

**PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA FLEXIBILIZAR EL
RÉGIMEN DE SOCIEDADES IRREGULARES Y DE HECHO,
COMPATIBILIZÁNDOLA CON CASOS DE NULIDAD Y
CON LAS SOCIEDADES EN FORMACIÓN**

RICARDO LUDOVICO GULMINELLI

PONENCIA

Se recomienda el siguiente texto para los arts. 21 y ss. de la LS de las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos.

“Las sociedades de hecho y aquellas instrumentadas en una forma claramente extraña a los tipos previstos en esta ley que tengan objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que se tornaran irregulares, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección”.

Art. 22. Duración. Cuando no se hubiera estipulado por escrito el plazo de duración de la sociedad, cualquiera de los socios podrá pedir su disolución. Ésta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente tal decisión a todos los consocios y a la sociedad. Los demás socios, siempre y cuando representen la mayoría de éstos, pueden optar por continuar con la sociedad, abonándole al saliente o a todos los salientes, su participación de conformidad con lo dispuesto por el art. 92 de esta ley.

La transferencia de la parte social, la exclusión o el retiro de socios, debe inscribirse en el Registro de la Autoridad Registral competente, para producir efectos contra terceros.

Adopción de un tipo legal. Sin perjuicio de la opción mencionada en el primer apartado de este artículo, cuando se tratare de las sociedades mencionadas en el art. 21 de esta ley, en cualquier momento la mayoría de socios podrá decidir adoptar uno de los tipos previstos en la misma. Serán aplicables los arts. 74 a 81, en lo que sea compatible. Las sociedades civiles podrán invocar también el beneficio conferido en este apartado.

Subsanación. Cuando la sociedad hubiera sido constituida por escrito con adecuación a un tipo, la omisión de requisitos esenciales, sean tipificantes o no tipificantes, o la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido, puede subsanarse

en cualquier momento durante el plazo de duración de la sociedad previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación podrá ser ordenada judicialmente por procedimiento sumarisimo. En caso de ser necesario, el juez podrá suplir la falta de acuerdo estableciendo la cláusula contractual que a su criterio resulte adecuada. Ésta, no podrá agravar la responsabilidad de los socios si éstos no la consintieran expresamente.

El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez días de quedar firme la resolución judicial, aplicándose el art. 92.

Art. 23. Responsabilidad de los socios y oponibilidad de las normas contractuales a terceros. Los socios quedarán ilimitada y solidariamente obligados por las operaciones sociales, pudiendo invocar el beneficio del art. 56. Solamente serán oponibles a los terceros aquellas estipulaciones contractuales que se probara conocían efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. Los terceros podrán invocar el contrato contra la sociedad, los socios y los administradores.

Art. 24. La representación de la sociedad se rige por lo pactado en el contrato y supletoriamente por los arts. 127 a 130.

Los terceros a quienes resulte inoponible lo dispuesto en el contrato, conforme con el art. 23, último párrafo, pueden invocar contra la sociedad los actos realizados en representación de ella por cualquiera de los socios.

Art. 25. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, incluso la indiciaria.

Cuando no se hubiera pactado en el contrato la parte societaria de cada socio, el juez establecerá la participación que le toca a cada concubino en base a las aportaciones efectivas, pudiendo valorizarlas con un criterio de equidad, habida cuenta de las circunstancias, utilizando un criterio de prudencia y moderación.

Art. 26. Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios. Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad típica regular.

Bienes registrables. La sociedad podrá adquirir bienes registrables acreditando ante el registrador su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirmen ser sus socios, instrumentado en escritura pública o en instrumento privado con firmas autenticadas ante un escribano público.

FUNDAMENTOS

Durante el año 1994, a pedido de un organismo oficial, estuvimos trabajando en colaboración con Lilia Gómez de Bacqué y con el Dr. Eugenio Tschelakow, con instrucciones precisas de realizar una revisión crítica de la Ley de Sociedades. Se nos pidió que elaboráramos propuestas de reforma que luego serían sometidas a debate.

La presente ponencia, reconoce como directo antecedente el citado estudio conjunto. Pese a lo expuesto, no debe presuponerse que existe conformidad de Lilia Gómez de Bacqué y de Eugenio Tschelakow, más allá de los límites del trabajo originario.

Nuestra propuesta importa una modificación parcial, aunque sustancial, al régimen de las sociedades irregulares y de hecho. En lo esencial, no hemos querido desnaturalizar un sistema tradicional, que aunque rígido y severo, hasta ahora ha permitido regular una difícil problemática y es resultado de muchos años de elaboración doctrinaria y jurisprudencial. No ignoramos que existen tendencias que apuntan a derogar este régimen pero nos parece que no es el momento de suprimir su estructura básica, aunque no desconocemos que quizás, dentro de algunos años cuando sea bien trabajada esta temática y se arraiguen otras ideas en nuestra comunidad, tal cambio pueda concretarse. Mientras tanto, al sugerir que se derogue la normativa que establecía para las sociedades irregulares, la inoponibilidad entre los socios de las defensas y derechos nacidos del contrato social, entendemos que se da un paso muy grande en pos de la eliminación de las diferencias entre sociedades civiles y comerciales no típicas. Más es así, cuando proponemos que la falta de elementos tipificantes puede ser saneada y que como resultado de la nulidad, resulten aplicables las normas de los arts. 21 a 26 de la LS:

Nos mantenemos dentro del campo del derecho comercial, renovando el sistema y haciéndolo más compatible con el derivado del derecho común. Lo dicho no implica una tendencia a propiciar la personalización de las relaciones de hecho. En este sentido, seguirán rigiendo los principios calificadorios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia durante décadas de intensa labor. Nos ha parecido conveniente resguardar las particularidades de la sociedad comercial, imponiendo la responsabilidad ilimitada y solidaria. Para insistir en este planteo, hemos tenido en cuenta fundamentalmente la necesidad, incentivada en el área mercantil, de proteger a los terceros. Por otra parte, manteniéndose la tipología societaria clásica, sigue siendo conveniente mantener las ventajas de la limitación de la responsabilidad para determinados tipos societarios.

Finalmente, cabe decir que en el actual régimen del Cód. Civil, si bien en principio la responsabilidad de los socios es mancomunada, en definitiva se difunde respecto de los demás, en la medida que exista insolvencia de alguno de los integrantes de la sociedad. En suma, vemos que aún en el derecho común se han tomado recaudos en cuanto a la responsabilidad de los socios, protectores de los terceros.

Nuestra propuesta, implica que debe separadamente diferenciarse con claridad la sociedad irregular de la sociedad en formación, lo que debe ser considerado presupuesto de esta ponencia. En ese sentido, estimamos que cuando se ha abandonado el iter constitutivo y existe un consentimiento calificado de los socios de seguir girando en el plano de la irregularidad, deben aplicarse las normas que ahora analizamos.

Creemos que no basta con decir, como ahora dice la ley, que la normativa de los arts. 21 a 26 se aplica a las sociedades de los tipos no autorizados que no se constituyen regularmente. Esta formulación resultaría comprensiva también de la sociedad en formación, lo que no se compadece con la normativa societaria, contenida en los actuales arts. 183 y 184 de la LS. Es fundamental indicar claramente la diferencia entre estas dos figuras, porque el campo de la irregularidad se ha reducido en beneficio del correspondiente a la sociedad en formación. Sugerimos también la reforma al art. 7° y ya indicamos cuáles deben ser las pautas que hacen que se considere que una sociedad en formación se ha tornado irregular.

Arts. 22, 23 y 24. Siguiendo una muy importante doctrina y jurisprudencia cautelar, y líneas trazadas en los anteproyectos de reforma sobre la materia, recomendamos la reforma del art. 23 apartado segundo que actualmente no permite oponer entre los socios las defensas y derechos nacidos del contrato social. Esta excepción al art. 1197 del Cód. Civil no parece justificada en un régimen de plena libertad y en el plano de la licitud. Del mismo modo, para darle efecto residual a la figura que tratamos, resulta imprescindible que los socios puedan invocar las normas del contrato respecto a los terceros que las conocieran, resguardando así el principio de buena fe contractual. Esto tiene especial importancia con relación a las reglas de representación. Consideramos que el marco resultante del vigente art. 24 es demasiado amplio y genera riesgos injustificados sobre la persona de los socios y de la sociedad. No se advierte la razonabilidad de otorgarle representatividad a cualquiera de los socios, cuando el tercero está en conocimiento de las estipulaciones internas que se la confieren a uno o a alguno de ellos.

Como se indica más arriba, al reformar el art. 23, apartado segundo, se ingresa en un derrotero sin retorno. Necesariamente, debe analizarse:

- a) Qué operatividad cabe darle al plazo social. La estipulación que lo establece, siguiendo el principio adoptado de oponibilidad de los derechos del contrato entre partes, no deja de ser una estipulación más. Por una parte nos vemos obligados a seguir el principio elegido: el respeto de la voluntad de los contratantes. Por la otra, nos enfrentamos con la norma del actual art. 22 que impone la regularización cuando lo decide la mayoría de los socios, o bien la disolución si ésta no se lograra. Para guardar la coherencia sistemática, proponemos que cuando no exista plazo fijado, sea respetado el régimen de la ley presente. En cambio, cuando los socios hayan establecido un plazo de duración, el mismo deberá respetarse, salvo que la mayoría optare por adoptar alguno de los tipos previstos, aplicándose el régimen de regularización.
- b) La propuesta de reforma mencionada en esta ponencia, hace razonable también aclarar expresamente la capacidad de la sociedad para inscribir a su nombre bienes registrables, terminando la polémica que doctrinariamente se suscitara en relación al art. 26 *in fine*. Esto ha sido además, sugerido en un reciente Anteproyecto.

- c) Como indicáramos en el inicio, nos ha parecido conveniente resguardar las particularidades de la sociedad comercial, imponiendo la responsabilidad ilimitada y solidaria. Para insistir en este planteo, hemos tenido en cuenta fundamentalmente la necesidad, incentivada en el área mercantil, de proteger a los terceros. Por otra parte, manteniéndose la tipología societaria clásica, sigue siendo conveniente mantener las ventajas de la limitación de la responsabilidad para determinados tipos societarios. Finalmente, cabe decir que en el actual régimen del Cód. Civil, si bien en principio la responsabilidad de los socios es mancomunada, en definitiva se difunde respecto de los demás, en la medida que exista insolvencia de alguno de los integrantes de la sociedad, Cód. Civil). En suma, vemos que aun en el derecho común se han tomado recaudos en cuanto a la responsabilidad de los socios, protectores de los terceros. No obstante lo expuesto, aceptamos la limitación de la responsabilidad cuando la misma ha sido pactada en el contrato de sociedad y el tercero expresa, o tácitamente consiente, esta circunstancia. Esto guarda coherencia con el sistema general propuesto y respeta el principio de buena fe, descartándose el perjuicio a terceros.

En este sentido, proponemos modificar también el art. 24. Como resultado sugerimos también que se admita que las sociedades civiles utilicen la estructura normativa prevista para el instituto de la transformación, para adoptar las formas de las sociedades típicas comerciales.

Art. 25. Recomendamos establecer normas particulares para cuando no surja del contrato la participación de cada socio. Esto puede suceder por omisión o bien porque directamente no exista contrato. Hemos tenido en cuenta fundamentalmente los casos en los cuales se da una relación concubinaria que además pueda ser calificada de sociedad de hecho, conforme con las pautas aceptadas tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia. Se le reconocen facultades al juez para establecer la participación de los socios, lo que resulta más importante con relación a la concubina o al concubino, según los casos. Esto se propone fundamentalmente por razones de equidad, en base a las circunstancias de cada caso. Sin cambiar la sustancia del esquema actual que exige la prueba de aportes, podría servir para morigerar la rigidez del sistema que a veces se torna injusto.

Separada y coherentemente, exigiríamos que la sociedad constituida en el país que careciera de un requisito esencial tipificante deba estar estructurada en general de acuerdo a uno de los tipos previstos en esta ley, porque si el contrato no estuviera ni mínimamente adecuado a un tipo, a nuestro criterio, correspondería aplicar las normas de las sociedades irregulares y de hecho. Esto es lo que sugerimos en el texto exteriorizado.