VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

LA SOCIEDAD IRREGULAR FRENTE A UN PEDIDO DE QUIEBRA

RICARDO J. BELMAÑA y
JOSÉ E. MONTERO

PONENCIA

Razones vinculadas a la seguridad jurídica hacen que el juez, al momento de pronunciarse acerca de la existencia de la sociedad, necesite elementos que reunidos, le produzcan un serio poder convictivo sobre la personalidad del ente ideal. La amplitud probatoria que establece el artículo 25 de la Ley Societaria, no exime a quien intenta acreditar la existencia de una sociedad comercial, de la necesidad de contar con "principio de prueba por escrito". Desde esta perspectiva, proponemos una reformulación de la Ley de Sociedades Comerciales que contemple esta limitación.

FUNDAMENTOS

1. *Sociedad irregular. Caracterización. Prueba*

El actual régimen societario prevé distintas sanciones ante la omisión o incumplimiento de los requisitos que deben observarse al momento de la constitución del ente societario. Así, sanciona con anulabilidad la omisión en la observancia de los requisitos esenciales no tipificantes del contrato social (art. 11 L.S.). Igualmente prevé la nulidad del contrato social ante la inobservancia de los requisitos tipificantes, establecidos en cada tipo social. Por último castiga con la inoponibilidad, la inobservancia de los requisitos que hacen a la forma, impuestos en aras a la protección de los intereses de los terceros: publicidad e inscripción registral.

Numerosas son las teorías que se han ensayado acerca de la naturaleza jurídica del instituto que nos ocupa. Hay quiénes niegan por completo la personalidad jurídica de este ente, no reconociéndole al momento de su funcionamiento, el carácter de un centro de imputación diferenciada respecto de la personalidad de sus integrantes; desestimando todo actuar que pudiera

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

generar algún tipo de derechos y obligaciones imputables al ente abstracto. Pero, en la actualidad la doctrina es consteste en reconocerle personalidad a la sociedad irregular, caracterizándola como una "clase de sociedad o situación de sociedad".[1] Sin Perjuicio de las limitaciones que se le reconocen a este sujeto de derecho, 1) precariedad: en cuanto a que esta sujeta a una causal permanente de disolución art. 22 L.S. "La sociedad de hecho tiene una personalidad jurídica precaria. Esta precariedad viene dada por su debilidad constitucional y la consecuente posibilidad de cualquiera de sus miembros de reclamar la disolución aunque no se haya cumplido el plazo previsto o el objeto para el cual se concertó."[2]; y 2) limitación en cuanto a que no pueden surtir los efectos propios del tipo art. 22 L.S. (limitación de responsabilidad).

Entrando a la diferenciación existente entre las sociedades de hecho e irregulares, es criterio generalmente aceptado en doctrina, aquel que sostiene que la sociedad irregular es aquella que queriéndose constituir conforme uno de los tipos previstos en la ley, omitió la observancia de alguno de los requisitos de forma (publicidad o inscripción), que vienen impuestos como imperativos a los fines de otorgarle regularidad a la sociedad. En cambio reservan la caracterización como sociedades de hecho a aquellas en las cuales la carencia de instrumentación es total (ausencia del contrato constitutivo). En cuanto al tratamiento que la ley de sociedades prevé para ambos supuestos, es idéntico, salvo en caso de liquidación la sociedad irregular se rige por la ley y *lo estipulado en el contrato* "El proceso liquidatorio de una sociedad de hecho deberá llevarse a cabo de acuerdo a las normas que contenga el contrato y supletoriamente la de los arts. 101 y ss. de la ley 19.550".[3]

1.1. **Prueba de la sociedad**

Entendiendo la prueba como "La comprobación Judicial por los medios que la ley establece de la verdad de un hecho controvertido, del cual depende el derecho que se pretende";[4] la normativa legal vigente a los fines de la acreditación, respecto a la existencia de este ente admite cualquier medio de prueba. En nuestro régimen procesal local (confesional, documental, testi-

[1] Conf. ZALDÍVAR, Enrique: *Cuadernos de Derecho Societario*, t. 1, p. 123, Macchi.

[2] CNCom., Sala C, 6/3/90, "Estraviz, Roberto c/Pousa, Héctor, s/sumario", *LL*, 1990-B, 1538.

[3] *Adla*, XXXII-B, 1760. CNCom., Sala B, 7/7/80, "Millara, José c/Matarazzo, Francisco y otros", *LL*, 1980-C, 438.

[4] RAMACCIOTTI: *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, t. 1, p. 592.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

monial, informativa, presuncional, etc.); aunque la doctrina entiende que "la existencia de la sociedad requiere principio de prueba por escrito. Probada dicha existencia, las relaciones societarias, actividades llevadas a cabo por los socios, pueden acreditarse por cualquier medio".[5] Esta postura jurisprudencial limita el alcance del artículo 25 de la ley de Sociedades Comerciales, puesto que los aludidos "principios de prueba por escrito" importan la necesidad de recurrir a la prueba documental.

Ahora bien, cual es el alcance de la expresión "cualquier medio de prueba ?". Pensamos que la respuesta al interrogante, varía en atención al grado de manifestación que tenga la actuación del ente ideal. Respecto de los socios obviamente, se deberá ser más riguroso en cuanto a la merituación del tipo de prueba a producir, puesto que estos tienen mayor acceso a la documentación de la sociedad y les es mas factible demostrar las relaciones existentes entre los mismos y con relación al ente. En lo pertinente a los Terceros, a los fines de la acreditación de la existencia de la sociedad, se deberá ser más flexible en cuanto al tipo de prueba a producir (puesto que estos no se encuentran en igualdad de condiciones que los socios) "Cuando es un tercero quien demanda el cumplimiento de la prestación que le es debida por parte de la sociedad irregular o de hecho, debe tenderse a atenuar el rigor probatorio que es dable exigir a quien no ha sido parte integrante de la sociedad demandada. Así, por ejemplo, se ha considerado que el tercero, extraño a la relación societaria que invoca la existencia del ente, puede prevalerse de cualquier medio de prueba, sin estar subordinado a la existencia de un principio de prueba por escrito".[6]

Lo reseñado, importa una breve descripción a los fines de caracterizar el sujeto que habrá de ser declarado en quiebra. A continuación se diferenciará la situación de que éste sea quien solicite la declaración de su propio estado falencial (situación en la que es mucho menos controvertido el hecho de la existencia del ente), al caso en que sea un tercero quien solicite la declaración del estado de quiebra.

2. *Quiebras. Clases. Pedido por el Acreedor. Legitimación activa y pasiva. Comprobación del estado de cesación de pagos* **(según ley de Concursos 24.522, promulgada el 9/8/95)**

Entendiendo a la quiebra como la declaración judicial del estado de impotencia patrimonial del deudor, el art. 77 de la ley concursal, prevé tres

[5] Conf. *Régimen de las sociedades comerciales, ley 19.550,* Astrea, 1991.

[6] CNCom., Sala C, 4/5/90, "Frigorífico de Aves Soychú S.A. c/Granja del Carmen, Sociedad de Hecho". *LL,* 1992-D, 55, con nota de H. Daniel Casal, DJ, 1992-2, 508.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

supuestos en que la quiebra debe ser declarada, a saber: *A)* Quiebra indirecta (lo que supone la preexistencia de un concurso preventivo); *B)* A pedido del Acreedor *C)* A pedido del deudor.

En los supuestos de quiebra a pedido del propio deudor, la actividad probatoria tendiente a la acreditación de la existencia de sociedad irregular, se ve simplificada, puesto que son menores los requisitos exigidos por la ley concursal a los fines de la obtención de la declaración del estado falencial.

La propia confesión del estado de cesación de pagos, exime al juez de mayores consideraciones. En los supuestos de quiebras pedidas por el acreedor, la actividad tendiente a acreditar la existencia del ente ideal, debe ser más rigurosa puesto que la decisión judicial debe tener en cuenta intereses en conflicto a saber: el del acreedor peticionante, el del potencial deudor y el interés de los terceros que tuvieren vinculación con la misma. En nuestro régimen legal, el trámite previo a la declaración de quiebra, prevé que el juez cite al deudor a los fines de que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho (art. 84 L.C.). En el caso en que el deudor comparezca, tratándose de una sociedad irregular, el problema se simplifica, puesto que al comparecer (reconozca o no la pretensión del acreedor), esta reconociendo la calidad de sujeto pasivo. Pero, el trámite se complica, cuando el deudor no comparece ante la citación efectuada (art. 84 L.C.), en este supuesto el tribunal, deberá realizar una actividad investigadora mucho mayor, que a veces es incompatible con el carácter dispositivo y sumarísimo de la etapa anterior a la declaración de la quiebra, estando vedado en nuestro régimen legal el juicio de antequiebra.

Planteada la cuestión en estos términos, la finalidad que persigue esta presentación es determinar el alcance de la libertad probatoria establecida por el art. 25 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Cualquier medio probatorio es idóneo para acreditar la existencia de la sociedad irregular ? Estimamos que esta acreditación requiere de elementos indubitables para lograr la convicción del juez acerca de la existencia del ente ideal. "La circunstancia de que una sociedad de hecho pueda ser acreditada por todos los medios de prueba no implica que, en concreto, cualquier probanza sea idónea para dar por acreditada esa situación, ya que en cada caso se impone analizar los elementos aportados a fin de apreciar si en su conjunto surge un serio poder de convicción que autorice a admitir la existencia de la sociedad de hecho que se alega."[7]

En la etapa pre-concursal (trámite tendiente a la declaración judicial de

[7] CNCom., Sala E, 30/10/89, "Raimundo, Antonio y otro s/ped. de quiebra por Pérez, Gallardo, S.A.", *LL*, 1990-B, 144.

quiebra) en el que se le restringen las facultades inquisitivas al juez, el acreedor peticionante deberá proveer al momento de la presentación la totalidad de elementos probatorios a tal fin.

Ahora bien, entrando a considerar los medios de prueba existentes para acreditar la existencia de una sociedad irregular debemos remitirnos a las disposiciones de Código Civil, del Código de Comercio y de las leyes Procesales locales. Siguiendo a Ricardo A. Nissen,[8] debemos destacar como medios de prueba admitidos: la prueba de informes de peritos y reconocimientos judiciales. Sin perjuicio de ampliar la admisibilidad de nuevos medios probatorios: conversaciones telefónicas, fotografías, fax, fotocopias que de por si no constituyen pruebas fehacientes pero que unidas a otros elementos probatorios ayudan a la reconstrucción de la situación jurídica que se pretenden acreditar. Esto no implica "... que, en concreto cualquiera sea apta para dar por probada aquella situación; debe tratarse de una prueba convincente e idónea, imponiéndose analizar las probanzas aportadas a fin de apreciar si de su conjunto surge un serio poder de convicción que autorice a admitir la existencia de un sociedad de hecho...".[9]

En consecuencia, sostenemos que la existencia de la sociedad de hecho merece contar con principios de prueba por escrito, o al menos requiere la existencia de prueba documental que avale la existencia de la sociedad (v. gr. informes a entidades autárquicas, entidades privadas, etc.) "Si bien se ha establecido, como principio general, la viabilidad de todo tipo de pruebas para constatar la existencia de una sociedad de hecho, no siendo preciso prueba especial, no debe perderse de vista que alegar que hubo una sociedad implica la necesidad de comprobar que hubo contrato, lo que torna aplicable al supuesto lo previsto por el art. 209 del Cód. de Comercio, en lo relativo a la exigibilidad del principio de prueba por escrito cuando el convenio excede del valor allí establecido."[10]

Consideramos que constituye un elemento suficiente a los fines de acreditar la existencia de una sociedad de hecho, la garantía hipotecaria prestada por uno de los socios en aval a un crédito utilizado por la sociedad. Este elemento unido a otros, reviste poder convincente a los fines de la acreditación de la existencia del ente. En cambio la declaración testimonial de un tercero que hubiere contratado con la sociedad respecto de la existencia de esta última, no constituye un elemento que de por sí acredite la existencia de la sociedad.

[8] NISSEN, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada*, t. 1, Ábaco, 1982.

[9] NISSEN, Ricardo A.: obra citada, p. 141.

[10] CNCom., Sala A, 10/9/85, "Fontana, Antonia c/Copes, Ada", *LL*, 1986-A, 281.

VI Congreso Argentino de Derecho Societario,
II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Mar del Plata, 1995)

En mérito a estas consideraciones, proponemos se reforme el artículo 25 de la Ley de Sociedades Comerciales, debiendo el mismo quedar redactado de la siguiente manera: *"La existencia de la sociedad de hecho requiere principio de prueba por escrito"*.