

SOCIEDADES SIMPLES Y DEFECTUOSAS (CUESTIONES METODOLÓGICAS E IDEAS PARA UNA REFORMA)

Sergio Pablo Suárez

SUMARIO:

- Resulta inconveniente asimilar sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales (“sociedades simples”) a otras formas societarias constituidas con aparente acatamiento de las exigencias de la tipicidad, que han omitido requisitos legales (sean estos esenciales, tipificantes, o formalidades legales). Las primeras son sociedades constituidas con deliberado apartamiento de las reglas del Capítulo II de la ley, en tanto que las segundas deben ser calificadas como sociedades con vicios en sus elementos de fondo o en su forma.

- Cuando la ley se refiere a elementos esenciales, alude a aquellos que establece el art. 11, y los mismos son de cumplimiento obligatorio para las sociedades típicas, no resultando, en cambio indispensable que los contenga el instrumento constitutivo de las sociedades simples.

- Las formalidades legales vinculadas a la constitución de sociedades, no resultan de aplicación para las sociedades simples.

- Se propone regular en la Sección IV de modo exclusivo a las sociedades simples, incluyendo a las sociedades de hecho y excluyendo a las sociedades típicas defectuosas. Las actuales reglas contenidas en la Sección IV deben completarse o modificarse disponiendo en especial: a) la eliminación de la definición del art. 1º de la referencia a los tipos legales, en tanto que la tipicidad ha dejado de ser un elemento esencial de las sociedades; b) la aplicación de pleno derecho del régimen de las sociedades simples a las sociedades civiles anteriormente constituidas de acuerdo con el derogado Código Civil; c) la modificación del art. 24 sustituyéndolo por el que regía para la sociedad civil, que sólo puede ser agravado; d) la aplicación supletoria de las normas de la sociedad colectiva.

- Se propone modificar el art. 17 de la ley societaria, que dispondrá que las sociedades previstas en el capítulo II no pueden omitir requisitos esenciales –no tipificantes–, requisitos tipificantes, comprender elementos incompatibles con el tipo legal, ni omitir formalidades legales. En caso de infracción a estas reglas, (a)

la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV; (b) los socios responderán en los términos del art. 125 de la ley.



Fundamentación

1. Introducción

La derogación del régimen de sociedades no constituidas regularmente, y la atenuación de los efectos de la atipicidad y de las consecuencias de su violación, todo ello de acuerdo al régimen estatuido en la Sección IV del Capítulo I de la ley (en adelante “la Sección IV”), constituye una modificación virtuosa que debe ser alabada sin reservas, pues ha colocado al orden público societario en el lugar que debe ocupar: sólo puede ser invocado y corresponde que aparezca cuando existan fundadas razones ligadas a la seguridad y al interés general, que deben ser cuidados y preservados por la ley. Fuera de ello, los socios deben estar facultados para organizar su actividad como mejor convenga a sus intereses.

Dicho lo anterior, debe ahora señalarse que el régimen establecido por la ley contiene, a nuestro juicio, diversos defectos que correspondería reparar, a fin de que los efectos propiciados por la reforma se produzcan en plenitud.

Una primera cuestión es de orden metodológico: nos parece inadecuado regular, dentro de una misma sección y de modo indiferenciado a las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales (que en lo sucesivo designaremos como “sociedades simples”) junto a otras formas societarias constituidas con omisión de requisitos esenciales¹, o formalidades legales. En forma indebida, se incluyen en un mismo grupo o categoría dos situaciones disímiles.

Las sociedades simples se constituyeron con deliberado apartamiento de las reglas del Capítulo II de la ley, y al usar este mecanismo, los socios lo único que hicieron fue organizarse del modo que la ley permite hacerlo. Las demás sociedades incorporadas a esta misma sección son sociedades que omitieron requisitos esenciales o bien omitieron formalidades legales. Son situaciones en las cuales existe un vicio en los elementos o en la forma, circunstancias que han llevado a calificarlas genéricamente, como “sociedades defectuosas”. Y si bien es cierto que el legislador de 1972 había adoptado un sistema excesivamente

¹ El caso de las sociedades constituidas de acuerdo al cap. II pero que infringieron las reglas del tipo, es especial, pues se las trata en el art. 17, es decir, fuera de la Sección IV.

riguroso respecto al tratamiento de las mismas, y era necesario flexibilizarlo, la solución adoptada, consistente en asimilar ambos conjuntos de sociedades, nos parece equivocada. En uno de los grupos, tenemos una forma permitida por la ley, y en el otro, una organización que la infringe. ¿Puede decirse que es lo mismo una cosa que la otra?

El error parece provenir de la idea de que es una solución económica y valiosa regular de un mismo modo a las sociedades libres y a las sociedades defectuosas. Desde ya señalamos que no pretendemos controvertir esta posición ni vemos nada criticable en el hecho de que se apliquen a las sociedades defectuosas las normas de las sociedades simples. Pero una cosa es aplicarles las reglas de un determinado grupo societario, y otra distinta sostener *que se trata de la misma cosa*, del mismo modo que *si decidiéramos aplicar a las sociedades defectuosas las reglas de la Sección I del Capítulo II, no por ello cabría sostener que se trata de sociedades colectivas*. No es lo mismo decir que una sociedad defectuosa es “una sociedad de la Sección IV”, y otra diversa declarar que a este conjunto de sociedades se les aplicarán las normas de la susodicha sección.

Pero también advertimos una cierta inconsecuencia metodológica. Actualmente, las sociedades que se rigen por las disposiciones de la Sección IV, se encuentran reguladas *dentro y fuera* de dicha sección. El art. 21 L.G.S. –que encabeza la Sección IV– dice que se rigen por esta sección “la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, (la que) que omita requisitos esenciales o (aquella) que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley”. Y el art. 17 –que integra la Sección III– sostiene que las sociedades constituidas con arreglo a lo dispuesto en el capítulo II, pero que infrinjan las reglas del tipo, quedan igualmente regidas por lo dispuesto en la Sección IV.

De este modo, la ley consagra la existencia de: (a) Sociedades defectuosas que son “sociedades de la Sección IV” (por omisión de requisitos esenciales o por incumplimiento de formalidades legales, incluidas en el art. 21) y (b) Sociedades defectuosas “a las que se les aplica la Sección IV” (por omisión de requisitos tipificantes o inclusión de elementos incompatibles con el tipo elegido, que son las mencionadas por el art. 17, que integra la Sección III: “Del régimen de nulidad”).

No sabemos por qué motivo se regularon sociedades defectuosas *dentro y fuera* de la Sección IV. Podría pensarse que esta solución se origina como derivación del viejo régimen, ya que en la redacción original de la ley, las sociedades atípicas estaban tratadas en el art. 17 (como ahora), y las sociedades no constituidas regularmente en la vieja Sección IV (como también ahora), aunque tampoco estamos seguros de que esta fuera la razón, ya que, contrariamente a ello, las sociedades que hubieran omitido requisitos esenciales, estaban anteriormente reguladas en el art. 17, y ahora pasaron a ser tratadas en el art. 21, es

decir que su regulación cambió no sólo de artículo sino de sección, pues de ser tratadas dentro del “régimen de nulidad”, pasaron a considerarse “sociedades de la Sección IV”.

A nuestro juicio, lo adecuado sería regular a todas las sociedades defectuosas en una misma norma y por separado de las sociedades simples (como sucede en el caso de las sociedades atípicas, no obstante que se pueda disponer la aplicación a las mismas de las reglas de la Sección IV). Del modo en que se ha regulado a las sociedades defectuosas provoca, a un mismo tiempo, un problema metodológico, y también una contradicción, pues la cuestión se trata de dos modos diversos sin explicación aparente.

Los socios de una sociedad libre, exteriorizan frente a los terceros interesados, que han decidido no atarse a los estereotipos del capítulo II. En cambio, una sociedad defectuosa incumple la ley, sea omitiendo requisitos que la ley manda cumplir, proclamando una actuación bajo los principios de los tipos legales, pero infringiendo los mismos, o bien omitiendo las formalidades legales que convierten a la sociedad en regularmente constituida, conforme el art. 7 L.G.S. Es decir, que estas sociedades defectuosas, actúan bajo apariencia de una sociedad típica, regularmente constituida, y el legislador debe tomar nota de ello, pues la apariencia es un principio basilar del derecho mercantil, y estas sociedades aparentan ser sociedades típicas, cuando en verdad no pueden producir los efectos legales del tipo, generando igualmente confusión sobre el régimen de responsabilidad de sus socios². Razonando de este modo se provoca la impresión de que da lo mismo cumplir con la ley que apartarse de la misma. Esta sola razón hace inconveniente la asimilación, pues no parece una buena política legislativa, sostener que es lo mismo constituir una sociedad con la libertad que otorga el legislador, a constituir una sociedad aparentando ajustarse a normas que se infringen.

2. Quid de la sociedad simple y la sociedad defectuosa. Precisando el contenido de ambos conjuntos

Conviene intentar delimitar los límites de ambos grupos, tema que, si bien, en principio parece no ofrecer dificultades, merece algunas aclaraciones.

² Cabe exceptuar de la crítica realizada a la sociedad de hecho, que es una organización muy ampliamente difundida y empleada, y con un funcionamiento que es bien conocido por la comunidad, que por ende no conlleva riesgo de confusión o desconocimiento acerca de su funcionamiento.

2.1.- Atipicidad por defecto en el tipo y deliberado apartamiento de los tipos previstos en el Capítulo II

A priori una sociedad simple, constituida sin sujeción a los tipos legales, puede definirse como aquella en la cual una o más personas, sin sujetarse a los requisitos que establecen los tipos del Cap. II, celebren un acto en el cual, concurren los elementos que permiten definir la existencia de una sociedad, es decir; se establezca la obligación de realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Sin embargo, no obstante ser así, debe observarse que esa misma definición puede ser aplicada a una sociedad de aquellas previstas en el art. 17 de la ley, es decir, una sociedad donde ha mediado omisión de requisitos “tipificantes” o la incorporación de elementos incompatibles con el tipo legal, que “no produce los efectos del tipo”. Es evidente que, por más que en un caso nos hallamos frente a una sociedad constituida libremente de acuerdo a la facultad prevista por el legislador, definida en el art. 21, en el otro nos situamos frente a una sociedad “defectuosa”, a la que se refiere el art. 17 de la ley.

Esta convergencia puede traer algunas dificultades, por ejemplo, para delimitar el ámbito de las sociedades “subsanales” por aplicación del art. 25 de la ley, que admite la subsanación por vicio de atipicidad, pero que no tiene prevista la subsanación de la sociedad simple³ que carece de vicio alguno. No hay entre ambas categorías una diferencia de sustancia, en el sentido de que, en ambos supuestos, nos hallamos frente a sociedades “atípicas”. La diferencia estará en la finalidad tenida en mira por los socios: en un caso habrán querido constituir una sociedad típica, y en el otro no. Y si se pretendió constituir una sociedad típica, las divergencias con el tipo serán, normalmente, poco significativas: el contrato tendrá la apariencia de incluir las reglas de una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima, además de que este propósito será igualmente explicitado en el texto del instrumento constitutivo. Nada de ello sucederá en el caso de aquellos contratos concebidos con apartamiento de los tipos legales, por más que muchas de sus cláusulas guardarán similitud con las correspondientes a alguno de los tipos regulados en la ley.

³ El art. 186 de la RG IGJ 07/2015, admite (a nuestro juicio en contra del texto legal) la “subsanaación” de la sociedad civil, que no tiene vicio alguno.

2.2. La sociedad simple no debe cumplir con los denominados requisitos esenciales

El art. 21 regula actualmente tanto a la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II como a la que omita requisitos esenciales. Con respecto a la naturaleza de estos requisitos, y por más que existen diversas opiniones sobre este tema, no parece dudoso sostener (en particular, luego de las reformas introducidas en 2015) que la ley está aludiendo a los requisitos contenidos en el art. 11.

Estos requisitos, en nuestra opinión, no resultan de aplicación para las sociedades simples, más allá de que puede ser muy conveniente que consten en el contrato. Sin embargo, el instrumento que no los contenga no es pasible de observación alguna, ni puede ser tildado de defectuoso, ya que los elementos del art. 11, no son “esenciales” en sentido estricto, pues únicamente lo son aquellos contenidos en el art. 1º de la ley. La omisión de los primeros no es cuestión que se vincule con los tipos de la ley ni con la apariencia, y no hay razón para extender su exigencia a las sociedades simples.

2.3. La sociedad simple no tiene requisitos de forma

Más allá de algunas vacilaciones iniciales, parece evidente que la sociedad simple no se inscribe ni debe cumplir otras formalidades, de donde se infiere que la noción de “regularidad societaria” le resulta totalmente ajena.

De acuerdo a lo expuesto, nosotros pensamos que la sociedad simple es una forma asociativa constituida con deliberado apartamiento de los tipos legales, no sometida a otras exigencias que los elementos del art. 1º de la ley, ni tampoco a formalidades legales. Inversamente, una sociedad típica, además de cumplir las reglas del tipo, debe contener los requisitos esenciales (art. 11) y someterse a las formalidades legales (art. 7). *El concepto de sociedad defectuosa sólo cabe respecto de una sociedad típica*, que omitió requisitos esenciales (del art. 11), requisitos tipificantes (del cap. II de la ley) o formalidades legales, que a nuestro juicio, sólo aplican a las sociedades, que en el texto derogado se definían como “sociedades de los tipos previstos en la ley no constituidas regularmente”, pues las sociedades de hecho, a tenor de lo expuesto, deben considerarse como una variante de sociedad simple.

3. Regulación de las sociedades simples

La apariencia de las sociedades defectuosas, como sociedades típicas y regulares, justifica hacer un distinguo entre ellas y las sociedades constituidas libre-

mente. En estas últimas, su apariencia coincide con su realidad: la comunidad conoce de su apartamiento de los tipos legales, y sabe por ende que su regulación se encuentra establecida en normas especiales de la ley societaria y en el propio contrato. Nada debe censurarse acerca del funcionamiento que los socios decidieron otorgarse, puesto que no ocasiona inseguridad de ninguna índole.

Lo expuesto puede hacerse extensivo a las sociedades de hecho, ya que nada hay, en estas sociedades, que pueda generar confusión acerca de la naturaleza y alcances de su organización. Si bien constituye una categoría de sociedad carente por completo de instrumentación, esto no conlleva riesgo alguno para quienes se relacionan con la misma, pues se trata de un esquema ampliamente utilizado y conocido (el más empleado tradicionalmente entre nosotros, junto a la SRL y la anónima). Desde este punto de vista, no existe óbice para que se la incluya en un mismo grupo con las sociedades simples instrumentadas, grupo al que naturalmente pertenecen, pues al carecer de organización jurídica, son igualmente sociedades “constituidas sin sujeción a los tipos del cap. II”, ajustándose a las reglas de este grupo.

Debe mantenerse la regulación de las sociedades simples en forma separada de las sociedades con vicios, conservando sustancialmente la regulación prevista por la actual Sección IV, con estas ampliaciones y modificaciones: a) Eliminar de la definición del art. 1° de la ley, la referencia a los tipos legales, en tanto que la tipicidad ha dejado de ser un elemento esencial de las sociedades⁴; b) Disponer la aplicación de pleno derecho del régimen de las sociedades simples a las sociedades civiles constituidas de acuerdo con el derogado Código Civil⁵; c) Aclarar que lo dispuesto en el art. 7 sólo resulta aplicable a las sociedades constituidas de acuerdo a los tipos previstos en el cap. II de la ley; e) Modificar el alcance de la responsabilidad del art. 24, volviendo al régimen de la sociedad civil⁶; d) Disponer la aplicación supletoria de las normas de la sociedad colectiva⁷.

⁴ Tal como lo proponían los proyectos de 1993 y 1998. “Hay sociedad cuando dos o más personas en forma organizada, se obligan a realizar aportes...” etc. En los fundamentos del proyecto 1998 se indicó que se eliminó la referencia a los tipos legales, “pues dicho giro legal aparecía como impropio, desde que la propia ley reconocía sociedades sin una tipificación estricta (la sociedad de hecho o irregular).”

⁵ Como lo establecían los proyectos de unificación de 1993 (art. 5) y 1998 (art. 10): “las actuales sociedades civiles quedarán regidas por los arts. 21 a 26 de la ley 29.550, con el contenido previsto en el anexo II, y por las disposiciones generales de dicha ley de dicha ley, conservando su personalidad jurídica sin solución de continuidad”.

⁶ *Supra*: “5. Responsabilidad”.

⁷ Cf. proyectos de 1993 y 1998, que preveían que “Se aplican a estas sociedades (es decir, a las reguladas por la Sección IV) las disposiciones generales de este capítulo, y supleto-

4. Regulación de las sociedades defectuosas

4.1. *Sociedades que omitieron requisitos tipificantes o incluyeron elementos incompatibles con el tipo elegido*

Tanto en este supuesto como en el caso de las sociedades simples, no se cumplen con las reglas del tipo, pero en este caso la atipicidad es involuntaria, pues los socios pretendieron constituir una sociedad de alguno de los tipos del capítulo II. Además, por regla general, siendo que la atipicidad resulta de circunstancias fortuitas, el contrato presentará –normalmente– la apariencia de regular una sociedad típica, pues el defecto será probablemente circunscripto, lo que agrava el riesgo de confusión para el público, que puede, razonablemente suponer que se está actuando frente a una sociedad anónima o SRL o cualquiera otro de los tipos previstos en el Capítulo II. Nótese, por otro lado, que no obstante que el art. 17 L.G.S. predica, para este caso, la inaplicabilidad de las reglas del tipo, esta norma encuentra su contrapeso en el art. 22, que permite invocar el contrato no sólo entre socios sino respecto de los terceros que lo conocieron al tiempo de contratar. De modo que, si una regla propia del tipo hubiera sido incluida en el contrato, sería oponible entre socios y respecto de terceros. Los efectos del tipo que no han de producirse son sólo aquellos que el contrato no ha previsto expresamente. Pero esta excepción podría también ser dejada sin efecto, bastando para ello incluir una disposición en el contrato indicando que rigen para esa sociedad todas las reglas y los efectos propios del tipo. En este caso la obligatoriedad de las reglas no tendría su fuente en la ley, sino en el contrato. Va de suyo que este sistema se encuentra plagado de inseguridades, y será bueno disponer mecanismos que permitan superarlo con la mayor agilidad.

4.2. *Sociedades de los tipos previstos en la ley que incumplieron requisitos esenciales o formalidades legales*

En el caso de las sociedades irregulares, o sociedades típicas que omitieron algún elemento esencial, nos hallamos nuevamente ante sociedades típicas defectuosas, a las cuales tampoco se aplican las reglas del tipo, pues se rigen por la Sección IV. Pero su actividad puede inducir a confusión a los terceros, que pueden desconocer esta situación.

riamente lo dispuesto para las sociedades colectivas con las modificaciones establecidas en esta sección” (art. 22).

La similitud de los efectos de este subgrupo y el anterior, nos lleva a proponer su unificación en el art. 17, sin perjuicio de que se apliquen en general a todo el grupo las disposiciones de la Sección IV.

5. Responsabilidad

Con el nuevo art. 24, se introdujo un tipo de responsabilidad anteriormente desconocido en la ley: Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales. Se dijo que ello obedecía a la necesidad de conservar la responsabilidad que tradicionalmente correspondía a los socios de las extintas sociedades civiles. Este argumento no es totalmente exacto, pues en el complejo régimen derogado de estas sociedades, los socios, a la postre, respondían con todo su patrimonio ya que respondían subsidiariamente por la porción de los socios insolventes ⁸.

5.1. La naturaleza informal de las sociedades simples, así las dificultades que pueden tener los terceros al momento de indagar la composición patrimonial de las mismas, frente a la inexistencia de registración, lo que se agrava en el caso de las sociedades de hecho, justifica, a nuestro juicio, restablecer el esquema de responsabilidad que la ley había adoptado para las sociedades civiles, que tiene una muy extendida tradición histórica, manteniendo la garantía de todos los socios frente al acreedor en caso de insolvencia de uno de ellos ⁹.

5.2. Esta regla de responsabilidad nos parece inaplicable a las sociedades defectuosas, que revisten la apariencia de sociedades típicas. En tanto violan las reglas del tipo que los socios decidieron adoptar, o infringen de otro modo la ley, no parece aconsejable establecer un patrón de responsabilidad mínima más leve que el previsto para algunos de los tipos previstos en el capítulo II. Se propone por ende establecer particularmente para estas sociedades la responsabilidad de las sociedades colectivas.

⁸ Así resultaba de lo dispuesto en los arts. 1713, 1731, 1747, 1750 y 1751 del Código Civil que establecían un régimen de responsabilidad directa por la porción viril y subsidiariamente ilimitada por la porción de los socios insolventes, a diferencia del sistema establecido por el art. 24 L.G.S.

⁹ La responsabilidad simplemente mancomunada es un sistema extraño a la ley de sociedades, y quizá sería más claro eliminarlo y aplicar a las sociedades simples directamente el régimen de responsabilidad de las sociedades colectivas. Pero esta solución es difícilmente aplicable, pues agravaría la tradicional responsabilidad de los socios de sociedades civiles, por lo que se concluye en la conveniencia de proponer el mantenimiento del sistema que preveía el Código Civil.

Quedan expuestas las razones por las que se propicia regular a las sociedades libres y sociedades de hecho de modo unificado, y por separado a las sociedades que defectuosas, aplicando a éstas las reglas de las anteriores, con las adecuaciones que han sido anteriormente expuestas.