonces, una primera división de las formas de remuneración ha de tener en cuenta estas dos situaciones pues, entre el aporte imaginado que constituye el trabajo mental y material de la fundación y organización, y el aporte concreto de los desembol-

---

(1) MIGUEL A. LANCELOTTI, "Derechos de los fundadores de sociedades Anónimas" en Boletín de la Confederación Arg. del Comercio de la Industria y de la Producción, Bs. As., Set.-Oct. 1931, pág. 1370.-



cos imprescindibles para la constitución, hay una gran diferencia. El primero se ha de relacionar necesariamente con la suerte que el destino le depara a la sociedad, ya que será el índice señalador de la oportunidad o bondad de la iniciativa del fundador, y el segundo corresponde que le sea reintegrado en su totalidad apenas constituida la sociedad desde que sin él hubiera sido imposible la fundación.-

Aclarado el pensamiento que en esta materia creemos que ha de dominar, estaremos en una posición más cómoda para analizar las distintas formas que se han utilizado en la práctica para remunerar a los fundadores:

a) Suma de dinero.-

Esta forma de remunerar a los fundadores no toma en cuenta las consideraciones que hemos hecho; puede ser gravoso para la sociedad anónima en las primeras épocas de su vida tener que desembolsar una suma grande de dinero que muy difícilmente corresponderá a una retribución equitativa, ya que puede pecar por exceso si la sociedad fracasa en su futura evolución, y puede pecar por defecto, si la sociedad resultare próspera.- Lo que sí se debe aceptar, y corresponde que la sociedad lo haga inmediatamente de constituida, es la restitución en efectivo del importe de los gastos realizados en la fundación.-

b) Ventajas sobre el capital.-

Esta forma de remunerar a los fundadores consiste en atribuirles una participación sobre el capital -bajo la forma de acciones de prima o de cualquier otro nombre- sin que efectúen el aporte correspondiente, <sup>o bien,</sup> la de aceptar una valuación mayor que la real para los bienes que hubieran aportado.-

Este procedimiento es el más criticado en doctrina, ya que la gratuita atribución del capital disminuye la responsabilidad de la sociedad con respecto a los terceros y perjudica a los accionistas doblemente: durante toda la vida de la sociedad por la parte de utilidades que le corresponde a ese capital, y en la liquidación de la sociedad cuando se distribuya el patrimonio social no sólo entre las acciones efectivamente integradas, sino también entre las otorgadas gratuitamente.-

Hoy día no se admite en las legislaciones más avanzadas, que los fundadores se reserven beneficios sobre el capital, y es lógico que así sea, desde que ya en el año 1839 fue rechazado por el Congreso de París como un derecho (1) "atentatorio y peligroso".-

c) Ventajas sobre las utilidades.-

Conceder a los fundadores el derecho a una participación sobre las utilidades es el sistema más justo y aceptado.-

---

(1) L. SEGOVIA, "Explicación y ....", pág. 366 n. 1171.-

Es evidente que este sistema toma en cuenta el fruto de la iniciativa y de la labor de los mismos, ya que habrá sido tanto mejor o más oportuna, cuanto mayor sea el rendimiento de la sociedad.-

A pesar de haber sido adoptado en la práctica el procedimiento señalado, ha sido necesario en la legislación establecer los límites más allá de los cuales no pueden ser remunerados los fundadores, ya que los abusos a que dió lugar la actuación de los mismos durante el siglo pasado puso en evidencia la facilidad que tienen para imponer condiciones inequitativas para el resto de los accionistas.-

Las diversas maneras en que este derecho se puede otorgar varían según hemos de ver:

1) Se les puede atribuir un porcentaje sobre el total de las utilidades anuales.- Este sistema debe necesariamente hallarse limitado en el tiempo y en el monto, como medida de protección para los accionistas.-

2) El sistema que propugna la doctrina francesa y Riverola entre nosotros (1), que es el de establecer un dividendo previo para los accionistas y luego otorgar un porcentaje del remanente a los fundadores.-

El sistema 1) es el que aceptan el Código de Comercio argentino (art. 321), y el Código Civil Italiano actual (art. 2340), limitado en el primero al diez por ciento de las utilidades

---

(1) MARIO A. RIVAROLA, "Sociedades Anónimas" Librería y Editorial El Ateneo, 4a. edición, Bs. As. 1942, Tomo II, p. 158 y "Régimen...", pág. 167, art. 29 del anteproyecto.-

anuales por un máximo de diez años, y en el segundo, el mismo porcentaje sobre las utilidades pero por un máximo de cinco años.-

A nuestro entender es el sistema más sencillo y a la vez más justo: si los accionistas se encuentran defendidos por los límites impuestos por la ley, el fundador participará del rendimiento de la sociedad en una proporción similar a la del resto de los accionistas, siempre claro está, que se le haya concedido un porcentaje representativo de la labor por él desplegada.-

El sistema 2) originario de Francia, fué impuesto por la práctica durante el siglo pasado como medida de protección para los capitales aportados por los accionistas.-

Tiene a su favor la ventaja antedicha ya que los fundadores nada perciben mientras no se haya satisfecho un dividendo mínimo a los accionistas, dividendo que puede ser del 6,7 u 8%; recién cuando el monto de las utilidades sobrepase la cantidad necesaria para repartir dicho dividendo, se distribuirá entre los fundadores un porcentaje que puede ser del 20, 30 ó 50% del remanente.-

A pesar de ser el método predominante en un país como Francia encontramos que este sistema no es el más justo, ya que:

a) Hasta que los accionistas no hayan percibido el dividendo normal y mientras las utilidades no lo sobrepasen, el fundador permanece sin retribución por su iniciativa, no siendo lógico que así sea, puesto que la intervención del mismo debe considerarse

feliz, si la entidad creada por él reedita el dividendo establecido para las acciones ordinarias.-

b) Si la sociedad prosperara en forma exagerada, la proporción que le corresponderá a los fundadores sobre las utilidades perderá toda relación lógica con la que percibirán los accionistas, y como puede suceder que la sociedad llegara a prosperar por otros motivos independientes de la actuación del fundador, éste se verá premiado con una retribución mayor cada año, y fuera de proporción con la que perciben los demás accionistas si se consideraran las cifras absolutas.-

d) Otras formas de remunerar a los fundadores que se han utilizado en diversas oportunidades -tratadas más adelante en detalle cuando las estudiemos en su relación con la legislación argentina- son:

1) La reserva por parte de los mismos de las primas de emisión provenientes de la colocación de las acciones, y

2) la reserva por el fundador del puesto de gerente, o de otra función lucrativa dentro de la sociedad.-

8.- Negociabilidad de los derechos inherentes a los fundadores, antes y después de la constitución de la sociedad.-

Los beneficios que se conceden bajo el nombre de derechos del fundador no tienen porqué recaer sobre éste exclusivamente, pues pueden participar de ellos el ideador o iniciador. Todo

depende de las relaciones jurídicas que se hayan establecido entre las personas que han intervenido en el proceso constitutivo.-

La "idea", origen y punto de partida de toda sociedad anónima, (1) "pese a su inmaterialidad, es un bien, y en su trascendencia, es decir en cuanto puede ser fuente de ganancias una vez transformada en actos, es un bien de marcada trascendencia patrimonial".-

Reconocida la idea como un bien económico, debe también reconocerse como un bien en el concepto jurídico (2) del art. 2312 del cod. civil (3), y por consiguiente susceptible de formar parte del patrimonio de su titular, de estar, y de ser objeto de comercio (art. 2336 del cod. civil)(4), desde que no le está expresamente prohibido a aquél enajenar sus derechos (art. 2337 Cód. civil)(5).-

Con el mismo criterio con que dichos derechos pueden ser enajenados, pueden ser también, ser objeto de contrato, estableciendo (6) "las variadísimas relaciones jurídicas que el hom-

---

(1) CARLOS RUEDA, art. cit., pág. 432.-

(2) CARLOS RUEDA, art. cit., pág. 432.-

(3) "Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se denominan bienes.- El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio".-

(4) "Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública".-

(5) "Las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa".-

"Son absolutamente inenajenables:

"1) las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley.-

"2) las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones.-

(6) CARLOS RUEDA, art. cit. pág. 432.-

"bre puede tener por convenientes".-

"Se entiende, por tanto, que el ideador puede vender su idea en génesis, con cargo o a cargo del adquirente, de llevarla a cabo en toda su extensión, lo que implica decir también, que este último fundar  la sociedad y recibir  el beneficio.- Del mismo modo, el fundador podrá vender a varios sus derechos y establecer entre estos el porcentaje del premio a recibir.- Lo que deciamos respecto a la transmisión por venta se extiende a otras combinaciones jurídicas, por ejem.: la cesión total o parcial del derecho, el pago del precio en dinero efectivo, o con una parte de lo que el adquirente recibir  en concepto del premio que se le abonará"(1).-

La cita anterior de Rueda nos permite formar una idea bien clara de las diversas combinaciones posibles entre las personas que constituyen una sociedad anónima y del valor legal que les asiste.- Sobre todo, este último punto se ve reforzado por dos sentencias citadas por el mismo autor que, si bien son de un país extranjero, nos prestan gran utilidad por la similitud de legislaciones y establecen que (2) "son válidas las convenciones preliminares para la constitución de una sociedad en las relaciones de los promotores entre sí".-

Vaya todo lo expuesto para explicar la negociación

---

(1) CARLOS RUEDA, art. cit. pág. 432.-

(2) Casación de Roma, 17 Sept. 1887 y Apelación Tur n, 10 Dic. 1887 en art. de Rueda, pág. 432.-

de los derechos del fundador antes de la constitución de la sociedad.- Ahora hemos de ver la posibilidad de la transmisión de los mismos derechos una vez constituida la sociedad, para lo cual será necesario antes, hacer una breve reseña de las formas que dichos derechos pueden adoptar para su efectividad.-

A los fundadores se les pueden entregar acciones representativas de sus derechos cuando se les conceden ventajas sobre el capital o sobre las utilidades, o bien, conceder sus privilegios en forma individual y nominal por medio de los estatutos, cuando solamente se les otorga una participación sobre las utilidades.-

Esta última forma -nombrando en los estatutos a los beneficiarios-, es la que presenta mayores dificultades para resolver sobre las posibilidades de su negociación.- Si en los estatutos sociales se ha reglamentado la cuestión, será necesario atenerse a lo pactado, pero si nada se ha establecido, entendemos, de acuerdo con Sasot Betes(1), que "se trata de un verdadero derecho "creditorio y, como tal, perfectamente cedible, rigiéndose según "la forma de la cesión, por las reglas de la compraventa, permuta, "donación o legado", es decir, que los fundadores y sus cesionarios estarán obligados a acudir a las reglas de la cesión establecidas por el Código Civil, y no por las formas de negociación propias del

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 75.-





Derecho Comercial.- También Vivante participa de la opinión antedicha cuando dice que(1) "los promotores pueden ceder su crédito a "quién les plazca y trasmitirlo a los propios herederos en las condiciones en que ellos mismos podían ejercitarlo".-

Es más fácil de establecer la negociabilidad de los derechos del fundador cuando se le entrega un título representativo de su derecho, y las normas que rigen su transmisión serán las fijadas para cada una de las formas que dichos títulos pueden adoptar: si son nominativos, por la cesión según las formas del Código Civil (art. 330 del Código de Comercio); si son a la orden, por medio del endoso, y; si son al portador por la simple entrega.-

#### 9.- Acciones o partes de fundador.-

El nombre de acciones de fundador se utiliza en general con diversos significados:

a) para designar la primera serie de acciones emitidas, o la primer cuota del capital suscrito; a estas acciones se les suele atribuir un porcentaje especial sobre las utilidades -aparte del dividendo común- con el objeto de atraer a los futuros accionistas desde el principio, y a retribuir a aquellos que primero arriesgan su capital.- A estos títulos se les llama equivocadamente "acciones de fundador".-

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 193.-

b) para designar las acciones que se entregan gratuitamente a los fundadores en pago de sus servicios, es decir, sin que se vean en la necesidad de efectuar aportes materiales para su obtención.- A estos títulos, que ordinariamente reciben el nombre de acciones de prima, se las llama acciones de fundador cuando le son entregados a éste.-

c) para designar aquellos títulos que en conjunto representan los derechos atribuidos a los fundadores sobre las utilidades, pero que se emiten en forma de acciones para facilitar la división y negociación de las ventajas otorgadas a los mismos.-

Es bajo esta última forma que debemos aceptar como correcta la denominación de "acciones de fundador".- Por consiguiente, veremos ahora las principales características de los títulos nombrados en último término-acciones de fundador propiamente dichas-, entendiéndolo referirnos a ellos, cada vez que en lo sucesivo hablemos de acciones de fundador:

1) así como se las denomina acciones de fundador reciben, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera, diversos otros nombres: partes de fundador, acciones o partes beneficiarias, certificados de fundación, acciones de participación, etcétera.-

2) Pueden emitirse bajo las formas nominativa, a la orden, o al portador.-

3) Se les asignan dos derechos esenciales: gozar de

---

una participación sobre las utilidades anuales ya determinada por los estatutos, y ser susceptibles de negociación de acuerdo con los requisitos exigidos para cada una de las formas posibles.-

Carecen de derechos de intervención en la gestión administrativa social y de derechos sobre el patrimonio de la sociedad, exceptuando aquellos pocos casos en que se les aceptan en forma muy limitada, con el objeto de proteger sus dos derechos esenciales.- Haremos el análisis de estas excepciones cuando tratemos en detalle los derechos que se les pueden reconocer a los fundadores.-

#### 10.- Legislación comparada sobre derechos concedidos a los fundadores.-

Bajo este título haremos una breve reseña de las estipulaciones que los fundadores tienen derecho a hacer en su favor como consecuencia la fundación de la sociedad, a través de las distintas legislaciones del mundo.-

##### a) ITALIA.-

La legislación de este país presenta gran interés para el posterior estudio de la muestra, razón por la cual seguiremos la evolución que ha sufrido desde el año 1865.-

En el Código de Comercio de dicho año se estableció que los fundadores podían reservarse una participación sobre las

utilidades (1) "durante uno o más ejercicios sociales".- Esto evidentemente engendró muchos abusos, por cuanto bastaba que los fundadores se reservaran los beneficios aludidos por un período menor en un año del establecido para la sociedad, para que se hallaran encuadrados dentro de la ley, y la retribución percibida en esos casos excedía notoriamente de lo justo y equitativo.-

También redundó en un perjuicio para las sociedades honestas la costumbre de otorgar comisiones por la colocación de acciones, ya que los bancos se prestaban a cualquier manejo con tal de colocar todas las emisiones -de cualquier sociedad que fuese- que se efectuaban (2).-

Modificado el Código de Comercio Italiano el 2 de febrero de 1882, se establecieron, en el art. 127 del mismo, los límites de los privilegios reservables a los fundadores.- Dichos límites fueron los de que:

a) los beneficios otorgables no podían exceder del diez por ciento de las utilidades,

b) no se podían otorgar por más de cinco años o por más del tercio del término establecido para la duración de la sociedad.-

c) se proscribía el pago de comisiones a quienes hubiesen garantido o asumido la colocación de acciones.-

d) todo pacto contrario a estas normas sería considerado nulo.-

---

(1) ALVAREZ Y BARON PENA, art. cit., pág. 27.-

(2) VIVANTE, obra cit., n.º 415.-

Estas disposiciones tuvieron un efecto saludable por cuanto hicieron desaparecer de la práctica la concesión de ventajas gratuitas sobre el capital y pusieron un freno a los abusos premencionados.-

En el período que media entre dicho Código y el Código Civil actual, surgió un proyecto de reformas -citado por Lancelotti (1)- que estaba orientado en el sentido de permitir mayores ventajas a los fundadores de acuerdo con las siguientes bases: ampliar el plazo máximo de los privilegios posibles, de cinco a diez años; fijar un dividendo previo para los accionistas del cinco por ciento; permitir el pago de comisiones a quienes hubiesen garantido o asumido la colocación de acciones, y establecer la forma nominativa para los bonos de participación entregados a los fundadores.-

Sin embargo, por decreto del 16 de marzo de 1942 se aprobó el texto coordinado del Código Civil que incluyó las disposiciones relativas a las sociedades comerciales, donde las reformas proyectadas anteriormente no prosperaron.- El actual artículo que rige la materia es el 2340 que dice así (2):

"Los promotores pueden reservarse en el acto constitutivo, independientemente de su calidad de socios, una participación no superior en total a un décimo de las utilidades netas resultantes del balance y por un período máximo de cinco años".-

---

(1) LANCELOTTI, art. cit., págs. 1372 y 1373.-

(2) Código Civil Italiano, Editore Ulrico Hoepli Milano 1948 (trad. del a.).-

"Ellos no pueden estipular ningún otro beneficio en su propia ventaja".-

Como se puede ver, el artículo es muy similar en los derechos que otorga a los fundadores al que regía anteriormente, pero no se establece nada con respecto a la prohibición que existía de conceder comisiones por la colocación, o garantía de la colocación de acciones.- Unicamente un estudio profundizado de su actual legislación podrá decir si dichas comisiones, cuando se conceden a instituciones financieras o bancarias, deben considerarse como privilegios reservados a los fundadores, en cuyo caso, caerían dentro de la prohibición general del último párrafo del art. 2340.- Se puede sin embargo inferir, que mientras las acciones no se coloquen a un valor superior al nominal, la posibilidad de conceder comisiones se halla excluida en forma absoluta, dado que el actual artículo 2346 prohíbe la emisión de acciones a un precio inferior al nominal.-

b) PORTUGAL.-

En el Código de Comercio (1) están terminantemente proscriptas las acciones gratuitas o de prima, acordándose a los fundadores, una participación sobre las utilidades que no exceda del 10% de las mismas; el plazo máximo es de la tercera parte del

---

(1) SASOT BATES, art. cit., pág. 67.-

período por el cual se hubiera constituido la sociedad, y nunca superior a diez años; esta participación no podrá hacerse efectiva hasta después de aprobado el balance por la asamblea.-

c) ALEMANIA.-

La Ley Alemana sobre Sociedades Anónimas dictada en el año 1937 (2), no fija expresamente cuales son los límites a que habrá a que atenerse para conceder derechos al fundador.-

En el artículo 19 no hace más que rodear las ventajas especiales que puedan concederse en el momento de la fundación de una serie de formalidades tendientes a garantizar su conocimiento por parte de los demás accionistas; dice así:

"Art. 19.- Ventajas especiales.- Costos de fundación.-"

"(1) Toda ventaja especial estipulada a favor de cualquier accionista debe determinarse en los estatutos, con la signación del titular.-"

"(2) Los estatutos determinarán separadamente el importe total a cargo de la Sociedad y a favor de determinados socios o terceros como compensación o remuneración por la fundación o su preparación.-"

---

(1) Ley alemana sobre Sociedades Anónimas y Sociedades en comandita por acciones del 30-1-1937, en Boletín Mensual del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derechos de la Universidad de Bs. As., T. VII (Nro. de Sept.-Oct. 1938) págs. 817 a 923.- Traducida por Alejandro von der Heyde Garrigós y Hans H. Sauer.-

"(3) Sin esta determinación carecerán de fuerza frente a la "sociedad esas estipulaciones y los actos jurídicos para obtener su ejecución.- Después de inscripta la sociedad en el Registro de Comercio no puede subsanarse esta nulidad por modificación de los estatutos".-

d) GUATEMALA.-

En el art. 627 de la ley guatemalteca, del 18 de diciembre de 1936 (1), se establece que los beneficios atribuidos a los fundadores no serán válidos si no figuraran en los estatutos.-

e) EL SALVADOR.-

En el art. 104 de la ley del 28 de julio de 1934, (2), se prohíbe a los fundadores estipular algún beneficio que disminuya el capital social, ya sea en el momento de la fundación o luego de constituida, siendo nulo todo pacto en contrario.-

En el art. 105 establece que se podrá otorgar a los fundadores hasta el 10% de las utilidades por un plazo máximo de 10 años, pero supeditado a que los accionistas hubieran percibido un 5% como dividendo mínimo.-

El art. 106 dice que se expedirán unos títulos, "Bonos de Fundador", representativos de dichos derechos, que:

- a) no podrán ser computados dentro del capital,
- b) no dan derechos a sus tenedores a participar en la liquidación social,

---

(1) SANCY BATES, art. cit. pág. 65  
(2) " " " " " 65 y 66



e) no dan derecho a intervenir en la administración.-

f) BELGICA.-

Según el texto ordenado de acuerdo con lo dispuesto por la ley del 25 de mayo de 1913 (1), es obligación de hacer constar en el acto constitutivo de la sociedad "la causa y el monto de las ventajas atribuidas a cada uno de los fundadores".-

Autoriza la creación de partes beneficiarias o de fundador para representar a dichos derechos.-

g) GRECIA.-

Por la ley del 20 de junio de 1920, art. 15(2), se pueden otorgar a los fundadores acciones hasta la décima parte del total de las emisiones, que carecen de valor nominal y dan derecho a una cuarta parte de las utilidades anuales, luego de deducidas las cantidades que se destinan a reservas y a repartir un primer dividendo a los accionistas.-

Estas acciones no autorizan a participar de la dirección o gestión de la sociedad, ni del producto obtenido de la liquidación del patrimonio.-

h) FRANCIA.-

La legislación francesa exige que toda clase de

---

(1) BASOT BERTES, art. cit. pág. 67.-

(2) " " " " " 66.-

ventajas particulares otorgadas en el acto de constitución deben seguir el trámite establecido para la verificación de los aportes que no sean en dinero: consiste en fijar los procedimientos que se han de seguir para la valuación de los mismos en una primera asamblea, y que luego una segunda asamblea decida definitivamente sobre la aprobación o rechazo de las ventajas otorgadas(1).

Además se estableció en la ley del 23 de enero de 1929 que: art. 1° (2)

"Las sociedades comerciales pueden crear, atribuir o emitir, sea desde su constitución, sea ulteriormente títulos negociables bajo el nombre de partes de fundador o partes beneficiarias.-

"Estos títulos que están fuera del capital, no confieren a sus propietarios, la calidad de asociados, pero puede serles atribuido a título de crédito eventual contra la sociedad un derecho fijo o proporcional en los beneficios sociales.-

---

(1) LYON CARRÉ Y RENAUDY, obra cit. (Seconde Partie), pág. 77  
(2) " " " " " " " " " " " 1052 (traducción del autor.-

## CAPITULO II

### DEBERES DEL FUNDADOR

#### 1.- Legislación Argentina.- Antecedentes.-

El primer Código de Comercio Argentino, sancionado el 6 de octubre de 1859, reglamentaba en forma muy somera la constitución de las sociedades anónimas y nada establecía con respecto a los derechos del fundador (1).-

Recién el primero de mayo de 1890, con la reforma del código anterior, se reglamentaron en el artículo 321 del actual, los alcances de las ventajas que se podían atribuir a los fundadores.-

¿Cuáles fueron los antecedentes de nuestra actual legislación?

Según unos autores deriva, junto con la disposición correlativa del Código Portugués, del artículo 127 del Código Italiano del año 1862, el que a su vez provenía del que regía en Italia desde 1865 (2).- Como ya conocemos dichas disposiciones nos remitimos al lugar pertinente (3).-

---

(1) "Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires", Imprenta La Revista, Bs. As. 1861.-

(2) ALVAREZ Y BARON PENA, art. cit. pág. 27.-

(3) Ver "Legislación comparada sobre derechos concedidos a los fundadores". (Final del Cap. I).-

También se considera que el artículo 313 del proyecto de Código de Comercio de Bolivia fue utilizado como base de nuestra actual disposición (1); dicho artículo decía así(2):

"Al constituirse la sociedad no podrán los fundadores reservarse en su provecho ningún premio, agio o beneficio particular representado en una forma cualquiera de descuento, de acciones o de obligaciones privilegiadas, ni conceder comisiones a favor de quien hubiere garantido o arruñándose de la colocación de las acciones."

"Qualquier pacto en contrario será nulo." Sin embargo podrán los fundadores reservarse una participación no mayor de un décimo, en las ganancias netas de la sociedad, durante uno o más ejercicios, con tal que estos no excedan el tercio de la duración de la sociedad y en ningún caso excedan cinco años de ejercicio; pero no podrán estipular que el pago se efectúe antes de la aprobación del balance".

De estas pocas disposiciones --a estar de nuestra doctrina-- nació el actual artículo 313, cuyo texto analizaremos ahora detenidamente."

---

(1) ENRIQUE DIAZ DE QUIJARRO "Fundación decenal de la reserva de capital a favor del Fundador de la Sociedad Anónima", en Rev. de Jurisprud. Arg., Bs. As., Tomo 1943 - I, sección dog. jurídica, pág. 35."

(2) LISANIRO SROOVIA, "Proyecto de Código de Comercio", Redacción ordenada por la Cámara de Diputados, Estatutariamente vigente fino a vapor "El Nacional", Bs. As. 1957, T. I."

2.- Legislación Argentina: Artículo 321 del Código de Comercio  
Argentina.-

El artículo 321 del Código de Comercio que es el que estatuye sobre las ventajas que se pueden reservar los fundadores de sociedades anónimas dice así:

"Los fundadores no podrán reservarse prima o ventaja alguna, acciones u obligaciones beneficiarias o que no deban ser pagadas como las ofrecidas a la suscripción, aunque fuesen en cambio de concesiones otorgadas gratuitamente por las autoridades, sino hasta un máximo de diez por ciento del capital o de las utilidades realizadas y liquidadas, por un término que no exceda de diez años".-

Esta disposición, de redacción aparentemente sencilla, ha dado origen a una serie de diversas interpretaciones en la doctrina nacional, que pueden dividirse -para su mejor estudio- en dos grupos:

a) en el primer grupo se incluirán todas aquellas interpretaciones que le asignan al artículo 321 la concesión de ventajas sobre el capital y sobre las utilidades, y

b) el segundo grupo, lo forman todas aquellas opiniones que derivan del artículo 321 una sola clase de privilegios: privilegios sobre las utilidades.-

a) el artículo 321 concede ventajas sobre el capital o sobre las utilidades.-

1) Interpretación de Lopez Bancalari:

Según este autor(1), de acuerdo con nuestra legislación, los fundadores tendrían derecho a retirar de la sociedad durante cada uno de los diez primeros años una suma igual al diez por ciento del capital inicial.-

Es decir, que si la sociedad hubiera obtenido utilidades suficientes dicha suma se extraería de las mismas, pero aún cuando no hubieran habido utilidades, o hubieran habido pérdidas, el derecho persistiría en igual forma, haciéndose efectivo sobre el capital de la sociedad.- En otras palabras, mientras las utilidades no excedieran del 10% del capital pasarían íntegramente al fundador, y también sucedería que éste se iría apropiando del capital a medida que las utilidades fueran menores de dicho porcentaje.-

Al igual que Petriella(2), que rechaza esta interpretación por absurda, debemos hacerlo nosotros, ya que no existe ningún antecedente, de cualquier orden que sea, que permita sostener tamaña enormidad.-

2) Interpretación de Saravia:

Es similar a la de Lopez Bancalari, pero de efectos algo menos perniciosos.- Dice dicho tratadista, refiriéndose

---

(1) Citado por DIONISIO PETRIELLA "Ventajas permitidas por el Código de Comercio a los fundadores de sociedades anónimas" en Revista de Derecho Comercial, Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, N° de Octubre-Diciembre 1947, pág. 480.-

(2) D. PETRIELLA, art. cit., pág. 480.-

al art. 321:

"La décima parte de las ganancias, convenido pero  
"el diez por ciento del capital, además de no preciar si es el  
"suscripto o el realizado, importará una enormidad cuando se  
"trate de grandes capitales; y lo que es más grave, vendrá atri-  
"buir a los fundadores todas las utilidades mientras estas no  
"excedan del 10%" (1).-

En otras palabras, los fundadores tendrían dere-  
cho en cada ejercicio social a una suma igual al diez por cien-  
to del capital siempre que las utilidades cubrieran dicho impo-  
ste.-

Atenuada esta forma de encarar el art. 321 con res-  
pecto a la opinión anterior -ya que no se pueden hacer efectivos  
los privilegios del fundador sobre el capital social- debe tamb  
bién rechazarse por carecer de asidero práctico o legal, tanto  
en el país como en el extranjero.- Solamente podría explicarse  
el error de interpretación de nuestro gran tratadista, atribuyén-  
dolo a una deficiente lectura de los términos del artículo 321.-

### 3) interpretación de la doctrina en general.-

La interpretación más extendida en nuestra doctri-  
na - como consecuencia de lo cual ha sido aplicada un sinnúmero  
de veces en la práctica- es la que deriva la posibilidad de con-  
ceder dos clases de ventajas a los fundadores, bajo la forma de

---

(1) L. SAGOVIA, "Explicación y . . . .", T. I, pág. 366 a 1171.-

una opción.- Se les puede retribuir sus trabajos asignándoles en forma gratuita hasta el diez por ciento del capital, o concediéndoles hasta el diez por ciento de las utilidades por un plazo no mayor de diez años.-

Si bien como ya se ha dicho, la mayoría de la doctrina sostiene esta interpretación (1), con la excepción de Petriella(2), todos están contestes en criticar duramente las consecuencias que se derivan de permitir ventajas sobre el capital.-

Es lógico que así sea desde el momento en que la teoría en sí -sin que importe quienes son los destinatarios de los beneficios otorgados en esa forma-, da origen a un doble orden de perjuicios.-

Por un lado, como no se puede suponer que todos los terceros que contratan con la sociedad anónima en cuestión se hallan interiorizados de la forma en que ésta integró su capital,

- la idea  
el caso de  
...*
- 
- (1) JUAN B. SIBURU "Comentario del Código de Comercio Argentino" Valerio Abeledo Editor, 3ra. Edición. Bs. As., 1933, Tomo V, pág. 81.-  
MANUEL OBARRIO "Curso de Derecho Comercial" Editorial Científica y Literaria Argentina", Bs. As., 1924, Tomo I, N° 329.-  
MALACARRIGA, Obra cit. Tomo II, pág. 123.-  
R. S. CASTILLO, Obra cit., Tomo III, N° 219  
MARIO A. RIVAROLA "Soc. Anón.", Tomo II, pág. 147  
RAYMUNDO L. FERNANDEZ "Código de Comercio de la Rep. Argentina Comentado". Cia. Impresora Argentina, Bs. As., 1943, Tomo I, págs. 465 y 475.-  
DÍAZ DE GUIJARRO, art. cit., págs. 35 y 36.-  
D. PETRIELLA, art. cit., pág. 483.-  
(2) PETRIELLA, art. cit., pág. 482.-



creerán que la medida de la responsabilidad de la misma estará dada por el capital social, cuando no es así: la responsabilidad real se hallará disminuida desde el origen en la proporción de capital atribuido a los fundadores.-

Por otro lado se perjudican los accionistas; si la sociedad por cualquier causa que fuere, se viera obligada a disolverse inmediatamente y a restituir el capital-acciones, no podría devolver a cada accionista el total de lo que ha aportado a la sociedad, desde que los fundadores concurrirán al reparto en la proporción de capital que se les hubiera asignado.-

Se podrá entonces comprender el porqué de la crítica unánime a dicho artículo.- Al respecto dice Malagarriga: (1) "el límite del 10% y el de diez años que el artículo establece, si justos respecto de las ventajas consistentes en un derecho sobre las utilidades, atemperan, por el contrario, muy insuficientemente la enormidad jurídica y económica que el admitir derecho sobre el capital mismo representa".-

También Castillo considera que es (2) "una retribución excesiva y se presta a grandes abusos", palabras más o menos semejantes a las que usa Siburú para repudiar la disposición comentada (3).-

Fernández se une a la crítica antedicha (4).- Díaz

---

(1) MALAGARRIGA, obra cit., pág. 123.-

(2) CASTILLO: Obra cit., n. 219.-

(3) SIBURU, obra cit. Tomo V, pág. 81

(4) R.L.FERNANDEZ, obra cit., pág. 475.-

de Guijarro entiende que la modificación efectuada por la Comisión de la Cámara de Diputados -que fué la que redactó el texto definitivo del Cód. de Comercio apartándose en este punto del proyecto, el cual prohibía las ventajas sobre el capital- fué destinada a reflejar (1) "la práctica mercantil seguida en algunos países en los que la legislación se concreta a permitir cláusulas en provecho del fundador, en el acto de la constitución de la sociedad, aunque sin entrar a considerar en que pueden consistir".- A pesar de ello, considera de (2) "que no había porqué hacerse eco de los problemas de otros países: problemas que si existían era por la falta de un texto equivalente al de los Códigos Italiano y Portugués".-

El único autor que defiende la opción que permite el art. 321 -conceder ventajas sobre el capital o sobre las utilidades- basa su argumentación en los siguientes puntos: (3)

a) La facultad de otorgar a los fundadores ventajas sobre el capital está destinada a favorecer a los fundadores de sociedades anónimas como un aliciente para la propogación de las mismas.- Con tal objetivo en vista, debe considerarse, desde un punto de vista económico como un privilegio equitativo.-

b) No existe diferencia fundamental entre las ventajas sobre el capital o sobre las utilidades, ya que los funda-

---

(1) DIAZ DE GUIJARRO, art. cit., págs. 35 y 36.-

(2) DIAZ DE GUIJARRO, art. cit., págs. 36.-

(3) PETRIELLA, art. cit. pág. 483

dores se limitan a proponer a los accionistas constituyentes la remuneración que estiman haya de ser aceptada por estos, que no será la más fuerte, sino la de mayores probabilidades de aceptación (1).-

c) Como considera que el estímulo de las ventajas sobre el capital ha de hacerse sobre el capital suscrito, los abusos solamente podrían provenir de los casos en que se suscribiera una gran parte del capital autorizado, lo que no sucede en nuestros medios comerciales, donde se acostumbra a suscribir de entrada solo una pequeña parte del capital con que va actuar la sociedad (2).-

d) Ya que la gran mayoría de las sociedades de nuestro país adoptan la forma de constitución simultánea, no existe el peligro de mayorías preparadas de antemano por los fundadores con el objeto de imponer condiciones, ya que el accionista decidente le bastaría con no firmar el acta constitutiva(3).-

e) Hone un ejemplo por el cual puede darse el caso en la práctica, de que la ventaja máxima sobre el capital resulte menor que la ventaja máxima sobre las utilidades (4).-

f) Aún cuando a pesar de todo se deslizaran manejos por partes de los fundadores que culminaran en abusos, son

---

(1) FERRIELLA, art. cit., pág. 482  
(2) " " " " 484 y 485  
(3) " " " " 486  
(4) " " " " 483

muchas las cosas que se prestan a abusos en las sociedades anónimas, sin que por ello se hayan establecido todas las prohibiciones que hubiera sido necesario establecer, dada la imposibilidad que ello supone (1).-

Como en nuestra opinión no corresponde derivar del artículo 321 ventajas sobre el capital a favor de los fundadores, disentimos desde el principio con Petriella, pero reconocemos que su alegato en favor de las mismas tiene visos de verosimilitud.-

En consecuencia, adherimos a la crítica que hacen al artículo 321 los que piensan que otorga beneficios sobre el capital, pero creemos que se hallan equivocados en la interpretación expuesta, por no ser la que corresponde.-

d) Un fallo en nuestra jurisprudencia.-

Ante los Tribunales de nuestra Capital se presentó el caso siguiente: (2) Una persona (X) había sido reconocida por otras dos (M.M. y S.S.), como "ideadora" de una sociedad anónima y, en tal carácter, se le había prometido, si la sociedad se constituía, una retribución del 4% del capital integrado en acciones al portador o nominales.- En lugar de fundar una sociedad anónima, M.M. S.S. constituyen una sociedad de responsabilidad limitada con el objeto de llevar a cabo el mismo negocio.- Maspero, más tarde cumplen con el proyecto original y, fundada la sociedad anónima, le niegan a X. el derecho a la retribución prometida, razón

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 485

(2) J. A. T., 1943-I, pág. 377

por la cual éste se presenta a la justicia.-

Llevada la cuestión a segunda instancia la Cámara falla -más o menos igual que el inferior- ordenando a H.N. y S. S. que hagan efectiva la promesa original, o sea la de pagar a I.K. el 4% del capital aportado por ellos a la sociedad anónima en acciones liberadas.-

Lo que pretendemos hacer resaltar de este fallo no es el derecho del actor a una remuneración en su carácter de fundador.- No, como claramente establece el fallo, la obligación por la cual se obligó a la parte vencida a cumplir el compromiso con traído era de carácter personal y documentada.-

La verdadera importancia de este caso reside en la forma en que se obligó a los demandados a hacer efectiva la obligación asumida, cuando se les ordena que le entreguen al actor un porcentaje del capital aportado por ellos a la sociedad.- Ahora bien, basándonos en esta forma de encarar el problema ¿no cabría suponer que el porcentaje que el art. 321 atribuye a los fundadores podría provenir del capital aportado a la sociedad por los accionistas?

Entendemos que no, porque no derivamos del artículo 321 la concesión de ventajas sobre el capital, pero considerada como interpretación posible es superior a la que admite nuestra doctrina, desde que los únicos perjudicados en este caso serían los accionistas, y ello, con conocimiento de causa, mientras que los terceros contarían con un capital íntegro para responder de las deudas sociales.-

Descartado entonces que sea posible remunerar así a los fundadores -a través del artículo 321-, ¿podría pactarse expresamente una convención de esta naturaleza en la práctica?

A esto contestamos que sí, puesto que nada se opone que en el momento de la suscripción los fundadores perciban ciento diez por una acción que vale cien, o que los accionistas estén de acuerdo en recibir el noventa por ciento de las acciones por ellos integradas.- La única condición de validez a una convención de este carácter sería la de la plena conciencia y aceptación, por parte de cada uno de los suscriptores, de los términos establecidos; Castillo está de acuerdo con esta solución, pues como dice(1), "nada autoriza para disminuir a los accionistas de una parte de su capital, cuando no sea por una renuncia expresa que hubiera hecho cada uno de ellos".-

b) El artículo 321 concede únicamente ventajas sobre las utilidades.-

De acuerdo con esta corriente de ideas el art. 321 concede a los fundadores el privilegio de reservar ventajas exclusivamente sobre los beneficios sociales, pero eso sí, este derecho es susceptible de adoptar dos formas para su futura efectividad: puede reservarse en forma directa un porcentaje de las utilidades anuales pagadero a las personas especificadas en los estatutos

(1) CASTILLO, obra cit., pág. 225 N° 281.-

tos sociales, o, pueden crearse unos títulos que en conjunto sean representativos del mismo derecho.-

Como se vé, el beneficio en ambos casos resulta igual, con la sola diferencia de que el primer método mantiene a los fundadores más ligados a la sociedad por la relativamente difícil negociación de su derecho, mientras que el segundo desliga a los fundadores de la sociedad facilitándoles la transmisión de ese mismo derecho.-

Este criterio de interpretación del art. 321 fué sustentado por vez primera por el doctor Brito, cuyos fundamentos y razonamientos conocemos a través de Sasot Betes (1), y de Alvarez y Barón Peña (2), autores éstos, que adhirieron a las conclusiones del anterior.-

Como nosotros también participamos de la misma idea, trataremos de hacer una exposición ordenada de los fundamentos que la abonan:

#### 1) Antecedentes:

Ya conocemos las fuentes que inspiraron a nuestros legisladores: Legislaciones italiana y portuguesa, y el proyecto de Segovia.-

En todas estas disposiciones campea el mismo objetivo que el asignado por Vivante al art. 127 del Código Italiano

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 55.-

(2) ALVAREZ Y BARÓN PEÑA, art. cit., págs. 22 a 30.-

de 1882 (1): "impedir que nasca (la sociedad) con un capital asegurado por extracciones de favor".-

Siendo ello así, de los antecedentes de nuestro artículo 321 no se desprende, en ningún momento, la concesión de ventajas gratuitas sobre el capital en beneficio de los fundadores de sociedades anónimas.-

## 2) Interpretación gramatical.-

Art. 321 "Los fundadores no podrán reservarse prima o ventaja alguna, acciones u obligaciones beneficiarias o que no deban ser pagadas como las ofrecidas a la suscripción...., sino hasta un máximo de 10% del capital o de las utilidades realizadas y líquidas por un término que no exceda de 10 años".-

La primera parte del artículo prohíbe la reserva de "prima o ventaja alguna", frase que debe ser interpretada en forma general puesto que no se refiere a ningún privilegio específico.-

La prohibición luego se hace efectiva a la reserva de: "acciones u obligaciones beneficiarias o que no deban ser pagadas como las ofrecidas a la suscripción".- ¿Qué quiso significar el legislador con "acciones u obligaciones beneficiarias?"

Segovia dice que (2) "este portuguesismo debió ser sustituido por los adjetivos castellanos "preferidas" o "privilegiadas" o "de favor" ", es decir, que serían acciones de capital

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 175

(2) SEGOVIA, "Explicación y . . ." pág. 365 n. 1170



con privilegios adjuntos mayores que los que acuerdan las acciones comunes; en esto se basa Petriella cuando sostiene que debe interpretarse legítimamente que el artículo 321 concede ventajas sobre el capital.-

Sin embargo, nosotros pensamos distinto: el legislador ha entendido referirse a lo que la doctrina francesa califica de "partes de fundador" (1), también llamadas "partes beneficiarias".- Este adjetivo de beneficiarias cuando se refiere, como en nuestro caso, a acciones u obligaciones, sirve para diferenciar a dos títulos que dan derechos iguales pero que tienen un origen distinto: acciones beneficiarias que son las que dan un derecho exclusivamente sobre las utilidades anuales y son creadas al constituir la sociedad y las acciones de goce, que son las que, gozando de idénticas ventajas, se crean durante el funcionamiento de la sociedad, ya que no son más que acciones ordinarias amortizadas.-

Hasta ahora entonces, el artículo 321 quiere decir: no se les puede adjudicar a los fundadores prima o ventaja alguna, acciones que den derecho a dividendo, o -prosigue el mismo art.-, "o (acciones) que no deban ser pagadas como las ofrecidas "a la suscripción"; es decir, que también prohíbe la concesión de acciones que no deban ser pagadas como las ofrecidas a la suscripción.- Esta frase concuerda con el régimen establecido para las sociedades anónimas por el cual tienen la obligación de hacer sus

(1) ALVAREZ Y BARON PEÑA, art. cit., pág. 29.-

hen  
C. 27. 5. 1914

cribir íntegramente el capital.-

Continúa el artículo 321: "sino hasta un máximo del 10% del capital o de las utilidades realizadas y líquidas.." A este párrafo debemos achacar la confusión de nuestra doctrina; tomado en sí mismo, autoriza a hacer una detracción de hasta el 10% del capital, pero relacionado con la primera parte del art., cuando habla de acciones u obligaciones beneficiarias, establece un tope para la concesión gratuita de las mismas.- De ahí la importancia que tiene el significado de "acciones u obligaciones beneficiarias" ya analizado.-

Resumiendo, el art. 321 permite: otorgar, hasta un máximo del 10% del capital una retribución a los fundadores representada por acciones con derecho a dividendo, o aún, conceder directamente a éstos, hasta el 10% de las utilidades anuales.-

Las ventajas autorizadas son lógicas por su equivalencia: el diez por ciento de las utilidades anuales importa la misma suma que las utilidades que le corresponden al 10% del capital.-

Con el análisis que hemos hecho de los términos que usa el artículo 321, creemos haber demostrado la interpretación gramatical que le corresponde, aún cuando admitimos que establecer el capital de la sociedad como base para el cálculo de los derechos del fundador y la forma en que se halla redactado, son dos



elementos propicios para una interpretación errónea del mismo.-

3) Otro argumento más.-

El párrafo del artículo 321 -que hemos saltado al hacer la interpretación gramatical- estatuye que las ventajas otorgables a los fundadores deberán limitarse a las establecidas, "aunque fuesen en cambio de concesiones otorgadas gratuitamente por las autoridades".- De otra manera, no permite computar dentro del capital social el valor monetario que pudiera atribuirse a dichas concesiones.-

Rivarola critica esta opinión basándose en que las concesiones(1), aunque obtenidas gratuitamente, pueden alcanzar un importante valor económico y al fundador le corresponde el mérito de los trabajos y gestiones necesarios para su obtención; por otro lado, la prohibición de integrar el capital con concesiones gratuitas no hace sino estimular maniobras al margen de la ley, en el sentido de hacer figurar al concesionario como veedor de su privilegio a la sociedad mediante una suma de dinero.-

Petriella está de acuerdo con Rivarola en que dichas concesiones pueden llegar a un alto valor económico, pero defiende la prohibición del art. 321 por motivos de "orden moral", ya que si (2)"el Estado ha concedido gratuitamente una concesión, es lógico que ella no se ponga en Comercio antes de ser iniciada su explotación, por los abusos graves a que podría dar lugar tal

---

(1) RIVAROLA, "Sec. Anón.", T. II, pág. 159

(2) PETRIELLA, art. cit., pág. 486

**"práctica en el orden administrativo".-**

Sin que podamos decir cual de las dos posiciones es la que corresponde tomar, lo real y evidente es que el legislador ha querido prohibir la integración del capital con bienes de valuación difícil o dudosa, luego mal puede haber sido su intención permitir que una parte del capital social permanezca sin integrar como lo suponen los que admiten derechos sobre el mismo.-

**4) Admitir derecho sobre el capital social no armoniza con otras disposiciones del Código de Comercio.-**

En el art. 318 del Cód. de Comercio se establece que "las sociedades anónimas no podrán constituirse definitivamente" hasta "que el capital social o su primera serie que no baje "de un veinte por ciento, esté íntegramente suscripto"(inc. 2°) y "que los suscriptores hayan abonado el diez por ciento del capital suscripto" (inc. 3°).-

En otras disposiciones del mismo Código (arts. 326, 327, 328 inc. 3°, 329 inc. 1°, y 333) se corroboran las obligaciones que tienen los accionistas de suscribir el capital y de pagarlo a medida que les sea requerido, pero siempre refiriéndose al total del capital.-

Por consiguiente, no existe armonía entre estas disposiciones del Código de Comercio y la interpretación que se le atribuye al artículo 321 otorgando privilegios gratuitos sobre el

capital.- Ello no obstante, exponemos los argumentos esgrimidos por Petriella para sostener dicha interpretación, desde que creemos poder rebatirlos.-

a) dice Petriella (1): Las ideas iniciativas, gastos y trabajos realizados por el fundador pueden aceptarse como aporte para aquellas acciones que se le entregan gratuitamente al fundador, ya que esta operación armoniza con el artículo 282 del Código de Comercio que dispone que hay contrato de sociedad cuando "dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas":

Contestamos: como el art. 1649 del Cód. Civil dice: "capital social se llama en este Código, la totalidad de las prestaciones, que consistiesen en obligaciones de dar" y nada hay en el art. 282 del Cód. de Comercio que modifique esta prescripción, nada autoriza a considerar las ideas, gastos o trabajos del fundador como parte integrante del capital social.-

b) Dice Petriella (2): Si la intención del legislador ha sido transformar a los fundadores en socios permanentes, bien ha podido establecer un régimen especial que derogue las prescripciones generales.-

Contestamos: en primer lugar, el régimen no podría ser permanente porque -como veremos más adelante- la limitación de 10 años rige también para las ventajas sobre el capital, y en

---

(1) PETRIELLA, art. cit. pág. 485

(2) " " " " 485

en segundo lugar, un régimen especial de tanta trascendencia para las sociedades anónimas hubiera merecido un tratamiento más claro y extenso que el de la confusa disposición que comentamos.-

e) Dice Petriella (1): si bien las ventajas gratuitas sobre el capital disminuyen la responsabilidad del 100% al 90% la sociedad se constituye antes para los socios que para los terceros que con ellos contratan, los cuales deberían conocer tal situación por los estatutos sociales.-

Contestamos: aparte de que sería ilusorio suponer hoy en día, el conocimiento de los estatutos de una sociedad anónima por parte de todos los terceros que con ella contratan, el principio de que la sociedad anónima tiene su responsabilidad limitada al capital social (2) -como disposición limitativa que es (3)- no puede menoscabarse diciendo que la sociedad se ha formado antes para los socios que para los terceros.-

Por consiguiente, resumiendo todo lo expuesto: ni los antecedentes del art. 321, ni su interpretación gramatical, ni su interpretación lógica en relación con las demás disposiciones del Código de Comercio permiten suponer que dicha prescripción autorice, dentro del régimen de la sociedad anónima, otro privilegio que no sea el que concede sobre las utilidades, "de tal suerte el artículo 321 resulta de una construcción inobjetable, es ar-

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 455.-

(2) El art. 315 usa la expresión "fondo social" pero la doctrina la interpreta como "capital social". Ver R. L. FERNANDEZ, obra cit., pág. 456, nota 57.-

(3) En el sentido de que la responsabilidad no puede ser inferior al capital.-

"mónico con el cuadro de la reglamentación de las sociedades anónimas y responde a los principios y fuentes que lo informaron"(1).-

3.- Legislación Argentina.- ¿El art. 321 a qué capital se refiere?

Quando el legislador ha establecido que se podrán conceder ventajas a los fundadores tomando como medida de las mismas el capital de la sociedad, ha olvidado aclarar a cual capital ha entendido referirse.-

Esto ha dado lugar a encontradas opiniones sobre si corresponde que se calculen en base al autorizado, al suscrito, o al realizado, así como si existe la posibilidad de que se aumenten los beneficios de los fundadores si se aumenta el capital social, claro está que esto último, siempre que el aumento tenga lugar dentro de los diez primeros años.-

Antes de entrar a considerar la opinión de la doctrina, dejamos constancia de que este problema no se relaciona con ninguna interpretación del artículo 321 en particular, ya que su solución se adapta a cualquiera que se tome como cierta.-

A este respecto SIBURU opina que debe ser el capital suscrito, porque (2) "constituye, en realidad, el capital cierto de la sociedad, desde que de ese capital habrá una parte

---

(1) BRITO citado por SASOT BETES en art. cit. pág. 55

(2) SIBURU, obra cit., T. V, pág. 82

"realizada y otra de valor efectivo de crédito contra los accio-  
"nistas" y si se admitiera que es el social (1) "se producirá con  
"frecuencia el caso de que tales ventajas absorban la mitad del ca-  
"pital suscrito, y mucho más del realizado, conclusiones inadmi-  
"sibles por estar desprovistas de toda razón, de toda justicia, y  
"de toda conveniencia".-

Malagarriga dice (2) "como no exige expresamente  
"que se trate del realizado la cuestión queda circunscripta al ca-  
"pital social o al suscrito" y que "el cálculo debe hacerse so-  
"bre el capital que la ley exige se halle suscrito para que las  
"sociedades anónimas funcionen, es decir, el capital social o su  
"primera serie que no baje del 20%".-

Rivarola (3): "la forma amplia en que se autoriza  
"esta reserva excluye toda discusión sobre si ese 10% de accio-  
"nes liberadas ha de ser calculado sobre el capital inicial, so-  
"bre el capital autorizado o sobre cualquier otro capital que re-  
"sulte de los aumentos votados por la asamblea general durante  
"todo el término que se fije por los estatutos por la duración de  
"la sociedad.- La inconveniencia de esta alternativa permitida  
"por la ley no tiene porqué relacionarse con la justicia o equi-  
"dad que puede existir en percibir una espléndida remuneración al  
"fundador".- O sea, que se desprende de esta opinión, que los de-

---

(1) BIGNRU refiriéndose al cap. autorizado, T. V, pág. 81.-

(2) MALAGARRIGA, obra cit., págs. 123 y 124

(3) MARIO A. RIVAROLA "Hacia una nueva ordenación legal de los de-  
"rechos del fundador" en Rev. "La Información", Bs. As., Febrero  
"de 1938, pág. 3.-



rechos del art. 321 pueden calcularse sobre el capital autorizado inicial y sobre sus posibles aumentos.- Sin embargo, aún cuando se aceptara este criterio, creemos que solamente podría aceptarse para el capital autorizado inicial y los aumentos que tengan lugar durante los 10 primeros años, a estar de los términos del art. 321.-

Alvarez y Barón Peña (1) consideran que el 10% es sobre el capital suscrito, y Lancelotti (2) entiende que el Código de Comercio se refiere al capital social, lamentando darle esa interpretación por la agravación del abuso a que da lugar, pero que de no ser así, dicha disposición no habría levantado tantas críticas.-

En la práctica la Inspección General de Justicia en un caso citado por Sasot Betes (3) ha sostenido que el "diez por ciento debe computarse sobre el capital social inicial y no sobre los aumentos posteriores que se hagan al mismo", pero este criterio no ha sido uniforme, pues en otro caso citado por Ojeda Chans (4), nada objetó a la disposición de unos estatutos que tomaban como base el capital inicial y los aumentos previstos al mismo.- Rivarola (5) también ha encontrado esta dualidad de cri-

---

(1) ALVAREZ Y BARÓN PEÑA, art. cit., pág. 22

(2) LANCELOTTI, art. cit., pág. 1372

(3) SASOT BETES, art. cit., pág. 57 (Sociedad Teatral Italo Argentina, exp. S. N° 178-909)

(4) JUSTO OLARÁN CHANS "Los derechos del Fundador de las Sociedades Anónimas" en Rev. de Ciencias Económicas, Bs. As., Dbre. 1941, págs. 1043 y 1044. (Exp. S. N° 82 del año 1941).-

(5) MARIÓ A. RIVAROLA "El carácter temporario de los derechos del Fundador" en Rev. "La Información" Bs. As., Dic. 1941, pág. 3.-

terios, pues el Poder Ejecutivo ha aprobado estatutos que concedían el 10% del capital inicial y -el 10% de los posibles aumentos en los 10 primeros años, y luego ha negado toda posibilidad en los futuros aumentos aunque correspondían a series del capital primitivo.-

A pesar de ello, Petriella entiende que la interpretación que le asigna la Inspección General de Justicia es uniforme en el sentido siguiente (1): toma como base para calcular las ventajas de los fundadores el capital suscrito por los accionistas en el momento de constituir la sociedad, y admite que se haga extensivo a los aumentos posteriores del capital suscrito, siempre que tengan lugar en los diez primeros años y estén comprendidos dentro del capital autorizado inicial.- Excluye por consiguiente la posibilidad de otorgar el beneficio a los fundadores cuando se trata de hacerlos efectivos sobre capitales no previstos en el momento de la constitución.-

Consideramos que esta interpretación es la más lógica.- Sería absurdo pretender que, inicialmente, las ventajas se calcularan en base al capital autorizado cuando, como en nuestro país, existe la costumbre generalizada de suscribir sólo una pequeña parte del mismo.- En los casos en que el capital autorizado se aumenta después de constituida la sociedad, es lógico que a los fundadores no se les conceda una parte sobre los beneficios

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 484

que a ese aumento corresponde, desde que provienen de utilidades que ni siquiera fueron previstas por ellos al fundar la sociedad.-

#### 4.- Legislación Argentina.- Término por el cual se conceden los derechos del fundador.-

El artículo 321 dice en su último párrafo -aludiendo a los beneficios que concede-, que son "por un término que no exceda de diez años".-

Aún cuando aparentemente esta frase no presenta ninguna dificultad de comprensión, ha surgido el problema de saber si dicha limitación se refiere a las ventajas sobre las utilidades solamente, o si también se refiere a la otra alternativa del artículo, es decir, a las que se consideran como ventajas sobre el capital.-

Como esta cuestión tiene estrecha relación con la interpretación que se le asigna al artículo 321 -respecto de las ventajas que concede-, haremos su estudio en forma separada.-

#### a) se admite que el artículo 321 concede ventajas sobre el capital y sobre las utilidades.-

El problema a resolver adquiere trascendencia por las conclusiones que se derivan de la solución a que se llegue:

1) si el término de diez años no rige para las ventajas sobre el capital, quiere decir, que las acciones que se en

tragan a los fundadores las pertenecen en propiedad sin limitación alguna, y

2) si el término de diez años rige para las ventajas sobre el capital, las acciones que se entregan a los fundadores podrán solamente permanecer en su poder durante 10 años, al cabo de los cuales caducarán o deberán ser restituidas a la sociedad.-

La doctrina en general afronta la cuestión tangencialmente, pero algunos autores se pronuncian en forma concreta:

Obarrio (1), Castillo (2) y Oláran Chans(3), opinan que el periodo establecido rige para ambas alternativas: Malagarriga (4) concuerda indirectamente, como así también lo hace Riva-rola (5).-

Díaz de Guijarro (6) hace un detenido análisis de la cuestión, llegando al mismo resultado que los anteriores.- Su argumentación se basa en:

a) la interpretación gramatical del párrafo "sino hasta un máximo del 10% del capital o de las utilidades realizadas o líquidas, por un término que no exceda de diez años" en donde, la conjunción "o", y la coma colocada luego de "líquidas", manifiestan que la última frase se aplica a las dos alterna-

- 
- (1) Citado por DIAZ DE GUIJARRO en art. cit., pág. 36
  - (2) CASTILLO, obra cit. pág. 182, N° 219
  - (3) OLARAN CHANS, art. cit., pág. 1045
  - (4) Citado por DIAZ DE GUIJARRO en art. cit., pág. 36
  - (5) RIVAROLA "El carácter temporario..." pág. 4
  - (6) DIAZ DE GUIJARRO, art. cit. pág. 37

tivas anteriores;

b) que (1) "los beneficios que se acuerdan a los fundadores de sociedades anónimas son de interpretación restrictiva por su carácter de verdadero privilegio que la legislación ha considerado indispensable limitar"; y

c) toma en cuenta el principio de que sin aporte no hay sociedad, y el fundador sería socio igual que los demás, si se le entregaran las acciones en plena propiedad.-

De todo esto deduce que:

a) La limitación de 10 años se extiende al capital y a las utilidades;

b) No pueden pactarse las ventajas por tiempo mayor.- sería un acto nulo por ser contrario al orden público;

c) Si no se establece plazo, vale el del art. 321.-

Sin embargo hay un autor, Lancelotti (2), que difiere con los citados pues no cree que el término se haya establecido para las ventajas sobre el capital, y cita en su apoyo a Castillo (3) cuando dice que "no se concibe una participación en el capital por un plazo limitado, cuando el término de la sociedad puede ser mucho mayor".- Encontramos fundada la objeción que hace Lancelotti, pero llegamos a una conclusión distinta: no se concibe una participación sobre el capital por un pla-

---

(1) DIAZ DE GUIJARRO, art. cit., pág. 37

(2) LANCELOTTI, art. cit. pág. 1374

(3) CASTILLO, obra cit. pág. 225 N° 261

zo limitado porque no ha sido la intención del legislador al conceder <sup>85 -</sup>  
participación sobre el capital.

Entonces, si la doctrina en general no admite derechos sobre el capital  
por p/b so ilimitado, ¿qué es lo que admite? Admite que se le entreguen a  
los fundadores, acciones de capital por un plazo de 10 años, ac-  
ciones que para ellos o sus cesionarios representarían en la prá-  
tica un derecho sobre las utilidades.- Únicamente en el caso de  
que la sociedad se hubiera constituido por un plazo menor de  
diez años o que se disolviera antes de transcurrido dicho lapso,  
podrían los tenedores de esas acciones participar en la parte  
que les correspondiera sobre el patrimonio de la sociedad.-

Podemos ahora ver que al admitir participación en  
el capital por tiempo limitado la doctrina se acerca en la prá-  
tica a la interpretación que le asignamos al art. 321 -de que só-  
lo concede a los fundadores derechos sobre los beneficios socia-  
les-, pero da cabida a que se les acuerden derechos sobre el ca-  
pital en sociedades cuyo término de duración efectivo sea infe-  
rior a 10 años, lo cual es una incongruencia.-

No existe jurisprudencia que directamente se pro-  
nuncie sobre el plazo que corresponde a las ventajas sobre el  
capital, pues la que existe se refiere al plazo de las ventajas  
sobre los beneficios, no siendo tampoco de utilidad guiarse por  
el criterio de la Inspección General de Justicia, ya que ha sido  
variable con el tiempo.-

En dos casos que se han presentado sobre aproba-  
ción de estatutos (1), en el primero, del año 1926, el entonces

---

(1) Citados por DIAZ DE GUIJARRO en art. cit., pág. 34 y J. OLA-  
RAN CHANS en art. cit., págs. 1043 y 1044.-

Dr. Rodríguez Ribas los objetó, porque no limitaban el plazo de las ventajas sobre el capital, y en el segundo, del año 1941, el Sub-Inspector General Sr. Fernández Guerrico hizo suprimir el término por el cual se entregaban las acciones a los fundadores, pues entendía que el plazo solamente se refería a los beneficios sobre las utilidades líquidas y realizadas.-

Hemos dejado para el final de este análisis, una cuestión muy importante vinculada con el problema tratado.- Si se admite que el plazo de diez años rige para los privilegios sobre el capital, ¿que destino les corresponde a las acciones de capital entregadas a los fundadores luego de transcurrido el plazo estipulado o el legal?

Con excepción de Rivarola (1), no hemos encontrado ningún tratadista que solucione el interrogante planteado, por lo que trataremos de hacer el análisis de lo que puede suceder:

a) que dichas acciones ocauquen, es decir, que se transformen por el mero transcurso del plazo fijado en papeles sin ningún valor.-

De adoptarse esta solución:

1) Hubiera sido necesario individualizar las acciones desde su origen, ya que transcurrido el plazo que corresponda pueden no hallarse en manos de los fundadores; ésto significaría crear una categoría especial de acciones distintas de las ordinarias.-

---

(1) RIVAROLA "El carácter temporario . . ." págs. 3 y 4

2) En la sociedad, una vez cubierto el plazo de validez de las acciones, se produciría una disminución automática del capital no prevista por el Código de Comercio(1), ni sometida a las exigencias que el Art. 354 fija para tales reducciones.-

Por consiguiente no es posible aceptar esta solución, ya que no se les entregaría a los fundadores acciones comunes -que es el supuesto planteado- y se alterarían las expresas disposiciones del art. 354.-

b) que dichas acciones sean restituidas a la sociedad para ser distribuidas entre los demás accionistas o para ser colocadas en el mercado.-

En el primer supuesto, y con el objeto de hacer coincidir el patrimonio de la sociedad con el capital, la sociedad hubiera debido crear, al cabo del término establecido, una reserva equivalente al monto de las acciones que vuelven a su poder.- El segundo supuesto haría coincidir el patrimonio de la sociedad con el capital social si las acciones fueran colocadas a su valor nominal, pero ¿si fueran colocadas a menos de este valor? ¿si no existiera mercado para dichas acciones?

También en éstos casos sería necesario crear "acciones de capital" distintas de las comunes, con el objeto de prevengirse sobre su futuro destino.-

---

(1) RIVAROLA "El carácter temporario..." pág. 4



Con el fin de remediar los inconvenientes apuntados, Rivarola (1) sugiere que el Poder Ejecutivo, antes de aprobar estatutos que concedan dicha liberalidad, debería exigir que se prevea en los mismos la forma en que se va a hacer coincidir el patrimonio social con el capital al cabo del término estipulado para las ventajas de los fundadores, con lo cual dice que desaparecería de los estatutos dicha liberalidad.-

b) Se admite que el art. 321 sólo concede ventajas sobre las utilidades.-

Si las acciones que se entregan a los fundadores, sin que importe la designación que se les dé, no pretenden dar derechos sobre el capital sino sólo sobre las utilidades, no trae aparejado ningún inconveniente aplicar a las mismas el plazo de 10 años que en rigor establece el art. 321.- Al contrario, se ofrece a las sociedades anónimas nuevas una opción en la forma de remunerar a sus fundadores, que al mismo tiempo que otorga ventajas equivalentes, permite a los mismos una movilización más o menos fácil de sus derechos.-

Transcurrido el período legal, dichas acciones pasarían a poder de la sociedad anónima, la que estaría en libertad de anularlas, repartirlas entre los demás accionistas, o colocarlas en el mercado, dependiendo de lo que conviniera a sus intereses.-

---

(1) RIVAROLA "El carácter temporario...", pág. 4.-

5.- Legislación Argentina.- Reclamación de los derechos del fundador sobre las utilidades.-

a) El art. 321 es de orden público y de interpretación restrictiva.-

Las prescripciones que contiene son de una naturaleza tal que no sería válido, basándose en el principio de la libertad de las convenciones, estipular una cláusula estatutaria que modificará lo establecido en el mismo; sus disposiciones no pueden renunciarse y todo pacto en contrario es nulo.- La calificación de orden público que se le asigna, se basa en la garantía con que la legislación comercial moderna quiere rodear a la constitución de las sociedades anónimas.-

El art. 127 del antiguo Código de Comercio Italiano lo establecía expresamente al sancionar de nulidad a todo pacto en contrario y en nuestro país lo han sostenido la Inspección General de Justicia (1) y diversos fallos de nuestra jurisprudencia(2).-

Aparte de esa calificación y como corolario, los derechos de los fundadores no pueden extenderse por analogía, ni considerar que se incluyen otros, pues como claramente lo ha establecido nuestra jurisprudencia, "se trata de verdaderos privi-

---

(1) Caso del Bco. Popular Arg. Resolución Ministerial del 12-3-1924 - Expediente B.67.1923

(2) Cámara Comercial de la Capital -8 de agosto de 1930; "J.A." T. 33, pág. 1130.-  
Cámara Comercial de la Capital -11 de mayo de 1925; "J.A.", T. 15, pág. 975.-

El límite del 10% del art. 321 debe computarse su-  
mando todas las ventajas particulares que se concedan en el mo-  
mento de la constitución y no solamente lo que se concede a los  
fundadores.- Ejemplo de ello sería el que se quisiera remunerar  
a los suscriptores de la primera serie con una cuota parte de  
las utilidades además del dividendo correspondiente.- Si a los  
fundadores se les remunerara en ese caso con el 5%, el máximo a  
tribuible como remuneración para las acciones de la primera se-  
rie sería del 5% restante.-

c) Término de las ventajas sobre las utilidades.-

El que establece el art. 321 es de diez años como  
máximo, plazo que comienza a correr con la constitución de la so-  
ciedad.- Sin embargo esta disposición no es suficiente para solu-  
cionar algunos de los problemas que surgen.-

Si la sociedad comenzara a funcionar en el mes de  
junio y el ejercicio social venciera el 31 de diciembre de cada  
año, ¿tiene derecho el fundador a la cuota parte que se le ha a-  
signado sobre las utilidades por los cinco primeros meses del undécimo  
ejercicio, es decir, sobre los diez primeros ejercicios  
más los cinco meses que le faltan para completar los diez años?

Petriella(1) opina que deben tomarse sobre los  
diez primeros ejercicios y no sobre los diez primeros años basán-  
dose en que:

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 486

- a) que ha sido la intención de nuestro legislador, quien utilizó como fuente el art. 127 del Código de Comercio Italiano de 1882, donde figura la palabra *esercizio*;
- b) el edículo de las utilidades que corresponden a los cinco primeros meses presentaría dificultades de orden práctico, y de un valor legal dudoso, por las distintas posiciones de orden público que rigen la confección de los balances de sociedades anónimas.

Sostenemos en que es más cómodo la interpretación de Petriella, pero creemos que:

- a) corresponde aplicar el término de "años" que utiliza el legislador y no su intención presunta;
- b) se pueden salvar fácilmente las dificultades prácticas para su cálculo; y,
- c) no puede discutirse el valor legal del mismo, si el criterio empleado no difiere notoriamente del que señalan las disposiciones y normas que rigen la elaboración de los balances de sociedades anónimas.-

Se presenta otra cuestión relacionada con el plazo de los derechos del fundador otorgados sobre las utilidades, para aquellas sociedades cuyos estatutos fueron aprobados durante la vigencia del anterior Código de Comercio (el actual entró en vigor el 1° de mayo de 1890), que no limitaba el plazo por el cual se podían conceder dichas ventajas.- Sancionado el código actual, ¿siguen vigentes los derechos concedidos entonces, aún cuando excedan de los límites de la nueva disposición? ¿deben considerarse limitados a diez años a partir del 1° de Mayo de 1890? ¿qué sucede con aquellas sociedades cuyos estatutos fueron aprobados con el Código anterior y prorrogan su término de duración después de sancionado el nuevo código?

En una palabra, hay que decidir si la disposición del art. 321 es retroactiva o nó; si es retroactiva la contestación a la primera pregunta es no y a la segunda sí; si no es retroactiva, las respuestas se invierten.-

Vivante(1), Vidari y Navarrini (2), en su comentario sobre el Código italiano, no consideran a la disposición similar a la nuestra como retroactiva, y la jurisprudencia italiana en su mayor parte se ha pronunciado en el mismo sentido (3).-

En nuestro país hay dos fallos de nuestra jurisprudencia que aclaran la cuestión y se pronuncian por la no retroactividad del art. 321 (4).- Consideran que debe establecerse una diferencia entre lo que es de orden público y lo que es retroactivo; que existe una graduación entre las dos calificaciones por la cual no todas las disposiciones de orden público son retroactivas, cayendo entre éstas la disposición que comentamos.-

Con un ejemplo aclararemos el sentido de nuestra jurisprudencia.- Supongamos una sociedad que se hubiera constituido el 1° de Enero de 1880, es decir, estando vigente el Código anterior, y que otorgara en sus estatutos el beneficio a los fundadores por un plazo de treinta años.-

Sanccionado el nuevo Código no deben limitarse los derechos del fundador a los diez primeros años de vigencia de éste, como correspondería si el art. 321 fuera retroactivo, sino que duran por todo el término primitivamente fijado(5).-

- 
- (1) VIVANTE, obra cit. pág. 174, nota 2  
(2) Citados por VIVANTE en obra cit. pág. 174, nota 2  
(3) Citada " " " " " " 174, nota 2  
(4) Cám. Com. de la Cap. 11 de Mayo de 1925 en J.A., T. 15 pág. 975 y el del 8 de Agosto de 1930 en J. A., T. 33, pág. 1130  
(5) Fallo citado J.A., T. 33, pág. 1130.-

Si la sociedad hubiese concedido los derechos al fundador por todo el plazo de duración de la sociedad -que suponemos de 30 años a partir de 1880- y la sociedad prorrogara su término de duración por otros 30 años, los derechos del fundador se considerarían válidos por diez años a partir de la prórroga, es decir, hasta 1920, porque (1) "el beneficio que los estatutos conceden a los fundadores de una sociedad anónima, sin determinación de plazo, renace con la prórroga de la sociedad debiendo en ese caso limitarse su subsistencia a diez años".-

Con el código actual, el problema de la prórroga de la sociedad sólo podría presentarse en el caso muy raro de una sociedad constituida por un lapso menor de diez años, que concediera ventajas a sus fundadores sin determinación de plazo.-¿Deben considerarse beneficiados los fundadores en el caso de que la sociedad prorrogara su término de duración?

Entendemos con Rivarola (2), e interpretando en el mismo sentido la jurisprudencia citada, que sí, pero sólo hasta llenar el término de diez años que la ley permite.- Sin embargo, este punto conviene que sea especialmente contemplado en los estatutos, para prevenir dificultades ulteriores.-

---

(1) Fallo citado J. A. T. 15, pág. 975

(2) RIVAROLA, "Soc. Anón.", t. II, pág. 195

**6.- Legislación Argentina.- Procedimiento legal para conceder los derechos a que se refiere el art. 321.-**

Las sociedades anónimas pueden constituirse en dos formas distintas: simultánea o sucesivamente.-

En la constitución simultánea si ya se han cumplido los requisitos del art. 318 y se han redactado los estatutos, los interesados constituyen la sociedad otorgando la respectiva escritura pública que seguirá el proceso de la autorización gubernativa, de la inscripción y de la publicidad, exigidos por el código de comercio.-

En la referida escritura, que es a la que alude el art. 319 del código de comercio, deben figurar "las ventajas o derechos especiales concedidos a los promotores en su caso"(art. 292, inc. 4°).-

En la constitución sucesiva o por suscripción pública, la sociedad se constituye provisoriamente otorgando la respectiva escritura (art. 320); si se incluyen los estatutos en dicha escritura, deben figurar los derechos concedidos a los fundadores como ventajas especiales.- Luego se redacta el programa de suscripción en el que constarán "las ventajas excepcionales que pueden atribuírse los fundadores"(art. 320, inc. 3°); una vez recogidas todas las suscripciones, se procederá a constituir definitivamente la sociedad en la asamblea convocada al efecto.-



Es en ésta donde se fijan concretamente todos los pormenores relativos a la sociedad, y en el caso que nos interesa, la cláusula relativa a los derechos del fundador o fundadores.- También tienen voto en la asamblea constitutiva los fundadores, pues la ley no los excluye(1).-

El objeto de las prescripciones legales es el de tender a que se dé a la estipulación sobre derechos del fundador la más amplia publicidad, y no acepta que se admitan ventajas si no constan expresamente en el contrato social.-

A pesar de ello, Sasot Betes(2) considera que la asamblea constitutiva podría otorgar ventajas a los fundadores aun que no se hubieran cumplido las condiciones de los arts. 292 inc. 4º y 320 inc. 3º, explicando su posición en la forma siguiente: legalmente, si no se ha cumplido con las prescripciones citadas, los fundadores no pueden exigir que se les otorguen ventajas especiales ni tienen acción para reclamarlas, pero si la asamblea por iniciativa propia decide retribuirles sus trabajos en forma moderada y justa, nada hay que a ello se oponga.-

Concordamos con el citado comentarista, pues la modificación de los estatutos es una de las prerrogativas de que goza la asamblea constitutiva y la inserción de la estipulación sobre los derechos del fundador debe considerarse como una modificación estatutaria admisible, siempre que se encuadre dentro de

---

(1) MALAGARRIGA, obra cit. pág. 126

(2) SASOT BETES, art. cit. pág. 59

los términos del art. 321.-

Es factible también el procedimiento de hacer figurar la estipulación sobre derechos del fundador en los estatutos en forma general, para dejar libradas a la asamblea las reglamentaciones de detalle.- Ello no obstante, este proceder puede dar lugar a que surjan dificultades como la de establecer quienes serán considerados fundadores de la sociedad.-

A este respecto hay dos casos, que se refieren a la concesión de ventajas a los fundadores, resueltos por la Inspección General de Justicia, que son muy ilustrativos:

Caso a) La sociedad "X A" autorizada el 15 de febrero de 1912, resolvió en asamblea ordinaria, del 21 de mayo de 1926, conceder a su iniciador, Sr. N.N. el 2% de las utilidades, durante toda la existencia de la sociedad, fijada en 100 años según los estatutos; la resolución fué tomada por unanimidad de votos.-

La Inspección General de Justicia se opuso en su dictámen de fecha 30 de setiembre de 1926 (1) basándose en que "tampoco admite la justa interpretación de este precepto legal "(art. 321) y la doctrina en que se inspira, el distingo que se pretende establecer entre beneficios que se reserva el fundador "y los que se acuerdan a éste, atribuyendo a esta circunstancia, "una importancia tan decisiva, que permitiría colocar a éste, en

---

(1) Dictámen de la Inspec. Gral. de Justicia en el caso de la "Soc. Plantadora de Yerba Mate" del 30 de setiembre de 1926, aprobado por Resolución del Minist. de Justicia del 26 de Nov. de 1926, que figura en el "Boletín Informativo de la Inspec. Gral. de Justicia" de Mayo 1940, pág. 133.-

"el último caso, fuera del régimen que prescribe la disposición "citada".-

Caso b) (1) En la asamblea general extraordinaria de accionistas del Banco de Galicia y Buenos Aires, de fecha 28 de julio de 1909 se sancionaron nuevos estatutos, en cuyo art.66 se estipulaba: "Para el iniciador del Banco. Sr... o sus herederos, durante diez años a contar desde la aprobación de la reforma de los estatutos uno y medio por ciento"(se refería al repago de las utilidades).-

El Inspector de Justicia Dr. Horacio Becar Varela objetó dicho artículo, pero elevado el expediente al Procurador General de la Nación, éste opinó que podía aceptarse, pues la suma acordada era una gracia voluntaria de la asamblea prescindiendo de su carácter de fundador, que no afectaba el activo social por provenir de las utilidades irrevocables y líquidas.-

El Poder Ejecutivo aprobó por decreto la cláusula cuestionada considerando:

"Que el Art. 66 de los estatutos reformados no importa una ~~reser-~~  
"va de beneficios por parte del fundador de la sociedad, sino la  
"concesión de ventajas acordadas por la asamblea, en uso de facultades propias al iniciador de aquella, sin que sea posible suponer, dado el número de accionistas que han concurrido a dicho ~~ag-~~  
"to, que haya podido influir en su decisión el beneficiado, sugi-

---

(1) Ver Revista "La Información", año I, N° 3 de marzo de 1930, pág. 9 a 16.-

"riendo a otros lo que no quiso resolver por sí mismo en el momento de la constitución de la sociedad, para que no se le aplique la disposición del art. 321 del Código de Comercio".-

"Que el beneficio acordado al iniciador por el citado art. 66, de los estatutos deberá abonarse con las utilidades realizadas y líquidas (art. 364 del Código de Comercio) de manera que su reparto no afecte derechos de los terceros, sino de los accionistas, que han podido, y pueden disponer de lo propio como lo han verificado desde que, procediendo así, no hacen otra cosa que establecer las bases del reparto sucesivo de las utilidades y dictar las reglas a cuyo cumplimiento estarán obligados por el art. 317 del Código de Comercio, mientras no la modifiquen o substituyan".-

Si analizamos los fundamentos de ambas resoluciones -dejando de lado toda consideración referente a las asambleas que intervinieron y a sus facultades legales- vemos como partiendo de la misma distinción -derechos reservados o concedidos- llegan a conclusiones diversas.- En el primer caso se le prohibió a la sociedad "acordar" beneficios a los fundadores por hallarse la resolución tomada en pugna con el art. 321, y en el segundo, se le permitió a la sociedad "acordar" a los fundadores, los beneficios que no hubieran podido "reservarse" según el mismo art. 321.-

Debemos concluir que la doctrina que niega la posibilidad de "acordar" los beneficios a los fundadores, cuando no

---

Es posible concederlos a través del art. 321, es la verdadera; no creemos que de la opinión contraria se derive algún perjuicio económico para las sociedades, o que se preste a abusos por parte de los fundadores, pero dado que las prescripciones del art. 321 pertenecen al orden público, cualquier disposición que lo contrario lleva consigo la nulidad.-

7.- Derechos del fundador sobre los fondos de reserva y en la liquidación de la sociedad.- Interpretación en el derecho argentino.- Jurisprudencia.-

¿Qué derechos tienen los fundadores, a quienes se les ha acordado una cuota parte de los beneficios sociales, sobre los fondos de reserva y sobre los excedentes, si existen, en el momento de la liquidación?

Comenzaremos por una breve explicación sobre estos conceptos:

Los fondos de reserva se constituyen generalmente en las sociedades comerciales, con el objeto de prevenir posibles pérdidas en el futuro y se forman destinando a ello un porcentaje de las utilidades anuales, utilidades que permanecen en el activo social sin repartir entre los socios.-

Los excedentes en el momento de la liquidación aparecen cuando, disuelta la sociedad, realizado el activo y el pasivo

vo, y cubierto el capital social, existe un remanente.- Este remanente puede ser el resultado de muchos factores, siendo uno de los principales, la acumulación de las reservas, debiendo por consiguiente considerarse que tiene una naturaleza idéntica a la de éstas: son utilidades de la sociedad que no se han repartido o que no se han previsto.-

Descartamos de este estudio la eventualidad de que a los fundadores se les entreguen acciones ordinarias en pago de sus servicios, pero si así fuera, tendrían todos los derechos que acuerdan las acciones ordinarias, los cuales correrían adheridos a las mismas y a su suerte.-

Lo que a nosotros interesa es el derecho que pueden tener los fundadores a quienes se les ha concedido un porcentaje sobre los beneficios sociales.- A este respecto Rivarola (1) dice que "si el fundador ha tenido derecho a una parte de esos beneficios (refiriéndose a los beneficios anuales) es indudable que esos fondos de reserva le han defraudado gradualmente algo de lo que debiera haber percibido como beneficio, de modo que es justo reconocerle una participación en el excedente de la liquidación de la sociedad, desde que ésto no importará en el hecho sino pagarle al tiempo de la liquidación lo que se le dió de menos durante el ejercicio de la sociedad" y que "debe reconocerse la legalidad de la cláusula que establezca una proporción en favor del fundador sobre los beneficios que resulten de la liquidación después de cubierto íntegramente el capital aportado por los accionistas"; debemos recordar que las ventajas a los fundadores

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 152

pueden solamente concederse durante los diez primeros años de la sociedad, y por consiguiente, el derecho de los mismos sobre las reservas se ve reforzado por (1) "cuanto una administración prudente obliga a la más apresurada constitución de fondos de reserva en sus primeros años de ejercicio"... En una palabra, opina que dicho derecho debe aceptarse si se origina en una cláusula estatutaria.-

Sasot Betes (2) encuentra de que si dicho derecho en favor de los fundadores se halla establecido en los estatutos, únicamente se podrá objetar una participación que exceda de los límites del art. 321; si por el contrario, nada se ha estipulado, el fundador nada puede reclamar.-

Por lo tanto, la opinión de Sasot Betes concuerda con la de Rivarola.-

Refiriéndose a la legislación italiana (art. 127 del antiguo Código de Comercio), Vivante (3) cree que mientras la concesión de derechos a los fundadores sea temporaria, debe dejarse de lado la cuestión de saber si concurren en la época de la liquidación el reparto de las utilidades acumuladas.-

En cambio, nosotros creemos que a menos que estatutariamente se haya establecido que el fundador no concurrirá sobre determinadas y previstas reservas, tiene pleno derecho a la

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 153

(2) SASOT BETES, art. cit., pág. 63

(3) VIVANTE, obra cit., pág. 193

mismo cuota parte sobre las reservas que se creen en el futuro, que la que se ha estipulado sobre los beneficios.- Este concepto está limitado a la décima parte de las reservas formadas durante los diez primeros años, la parte que podría el fundador exigir en el momento de la liquidación; si disuelta la sociedad el excedente cubre el total de las reservas acumuladas durante los diez primeros años tendrá derecho al porcentaje íntegro, y si no, en forma proporcional al remanente que exista.-

Nuestra opinión se apoya en el origen de los fondos de reserva.- ¿Cuál es su origen?: son utilidades no <sup>distribuidas</sup> distribuidas, pero de la misma naturaleza que las distribuidas, y el fin con que se han formado es el de proveer para lo que pueda suceder en el futuro, en beneficio de la sociedad y de los accionistas.- Si después, durante el curso de la vida de la sociedad es necesario acudir a las reservas, pues bien, se perjudican tanto los accionistas como los fundadores, pero no vemos por qué, si las reservas sobreviven hasta la disolución de la sociedad, no han de serles entregadas, por la parte que les corresponde, a sus legítimos titulares.- Tanto más debe considerarse que este derecho les pertenece a los fundadores si se está de acuerdo en negarles voz y voto en cuanto al monto y a la oportunidad de su creación.-

¿Cuándo podría hacerse efectivos los derechos de los fundadores sobre los fondos de reserva?



En primer lugar, si la sociedad repartiera las reservas, como sucede a menudo cuando la situación económica es floreciente; en segundo lugar, cuando se emitiera una nueva serie de acciones y los fundadores tuvieran derecho a suscribirlas a la par, pudiendo ser colocadas en el mercado a un precio superior a la par (1); en tercer lugar, cuando existieran excedentes en la liquidación, luego de cubiertas las deudas sociales y el capital aportado por los accionistas, y, en cuarto lugar, en aquellos casos en que tengan lugar modificaciones de los derechos del fundador que se considere que representan una alteración substancial de las condiciones del contrato de participación original.-

Resumiendo: si en los estatutos de la sociedad anónima se excluyen a los fundadores de los fondos de reserva, nada tienen derecho a exigir; si en los estatutos se concede participación a los fundadores sobre las mismas, habrá que atenerse a los términos de la concesión; si los estatutos nada dicen y se otorga a los fundadores un porcentaje sobre los beneficios anuales, habrá que reconocerles a los mismos un derecho sobre las reservas en la medida y con los alcances que hemos expuesto.-

Hemos dejado para el final de este título el examen de la jurisprudencia pertinente -completamente adversa a nuestra interpretación- pues así nos resultará más fácil puntualizar los errores de que creemos que adolece.-

---

(1) Ver en este mismo capítulo "Posibilidad de otorgar al fundador un derecho de preferencia sobre las futuras emisiones de acciones".-

"El fondo de reserva, como cualquier otro que resulte de la liquidación de la sociedad anónima, es patrimonio de los accionistas, y no tiene derecho a él el iniciador o fundador a quien corresponde una parte de las utilidades anuales"(1).-

¿Excluye este fallo la posibilidad de otorgar a los fundadores, mediante una cláusula estatutaria, derechos sobre las reservas? No lo sabemos, pero parecería que sí por la forma categórica en que se expresa sobre la propiedad de las reservas, y es en base a ello que creemos que en la parte que dice: "el fondo de reserva es propiedad de los accionistas y no tiene derecho a él el fundador a quien corresponde una parte de las utilidades anuales" manifiesta un cierto desconocimiento sobre el origen de las reservas, porque sino, ¿de qué otra manera puede explicarse que le niquen al fundador todo derecho sobre una parte de las utilidades? -que no otra cosa son las reservas-, si más adelante dice que tienen derecho sobre las utilidades anuales!

En otro fallo de nuestra jurisprudencia encontramos que: (2) "Los beneficios extraordinarios acordados a los fundadores de una sociedad anónima no confieren derecho alguno sobre el activo social; pues se trata de verdaderos privilegios que en todo caso han de ser interpretados restrictivamente".- Este fallo tiene relación con nuestro tema porque si se reconoce que los fundadores carecen de todo derecho sobre el activo social, es neces-

(1) Cám. Com. de la Cap. 11 de mayo de 1925, "J.A.", T. 15, pág. 981

(2) Colección de fallos. Cám. Com. de la Cap. T. IV, pág. 336

ter reconocer que no pueden tener derechos sobre las reservas (cuyo valor efectivo en bienes se halla diluido dentro del activo de la sociedad) y de que tampoco pueden tener derecho sobre los excedentes de la liquidación (excedentes que provienen de la realización del activo social).- Pero hemos de demostrar que el fundador puede tener derecho sobre el mismo; supongamos el caso de una sociedad que hubiese concedido a sus fundadores el diez por ciento sobre las utilidades anuales, y de que decidiera, por conveniencia económica, mandar a reservas las utilidades de cada uno de los cinco primeros ejercicios.- Es evidente que no se podría tomar dicha resolución sin el consentimiento de los fundadores -por la parte que a ellos les corresponde- así que supongamos que ellos han prestado su conformidad.- ¿Dónde estaría representado el valor de las utilidades que les habían correspondido a los fundadores?, pues en el activo social.- Con esta argumentación creemos haber aclarado como, teniendo los fundadores derecho sobre las utilidades y las reservas, pueden también tenerlo sobre el activo social.-

Encontramos de nuevo el mismo error de concepto en el voto del Dr. Padilla (1), cuando opina que "...el art. 321 al "limitar las ventajas que pueden reservarse los fundadores y con "mayor razón los promotores, les ha negado por lógica implicencia "toda participación con ellos (los accionistas) en la liquidación "de la sociedad, cuando ésta se efectúe después de aquel término..."

---

(1) CAm. Coa. de la Cap. II de mayo de 1925, "J.A.", T.15, pág. 992

y ello sería así aún cuando"la liquidación ocurra antes (de los "diez años) o la ley no fije término a los privilegios del fundador"; parecería estar en la creencia de que las utilidades y las reservas son dos cosas completamente distintas, y creemos haber demostrado, de que ambas poseen una naturaleza idéntica.-

Por último, citamos el voto del Dr. Estrada (1) en el mismo caso que el anterior: "el derecho de los fundadores sobre cualquier eventual beneficio decae por el simple transcurso "de los diez años", dice, refiriéndose a los fondos de reserva acumulados.- Cuando nosotros interpretamos que el fundador tiene derecho sobre los excedentes en el momento de la liquidación, nos referimos a aquellos que provienen de la acumulación de reservas durante los diez primeros años.- Todo otro beneficio -que provenga de reservas posteriores o de utilidades de origen posterior- debe ser excluido de los mismos.- Por lo tanto, consideramos que debe presumirse un derecho a favor de los fundadores en la liquidación cuando hay excedentes, y las reservas han permanecido intactas hasta el décimo ejercicio sin pérdida alguna que a las mismas debe imputarse.- Volviendo entonces al voto del Dr. Estrada, ¿tiene razón al afirmar que los fondos de reserva acumulados al cabo de los diez primeros años son beneficios eventuales?, pensamos que no y que tal calificación debe atribuirse a un error de concepto; ¿tiene razón cuando dice que el derecho a los mismos decae por el simple transcurso de los diez años?; tendría razón si fue-

---

(1) "J.A.", T. 15, pág. 995.-

*el J. de la ley...  
...de...  
...de...  
...de...*

ran beneficios eventuales, pero no siéndolo, no nos parece justo excluir al fundador del derecho de percibir una suma de dinero que le pertenece por el hecho de que se ha postergado su reparto.-

8.- Derecho de los fundadores a reservar para sí las primas de emisión.- Interpretación en el derecho argentino.-

Las primas de emisión aparecen cuando es posible colocar en el mercado acciones de una sociedad anónima nueva, o una nueva emisión de acciones de una sociedad existente, por un valor superior al valor nominal.- La diferencia entre el valor nominal y el precio de emisión constituye la prima de emisión.-

¿Pueden los fundadores reservarse las sumas percibidas como primas de emisión en retribución de los trabajos realizados?

Antes de entrar a considerar la posibilidad legal de la cuestión -y con el objeto de facilitarla- veremos cuál sería -caso de admitirse- el procedimiento adoptado en la práctica por los fundadores.-

Lo lógico sería subdividir la obligación que contrae la persona suscriptora de las acciones en dos; por la primera, se compromete a integrar el valor nominal de la acción cuando la sociedad se constituye, es decir, contrae una obligación hacia la

futura sociedad, y por la segunda, contrae la obligación de abonar al fundador -en el momento en que la sociedad se constituya efectiva y legalmente- el importe de las primas de emisión.- De otra manera, se puede considerar que la suma que los suscriptores abonarían a los fundadores en concepto de remuneración, se origina en una convención ligada a la constitución de la sociedad, pero que no afecta al patrimonio social.-

¿Cuál es entonces, la interpretación legal que corresponde?

Es ilustrativo a este respecto lo sucedido en Italia.- En dicho país, antes de que se dictara el Código de Comercio del año 1882, se acostumbraba a asignar a los fundadores una parte o el total de lo obtenido en concepto de primas de emisión, como remuneración de los trabajos realizados.- Dada la serie de excesos en que incurrieron los fundadores y con el carácter de legislación preventiva, se estableció expresamente en el art. 127 de dicho Código la prohibición de conceder primas de emisión a los fundadores.-

En el Código Civil actual, luego de permitirles a los fundadores una participación sobre las utilidades, se prohíbe "estipular ningún otro beneficio para su propia ventaja" (art. 2340) pero no dice nada que expresamente se refiera a "primas de emisión" como sucedía anteriormente.-

¿Cómo debe interpretarse la legislación italiana actual? ¿permite o no la reserva de primas de emisión a favor de los fundadores? Sin conocer ningún texto doctrinario que consente la última disposición sobre la materia, creemos que los fundadores podrán reservarse las primas de emisión sobre el capital que ellos han recaudado en favor de la sociedad.- Nuestra suposición se basa en que antes, cuando se quiso prohibir tal eventualidad, se hizo en forma expresa, mientras que ahora nada se dice.- Por otra parte, la prohibición general que contiene la última parte del art. 2340 -ya citada- entendemos que se refiere a toda ventaja que deba hacerse efectiva sobre el patrimonio social, y hemos visto, que en la práctica, una convención de esta naturaleza no halla separada, en sus efectos, de dicho patrimonio.-

¿Qué sucede en nuestro derecho? El art. 321 dice: "Los fundadores no podrán reservarse prima o ventaja alguna.."  
¿Se refiere con el vocablo "prima" a las primas de emisión?

Creemos que no; que se refiere a toda clase de primas que de alguna manera afecten al patrimonio social, Por consiguiente, como las primas de emisión no lo afectan, y podrá aplicarse todas las consideraciones que hemos hecho al comentar la legislación italiana, entendemos que cabe en nuestro país la reserva de las primas de emisión a favor de los fundadores.-

Sasot Betes (1) admite este derecho, pero lo limita a las primas que surgen de la emisión del capital suscrito al iniciarse la sociedad, quedando entonces excluidas las correspondientes a futuras emisiones.-

Estamos de acuerdo con el criterio sustentado por dicho autor, ya que los fundadores no son los que se encargan de las futuras emisiones, ni pueden corresponderle íntegramente a ellos los beneficios que puedan producirse en el curso del funcionamiento de la sociedad.-

9.- Derecho del fundador al reembolso de los gastos.- Interpretación en el derecho argentino.-

Durante las etapas preliminares a la constitución de la sociedad se producen inevitablemente una serie de gastos -con el objeto de obtener el fin de la fundación-, gastos que mientras la sociedad no se constituye son satisfechos por los fundadores.-

Una vez constituida la sociedad, ¿corresponde que les sean reembolsados a los fundadores los gastos incurridos? Es lógico suponer que obtenido el fin que se ha tenido en vista -la constitución de la sociedad- se le impute al beneficia-

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 61.-



do el monto de los gastos: en este caso el beneficiado es la misma sociedad, a quien le incumbe por consiguiente, la obligación de devolverlos.- Están incluidos dentro de esta obligación los gastos que han sido necesarios para la constitución de la sociedad o de su futuro desenvolvimiento y los que hubieran podido producir una ventaja aún cuando esta no se hubiera materializado.-

Desde el punto de vista del fundador hay que reconocer que a ello tiene derecho.- No ha podido ser su intención, al constituir la sociedad, la de percibir como única remuneración el importe de los gastos realizados.- Si bien es cierto que los accionistas le pueden imponer que queden a su cargo exclusivo (1), generalmente se hace cuando la compensación que se le otorga por su trabajo de fundación cubre ampliamente los desembolsos efectuados y una justa retribución por los trabajos realizados.- El derecho del fundador al reembolso de los gastos, es independiente de que se haya establecido o no en los estatutos.-

Malagarriga (2) cree que deberían limitarse los "derechos del fundador" a la reintegración de los adelantos y gastos ocasionados por la fundación.-

Este régimen es el establecido en Francia por la

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 74  
(2) MALAGARRIGA, obra cit. pág. 122

ley del 15 de julio de 1845 para los fundadores de las compañías ferrocarrileras, y Malagarriga opina que se debería extender a todas las sociedades anónimas.- Respetando el criterio de la ley francesa, influido por el concepto de "concesión de servicios públicos" que revisten las compañías del riel, no compartimos la opinión del citado tratadista por considerarla contraria al espíritu comercial que necesariamente prima en el campo de las sociedades anónimas, y porque influiría negativamente en su futura expansión.-

10.- Posibilidad de otorgar al fundador un derecho de preferencia sobre las futuras emisiones de acciones.- Interpretación en el derecho argentino.-

Las sociedades anónimas suelen otorgar en la época de su constitución -como remuneración y aliciente a los primeros accionistas- un derecho de preferencia para la suscripción de las futuras emisiones.-

Esta facultad puede otorgarse de dos maneras: por la primera se concede a una persona el derecho de suscribir un determinado número de acciones de las nuevas emisiones pagando por ellas el precio de emisión y, por la segunda, se otorga la misma facultad aún cuando las emisiones se hagan a su valor nominal.-

En el primer caso la ventaja para el titular dependerá del precio de emisión, de la situación económica de la sociedad y de la cotización de sus acciones, por lo que en realidad resulta un derecho de opción cuya conveniencia dependerá de varias circunstancias.- En el segundo caso la ventaja es mucho mayor, puesto que si la sociedad es próspera, le permite a su titular participar de las reservas sociales o colocar las acciones en el mercado por un valor superior al nominal, y si no lo es o no desea hacer uso de su derecho, no está obligado a ello.-

En general se admite que este derecho en la primera de sus formas, como opción, se otorgue a los fundadores en el carácter de una remuneración adicional por los trabajos de fundación.- Teóricamente no representa una ventaja pecuniaria y hasta Vivante (1) -que se muestra muy estricto en su interpretación de la ley italiana- acepta que se le conceda a los promotores.-

No sucede así con la segunda de las formas, porque se considera que disminuye los beneficios futuros de la sociedad (recibe el valor a la par de las acciones, ~~que es menor que el valor a la par de las acciones, que es menor que el valor a que se podrían colocar en el mercado~~) y que otorgaría a los fundadores una participación mayor que la prevista, al concederles derecho ~~ilimitada~~ limitada en el tiempo sobre las reservas acumuladas hasta la fecha de la nueva emisión.- En ello se funda Vivante (2) para decir

---

(1) VIVANTE, obra cit. pág. 176  
(2) " " " " 175

que "debe considerarse ineficaz el pacto por el que se concede a los promotores el derecho de preferencia sobre las futuras emisiones, a su precio nominal".-

Como nosotros admitimos que el fundador tiene derecho sobre las reservas -exceptuando los casos en que se lo excluye estatutariamente de las mismas- diferimos con el principal argumento de Vivante, pues el otro argumento pierde valor si pensamos que una vez aceptado el derecho del fundador sobre los fondos de reserva, la sociedad sufre la misma pérdida colocando sus acciones al valor nominal entre los accionistas o entre los fundadores.-

¿Cabría entonces dentro de nuestra legislación otorgar a los fundadores el derecho de suscribir las futuras emisiones a su valor nominal? Creemos que sí, y que justamente proporciona una forma de hacer participar a los mismos en el discutido derecho sobre las reservas antes de la disolución de la sociedad.-

Si el fundador tiene derecho por el art. 321 al 10% de las utilidades por un término de 10 años, tiene el mismo derecho sobre las reservas (1) acumuladas durante dicho lapso, de donde el derecho sobre las reservas que el fundador pueda adquirir por la suscripción de las nuevas acciones deberá ser igual o menor que el que ya poseía.-

---

(1) Recordar que las reservas son utilidades no distribuidas.-

que...  
Con un ejemplo aclararemos la cuestión.- Supongamos una sociedad que se haya constituido con un capital de \$100,000.-- otorgando a sus fundadores el diez por ciento de las utilidades anuales.- Al mismo tiempo les ha concedido, hasta donde corresponda, el derecho de suscribir las futuras emisiones de acciones a su valor nominal.- Al cabo de 6 años decide la sociedad elevar el capital a \$ 500,000.--, habiendo acumulado reservas por \$ 50,000.--  
Hasta dónde podrían los fundadores suscribir las nuevas acciones sin vulnerar el derecho que les corresponde a los accionistas sobre las reservas? Si, como hemos dicho, deberá ser una cantidad tal de acciones que no les otorgue mayor derecho sobre las reservas del que ya tenían, en nuestro caso \$ 5,000.-- (el diez por ciento del total acumulado), debemos encontrar a qué parte del capital total ampliado le corresponderá esa participación sobre las reservas.- Será evidentemente el mismo porcentaje sobre el capital ampliado que el que les corresponde sobre las reservas existentes, es decir, que a los fundadores se les podría conceder el derecho de suscribir hasta \$ 50,000.-- de la nueva emisión.-

Si la emisión de las nuevas acciones tiene lugar después de transcurridos los diez primeros años, el principio es el mismo, pero el cálculo varía porque los fundadores no pueden adquirir derecho sobre las reservas acumuladas después de dicho período.- Por lo tanto, en este caso será necesario establecer cuál es el monto que les corresponde a los fundadores sobre las reservas a

acumuladas durante los diez primeros años, para luego concederles el derecho de suscribir un número de acciones tal, que les otorgue el mismo o menor derecho que el que ya tenían.-

Resumiendo: En los estatutos de la sociedad se podrá acordar o negar a los fundadores el derecho de opción sobre las futuras emisiones, cuando no signifique al mismo tiempo conceder derechos sobre las reservas, en una medida que dependerá de los derechos de los demás accionistas y sin que haya que aplicar a esta concesión el art. 321.- Si nada se estipula en los estatutos también podrán suscribir un número ilimitado de nuevas emisiones, siempre respetando la forma en que la sociedad ha dispuesto efectuar dicha emisión.-

Análogamente, se podrá acordar o negar en los estatutos a los fundadores el derecho de suscribir las nuevas emisiones a su valor nominal, pero si se concede -así como también cualquier otra forma de suscripción que implique conceder derechos sobre las reservas constituidas- habrá de sujetarse a un número tal de acciones, que comprometa como máximo, el diez por ciento de los fondos de reserva acumulados durante los diez primeros años.- Si nada se dice en los estatutos, habrá que atenerse a lo establecido en el momento de la nueva emisión, que de otorgar este privilegio, deberá mantenerse dentro de los límites enunciados.-



BIBLIOTECA

11.- Derechos del fundador en la gestión social.- Interpretación en el derecho argentino.-

¿Tienen derecho los fundadores a intervenir en la gestión de los negocios sociales?

Siendo esta pregunta de naturaleza muy compleja trataremos de ir por partes estudiando cada una de las situaciones que se presentan.-

Primeramente habrá que ver si se acepta que a los fundadores se les entreguen acciones ordinarias en pago de sus servicios.- Nosotros no lo admitimos, pero como una buena parte de nuestra doctrina lo admite, consideramos que en el caso de que ello suceda los fundadores tendrán todos los derechos que las mismas acuerdan, es decir: asistir, opinar y votar en las asambleas, ser miembros con voto en el Directorio, exigir la comunicación de los documentos sociales, etc.-

Por consiguiente, el estudio que sigue se refiere exclusivamente a los fundadores a los cuales se ha concedido un derecho de participación sobre las utilidades sociales.- Como este derecho se puede conceder directamente, o bajo la forma de títulos representativos del mismo -partes beneficiarias, de fundador o acciones beneficiarias- incluiremos la opinión de la doctrina francesa respecto de los derechos que conceden las partes del fundador.- Estas, que sólo pueden dar derechos sobre las utilidades por lo que respecta al patrimonio social, tienen ciertas particularidades

-respecto de los derechos que conceden- distintas de las que les corresponden a los títulos que se pueden crear en nuestro país:

a) No tienen limitación de tiempo.- Tampoco tienen limitación legal en el monto, pero ya hemos visto que en la práctica se ha introducido la costumbre de concederles la participación correspondiente recién después de cubierto un dividendo previo a favor de los accionistas;

b) se pueden otorgar en pago de servicios prestados por los fundadores, o en pago de otra clase de servicios o a otras personas que no sean fundadoras;

c) No es obligatorio que sean creadas en el momento de constituirse la sociedad; se pueden crear luego de que ésta se halle en funcionamiento.-

Estos caracteres hacen que el estudio que la doctrina francesa realiza sobre los derechos que se pueden conceder a los tenedores de partes de fundador se refieran al título en sí, prescindiendo de quién es su tenedor, mientras que el estudio que se hace a nuestro derecho, o en el italiano, se refiere exclusivamente a los derechos que tienen los fundadores en su carácter de tales.-

Hechas estas aclaraciones, veamos cuáles son los principios que encierra el conceder a los fundadores el derecho de intervenir en la marcha de la sociedad:



a) Como los accionistas tienen dos objetivos, salvaguardar el patrimonio social y obtener utilidades, tienden en primer lugar, a adoptar todas aquellas medidas que solidifiquen la situación económica de la sociedad (amortizaciones, prudentes reservas, etc.), pero que no significan repartir la mayor suma de utilidades posibles.- De ahí que encaren la administración social desde un doble punto de vista, patrimonial en primer término, y de rendimientos en segundo término;

b) Como los fundadores obtienen una sola clase de ventajas -sobre las utilidades anuales- toda ingerencia de los socios en la administración de la sociedad representa una fuerza que trata de distribuir, al fin de cada ejercicio anual, la mayor suma posible de los beneficios obtenidos.-

En suma, son dos partes con intereses encontrados, que si ambas tuviesen derecho a intervenir en la administración social, se producirían con frecuencia choques de opinión que no redundarían en beneficio de las sociedades anónimas.-

Esta diferencia de intereses se acentúa aún más en la legislación argentina, por cuanto habiéndose limitado (art.321) los beneficios de los fundadores a un porcentaje de las utilidades durante los diez primeros años, a ellos nada les importa que la sociedad se administre en forma prudente y con miras a lo que pueda suceder al cabo de veinte o treinta años.-

No sucede así cuando se adopta el sistema seguido en Francia para las partes del fundador, de otorgar el beneficio a los fundadores sin limitación de plazo, luego de cubierto un dividendo previo para los accionistas.- En este caso puede argumentarse, para mantener a los fundadores alejados de la administración, que toda política previsora de los accionistas redundará a la larga en una ventaja para las partes del fundador ya que se asegurarán así los dividendos que puedan corresponderles en el futuro.-

Hechas estas aclaraciones pasaremos a contestar la pregunta formulada al comienzo de este título.- El criterio que se sostiene, en forma casi unánime, es el que niega a los fundadores toda clase de participación en la dirección o gestión de los negocios sociales.- En algunos países, como Grecia y Méjico, se establece expresamente en la ley la prohibición de que los fundadores se inmiscuyan en la conducción de los asuntos sociales, mientras que en otros, como Italia y el nuestro, son la doctrina y la jurisprudencia las que sientan idéntico principio.-

No obstante esto, se debe tener en cuenta todo lo manifestado anteriormente respecto de las diferencias que existen entre las distintas legislaciones respecto de los derechos del fundador y, por consiguiente, las opiniones de la doctrina de cada una de ellas.-

Nos toca ahora ver en detalle cuáles son los alcan-

ces que se le debe dar al principio general ya mencionado, cuando se refiere a la actuación de los fundadores en cada uno de los órganos de la dirección y administración social.-

a) Derechos en las Asambleas.-

Los derechos que se pueden ejercer en las Asambleas pueden subdividirse -de acuerdo con la doctrina francesa- en: el derecho de asistir, el derecho de opinar y el derecho de votar.- Al primero se lo califica de asistencia simple, al segundo de voz consultiva y al tercero de voz deliberativa.-

Por lo que respecta al derecho de asistir a las asambleas ordinarias y extraordinarias, se está de acuerdo en considerar que ello no significa inmiscuirse en el manejo de los asuntos sociales, y si se les puede permitir a terceros que nada tienen que ver con la sociedad que asistan, no se les puede discutir a los tenedores de partes de fundador el derecho de asistencia pura y simple (1).-

Tratándose de saber si tiene o no voz consultiva el asunto cambia de aspecto; se puede llegar a decir que la opinión de una persona, si fundada, equivale a muchos votos y de que, por consiguiente, debe negársele a los tenedores de partes de fundador

---

(1) RODOLPHE ROUSSEAU "Etude sur les parts des Fondateur, les Sociétés Anglaises en France, les Dividendes Vieilles" Arthur Rousseau Editeur, Paris 1899, pág. 42 y EMILE TRISTRAM "Les Parts de Fondateur", Arthur Rousseau Editeur, Paris 1902, pág. 102.-

el derecho correspondiente. Apesar de ello, la doctrina francesa se inclina a pensar que, aun cuando no sea un derecho inherente a los tenedores de partes de fundador se les puede conceder por medio de una cláusula estatutaria(1).-

Es lógico que haya llegado a dicha conclusión teniendo en cuenta que si una opinión es lo suficientemente buena como para inclinar la votación a su favor, justo es que sea votada.-

Cuando se trate de dilucidar si les corresponde voz deliberativa, la mayoría se pronuncia por la negativa (2).- Debe considerarse fundada esta solución si tenemos en cuenta las consideraciones que hemos hecho respecto de los distintos intereses que animan a los tenedores de partes de fundador y a los accionistas.- Hay sin embargo un autor que, (3) basándose en que las partes de fundador se entregan a las personas que han ayudado al establecimiento de la sociedad, opina de que podría concedérseles por medio de una cláusula expresa en los estatutos el derecho del voto.-

Pero este mismo autor no lo considera un derecho inherente a las partes de fundador, sino un derecho que podrá otorgarse en forma convencional.-

Vivante(4), refiriéndose a la legislación italiana,

---

(1) R. ROUSSEAU, obra cit., pág. 42.-

(2) CH. LYON CAEN Y RENAULT "Traité de Droit Commercial" Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5e. édition, Paris 1926 Tome II Première partie "Des sociétés" pág. 580 y Ed TRIGERAN, obra cit., págs. 99 y 100.-

(3) R. ROUSSEAU, obra cit., pág. 47.-

(4) SASOT BETES, art. cit., pág. 68.-

proscribe a los fundadores del derecho a votar, pero no hace la diferenciación que ha hecho la doctrina francesa.-

En nuestro derecho, se desprende de la parte pertinente del Código de Comercio (art. 347 al 360) que es necesaria la calidad de accionista para intervenir con voto en las asambleas. Tal es la opinión de Sasot Betes (1) cuando considera que no pueden formar el quorum necesario y de que, por consiguiente, no pueden votar; Petriella (2) y Alvarez y Baron Peña (3) participan de la misma opinión.-

Estamos de acuerdo con el criterio adoptado por nuestras disposiciones legales y con el que sustentan los autores citados, pero no creemos que el mismo se desvirtúe, si admitimos para los fundadores el derecho de asistencia con voz consultiva.-

En el art. 352 del Código de Comercio se admite tal eventualidad para los "accionistas que según los estatutos no tuviesen voto en las asambleas generales, o los portadores de bonos u obligaciones"; pues bien, aún cuando los fundadores no hayan participado del capital social, deben considerarse estrechamente ligados a la sociedad y pueden ser personas capaces de ilustrar con su opinión cuál es el mejor camino para seguir en las diversas circunstancias que se le presenten a la sociedad, de donde no puede significar un mal para la entidad el que expresen su parecer en forma independiente, sino son ellos los que en última instancia deciden.-

---

(2) PETRIELLA, art. cit., pág. 487.-

(2) ALVAREZ Y BARON PEÑA, art. cit., pág. 26.-

(3)

En la jurisprudencia nacional se ha discutido el derecho de los fundadores a intervenir en las asambleas, decidiéndose que: "los accionistas fundadores, beneficiados con parte o "participación de fundador, no tienen el carácter de accionistas, "ni intervienen en las asambleas que son el gobierno absoluto de "la sociedad, salvo que formaran parte del directorio o fueran "accionistas"(1).-

En el mismo sentido se pronunció la C. de Com. de la Cap. el 11 de agosto de 1920(2), pero ambos fallos se refieren a la intervención con voz deliberativa, por lo que consideramos que estos fallos no alteran el criterio sostenido de permitir a los fundadores su intervención con voz consultiva.-

**b) Derechos en el Consejo de Administración.-**

El órgano directivo de la sociedad es el Consejo de Administración o Directorio.-

Tanto en el derecho francés (3) como en el nuestro (art. 336), para ser miembro del directorio se necesita la calidad de socio o accionista, luego no puede haber discusión sobre si los fundadores podrán llenar o no dichos cargos.-

En la administración de la sociedad los directores

---

(1) C. de Com. de la Capital, 11 de Mayo 1925, J. A., T. 15, págs. 993 y 994.-

(2) J. A., T. 5, pág. 141.-

(3) TRISTRAM, obra cit., pág. 100

deberán proceder (1) "como si tal pacto de participación no existiese, el cual no debe pesar en ningún sentido sobre los acuerdos de los socios", pero ello no obsta para que los directores puedan llamar a los fundadores a las reuniones que celebren, siempre que sea con vos consultiva y no deliberativa.-

Sasot Betes (2) y Petriella (3) participan de esta opinión, que es la misma que se expresa en el voto del Dr. Meléndez cuando dice que "el fundador es un tercero con relación al negocio y administración social"(4).-

No está comprendido entre estas prohibiciones el cargo de síndico de la sociedad ya que éste puede ser llenado por cualquiera, sea o no socio.-

e) Derecho a reservar el cargo de gerente.-

Al constituir la sociedad los fundadores pueden pretender que se reserve para ellos el cargo de gerente.-

Sasot Betes(5) encuentra que para ser aceptable esta reserva debe ser con carácter revocable, pues de otra manera, si

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 192, refiriéndose al pacto de participación por el cual se concede una parte de los beneficios a los fundadores.-

(2) SASOT BETES, art. cit. pág. 69

(3) PETRIELLA, art. cit., pág. 487

(4) Cám. Com. de la Cap. Mayo 11 de 1925, J.A., T. 15, pág. 995

(5) SASOT BETES, art. cit., págs. 75 y 76

el cargo fuera inasovible, el fundador podría llegar a obtener ventajas superiores en monto y en plazo, a las admitidas por el art. 321.-

Estamos de acuerdo en que no es posible que la reserva del cargo sea en forma permanente porque a ninguna sociedad le conviene comprometer bajo esos términos la ejecución de los negocios sociales, y porque no creemos que el cargo de gerente sea irrevocable.- Pero no concordamos con Sasot Betes en que es una ampliación de los derechos del art. 321, desde el momento en que la retribución que se le atribuye como tal, la percibe por su trabajo, dedicación o capacidad para manejar los asuntos sociales.- Así que no debe computarse a cuenta de sus derechos de fundador, la remuneración que se le asigna como gerente de la sociedad.-

d) Derecho a la comunicación de los documentos sociales.-

Es evidente que si el fundador tiene una participación en las utilidades sociales, sólo en poder de los documentos que acreditan el estado económico y financiero de la sociedad podrá conocer cuál es la parte que le corresponde.-

Como dice Sasot Betes (1): "puede exigir la comunicación de la documentación que legalmente debe hacerse llegar a los accionistas -balance, memoria, cuenta de ganancias y pérdidas,

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 70



" etc.- y como éstos, constatar su veracidad mediante su cotejo "con la contabilidad social".- Además, cita dos fallos (1) de nuestra jurisprudencia que, según él, se aplican en el mismo sentido.-

Sin embargo, conceder este derecho en la forma expuesta por Sasot Betes es de una amplitud excesiva.- Si se discute el derecho que pueden tener los accionistas de revisar los libros de la sociedad -existiendo numerosos autores (2) que lo niegan- no es lógico acordarlo, con la extensión que pretende Sasot Betes, a los fundadores.-

Vivante (3) sostiene que "no votan el balance pero "deben soportarlo como fué votado por los accionistas, y no tienen "derecho a una rendición de cuenta particular de la administración "ni a la inspección de los libros sociales, sino solo a la comunicación del balance y de los documentos que lo justifican".-

Por consiguiente, debe admitirse el derecho de los fundadores de exigir la documentación que usualmente se entrega a los accionistas -memoria, balance, cuenta de ganancias y pérdidas, etc.- pero no tendrán derecho a revisar los libros sociales a menos que consideren que han sido injustamente perjudicados en sus derechos, en cuyo caso, deberán requerir una autorización judicial.

---

(1) Cám. Com. de la Cap. Julio, 1912, pág. 246  
" " " " Agosto, 1914, pág. 204

(2) GBARRIO, SIBURU, MALACARRIGA y RIVAROLA, citados por R. L. FERNANDEZ, en obra cit., pág. 196.-

(3) VIVANTE, obra cit., pág. 192

¿Pueden los fundadores pedir rendición de cuentas a la sociedad?

Vivante -en su ya citada opinión- se pronuncia por la negativa y creemos que esa es la opinión que debe prevalecer.- Es de la esencia del pacto de participación que los fundadores celebran con la sociedad en el momento de constituirle, que los negocios sociales sean conducidos por sus órganos competentes y en la forma que mejor les parezca.-

Esto presupone una amplia libertad en el manejo del patrimonio social y no puede ser que los actos de los administradores deban de hacerse conocer a los fundadores, ya que éstos son terceros en el manejo del mismo.-

En un fallo de nuestra jurisprudencia no se estableció en forma general si corresponde o no acordar este derecho a los fundadores, por más que lo negó en el caso particular que se trataba.- Dice así: "Aún cuando se reconociera el derecho que tienen los fundadores de una sociedad anónima, de exigir de los directores y administradores de la compañía la rendición de cuentas que se hallan obligados con relación a la sociedad (art. 361 del Código de Comercio), es indudable que si el demandado prueba que no ha habido utilidades, sino pérdidas, no cabe rendición de cuentas"(1).-

---

(1) Cám. Com. de la Cap., Julio 13 de 1912 - Jurisprud. de los Trib. Nac., pág. 245.-

e) Cuestiones relativas a las cuentas de la sociedad.-

El Directorio o las Asambleas ordinarias de una sociedad anónima se ven obligados periódicamente a tomar una serie de resoluciones respecto de las cuentas que pueden afectar los derechos de los fundadores.- Nos referimos a la forma de calcular las amortizaciones, a las sumas que se destinan a reservas, a la confección del balance, etc.-

El Directorio o la Asamblea que resuelva dichos problemas deberá proceder, en forma general, de acuerdo con lo que enseña la técnica contable, con lo que establezcan los estatutos y con lo que las circunstancias aconsejen como más indicado teniendo en cuenta la situación de la sociedad.-

Si su proceder se ajusta a los límites que hemos tratado a grandes rasgos, nada podrán objetar los fundadores a dichos documentos, siempre claro está, que no se haya procedido en perjuicio o en fraude de los derechos del fundador.- No obstante esto, analizaremos cada uno de los puntos mencionados para obtener una mayor claridad de los problemas posibles.-

1) Amortizaciones:

La técnica contable ha establecido en una forma bastante exacta cuál es el porcentaje de amortización que corresponde aplicar a cada uno de los bienes que forman el patrimonio de una sociedad.-

A pesar de ello, una administración que excediera -en un prurito de prudencia- los coeficientes señalados para cada uno de los rubros del activo de la sociedad, no podría ser atada en su resolución por los fundadores, ya que ello puede considerarse como una medida de previsión justificada.-

Únicamente en el caso de que los coeficientes adoptados fueran notoriamente más elevados que lo normal, o que se hubiese procedido con la intención de perjudicar a los fundadores, tendrían éstos derecho a impugnar el balance.-

## 2) RESERVAS:

Este punto, el de la formación de los fondos de reserva, es el más propicio para hacer surgir dificultades entre la sociedad y los fundadores, siendo natural que así sea, ya que significa una retención por parte de la sociedad de utilidades realizadas.-

Desde el punto de vista de la sociedad, si bien no constituye una medida obligatoria (1) es prudente y de buena administración guardar para años malos parte de lo percibido durante los buenos.-

Desde el punto de vista del fundador, a él nada puede interesarle que la sociedad solidifique su situación con el correr del tiempo si, una vez transferidas las utilidades a reservas,

---

(1) Excluido el fondo de reserva legal que no entra en estas consideraciones.-

carecerá de todo derecho sobre ellas(1).- Este conflicto es aún más grave en nuestro derecho que en aquellos que admiten la creación de títulos con derecho a dividendo sin límite de plazo, ya que a éstos se podrá argumentar, que una retención de los beneficios no puede sino mejorar las posibilidades futuras de la sociedad.-

Estas consideraciones y el hecho de que los fondos de reserva constituyen utilidades realizadas pero no distribuidas, nos mueven a aceptar la idea de que los fundadores tienen un derecho latente sobre la parte de los fondos de reserva que les corresponden.-

Con ésto creemos salvar los dos escollos que se presentan:

- 1º) a la sociedad no se le coarta la facultad de formar todos los fondos de reserva que crea necesarios, facultad que necesariamente debe admitirsele, y,
- 2º) los fundadores no tendrán derecho a oponerse a la constitución de los fondos de reserva, pero podrán exigir en el caso de que la sociedad se disuelva o reparta sus reservas, la parte que en justicia les corresponde.-

Mientras no se acepte la tesis que propugnamos la se

---

(1) Opinión general de la doctrina y de la jurisprudencia.- Ver "Derechos de los fundadores sobre los fondos de reserva y en "la liquidación de la sociedad" en este mismo capítulo.-

lución que debe darse al problema es distinta.- Es necesario averiguar en primer lugar, si la constitución de los fondos de reserva es un punto previsto en los estatutos.-

- a) Si ha sido previsto en los estatutos, las asambleas podrán proceder a integrarlos en la medida que crean conveniente, exceptuando aquellos casos en que hayan actuado movidos por el deseo de perjudicar a los fundadores en su participación sobre las utilidades, o en fraude de sus derechos.-
- b) Si en los estatutos no se ha previsto la formación de dichos fondos, una resolución de la asamblea que decreta su creación -excepción hecha de la reserva legal- debe considerarse ineficaz respecto de los titulares de derechos de fundador.-

Este último criterio es el expuesto por Morin(1), que creemos que es el que debe prevalecer hasta tanto se acepte íntegramente nuestra tesis respecto de la propiedad de las reservas.-

### 3) Derecho de oposición al reparto de utilidades e inscripción de balances.-

La doctrina se muestra muy severa con el fundador cuando se trata de dilucidar estos puntos, ya que entiende que no debe aceptarse, ni desde un punto de vista práctico o legal, el que los fundadores estén facultados para oponerse a la distribu-

---

(1) Autor francés citado en los considerandos del fallo de la Cámara Cos. de la Cap., del 11 de Mayo de 1925. "J. A.", T. 15, págs. 981 y 982.-

ción de las utilidades resueltas por las asambleas o a impugnar los balances aprobados por éstas (1).-

Sasot Betes, que considera al fundador como un acreedor de beneficios eventuales, lógicamente piensa (2) -de acuerdo con la naturaleza jurídica que les asigna según sus derechos- que solo pueden tomar las acciones legales pertinentes para asegurarse la protección de su crédito y consiguientemente, los derechos que de él puedan derivarse.-

La jurisprudencia se inclina a adoptar el mismo criterio:

(3) "Sólo en el caso de que un propósito deliberado de perjudicar o defraudar los derechos de los fundadores anime los actos o resoluciones de la asamblea general de los accionistas, podría... porque una acción de los fundadores para objetar los balances implica una intervención en su aprobación y hasta en los negocios u operaciones de la sociedad, extremos contrarios al régimen de los socios".-

(4) "La doctrina y la jurisprudencia francesas dominantes... han llegado a la conclusión de que el titular de una parte de fundador no puede objetar las deliberaciones sociales destinadas a fijar las cuentas de la sociedad ordenando amortizaciones, estableciendo reservas o adoptando otras medidas semejantes, cuando la a

---

(1) VIVANTE, Obra cit., pág. 192 y SASOT BETES, Obra cit., pag.70

(2) SASOT BETES, obra cit., pág. 71

(3) Voto del Dr. Estrada en el fallo de la Cám. Com. de la Cap. A gusto 11 de 1920, J.A., T. 15, pág. 141.-

(4) Voto del Dr. Casares en mismo fallo que el anterior.-

"asamblea obra dentro de los límites de los estatutos y su sanción  
"no se toma en fraude de los derechos de aquél".-

Fallos de la Cámara de Comercio de la Capital:

"Los beneficiarios a quienes los estatutos de una sociedad acuer-  
"dan participación en las utilidades, carecen de derecho para im-  
"pugnar los balances a menos que el consejo de administración o  
"la asamblea de accionistas, haya violado los estatutos en fraude  
"de los derechos de aquellos".- (11 de Agosto de 1920, J. A., T. 5,  
pág. 141).-

"En lo que se refiere a la liquidación de los beneficios, las re-  
"soluciones del Consejo de Administración y de la asamblea general  
"de accionistas son soberanas, no pudiendo los fundadores inmis-  
"cuirse en ellas, salvo que sean tomados en violación de los esta-  
"tutos o en fraude de los derechos de los fundadores.- (11 de Mayo  
de 1925, J. A., T. 15, pág. 981).-

Consideramos que tanto la doctrina como la jurisprudencia se exceden en la estrictez con que interpretan los derechos del fundador.- En efecto, si éstos derivan del pacto de participación establecido en el estatuto social cualquier medida que signifique una desnaturalización del contrato celebrado debería dar derecho a los fundadores a oponerse a la misma en salvaguardia de sus derechos.-



Entre tales resoluciones caben, por ejemplo, aquellas que hemos señalado al tratar de las amortizaciones y de las reservas, y si la sociedad se ha excedido menoscabando la parte de utilidades que les corresponde a los fundadores, estos tendrán derecho a oponerse al reparto de las mismas o a impugnar los balances.-

### 12.- Naturaleza jurídica de los derechos del fundador.- Diferentes teorías.-

Cuando se trata de dilucidar cuáles son las normas que deberán aplicarse a las nuevas relaciones jurídicas que aparecen en derecho -como son las ventajas otorgadas a los fundadores- se tiende siempre a buscar la institución que, estando reglamentada, posea las mismas características que la recién aparecida, cuyas normas, por consiguiente, podrán extenderse a ésta última.-

En esto consiste el problema de determinar la naturaleza jurídica de una institución, problema que casi siempre presenta grandes dificultades, pero tiene como recompensa la de que una vez hallada la justa solución, se conocerán las normas a aplicar a las nuevas relaciones jurídicas establecidas.-

En el caso que nos ocupa -derechos del fundador-, la cuestión presenta el inconveniente de la divergencia que manifies-

---

tan los autores acerca de los derechos que corresponde otorgar a los fundadores de sociedades anónimas, no obstante lo cual, tratamos de llegar a un resultado lógico.-

Es evidente que si al fundador se le adjudican acciones comunes en pago de sus servicios, tendrá todos los derechos que las mismas otorgan y con los mismos alcances que los de los accionistas comunes.-

Lo que nosotros buscamos es la naturaleza jurídica de los derechos del fundador propiamente dichos, es decir, de los que inciden sobre las utilidades sociales, otorgables directamente a las personas fundadoras o por medio de títulos representativos de esos derechos.-

A continuación se exponen las diversas teorías que existen sobre este punto:

- a) Los derechos del fundador tienen la misma naturaleza jurídica que las acciones ordinarias.-

Esta teoría nació en Francia más o menos al mismo tiempo que las partes de fundador y necesariamente debemos relacionarla con estos títulos u otros análogos.- Decimos necesariamente, porque aún cuando la teoría es errónea con respecto a ellos, hubiera sido un absurdo sostenerla si a los fundadores se les hubiera asignado directamente una parte de las utilidades.-

Hecha esta aclaración, haremos una somera exposición de la teoría:

En su origen creemos encontrar una raíz de orden sentimental, ya que se argumentaba en favor de los derechos de los fundadores sosteniendo que sus trabajos y desvelos merecían un tratamiento igual al de los accionistas que solo aportaban el capital.- Esto es lo que dice Chavegrin (1), refiriéndose al fundador:


"el es miembro igual por lo menos que la persona que ha suscripto algunas acciones en la ventanilla de un banco.- Si alguien parece estar en el negocio es él.- El título que él obtiene representa entonces verdaderamente una parte social... y como en una sociedad anónima no se conciben otros socios que los accionistas, esto significa que el tenedor de partes de fundador es un "accionista".-

Luego se encontraron ciertas similitudes entre los derechos que otorgaban las partes de fundador y los que correspondían a los accionistas: el derecho a las utilidades y la cesión libre del título que lo represente.- Esta analogía parcial, sumada a la consideración de que para obtener las partes de fundador se había realizado un aporte en trabajos o servicios -que no era lo mismo que un aporte en dinero o en especie necesario para integrar las acciones, pero que era de una equivalencia suficiente- convenció a sus partidarios de que la parte de fundador era igual que una acción.-

---

(1) Citado por TRISTRAM en obra cit., pág. 23 (traducción del autor)

Expuesta a grandes rasgos la teoría de "la parte de fundador como acción" necesario será rechazarla, de acuerdo con la unanimidad de la doctrina Francesa (1), desde que además de los derechos mencionados para las partes de fundador, las acciones ordinarias confieren otros derechos imposibles de aplicar a las primeras: derechos sobre el patrimonio social, derecho de voto en las asambleas y derecho de formar parte del Consejo de Administración.-

Por otra parte, como bien señala Trystram(2), si se llegara a admitir esta teoría los fundadores terminarían pretendiendo voz deliberativa en las asambleas y en el  la cual una vez obtenida, podría llegar a ser un medio de adquirir derechos sobre el patrimonio social.- Todo esto debe rechazarse como inadmisibles.-

BIBLIOTECA

b) El fundador es un asociado de categoría inferior o la parte de fundador es una parte social "qui gerit".-

Cuando se vió que la teoría anterior era insostenible, se adoptó en Francia esta nueva terminología.-

Ello se debió a que si se consideraba que la parte de fundador era una especie de parte social podría gravarse, por analogía, con el impuesto de sellos a que estaban sujetas las soci-

---

(1) LYON CAEN Y RENAULT, obra cit. Primera parte pág. 582, TRISTRAM, obra cit. págs. 21 a 30 y ROUSSEAU, obra cit., pág. 16.-  
(2) TRISTRAM, obra cit. pág. 29

nes, impuesto del que de otra manera estarían exentas(1).-

Para sostener estas afirmaciones se partía de la base que los fundadores tienen un derecho sobre las utilidades que nace de los estatutos, y "aquel que en cambio de un aporte hecho a una sociedad anónima recibe una parte de los beneficios es un asociado, aún cuando no se le atribuyan personalmente acciones"(2).-

Además, entre los accionistas hay quienes gozan de más o menos derechos, sin que se discuta su calidad de accionistas, por lo que, aquellos que con sus aportes en trabajos y servicios han contribuido a formar la sociedad deben de aceptarse también como miembros, y en consecuencia, asociados.-

Esta breve síntesis de la teoría ofrece una serie de argumentos en contra, que no permiten aceptarla:

a) de acuerdo con la naturaleza de la convención celebrada, no puede decirse que exista entre los fundadores y accionistas el "affectio societatis" necesario para admitir a los primeros como asociados (3);

b) la calidad de asociado lleva implícita un cierto derecho de propiedad sobre parte del activo social que los fundadores no poseen.- Esto también destruye el argumento de que hay diversas clases de accionistas, por cuanto todos representan una cuota parte del activo social;

---

(1) TRISTRAM, obra cit., pág. 30

(2) Fallos judiciales franceses citados por TRISTRAM en obra cit., pág. 31.-

(3) LYON CAEN Y RENAULT, obra cit., Primera parte, pág. 583.-

c) para ser asociado o para poseer una parte social se necesita haber contribuido a formar el capital de la sociedad, el cual no puede ser integrado en trabajos y servicios, sino con aportes materiales;

d) no es suficiente que los fundadores estén interesados en la marcha de la sociedad para que se les considere como asociados, ya que hay otras personas que son interesadas pero que no por ello se las admite como asociados: habilitados, acreedores con intereses variables según los beneficios, etc.-

Además de los argumentos mencionados -que creemos destruyen suficientemente esta teoría- se utiliza otro en contra de la misma del cual no participamos: se dice que el fundador no participe de las pérdidas como correspondería que fuera para ser admitido en calidad de socio (1).-

Es cierto que el fundador no sufre pérdidas materiales si se le han reembolsado todos los gastos que el mismo ha realizado en la fundación.- Pero las pérdidas económicas no consisten únicamente en las pérdidas de bienes materiales -como lo son el dinero y los bienes admitidos como aportes en las sociedades anónimas-, sino que también pueden consistir en bienes inmateriales.

Como tales deben considerarse las ideas, trabajos y gestiones que realiza el fundador para constituir la sociedad, y si ésta llegara a fracasar en el futuro, *déquel* no vería recompensa-

---

(1) TRISTRAM, obra cit. pág. 36 y ROUSSEAU, obra cit., pág. 15.-

do el conjunto de bienes inmateriales con que contribuyó a formar la sociedad.- Por consiguiente, aún cuando admitimos que los aportes de servicios que hace el fundador no pueden computarse en el capital social, estamos de acuerdo con Rivarola (1) cuando entienda que el fundador participa en las pérdidas económicas al igual que los accionistas.-

c) Los derechos del fundador constituyen un simple derecho de crédito.-

Como oposición a la teoría de que los derechos del fundador constituyen un derecho de socio o asociado, surgió la teoría de considerarlos como un derecho de crédito.-

Deben tomarse como "un simple derecho de crédito contra la sociedad, teniendo por objeto sumas variables de acuerdo con el monto de los beneficios"; tal es la opinión de Lyon Caen y Renault (2) sostenida por otros autores franceses (3).-

Pronto adquirió aceptación esta doctrina por cuanto se asimilaba mejor a la institución que tratamos y servía de base para refutar a la anterior.- Sin embargo se objetó de que si fuese un simple derecho de crédito debería figurar en el pasivo de la sociedad, y pagado o deducido del activo, antes de calcular los beneficios sociales, cosa que no sucedía en la realidad.-

A esto se contestó que no era un derecho de crédito ordinario sino que estaba sujeto a la siguiente modalidad: mien-

---

(1) RIVAROLA "Soc. Anón.", T. II, pág. 161.-

(2) LYON CAEN Y RENAULT, obra cit., Primera parte, pág. 583.-

(3) TRISTRAM, obra cit., pág. 39 y ROUSSIAU, obra cit., pág. 17.-

tras la sociedad no obtuviese beneficios el fundador carecería de todo derecho, pero una vez obtenidos, el derecho, que hasta entonces se mantenía en estado latente, surgía con toda su fuerza, es decir, era un derecho de crédito eventual sujeto a la condición de obtener utilidades; al fundador debería considerársele como a un empleado habilitado.-

En la ley francesa del 3 de enero de 1929 (1) se dice que las partes de fundador pueden serles atribuidas a sus propietarios "a título de crédito eventual" lo que parece corroborar la doctrina anterior.-

En nuestro país, Saot Netes apoyado en la jurisprudencia nacional se inclina por adoptar esta teoría interpretándola, a nuestro juicio, en forma errónea.- En efecto, en ella se dice que:

"El promotor o iniciador, aunque admitido a participar de los beneficios sociales, no se convierte por eso en socio o accionista.- Su situación es análoga a la de un dependiente habilitado y salvo el caso de fraude, ninguna ingerencia tiene en los negocios sociales(2), y el Dr. Casares en el voto dado en otro caso dijo que "la situación jurídica del fundador es la de un acreedor de la sociedad"(3).-

---

(1) LYON CAEN Y REMAULT, obra cit. Segunda Parte, pág. 1052

(2) Cám. Com. de la Capital, mayo 11 de 1925, J. A., T.15, pág.981

(3) Cám. Com. de la Capital, agosto 11 de 1920, J. A., T.15, pág. 141.-



Es cierto que en estos fallos se considera al fundador como acreedor de la sociedad, pero un habilitado no es un acreedor común, ni la situación jurídica de una persona puede considerarse como el equivalente de la naturaleza jurídica de su derecho.-

En este sentido consideramos suficientemente mortal para esta teoría la opinión emitida por un tratadista nuestro de derecho comercial:(1) la crítica por cuanto dice que sus sostenedores parten de una división de los derechos en reales y personales, y que no siendo el derecho del fundador un derecho real, necesariamente debe ser un derecho personal o de crédito, y esta admisión no explica "la naturaleza jurídica del derecho del fundador sino que traslada la cuestión a otro terreno sin dar la solución.- Decir que el derecho del fundador es un crédito, es simplemente decir que es un derecho, lo que ya sabemos; pero no nos dice qué clase de derecho es, en las relaciones jurídicas de la sociedad anónima, ni cuál es su naturaleza jurídica"(2).-

d) Los derechos del fundador son un derecho "sui generis".

"El contrato que vincula al tenedor de partes de fundador con la sociedad anónima, no constituye una sociedad, sino una participación "sui generis"(3).

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 165

(2) RIVAROLA, "Soc. Anón.", t. II, pág. 166

(3) GENEVOIS, citado por RIVAROLA en "Soc. Anón.", T. II, pág. 167

Aún cuando pudiéramos aceptar esta calificación no llegaríamos a dilucidar el problema que tratamos, pues como dice Rivarola (1) "solo llega a esta conclusión que por simple "no es menos importante, porque si algo significa es declarar "que el derecho del fundador es un derecho distinto a cualquier "otro".-

Por consiguiente esta teoría puede ser considerada como parcialmente cierta desde el momento que dice que los derechos del fundador tienen una cierta independencia jurídica, pero creemos que prosiguiendo el análisis del problema se puede llegar a una solución más satisfactoria.-

e) Es la sociedad en participación entre los fundadores y la sociedad anónima.-

Esta teoría es la que sustenta en nuestro derecho Rivarola (2).- Entiende que la estipulación sobre derechos del fundador puede tomarse como un contrato de sociedad en participación entre la sociedad anónima y el fundador.-

No obstante la esmerada elaboración que nuestro tratadista hace de esta doctrina, luego de exponerla brevemente trataremos de expresar los argumentos que creemos que la destruy en.-

---

(1) RIVAROLA, "Sec. Anón.", T. II, pág. 176  
(2) " " " " T. II, págs. 170 a 173

Parte de la base del art. 395 del Código de Comercio que dice: "La sociedad en participación es la reunión accidental de dos o más personas para una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias, trabajando uno, algunos o todos en su nombre individual solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio", y dice que no es de su esencia que (1) "cada socio accidental contribuya con aportes de capital: los aportes pueden ser, por parte de algunos, de capital y por parte de otros, de industria o de obligaciones de hacer".-

Como consecuencia de todo esto:

a) los beneficios se repartirán entre los socios participantes que hayan aportado obligaciones de dar (accionistas) y los que hayan aportado obligaciones de hacer (fundadores);

b) los negocios de la sociedad en participación son llevados a cabo por uno de sus participantes: la sociedad anónima;

c) el capital de la sociedad anónima permanece sin variación, sin que los fundadores entren a formar parte de la misma;

d) la responsabilidad hacia terceros es exclusiva de la sociedad anónima (art. 398 del Código de Comercio);

e) la liquidación de la sociedad en participación se efectúa "por el mismo socio que hubiese dirigido la negocia-

---

(1) RIVAROLA "Soc. Anón.", T.II, pág. 170

"ción" (art. 402 del Cód. de Com.) quien luego de su finalización debe rendir cuentas de sus resultados.-

Como complemento Rivarola (1) se apoya en el art. 396 del Código de Comercio cuando estatuye que: las sociedades en participación pueden crearse "con las formas, bajo la proporción de intereses y con las condiciones que estipulan los interesados" hallando esta disposición aplicada a nuestro caso, la única corta pisa que significan los límites impuestos por el art. 321.-

A nuestro entender esta teoría es errónea.- Es cierto que con la construcción de nuestro tratadista se aliegan a explicar y aclarar varios puntos relativos a los derechos del fundador pero no por ello podemos aceptarla.- Nos fundamos en que:

a) En las sociedades en participación existe el "affectio societatis" entre sus miembros (2), y no vemos que ésta sea la situación entre los fundadores y la sociedad anónima.-

Nosotros creemos que si en una sociedad en participación ambas clases de socios, gestores y participantes, están de acuerdo en conducir los negocios sociales de común acuerdo, deben de estar facultados para hacerlo.- Ello no es así en este caso; el socio participante (fundador) bajo ningún concepto puede

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 172

(2) E.L.FERNÁNDEZ, obra cit., pág. 666

ser admitido en la dirección de los negocios sociales en conjunción con el otro socio (la sociedad anónima);

b) las sociedades en participación debe presentar un carácter transitorio (1); no acontece así a nuestro caso;

c) no se ve bien como se puede admitir que exista sociedad, entre una persona que aporte obligaciones de dar (la sociedad anónima) y otra que aporte obligaciones de hacer (fundador), cuando estas últimas prestaciones ya se han cumplido al comensar a funcionar la sociedad.- A nuestro entender, si una persona entra a formar parte de una sociedad aportando obligaciones de hacer, el desarrollo de éstas debe tener lugar después de constituida pero no antes;

d) de acuerdo con esta teoría los fundadores siempre tendrían derecho sobre las utilidades que existieran en el momento de la liquidación, lo que como se ha visto, no es admitido por una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia.-

f) Del contrato de participación en los beneficios entre la sociedad anónima y el fundador.-

No pudiendo entonces aceptar la solución propuesta por Rivarola, trataremos la que propone Vivante(2) cuando califica de asociación de cuenta en participación a la relación que se establece entre el fundador y la sociedad anónima.- Esta

---

(1) R.L.FERNANDEZ, obra cit., pág. 667

(2) VIVANTE, obra cit., pág. 376, n° 822

denominación -que es la usada por dicho tratadista pero que en el futuro para mayor comodidad nuestra, cambiaremos por la de "contrato de participación en los beneficios"- pertenece al "contrato por el cual una persona concede parte a otra en las ganancias y pérdidas de sus operaciones mercantiles"(1).-

Aceptar este criterio presenta una gran diferencia con el de aceptar que sea una sociedad en participación tal como lo establece nuestro Código.- En efecto, en este último caso, se trata de un verdadero contrato de sociedad, con normas propias que no corresponden exactamente a la situación en que se hallan los fundadores respecto de la sociedad anónima y a las normas que deben regir sus derechos.- Por el contrario, el contrato de participación en los beneficios es un contrato "análogo al de sociedad"(2) que únicamente otorga a su beneficiario un derecho sobre las utilidades, adoptando en el caso que nos ocupa, las variantes propias del régimen de las sociedades anónimas, es decir, limitaciones en el tiempo y en el monto (art. 321).-

Entendemos que ésta es la verdadera teoría, por cuanto señala el origen de los derechos del fundador en la cláusula estatutaria que los concede, y a dicha cláusula se la debe admitir como un contrato celebrado entre ambas partes -los fundadores y la sociedad anónima- debiendo regirse en la interpretación

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 576, N° 822

(2) " " " " 575, N° 821

de los derechos adjuntos, por la ley en primer lugar y por la intención de las partes en el segundo.-

sin querer, todos aquellos que interpretan que el derecho de los fundadores es un derecho de crédito admiten esta interpretación, pero caen en el error de calificar a los mismos como "crédito eventual" contra la sociedad, cuando la verdadera naturaleza es la de un "contrato de participación en los beneficios".- Citaremos al respecto tres autores que califican a los derechos del fundador como "crédito eventual".-

Lyon Caen y Renault dice refiriéndose a los fundadores(2) "Ellos tienen derecho, como todo contratante, de exigir "la ejecución de buena fe del contrato que los liga a la sociedad "y deben obtener la reparación del perjuicio que pueda resultar "para ellos de una modificación de los estatutos votada sin motivos "legítimos, únicamente para hacer fraude en sus derechos o para "favorecer a los accionistas en detrimento suyo.- Así no hay más "que la aplicación del principio general en cuyos términos los "contratos concernientes a la "participación de los beneficios", "como todos los otros, deben ser ejecutados de buena fe".-

Tristram expresa que (1): "Nos encontramos en presencia de un contrato que tiene lugar entre los tenedores de partes de fundador y los accionistas.- que las dos partes prevean "en la mayor medida las dificultades que pueden surgir durante el

---

(1) LYON CAEN Y RENAULT, obra cit. 2da. Parte, pág. 1409(traducción del autor).-

(2) TRISTRAM, obra cit., pág. 147(traducción del autor).-

"curso de la sociedad, pero que para el resto, el derecho común "en materia de contrato sinalagnático los sea aplicables".-

Y por fin Rousseau dice (1) que el problema se ha de aproximar por el previo estudio de la institución de la participación en los beneficios.-

Por consiguiente, el vínculo que une a los fundadores con la sociedad anónima es un contrato de participación en los beneficios, del cual surge, una vez que la sociedad ha obtenido utilidades, un derecho de crédito contra la sociedad, distinto del derecho que le puede corresponder a un asociado.-

Es teniendo en cuenta este criterio, que se han de resolver los conflictos que se sucedan en el futuro entre los fundadores y la sociedad:

1) La primera reglamentación que sufre dicho contrato es la establecida por la ley en beneficio de las partes, por consiguiente, no puede ser alterada;

2) En segundo lugar, si en los estatutos sociales se han estipulado los alcances que tendrán los derechos otorgados a los fundadores habrá que atenerse a lo que estatuyen los mismos, pues es el documento donde se originó el contrato de participación que las partes han celebrado;

3) Cuando las partes no hayan previsto alguna dificultad que pueda surgir en el futuro, y ésta se produce, habrá

---

(1) ROUSSEAU, obra cit., pág. 14



que acudir a la intención que tuvieron en el momento de la celebración del contrato interpretando a éste de buena fé.-

13.- Los derechos del fundador y la modificación de los estatutos sociales.- Acciones judiciales al alcance de los fundadores.-

Puede suceder que una vez constituida la sociedad anónima y en pleno funcionamiento, los accionistas decidan modificar algunas cláusulas de los estatutos sociales.-

Es evidente que si las modificaciones propuestas por los accionistas no se relacionan, ni directa ni indirectamente, con los derechos otorgados a los fundadores, son enteramente libres de llevarlas a cabo en toda su extensión.- Ni siquiera sería necesaria la notificación previa que de otra manera sería imprescindible.-

Pero, ¿qué acontece si los accionistas modificaran cláusulas estatutarias que afectaran directamente los derechos de los fundadores, o alteraran por vía indirecta, algunas de las condiciones del contrato primitivo?

En ese caso habrá que ver si el conflicto surgido entre los fundadores y la sociedad se halla previsto por la ley o, en su defecto, por los estatutos sociales.- En caso afirmativo, será necesario atenerse a lo que establezcan las normas respectivas.-

Pero el verdadero problema surge cuando no hay nada establecido de antemano respecto de los cambios que pueden sufrir las estipulaciones estatutarias, si con ellos se modifican los derechos de los fundadores.-

Vivante, que es el más severo en su interpretación de los derechos del fundador, parecería excluir de todo derecho de oposición a los mismos ya que dice que (1) "no pueden impedir la modificación de los estatutos sociales".-

Petriella cree que (2) "en principio, el fundador no se puede oponer a ellas, a menos que se hagan con dolo o fraude de sus derechos, en cuyo caso corresponde al fundador la prueba", pero incluye además, en el derecho de oposición del fundador, todas aquellas modificaciones que atacaran directamente la convención celebrada entre los fundadores y la sociedad.-

Nosotros haremos más adelante un análisis de los distintos casos en que se podría presentar el problema, pero en términos generales, entendemos que el fundador debe tener un derecho de oposición lo suficientemente amplio como para resguardarlo de toda ulterior modificación del pacto primitivo, o que pueda afectar la participación otorgada.- Naturalmente, excluimos todas aquellas modificaciones que los accionistas se vean obligados a llevar a cabo por fuerza mayor o imposición de las circunstancias.-

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 192 N° 445

(2) PETRIELLA, obra cit., pág. 487

Con el objeto de obtener una mayor claridad en el análisis de los casos susceptibles de discusión, mencionaremos antes las acciones que estén al alcance de los fundadores para hacer valer sus derechos.-

a) Acción de nulidad.-

En todos los casos en que la resolución de la asamblea o de sus representantes que perjudica los derechos de los fundadores haya sido tomada sin respetar los recaudos exigidos por la ley o por los estatutos sociales, los perjudicados tendrán derecho a pedir la nulidad de la misma.-

b) Acción paulina.-

Esta acción, que pertenece al derecho común (1), otorga a los fundadores el derecho de solicitar la revocación de toda medida adoptada en perjuicio o en fraude de sus derechos.-

c) Acción por daños y perjuicios.-

Desde el punto de vista de la defensa de los derechos del fundador, no creemos que las dos acciones anteriores sean suficiente.-

En efecto; es necesario recordar que no se les reconoce ningún derecho de voto en las asambleas ni de participación en la gestión de la sociedad y, por otro lado, las decisio-

---

(1) ACCION PAULIANA: Art. 961 del Código Civil Arg. "Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos".-

nes que puede adoptar la sociedad anónima pueden ser tomadas sin la intención de perjudicar o de hacer fraude a los derechos de los fundadores, constituyendo sin embargo, una violación del acuerdo tomado en los estatutos.- En estos casos el fundador debe tener derecho a establecer una acción por daños y perjuicios -daño emergente y lucro cesante-.

¿Cómo se puede calcular el monto de la indemnización que le puede corresponder al fundador en concepto de daños y perjuicios?

Es evidente que el problema se presenta siempre en relación al futuro, por consiguiente, será necesario primero establecer el plazo por el cual se considera que el fundador se ha perjudicado.- En nuestro derecho debemos recordar que el plazo nunca puede exceder de los diez primeros años luego de constitución de la sociedad.-

Una vez establecido el plazo:

1) Si la sociedad hasta ese momento no ha reedituado beneficios y existe una presunción de que la situación no se modificará, el derecho a los daños y perjuicios se reduce a la nada (1);

2) Si la sociedad ha reedituado beneficios, se puede tomar el promedio de las utilidades anteriores, con una quita fundada en la suerte variable que podrían sufrir los mismos con

---

(1) TRISTRAM, obra cit., pág. 131

el correr del tiempo.- Este criterio, que es el sostenido por un fallo de la jurisprudencia francesa del 17 de junio de 1891 (1), es criticado por Trystram porque encuentra que en general los primeros años de funcionamiento de una sociedad son los más duros y de menor rendimiento, por lo que se puede perjudicar a los fundadores si se adopta este sistema como estable;

3) El método propuesto por Trystram es el de tomar la cotización corriente o de Bolsa de los títulos representativos de los derechos del fundador, ya que este precio "no se alija nada de las ganancias que la continuación de la explotación "hubiera sin duda procurado al tenedor"(2).-

Luego de expuestos los dos sistemas que existen en el derecho francés, opinamos que en nuestro derecho será necesario acudir al primero, ya que en este país, los títulos representativos de los derechos del fundador no tienen ni la aceptación ni la movilización que se les reconoce en Francia.- Ejemplo de ello es un caso de nuestra jurisprudencia resuelto -a nuestro modo de ver- en forma equivocada(3).- El titular de unos certificados de fundador de una sociedad anónima que había disminuido el plazo de vigencia de sí misma, pretendió resarcirse de los perjuicios sufridos en el valor de sus certificados a causa de dicha mg

---

(1) Citado por TRYSTRAM en obra cit., pág. 131.-

(2) TRYSTRAM, obra cit., pág. 132

(3) Cám. Com. de Rosario noviembre 13 de 1943.- "La Ley", T. 33, pág. 211.-

dida y obtener la anulación de la misma.-

Con un criterio poco económico acerca del valor de dichos títulos, el tribunal desestimó la acción por daños y perjuicios basado en que el actor, por falta de una cotización corriente anterior y posterior a la medida dispuesta por la sociedad anónima, no pudo probar concretamente la disminución en el valor venal de sus derechos.- Por otro lado, desplazó la contención esencial (nulidad solicitada) hasta el momento en que se creara la situación de perjuicio efectivo, es decir, cuando dejara de percibir los beneficios por el vencimiento del plazo de la sociedad.-

14.- Modificaciones estatutarias que alteran el contrato original de participación.-

a) Disminución en el porcentaje de utilidades atribuidas a los fundadores.-

Si los fundadores han obtenido como retribución por los servicios prestados una determinada participación sobre los beneficios sociales, los accionistas por sí solos, sin el consentimiento del fundador, no pueden reducirlo.-

Rivarola (1) y Patriella (2) -que son los únicos

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 186.-  
(2) PATRIELLA, art. cit., pág. 487

que han encarado esta posibilidad- se expiden en el mismo sentido, y constituye una firme creencia nuestra la de que no se puede sostener lo contrario, siendo como es, la estipulación básica del contrato primitivo;

b) Aumento en el número de titulares de derechos de fundador

Si con el aumento en el número de titulares de derechos del fundador se estableciera un perjuicio para las personas ya mencionadas como tales en los estatutos sociales, éstas tienen derecho a exigir la revocación de dicha resolución (1).-

En nuestro derecho las ventajas otorgables a los fundadores reconocen una limitación de hasta la décima parte de los beneficios anuales.- A estar del criterio de Riverola(1), mientras no se haya llenado íntegramente ese diez por ciento, la sociedad podrá seguir concediendo derechos de fundador sin perjudicar a sus antiguos titulares.-

Si bien esta doctrina es aceptable desde un punto de vista equitativo, en sus efectos respecto de los demás fundadores creemos de que en nuestro derecho no corresponde aceptar la concesión de derechos de fundador a otras personas, luego de que la sociedad se halla constituida;

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 187

**8) Alteraciones en el capital social.**

Estas modificaciones afectan la participación de los fundadores ya sea que se decida aumentar o disminuir el capital.- Veremos cómo es así y la solución que corresponde, empezando por este último caso.-

Es lógico ver cómo, disminuido el capital social, disminuirán las utilidades anuales, y por consiguiente, el porcentaje de beneficios atribuidos a los fundadores.- Para Vivante (1) esta resolución nunca podrá ser atacada por los fundadores, pero nosotros pensamos que para poder disuadir si esta resolución es o no atribución de los accionistas, será necesario saber si la disminución que se proyecta es justificada o no.-

Será justificada en los casos en que se tome teniendo en cuenta la situación real de la sociedad como, por ejemplo, cuando esta posea un capital superfluo para el desarrollo de sus actividades.- Si no estuviera justificada por ésta u otra causa válida, la disminución del capital debe dar lugar a que se indemnice a los fundadores por los perjuicios consiguientes (2).-

Las consecuencias del caso contrario son distintas.- Si se decide aumentar el capital social puede suceder que:

1) sea necesario para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso aumentarían las utilidades totales y los

---

(1) VIVANTE, obra cit., pág. 192 N° 445

(2) THYSTRAM, obra cit., pág. 121



fundadores no podrían oponerse por falta de perjuicio efectivo.- En este caso Trystram (1) cree de que los beneficios de los fundadores deberán limitarse a los que poseían antes del aumento, pero Rivarola (2) dice que esta idea no ha hecho camino por "dificultades de orden práctico hasta cierto punto insuperables".- Participamos de la primera opinión que Rivarola también considera como la más equitativa, pues creemos que las dificultades contables son subsanables;

2) los fundadores se opongan a dicha modificación porque consideraran que la situación económica de la sociedad no exige una medida de esa naturaleza y que todos, los accionistas y ellos, se verían perjudicados por la falta de utilidades suficientes para remunerar el capital aumentado.- En este caso, y aunque así sucediera, no se le puede discutir este derecho a los accionistas porque no se puede presumir que van a tomar una decisión en contra de sus propios intereses;

d) Cambio de objeto de la sociedad.-

Rivarola (3) y Petriella (4) creen que en casos extremos de cambio de objeto, la sociedad anónima deberá requerir la conformidad de los fundadores si quiere evitar que estos tengan derecho a oponerse.-

---

(1) TRISTRAM, obra cit., págs. 121 y 122  
(2) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 189  
(3) " " " " T. II, pág. 190  
(4) PETRIELLA, art. cit., pág. 487

Es evidente que si, por ejemplo, una sociedad anónima constituida para explotar una industria necesaria se transformara en una empresa financiera de riesgos mayores, las condiciones del contrato primitivo se verían modificadas, y los fundadores tendrían derecho a solicitar la revocación de una medida de esa naturaleza, o en su defecto, daños y perjuicios;

e) Prórroga del plazo de la sociedad.-

Este caso, -que ofrece interés en el derecho comercial francés-, no preocupa en nuestra legislación a menos que la sociedad anónima se haya constituido por un término menor de diez años, lo cual es muy raro.-

Trystram (1), apoyándose en la presunta intención de las partes al momento de celebrar el contrato de participación y en la jurisprudencia francesa, no cree que corresponde beneficiar a los fundadores con la prórroga de la sociedad.-

f) Disolución anticipada de la sociedad.-

Como respuesta general, para los casos en que se presente este conflicto, Vivante (2) le niega a los fundadores todo carácter de oposición.-

Rivarola (3) entiende que debe existir "justa causa" para que la decisión de disolver anticipadamente la socie-

---

(1) TRYSTRAM, obra cit., pág. 132 y 133  
(2) VIVANTE, obra cit., pág. 192  
(3) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 196

dad pueda tomarse válidamente por una asamblea de accionistas y Patriella (1) dice que "se presume que ha habido justa causa, y "el fundador debería probar, para atacar la decisión de la asamblea, que la resolución ha sido deliberada con dolo o fraude de "sus derechos".- Sasot Betes (2) le otorga al fundador el derecho de oponerse a dicha medida "si con ello solo se persigue menoscabar sus derechos a menos que se le reconozca una participación "en los beneficios resultantes de la liquidación".-

En nuestra opinión, debe haber una diferenciación de los casos posibles:

1) si la medida tomada por los accionistas se ha hecho necesaria de acuerdo con los acontecimientos, o como dice Rivarola ha habido "justa causa", ni siquiera se requiere consultar a los fundadores para que adopte plena validez;

2) si la medida ha sido tomada por mera conveniencia de los accionistas, sin que se pueda decir que ha habido ni "justa causa" por un lado, ni fraude en los derechos del fundador por otro, éste tendrá derecho a exigir daños y perjuicios(3).

3) en los casos que la resolución se ha adoptado sin el menor motivo, o en fraude de los derechos del fundador, se le debe reconocer a éste el derecho de exigir la revocación de la misma, o en su defecto daños y perjuicios.- En este caso no p

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 486

(2) SASOT BETES, art. cit., pág. 73

(3) LYON CAEN Y HENAUULT, obra cit., la. parte, págs. 590 y 591

demos aceptar la solución transaccional que propone Sasot Betes, desde que naturalmente le reconocemos al fundador derechos en la liquidación.-

En nuestro derecho hay un fallo de la jurisprudencia que adopta la posición restrictiva -de la cual no participamos- respecto de las defensas que se le deben reconocer a los fundadores!- Dice así: (1)"Se requiere mala fe de parte de los accionistas para que el fundador tenga derechos a daños y perjuicios por la disolución anticipada de la sociedad.- Así surge claramente de los arts. 1198 Código Civil y 218 ins. 3 y 7 del Código de Comercio".-

15.- El consentimiento del fundador.- Límites de la ley francesa del 21 de Marzo de 1929.-

Habiendo podido ver -a través del estudio de los derechos de los fundadores en la administración de la sociedad y de los derechos que le competen en el caso de modificaciones del acto constitutivo- que, con el motivo de evitar los conflictos que pueden suceder entre los fundadores y la sociedad, es necesario muchas veces recabar el consentimiento de los primeros para adoptar algunas resoluciones, ya que sino, éstas pueden ser objeto de acción de revocación o de acción de daños y perjuicios por parte de los mismos.-

---

(1) Cón. Com. de la Cap., T. III, pág. 336.-

Obtener este consentimiento resulta problema fácil si los titulares de derechos de fundador son pocos, pero, ¿qué acontece en el caso de que se hayan emitido numerosas participaciones de fundador? Sería imposible, por razones de orden práctico, recabar el consentimiento de todos los titulares y, en el supuesto el caso de que no se obtuviera la unanimidad deseada, ¿podría una minoría disidente enervar la voluntad de la mayoría o hacer pasible a la sociedad de una acción por daños y perjuicios?

En nuestro derecho este no es un problema actual, pero podría suceder que se modificara el Código de Comercio o que adquirieran una general aceptación los títulos representativos de derechos del fundador, en cuyo caso consideramos de interés una breve exposición del régimen instituido para la partes de fundador en Francia por la ley del 23 de enero de 1929.- Además, servirá para ilustrar sobre la solución que se ha dado en los distintos casos que hacen surgir conflictos entre los fundadores y las sociedades anónimas.-

Antes de la sanción de dicha ley ya se había notado los perjuicios que se derivaban de la falta de organización entre todos los tenedores de partes de fundador, adoptándose en la práctica la solución de agrupar a todos los poseedores de dichos títulos en asociaciones o sociedades civiles.-

Los objetos que persiguieron con la sanción de dicha ley fueron los de asociar obligatoriamente (lo que antes no

sucedía) a todos los tenedores de las partes de fundador, facilitarles la defensa de sus derechos, obligar a la minoría a adoptar el criterio de la mayoría respecto de las resoluciones que pudieran afectar sus derechos, etc.- Fácil será ver (1) -a través de una escueta exposición de la ley- cuáles fueron las soluciones que le dieron a los problemas en cuestión.-

En el art. 1 se establece por una parte (párrafos 4 y 6), que cada categoría (de partes de fundador que tienen los mismos derechos) forma una masa distinta y, por otra parte, que "no obstante toda estipulación en contrario, los propietarios de partes de una misma masa pueden ser reunidos en asamblea general en cualquier época y tomar por mayoría, conformándose a las disposiciones de los arts. 3 y 11 que siguen, resoluciones que impongan a todos los tenedores".-

Art. 7° "... una misma asamblea general no puede comprender más que los propietarios de una misma masa".-

Convocación de dicha asamblea:

Art. 2° "... la asamblea general puede ser convocada por la sociedad por acciones que en ese caso fija la orden del día de la asamblea".-

"Un grupo de tenedores de partes que posea un vigésimo del número de partes existentes en esa masa puede tomar

---

(1) La ley francesa del 23 de enero de 1929 y su comentario figuran en la obra de Lyon Caen y Renault ya citada, Segunda parte, pág. 1055 y subsiguientes.- La traducción de los artículos es del autor.-

"la iniciativa de la convocación de la asamblea general".-

"Debe presentar a este efecto un pedido indicando el día de la asamblea general".-

"Si dentro del mes siguiente a la fecha de esta convocación la asamblea general no ha sido convocada, el grupo de tenedores puede por sí mismo proceder a la convocación, obteniendo una autorización a este efecto del presidente del tribunal de comercio del asiento de la sociedad.."

En el art. 6° estatuye sobre el quorum y la mayoría que requieren las decisiones de dicha asamblea sobre la posibilidad de convocar una segunda y tercera asamblea con requisitos decrecientes cuando las anteriores no hayan llenado las exigencias de la ley.-



Poderes de la asamblea general: BIBLIOTECA

Art. 7° "La asamblea general regularmente constituida estatuye sobre todas las cuestiones que le son sometidas. Ella puede consentir especialmente a todas las modificaciones en el régimen de las partes en su forma, en su duración, y en el monto de su derecho a los beneficios y en la forma de calcular estos derechos, al rescate de partes por la sociedad y a la conversión de partes en acciones o en obligaciones".-

"Las decisiones tomadas por la asamblea general son obligatorias para todos, ausentes, disidentes o incapaces".-

Art. 9° "en toda sociedad que haya emitido partes de fundador o partes de beneficiarios, las modificaciones relativas al objeto o a la forma de la sociedad no serán válidas hasta que la asamblea general de tenedores de partes de fundador deliberando de acuerdo al art. 6, haya aprobado esas modificaciones".-

En el régimen establecido, las modificaciones que alcancen indirectamente a los derechos de los tenedores de partes de fundador -disolución anticipada, creación de nuevas reservas, atribución de mayores beneficios a los administradores- no pueden ser objetadas por los mismos sino atentan directamente contra sus derechos, aún cuando puedan serles perjudiciales.- Tampoco tendrían en estos casos acción de daños e intereses por los perjuicios sufridos.-

Excepciones: Art. 10°: "Los tenedores de partes de fundador o de partes beneficiarias no pueden discutir ("contestar") la disolución anticipada de la sociedad si ella tiene lugar por pérdidas que absorban un cuarto por lo menos del capital social, luego de imputación previa de las reservas".-

"Si la disolución anticipada es propuesta fuera del caso de pérdida previsto más arriba, como consecuencia de fusión o por cualquier otra causa, la propuesta de disolución anticipada será sometida a una asamblea general de tenedores de



"partes, reunida conforme al art. 6.- Si la asamblea aprueba la  
"disolución, desaparece toda acción de los tenedores de partes  
"contra la sociedad por ese cargo.- En caso contrario, la deci-  
"sión de la asamblea general de accionistas que resuelve la diso-  
"lución anticipada, no es menos válida en sus efectos, pero los  
"tenedores de partes conservan con relación a la sociedad una ag-  
"ción eventual por daños e intereses que ellos no pueden ejercer  
"sino colectivamente por el órgano de su representante y que de-  
"berá ser presentada, bajo pena de privación de derecho, dentro  
"de los seis meses posteriores a la fecha de la asamblea general  
"de accionistas que resolvió la disolución anticipada".-

#### Derechos en la gestión social:

Art. 11 "la asamblea general de tenedores de  
"partes pueden nombrar uno o varios representantes de la masa y  
"fijarles sus atribuciones ("pouvoirs").- Ella notifica los nom-  
"bramientos a la sociedad.-

"Los representantes de los tenedores de par-  
"tes no pueden inmiscuirse en la gestión de los asuntos sociales.

"Tienen derecho de asistir a las asambleas ge-  
"nerales de accionistas, pero sin voz deliberativa bajo pena de  
"nulidad de las deliberaciones.-

"Tienen derecho a las mismas comunicaciones y  
"en las mismas épocas.- Pueden hacerse entregar copia de los pro-

"cesos verbales de cualesquiera asambleas de accionistas.-

"Están sometidos a las reglas generales del  
"mandato?-"

**Acciones judiciales:**

Art. 13: "ninguna acción judicial concerniente  
"al ejercicio de los derechos comunes a todas las partes de una  
"misma masa puede ejercerse contra la sociedad si no es en nombre  
"de esta masa después de una decisión en este sentido de la asam-  
"blea general prevista en el art. 1" y por un representante de la  
"masa nombrado por la asamblea general y tomado (1) por los miem-  
"bros de esta asamblea"(2).-

16.- Legislación Argentina.- Reformas proyectadas al régimen de  
los derechos del fundador por la Comisión Especial del año  
1916, por Lussolotti, por Rivarola y por la Universidad de  
La Plata.-

Dadas las críticas que ha merecido nuestra le-  
gislación por la forma en que reglamenta los derechos del fundador

- 
- (1) La falta de sentido de este párrafo se debe a la traducción literal del art.- El autor cree que el error proviene de un error de imprenta del libro de Lyon Caen y Renault, y que debería decir: ".y tomado de entre los..."
- (2) Para una ulterior exposición e interesante crítica de esta ley ver Lyon Caen y Renault en su obra citada, Segunda Parte, págs. 405 a 416 y 1051 a 1072.-

no es de extrañar que, aunque sea dentro del derecho comercial un punto de poca extensión, hayan surgido varios proyectos de reforma.-

El primero de los que conocemos -proyecto de reformas al Código de Comercio preparado por la Comisión Especial designada al efecto por el Ministerio de Justicia(1)- en su infog me del 10 de agosto de 1916 se limitaba a proponer la supresión de una frase del art. 321 por la cual ya no se podría interpretar que otorgaba ventajas sobre el capital.- El art. 321 quedaba así:

"Los fundadores no podrán reservarse prima o ventajas alguna, acciones u obligaciones beneficiarias o que no deben ser pagadas como las ofrecidas a la suscripción, aunque fuesen en cambio de concesiones otorgadas gratuitamente por las autoridades, sino hasta un máximo de diez por ciento de las utilidades realizadas y líquidas, por un término que no exceda de veinte años".-

La frase excluida era la de "sino hasta un máximo de diez por ciento del capital", con lo cual este proyecto remediaba el principal defecto de nuestra actual disposición, pero no iba más allá en la reglamentación de los derechos del fundador.-

Lancelotti ha propuesto otras bases para reformar el art. 321 (2): suprimir del art. 321 toda concesión refe-

---

(1) BASOT BATES, art. cit. págs. 55 y 56

(2) LANCELOTTI, art. cit. págs. 1372 y 1373

rente al capital y permitir a los fundadores otras ventajas tales como la de desempeñar alguna función lucrativa dentro de la sociedad o la concesión de una obra o trabajo.-

Tampoco podemos considerar estas bases como suficientes para una reforma de nuestra legislación, ya que sólo añaden al anterior, la posibilidad de otorgar al fundador una función lucrativa.-

Nivarola es el único que ha elaborado un proyecto integral sobre la reglamentación de los derechos del fundador.- Citaremos los artículos pertinentes de su Anteproyecto para una Reforma del Código de Comercio (1) con los comentarios que nos merece:

Art. 24: ... "en el acto de constitución de la "sociedad anónima o preparatoria de la misma, deberá siempre expresarse el nombre de la persona o personas de los iniciadores "y fundadores, y la manifestación de éstos sobre si se reservan "o no una participación en los beneficios de la sociedad".-

"Se considerarán fundadores de la sociedad anónima todos los firmantes del acta de constitución, e iniciadores, a los efectos de los derechos de participación, a quienes "se mencionan como tales en el acta, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el art. 3".-

Con este artículo, al mismo tiempo que se tiene de a solucionar el problema de la individualización del fundador,

---

(1) NIVAROLA, "Régimen legal...", págs. 166 a 168

se aclara, en beneficio de los accionistas y de los terceros, cuál es la situación de la sociedad anónima respecto de los fundadores y de sus derechos de participación.-

Art. 29: "En caso de hacerse la reserva, los estatutos deberán necesariamente expresar el dividendo mínimo que haya de distribuirse a los accionistas en relación a sus aportes, además de las cantidades destinadas a los fondos de reserva legal y de rescate de acciones, remuneración de los administradores y reservas estatutarias".-

"La participación de los fundadores no podrá ser superior al cuarenta por ciento del excedente de los beneficios luego de cubiertos los destinos y dividendo mínimo a que se refiere la presente disposición".-

De las reformas a nuestra actual disposición que se desprenden de este artículo trataremos de hacer un comentario ordenado ya que son muchas y trascendentales:

a) Se elimina toda ventaja para los fundadores sobre el capital;

b) Como la remuneración permitida actualmente a los fundadores por el art. 321 la considera como de "manifiesta exiguidad"(1), lo soluciona otorgando a los fundadores hasta el 40% del excedente de los beneficios luego de cubierto un dividendo mínimo -a establecerse en los estatutos- para los accionistas

---

(1) RIVAROLA, "Régimen legal...", pág. 53

tas.-

En el comentario del anteproyecto (1) dice que no habría inconveniente en establecer una libertad completa para disponer de los beneficios luego de cubierto el dividendo de los accionistas, pero en el anteproyecto lo reduce al 40%, sin explicar los motivos de dicha reducción;

c) Elimina el límite de plazo que actualmente rige para los derechos del fundador.-

Art. 30: "El estatuto también podrá establecer la participación que se reserva a los iniciadores y fundadores en el excedente que resulte de la liquidación de los bienes de la sociedad una vez cubierto el pasivo y reembolsado a los accionistas íntegramente el valor de sus acciones.- Esta participación tampoco podrá ser superior al cuarenta por ciento de dicho excedente".-

Es decir, que si nada se estipula en los estatutos, los fundadores no tendrán derechos en la liquidación.- Es lógica la solución de Rivarola desde el momento que no se admiten otras deducciones sobre las utilidades -antes de conceder la participación de los fundadores- que las ya establecidas en el art. 29 o en los estatutos de la sociedad, de donde la fuente de los derechos del fundador en la liquidación -parte de beneficios que no les fueron distribuidos para constituir fondos de reservas-

---

(1) RIVAROLA, "Régimen legal...", págs. 54 y 55

queda anulada.- Esto no quiere decir que la sociedad no puede crear otras reservas que las estatutarias, pero para ello será necesario el consentimiento del fundador (art. 32).-

Art. 31: "Los derechos de fundador podrán estar representados por títulos de acciones de participación, los cuales no podrán ser emitidos hasta después de aprobado el balance del primer ejercicio.- Los títulos serán nominativos y transmisibles por endoso igualmente nominativo".-

Creemos que el fundamento de lo que se establece en la primer parte de este artículo debe ser el de evitar la especulación o transmisión engañosa de un título relativamente poco conocido y de valuación, hasta ese momento, incierta.- Rivarola no proporciona ninguna explicación sobre este punto así como tampoco lo hace cuando proscribe la forma "al portador" en estos títulos.-

Art. 32: "Ninguna resolución de asamblea que modifique o altere directa o indirectamente la participación de fundador podrá tener efecto sin el consentimiento de las personas indicadas como tales en el estatuto o sus sucesores particulares o universales.-

"En caso de haberse emitido acciones de participación de fundador, la conformidad será resuelta en asamblea de poseedores de esas acciones, convocada especialmente y presidi-

"da por el presidente de la sociedad.-

"Cada acción dará derecho a un voto y será indispensable el voto afirmativo de los accionistas participantes que representen el setenta y cinco por ciento de las acciones de participación emitidas".-

Con esta disposición el autor pretende crear un sistema parecido al de la ley francesa del 23 de enero de 1929, pero creemos que es inferior al extranjero por los siguientes motivos:

1) Al exigir la conformidad de los tenedores de participación de fundador en todos los casos en que se "modifique o altere directa o indirectamente la participación" se puede llegar a coartar innecesariamente facultades que deben ser privativas de los accionistas.- Por ejemplo la creación de una reserva no estatutaria puede ser indispensable para la sociedad de acuerdo a las circunstancias que se presenten, y sin embargo, podemos estar casi seguros de que no se podrá crear, si se necesita la conformidad de los titulares de participación de fundador;

2) Consideramos que un régimen como el establecido tan sintéticamente -en un país que conoce poco los títulos representativos de derechos de fundador- hubiera debido merecer una reglamentación un poco más extensa en beneficio de todas las partes interesadas.- Se puede ver cómo -en un país que ya conocía las asambleas de tenedores de partes de fundador impuestas por la práctica- la ley francesa ha encarado el problema desde un punto



de vista detallista, por lo que apoyamos nuestra opinión de que un sistema creado en esta forma daría lugar a muchas incertidumbres sobre los casos que merecerían el consentimiento de los fundadores, y sobre la forma en que correspondería organizar una asamblea de esa naturaleza.-

La única disposición que conocemos del anteproyecto sobre Sociedades Comerciales preparado por la Universidad de La Plata en el año 1944 (1) se limita a conceder a los fundadores hasta el 5% de las utilidades anuales por un período de cinco años.-

Nos parece -como lo hemos expresado antes-, que una reforma de la legislación de los derechos del fundador necesita considerar los otros problemas que surgen alrededor de los mismos, al par que la retribución de los fundadores en este caso sería inferior a la actual que ya ha sido tildada de "exigua"(2).-

#### 17.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los derechos del fundador.-

Si bien es cierto que el ideal de la ley es el de ser lo más clara y sencilla posible, no creemos que se puedan reglamentar los derechos del fundador en forma clara y sencilla a la vez.- Prueba de ello, son las numerosas y variadas interpretaciones que se le han dado a cada uno de los aspectos abarcados

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 48), nota.-

(2) RIVAROLA, "Régimen legal...", pág. 53.-

por el art. 121, por lo que, en las bases que daremos para una futura legislación, sacrificaremos la sencillez en aras de la claridad.-

1) Derechos de los fundadores sobre las primas de emisión:

"Los fundadores, en compensación de sus trabajos y servicios, podrían reservar para sí -haciendo constar en forma expresa el carácter de la reserva- el importe de las primas de emisión que resulten de la colocación de las acciones de la sociedad futura por un valor superior al valor nominal.-

"Esta reserva no puede exceder del 10% del valor nominal de las acciones, pero si las primas de emisión fueran superiores a dicho porcentaje, el remanente le corresponderá íntegramente a la sociedad.-

"El ejercicio de este derecho por parte de los fundadores -cualquiera que fuere el porcentaje que se reserven de las primas de emisión- los inhibe de pretender toda otra remuneración en calidad de fundadores, excepción hecha, del reembolso de los gastos de fundación.-

Encarando en esta forma el problema relativo a los derechos de los fundadores sobre las primas de emisión se obtendrían las ventajas siguientes:

a) Establece claramente en la ley la posibilidad de reservar las primas de emisión, hasta un cierto límite, por

parte de los fundadores;

b) Permite remunerar a los fundadores en dinero, sin que resulte gravoso para la sociedad ni durante la constitución ni luego durante su funcionamiento, ya que éstos no recen de todo otro ulterior derecho en la sociedad;

c) Las ventajas que Petriella encuentra -con cierto fundamento(1)- en la admisión de beneficios sobre el capital pueden obtenerse en esta forma, algo disminuidas, pero sin perjudicar ni la responsabilidad de la sociedad ni a los accionistas, ya que éstos obrarán en tales casos con conocimiento de causa.-

2) Derechos de los fundadores sobre los beneficios sociales:

"Como remuneración de los trabajos y servicios realizados," se podrá conceder a los fundadores:

a) Hasta el diez por ciento de las utilidades realizadas y líquidas, durante los primeros diez ejercicios, o

b) Hasta el cinco por ciento de las utilidades realizadas y líquidas, durante los primeros veinte ejercicios, o

c) Hasta el 50% del excedente de utilidades luego de que se haya cubierto un dividendo mínimo para los accionistas que no podrá ser inferior del 5%.-

La explicación de esta disposición es sencilla: cualesquiera de las formas de remuneración adoptadas representa

---

(1) PETRIELLA, art. cit., pág. 485

ventajas más o menos equivalentes y justas, por lo que una ley nueva podría consignar una de ellas, dos, o las tres.- Es claro que la concesión de una de ellas es excluyente de las demás.-

Se elimina por completo toda ventaja sobre el capital de la sociedad.-

3) Derechos de los fundadores sobre los fondos de reserva y otros.-

1º) Casos a) y b) de la disposición (2): "Los accionistas tendrán la plena facultad de constituir todos los fondos de reserva que consideren necesarios, pero los fundadores conservarán sobre los mismos un derecho igual al de la participación que les hubiera correspondido sobre las utilidades.- Están exceptuados todos aquellos fondos expresamente excluidos por los estatutos.-

"Esta participación de los fundadores sobre los fondos de reserva se hará efectiva en todos los casos y en los momentos en que se hicieran efectivos los derechos de los accionistas sobre los mismos (por ejemplo reparto de reservas, suscripción de futuras acciones a su valor nominal, liquidación de la sociedad, etc.).-

"Si llegado el momento de hacer efectivas las reservas éstas no alcanzaran el total del valor de libros, los fundadores sufrirán el perjuicio al igual que los accionistas y

de acuerdo con la proporción a que sobre las mismas tenían derecho.-

2°) Caso c) de la disposición (2): "Este caso es igual a los anteriores por lo que respecta a las facultades de los accionistas y derechos de los fundadores, pero si los estatutos no fijasen expresamente otra proporción, los fundadores participarán del 20% del excedente en el momento de la liquidación, luego de cubierto el pasivo de la sociedad y de reintegrado el capital acciones".-

Evidentemente, dependerá de cuál de los sistemas expuestos en la disposición 2) será el que adopte una futura ley, para reglamentar el derecho de los fundadores sobre las reservas.- En principio, como lo hemos sostenido antes, creemos que en este punto es necesario armonizar dos derechos opuestos pero equivalentes: el de los accionistas, de constituir todas las reservas que consideren necesarias, y el de los fundadores, de participar en todos aquellos fondos de reserva de los cuales no hayan sido excluidos estatutariamente.-

En el tercer caso se establece una proporción a favor de los fundadores sobre los excedentes en el momento de la disolución de la sociedad, que no pretende ser la más exacta, sino que pretende suplir las dificultades que surgirán en los casos en que no se haya estipulado en los estatutos.- Esto no quita de que se pueda excluir a los fundadores de todo derecho so-

bre las reservas, o de que se les pueda aumentar la participación sobre las mismas, pero todo ello deberá ser en forma expresa.-

4) Reglamentación de los beneficios otorgados a los fundadores.-

"En la interpretación de los derechos de los fundadores -respetando los límites de la disposición 2)- es ley de las partes el contrato de participación celebrado por los mismos con la sociedad.- Además:

"a) Los beneficios concedidos se entenderán calculados sobre el capital suscrito en el acto de constitución excepción hecha de una ampliación otorgada en forma expresa por los estatutos, ampliación que nunca podrá exceder al capital suscrito durante los plazos establecidos en la disposición (2);

"b) Si no se fija la duración de los beneficios acordados a los fundadores, se entenderán concedidos -de acuerdo con la participación que les corresponde- por los términos establecidos en la disposición 2).- Los derechos de los fundadores no pueden ser prorrogados tácitamente.-

"c) Las utilidades de la sociedad resultarán del balance y cuenta de ganancias y pérdidas aprobados por los accionistas.- Estos deberán respetar las normas indicadas por la técnica contable para la confección de los últimos, y los dere-

"chos de los fundadores para el reparto de las primeras.- De no  
"proceder así, los fundadores podrán impugnar los balances y el  
"reparto de las utilidades efectuadas?-

Esta disposición se consigna como meramente  
reglamentaria, para evitar la variedad de interpretaciones a que  
puede dar lugar la concesión de derechos al fundador.-

5) Derechos adjuntos de los fundadores.-

a) En Asambleas: Si en los estatutos no se dis-  
pusiese lo contrario, los fundadores tendrán el derecho de asis-  
tencia con voz consultiva, pero en ningún caso se les podrá conge-  
der el derecho de voto;

b) En el Directorio: No se les podrá conceder  
el derecho de ser miembros del mismo, ni el de voto en sus reunio-  
nes, pero pueden ser llamados a su seno con voz consultiva;

c) Funciones lucrativas: Los fundadores podrán  
estipular estatutariamente, y en su beneficio, la reserva de algu-  
na función lucrativa de carácter ejecutivo dentro de la sociedad,  
pero siempre que no sea irrevocable.- La remuneración que perci-  
ban en esos casos no se computará dentro de los beneficios otorga-  
dos por la disposición 2);

d) Comunicación de documentos sociales: Tienen  
derecho a que se les comuniquen en la época que corresponda, to-  
dos los documentos sociales de rigor: memoria, balance, cuenta de  
ganancias y pérdidas, informe del síndico, etc., pero no pueden  
exigir de los directores de la sociedad rendición de cuentas.-





estén emancipados o autorizados legalmente para ejercer el comercio (art. 10 del Código de Comercio);

c) La mujer mayor de edad, soltera o viuda, sin limitación alguna (art. 13 del Código de Comercio); la mujer casada podrá serlo sujeta a lo que prescribe la ley 11.357 de los derechos civiles de la mujer;

d) Los fallidos que no pueden ejercer legalmente el comercio podrán serlo, desde que la actividad que despliegan comprende la ejecución de actos señalados de comercio pero no importa el ejercicio de la profesión de comerciante;

e) Las sociedades anónimas podrán ser también fundadores de otras sociedades anónimas, correspondiéndole a sus administradores la ejecución de los actos inherentes a ello.- Esta posibilidad existe únicamente cuando ha sido prevista en los estatutos de la sociedad fundadora en sentido afirmativo y sus administradores se atienen a los límites del mandato conferido.-

## 2.- Funciones u obligaciones del fundador.-

El fundador, por definición, es una persona que movida por intereses propios se ha impuesto la tarea de constituir una sociedad anónima.- De allí deriva que la obligación primordial que adquiere es la de (1) "hacer todo lo necesario para que la sociedad quede válidamente constituida".-

---

(1) SASOT BATES, art. cit., pág. 76

Descomponiendo esta única obligación en sus diversas etapas el fundador deberá:

a) Constituir provisoriamente la sociedad -cuando fuera constitución por suscripción pública- según lo establece el art. 320 del Código de Comercio, y luego formular el programa para la suscripción;

b) Redactar los estatutos o fijar las condiciones generales en que se desenvolverá la futura sociedad y sus accionistas.-

Siburú entiende que así como el fundador tiene a su cargo todas las responsabilidades que derivan de la constitución (1) "tiene un amplio poder para imponer los estatutos "de la sociedad que va a constituirse", pues interpreta el final del art. 322 del Código de Comercio en el sentido de que los estatutos han podido ser aprobados al verificarse la suscripción.- Fundamenta esta facultad, en que (1) "asuman todos los riesgos "de la fundación de la sociedad y es justo que los asuman tal como ellos los aceptan y no en otra forma";

c) Hacer suscribir el capital considerado necesario para la futura sociedad.- Es lógico imponerle también una equidad absoluta en la justipreciación de los aportes que sean en especie, como así también, la obligación de asegurarse de que las personas que suscriben el capital tengan la solvencia requerida para integrar las cuotas que se les exijan en el futuro;

---

(1) SIBURU, obra cit. T. V págs. 79 y 80 (nota)

d) Exigir a los suscriptores el diez por ciento del capital suscrito que deberá ser depositado en una institución bancaria a nombre conjunto del fundador y del jefe de la Inspección General de Justicia;

e) Cumplir con las disposiciones del Código de Comercio (Arts. 319, 320 y 323) referentes a la publicidad de la constitución;

f) Convocar la asamblea constitutiva, que en el caso de constitución sucesiva, deberá celebrarse dentro de los tres meses de la fecha de la constitución provisoria;

### 3.- El fundador y el contrato de suscripción.-

El contrato de suscripción y sus formalidades no se halla legislado en nuestra ley siendo, por consiguiente, la doctrina, la que ha establecido los alcances que le corresponden.-

Se inicia su formación cuando el fundador invita al público, o propone a determinadas personas, que suscriban acciones de la futura sociedad".- Al efectuar la proposición debe evitar de producir una errónea impresión sobre las perspectivas de la sociedad por medio de maniobras o propaganda espaliosas; en nuestro derecho no es posible discutir si el dolo del fundador ocasiona o no la nulidad de la sociedad, por cuanto el Código Civil lo establece claramente en el art. 935 cuando dice que "el dg

"lo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra "de una de las partes, o bien provenga de tercera persona", así que si así procediera, la sociedad sería nula y el fundador se haría pasible de las responsabilidades consiguientes.-

Una vez que el suscriptor ha aceptado la propuesta lisa y llanamente (sería nulo el consentimiento del suscriptor si se hallara viciado por error, dolo o violencia), no puede ser retirada ni modificada por el fundador.- La aceptación por el suscriptor no permite considerar al contrato de suscripción como perfeccionado(1); aún cuando la oferta se haga a persona determinada el fundador no sabe, hasta que no haya recibido la contestación a todas sus propuestas o hasta que haya vencido el plazo fijado, si las suscripciones cubren o no el total del capital.- Si no se logra reunir el capital, es evidente que la sociedad no podrá funcionar ni ser fundada, lo que deberá ser puesto en conocimiento de los suscriptores y el contrato de suscripción no se habrá formalizado.- Si las suscripciones cubren exactamente el capital o lo exceden, cuando el fundador acepte las suscripciones, íntegra o parcialmente, así lo hará saber a los suscriptores y recién entonces quedará perfeccionado el contrato.-

Sasot Betes (2) opina de que el fundador no podrá renunciar a constituir la sociedad, desde el momento en que

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 184, N° 223

(2) SASOT BETES, art. cit. pág. 77

haya recibido la aceptación de una sola propuesta de suscripción, pues considera que el compromiso ya se ha contraído y la obligación es firme.- En su apoyo cita a Hesteanu quien también considera que el fundador (1) "no podrá sustraerse a la obligación de "constituir la sociedad so pena de responder a los suscriptores "por daños y perjuicios que puedan ser la consecuencia de su negativa a la constitución".- Creemos que tiene razón si la renuncia del fundador a constituir la sociedad se hace sin motivo justificado, pero no se le podrá hacer responsable de la no fundación de la sociedad si es la consecuencia de factores fuera de su alcance.-

Además hemos considerado que el contrato de suscripción no se formaliza en el momento en que el fundador recibe la aceptación de su propuesta, sino cuando la suscripción es aceptada formalmente por éste, siendo lógico que así sea, ya que no sabe de antemano cuál será la suerte que correrá el total de la suscripción.- Por ello, y por los cambiantes factores económicos que pueden influir de un momento a otro en el resultado de la futura sociedad, los fundadores suelen hacer -en el momento de emitir las boletas de suscripción o de efectuar el ofrecimiento al público- las salvedades que los pondrán a cubierto de dichas contingencias.-

Existen tres teorías -que se refieren a quie-

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 77

nes son las partes contratantes en el contrato de suscripción;

a) Por la primera se considera que el contrato de suscripción liga a los suscriptores con la futura sociedad, como parte contratante está destinada a salvar las situaciones engorrosas que se pueden presentar durante la constitución.-

No es posible aceptarla porque:

1º) Si se admite en doctrina (1) que el contrato de suscripción se perfecciona cuando el fundador acepta la suscripción presentada, no puede ser que la sociedad sea parte contratante desde que todavía no existe;

2º) Bien claramente el art. 324 pone a cargo de los fundadores las responsabilidades emergentes "por los actos practicados hasta la constitución definitiva de la sociedad", entre los cuales deben considerarse incluidas las suscripciones;

3º) Se caería en una petición de principio, ya que la sociedad no podría formarse hasta que las suscripciones no se hubieran reunido, y estas no podrían considerarse válidas hasta que la sociedad no existiera;

b) Una segunda teoría establece que el fincillo se forma por los suscriptores entre sí.- Se sostiene en virtud de que se considera que el contrato de suscripción se perfecciona con la aceptación de la suscripción por parte del fundador y como la sociedad no existe, se llega a reconocer que los

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 184 N° 223 y RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 95

accionistas se obligan entre sí.-

Tampoco esta teoría se ajusta a la realidad porque:

- 1º) Mal puede considerarse que existe un vínculo entre personas que se desconocen y que no han otorgado ningún dato en ese sentido;
- 2º) No puede considerarse a los fundadores como mandatarios de los suscriptores desde el momento que no han recibido ningún mandato de ellos;
- 3º) Menos puede creerse que actúan como gestores de negocios de los suscriptores puesto que al dueño del negocio le corresponde la ratificación de las obligaciones y derechos contraídos a su nombre y a ellos no agrá a quien les corresponde hacerlo en este caso, sino a la futura sociedad;

e) La verdadera teoría es la que considera que el vínculo se forma entre el fundador y los suscriptores.- A ello se objeta que los beneficiarios del contrato no son los fundadores sino la futura y todavía inexistente sociedad, y de que no adquieren derecho alguno por el mismo siendo, por consiguiente, imposible de que sean parte contratante.- Estas objeciones carecen de validez porque:

- 1º) Se admite perfectamente en derecho que una persona (el fundador) se obligue hacia otra (el suscriptor) en la

neficio de un tercero (la sociedad) aún cuando éste no exista, pero pueda llegar a existir.-

2º) A la objeción de que no emana ningún derecho directo del contrato de suscripción a favor del fundador, se contesta diciendo que ello no obsta en derecho para que se le considere como parte contratante.- Aparte de ello, tampoco puede considerarse al fundador como privado de todo derecho, ya que tiene el de exigir el diez por ciento de los aportes hechos en dinero.-

3º) Esta teoría es la que se ajusta a la realidad de los hechos y no debe desecharse en favor de alguna ficción que a nada conduce.-

#### 4.- Naturaleza jurídica del fundador en la constitución de la sociedad.- Diversas teorías.-

Cuando el fundador de una sociedad anónima gestiona la creación de la misma, desarrolla una actividad múltiple: por un lado se enfrenta con los futuros accionistas cuando lanza a la suscripción el capital de la sociedad, recoge las adhesiones y las acepta o rechaza, y por otro, se enfrenta con los terceros que le han de procurar a la sociedad los distintos elementos que le son necesarios para constituirse y funcionar.- Con este motivo celebra contratos de diversa naturaleza y realiza un sinnúmero de actos jurídicos.-



¿Qué carácter habrá que atribuirle a las funciones que desempeña el fundador por la actividad que desarrolla? En otras palabras, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Conociendo la contestación a estas preguntas se conocerán las normas legales aplicables a las relaciones jurídicas establecidas por el fundador, así como quién será el titular de las obligaciones y responsabilidades por los actos cometidos frente a los suscriptores, a la sociedad y a los terceros entrantes.-

En la legislación inglesa el problema se simplifica ya que se le reconoce a las sociedades anónimas en formación en formación una cierta personalidad, que si bien es limitada, permite atribuir a la misma los derechos, obligaciones y responsabilidades de los actos realizados por sus representantes legales.-

En nuestro derecho no sucede así; la sociedad anónima no adquiere personalidad ante la ley hasta que no se le ha acordado la personería jurídica.-

Por consiguiente, hemos de analizar las distintas teorías existentes sobre la naturaleza jurídica del fundador relacionándolas con la forma en que éste desarrolla su actividad, y con las responsabilidades que a los mismos impone el art. 324 del Código de Comercio.-

a) De la sociedad preliminar entre los suscriptores y los fundadores.-

"La ley le da el carácter de una sociedad colectiva a la reunión de personas que realizan en común los actos preparatorios ligados a la constitución de una sociedad anónima"(1) dice Obarrio, refiriéndose sin duda a los términos que emplea el art. 320 del Código de Comercio cuando estipula que "los fundadores deben constituir provisoriamente la sociedad" antes de proceder a la suscripción pública.-

No se puede negar que la intención de los fundadores es la de constituir la sociedad anónima en un cercano futuro; resulta entonces un término coómodo para la ley exigir que se "constituya provisoriamente" de antemano para hacer las publicaciones del caso.-

No obstante, aún cuando tengan un fin común y posibles intereses comunes en el futuro, no es posible admitir que el vínculo existente entre los suscriptores y los fundadores en sus relaciones con los terceros sea el de una sociedad.- A ello se oponen el art. 1648 del Código Civil y el art. 282 del Código de Comercio cuando definen el contrato de sociedad.- No existe en nuestro caso la mutua prestación a que alude el primero, ni el aporte en común de bienes o industria que menciona el segundo. Los suscriptores no hacen aporte de ninguna categoría a la supueg

---

(1) OBARRIO, obra cit., N° 328

ta pre-sociedad y no debe confundirse como tal al diez por ciento de la suscripción que están obligados a entregar en garantía de su compromiso.- Es más fácil confirmar este aserto si se consideran los aportes que se hacen en especie: nada deben entregar a los fundadores hasta que, constituida la sociedad anónima, se transforman en inmediatamente exigibles en favor de ésta.-

Por otra parte, si se admitiera la existencia de una sociedad entre los suscriptores y los fundadores, éstos no se verían obligados a devolver el diez por ciento de las suscripciones en el caso de que la sociedad anónima no se constituyera (ya que las pérdidas deberían ser soportadas por ambas partes y no por una sola para que haya sociedad, arts. 1652 del Código Civil y 283 del Código de Comercio), como claramente lo establece el art. 324 del Código de Comercio.-

b) Del fundador como mandatario de la sociedad a constituirse.-

Esta es la teoría que se admite en la doctrina y la jurisprudencia inglesa (1).- Encontramos lógico que así sea desde que le reconocen a las sociedades anónimas en formación una cierta personalidad y, por consiguiente, actúan y se obligan por medio de sus representantes.-

Sin embargo, no es posible encuadrar esta teoría en nuestro derecho.- Si la sociedad no existe legalmente hag

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II pág. 123

ta que no tiene la personería jurídica no puede ser que los fundadores actúen como mandatarios de una sociedad inexistente.- A mayor abundamiento, en el mandato, el mandatario no se obliga a sí mismo por los actos realizados sino que obliga a su mandante (art. 1946 del Código Civil) y el art. 324 del Código de Comercio claramente establece la responsabilidad de los fundadores por las obligaciones contraídas durante el período constitutivo.-

e) Del fundador como representante de la sociedad en formación considerada como persona por nacer.-

Esta teoría parte de la base que existe una analogía entre la persona física y el ser moral (en este caso la sociedad anónima).- Como aquella, ésta nace, vive y muere, y los fundadores vendrían a ser los representantes de la persona por nacer.-

Si se forma y vive, toma a su cargo todas las obligaciones de su representante; si la persona no nace, es decir si la sociedad anónima no se constituye, entonces pesarán sobre el fundador las obligaciones que hubiera asumido.-

Como dice Castillo (1) "esta construcción es más ingeniosa que jurídica.- En la sociedad anónima no existe "persona por nacer.- La sociedad existe o no existe.- Para lo primero es necesario que se haya constituido legalmente.- Si esto

---

(1) CASTILLO, obra cit., pág. 185 N° 225

"no se ha conseguido, existirá a lo sumo una convención entre personas que persiguen el fin de constituir la sociedad anónima, pero esa convención no es la sociedad".- Sasot Betes (1) adhiera a la crítica de Castillo con la cual también convenimos.-

d) Del fundador como mandatario de los suscriptores.-

Esta teoría también debe considerarse errónea según hemos de ver.-

a) En la realidad de los hechos es el fundador el que busca a los suscriptores para que le proporcionen el capital necesario para constituir la sociedad anónima y no son los suscriptores los que buscan y dan encargo al fundador para que la constituya.- Si así fuere, serían los suscriptores los verdaderos fundadores de la sociedad con todas las consecuencias que de ello derivan, y los fundadores serían meros representantes de aquellos, a quienes la ley debería excluir de toda responsabilidad.-

b) En doctrina el mandante responde por el dolo de su mandatario.- Esto pondría a cargo del suscriptor la responsabilidad por la nulación de la sociedad y las indemnizaciones consiguientes, si hubiera habido dolo por parte del fundador; como bien apunta Rivarola (2) "a nadie podrá ocurrírsele lógicamente, que el suscriptor, además de engañado por el fundador, debería resarcir todos los perjuicios ocasionados por ese mismo

---

(1) SASOT BETES, art. cit., pág. 39

(2) RIVAROLA, "Soc. Anón.", t. II, pág. 123

"dolo, independiente por completo de su voluntad".-

c) Aún cuando la sociedad no se constituyera, el fundador como mandatario tendría derecho a reclamar de los suscriptores el importe de los desembolsos efectuados para constituir la sociedad.-

Cada uno de los supuestos necesarios para admitir esta teoría está en abierta pugna con lo que establece el art. 324 cuando pone a cargo del fundador las responsabilidades emergentes de la fundación.- En base a ello creemos haber demostrado nuestro primer aserto.-

e) Del fundador como gestor de negocios de la futura sociedad.-

Existen, entre la gestión de negocios y la actividad que desarrolla el fundador, diferencias fundamentales de dos órdenes, práctica y legal:

a) Los actos que realiza el gestor de negocios son meramente conservativos o de administración (1), en beneficio o por cuenta de otro.- En cambio el fundador desarrolla una actividad creadora; no mantiene ni conserva nada, da origen a un negocio nuevo, que no existía;

b) en la gestión de negocios es preciso que el negocio preexista a la gestión (Código Civil nota del art. 2288);

---

(1) VIVANTE, obra cit. pág. 165 N° 420 y CASTILLO obra cit. pág. 166 N° 225.-

tampoco esto es aplicable al fundador por los mismos argumentos que el anterior;

c) la responsabilidad que contraen los gestores de negocios cuando son más de uno, no es solidaria (art. 2293 del Código Civil); cuando los fundadores son más de uno, la responsabilidad que adquieren es solidaria (art. 324 del Código de Comercio);

d) en la gestión de negocios, el dueño del negocio es responsable por los actos y gastos efectuados por el gestor "con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque "por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja "que debía resultar, o que ella hubiese cesado" (art. 2297 del Código Civil); por el contrario, si no se cristaliza la fundación de la sociedad, el fundador nada tendrá derecho alguno (art. 324 del Código de Comercio).-



f) Del fundador como gestor de negocios de los suscriptores.

Esta concepción debe desecharse también por cuanto una gestión efectuada por cuenta de los suscriptores debería considerarse ratificada por el hecho de la suscripción(1), y los suscriptores quedarían como mandantes con todas sus consecuencias y responsabilidades, lo que no es así (art. 324 del Código de Comercio).- "Todo lo que podría admitirse es que los fundado-

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón." T. II pág. 124 y MALAGARRIGA, obra cit. pág. 130.-

"res son gestores solidarios con ratificación subordinada a la "constitución definitiva de la sociedad"(1), o sea, que hay una semejanza entre los fundadores y los gestores de negocios del derecho común, pero que no es suficiente <sup>como</sup> para considerarlos encuadrados dentro de las mismas normas.-

g) Del fundador como "negotiorum susceptor".-

Entre los tratadistas argentinos, Siburú ha propuesto aplicar a los fundadores una teoría similar a la de gestores de negocios pero distinta en sus efectos.- Refiriéndose a la naturaleza jurídica de la suscripción y del fundador dice que (2) "su íntima naturaleza es la de un contrato bilateral formado entre el suscriptor y los fundadores que asumen la figura jurídica del negotiorum susceptor de la sociedad provisoriamente constituida".-

Es necesario aclarar primero cuál es la figura jurídica del "negotiorum susceptor".- Según Delamarre y Le Poitvin, que son quienes han propuesto esta denominación (3), "es el que sin mandato gestiona un negocio que no accede naturalmente a otro del que alguien es dueño o que no es su continuación o consecuencia".- Sus efectos son de que (4) "los derechos y o-

---

(1) MALAGARRIGA, obra cit. pág. 130

(2) SIBURU, obra cit. T. V, pág. 83

(3) Citados por AGUIA ANGLONERA en art. cit. pág. 631

(4) SIBURU, obra cit. T. IV, pág. 109 N° 913



"bligaciones entre éste y aquél para quien o por quien se hizo  
"la gestión dependen de la tácita o expresa aprobación de este  
"último, quien para ello, deberá cumplir la prestación ofreci-  
"da por el gestor.- Sin esa aprobación el contrato sólo tiene  
"efecto entre el promitente y el otro contratante".-

En otra palabras, el negotiorum susceptor difiere del gestor de negocios común en que el primero crea el negocio y el segundo interviene en un negocio preexistente(1); difiere también del contrato celebrado a nombre de un tercero de quién no se tiene representación ni mandato, en que éste, si el tercero no lo ratifica, carece de todo valor y no obliga ni al que lo hizo (art. 1161 del Código Civil); mientras que en el acto o contrato hecho por el negotiorum susceptor, si el tercero no se transforma en dueño del negocio por su ratificación, el gestor responde de su cumplimiento o de las responsabilidades que se originan.-

Aplicando pues, de acuerdo con Siburú, la doctrina del "negotiorum susceptor" al fundador de sociedades anónimas(2) "si la sociedad se constituye, el hecho de la constitución es una tácita ratificación de la gestión de los fundadores, quienes, considerados ya como mandatarios, tendrían derecho a repetir de la sociedad lo que hayan gastado en beneficio de ella y a exigir la indemnización de pérdidas sufridas sin falta que

---

(1) R. L. FERNÁNDEZ, obra cit. pág. 350

(2) SIBURU, obra cit. T. V. N° 1225

"les sea imputable".-

Si bien esta concepción se conforma en líneas generales al régimen que les corresponde a los fundadores, no creemos que en ese sentido sea la doctrina perfecta.- En primer lugar no puede considerarse al fundador como un negotiorum susceptor de la sociedad provisoriamente constituida, porque de existir ésta, él formaría parte de la misma en el carácter de eg cargado de fundar la sociedad futura, o sea que actuaría como mandatario de la primera y no podría exigir que la segunda le reembolsara los gastos realizados.- Pero hemos demostrado que esa pre-sociedad no existe y que los términos que usa el art. 320 del Código de Comercio solo figuran allí por comodidad en el lenguaje.- Tampoco puede considerarse como un negotiorum susceptor de los suscriptores, que es otra eventualidad posible, ya que la suscripción ratificaría la gestión y transformaría en responsables a los suscriptores, lo que tampoco está de acuerdo con el art. 324.-

Lo que sí podría admitirse, es su intervención como "negotiorum susceptor" de la futura sociedad, por lo que respecta a los actos celebrados con terceros en beneficio de la misma.- Pero ello es porque, como dicen Delamarre y Le Poitvin -creadores de la teoría del suscipere negotiorum(1)-, "el que realiza un negocio de otro sin estar autorizado ni encargado, no es otra cosa que el estipulante por tercero" y la doctrina

---

(1) Citados por ACUÑA ANLORENA en art. cit. pág. 631

na que supone que el fundador, cuando actúa, no hace sino prometer el hecho de otro, podría aceptarse como explicativa de la naturaleza de los actos realizados por el fundador.-

#### h) Doctrina de la estipulación por otro.-

Otra solución dada al problema que tratamos es la que adapta los actos y contratos realizados por el fundador con los terceros contratantes en beneficio de la futura sociedad, dentro de la doctrina jurídica de la estipulación por otro.-

Vivante (1), Castillo (2) y Sasot Betes (3) son partidarios de la misma, pero es Acuña Anzorrena (4) quien ha ido más lejos en el análisis de esta teoría.- Con exactitud ha puntualizado la necesidad de concretar cuál de las tres figuras jurídicas que integran la doctrina general de la estipulación por otro -estipulación a favor de un tercero, contrato para otro y promesa del hecho de otro- es la que corresponde assimilar a los actos del fundador.-

#### 1) Estipulación a favor de tercero:

Debe considerarse configurada esta situación cuando (5) "la operación consiste en prometer una cosa en provecho de una persona jurídicamente extraña a esta operación".- Es de la esencia de la estipulación por otro propiamente dicha -que

---

(1) VIVANTE, obra cit. N° 420

(2) CASTILLO, obra cit. N° 225

(3) SASOT BETES, art. cit. pág. 37

(4) ACUÑA ANZORRENA, art. cit. pág. 631

(5) DEMOGUE, citado por ACUÑA ANZORRENA en art. cit., pág. 631

es la que estamos considerando- que el tercero resulte beneficiado por la convención pero que no deba soportar las obligaciones correspondientes.-

El resumen anterior sobre la doctrina de esta institución ya nos muestra la imposibilidad de adaptarla a los actos del fundador en su carácter de tal.- Cuando la sociedad anónima se constituye definitivamente, al mismo tiempo que recibe el beneficio que emana de los contratos y actos celebrados en su nombre, debe cargar con las obligaciones emergentes de los mismos.- Por otra parte, si el fundador ha efectuado desembolsos para cubrir las obligaciones contraídas durante el período constitutivo en beneficio de la sociedad, tiene derecho a que le sean restituidos por la sociedad una vez constituida.-

## 2) Contrato para obra:

Acuña Anzorrena lo define como el que existe

(1) "cuando se crean derechos a favor de terceros y que para que puedan ejercitarlos en su provecho deben hacerse cargo también "de las obligaciones correlativas".-

Entre los autores extranjeros podemos considerar a Vivante (2) como adherente a esta teoría, porque si bien utiliza una terminología general para calificar a los actos de los fundadores -los considera como estipulantes a favor de terca

---

(1) ACUÑA ANZORRENA, art. cit. pág. 631  
(2) VIVANTE, obra cit. pág. 166 N° 420

ros-, se desprende de su exposición que los incluye dentro de la figura jurídica de contratantes por terceros.-

También Castillo la sigue al decir que (1) "cuando el fundador celebra, por ejemplo, un contrato de alquiler del local en que va a instalar su negocio, el fundador realiza con el dueño de ese local un contrato en beneficio de la sociedad a constituirse.- La circunstancia de que el tercero a favor de quien se hace la estipulación no exista aún en el momento en que ella se hace, no importa un obstáculo legal, porque en derecho se acepta perfectamente la estipulación por otro cuando hay posibilidad de que el beneficiario llegue a existir, y esta posibilidad existe indudablemente en los casos de fundación de la sociedad".-

Lo que Castillo califica de estipulación por otro corresponde -dentro de la terminología adoptada- al concepto de contrato para otro, y a pesar de ser muy tentadora la sumaria exposición de ambos distinguidos tratadistas (2), creemos que deja una laguna imposible de llenar.- ¿Qué sucede con los contratos celebrados en beneficio de la sociedad por el fundador, si no se cristaliza su fundación? Siguiendo la doctrina del contrato para otro (art. 1161 del Código Civil), cuando se carece de la representación de un tercero el contrato celebrado a su nombre,

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 187 N° 225

(2) VIVANTE dice más o menos lo mismo que Castillo, razón por la cual no hemos transcrita sus términos.-

si no es ratificado por el mismo, no obliga ni al que lo realizó.- En contradicción evidente con las normas del art. 324 del Código de Comercio que responsabilizan al fundador en el caso planteado, debemos rechazar esta solución como inadaptable.-

### 3) Promesa del hecho por otro:

Esta figura jurídica se halla legislada en el art. 1163 del Código Civil que dice: "el que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato".-

A nuestro entender, esta disposición añade a la afirmación de Acuña Anzorrena (1) cuando dice que hoy se acepta unánimemente que la promesa del hecho de otro produce efectos jurídicos.-

Según el mismo autor "quienes celebran un contrato en el carácter de fundadores, implícitamente se comprometen a obtener la ratificación del mismo por la sociedad; si ella no se obtiene, su responsabilidad surge de lo dispuesto en los arts. 230, 231 y 234 del Código de Comercio".-

En otras palabras, encuadra la actividad que despliega el fundador frente a los terceros dentro de esta teoría, por el hecho de que lo que tácitamente promete, es la ratificación de la sociedad anónima a las convenciones celebradas con anterioridad a su fundación.- Si la sociedad no las ratifica

---

(1) ACUÑA ANZORRENA, art. cit. pág. 631

será el fundador quien corra con las obligaciones correspondientes, o en su defecto, responda por los daños y perjuicios emergentes.-

¿Puede prometerse el hecho de una sociedad que no existe? Con el mismo criterio que se acepta la conclusión de un contrato en beneficio de un tercero aún cuando éste no exista pero tenga muchas probabilidades de existir en el futuro (1), debe aceptarse también la posibilidad de prometer el hecho de una sociedad futura, si ésta ya está en período de formación (2).-

La construcción de Asuña Anzorena, -como hemos de ver más adelante-, se completa y asimila mejor desde que entiendo que:

a) el fundador tiene un poder amplísimo para efectuar todas aquellas convenciones que le han de servir en el futuro a la sociedad para desplegar sus actividades (3);

b) el hecho de la constitución de la sociedad presupone una tácita aprobación y ratificación de los actos que en su beneficio haya celebrado el fundador, los cuales, para ser rechazados, deberán serlo por manifestación expresa de la misma;

c) hayan sido o no ratificadas las gestiones realizadas por el fundador siempre tendrá "acción contra la sociedad para que se le indemnice lo gastado en beneficio de ella"(4).

---

(1) VIVANTE, obra cit. N° 420 y CASTILLO, obra cit. N° 225

(2) ACUNA ANZORENA, art. cit. pág. 632

(3) COSACK, citado por ACUNA ANZORENA en art. cit., pág. 633

(4) ACUNA ANZORENA, art. cit. pág. 632

"Por otra parte -prosigue el mismo autor- no es posible negar a la sociedad el derecho a exigir el cumplimiento de sus obligaciones a quien ha vendido un inmueble a los fundadores, por ejemplo, suponiendo, a mayor abundamiento, que éstos no forman parte de la sociedad.- ¿Cómo admitir este derecho? No es posible explicar estas consecuencias sino admitiendo que existe una verdadera promesa por otro".-

La teoría elaborada por Acuña Anzorena es cierta y aceptable en toda su extensión, pero sin embargo, la conceptuamos incompleta.- Explica perfectamente el alcance de los actos que con terceros realiza el fundador y hace un deslinde preciso de las responsabilidades consiguientes, pero no sirve para calificar la naturaleza jurídica del mismo en el conjunto de sus funciones, ya que no abarca el aspecto comprendido por las relaciones del fundador con los suscriptores.-

Como hemos visto, es no sólo facultad del fundador aceptar las suscripciones que recibe, sino que es su obligación tomar todas las precauciones que las circunstancias aconsejen para asegurarse de la solvencia de los suscriptores.- Esta facultad se caracteriza por una cierta discrecionalidad, ya medida dependerá de las condiciones en que se hayan emitido las acciones, pero consiste en que, una vez aceptada por el fundador la suscripción, debe considerarse firme a los efectos de la integración del capital social.-

Es decir, cuando el fundador acepta al sus-



criptor en calidad de accionista, no le promete que la sociedad va a ratificar su reconocimiento como tal, sino que es él quien ejerce esa atribución.- El derecho concedido a los suscriptores está supeditado a la constitución de la sociedad, pero no a la ratificación de la misma.-

Por consiguiente, como la doctrina de la promesa del hecho de otro no alcanza explicar las relaciones que se crean entre fundadores y suscriptores, no nos permite encuadrar dentro de ella la totalidad de las actividades desarrolladas por aquellos.- A pesar de ello, configura con bastante exactitud la naturaleza del vínculo que une a los fundadores con los terceros que con ellos han contratado en beneficio de la sociedad.-

### 1) Figura jurídica con caracteres propios:

"Los promotores de una sociedad por acciones son los promotores de una sociedad por acciones" al decir de Navarrini (1), quien cree que "constituyen una figura jurídica propia" (2).- De otra manera, el conjunto de las actividades desarrolladas por el fundador escapan del marco de cualquier figura jurídica clásica, para merecer normas jurídicas propias.-

Analizando la actuación del fundador a través de las distintas etapas de la fundación nos adherimos a esta teoría.- En efecto, cuando el fundador decide hacer las gestiones tendientes a fundar una sociedad anónima, lo hace por su propia

---

(1) Citado por ACUÑA ANZURENA en art. pág. 631

(2) NAVARRINI, citado por R. L. FERNÁNDEZ en obra cit. pág. 490

cuenta y con la esperanza del beneficio futuro.- Ya sea como accionista o como fundador el participará de las ganancias que se realicen, y mientras tanto, efectúa todos los actos necesarios para alcanzar el fin propuesto; por un lado reúne a todos los suscriptores que dotarán a la sociedad del capital necesario y, por otro, realiza los actos y contratos con aquellos terceros que le proporcionarán los medios adecuados al funcionamiento de la sociedad.-

Es, como vemos, una actividad compleja, cuyos matices dependerán de cada uno de los casos que se analicen pero cuyas consecuencias están establecidas por la ley: los gastos ocasionados corren por su propia cuenta, transitoriamente si la sociedad se constituye y definitivamente si fracasa; están obligados a tomar las precauciones que corresponden cuando aceptan las suscripciones de los futuros accionistas, y son personalmente responsables ante los suscriptores y ante los terceros contratantes, por los perjuicios que hayan podido resultar de sus actos y contratos.-

También Kivarola conceptúa como distinto de los demás el conjunto de las funciones que despliega el fundador (1): "el acto por el cual funda la sociedad sin mandato, es una "manifestación unilateral.- Los fundadores, como dice Thaller, "peran en virtud de estatutos que en un principio no tienen sino "un valor unilateral".-

---

(1) KIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 126

En consecuencia, resumiendo todo lo expuesto, si bien la figura jurídica de la promesa del hecho de otro sirve para encuadrar los actos que el fundador realiza con los terceros en beneficio de la sociedad, no sirve para calificar su personalidad jurídica considerada como un todo.-

La ley deberá tomar los recaudos necesarios para que las normas que rijan las actividades de los fundadores se adapten a la naturaleza intrínseca y propia de sus funciones.-

5.- Responsabilidad de los fundadores.- Casos que contempla el art. 324 del Código de Comercio Argentino.-

Una vez que los fundadores han decidido constituir la sociedad anónima han de ponerse en campaña para llevar a cabo el fin propuesto.-

A ese efecto ellos, u otra persona por encargo de ellos, se ponen en contacto con las personas -suscriptores y terceros contratantes- que han de proveer a la sociedad de los elementos que le permitirán desarrollar sus actividades.- De esta conjunción de voluntades y de los actos jurídicos realizados, nacen una serie de convenciones en beneficio de la futura entidad que encuentran como partes contratantes a los fundadores por un lado y a los suscriptores y terceros por otro.- ¿Quién y en qué medida responde por dichos actos que los fundadores celebran en su carácter de tales?

La respuesta a esta pregunta la hallamos en el art. 324 del Código de Comercio, que distingue con normas propias a cada una de las situaciones posibles: que la sociedad se constituya, que no se constituya y que la constitución sea nula.- Antes de analizar cada una de ellas haremos algunas consideraciones generales.-

Para aplicar a los fundadores las responsabilidades que dicho artículo establece es necesario que los actos o contratos que realicen los hagan en su carácter de fundadores de una sociedad anónima, a nombre de la misma o especificando que es en su beneficio futuro.- Si en los actos y contratos que celebran olvidan o no dejan constancia de ese hecho, y contratan a nombre propio, la responsabilidad que contraen es personal y las disposiciones que corresponderá aplicar serán las que exijan cada uno de los actos realizados.- Por otra parte, si subordinan la efectividad de las obligaciones y derechos contraídos a la efectiva y regular constitución de la sociedad, no contraerán por ello ninguna responsabilidad mientras la sociedad no se constituya, o si no se constituye definitivamente, salvo que se probare que han actuado con dolo o en perjuicio de los terceros para evitar la constitución.-

¿Quiénes son los que pueden demandar a los fundadores por las responsabilidades en que hubieran incurrido? Los suscriptores, los terceros contratantes y la sociedad, cada uno cuando corresponda y en la medida del perjuicio sufrido (1).-

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 202 N° 245

a) Caso de que la sociedad se constituya.-

"Los fundadores o administradores de cualquier sociedad anónima, son responsables solidaria e ilimitadamente por los actos practicados hasta la constitución definitiva de la sociedad, salvo el recurso contra ella, si hubiese lugar".-

Este apartado contempla dos situaciones:

a) Que la sociedad se halle en vías de formación, en cuyo caso los fundadores responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones contraídas, pero como las responsabilidades que les corresponden son las mismas que en el caso de que la sociedad no se constituya, las exporemos detenidamente al tratar el segundo apartado del art. 324;

b) Que la sociedad se constituya.- Una vez que se ha constituido la sociedad, a quién le corresponde hacerse cargo de las obligaciones que se han asumido durante el período constitutivo?

Existen al respecto dos interpretaciones:

1) por la primera, se supone que la constitución de la sociedad implica una tácita aprobación de todo lo actuado hasta entonces, y por consiguiente, desde ese momento, se convierte en titular de todos los derechos constituidos y de todas las obligaciones contraídas.- Si por cualquier <sup>motivo</sup> decidiera rechazar las obligaciones que los fundadores

han asumido en su nombre, deberá hacerlo por manifestación expresa en el momento de constituirse, y los fundadores tendrán el recurso que corresponda contra la sociedad;

2) por la segunda, aún cuando la sociedad se hubiere constituido los fundadores permanecen siempre responsables de los actos realizados durante el período constitutivo, salvo su recurso contra la sociedad, si hubiere lugar.-

Los que sostienen la primera de las interpretaciones consideran que el hecho de la constitución de la sociedad convierte a los fundadores en mandatarios de la misma, ratificando entonces las gestiones practicadas con motivo de su formación.- Las consecuencias de ello son las que establecen los arts. 1949 y 1953 del Código Civil: debe la sociedad reembolso al fundador todos los adelantos efectuados "aún cuando el negocio no le haya resultado favorable y aunque los gastos le parezcan excesivos, con tal que no pueda imputarse falta alguna al mandatario" y "debe igualmente indemnizar al mandatario de las pérdidas que "hubiere sufrido, procedentes de sus gestiones..."-.

Siburu (1), Sasot Betes(2), R.L. Fernández(3) y Acuña Anzorrena (4) participan de esta interpretación en la for-

---

(1) SIBURU, obra cit. T. V, pág. 92  
(2) SASOT BETES, art. cit. pág. 79  
(3) R.L. FERNÁNDEZ, obra cit. pág. 469  
(4) ACUÑA ANZORRENA, art. cit. págs. 633 y 634

na expuesta. Este último analiza detenidamente dicho artículo y se basa en que el art. 324 dice: "Hasta la constitución definitiva de la sociedad" de donde (1) "solo puede limitar la responsabilidad en ese sentido, por considerar que el hecho de la constitución implica una ratificación tácita de las obligaciones constituidas" y no puede "admitirse que el espíritu de la ley sea mantener indefinidamente obligados a los fundadores de una sociedad anónima por los contratos celebrados antes de la constitución definitiva y aunque ésta se produzca, porque sería contrario a todo principio de equidad".- Puede también citarse la opinión de Cosack -a favor de esta interpretación- sobre un artículo de la ley alemana equivalente a nuestro art. 324: (2) "los fundadores tienen amplio poder para constituir de antemano para la futura sociedad, derechos y obligaciones sin que sea necesario obtener el asentimiento de la sociedad.- En el momento mismo en que la sociedad es creada como tal, es decir, inscrita, esos derechos cobran eficacia para y contra ella".-

La segunda interpretación deriva, posiblemente, de la última frase del primer apartado del art. 324: "salvo su recurso contra ella (la sociedad), si hubiese lugar".- En efecto, es una redundancia establecer dicho recurso, pues admitido que los fundadores se convierten en mandatarios de la sociedad

---

(1) ACUÑA ANZURENA, art. cit. pág. 633 y 634

(2) Citado por ACUÑA ANZURENA en art. cit. pág. 633

por el hecho de la constitución, ya de por sí tienen derecho al reembolso de los gastos y pérdidas sufridos.- Rivarola parece inclinarse hacia esta interpretación cuando dice: (1) "Terminada la constitución de la sociedad anónima, cesa la función del fundador... sin que esto elimine las responsabilidades que tenía y tiene por razón de haber intervenido en la fundación".-

Por otro lado, en una sentencia de primera instancia (2) se ha sostenido que interpretado el art. 324 en la primera forma, estaríamos en presencia de una novación por cambio de deudor no admitida por la ley sin el consentimiento del acreedor.-

Como Acuña Anzorrena puntualiza bien (3), esto es inexacto, porque la delegación no permitida requiere sustituir al deudor por un tercero ajeno por completo a la obligación contraída; y tal situación no es la del fundador que realiza un acto en nombre de una sociedad anónima en formación.-

Expuestas ya ambas interpretaciones nos adherimos firmemente a la primera.- Puede ser que sea una ficción el considerar que la constitución de la sociedad ratifica todos los actos de los fundadores -punto sobre el cual descansa toda la construcción-, pero la economía del código en su conjunto y el principio de equidad a que hemos aludido anteriormente, no nos autorizan a participar de la segunda.- Como dice Acuña Anzorrena (4),

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, pág. 114  
(2) Gaceta del Foro, T. 75, pág. 166  
(3) ACUÑA ANZORRENA, art. cit., pág. 633  
(4) " " " " pág. 634



"quién fundaría una sociedad anónima si ni siquiera la constitu-  
"ción de la misma, para quién él ha celebrado una serie de actos  
"destinados a ese fin, lo libraría de las obligaciones contraí-  
"das?".- Admitida la solución que propugnamos ningún perjuicio se  
deriva para los terceros porque, en términos generales, la socie-  
dad es más solvente que sus fundadores.-

Jurisprudencia:

a) Favorable a la solución que sostenemos:

"Es improcedente la acción por cumplimiento de  
"contrato e indemnización de daños y perjuicios contra el que se  
"obligó por una sociedad anónima desde el momento que dicha socie-  
"dad quedó definitivamente constituida" (Cámara Federal T. VI, p.  
336).-

"Las gestiones cumplidas por los fundadores de  
"una sociedad anónima en beneficio de ésta, adquieren al consti-  
"tuirse la sociedad el valor de los actos realizados por mandata-  
"rios; si contrataron servicios consistentes en tasaciones ejecu-  
"tadas por un ingeniero, no son responsables de los honorarios reg-  
"pectivos, si la sociedad se constituye" (Cámara Com. de la Capi-  
tal, diciembre 1° de 1931, J.A., T. 1, pág. 246).-

"Los iniciadores de una sociedad anónima care-  
"cen de acción entre sí, una vez creada la entidad que se propusie-  
"ron, por ser ésta solamente quien puede hacerlo por medio de sus

---

"órganos legítimos" (Cám. Com. de la Cap. Agosto 16 de 1920, J. A., T. V, pág. 145).-

"Cuando los fundadores de una sociedad anónima  
"contraerón solidariamente una deuda antes de la constitución de  
"finitiva de aquella, y uno de ellos la paga después de dicha  
"constitución, el que pagó carece de acción de reembolso contra  
"los demás fundadores puesto que la deudora es la entidad".(Cam.  
Com. de la Capital, diciembre 19 de 1940, J. A. T. 73, pág. 628)

b) ~~La~~ ~~contra~~ de la solución que sostenemos:

"La responsabilidad que contraen los iniciado-  
"res y fundadores de una sociedad anónima con los terceros que  
"con ellos contratan no cesa por el hecho de su constitución defi-  
"nitiva, salvo el caso de que se contrate a nombre de la sociedad  
"y para la sociedad, subordinando la efectividad del contrato a  
"la existencia de la misma". (Juez Dr. Juan J. Britos, Julio 20  
de 1928, G. del Foro, T. 75, pág. 166).-

"La remuneración de los servicios prestados  
"con anterioridad a la constitución definitiva de la sociedad no  
"puede ser reclamada a ésta sino a sus socios fundadores"(Jur.  
Trib. Cám. Comercial, Diciembre de 1910, pág. 2432).-

"Los fundadores de una sociedad anónima son res-  
"ponsables de las obligaciones contraídas, sea que no consigan su  
"constitución, o que constituida se disuelva después de haber fun-  
"cionado" (Cam. Com. t. 86, pág. 58).-

"No puede tenerse la representación de una sociedad anónima en proyecto, desde que no puede existir mandato si no existe la persona del mandante.- Si se tiene la representación de las personas que constituirían el sindicato que formaría más tarde una sociedad anónima, no puede contratarse más que como representante particular de dichas personas, y la sociedad fundada más tarde no tendrá ninguna responsabilidad por esas obligaciones a no ser que después de constituida las hubiese tomado a su cargo.- El gerente no puede considerarse facultado para realizar ese acto"(Cám. Com. T. IV, pág. 375)

b) Caso de que la sociedad no se constituya.-

"Si la sociedad no se constituye definitivamente, conforme al artículo anterior (1) los gastos y consecuencias de los actos practicados con ese fin por los fundadores, serán de su cargo exclusivo sin recurso contra los suscriptores".-

Puede suceder que en la asamblea convocada para constituir la sociedad (art. 323 Código de Comercio) no se llegue a un acuerdo en sentido afirmativo, o puede suceder que, votada la constitución por la asamblea de fundación, el Poder Ejecutivo le niegue la autorización necesaria para funcionar.-

En cualquiera de estos casos -a los cuales hemos asimilado el de que la sociedad se halle en vías de formación-

---

(1) El art. anterior se refiere a la asamblea constitutiva, a la presentación ante el P. E. para solicitar la personería jurídica y a la inscripción y publicaciones requeridas.-

los fundadores son solidaria e ilimitadamente responsables, hacia los suscriptores y hacia los terceros contratantes, por todas las obligaciones contraídas.- Deberán devolver las sumas recibidas en concepto de aportes, soportar de su propio peculio todos los gastos ocasionados, hacerse cargo de los perjuicios sufridos por los terceros a causa de la inajecución de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad, y carecerán de todo derecho a retribución por los trabajos realizados.-

Dada la claridad del apartado que legisla sobre esta situación y la uniformidad de la doctrina correlativa, no hemos considerado necesario abultar este trabajo con la jurisprudencia abundante, que existe en el mismo sentido que el expuesto (1).-

No obstante la uniformidad de interpretación a que hemos aludido, como no se distingue entre las situaciones que pueden conducir al fracaso de la sociedad, el art. 324 es susceptible de crítica.- en efecto, el fracaso de la constitución puede ser culpa de los fundadores o debido a que la asamblea no vote su constitución; en estos casos es justo y lógico que los fundadores carguen con las responsabilidades consiguientes.- Pero como dice Malagarriga, dentro del sistema de autorización gubernativa de nuestro código, "debieran los gastos pesar sobre todos los suscrip

---

(1) Cám. Com. de la Cap. Marzo 23 de 1918, J.A. T. 4, pág. 246  
Cám. Com. de la Cap. Dic. 21 de 1921, J.A., T. 7, pág. 533  
Cám. Com. de la Cap. Dic. de 1931, J.A., T. 37, pág. 354  
Cám. Com. de la Cap. Mayo 30 de 1933, J.A. T. 42, pág. 315

"tores o al menos sobre la mayoría que decidió la constitución definitiva cuando no pudo llegarse a ésta después de la asamblea del art. 323 en virtud de no conceder autorización el Poder Ejecutivo"(1).-

Fundado en los mismos argumentos, y considerando que el art. 324 no es de orden público, Sasot Betes (2) opina que los fundadores podrán convenir con los suscriptores la repartición de los gastos a prorrata entre todos, si la sociedad fracasara en su constitución por un motivo no imputable a los fundadores.- De aceptarse esta variante -que consideramos justa-, el art. 324 jugaría cuando nada se hubiera estipulado al respecto.-

c) Caso de que la sociedad sea nula.-

"En las sociedades anónimas no constituidas debidamente, los fundadores, administradores y representantes, serán ilimitada y solidariamente obligados a la restitución de todas las sumas que hubiesen recibido por acciones emitidas, o no también al pago de las deudas sociales, y de los perjuicios que resultasen a terceros de la inexecución de las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad".-

Nuestro Código no establece expresamente la sanción de nulidad para las sociedades que adolecen de vicios de constitución, pero así debe interpretarse el silencio de la ley

---

(1) MALAGARRIGA, obra cit. pág. 131

(2) SASOT BETES, art. cit., págs. 61 y 62

en los casos en que no se hubieran cumplido todos los requisitos exigidos por los arts. 318 y 324 del Código de Comercio, dadas las prescripciones que contiene el presente apartado del art. 324 (1).-

Esta sanción de nulidad ha sido criticada con razón por Castillo (2), pues considera que sería mejor responsabilizar únicamente a los fundadores por las faltas cometidas, pero que se le otorgara a la sociedad una ocasión para que purgara los defectos originales.- No se perjudicaría a los terceros y se privaría a los socios de desarrollar una actividad que podría ser beneficiosa, sobre todo, teniendo en cuenta (3) "que las sanciones de nulidad contra las sociedades anónimas producen mayores males que beneficios".-

En el caso de que la constitución de la sociedad se halle afectada de nulidad, los fundadores y los administradores son solidaria e ilimitadamente responsables -con prescindencia de la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir- por:

- 1°) las sumas percibidas en concepto de acciones emitidas;
- 2°) las deudas sociales;
- 3°) la indemnización de los perjuicios que resultasen a terceros de la inejecución de las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad.-

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 205, N° 250  
(2) " " " " 205, N° 250  
(3) " " " " 205, N° 250

Nada se ha objetado a la primera de las obligaciones establecidas por el último apartado del art. 324, pero refiriéndose a la segunda y a la tercera, Segovia (1) y Fernández (2) creen de que en algunos casos podrán repetir de los accionistas lo que hubieran tenido que abonar por estos conceptos (3) "No debe olvidarse que se trata de una disposición de derecho excepcional y hasta exorbitante, porque la responsabilidad "está fuera de proporción con la falta, y que no debe dársele tal "alcance que la condición de los accionistas sea mejor en una sociedad irregular que en una de existencia legal".- Segovia (4) y Fernández (5) parecen inclinarse por conceder a los fundadores el derecho a que alude el art. 481 del Código de Comercio: "Si el "fiador fuese ejecutado con preferencia al deudor principal, podrá ofrecer al embargo de los bienes de éste, si estuviesen libres; pero si contra ellos apareciese embargo o no fuesen suficientes, correrá la ejecución contra los bienes propios del fiador, hasta el efectivo pago del ejecutante".-

Entendemos, de acuerdo con ambos tratadistas, que ciertos casos justificarán una acción por parte de los fundadores para repetir de la sociedad las sumas que hubieran debido abonar en concepto de deudas sociales y perjuicios a terceros por la inejecución de las obligaciones sociales.-

- 
- (1) SEGOVIA, obra cit. pág. 370 nota 1190
  - (2) H.L.FERNANDEZ, obra cit. pág. 470
  - (3) SEGOVIA, obra cit. pág. 370 nota 1190
  - (4) " " " " 370 nota 1190
  - (5) H.L.FERNANDEZ, obra cit. pág. 470

**6.- Responsabilidad de los fundadores.- Legislación comparada.-**

**a) Italia**

En el actual código civil italiano se encuentran dos artículos sobre esta materia.

**art. 2338 - Obligaciones de los promotores (1).-**

"Los promotores son solidariamente responsables hacia los terceros por las obligaciones asumidas para constituir la sociedad.-"

"La sociedad está obligada a relevar a los promotores de las obligaciones asumidas y a reembolsarles los gastos efectuados, siempre que hayan sido necesarios para la constitución de la sociedad o hayan sido aprobados por la asamblea.-"

"Si por cualquier razón la sociedad no se constituyera, los promotores no pueden volverse hacia los suscriptores de acciones".-

**art. 2339 - Responsabilidad de los promotores.-**

"Los promotores son solidariamente responsables hacia la sociedad y hacia los terceros:

"1) por la íntegra suscripción del capital social y por los aportes requeridos para la constitución de la sociedad;

"2) por la existencia de los aportes en especie de conformidad

"con la relación jurada indicada en el art. 2343 (2)

---

(1) Traducidos por el autor de este trabajo.-

(2) El art. aludido establece un sistema de verificación de aportes en especie basado en la declaración jurada de un experto.-



"3) por la veracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público para la constitución de la sociedad.-

"Son también solidariamente responsables hacia la sociedad y hacia aquellos terceros por cuenta de los cuales los promotores han obrado".-

Diferencias con nuestra legislación:

a) Se establece la obligación de la sociedad, de que una vez constituida, se haga cargo de las obligaciones y gastos que han contraído los fundadores "siempre que hayan sido necesarios para la constitución de la sociedad o hayan sido aprobados por la asamblea".-

b) Responsabiliza acertadamente a los fundadores -cuando entre nosotros se sancionaría de nulidad a la sociedad- por la íntegra suscripción del capital social y por los aportes requeridos para su constitución.-

c) Responsabiliza a los fundadores por la exigencia de los aportes en especie, de acuerdo con el sistema de verificación establecido, cuando en nuestra legislación ni siquiera existe un régimen para la valuación de los mismos.-

d) Establece expresamente la responsabilidad civil por las falsas comunicaciones de los promotores al público. En la legislación argentina se establece la responsabilidad penal (Código Penal art. 300, inc. 2° y 3°) pero no la civil, que queda sobreentendida.-

Hemos hecho resaltar las diferencias que existen entre la legislación italiana y la nuestra, porque siempre se ha considerado que las situaciones económicas y comerciales eran similares.- Como en Francia no existe ninguna disposición similar a nuestro art. 324, nos limitaremos a consignar lo que establece al respecto la ley alemana de 1937.-

b) Alemania.-

Art. 34.- Actuaciones en nombre de la sociedad antes de la inscripción - Prohibiciones de emitir (1).-

- 1) La sociedad, antes de su inscripción en el Registro de Comercio, no existe como tal.- El que haya contratado a nombre de ella antes de la inscripción responde personalmente; siendo varios, responden solidariamente.-
- 2) Si la sociedad, por contrato con el deudor, se hiciese cargo de una obligación contraída en nombre de ella antes de su inscripción, de modo tal que reemplazase al deudor anterior, no será necesario el consentimiento del acreedor para la validez de la transmisión de la deuda, si ella se hubiere convenido dentro de los tres meses de inscrita la sociedad y se hubiere hecho comunicación al acreedor por la sociedad o por el deudor.-
- 3) La sociedad no puede hacerse cargo de obligaciones provenientes de convenios sobre aportes en especie o adquisición de bienes.-

---

(1) Ley alemana de 1937, en Boletín ya citado, pág. 835

- 4) No pueden transferirse derechos de participación, ni emitirse acciones, o certificados provisionales, antes de la inscripción de la sociedad.- Las acciones y los certificados emitidos serán nulos; los que los hayan emitido, responderán solidariamente a los tenedores por daños y perjuicios.-

art. 39 - Responsabilidad de los Fundadores.-

- 1) Los fundadores responden solidariamente a la sociedad por lo exacto y completo de las declaraciones hechas con el objeto de la fundación, de las relativas a las suscripciones de acciones, a los pagos efectuados por los mismos, al empleo de las sumas cobradas, a las ventajas especiales, a los gastos de fundación, a los aportes o adquisiciones de bienes; de la idoneidad de la institución asignada según el art. 49 inc. 3° para recibir los pagos destinados a formar el capital social, y, en particular, de que las sumas cobradas estén a la libre disposición del directorio.- Sin perjuicio de la obligación de resarcir todo otro daño, están obligados a hacer los pagos que no se hayan cumplido y a pagar cualquier compensación no comprendida en los gastos de la fundación;
- 2) Si la sociedad se hubiese perjudicado por el dolo o la negligencia grave de los fundadores, en cuanto a aportes en especie, adquisición de bienes o gastos de la fundación, todos ellos responderán solidariamente por daños y perjuicios.-

- 3) queda exento de estas obligaciones, el fundador que no haya conocido, ni hubiese debido conocerlos, empleando el cuidado ordinario de un hombre de negocios diligente, los hechos que fundan la obligación.-
- 4) Si la sociedad sufriese pérdidas por la insolvencia de un accionista, responderán solidariamente a la sociedad los fundadores que hubiesen aceptado al accionista, conociendo su insolvencia.-
- 5) Solidariamente con los fundadores responden las personas por cuya cuenta aquellos hubiesen tomado acciones, los que no pueden haber ignorado circunstancias que el fundador que suscribió por su cuenta, conocía o debía conocer.-

#### 7.- El problema de la individualización del fundador.-

Conocidas las responsabilidades que surgen de los actos realizados con el objeto de constituir una sociedad anónima, se presenta ahora el problema práctico, el de la vida real, de determinar quienes son los verdaderos fundadores, con el objeto de imponerles las obligaciones que en justicia les corresponden.-

Es el problema inverso al tratado en el capítulo I.- Si allí, para componer la figura teórica del fundador hemos extraído los elementos de la realidad, aquí, para señalar al

verdadero fundador, deberemos guiarnos por los elementos utilizados para configurar el concepto teórico y aplicarlos a la vida real.-

La solución dependerá de cada caso en particular, o sea, de las circunstancias de hecho (1) pues como dice Acuña Anzorena (2) "determinar si los actos cumplidos revisten o no "ese carácter (fundador), es en sí una cuestión librada a la apreciación judicial".-

¿Cómo habrá que considerar a los ideadores, iniciadores o promotores en relación con las responsabilidades que la ley impone? Están incluidos o no? Abstracción hecha del significado que se le atribuya a cada uno de los vocablos, a ellos también les corresponderá responder por las obligaciones contraídas, siempre que hubieran superpuesto a sus calidades individuales, la calidad de fundador de la sociedad.-

Las consideraciones precedentes se refieren a los aspectos doctrinario y judicial de la cuestión, pues abarcan las normas que habrá que tener en cuenta para cada caso en particular.-

Pero ¿cuál ha de ser el criterio del legislador que quiere establecer en la ley quienes deben ser considerados o no fundadores en la constitución de sociedades anónimas?

---

(1) RIVAROLA, "Tratado..." T. II, pág. 412

(2) ACUÑA ANZORENA, art. cit. pág. 630

Una norma que establezca en forma permanente y definitiva los titulares de las responsabilidades asumidas, ¿no puede caer en el error de incluir en algunos casos a personas no fundadoras y de excluir en otros a verdaderos fundadores? Es evidente que sí y por ello, cuando la dicta, ha de tener en cuenta cuál es el objetivo predominante: si proteger a los futuros accionistas y a los terceros contratantes de los actos cometidos por los fundadores o tratar de responsabilizar únicamente a los verdaderos fundadores.- Ninguna de las dos soluciones puede considerarse como enteramente satisfactoria, pues como dice Rivarola, para (1) "reprimir faltas o abusos vale para ello más la interpretación amplia que la restrictiva, la cual tiene a su vez "el inconveniente de imponer sanciones legales contrariamente al "principio jurídico de ser éstas aplicables sólo por interpretación estricta".-

Lógicamente, según veremos en el derecho argentino y en el extranjero, los medios y las normas tendientes a individualizar a los fundadores de sociedades anónimas varían con las formas de constitución de éstas.-

#### Derecho argentino.-

En la legislación argentina no se establece específicamente quienes han de ser considerados como fundadores en la constitución de las sociedades anónimas.- El art. 324 se li-

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II, págs. 107 y 108

ta a decir que los responsables de las obligaciones contraídas son: los fundadores o administradores en el caso de que la sociedad se constituya; los fundadores si no se constituye; y, los fundadores, administradores y representantes, si la constitución se hallara viciada de nulidad.-

En un fallo de nuestra jurisprudencia -que veremos más adelante- se incluye al síndico entre los responsables por los actos constitutivos.- Entendemos que es un error de la ley considerar a los administradores y representantes, en su carácter de tales, pasibles de las responsabilidades del art. 324. Como las denominaciones precedentes pertenecen a cargos inexistentes hasta la constitución de la sociedad y como puede darse el caso de que ni aún en principio hubieran sido aceptados por las personas que figuran como tales, cuando la ley se refiere a ellos, es evidente que los responsabiliza por haber actuado como fundadores y no por sus cargos ulteriores (1).-

En la doctrina, tanto nacional (2) como extranjera (3), para el caso de constitución simultánea se consideran como fundadores a todos los suscriptores primitivos que otorgan la escritura de constitución de la sociedad.-

"No importa que uno solo de ellos sea el autor de la iniciativa y el que haya corrido con todos los trámites preparatorios, si de esta circunstancia no se ha dejado la debida constancia en el acta respectiva (4)", ya que las dificultades de

---

(1) RIVAROLA, "Soc. Anón.", T. II págs. 108 y 109  
(2) CASTILLO, obra cit. pág. 202 N° 245 y SASOT BETES art. cit. p. 28  
(3) VIVANTE, MANARA, NAVARRINI y ROCCO citados por SASOT BETES en art. cit. pág. 28  
(4) CASTILLO, obra cit. pág. 202 N° 245

individualización del fundador -en esta forma de constitución de la sociedad anónima- hace necesario salvaguardar los intereses de los terceros contratantes responsabilizando a todos los accionistas originales.- Si los fundadores reales fueran otros que no figuraran en el acta de constitución, tanto la sociedad, como los accionistas o los terceros contratantes, cada uno en su lugar y caso, pueden demostrarlo para hacer efectivas las responsabilidades consiguientes (1).- Pero también el fundador aparente, o sea el que presta su nombre para figurar como tal en el acta de constitución, es responsable en la misma medida que los fundadores reales si ha sido mencionado con su conocimiento y conformidad (2).-

En la constitución por suscripción pública Siburú (3) le atribuye singular importancia a la escritura provisoria del art. 320 del Código de Comercio, puesto que, según él, nuestra ley considera como fundadores a todos los que hubieran otorgado dicha escritura.- Sin embargo, si figuraran expresamente los fundadores en dicha escritura o en el programa de suscripción o en los estatutos de la sociedad una vez constituida, serán ellos en principio los responsables por las obligaciones asumidas,

---

(1) CASTILLO, obra cit. pág. 202 N° 245

(2) RIVAROLA, "Tratado..." T. II pág. 412

(3) SIBURU, obra cit. pág. 80



sin perjuicio de que se pudiera llegar a demostrar que son otros los fundadores verdaderos.- Es decir que, res onsables son todos los que hayan figurado como fundadores, pero si no figuraran expresamente quienes son, una serie de circunstancias, como la escritura de la constitución provisoria, la redacción y firma del programa de suscripción, etc., serán los que servirán para identificar a los fundadores de acuerdo a los hechos como hubieran ocurrido.- Una guía de indudable valor para su determinación consiste en distinguir la voluntad de constituir la sociedad, de la materialidad de las gestiones necesarias; si las personas que han actuado son varias, aquellos que solo hayan intervenido por cuenta de otras realizando las gestiones necesarias no deben considerarse como fundadoras a menos que su intervención se haya producido en una forma propicia al equívoco.-

#### Jurisprudencia.-

"El carácter de promotor o fundador corresponde solamente a quien o quienes han concebido el proyecto de constituir una Sociedad Anónima, asumen la iniciativa de su creación y toman a su cargo, bajo su responsabilidad personal e ilimitada, la realización de todos los actos conducentes a la constitución definitiva de la Sociedad, sin otros derechos, como compensación de sus trabajos, que los que se reserven y se les acuerde en los límites que fija el art. 321 del Código de Comercio". (Cám. Com. de la Cap. diciembre 23 de 1943 - Ley Ley 7.33, pág. 496)

"Las responsabilidades del art. 324 del Código de Comercio deben alcanzar al síndico, cuya función tiene por objeto velar por el cumplimiento de la ley.- ¿cuándo podría librarse de esa responsabilidad por las obligaciones que con un tercero contrajo la sociedad imperfectamente constituida, si demostrase en el juicio haber cumplido sus deberes de síndico.-

"La responsabilidad del síndico y fundador de la sociedad anónima deudora, que no llegó a constituirse definitivamente, existe aunque el documento en que consta la obligación no lleve su firma sino la de los miembros de la administración cuyos actos estaba en la obligación de controlar y nace del deber de controlar que es inherente a su condición de síndico; pero nace, sobre todo, del carácter de fundador de la sociedad que investiga". (Cán. Com. de la Cap. diciembre 9 de 1940, La Ley, T. 21 pág. 61).-

"Por los actos practicados hasta la constitución definitiva de una sociedad anónima no es ésta la que responde sino los fundadores, entendiéndose por tales a los que toman la iniciativa de la sociedad, echan las bases de ésta formulando los estatutos y recogen las suscripciones de las personas que desean suscribirse como accionistas". (Cán. Com. de la Cap., Nov. 20 de 1940, La Ley, T. 21, pág. 15)

Legislación comparada.-

El actual código civil italiano, art. 2337, dice (1) "promotores son aquellos que en la constitución por suscripción pública han firmado el programa que establece el 2º apartado del art. 2333", y el 2º apartado del art. 2333 dice (1) "el programa con la firma autenticada de los promotores, antes de ser hecho público, debe ser depositado ante un escribano".-

Nada establece sobre promotores para el caso de constitución simultánea pero el art. 2331, apartado 2º dice: (2) "Por las operaciones realizadas en nombre de la sociedad antes de la inscripción aquellos que han actuado son solidaria e ilimitadamente responsables hacia los terceros".- O sea que, tilda de promotores a los que constituyen la sociedad por medio de la suscripción pública ~~y los obliga a firmar el programa de suscripción pública~~ y los obliga a firmar el programa de suscripción como medio de identificación a los efectos de las responsabilidades consiguientes, mientras que en la constitución simultánea, hace solidaria e ilimitadamente responsables a todos los que hayan intervenido en los actos constitutivos sin calificarlos de promotores.-

En la ley alemana del año 1937 sobre sociedades anónimas, se estableció que: (3) "se consideran fundadores de

---

(1) Código Civil Italiano del 16-3-1942 (traducción del autor)

(2) " " " " " 16-3-1942 " " "

(3) En el régimen italiano actual las sociedades anónimas obtienen la personería jurídica cuando el Tribunal de Comercio les concede la inscripción en el Registro (art. 2330).-

(3) Art. 21 de la Ley Alemana de 1937 en Boletín ya citado.-

"la sociedad a los accionistas que convinieron los estatutos.-  
"En caso de constitución sucesiva se considerarán en igual forma  
"a los que hicieran aportes en especie sin haber tomado parte en  
"el convenio".-

Es preferible el sistema de la ley italiana que responsabiliza a las personas de acuerdo con los hechos, al de la ley alemana que considera como fundadores a personas que -como los que hacen aportes en especie- pueden no revestir ese carácter.-

#### 8.- Proyecto de reformas de Rivarola en lo referente a individualización y responsabilidad de los fundadores.-

En el Anteproyecto para una Reforma del Código de Comercio del Dr. Rivarola, publicado en el año 1941(1), se modifican las prescripciones de nuestro actual Código en lo relativo a los fundadores y sus responsabilidades.-

Trataremos de hacer una breve exposición de las disposiciones y doctrinas contenidas en el mismo -que se refieren a los temas que nos interesa- con los comentarios que nos merecen.-

---

(1) M. A. RIVAROLA, "Régimen legal...", Bs. As., 1941



Refiriéndose al problema práctico de la individualización de los iniciadores y fundadores, el anteproyecto es claro, pues exige que se incluyan en el acta de constitución definitiva o preparatoria -en cualquiera de las formas de constitución que se adopte-:

a) "los nombres y la firma de todas las personas que concurren a la misma como fundadores o iniciadores, y en su caso el nombre y domicilio de las personas representadas por los firmantes (art. 17 inc. 1°);

b) "el nombre y domicilio de los beneficiarios de los derechos de fundador"(art. 17 inc. 5°).-

c)"el nombre y domicilio de la persona que presentará a la sociedad en las gestiones para su inscripción en el Registro Público de Comercio" (art. 17 inc. 6°).-

#### Responsabilidad de los iniciadores y fundadores.-

A este respecto dice el art. 3°: "Mientras la sociedad anónima no haya sido inscrita en el Registro Público de Comercio, responden respecto a los suscriptores de acciones y a los terceros:

" 1°) De pleno derecho, todas las personas que hayan consentido en figurar como iniciadores, fundadores, futuros administradores generales, miembros del directorio, presidente o síndicos.-

"2°) De hecho, y sometido a la prueba de los actos realizados,  
" todas las personas que intervengan en los actos preparato-  
" rios y constitutivos, y sus respectivos mandantes, comiten-  
" tentes o principales, cuando aquellas lo hicieran en vir-  
" tud de representación, comisión, mandato o gestión.- No que-  
" dan incluidos en esta disposición las personas que justifi-  
" quen haber intervenido por cuenta ajena en carácter de sim-  
" ple locación de servicios"

Dicho artículo contempla el caso de que la so-  
ciedad no se haya constituido todavía y establece quienes son los  
responsables, aún cuando no especifica si es en forma solidaria  
e ilimitada o no.- Esto puede considerarse como una falla del an-  
teproyecto, pues aún cuando así podría desprenderse de las expli-  
caciones que se dan (1), corresponde dejar bien sentada una cues-  
tión de esta naturaleza.-

Hacemos sin embargo la aclaración de que el  
anteproyecto exige, en las dos formas de constitución, el nombra-  
miento de un representante que prosiga las diligencias necesarias  
hasta obtener la inscripción de la sociedad y, en el caso de que  
la constitución sea sucesiva, los suscriptores-adherentes (los  
que se suscriben luego del acta preparatoria) tendrán acción eje-  
cutiva por las sumas entregadas o por el importe atribuido a los  
bienes entregados que no sean dinero y, previa la intimación al  
representante que las recibió, podrán dirigir la acción contra

---

(1) RIVAROLA, "Régimen Legal..." págs. 43 a 50

cualesquiera o todos los firmantes del acta preparatoria, simultánea o sucesivamente (art. 22).-

Consideramos como un olvido del autor el de que únicamente en el caso de transmisión de fondos de comercio se establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los fundadores, cuando debería establecerla para todos los casos que se hagan aportes en especie.-

No dirime, ni para la constitución simultánea ni para la sucesiva, el problema de dilucidar a quien le corresponden las responsabilidades por los actos constitutivos en el caso de que la sociedad se constituya.- Como hemos visto en su oportunidad (1) Rivarola opina que los fundadores deben ser los inmediatos responsables por las obligaciones anteriores a la constitución (tesis contraria a la que propugnamos) así que tomamos como tal el espíritu del anteproyecto.- También esto puede criticarse pues, aunque estemos en desacuerdo con la solución que da tan distinguido tratadista, en el caso de que ese hubiera sido su pensamiento mejor habría sido establecerlo inequívocamente.-

Resumiendo, consideramos que el proyecto de reforma del Dr. Rivarola no ofrece ninguna mejora substancial sobre régimen actual -en lo que atañe a las funciones y responsabilidades de los fundadores-, además de que su aplicación originaría una serie de indecisiones provocadas por la reglamentación confusa

---

(1) "Responsabilidad de los fundadores" (caso de que la sociedad se constituya).-



de las responsabilidades emergentes de los actos realizados con anterioridad a la constitución.-

9.- Bases para una reforma a nuestra legislación acerca de los fundadores y sus responsabilidades.-

De acuerdo con las observaciones formuladas a través de este capítulo, hacemos una breve síntesis de la forma que conceptuamos como mejor para encarar los tópicos tratados.-

a) Responsabilidades inherentes a la constitución de sociedades anónimas.

Caso 1) Sociedad en vías de formación:

"Los fundadores son ilimitada y solidariamente responsables hacia los suscriptores y los terceros contratantes, por los actos y contratos realizados en beneficio de una sociedad anónima futura, mientras ésta no se hubiera constituido.-

Caso 2) Sociedad que fracasa en su constitución por negación de personería jurídica:

"Si la sociedad fracasara en su constitución debido a la negación de la personería jurídica por parte del Poder competente, los fundadores tendrán derecho sobre los suscriptores que hubieran firmado el acta constitutiva, o que hubieran votado la constitución en la asamblea constitutiva, para recuperar los gastos efectuados y perjuicios sufridos.- Este derecho

"lo tendrán por la parte que a cada uno de los suscriptores le correspondiera, considerando que cada uno de los suscriptores deberá hacerse cargo del mismo importe que cada uno de los fundadores".-

Caso 3) Sociedad que se constituye

a) Responsabilidad hacia la sociedad.

"Si la sociedad se constituye los fundadores son ilimitada y solidariamente responsables hacia la misma:

- " 1) por la íntegra suscripción del capital social,
- " 2) por los aportes requeridos en dinero para su constitución, y
- " 3) por la existencia de los aportes que no sean en dinero y por el valor asignado a los mismos.-"

b) Responsabilidad hacia terceros.

Como base para establecer dicha responsabilidad, se le debería exigir a los fundadores, que presentaran en la asamblea constitutiva una relación detallada de todo lo actuado con respecto de terceros y en beneficio de la futura sociedad.-

Si la constitución fuera simultánea, dicha relación se debería incluir en el acta de constitución.-

Una vez constituida la sociedad se considerarán ratificados todos los actos y contratos que, habiendo sido incluidos en la relación precedente, no fueran rechazados expresamente por la sociedad.-

Por los perjuicios derivados de los actos y contratos rechazados, los fundadores tendrán acción contra la sociedad constituida, siempre que hubieran sido susceptibles de producir algún beneficio y no lo hayan producido por causas no imputables a los fundadores.-

#### Caso 4) Sociedad nula

Antes de considerar las responsabilidades inherentes a este caso entendemos que cualquier futura legislación debería eliminar todas las causas de nulidad originadas en los posibles vicios de constitución compatibles con el ulterior funcionamiento de la sociedad.- Ejemplo de ello es que propugnamos que se considere a los fundadores como responsables por la íntegra suscripción del capital que, a estar de nuestra legislación actual, sería una causal de nulidad.-

Adoptado este criterio, sea que la sociedad se declare nula por alguna causal incompatible con su funcionamiento ulterior o que se le permita continuar funcionando de acuerdo con la causal de nulidad alegada:

"Los fundadores, administradores y representantes de la sociedad anónima serán ilimitada y solidariamente responsable hacia los terceros, los suscriptores y la sociedad, cada uno en su lugar y caso, por las obligaciones contraídas y perjuicios sufridos.-"

También podrán hacerse responsables a los accionistas de una sociedad irregular en los casos en que hubiese mediado culpa de su parte.-

**b) Quiénes deben ser considerados responsables**

La ley deberá exigir que se incluyan en el acta de constitución provisoria, en el programa de suscripción y en el acta de constitución definitiva, las personas que, consideradas "fundadores", deben responder de las obligaciones inherentes a su naturaleza.-

Deberán incluirse entre los responsables a que hemos aludido aunque no figuraran como fundadores:

- a) las personas que hubieran firmado el programa de suscripción;
- b) los beneficiarios de los derechos de fundador;
- c) los miembros del futuro directorio o administración de la sociedad cuando figuraran como tales con su aceptación y conocimiento.-

Aparte de las mencionadas personas, y sujeto a prueba judicial, deberán responder en la misma medida que los anteriores:

- a) Los fundadores reales, entendiéndose por tales a las personas que, por su propia iniciativa, a su propio riesgo

go y en su ulterior beneficio, hubieran tomado por su cuenta la fundación de la sociedad, y no figurarán como fundadores en los documentos mencionados más arriba.-

b) Los iniciadores cuya actuación hubiera dado lugar a que se le considerara fundadores.- Deberá entenderse por iniciadores no responsables, a aquellos que hubieran concebido la idea de la constitución del ente jurídico y planteado sus bases comerciales y financieras, pero que no hubieran tomado por su cuenta e iniciativa la tarea de constituir la sociedad.-

c) Todas aquellas personas que actuando por cuenta de los fundadores no hubieran dejado establecido el carácter de intermediarios o mandatarios de los mismos.-

-----000000-----