



PONENCIA

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REFORMA CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS REGULARMENTE

Corrientes, 27 de septiembre de 2012

**Al Señor Presidente de la Comisión Bicameral para la reforma,
actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de
la Nación**

Dr. Marcelo Fuentes

S / D

De mi consideración:

En mi carácter de abogado y docente, detentador del interés legítimo que implica el ser ciudadano destinatario de la regulación del futuro Código Civil y Comercial de la Nación y representando en calidad de adscripto a la Cátedra “B” de Derecho Comercial Primer Curso, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, y de adscripto interino a la Cátedra de Nociones Introdutorias de Derecho en la carrera de Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas pertenecientes a la Universidad Nacional del Nordeste, vengo a presentar esta ponencia en el marco de la audiencia pública sobre



el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en la Ciudad de Corrientes.

He tomado conocimiento del mencionado Proyecto, remitido el pasado 07 de junio al Honorable Congreso para su tratamiento. Reconozco y valoro los esfuerzos desplegados por la comisión redactora para darnos a los argentinos un código actualizado y mejor adecuado a los tiempos que corren. Asimismo destaco y celebro la voluntad de adecuar las regulaciones propias del derecho privado a los estándares de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales a los cuales se obligó el Estado Argentino. En el marco de este proceso y con la clara intención de acompañarlo, considero de importancia hacer llegar a la Honorable Comisión Bicameral algunos comentarios vinculados a la regulación de las sociedades no constituidas regularmente, también llamadas “sociedades informales” o “sociedades de amigos”, en el habla popular.

Denominación de la Sección IV.

En primer lugar, podemos observar que se sustituye la actual denominación de la Sección IV “Sociedades no constituidas regularmente” por la siguiente: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”. Ello se condice con la nueva denominación de todo el régimen societario, que pasa de ser una Ley de Sociedades Comerciales, a denominarse Ley General de Sociedades, según el punto 2 del Anexo II del proyecto en análisis y permitiendo la aplicación del régimen a las sociedades civiles.



Además, se denota del resto del articulado la clara intención del proyecto de sustituir la denominación “sociedad regular” por la de “sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II”. Esto va más allá de una cuestión lingüística, pues responde a motivos de concordancia con el régimen flexible propiciado por la reforma a estas sociedades informales, donde dejan de ser para el derecho un disvalor, lo que se completa con la eliminación de la atipicidad como causal de nulidad -artículo 17-.

Sociedades incluidas

Por otra parte, el artículo 21, que actualmente establece las sociedades destinatarias de la regulación de la mencionada sección, y las denomina “sociedades que no se constituyen regularmente” y “sociedades de hecho con objeto comercial”, establece ahora una triple clasificación:

- 1) Sociedad que no se constituye conforme alguno de los tipos del Capítulo II: dentro de esta categoría cabrían tanto las sociedades que adoptaron algún tipo social pero omitieron algún requisito esencial tipificante, como las que combinaron elementos de dos o más tipos sociales -aún siendo incompatibles-, las que adoptaron tipos desconocidos en nuestra legislación e incluso las que no adoptaron tipo alguno. Esto es posible porque el proyectado artículo 17, dejando de lado la sanción de nulidad, permite la atipicidad haciendo expresa remisión a esta sección para su regulación.
- 2) Sociedad que omite requisitos esenciales: dentro de esta categoría cabrían, por exclusión, las sociedades que omitieron



requisitos esenciales no tipificantes, lo cual en el régimen actual se sanciona con la anulabilidad. Cabe acotar que el proyectado artículo 17 ya no alude a este supuesto, lo cual es coherente pues habiéndose despojado de la sanción de nulidad a la omisión de requisitos esenciales tipificantes, sería absurdo una solución distinta en el caso de los no tipificantes.

3) Sociedades que incumplen formalidades exigidas por la ley: se trata de una cláusula que da cuenta del carácter meramente enumerativo del artículo, que permitiría incluir otros supuestos distintos de la omisión de los requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes. Aquí cabrían varios supuestos:

a. Las sociedades de hecho, es decir las que no cuentan siquiera con contrato escrito, donde cabrían, por haberse eliminado el requisito de la comercialidad del objeto, sociedades de hecho que se dedican tanto a actividades comerciales como civiles. Por otra parte, se observa que la existencia de las sociedades de hecho como tal está destinada a extinguirse pues la nueva redacción se refiere recurrentemente a actos de reconocimiento de la existencia social por escrito.

b. Las sociedades civiles: ello es congruente con la sistematización normativa efectuada en el Proyecto, que elimina la distinción entre estas y las sociedades comerciales, coronada por la nueva denominación de la ley 19550, que ya deja de referirse a las sociedades comerciales exclusivamente, para regular todo lo atinente a las sociedades en general. Por otra parte, la Sección IV de la LGS refiere a las sociedades no constituidas conforme a los tipos del Capítulo II y otros supuestos, conforme lo cual, se



puede incluir a las sociedades civiles que cuentan con un estatuto formalizado por escritura pública, con una responsabilidad mancomunada por partes iguales frente a las deudas sociales y que, a falta de cláusulas específicas establecidas en su contrato constitutivo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LGS, deberán regirse por esta Sección, con motivo de tratarse de sociedades no inscriptas. Por ello las incluimos dentro de aquellas que han omitido el cumplimiento de requisitos formales como lo es la publicidad registral.

- c. También pueden incluirse en este supuesto la categoría constituida actualmente por las sociedades irregulares propiamente dichas, es decir aquellas que se constituyeron por escrito adoptando un tipo social de los del Capítulo II pero no inscribieron el contrato en el Registro Público de Comercio.

Con motivo de tratarse de las figuras más disímiles de personas jurídicas debemos encontrar elementos sensibles que nos permitan agruparlas, ellos serían, en principio, que en todas está ausente la inscripción registral y que también presentan una actuación en común exteriorizada a nombre colectivo, con una organización aunque sea mínima, que conforme su estructura le permite adquirir derechos y contraer obligaciones que van a ser imputables a ese nuevo centro de imputación diferenciado que se ha generado, con participación en beneficios y pérdidas, y que permitirá a sus socios participar en las deliberaciones sociales a través de los órganos previstos para su funcionamiento, con durabilidad de esa



manifestación, y obviamente, con reconocimiento de la personalidad jurídica.

Régimen aplicable.

El proyectado artículo 22 es uno de los tres pilares sobre los que se asienta todo el nuevo sistema -además de la adquisición de bienes registrables y del régimen de responsabilidad-. Ello es así por cuanto la mencionada norma establece la posibilidad de invocar el contrato social entre los socios, cosa que en el régimen actual es imposible: el artículo 23 les prohíbe invocar respecto de terceros o entre sí, derechos y defensas nacidos del contrato social. Se celebra la solución propiciada, pues no hace más que receptar un reclamo que desde hace mucho tiempo venía haciendo la doctrina nacional, por considerar que la no invocación del contrato entre socios implica una contradicción con principios generales de nuestro derecho, como lo es el de autonomía de la voluntad, habida cuenta de que ellos -a diferencia de los terceros-, conocen perfectamente su contenido. Con este nuevo sistema se otorga tácitamente a los socios dos derechos de que antes, por la inoponibilidad del contrato, no gozaban: la posibilidad de generar una resolución parcial y la de exigir el cumplimiento de los aportes.

Respecto de terceros la inoponibilidad sigue siendo el principio general, y ello se encuentra justificado en la circunstancia de que al no estar inscripto el contrato social en el registro, desconocen la estructura social y muchas veces hasta la propia existencia de la sociedad. Este principio cede, es decir, se establece su oponibilidad, cuando se demuestre que lo conocían al momento de contratar. Por



otra parte, los terceros siempre podrán invocar el contrato contra la sociedad, los socios y los administradores.

El proyecto guarda silencio con respecto al ejercicio por la sociedad de los derechos emergentes de contratos celebrados con terceros, lo cual no implica en absoluto una derogación tácita toda vez que se llegará a la misma solución por aplicación del principio de autonomía de la voluntad -ampliamente regulada en el artículo 2651 del Proyecto- en virtud del cual el tercero siempre queda obligado pues no podría invocar desconocimiento de los contratos por él mismo celebrados.

Representación, administración y gobierno.

El artículo 23 del proyecto no es otra cosa que un desprendimiento del nuevo principio de oponibilidad del contrato entre los socios; existiendo cláusulas contractuales que establezcan el régimen de administración y gobierno, se estará a ellas.

Con respecto a la representación se incurre en un absurdo: al igual que en el régimen actual, cualquiera de los socios representa a la sociedad, pero se le agrega el requisito de la exhibición del contrato para poder llevar a cabo tal representación. Acto seguido, se establece que la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica, lo cual necesariamente va a ocurrir, puesto que no hay forma de que el tercero no conozca la disposición del contrato social si para poder llevar a cabo el acto este le debe ser exhibido.



Bienes registrables.

El proyecto de unificación, en el mismo artículo 23, establece la segunda gran innovación en esta materia, que ya existe en nuestro derecho en materia de sociedades civiles no inscriptas: la posibilidad de que las sociedades no constituidas regularmente puedan adquirir bienes registrables. Ello está subordinado a la acreditación ante el Registro de la existencia de la sociedad y las facultades de su representante, por medio de una declaración de reconocimiento de todos los socios, donde conste la participación social de cada uno, hecha por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas por notario.

Se ha criticado el hecho de no hacer la norma salvedad alguna para los inmuebles cuando alude al instrumento privado con firmas certificadas por escribano; pero ello no es acertado, pues surge claramente del texto que estas formalidades no se refieren a las del acto de transmisión en sí -que en materia de inmuebles, siempre será por escritura pública- sino al acto de reconocimiento de la existencia de la sociedad, requisito indispensable para el registro de la adquisición.

Desde el punto de vista práctico, no es del todo coherente la obligación de registrar un acto declarativo de la existencia de la sociedad, al sólo y único efecto de poder registrar un bien a nombre de ésta, cuando siquiera ella misma existe para la vida registral. Dicho en otros términos, no se explica que para poder adquirir un bien registrable haya que celebrar un acto por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas por escribano público



que luego se presenta al registro, si eso es justamente lo que los socios evitaron hacer con la sociedad y razón por la cual quedó sometida a las normas de la sección IV.

Prueba.

El contenido del actual artículo 25 de la LSC, va a integrar la última parte del artículo 23, sin modificación alguna, es decir que la existencia de estas sociedades va a seguir demostrándose por cualquier medio de prueba.

Responsabilidad de los socios.

El artículo 24 del proyecto es la tercera gran innovación porque establece el principio de responsabilidad simplemente mancomunada de los socios -por partes iguales-, y la solidaridad -o la distinta proporción en la mancomunación- sólo como excepción, cuando ello resulte:

- 1) De una estipulación expresa en una relación o conjunto de relaciones (principio de autonomía de la voluntad): ello sucede, por ejemplo, si así se pacta en una cláusula en un contrato celebrado con terceros;
- 2) De una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22 (invocación del contrato entre los socios): presupone la existencia de un contrato escrito, una de las pautas que nos dan a entender la efímera existencia de las sociedades de hecho;



- 3) De las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales -vg. una sociedad colectiva-.

El régimen de la mancomunación simple sin dudas favorece a los socios pero perjudica a los acreedores sociales, tornando injusta la norma proyectada en razón de la vulnerabilidad en que los coloca la ausencia de publicidad registral; ello es así toda vez que implica el desecho de la actual posibilidad de accionar contra cualquiera de los socios por la totalidad de la deuda, a su entera elección, y su reemplazo por la de accionar contra cada uno de ellos por una porción independiente de las otras, donde además ninguno está legalmente obligado a responder por la insolvencia de sus co-deudores.

El proyecto guarda silencio sobre la actual prohibición de invocar el beneficio de excusión con lo cual se dejaría abierta la puerta a la interpretación en el sentido afirmativo, vale decir, que los socios puedan invocar el mencionado beneficio y su responsabilidad sea, por lo tanto, subsidiaria.

En síntesis, en el proyecto la responsabilidad de los socios de las sociedades incluidas en la Sección IV es ilimitada, simplemente mancomunada -por partes iguales- y subsidiaria. Como puede advertirse, la redacción es mucho más generosa con las sociedades informales que con las sociedades colectivas, por ejemplo, que se encuentran incluidas en el Capítulo II y por otra parte, comienza desde la simple constitución, y no desde la inscripción.



Subsanación y disolución.

El contenido del actual artículo 22, que plasma en forma pormenorizada el mecanismo de “regularización” -directa o indirecta como consecuencia del pedido de disolución por parte de alguno de los socios- y el de “disolución” de estas sociedades, va a quedar plasmado, con modificaciones, en el proyectado artículo 25, que tratará de la “subsanación” de las omisiones en su primera parte, y de la “disolución” de la sociedad, en la segunda.

Con respecto a la primera parte, se agrega como novedad la posibilidad de que sea, además de los socios, la propia sociedad la que solicite la mencionada subsanación. No se menciona formalidades a cumplir en el trámite -en el régimen actual, la comunicación por medio fehaciente y el plazo de sesenta días para otorgar el instrumento, cumplir las formalidades y efectuar la inscripción registral-. Se modifica la mayoría necesaria para el acuerdo -en el régimen actual es mayoría simple, mientras que en el proyecto se exige unanimidad- y se amplían considerablemente las facultades del juez, pues no sólo se lo faculta a ordenar la subsanación a falta de unanimidad, sino incluso en desacuerdo; esto se ve morigerado por la prohibición al juez de imponer mayor responsabilidad a los socios que no consientan la subsanación, y por el otorgamiento -ya existente en el régimen actual- del derecho de receso al socio disconforme.

La segunda parte del proyectado artículo 25 trata de la disolución de la sociedad, incluyéndose aquí como novedad principal la imposibilidad de que cualquiera de los socios provoque la disolución cuando media estipulación escrita del plazo de duración,



lo cual es coherente con el resto del sistema proyectado- invocación de las cláusulas del contrato social entre los socios-. Se establece que, fuera del caso mencionado, cualquier socio puede exigir la disolución y que la misma opera *iuris et de iure* a los noventa días de la última notificación. En el texto proyectado ya no se prevé la regularización por vía de excepción -como consecuencia del pedido de disolución-, sino que establece un supuesto de resolución parcial: si existieran socios con deseos de permanecer en la sociedad, éstos deberán pagar a los salientes su parte social. Dicho en otros términos, en el régimen actual si un socio exige la disolución, la única posibilidad de evitarla está dada por la decisión de los otros de regularizar la sociedad; en cambio, en el proyecto ante la voluntad disolutoria de algún socio se puede continuar con la sociedad en el marco de la informalidad -sin necesidad de regularizarla-, pagándole su parte correspondiente.

Relaciones entre los acreedores sociales y particulares de los socios.

El texto del artículo 26 según el proyecto es prácticamente idéntico al del régimen actual, es decir las relaciones entre acreedores sociales y particulares de los socios se juzgan como si se tratara de una sociedad regular -en el proyecto, “de los tipos previstos en el Capítulo II- con la única modificación constituida por la inclusión de los bienes registrales, lo cual es coherente con el proyectado artículo 23.



Como primera conclusión, podemos decir que el sistema proyectado-, a diferencia del actual que sanciona duramente y con rigurosidad extrema la informalidad social- es un sistema flexible y tolerante que, lejos de desalentar la constitución de este tipo de entes, favorece su creación pues desaparecen las notas características de su personalidad que en el sistema actual las diferencian de las sociedades regularmente constituidas, y esto es: la personalidad precaria, evidenciada por la posibilidad de que cualquier socio pueda demandar en cualquier momento su disolución, porque ello no será posible cuando medie estipulación escrita; y la personalidad limitada, cuya máxima manifestación actualmente está dada por la imposibilidad de adquirir socialmente bienes registrables, mientras que el proyecto lo autoriza. A ello debemos sumar la mancomunación simple como principio general en materia de responsabilidad de los socios, que favorece aún más a éstos, como se dijo, aún cuando en los casos concretos pueda perjudicar a los acreedores sociales que se encuentran en desventaja por la ausencia de publicidad registral.

Es que, en el nuevo régimen, las sociedades no constituidas conforme a los tipos del Capítulo II dejan de ser un disvalor, como ocurre en la actual Ley General de Sociedades. Ello es así por cuanto el léxico del texto proyectado varía ostensiblemente, reemplazándose términos tales como regular, irregular, regularización, por eufemismos que dan a entender en todos los casos el objetivo perseguido. Y es que todo parece dar a entender que estamos efectivamente ante un nuevo tipo social (tipicidad de segundo grado), un género llamado por algunos doctrinarios



“sociedad simple”¹, y no de que se trata de un modelo meramente de transición hacia la tipicidad del Capítulo II, referido a las sociedades en particular.

Se sustituye el sistema de regularización por uno de subsanación, donde no se advierte con precisión cual es la utilidad del instituto, toda vez que la disolución ya no es un desenlace fatal y necesario, sino eventual, y siendo plenamente natural que la sociedad continúe en el estado en que se encuentra.

La tipicidad sólo será rigurosa en aquellos casos en que se exige un tipo determinado para una actividad reglamentada y sujeta a una autoridad de aplicación que les confiera autorización para funcionar -vg. Actividad aseguradora, actividad bancaria, sociedades de garantía recíproca, etc.- y, por supuesto, para obtener los beneficios de la limitación de la responsabilidad en los tipos sociales que la prevén -pues si bien en el proyecto se elimina la solidaridad y parecería admitirse el beneficio de excusión, los socios de una sociedad que no es de los tipos previstos en el Capítulo II continúan respondiendo no obstante, por obvias razones, con todo su patrimonio-.

Con respecto a las sociedades incluidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades proyectadas podemos decir, en síntesis, que se trata de una categoría heterogénea sujeta a idéntica regulación que se determina por exclusión: todas aquellas que no se encuentren comprendidas en el Capítulo II del mencionado cuerpo legal. En un intento de clasificarlas, podemos agrupar las que

¹ RICHARD, S. *El régimen de las sociedades no regulares en el Proyecto de Reforma*. Doctrina societaria y concursal ERREPAR. Julio de 2012.



hayan omitido requisitos esenciales tipificantes, las que omitieron los requisitos esenciales no tipificantes y las sociedades que no hayan cumplido con los requisitos formales en general -sociedad de hecho- y con la publicidad registral -sociedades irregulares propiamente dichas y sociedades civiles-.

En materia de adquisición de bienes registrables, más allá de su utilidad o no, que no es materia de juristas sino de políticos, se establece curiosamente un sistema que regula un mecanismo similar al que los socios evitaron utilizar con la propia sociedad y que es en líneas generales similar al que actualmente rige para la adquisición de bienes registrables por parte de sociedades civiles no inscriptas.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se celebra la posibilidad de invocar el contrato social entre los socios, solución que la doctrina nacional venía reclamando desde hace muchos años, pues el texto actual es a todas luces extremadamente riguroso, injusto y atentatorio de un principio general de nuestro derecho como lo es el de la autonomía de la voluntad.

Agradeciendo su atención, saludo a Ud. con atenta y distinguida cordialidad.

Dr. José Osvaldo Ledesma

Abogado
Docente adscripto de Derecho Comercial Primer Curso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas
Docente adscripto interino de Nociones Introdutorias del Derecho
Carrera de Relaciones Laborales - Facultad de Ciencias Económicas
Universidad Nacional del Nordeste