

LAS NUEVAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV DE LA LEY 19.550 EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Daniel Roque Vítolo

ABSTRACT

Resulta absolutamente inconveniente el régimen propuesto por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación para sustituir la actual Sección IV, del Capítulo I, de la ley 19.550, reemplazando a las “Sociedades no constituidas regularmente” por las “Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

a) No se puede pretender mantener el instituto de la “regularidad” societaria sin disponer alguna consecuencia para el caso de sociedades “no constituidas regularmente”.

b) Tampoco pueden ignorarse fenómenos de la realidad jurídica, económica y social como son las sociedades civiles y las sociedades de hecho —con y sin objeto comercial— a las que debe otorgarse alguna recepción en el nuevo texto legal, acorde a los principios que gobiernan tales institutos.

c) Por otra parte, ¿cuál será el beneficio de acceder a la regularidad societaria prevista en el art. 7 de la ley, si manteniéndose fuera de la regularidad igualmente se pueden hacer valer los efectos del tipo y las defensas y convenciones contractuales o contenidas en el acto constitutivo con el sólo hecho de exhibir el contrato social o el estatuto, manteniéndose en todos los casos la responsabilidad solamente mancomunada por las deudas sociales?

d) Bajo la nueva regulación propuesta para las sociedades “libres”, “simples” o “residuales” que comprenden a las no constituidas bajo alguno de los tipos previstos en el Capítulo II y otros supuestos, puede darse

incluso la paradoja que los socios de una sociedad colectiva o de capital e industria —en lo que hace al socio capitalista— se encuentren frente a terceros en una peor situación de responsabilidad patrimonial que aquellos socios de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV, dado que tendrán una responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las obligaciones sociales que éstos no tienen.

e) El procedimiento de “subsanción” que el Proyecto propone para las sociedades comprendidas en la Sección IV constituye un galimatías que genera incertidumbre en materia de comprensión e interpretación, tanto en los conceptos, como en la operatividad del procedimiento, lo que puede llevar a aumentar —innecesariamente— la litigiosidad y la inseguridad societarias.



PONENCIA

1. Introducción

Tanto el Anteproyecto —en su momento— como el Proyecto —en la actualidad—, promovieron la modificación de la Sección IV, del Capítulo I, de la Ley 19.550 referido a la “Sociedad no constituida regularmente”, para colocar allí un régimen específico dedicado a “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, donde convivirán¹:

a) las sociedades que no se constituyan según los tipos previstos en el Capítulo II —es decir, sociedades que no se constituyan bajo los tipos de sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita simple, de responsabilidad limitada, sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones—;

b) las sociedades que omitan requisitos esenciales —tipificantes o no tipificantes—; y

c) las sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por la ley —el problema aquí será determinar qué ha entendido el legislador por “formalidades”—.

¹ Ver más precisiones en VÍTOLO, Daniel Roque, *Las Reformas a la Ley 19.550 de sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la nación*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

Como puede verse, ello responde a los cambios que se pretenden introducir en el régimen de regularidad, tipicidad y nulidad en materia societaria, lo que convierte —como lo hemos adelantado— a esta Sección en un verdadero “cajón de sastre”.

Del mismo modo, parecería que en esta sección no tendrían cabida antiguos habitantes de esa sección y tampoco sociedades que se eliminan de la regulación en el Código Civil. de tal suerte —entonces— el “cajón de sastre” no albergará a:

- a) las sociedades de hecho con objeto comercial —y ahora también sin objeto comercial—;
- b) las sociedades irregulares; y
- c) las sociedades civiles.

2. La desaparición de las sociedades de hecho con objeto comercial

Es suficientemente conocido que la sociedad de hecho es aquella conformada entre socios en virtud de relaciones fácticas y que no se encuentra instrumentada en un documento o instrumento orgánico a través del cual se regulen los derechos, obligaciones y relaciones entre dichos socios².

Para una parte importante de la doctrina se trata de una sociedad cuya existencia no requiere de documento ni instrumento alguno y en la que los socios han prestado su consentimiento en forma verbal o a través de cualquiera de los modos por los cuales puede expresarse su voluntad —incluyendo acciones de hecho— para realizar bajo el régimen de sociedad una determinada actividad comercial³ participando en los beneficios y soportando las pérdidas⁴.

² Ver VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 Comentada*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

³ Ver PIANTONI, Mario A., *Sociedades de hecho e irregularmente constituidas Civiles y Comerciales*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1979.

⁴ Puede verse CHIARAMONTE, José Pedro, *La prueba de la existencia en la sociedad de hecho*, nota a fallo, en L. L. 1991-A-351; CURÁ, José María, *De la sociedad de hecho y la prueba de su existencia*, nota a fallo, en L. L. 1988-E-453; *La representación en las sociedades de hecho comerciales (El caso “Giorgetti”): ¿un regreso a la*

Para la conformación de tal sociedad los socios han realizado aportes de diversa naturaleza, y el objeto a ser desarrollado por este sujeto para ser incluido bajo el régimen de la ley 19.550 —conforme su actual redacción— debe tener carácter comercial, lo cual no se limita al mero afán o ánimo de lucro, sino a actividades comprendidas en el artículo 8º del actual Código de Comercio —que en el Proyecto de reforma desaparece como cuerpo jurídico—.

Éste es el único caso en que actualmente la Ley de Sociedades determina la *comercialidad* de una sociedad dependiendo de su objeto, ya que en todos los otros casos el carácter comercial de la sociedad y la aplicación del régimen legal derivan de la circunstancia de que se haya adecuado la constitución de la sociedad a alguno de los tipos contemplados por la ley.

Las sociedades de hecho con objeto comercial escapan —hoy— a la regla de comercialidad establecida por el régimen de tipicidad del artículo 17.

Nada dice el Proyecto de estas sociedades, y ello es porque ha decidido directamente ignorarlas, manteniendo el requisito del contrato escrito para que exista sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de la ley 19.550, el cual establece que el contrato por el que se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado.

La situación es confusa, porque —por otra parte— algunas señales parecen indicar que la intención del legislador es la posibilidad de incluir

teoría del mandato?), en L. L. 1994-D-850, Doctrina; DI BARTOLO, Nilda E., Algunas consideraciones acerca de la sociedad de hecho, nota a fallo, en L. L. 1995-D-100; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, Evolución del régimen legal de las sociedades no constituidas regularmente (Análisis comparativo de las leyes 19.550 y 22.903 y el proyecto de unificación del Derecho Privado), en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 20, Nº 115 a 120, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 751; FORTÍN, Pablo J., Sociedad irregular y propiedad de bienes registrables, nota a fallo, en L. L. 1996-C-685; PERCIAVALLE, Marcelo L., Sociedades irregulares y de hecho (Manual teórico-práctico), Errepar, Buenos Aires, 2000; PERROTTA, Salvador R., En torno a la sociedad de hecho, nota a fallo, en L. L. 1980-C-385; ROITMAN, Horacio y colaboradores, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Ed. La Ley, 2006; ROMERO, José Ignacio, Las sociedades irregulares y la reforma de la ley 22.903, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 17, Nº 97 a 102, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 109; Sociedades irregulares y de hecho, Depalma, Buenos Aires, 1982; entre otros.

estas sociedades de hecho en la Sección IV por carecer de la “formalidad” del contrato escrito⁵.

Pero ocurre que el propio régimen previsto por los arts. 21 a 26 —a pesar de que mencionan dentro de los supuestos abarcados aquellas sociedades en las cuales “...se incumpla con las formalidades previstas en esta ley”⁶— parecieran referirse sólo a contratos celebrados por escrito, dado lo que los mencionados artículos disponen expresamente, pues:

- a) se admite la invocación del contrato entre los socios, incluso las cláusulas relativas a la representación, la administración y demás que dispongan sobre la organización y gobierno de la sociedad⁷ —¿cómo conocer el contenido del contrato y sus cláusulas sin instrumento escrito?— (propuesta de redacción para el art. 21, párrafo 1º, y art. 23, párrafo 1º);
- b) se admite la oponibilidad del contrato ante terceros si los terceros lo conocieron —¿cuál es el alcance del conocimiento por parte del tercero del contrato sin instrumento escrito?— (propuesta de redacción para el art. 21, párrafo 2º);
- c) se admite la posibilidad de que los terceros invoquen el contrato contra la sociedad, los socios y los administradores —¿cómo sabrán quienes son ellos, o el contenido del contrato si no hay instrumento escrito?— (propuesta de redacción para el art. 21, párrafo 2º in fine);
- d) se dispone que en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato —¿cómo puede exhibirse un contrato que no está instrumentado por escrito? (propuesta de redacción para el art. 23, párrafo 1º);
- e) se establecen normas para adquirir bienes registrables, donde la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las fa-

⁵ Conclusión provisional —y sujeta a una posterior reflexión— derivada de una primera lectura de las nuevas normas propuestas por el Proyecto.

⁶ Esto abre la posibilidad de considerar a las sociedades de hecho, que han incumplido con la forma escrita prevista en el art. 4 de la norma legal.

⁷ Ello no ocurre hoy, pues en una sociedad irregular o de hecho no es lícito que los socios entre sí invoquen derechos o defensas emergentes de las estipulaciones del contrato social. CNCom., sala C, 15-3-88, L. L. 1989-D-71; en igual sentido, JCom. N° 3 de Córdoba, 23-3-84, L. L. C. 1984-888.

cultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios, instrumentando tal reconocimiento por escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano —¿quiere decir esto que las sociedades de hecho no podrán ser titulares de bienes registrables salvo que instrumenten por escrito dicha sociedad dejando de ser “sociedades de hecho”?— (propuesta de redacción para el art. 23); y

- f) se legisla un nuevo régimen de responsabilidad para estas sociedades de la Sección IV, donde los socios responden simplemente en forma mancomunada por las obligaciones sociales y en partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción surja de una estipulación expresa —¿cómo podrá aplicarse este criterio si la sociedad no ha sido instrumentada por escrito?— (propuesta de redacción para el art. 24); entre otros supuestos.

Como puede advertirse, no parecen quedar comprendidas en los supuestos regulados en la Sección IV las sociedades de hecho con objeto comercial, las cuales la ley 19.550 en la actualidad no sólo reconoce, sino que —además— equipara en su regulación a las sociedades “no constituidas regularmente” —sociedades, estas últimas, que en el Proyecto de reforma también desaparecen, sin perjuicio de que se mantenga el instituto de la “regularidad”⁸—.

Tampoco quedarían comprendidas en la norma —desde nuestro punto de vista— las sociedades civiles de hecho contempladas por el art. 1663 del actual Código Civil.

3. El nuevo instituto de la “Subsanación”: ¿una regularización impropia?

Debemos insistir en el hecho de que el Proyecto, si bien mantiene la norma relativa a la *regularidad* —disposición contenida en el art. 7—, carece de normas en materia de *irregularidad*.

Desapareciendo —entonces— el concepto de *irregularidad*, no habrá sociedades *irregulares*, y tampoco habrá sociedades que deban ser *regularizadas*. Consecuentemente, se elimina del texto legal —en el Proyecto— el instituto de la *regularización*.

⁸ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, Las Reformas a la Ley 19.550..., cit.

Pero ocurre que igualmente existen las sociedades atípicas —que pasarían a constituir una suerte de sociedades de *libre creación*⁹— y aquellas en las cuales los socios hubieran omitido algunos requisitos o elementos no tipificantes, pero comunes a todo contrato de sociedad —art. 11—.

Lo que el Proyecto propone, con modificaciones a ser introducidas al texto del art. 25, es resolver estas carencias bajo un nuevo instituto denominado “subsanción”.

Pues bien, el *procedimiento subsanatorio* funciona —art. 25, texto propuesto— de la siguiente manera:

a) tanto la sociedad —por sí misma— como los socios, sin indicación de tiempo y durante todo el tiempo de duración de la sociedad, ni necesidad de invocación de causa, pueden tomar la iniciativa de promover la *subsanción* de la sociedad;

b) el Proyecto no indica a quienes debe notificarse, ni los mecanismos de notificación de tal iniciativa;

c) la decisión de subsanar las omisiones o defectos, debe ser tomada por unanimidad de socios —el Proyecto no indica el mecanismo, es decir, si es por reunión de socios, si es por comunicaciones de la voluntad por otros medios, si es una mera consulta, u otras—;

d) a falta de acuerdo unánime, la subsanción no tendrá lugar, salvo que se solicite la misma judicialmente —el Proyecto no lo dice, pero imaginamos que deberá ser promovida o por la sociedad o por los socios que hubieren votado favorablemente la subsanción; tampoco indica plazo para la promoción de la demanda, ni quien es o quiénes son los sujetos pasivos de la acción—;

e) el trámite para el procedimiento que fija el Proyecto es el juicio sumario —que ya no existe más en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación—;

⁹ En efecto; al ser absolutamente válidas, tener personalidad jurídica, poder ser titulares de bienes registrables y poder oponer las cláusulas estatutarias o contractuales con la mera exhibición del contrato, pasan a conformar casi una nueva categoría de sociedades donde los socios pueden imaginar las cláusulas y convenciones que deseen.

f) el juez puede, en su sentencia, suplir la falta de acuerdo y ordenar la “subsanción” de la sociedad, con la limitación de que no puede imponer mayor responsabilidad a los socios que no la consientan —¿estamos frente a una sentencia judicial de cumplimiento discrecional por parte de los afectados?—; y —finalmente—

g) los socios disconformes podrán ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92 de la ley —es decir que no es un receso sino una “exclusión”, instituto que difiere sustancialmente del “receso”—.

El procedimiento constituye —como puede verse— un galimatías que genera incertidumbre en materia de comprensión e interpretación, tanto en los conceptos, como en la operatividad del procedimiento, lo que puede llevar a aumentar —innecesariamente— la litigiosidad societaria.

Por otra parte, tampoco se entiende este calificativo de “subsanción” que apunta a corregir los “vicios”, y nada indica que las sociedades comprendidas en la Sección IV estén afectadas por “vicios”, ya que son plenamente válidas.

Como puede advertirse, la regulación que el Proyecto efectúa de este instituto de “subsanción” presenta graves deficiencias que deben ser corregidas —sino eliminado el instituto— en la revisión que del Proyecto efectúe la Comisión Bicameral.

6. La disolución de las sociedades de la Sección IV sin plazo de duración

El Proyecto no propone modificar el art. 11, inciso 5, de la ley 19.550 que dispone que el instrumento constitutivo de la sociedad debe fijar un plazo de duración que deberá ser determinado. En esto, la Comisión se desprende de la norma general que incluye en el texto principal del Código para el resto de las personas jurídicas privadas, cuya duración es ilimitada, salvo que la ley o el estatuto dispongan lo contrario¹⁰.

Lo curioso es que en la propuesta de nuevo texto para el art. 25, párrafo 3º, de la ley 19.550, el Proyecto propone incluir una norma específica para las sociedades en las cuales la ausencia del requisito esencial no tipificante sea el *plazo de duración* —es decir sociedades en las cuales los

¹⁰ Ver art. 156 del Proyecto.

socios hubieran omitido incluir en el contrato o estatuto el plazo de duración de la sociedad— por la cual cualquiera de los socios pueda provocar la disolución de la sociedad, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios.

Los efectos de la disolución —es decir la disolución misma—, se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación.

La norma no parece tener muchos sentido; menos aún cuando también se propone completar el texto del artículo señalando que los socios que deseen permanecer en la sociedad deben *pagar* a los salientes su parte social.

En efecto; no se entiende cuál es el propósito de esta norma, ni cómo funciona:

a) si algún socio pretende la disolución, ¿pueden los demás oponerle como defensa la subsanación, como ocurre actualmente con el instituto de la regularización?;

b) si para este supuesto —solicitud de disolución— no rige el procedimiento de subsanación, donde se prevé el receso, ¿de qué modo deberán los socios que deseen permanecer pagar la parte social del socio que no desea continuar y bajo qué normas?;

c) ¿quiere decir, esta disposición, que las sociedades de hecho no podrán ser subsanadas y que pasarán a ser sólo sociedades con vocación disolutoria?

Estos son sólo algunos de los interrogantes correspondientes a una norma que se advierte desafortunada, y que debería ser reformulada.

7. Conclusión

A modo de conclusión y, en forma preliminar, todo parece indicar que en estos aspectos el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales no resulta adecuado y requiere de un minucioso análisis para remediar las falencias que presenta.

En efecto:

a) No se puede pretender mantener el instituto de la “regularidad” societaria sin disponer alguna consecuencia para el caso de sociedades “no constituidas regularmente”.

b) Tampoco pueden ignorarse fenómenos de la realidad jurídica, económica y social como son las sociedades civiles y las sociedades de hecho —con y sin objeto comercial— a las que debe otorgarse alguna recepción en el nuevo texto legal, acorde a los principios que gobiernan tales institutos.

c) Por otra parte, ¿cuál será el beneficio de acceder a la regularidad societaria prevista en el art. 7 de la ley, si manteniéndose fuera de la regularidad igualmente se pueden hacer valer los efectos del tipo y las defensas y convenciones contractuales o contenidas en el acto constitutivo con el sólo hecho de exhibir el contrato social o el estatuto, manteniéndose en todos los casos la responsabilidad solamente mancomunada por las deudas sociales?

d) Bajo la nueva regulación propuesta para las sociedades “libres”, “simples” o “residuales” que comprenden a las no constituidas bajo alguno de los tipos previstos en el Capítulo II y otros supuestos, puede darse incluso la paradoja que los socios de una sociedad colectiva o de capital e industria —en lo que hace al socio capitalista— se encuentren frente a terceros en una peor situación de responsabilidad patrimonial que aquellos socios de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV, dado que tendrán una responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las obligaciones sociales que éstos no tienen.

e) El procedimiento de “subsanción” que el Proyecto propone para las sociedades comprendidas en la Sección IV constituye un galimatías que genera incertidumbre en materia de comprensión e interpretación, tanto en los conceptos, como en la operatividad del procedimiento, lo que puede llevar a aumentar —innecesariamente— la litigiosidad y la inseguridad societarias.