

XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

Tema I: Sociedades en general

Título: “Las Sociedades Informales de la Sección IV LSC en el Proyecto de Código”

Autor: Tomás M. Araya

La ponencia analiza algunas de las modificaciones propuestas por el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial al régimen de las sociedades de hecho e irregulares, reguladas en la Sección IV de la Ley de Sociedades Comerciales.

Al regular las relaciones jurídicas *internas*, la reforma responde a una filosofía adecuada, que parte de reconocer la plena vigencia de la autonomía de la voluntad en este tipo de sociedades informales, respetando los derechos de terceros. La oponibilidad y plena vigencia de las “*cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad*” entre los socios firmantes otorga un campo fértil para que se instrumenten acuerdos de naturaleza societaria, según las necesidades del caso de las partes. Más allá del texto legal, la oponibilidad no será total, debiendo respetarse los límites generales del derecho privado y los que surgen del orden público societario.

Contrariamente, las reformas que el Proyecto propone al régimen de las relaciones jurídicas *externas* de estas sociedades informales son criticables en tanto adopta como regla general la responsabilidad simplemente mancomunada, dejando de lado la tradicional regla de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios de las sociedades irregulares y de hecho por las deudas sociales. Los fundamentos que justifican esta modificación no son, a mi entender, suficientes, por lo que se propone su modificación por un sistema cercano al actualmente vigente, pero que permita la oponibilidad a terceros de una responsabilidad diferente pactada en el contrato social no inscripto, en aquellos casos en que exista conocimiento *efectivo* por parte del tercero de los términos de dicho contrato.

Las Sociedades Informales de la Sección IV LSC en el Proyecto de Código

El Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial incorpora modificaciones relevantes al régimen de las sociedades de hecho e irregulares, reguladas en la Sección IV de la Ley de Sociedades Comerciales, régimen al que suma a las hoy llamadas atípicas.

La reforma reconoce la plena vigencia de la autonomía de la voluntad en este tipo de sociedades informales, respetando los derechos de terceros. Se solucionan algunos de los problemas que trae la regulación actual de las sociedades de hecho e irregulares, muchos de los cuales provienen de la visión negativa del legislador de 1972 frente a este tipo de sociedades, regulación que ciertamente se mejoró con las reformas incorporadas por la ley 22.903.

En esta ponencia, me detendré en el análisis de las relaciones jurídicas *internas*, es decir las relaciones que se dan entre los socios de la sociedad informal entre sí y con la sociedad, y en las relaciones jurídicas *externas*, es decir las relaciones de la sociedad con terceros.

I – Las relaciones jurídicas internas: oponibilidad del contrato entre los socios

1.1. El proyectado artículo 22 de la Ley General de Sociedades (“LGS”) establece que “*El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores*”.

Más adelante, el artículo 23 de la LGS reitera la oponibilidad del contrato entre los socios, al disponer que “*Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios*”.

1.2. Estas normas otorgan plena vigencia *inter partes* a las previsiones contractuales de las hoy sociedades irregulares, es decir aquellas instrumentadas en un contrato social no inscripto. La vigencia, claro está, es *obligacional* y no *real* (es decir, sin efectos *erga omnes*), manteniéndose así la inoponibilidad a terceros.

La oponibilidad y plena vigencia de las “*cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad*” entre los socios firmantes será un campo fértil para que se instrumenten acuerdos de naturaleza societaria según las necesidades del caso de las partes, que serán plenamente exigibles entre ellas.

1.3. Entre los socios, la oponibilidad del contrato social no inscripto con un plazo de duración convenido limita la posibilidad de disolución de este tipo de sociedad informal hasta tanto el plazo no haya vencido. Así, el artículo 25 del Proyecto no permite que los socios de este tipo de sociedad informal puedan requerir (“*provocar*”) la disolución de la sociedad cuando “*media estipulación escrita del pacto de duración*”.

La norma no aclara si “*la estipulación escrita del pacto de duración*” debe necesariamente surgir del contrato social no inscripto o si puede también surgir de otro instrumento firmado por los socios. El tema no es menor por la consecuencia antes expuesta. No veo motivos para que debamos limitar la aplicación del supuesto exclusivamente a casos en que el plazo figure en contrato social no inscripto.

1.4. ¿Hasta dónde llega la oponibilidad del contrato social no inscripto? Si bien pareciera que la ley predica la total oponibilidad del contrato entre los socios, ello no es así.

En primer lugar, aun cuando exista un plazo de duración pactado en el contrato, cualquiera de los socios tendrá la posibilidad de requerir judicialmente la “subsanción” de la sociedad a través del procedimiento sumarísimo (art. 25, primer párrafo, LGS). No será necesaria la intervención judicial cuando todos los socios estén de acuerdo en regularizar (o subsanar, si faltara un elemento esencial tipificante) la sociedad, lo que se deberá instrumentar a través de un “acuerdo unánime” entre los socios. La subsanción se efectuará a través de la regularización de la sociedad en uno de los tipos admitidos por el legislador o bien mediante la incorporación de aquellos elementos esenciales tipificantes omitidos o la eliminación de aquellos elementos incompatibles con el tipo legal.

En segundo lugar, el contrato social no inscripto debe, por supuesto, respetar los límites impuestos por el Código Civil a todo acto jurídico. Así, no podrá tener una causa ilícita (art. 502) ni un objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres o prohibido por las leyes (art. 953 Cód. Civil).

En tercer lugar, no serán oponibles entre los socios las cláusulas del contrato social no inscripto que subviertan la estructura orgánica de la sociedad o que violen el orden público societario. Así, si un contrato social no inscripto previera liberar a los administradores de las obligaciones que le impone la ley o bien si limitara la posibilidad de ejercer el derecho de receso en casos en que la ley reconoce este derecho o si se pactara que los socios renuncian a la facultad de considerar o impugnar los estados contables de la sociedad, estas cláusulas serán ineficaces por violar normas imperativas de la ley de sociedades, que se aplicarán también a las sociedades informales.

De igual manera, también serán ineficaces las cláusulas prohibidas por el artículo 13 LSC. Así, no serán oponibles entre los propios socios las cláusulas que establezcan que alguno de los socios recibirán todos los beneficios o se les excluirá de ellos, o que los liberen de contribuir a las pérdidas (art. 13 inc. 1º LSC) o bien que aseguren a uno de los socios su capital o ganancias eventuales (art. 13 inc. 3º LSC).

1.5. Más allá de la oponibilidad interna, el contrato social no inscripto será *también* oponible a los *terceros* en los siguientes supuestos:

a) si el tercero conoció *efectivamente* el contrato al tiempo de su contratación o al tiempo del nacimiento de la relación obligatoria con la sociedad.

A mi entender, no será suficiente la prueba de que el tercero *debió haberlo conocido* aplicando la debida diligencia. Dada la relevancia de la consecuencia (oponibilidad de los términos de un contrato a un tercero que no ha sido parte en el mismo), es razonable que se exija una prueba de conocimiento efectivo, debiendo primar una interpretación restrictiva.

b) si el tercero resuelve invocar el contrato, ya sea contra la sociedad, los socios y/o los administradores.

El tercero tendrá siempre la facultad de invocar el contrato contra la sociedad, los socios y/o los administradores, aún si el mismo toma conocimiento de sus términos contractuales *luego* del nacimiento de la relación contractual. En este caso, entiendo que el contrato será oponible (o no) *in totum*, sin que pueda permitirse la oponibilidad limitada de sólo algunas cláusulas del contrato social. Se reconoce así al tercero la posibilidad de elegir si invoca o no el contrato social no inscripto; si resuelve invocarlo, no podrá sostener la inoponibilidad de ciertas cláusulas, aún cuando no se acredite su conocimiento efectivo respecto de las mismas.

II – Las relaciones jurídicas externas: representación y responsabilidad de los socios frente a terceros

2.1. En una redacción poco feliz, el art. 23, segundo párrafo, de la proyectada LGS establece que: *“En las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero 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”*.

Como bien ha sido señalado, si el socio exhibe el contrato al tercero, entonces los términos del mismo le serán oponibles, por lo que el representante de la sociedad será aquél que por contrato tenga la representación y no cualquier socio¹. La norma debió decir que *“En las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad salvo que - al tiempo del nacimiento de la relación jurídica - el tercero haya tenido conocimiento efectivo de que el contrato social no inscripto preveía un régimen de representación especial, en cuyo caso será de aplicación el artículo 22”*.

2.2. En lo que posiblemente constituya la principal innovación en la normativa proyectada para estas sociedades, el art. 24 de la LGS deja de lado la responsabilidad solidaria entre los socios de estas sociedades irregulares y de hecho y pasa a adoptar la regla de la responsabilidad simplemente mancomunada² de los socios frente a los terceros, salvo que una *“distinta proporción”* o inclusive la solidaridad resulten de:

- a. una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;
- b. una estipulación del contrato social *“en los términos del artículo 22”*, es decir que fuera efectivamente conocida por el tercero al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria; o
- c. de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

Incorpora así el Proyecto – en lo que hace a las relaciones de las sociedades informales y sus socios con los terceros - la regla general aplicable a las actuales sociedades civiles (art. 1747 Código Civil)³.

2.3. La solución es criticable ya que, en sus relaciones con los terceros, se termina otorgando a los socios de una sociedad informal no inscripta un régimen más favorable que el que tienen los socios de una sociedad colectiva o el socio comanditado en una sociedad en comandita, que son sociedades regulares.

¹ MANOVIL, Rafael M. “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, LL 24.10.2012. Critican igualmente la norma proyectada CESARETTI, Oscar y CESARETTI, María en “La irregularidad societaria en el Proyecto de Código” (LL 12.4.2013)

² El artículo 825 del Proyecto define a las obligaciones simplemente mancomunadas como aquellas en la que *“... el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros”*.

³ Puede verse una explicación sobre este cambio en MANOVIL, Rafael M. “Algunas de las reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial” (LL 2012-F,1334) (*“El régimen de la responsabilidad de los socios requirió una decisión de política legislativa. O se establecía como regla la responsabilidad mancomunada y por partes iguales (art. 1747 del Cód. Civil) o se optaba por la solidaridad del art. 23 LSC. Inadmisibles un agravamiento del régimen para las sociedades y actividades tradicionalmente regidas por el principio de responsabilidad mancomunada, los tres Proyectos (1993, 1998 y el actual) establecieron que la responsabilidad de los socios de las sociedades regidas por estas normas sería, como principio, mancomunada y por partes iguales”*). Ver una posición crítica sobre el Proyecto en VITOLLO, Daniel Roque, “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, LL 6.8.2012.

Por otra parte, se genera una inconsistencia con otros supuestos de nuestro sistema jurídico en los que la regla es la solidaridad frente a terceros. Así, por ejemplo, se mantiene la solidaridad entre los directores, socios fundadores y la propia sociedad en formación por los actos celebrados mientras la sociedad no esté inscripta (art. 183 LSC). Como bien se ha señalado, podría ocurrir que los socios de una sociedad en formación resuelvan abandonar el inter constitutivo (convirtiéndose así la sociedad en irregular), para quedar en una mejor posición frente a terceros que los socios de una sociedad en formación que continúa con el proceso de registración⁴, lo que quita coherencia al sistema.

Asimismo, de sancionarse el Proyecto en estos términos, también el “socio” partícipe exteriorizado de una sociedad (o negocio) en participación⁵ tendrá una responsabilidad más agravada, frente a terceros, que los socios (exteriorizados o no) de una sociedad informal, que tendrán una responsabilidad simplemente mancomunada.

Finalmente, ante un supuesto de quiebra de la sociedad informal, no será viable extender la quiebra a sus socios en virtud del artículo 160 LCQ ya que no tendrán responsabilidad ilimitada. La extensión de quiebra procederá contra los socios de la sociedad colectiva fallida (art. 125 LSC), el socio comanditado de la sociedad en comandita simple (art. 134 LSC) y en comandita por acciones (art. 315 LSC), el socio capitalista en una sociedad de capital e industria (art. 141 LSC) y no contra los socios de una sociedad informal no inscripta fallida, los que – cuanto menos – deberían tener una responsabilidad idéntica a la de los socios de estas sociedades regularmente inscriptas.

2.4. Por ello, considero que en las relaciones jurídicas externas de las sociedades informales, la regla debe seguir siendo la responsabilidad solidaria de los socios.

La solidaridad podrá dejarse de lado si se acredita que el tercero tuvo conocimiento *efectivo* de la cláusula del contrato social que impone una distinta responsabilidad entre los socios (por ej., una responsabilidad simplemente mancomunada), al momento del nacimiento de la relación obligacional. En este caso, los términos del contrato podrán ser oponibles al tercero, tal como prevé el proyectado artículo 22⁶.

En este sentido, la propuesta es *aggionar* el sistema actual de la responsabilidad solidaria de los socios frente a terceros en aquellos casos en que se acredite de manera fehaciente que el tercero tuvo conocimiento *efectivo* de una estipulación del contrato social no inscripto que previó una responsabilidad diferente a la solidaria.

Se mejora de esta manera la propuesta del Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales del 2005 elaborado por los Prof. Dres. Anaya, Bergel y Etcheverry⁷ que establecía un

⁴ Esta inconsistencia fue observada por la doctrina (ver RICHARD, Soledad, “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma” Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), julio de 2012 y el trabajo citado de Oscar y María CESARETTI).

⁵ El Proyecto propone la eliminación de las normas sobre sociedad accidental o en participación de la LSC, incorporando una sección (2º) dentro del Capítulo 16 (“Contratos asociativos”) del Título IV, en el cual se regula el ahora llamado “Negocio en participación” (art. 1448 a 1452). El art. 1450 del Proyecto no es claro en cuanto a si se mantiene la responsabilidad solidaria del partícipe exteriorizado.

⁶ Esta solución no es posible con el actual texto de la LSC, ya que la responsabilidad solidaria de los socios se aplica actualmente inclusive si el acreedor tuviera conocimiento del contrato social (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *ob. cit.*, pág. 517, con cita de ROMERO, José I, “Sociedades irregulares y de hecho”, Buenos Aires, 1982, pág. 169 y sgtes.

⁷ El art. 23 del Proyecto del 2005 decía “Responsabilidad de los socios. Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados respecto de terceros por las operaciones sociales, sin poder invocar el

sistema de la solidaridad entre los socios por las obligaciones sociales (tal como el actual sistema de la LSC), sin permitir el pacto en contrario.

2.5. De adoptarse esta propuesta, los socios de la actual sociedad civil que quieran continuar gozando de la responsabilidad simplemente mancomunada deberán notificar de manera real y efectiva los términos del contrato social a los terceros previo al nacimiento de la relación obligatoria. Si ello no ocurre, quedarán sujetos a la regla general de responsabilidad solidaria impuesta para todas las sociedades informales.

Si alguno de los socios no está conforme, siempre tendrá la opción de pedir la “subsanción” de la sociedad civil devenida en informal (inclusive, por vía judicial en caso de falta de acuerdo), requiriendo la adopción de uno de los tipos regulares previstos en la ley. Asimismo, en el caso de sociedades civiles por tiempo indeterminado⁸, un socio no conforme con el nuevo esquema, podrá “provocar” la disolución del ente mediante notificación fehaciente a todos sus socios, lo que seguramente provocará que los socios que deseen permanecer en la sociedad le paguen su parte social (art. 25 *in fine* de la LGS).

Dado que la sanción del Proyecto y la consiguiente derogación del régimen de la sociedad civil modificará el régimen de responsabilidad de los socios de sociedades civiles actualmente existentes, sería recomendable incluir en el Proyecto una norma transitoria que prevea mantener la vigencia, de manera excepcional y sólo para aquellas sociedades civiles constituidas por escritura pública previo a la sanción de la ley que no hubieran establecido la solidaridad de los socios por las deudas sociales⁹, de la responsabilidad simplemente mancomunada de sus socios.

Luego de vencido ese plazo y no adoptado por los socios un tipo de los previstos por la ley, las sociedades civiles dejarán de existir como tales y quedarán sujetas al régimen general aplicable a las restantes sociedades informales (sección IV - Ley General de Sociedades).

III – Conclusiones

3.1. La oponibilidad y plena vigencia de las “*cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad*” entre los socios firmantes será un campo fértil para que se instrumenten acuerdos de naturaleza societaria, según las necesidades del caso de las partes.

3.2. Sin embargo, no debe entenderse que la oponibilidad del contrato será total entre los socios, ya que a) en ningún caso, puede limitarse el derecho a reclamar la “subsanción” de la sociedad informal; y b) los términos del contrato social no inscripto deberán respetar, además de los límites generales impuestos por el derecho privado (v.gr. art. 953 Código Civil), los límites establecidos en la ley societaria (v.gr. art. 13 LSC).

3.3. A fin de que el contrato social no inscripto pueda ser oponible a terceros, se deberá acreditar el conocimiento *efectivo* por parte del tercero, sin que sea suficiente la prueba de que la ausencia de conocimiento proviene de una falta de diligencia del tercero (es decir, que el tercero *debió haber conocido* el contrato).

beneficio de art. 56. El pacto en contrario no es oponible a terceros”. El Proyecto fue publicado en un Suplemento Especial de ED de ese año. Una análisis detallado de las modificaciones propuestas por este Proyecto puede verse en JUNYENT BAS, Francisco, “El nuevo régimen de la sociedad simple en el anteproyecto de ley general” (ED 209-869)

⁸ Art. 1767 y sgts. Código Civil

⁹ No considero que este régimen de excepción deba aplicarse también a las sociedades civiles de hecho, aunque admito que el tema es discutible.

3.4. “*La estipulación escrita del pacto de duración*” (que limita la posibilidad de pedir la disolución) podrá estar prevista en el contrato social no inscripto o bien en otro instrumento firmado por todos los socios.

3.5. Se propone la modificación del régimen de la responsabilidad simplemente mancomunada entre los socios (que propone, como regla, el Proyecto en el art. 24 LGS) por el de la solidaridad de los socios por las deudas sociales, salvo para aquellos casos en que se acredite de manera fehaciente que el tercero tuvo conocimiento *efectivo* de una estipulación contractual que previó un tipo de responsabilidad diferente. En este caso, los términos del contrato podrán ser oponibles al tercero, tal como prevé el proyectado artículo 22.

3.6. Dado que la sanción del Proyecto y la consiguiente derogación del régimen de la sociedad civil modificará el régimen de solidaridad de los socios de este tipo de sociedades, sería recomendable que el Proyecto incluyera una norma transitoria que prevea mantener la vigencia de la responsabilidad simplemente mancomunada de sus socios, de manera excepcional y sólo para aquellas sociedades civiles constituidas por escritura pública previo a la sanción de la ley que no hubieran establecido la solidaridad de los socios por las deudas sociales. Luego de vencido ese plazo y no adoptado por los socios un tipo de los previstos por la ley, las sociedades civiles dejarán de existir como tales y quedarán sujetas al régimen general aplicable a las restantes sociedades informales (Sección IV, Ley General de Sociedades).