

El concepto de sociedad en la ley general de sociedades y la inexplicable inclusión de la tipicidad en el art. 1º de la ley

Sergio Pablo Suárez

Sumario

- Es particularmente acertada la unificación de todas las formas societarias dentro de una ley general de sociedades.

- Resulta inexplicable y contradictorio con tal propósito, que se haya conservado la exigencia de la tipicidad dentro de la definición de sociedad, por lo que se propicia su total eliminación.

La doctrina argentina, de modo casi uniforme¹¹⁰, venía destacando la similitud genética entre la sociedad civil y la sociedad comercial en el derecho argentino, en tanto que las definiciones de los arts. 1648 del Código Civil dero-

¹¹⁰ Entre otros: HALPERÍN, Isaac, "El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales", en RDCO, Año 2, 1969, p. 265 y ss. COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 57, ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA, SAN MILLÁN, *Cuadernos de Derecho Societario*, t.1: Aspectos jurídicos generales", Macchi SA, 1973, ps. 44-46; VIDELA ESCALADA, Federico, "Vigencia permanente de las sociedades civiles", ED, 164-958. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General. Introducción al derecho societario*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, t. 1, *Introducción al derecho societario*, ps. 344 y ss. GAGLIARDO, Mariano, en *Código Civil y notas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, t. 4C, ps. 5-6. SILVESTRE, Norma O, en *Código Civil y notas complementarias...*, cit, t. 4C, ps. 333- 335. SMITH, Juan Carlos, en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo Zannoni. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 8, ps. 532-533. SPOTA, Alberto *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Depalma, 1ª edición, Buenos Aires, 1982-VII, ps. 16-21. NISSEN, Ricardo A, *Ley de Sociedades Comerciales*, Astrea, 3ª ed. Actualizada y ampliada, 2010, t. 1, ps. 12-15.

gado y 1° de la ley 19.550, contenían sustancialmente los mismos elementos. Ello, incluso motivó la opinión de un importante jurista de que la sociedad civil era una suerte de sociedad general¹¹¹. Este criterio unía a la doctrina comercialista y también a la civilista, que en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983 (Mar del Plata) decidió por mayoría recomendar la unificación en una sola parte general las normas relativas a toda especie de sociedades.

De modo que la unificación societaria aparecía como una empresa factible, que fue intentada, inicialmente por el proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, y luego, por los proyectos de unificación de 1993 (de la Comisión Federal) y de 1998, que previeron (entre otras medidas) modificar el art. 1 de la ley de sociedades, que pasó a contener la definición de sociedad general.

A su turno, la ley 26.994 resolvió la cuestión eliminando la sociedad civil del Código Civil y Comercial, y ajustando la denominación de la ley de sociedades comerciales, que ahora es “Ley general de sociedades”, al tiempo que se reformaron varias de sus normas, principiando por el artículo 1, que proporciona la definición de sociedad, y cuya nueva redacción, no obstante lo indicado, se aparta de lo que habían previsto los proyectos de 1993 y 1998. Y ese apartamiento es motivo de crítica en esta ponencia.

La modificación introducida en esta disposición, aquella efectuada al art. 17 y el reemplazo integral de los artículos que componen la Sección IV del Capítulo I (anteriormente ocupado por la regulación de las sociedades no constituidas regularmente) constituye un cambio sustancial de las reglas que rigen el mundo societario, que puede ser considerado como el de mayor trascendencia desde el dictado de la ley 19.550, pese al propósito expresado en los *fundamentos* de no modificar la ley que “presenta una autonomía de microsistema”. A partir de la vigencia del nuevo ordenamiento: a) todas las sociedades se encuentran reguladas dentro de la LGS¹¹²; b) la tipicidad ha dejado de ser un elemento esencial, ya que se pueden constituir sociedades sin sujeción a los tipos, y c) la sociedades con defectos formales han pasado a tener un régimen normativo benigno, que les permite asemejarse a las formas societarias en cuanto pueden exhibir e invocar el contrato¹¹³.

111 LE PERA, Sergio, *Joint Venture y sociedad*, Astrea, 1984, p. 186. Este concepto no era correcto, en tanto no se podían las disposiciones de la sociedad civil a los tipos societarios contenidos en la ley 19.550.

112 Exceptuando, claro está, los supuestos regulados en leyes especiales (Sociedades de Economía Mixta, Sociedades de Estado, sociedades de armadores de la Ley de Navegación, sociedades mineras del Código de Minería, etc).

113 El sistema adoptado ha sido explicado así por uno de los destacados integrantes de la Subcomisión de juristas a la cual se le encomendó la reforma de la Ley de

La decisión de unificar dentro de la LGS todo el universo societario resulta particularmente acertada, según venimos diciendo. Así las cosas, resulta que el art. 1 de la *ley general de sociedades*, en su nueva redacción, mantiene la exigencia de adoptar “uno de los tipos previstos en esta ley”¹¹⁴, lo que resulta incomprensible, e incompatible con las normas de la nueva Sección IV.

La exigencia *sine qua non* de la tipicidad, constituía una de las bases del régimen derogado, pues la atipicidad llevaba a la nulidad (cf. el anterior art. 17), pero no se explica la conservación de este requisito en el nuevo art. 1º: dicha referencia aparece ahora indebidamente incluida en lo que constituye la definición de sociedad dentro de una ley general de sociedades, pues la interpretación literal del artículo reformado sin conexión con otras disposiciones, llevaría a suponer –en una primera aproximación al tema– que los límites del universo de las sociedades no sólo no ha sido ampliado, sino que incluso se han estrechado, al no prever la definición otras formas societarias que las previstas en el capítulo II de la ley, máxime que la nueva versión del art. 1º ha eliminado la coma que separaba la palabra “organizada” de “conforme a uno de los tipos previstos en esta ley”¹¹⁵.

La tipicidad era un elemento esencial en el sistema de la ley 19.550, pues se trataba de un universo de sociedades típicas, pero no debió mantenerse en la definición luego de haberse admitido la constitución de sociedades atípicas, tal como proponían los proyectos de 1993 y 1998 que dispusieron la siguiente

Sociedades Comerciales, a los fines de su adaptación al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: “... en la metodología elegida en el Proyecto de 1993, y seguida tanto en el de 1998 como en el actual, se instrumenta el necesario encuentro entre los rasgos esenciales de la sociedad civil y la mayor tolerancia para la reglas previstas para las sociedades anómalas. Tal encuentro se produce sobre ciertos ejes centrales: la oponibilidad e invocabilidad de las cláusulas del contrato entre los socios; el reconocimiento de su plena capacidad jurídica incluso para adquirir bienes registrables; el principio de la responsabilidad mancomunada y por partes iguales entre los socios, salvo que la solidaridad u otra proporción surjan estipulados o de otras circunstancias; la equiparación de estas sociedades con las regulares en cuanto a las relaciones de los acreedores sociales y de los socios; la libertad probatoria de la existencia de la sociedad; un procedimiento de subsanación para adoptar un tipo regular... La Sección IV del Capítulo I de la LSC se aplica a toda sociedad que no adoptó uno de los tipos regulares; y también a las defectuosas...” (MANÓVIL, Rafael M: “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”. LL 24/10/2012).

¹¹⁴ Por más que se ha eliminado del título que lleva el artículo la referencia a la tipicidad. Esta modificación no provoca efecto alguno, en tanto se conserva sin cambio alguno el requisito de la tipicidad dentro del texto de la norma.

¹¹⁵ Observación expuesta por Rafael Barreiro, en la disertación efectuada el día martes 14 de Julio de 2015 en el Instituto Argentino de Derecho Comercial.

redacción para el art. 1º de la ley: “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 había eliminado 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*” El destacado en bastardilla me pertenece).

Ahora bien: no obstante lo que ahora dice el art. 1º de la ley, la nueva sección IV del capítulo I pasó a regular “las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”, sociedades que por ende no encuentran cabida en el texto de la norma citada, ya que pueden celebrarse sin ajustarse a los requisitos que establece el norma que venimos analizando.

La comparación de la definición brindada por el art. 1º con las disposiciones de la sección IV, y en particular con el nuevo art. 21 demuestra que existen estructuras reguladas por la ley que no aparecen comprendidas en la noción de sociedad, por causa del “impropio giro legal” a que hacía referencia el proyectista de 1998, de modo que constituyen un extraño microcosmos ajeno al universo descrito en la definición. Esta contradicción no puede pasar desapercibida, y es de difícil explicación, pudiendo pensarse que esto puede obedecer a un simple error del legislador, o bien que han podido mediar razones que lo llevaron a mantener separadas a estas sociedades de la Sección IV de la definición general.

¿Cuáles podrían haber sido esas razones? Por hipótesis, podría suponerse que la intención, explícitamente expuesta en los fundamentos, en el sentido de “no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema”- que llevó a conservar la exigencia de las reglas del tipo en la definición de sociedad, puede haber consistido en amalgamar lo esencial de la sociedad civil, la sociedad informal y las sociedades defectuosas, pero todo ello ha sido *organizado en un segundo plano*, conservando el rol estelar o principal para las sociedades típicas¹¹⁶, que –además- serían las únicas sociedades que pueden ser regulares, tal como sucedía en régimen anterior.

Sean cuales fueren las razones por las cuales subsiste la referencia a los tipos en la definición de sociedad, podría interpretarse a partir de ello que se ha regulado limitadamente y como una categoría especial o subgrupo pe-

¹¹⁶ Alfredo Rovira sostuvo que las sociedades de la sección IV, más que un prototipo societario o sociedad general deben considerarse como una forma de sociedad alternativa a aquellas previstas por el capítulo II (Disertación en la VII Jornada Argentino-Uruguay de Derecho Comercial, realizada en la Facultad de Derecho de la UBA el 2 de junio de 2016).

reférico a las sociedades que integran la Sección IV. La marginación de estas estructuras resultaba por demás comprensible en el esquema de la ley 19.550, porque todas las sociedades no constituidas regularmente eran –para el legislador– sociedades defectuosas. Pero resulta que el nuevo sistema, que incorpora a las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales, ha virado en ciento ochenta grados, pues tal permisión, lógicamente, debería ser interpretada como la regla general, no como excepción, y por otro lado, las sociedades defectuosas, si bien disponen de un régimen particular, han pasado a ser sociedades estables, ya que no está prevista su disolución (salvo en caso de inexistencia de plazo de duración), ni tampoco su nulidad.

A lo que se agrega que, si la ley permite constituir sociedades sin sujeción a los tipos, no podría en consecuencia sostenerse que el apartamiento de las reglas del tipo constituye un defecto o vicio. Sin embargo, la antigua sociedad civil, nacida sin vicio alguno, queda equiparada a las sociedades que presentaban vicios de fondo o de forma (bien que adoptando un régimen mucho más benigno y flexible), todo lo cual integra un mismo conjunto, descripto en una misma norma (art. 21 y regulado en una misma sección (IV)).

La consecuencia que resulta de la decisión adoptada es un sistema que parece excluir de la noción general de sociedad, a aquella forma básica que precisamente debiera estar presente por su propia naturaleza (la sociedad constituida sin sujeción a los tipos legales) lo cual incluye a la desaparecida forma de la sociedad civil. Esto lleva, por ejemplo, a que nos preguntemos si las disposiciones generales contenidas en el Cap. I de la ley resultan aplicables a la Sección IV¹¹⁷. Este tema no ha sido expresamente aclarado por la ley y deberemos analizar cada cuestión individualmente, llegando luego de tal análisis a la conclusión que se aplican o que no se aplican estas normas, según los casos.

A modo de ejemplo podemos preguntarnos: ¿Deben cumplir estas sociedades con los requisitos de forma del art. 4 y ss y contener los elementos descriptos en el art. 11?. El art. 17 comienza diciendo que “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales...” Siendo así: ¿debe interpretarse que estos requisitos no son “esenciales” para las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales?¹¹⁸

¹¹⁷ El interrogante no puede ser considerado retórico, a poco que se recuerde que en el art. 1 del proyecto de reformas a la Ley de Sociedades de 1993 (Resolución MJ 465/91) se preveía de modo expreso la exclusión de las disposiciones de la parte general a todo supuesta que no fuera el de las sociedades típicas del Cap. II.

¹¹⁸ La ley regula en el art. 21 a la sociedad constituida sin sujeción a los tipos del capítulo II como a las sociedades que omitieron requisitos esenciales. Esta diferenciación que

¿Deben inscribirse en los términos del art. 7 de la ley? La ley no contiene ninguna disposición específica que lo aclare. Adviértase que el art. 21 regula tanto a “la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II”, como a la “que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley”. Pero no indica (ni esta ni otra norma) si las sociedades del primer grupo debieron o no debieron cumplir tales formalidades. Adviértase asimismo que una cosa son las reglas de los tipos previstos en el Cap. II y otra distinta “las formalidades exigidas por esta ley”. ¿Cuáles son las formalidades que la ley establece para las Sociedades de la Sección IV?¹¹⁹

Estos interrogantes se acrecientan por la indebida exclusión de las sociedades de la Sección IV de la definición del art. 1.

Sin embargo, como decía Colombres, no debe olvidarse que la ley suele ser más sabia que el legislador¹²⁰, y una lectura sistemática de sus disposiciones permite sostener que las categorías o especies societarias que se derivan de la reforma, abrevan lógicamente en un mismo género, que es *la sociedad genérica*, por lo que su concepto y características no difieren de aquellas que resultan de combinar los artículos 1º y 21, dado que las sociedades típicas, las constituidas por fuera de los tipos “y otros supuestos”, no pueden sino ser especies de la anterior.

Esto no impide sostener, al mismo tiempo, que resulta a todas luces necesario clarificar la norma, eliminando del art. 1º toda referencia a la tipicidad societaria.

resulta del propio texto legal lleva a señalar que una cosa es que a una sociedad que omite requisitos esenciales (que es una “sociedad defectuosa”) la ley le aplique el régimen de la Sección IV, y otra distinta que toda sociedad constituida sin sujeción a los tipos legales (como por ejemplo una antigua sociedad civil o una sociedad de profesionales que se organice de acuerdo con el art. 21) resulte exceptuada, de cumplir tales requisitos. La respuesta afirmativa llevaría a sostener que todas las diversas situaciones enumeradas en el art. 21 configuran supuestos de sociedades defectuosas “por omisión de requisitos esenciales”

¹¹⁹ Nosotros entendemos que las mismas deben cumplir con la instrumentación prevista en el art. 4, que debe reunir los elementos del art. 11 aunque la falta de instrumentación no ocasionaría otra consecuencia que la de considerar que la sociedad en cuestión “omitió las formalidades previstas en la ley” y la omisión de elementos esenciales permitiría encuadrar igualmente a la sociedad en el art. 21. por remisión del 17, y eventualmente facultaría a los socios a acordar o demandar la subsanación sino existe acuerdo. Es decir que se incluiría en otros de los subgrupos previstos por el art. 21. Por otra parte, no existe disposición que impida demandar la inscripción de estas sociedades, aunque, por otro lado, nada indica que estuviese previsto disponer tal inscripción.

¹²⁰ En el prefacio a su *Curso de Derecho Societario*.