

LA OMISIÓN DE ELEMENTOS ESENCIALES NO TIPIFICANTES NO SIEMPRE HACE APLICABLE LA NORMATIVA DE LA SECCIÓN IV

Ricardo L. Gulminelli

I. SÍNTESIS DE LA PONENCIA:

“Cuando se omitiera uno o más requisitos esenciales NO tipificantes: la sociedad sólo estaría encuadrada en la Sección IV de la ley 19559 y por ende sólo sería aplicable el Sistema de Subsanción y de Disolución previsto en el art. 25 L.G.S. cuando para superar dicha carencia fuera indispensable lograr consenso. O sea, cuando la falta del requisito esencial no tipificante no pudiera ser integrado simplemente por la declaración de cualquiera de los socios.” Sería conveniente una reforma de la ley que esclareciera esta situación.

II. Fundamentos de la ponencia:

*La ley 26994 sustituyó el artículo 17 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984 que decía: “Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. **Artículo 17.** Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”, por el siguiente: **Artículo 17.-** Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal.*

En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.

Aquí tenemos una diferencia fundamental con el régimen anterior. En el texto anterior, se incluía un apartado que ya no existe y que preveía un sistema atemperado para el caso de ausencia de requisitos esenciales no tipificantes. El mismo decía: “La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”.

En el actual sistema, que reemplaza la nulidad por el sometimiento al régimen de la Sección IV, más que nunca se hace imprescindible distinguir dos clases bien diferenciadas de requisitos esenciales. Algunos son tipificantes y otros no. Los primeros son los que determinan las características de un tipo social. Por ejemplo, no podría existir una Sociedad Anónima que no tuviera acciones o que en lugar de ellas tuviera cuotas. Tampoco podría existir una sociedad anónima que no tuviera directorio o que no realizara asambleas o que tuviera prohibido en su estatuto incorporar una sindicatura. De la misma manera, no podría existir una S.R.L. que no tuviera el capital representado en cuotas. En cambio, los requisitos esenciales no tipificantes son los que se mencionan en el art. 11 de la ley de sociedades, tales como el nombre, domicilio, nacionalidad, edad, número de documento, de los socios, nombre de la sociedad, plazo, etc. La pregunta a formular es: *¿Los requisitos esenciales tipificantes quedaron asimilados a los tipificantes?* Se debe obrar con cuidado al responder porque las consecuencias implicadas son graves. Por ejemplo, ¿la falta de algún dato personal de las partes se podría calificar como carencia de un elemento esencial no tipificante? *¿Esto significaría que la sociedad se pasaría a regir por la normativa de las sociedades que podríamos llamar “residuales”?* Cuesta aceptar que la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante tenga la consecuencia de implicar a la sociedad en el régimen de la Sección IV. Sin embargo, los textos de la reforma permitirían concluir que están también comprendidas –sin distinción alguna– las sociedades que carecieran de elementos esenciales NO tipificantes. Esto se puede inferir porque la falta de requisitos esenciales no tipificantes también hace aplicables las normas de la sociedad residual, según surgiría de la norma del Artículo 25 del texto reformado que nos habla de “Subsanación” y de “disolución”, refiriéndose a las sociedades incluidas en esta Sección IV.

En la norma del art. 25 L.G.S. se dice que la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, de la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. Esta redacción parece sugerir el siguiente razonamiento: Si la omisión de requisitos esenciales no tipificantes puede subsanarse por los socios y subsidiariamente por el juez, habría que deducir que esta carencia habría causado que la sociedad YA estuviera en el régimen de la Sección IV. De la redacción de la norma citada, cabe inferir que eso es lo que se indica.

El texto de la reforma es muy criticable porque si por ejemplo faltaran los datos del documento de alguno de los socios en el acta constitutiva de una Sociedad Anónima, sería absurdo que se le aplicara el régimen de las sociedades no tipificadas. Lo más lógico, me parece, sería permitir que la sociedad siguiera actuando normalmente y que se permitiera la corrección de esta deficiencia, por ejemplo, denunciando el dato faltante. Es un punto que ha quedado oscuro.

Menciona Benseñor también similar crítica, haciendo hincapié en los defectos de la redacción y preguntándose si se deben incluir o no las sociedades que carezcan de requisitos esenciales no tipificantes en el sistema de la Sección IV. Concluye Benseñor que *“Como se observa, el rango hermenéutico es amplio, pero si a esta altura tendríamos que apreciar alguna conclusión ésta debe ser la de considerar que las sociedades que solamente omitan requisitos esenciales no tipificantes también están incluidas en esa sección y sometidas a sus disposiciones, ya que de lo contrario no tendrían consecuencia alguna. Partiendo de la base que esta consideración es la que más se ajusta al texto proyectado, las sociedades que solamente omitieran requisitos esenciales no tipificantes quedarían en pie de igualdad de trato con las sociedades atípicas”* (sic).

Si bien comparto la postura crítica que plantea Benseñor, creo que es factible una interpretación superadora. En primer lugar, cabe hacer algunas precisiones respecto al sistema instaurado por la ley 26994 en relación al punto que analizamos ¹. Creo que la solución se puede encontrar a través del régimen de subsanación que se establece en el art. 25 L.G.S. Es cierto que *en esta norma se incluyen a las sociedades que omitan requisitos no tipificantes*, previendo que se pueden subsanar a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. Pero si bien la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo, esta solamente se aplicaría cuando no hubiera acuerdo unánime de los socios, lo que importaría reconocer que sólo quedan implicadas las situaciones que únicamente se pueden superar mediante el consenso de los socios. Pero la omisión de algunos requisitos esenciales no tipificantes, **no requieren** dicho acuerdo porque simplemente se pueden acreditar. En estos casos, sostenemos que la sociedad no llega a ser regida por las normas de la Sección IV. Por ejemplo, si lo que faltara fueran los datos personales de un socio, se debería admitir que lisa y llanamente cualquier socio lo acreditara a los fines de que se incorporara en el contrato, quedando la sociedad –mientras tanto- regida en todo por las normas de su tipo. No se advierte para qué se requeriría acuerdo unánime en dicho supuesto o por

¹ El Dr. Norberto Rafael Benseñor en un artículo publicado en <http://www.pensamiento-civil.com.ar/doctrina/815-reforma-del-codigo-civil-y-comercial-unificacion-legislativa-regimen>

titulado Reforma del Código Civil y Comercial Unificación Legislativa Régimen Societario. Principales Características, dice: “El Proyecto de Ley General de Sociedades mantiene el principio de tipicidad, ya que el art. 1 configura la existencia de la sociedad cuando se adopta uno de los tipos previstos. Sin embargo, según el nuevo ordenamiento, la violación del régimen de tipicidad no ocasionará la nulidad de la sociedad, como efectivamente lo dispone el actual art. 17 cuando indica que es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. Sustantivamente diferente, el texto proyectado dispone: “Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Artículo 17.- Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.” Este artículo se aplica a todas las sociedades que al constituirse no adoptaran alguno de los tipos previstos en el Capítulo II o que de hacerlo, omitan requisitos esenciales tipificantes o incluyan elementos incompatibles con el tipo legal adoptado. En cualquiera de estos supuestos, la sociedad constituida no producirá los efectos propios del tipo, sino que se regirá por las disposiciones de la Sección IV. Adviértase que la solución que brinda el proyecto implica excluir la atipicidad del régimen de la nulidad y su consecuente liquidación. Ahora bien, si la sociedad constituida conforme a uno de los tipos previstos, cumple con los requisitos propios, pero omite elementos esenciales no tipificantes (como por ejemplo los del art. 11), el régimen vigente (art. 17 segunda parte) hace anulable el contrato, vicio que podrá subsanarse mientras no medie impugnación judicial. No encontramos, dentro de las disposiciones del modificado art. 17, referencia alguna a tales elementos, lo cual podría llevarnos a suponer que, si la omisión solo comprendiera a éstos últimos, la sociedad produciría, efectivamente, los efectos propios del tipo. Sin embargo, el art. 21 del proyecto somete a las reglas de la Sección IV a las sociedades atípicas, a las que omitan requisitos esenciales y a las que no cumplan con las formalidades exigidas. La armonización de ambos artículos no está exenta de dificultades. El modificado artículo 21 coloca bajo las disposiciones de la Sección IV a las sociedades que omiten requisitos esenciales, sin aclarar si son tipificantes o no. Para dilucidar la duda planteada, sostengamos en primera instancia que si la frase no distingue, tampoco deberíamos distinguir nosotros y por lo tanto, ambas estarían comprendidas. Siendo así, en punto a consecuencias por la carencia, no existirían diferencias entre las que omitan requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes y ambas generarían efectos similares al quedar bajo el régimen común del art. 21 y ss. Por otra parte, podríamos inclinarlos por sostener una postura contraria, argumentando que la omisión de requisitos esenciales no tipificantes no debiera someter a esta sociedad al régimen de la Sección IV, ya que su situación es distinta en comparación con la atípica, ya que al menos se cumplen las reglas del modelo social. Sin embargo esta interpretación, se encuentra con el escollo que presenta el art. 25 del Proyecto cuando al regular el procedimiento de subsanación dice que, en el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. Esta redacción reedita la duda acerca de si una sociedad que omite requisitos esenciales no tipificantes está comprendida en la

qué aplicar el sistema de la Sección IV. Distinto sería si se hubiera omitido el plazo por ejemplo porque en tal supuesto, habría que pactar uno. Pero cuando se tratara solamente de datos preexistentes, no deberían estar los socios prisioneros de una norma absurda que de ser aplicada, implicaría un cambio esencial del régimen de responsabilidad que les correspondería y otras consecuencias gravísimas. Esta interpretación, creo que se puede sostener de lege lata por las razones indicadas.

Por similares motivos, lo mismo se debería concluir respecto a la posibilidad de pedir disolución de la sociedad, prevista en el último apartado de la norma. La ley establece que cuando exista acuerdo unánime se puede evitar que la sociedad se disuelva. Pero esta posibilidad se daría sólo si se considerara a priori que ya la sociedad estuviera incluida en la Sección IV. Creemos que cuando no fuera necesario el acuerdo unánime para superar la carencia de un elemento esencial no tipificante, la sociedad no llegaría a estar encuadrada en dicha Sección. Nunca se debería considerar que una sociedad ingresara a la Sección IV sólo porque le faltara un requisito esencial no tipificante que pudiera ser integrado por cualquier socio. Sostenemos que en estos casos, sólo se aplicaría el régimen de la Sección Cuarta cuando fuera necesario lograr consenso y no en los casos en los cuales la carencia se pudiera solucionar proporcionando un dato previo ya existente e inequívoco. En síntesis: cuando por la índole del requisito esencial no tipificante que hubiera faltado mencionar se pudiera simplemente declararlo y acreditarlo por cualquiera de los socios, seguiría rigiendo plenamente el régimen aplicable al tipo y no regiría por tanto el sistema de subsanación ni de disolución establecido en el art. 25 L.G.S.

sección IV o si por el contrario sólo lo están las sociedades atípicas y las que no cumplan las formalidades legales impuestas, las que pueden subsanar todo tipo de requisitos esenciales, tipificantes o no, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido, o la omisión de requisitos formales sin abarcar aquellas que solamente omiten requisitos no tipificantes. Como se observa, el rango hermenéutico es amplio, pero si a esta altura tendríamos que apreciar alguna conclusión ésta debe ser la de considerar que las sociedades que solamente omitan requisitos esenciales no tipificantes también están incluidas en esa sección y sometidas a sus disposiciones, ya que de lo contrario no tendrían consecuencia alguna. Partiendo de la base que esta consideración es la que más se ajusta al texto proyectado, las sociedades que solamente omitieran requisitos esenciales no tipificantes quedarían en pie de igualdad de trato con las sociedades atípicas.”