

## **La sociedad de hecho ante las sociedades de la sección IV de la Ley General de Sociedades, ¿Crónica de una muerte anunciada?**

*Juliano Amarilla Ghezzi*

### **Síntesis**

La presente ponencia, cuyo título pretende hacer un breve homenaje a la novela de Gabriel García Márquez, tiene como objetivo fundamental analizar el rol que ocupa la sociedad de hecho a raíz de las nuevas disposiciones en materia de sociedades de la sección IV. Para ello se desarrollará, en primer término, el régimen de La Ley de Sociedades Comerciales y cómo regulaba éste a la sociedad de hecho; luego se hará un breve análisis de las reformas introducidas por La Ley General de sociedades para, finalmente, argumentar a favor de la subsistencia de la Sociedad de Hecho como clase de sociedad.

### **1. Introducción**

Durante la vigencia de los Códigos Civil (Cód. Civ.) y Comercial (Cód. Com.) como cuerpos normativos separados podíamos encontrar tres clases de sociedades: las sociedades civiles, reguladas del art. 1648 al 1788 bis del Código Civil; las sociedades no constituidas regularmente, y las Sociedades Comerciales, ambas reguladas en La Ley de Sociedades Comerciales Ley 19.550 (LSC).

Tanto las sociedades civiles como las comerciales correspondían a figuras regularmente constituidas, por cumplimentar los requisitos estipulados en las legislaciones respectivas.

La LSC también regulaba a aquellas sociedades no constituidas regularmente (art. 21 a 26), a las cuales se les reconocía su existencia por tratarse de un supuesto de la realidad jurídica a la que el legislador no podía hacer caso omiso<sup>108</sup>. De este modo, dentro de esta sección de La Ley se regularon dos

---

108 Cfr. ROITMAN, Horacio *“Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”*, t. 1, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 488 y, en igual sentido al conceptualizar a

clases de sociedades: las sociedades irregulares y las sociedades de hecho. Con la sanción de La Ley 26.994, además de unificarse los dos cuerpos más importantes del Derecho privado, se introdujeron reformas a La Ley 19.550, entre las cuales encontramos una modificación al régimen de las mencionadas sociedades, pasando a denominarse “de las sociedades no constituidas según los tipos previstos en el capítulo 2 y otros supuestos”.

El objetivo de la presente ponencia es desarrollar el rol que pasó a ocupar la sociedad de hecho a raíz de las reformas mencionadas, atento que, a partir del nuevo régimen jurídico, se pone en duda la continuidad de su existencia. Para ello desarrollaremos, en primer término, su regulación en la modificada LSC, para luego hacer un breve desarrollo sobre las nuevas disposiciones legales, la posición de la doctrina respecto de la subsistencia o desaparición de la sociedad de hecho; y finalmente, exponer nuestra posición al respecto.

## **2. La sociedad no constituida regularmente. Sociedades Irregulares**

Como se adelantó, la LSC regulaba a las sociedades no constituidas regularmente dándoles un trato desfavorable: les otorgaba una personalidad precaria y limitada. Precaria porque cualquiera de los socios podía pedir la disolución de la misma en cualquier momento (art. 22), y limitada porque no producía con plenitud sus efectos normales (por ejemplo: no podía tener bienes registrables a su nombre)<sup>109</sup>.

Bajo este panorama el legislador regulaba en la misma sección a las sociedades irregulares y a las sociedades de hecho, las cuales si bien comparten el mismo régimen jurídico, no pueden ser conceptualizadas de la misma manera.

De este modo, cuando se habla de sociedades irregulares<sup>110</sup> se hace referencia a aquellas sociedades que poseen contrato social, el cual adopta uno de los tipos previstos por La Ley pero que, sin embargo, posee vicios de forma<sup>111</sup>. Estos vicios pueden darse porque los socios interrumpieron el proceso formal,

---

la sociedad de hecho; Duprat, Diego, “*Tratado de los conflictos societarios*”, t. 1, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 256.

<sup>109</sup> Conforme surge de la exposición de motivos de La Ley 19.550.

<sup>110</sup> Me refiero a estas en tiempo presente ya que considero que, a pesar de las reformas introducidas por la legislación vigente, se encuentran vigentes y no se les puede negar su subsistencia, ya que están receptadas dentro del tercer supuesto del art. 21 de la LGS (es decir aquellas sociedades que incumplen con formalidades exigidas por La Ley).

<sup>111</sup> Cfr. NISSEN, Ricardo A., “*Sociedades irregulares y hecho*”, 2ª edición, Hammurabi, CABA, 2001, p. 21

porque se lo completó de manera irregular, o por vicios en la publicidad<sup>112</sup> (como por ejemplo la falta de registración o registración deficiente).

### 3. La Sociedad de Hecho, su regulación en la LSC

El legislador aplica el mismo régimen jurídico tanto para la sociedad irregular como para la sociedad de hecho, si bien son dos formas societarias completamente diferentes.

Así, se define a la sociedad de hecho como una mera situación de hecho no instrumentada, a la cual el Derecho le reconoce virtualidad por imperio de la necesidad que se deriva de la realidad misma<sup>113</sup>. En otras palabras, y al decir de Roitman, es una sociedad para cuya existencia no se requiere documento ni instrumento de forma alguno<sup>114</sup> sino que nace por el acuerdo de voluntad de sus socios, el cual no se encuentra plasmado en un instrumento escrito.

Cabe destacar que la comercialidad de esta clase de sociedades se daba a través del objeto que se adoptaba. De este modo, si la sociedad tenía objeto comercial se trataba de una sociedad de hecho comercial, mientras que si la sociedad adoptaba un objeto civil, la misma debía regularse por el Cód. Civ.<sup>115</sup>.

Un párrafo aparte merece la llamada “sociedad de hecho instrumentada”, a la cual se la suele caracterizar como aquella sociedad a la cual se le da el carácter de “sociedad de hecho” instrumentada, o con un contrato precario con algunas cláusulas relativas al régimen de responsabilidad o representación y que no se ajusta a ninguno de los tipos previstos por La Ley. Para una parte de la doctrina se trataba de una sociedad atípica<sup>116</sup>; una posición intermedia la

---

<sup>112</sup> Cfr. Romero, José I., “*Sociedades Irregulares de Hecho*”, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 125.

<sup>113</sup> Romero, p. 142

<sup>114</sup> Roitman, ob. cit., p. 497.

<sup>115</sup> Romero, ob. cit., p. 144.

<sup>116</sup> Sostiene esta postura Romero y dice: “...la sociedad que se instrumenta debe reunir, para ser válida, todos los elementos esenciales tipificantes y no tipificantes, ya que la a la falta de ellos La Ley no autoriza a considerarla siquiera sociedad...” y sigue... “la Sociedad de hecho, como señala la doctrina, es aquella que no está en absoluto instrumentada...” Romero, ob. cit., p. 145. En igual sentido Caballenas de las Cuevas, el mencionado autor considera que si una sociedad tiene instrumentación suficiente como para no ser considerada sociedad de hecho y esta no adopta algunos de los tipos de sociedad regular entonces dicha sociedad debe someterse al régimen de sociedad atípica, para mayor abundamiento ver: CABALLENAS DE LAS CUEVAS, Guillermo “*Derecho Societario Parte General: Sociedades Nulas, Irregulares y de Hecho*”, t. 6, 1ª edición, Buenos Aires, Heliasta, 1997, p. 333

asimilaba a una sociedad de hecho cuando el instrumento era tan insuficiente que no permitía determinar cuál era el tipo propuesto por los socios<sup>117</sup>. Y finalmente, una tercera postura consideraba exagerado sancionar con nulidad a estos tipos de sociedades, ya que esto significaría admitir que a una mayor violación de las formas (no instrumentación absoluta) corresponde una sanción menos gravosa que a otra más leve (instrumentación deficiente)<sup>118</sup>.

### *3.1 Régimen Jurídico*

Como hemos dicho, la LSC regulaba a la sociedad irregular y a la sociedad de hecho de la misma manera. De esta forma establecía: a) que los socios no podían invocar respecto de un tercero ni entre sí, derechos y defensas nacidos del contrato social; b) que cualquiera de los socios podía solicitar la regularización o la disolución de la sociedad; c) la responsabilidad solidaria de los socios y de aquellos que contrataran en nombre de la sociedad, por las obligaciones sociales, sin poder invocar el beneficio de excusión (art. 56 de La Ley) ni limitaciones que se funden en el contrato social; d) la representación promiscua de la sociedad; e) la imposibilidad de ser titulares de bienes registrables.

De este modo vemos que el legislador de La Ley 19.550 previó un régimen absolutamente sancionatorio para esta clase de sociedades, con la clara intención de desalentar su constitución.

## **4. El cambio de paradigma: las sociedades de la sección IV y el rol de la sociedad de hecho**

El nuevo art. 21 de la LGS -reformado a través de La Ley 26.994- incorporó dentro de las sociedades de la sección IV a las sociedades atípicas, a las que omiten requisitos esenciales y a las que incumplen con requisitos formales exigidos por ley. La mencionada norma, así redactada, suscitó una interesante discusión respecto de la subsistencia o no de la sociedad irregular, la sociedad de hecho y la sociedad civil; siendo la más conflictiva la de la sociedad de hecho en virtud de las particularidades que presenta la regulación que de las sociedades hace la sección IV.

---

<sup>117</sup> Siendo Nissen uno de los que sostiene esta postura, ver NISSEN, Ricardo A., “*Sociedades irregulares...*”, p. 22.

<sup>118</sup> ROITMAN, ob. cit., p. 501.

#### *4.1 El régimen de las sociedades de la sección IV*

Las reformas introducidas a la sección IV establecieron: (a) la oponibilidad del contrato entre los socios, e inclusive a los terceros contratantes -siempre que prueben que éstos lo conocían efectivamente al tiempo de contratar-; (b) que la sociedad puede ser titular de bienes registrables siempre que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 23 tercer párrafo; (c) un régimen de responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales -salvo que pacten la solidaridad o una distinta proporción para esa relación o conjunto de relaciones en particular, o que la solidaridad surja de una disposición del contrato social-; y (d) la posibilidad de probar la existencia de la sociedad por cualquier medio de prueba.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que se trata de un régimen más beneficioso para los socios de esta clase de sociedades -en comparación con el régimen que establecía la LSC para las Sociedades Irregulares de Hecho-, tomando una importancia preponderante el contrato constitutivo, ya que con la exhibición del mismo los socios podrán limitar su responsabilidad, ejercer derechos y defensas nacidos del contrato, y representar a la sociedad frente a los terceros.

Como vemos, la nueva normativa va encaminada a la instrumentación de esta clase de sociedades, razón por la cual la subsistencia de la sociedad de hecho, como ente jurídico que carece de instrumentación alguna, se ha puesto en el centro de la discusión.

#### *4.2 La posición de la doctrina*

De esta forma, desde que se dio a conocer el texto del proyecto -ahora convertido en ley- la doctrina discutió el rol de la sociedad de hecho dentro de la nueva normativa societaria.

Una teoría sostiene que se da la desaparición de la sociedad de hecho con objeto comercial<sup>119</sup> atento a que La Ley 26.994 ha decidido directamente

---

<sup>119</sup> Sostiene esta postura Vítolo, si bien reconoce que la nueva normativa es confusa atento que, por la redacción de la misma, la intención del legislador parece querer incluirlas dentro de la sección IV por “carecer de la formalidad de contrato escrito”. Para mayor abundamiento ver Vítolo, Daniel R., “Reformas a La Ley General de Sociedades 19.550 Ley 26.994. Comentada Código Civil y Comercial de la Nación”, t. 1, 1ª edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 300. Sigue esta postura Jorge GRISPO, para ello ver GRISPO, Jorge D., “Sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos (Sociedades de hecho, irregulares, en formación y unipersonales irregulares)”, La Ley 10/07/2015, p. 1.

ignorarla, teniendo en cuenta el requisito del contrato escrito para que exista sociedad, en razón de lo normado por el art. 4 de la LGS.

Otra postura a la que denominamos intermedia establece que, desde un punto de vista jurídico, esta clase de sociedad dejaría de existir. No obstante ello –sostienen sus seguidores- una ley no puede hacer desaparecer a sistemas sociales económicos reales que continuaban funcionando en razón de una necesidad económica que así lo exija<sup>120</sup>.

Y una tercer postura considera que la sociedad de hecho se encuadra dentro del supuesto de “sociedades que incumplen con requisitos de forma”<sup>121</sup>, razón por la cual resulta impensado que dejen de existir<sup>122</sup>.

Coinciden los citados autores que la reforma hizo hincapié en la existencia de un contrato escrito como elemento fundamental para la operatividad de esta clase de sociedades.

## 5. Nuestra Opinión

Adelantamos que, a nuestro criterio, la sociedad de hecho puede coexistir perfectamente con el actual régimen previsto, más allá de carecer absolutamente de instrumentación o de poseer una instrumentación deficiente.

### 5.1 *Encuadre jurídico*

En primer lugar, consideramos que la sociedad de hecho no solo queda comprendida dentro del supuesto de incumplimiento de requisitos formales (tercer supuesto del art. 21 LGS), sino que también se la puede considerar sociedad atípica (primer supuesto del art. 21 LGS). Esto se da como consecuencia de la falta de instrumentación de la sociedad, la cual permitiría determinar el tipo adoptado por los socios; además, debemos recordar que la sociedad de hecho se caracterizaba por ser la única sociedad a la cual se le permitía funcionar como tal -bajo un régimen sancionatorio- a pesar de no haber adoptado uno de los tipos previstos por La Ley<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. COSTE, Diego; BOTTERI, José D., “Sociedades de la sección cuarta”, Revista Jurídica de la Patagonia, Número 4, Abril 2015, Cita Online: IJ-LXXVIII-188.

<sup>121</sup> Sostiene esta postura Cesaretti quien dentro de este supuesto también incluye a las sociedades irregulares. Ver CESARETTI Oscar, CESARETTI, María, “La irregularidad societaria en el proyecto del Código”, La Ley 12/04/2013, p. 1.

<sup>122</sup> Cfr. MANÓVIL, Rafael M., “Algunas de las reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/11/2012, 13/11/2012, 1 - La Ley2012-F, 1334.

<sup>123</sup> Vítolo, ob. cit., p. 300.

Respecto de la sociedad de hecho instrumentada debemos decir que la discusión que hemos desarrollado respecto a cómo debe ser considerada, ha perdido virtualidad, puesto que puede ser ubicada dentro de los supuestos de omisión de requisitos esenciales o de incumplimiento de requisitos de forma (art. 21). Incluso se la puede ubicar dentro del supuesto de sociedad atípica si del contrato social no surgiera el tipo adoptado por los socios.

### *5.2 Importancia del contrato*

Como hemos visto, las nuevas disposiciones han remarcado la importancia del instrumento constitutivo como herramienta para hacer valer los derechos y deberes de los socios entre sí, como así también frente a terceros (arts. 22, 23 y 24 LGS). No obstante ello, si bien reconocemos la importancia del contrato a la luz de la nueva normativa, consideramos que la sociedad de hecho puede funcionar en base a los principios que establece la misma ley.

De este modo, cualquiera de los socios podría representar a la sociedad (representación promiscua de la vieja LSC) y, si bien el art. 23 establece que "...en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato...", dicha disposición no debería ser vista con un carácter imperativo. Esto, debido a que puede darse perfectamente el supuesto en el cual una sociedad que está instrumentada, nada diga respecto a quién representa ni quién administra la sociedad; y sin embargo se la va a considerar válida como una sociedad que omite requisitos esenciales (en este caso omite consignar quiénes administran y representan a la sociedad-art. 11 inc. 6 LGS).

Respecto al régimen de responsabilidad a aplicar, no caben dudas que será el previsto en la primera parte del art. 24 LGS, es decir el de responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales; régimen general que se corresponde -además- con el previsto por el art. 825 del Cód. Civ. y Com.

Asimismo, y conforme lo entiende autorizada doctrina, serían de aplicación las normas relativas a la representación, funcionamiento y organización previstas en el Cód. Civ. y Com. Esto es así atento al orden de prelación normativa previsto en el art. 150 del citado cuerpo normativo<sup>124</sup>.

### *5.3 Bienes registrables*

La sociedad de hecho podrá perfectamente ser titular de bienes registrables, sólo bastara acreditar su existencia mediante un acto de reconocimiento, con-

---

<sup>124</sup> COSTE, Diego y BOTTERI, José D., art. cit.

forme lo estipula el art. 23 segundo párrafo de la LGS. Entendemos que dicho acto puede ser perfectamente realizado prescindiendo de la existencia de un contrato escrito, siendo éste una verdadera manifestación expresa de los socios (la cual puede realizarse mediante escritura pública o instrumento privado).

#### *5.4 Prueba de la sociedad*

El art. 23 in fine de la LGS establece que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba. De esta manera se recepta un criterio amplio en cuanto a medios probatorios se refiere, no acotando la prueba de la existencia de la sociedad al principio de prueba por escrito.

Así, la existencia del ente podrá acreditarse: por los socios que aleguen la existencia de la sociedad; mediante testigos que acrediten la existencia de la sociedad; exhibiendo el acto de reconocimiento al que hace referencia la segunda parte del art. 23 LGS y que sirve para inscribir bienes a nombre de la sociedad; exhibiendo los contratos en los que la sociedad sea parte; o exhibiendo los libros sociales, si es lo que tuviere.

## **6. Conclusión**

A modo de conclusión podemos decir que:

1) La sociedad de hecho aún subsiste, a pesar de la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas a la LGS por La Ley 26.994, pudiendo encuadrarla dentro de los supuestos de sociedad atípica y sociedad que incumple con requisitos de forma del art. 21. LGS.

2) A pesar de la importancia del contrato escrito, la sociedad de hecho puede funcionar perfectamente por aplicación de los principios establecidos en la sección IV de la LGS y los establecidos en los arts. 151 a 167 del Cód. Civ. y Com. por imperio del art. 150 mismo cuerpo normativo<sup>125</sup>.

3) La sociedad de hecho continúa siendo una realidad jurídica, la cual no puede ser borrada de la existencia por la mera entrada en vigencia de una nueva ley.

4) La libertad probatoria prevista en el art. 23 última parte permite acreditar la existencia de la sociedad por cualquier medio de prueba, no siendo necesario —como medio único y excluyente— la existencia de un instrumento constitutivo escrito.

---

<sup>125</sup> En opinión de COSTE, Diego y BOTTERI, José, ob. cit.

Finalmente, debemos decir que, si bien reconocemos las virtudes de contar con un contrato escrito para las sociedades de la sección IV en donde se establezcan los principios básicos y fundamentales para el correcto funcionamiento de éstas; también creemos que la misma sección da las herramientas necesarias para que las sociedades de hecho puedan funcionar, conforme lo hemos desarrollado en el presente trabajo.