

Sociedades no constituidas según los tipos legales y otros supuestos. Conveniencia de su inscripción voluntaria

María Martha Guiñazú y Daniel Frúgoli

Síntesis

Entendemos que sería necesario y conveniente, analizar la posibilidad de crear un registro especial y voluntario para esta realidad societaria de las entidades generales, simples o residuales, que pretende eludir la fiscalización previa, dejando a salvo a la S.A., por su especial régimen y a fin de generar un marco de mayor seguridad, transparencia y prueba para terceros. Dicho registro estaría bajo la competencia de la IGJ o las DPJ locales en el marco de la estructura de derecho administrativo, consistiendo esencialmente en un acto de registración sin exigencia de recaudos o controles legales o fiscales.

De acuerdo con el Artículo. 21 de La Ley General de Sociedades (en adelante LGS) se establece un régimen especial, el de la Sección Cuarta para “La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla las formalidades exigidas por esta ley...”. A continuación se distinguirán y analizarán cada uno de los supuestos que contempla la nueva redacción del Artículo 21 a fin de lograr el objetivo de esta ponencia con mayor precisión.

A) Sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del Cap. II

En relación a la inscripción en el Registro Público, entendemos que el art 21 LGS no exime de esta carga a las sociedades de la Sección IV. Por su parte, el Registro Público ha dejado de ser un Registro mercantil, lo que contribuye a pensar que las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales, debieran inscribirse. Asimismo se han eliminado las facultades del Registrador en orden al control de legalidad, que no menciona más el nuevo art. 6º de la LGS, lo que facilitaría el Registro de esta categoría.

En abono de lo expuesto, el art. 5° LGS establece sin más y sin distinción que el acto constitutivo, su modificación y el reglamento se inscribirán en el Registro Público del domicilio social, no obstante que las sociedades de la Sección IV no aparezcan comprendidas en la definición del art. 1° que alude a los tipos previstos en La Ley.

Es cierto que existen otras normas, de cuya interpretación puede concluirse que se trata de contratos respecto de los cuales no se previó su inscripción, tales como el art. 22 que permite oponer el contrato social a los terceros “si se prueba que lo conocieron efectivamente”. De igual modo el art. 23 permite a los socios representar a la sociedad frente a terceros “exhibiendo el contrato”.

Empero, un párrafo más adelante, admite que estas sociedades adquieran bienes registrables, para lo cual “la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia. Esta situación lleva, más que a la exigencia, a la conveniencia de su inscripción y debiera estar prevista en la estructura y organización registral local, toda vez que ello colaboraría como mínimo a morigerar las anomalías y /o deficiencias que presentan, evitando la exhibición del contrato, cada vez que se realice una operación comercial, por la ventaja de su oponibilidad a terceros.

B) Sociedades que omitan los requisitos esenciales

La situación expuesta debe relacionarse con el art. 17 LSG que introduce un elemento nuevo al sostener que “Las sociedades del capítulo II 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.”

Tampoco el derogado Artículo 17 hacía referencia a “requisitos esenciales tipificantes”. En su primera parte decía “Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por La Ley.” Y a renglón seguido afirmaba que “la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato.”, distinguiendo entre sociedades nulas y anulables

Sin perjuicio de lo expuesto consideramos que cuando la norma del art 21 alude a la omisión de requisitos esenciales se refiere a los tipificantes agregados por el art 17. De lo contrario se correría el riesgo de caer en una categoría especial, la de lo “requisitos esenciales tipificantes”, descripción que constituiría un absurdo. “Esencial” y “tipificante” son conceptos que no debieran ir juntos, en tanto lo esencial es propio de todas las sociedades y lo tipificante sólo corresponde a algunas de ellas.

Esta línea de pensamiento queda reforzada con la nueva redacción del art. 25, que permite subsanar “la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes”, distinguiéndose recién en este Artículo lo que hacía el derogado 17 y también la “regularización” del art. 22, agregándose asimismo la posibilidad de “subsanación” de sociedades atípicas, no admitida en la referida norma derogada.

Hay que tener presente que el régimen de nulidad actual ha eliminado la categoría de actos nulos o anulables, dejando subsistentes los de nulidad absoluta o relativa (arts 386 y ss CCNN). Ello concuerda con la derogación del art 17 de La Ley 19550 que distinguía la nulidad para la omisión de requisitos tipificantes y la anulabilidad para la omisión de los esenciales no tipificantes. En consecuencia, la subsanación que permite el art 25 se enrola en el nuevo sistema que adopta el CCNN de nulidades absolutas y relativas, pudiendo concluirse entonces que las nulidades en materia societaria son siempre relativas, en tanto todas pueden confirmarse o específicamente subsanarse (art 393 CCNN).

Por lo expuesto consideran que cuando el art 17 LGS alude a requisitos esenciales tipificantes debe entenderse la omisión de los requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, tal como lo ha previsto el art 25 LGS.

Por tanto, como el nuevo art. 17 de la LGS ha eliminado las categorías de actos nulos y anulables, la nulidad procedería por aplicación del régimen general de nulidades del CCNN y la subsanación podrá realizarse válidamente en tanto no mediare sentencia de nulidad (cf. arts. 388, 390 y ccs., CCNN).

C) Sociedades que incumplan las formalidades exigidas por La Ley

Dentro de este grupo se encuentran las sociedades que actualmente denominamos “irregulares”, terminología que La Ley no emplea, no obstante que el art. 7º continúa expresando que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con la inscripción en el Registro Público. Las “formalidades exigidas por La Ley” parecen referirse a las establecidas en los arts. 4º a 7º, más allá de las modificaciones de los Artículos 5 y 6 de la LGS.

En efecto, el nuevo art. 5º es clave en el andamiaje de las sociedades de la sección cuarta ya que no hace distinción entre ellas y las otras. En la práctica, el análisis y determinación de las residuales debiera ser competencia de la autoridad de control a pesar de que con la nueva redacción del art 6 se elimina hasta la figura del Juez de registro y con ello la función del previo cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

Vale entonces la pregunta de quién determina si una sociedad debe ser catalogada como de la sección IV ya que La Ley ordena su inscripción sin más

en el art 5. Ante esta situación la única sanción sería la de ser considerada no regular atento la subsistencia del art 7. Con la paradoja de que en este último caso, también quedaría encuadrada en la sección IV.

A su turno el art. 6° LGS ha dilucidado la vieja discusión sobre el momento en que la sociedad en formación pasa a ser una sociedad irregular, (categoría inexistente) ya que el contrato constitutivo debe presentarse ante el Registro Público dentro los veinte días, otorgándose un plazo adicional de 30 días, salvo que resulte excedido por “el normal cumplimiento de los procedimientos”.

Conclusión

En el contexto indicado y en estricto rigor, debiera tenerse presente que las hipótesis aludidas excepcionalmente ocurrirían sin ser advertidas por los operadores jurídicos, previo a su entrada ante el organismo de control.

De no optarse por la subsanación, (Artículo 25 LGS) debiera posibilitarse la inscripción voluntaria y directa en el registro para esta categoría de entidades de la sección IV, sin necesidad de someterse a la fiscalización y determinación previa del organismo de control, teniendo en cuenta además que ya cuentan con la inscripción compulsiva o indirecta, administrada por la AFIP.

La situación de estas sociedades corre el riesgo de generar un sistema con alta inseguridad jurídica, en relación a la gran cantidad de circunstancias societarias que se verían subsumidas en la Sección IV.

La reforma establece concretamente, en relación a las sociedades de la Sección IV, un sistema de exhibición contractual para acreditar su existencia a los efectos de su conocimiento efectivo. No se expresa la forma de su exhibición, si lo es simple o se debe extender una copia firmada o no. Tampoco se refiere a la forma de probar la exhibición a tal efecto.

El sistema legal regulado en la misma, genera un cúmulo de derechos y obligaciones, que parecieran contener una nueva categoría que alcanzaría un nuevo tipo societario, lo que justifica la necesidad de su inscripción voluntaria.