

Comisión II.

CONSIDERACIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL
RÉGIMEN LEGAL DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

(Trabajo de los doctores José León Bustelo, Juan Carlos Couso,
Salvador R. Perrotta y Manuel Sirvén)

I. *Nulidad e irregularidad societaria. Delimitación conceptual.*

1. — Es sabido la importancia que reviste para la debida configuración de la sociedad irregular, el esclarecimiento de esta premisa previa, para distinguirla de la sociedad nula.

En el Código de Comercio (art. 296 derogado introducido en la reforma de 1889)¹, por inspiración de su fuente², ambos conceptos se confundían³, aunque nuestra doctrina (Siburu, Halperin, Garo, etc.) ya señalaba que según esa norma se imponía no la “nulidad para el futuro” de la sociedad irregular, sino su “disolución”⁴.

2. — Pero, sin duda, resultaba imperioso destinar un régimen normativo específico para contemplar la nulidad de la sociedad, con absoluta independencia del que se dedicara a la irregularidad.

Además, el sistema que al respecto dedicaba el Código Civil (en materia de actos jurídicos, aplicable a la materia contractual) era insuficiente e inadecuado (arts. 923 a 943, 1037 a 1065, 1652, 1659 a 1661).

3. — Aparecía entonces como indispensable la necesidad de elaborar un sistema propio y orgánico para la sociedad comercial que se manifestaba con caracteres totalmente distintos del que presen-

¹ Santo S. Faré, *Condición jurídica de la sociedad irregular*, en *Cincuentenario de la reforma al Código de Comercio*, Buenos Aires, 1941, p. 208, señalaba la falta de regulación legislativa adecuada y la necesidad de su reforma.

² G. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil*.

³ I. Halperin decía: “La reforma de 1889 introdujo el art. 296, que rompió la unidad lógica (en el Código de Comercio) y provocó graves disparidades de interpretación” (*El alcance de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares*, en *Homenaje al Dr. Mauricio L. Yadarola*, Córdoba, 1965, t. III, p. 270 y n. 4).

⁴ C. J. Zavala Rodríguez, *Código de Comercio comentado*, t. I, p. 316.

taba el contrato de cambio. La ciencia comercial había avanzado en el examen de la configuración de dicha sociedad fundando su naturaleza en la plurilateralidad organizada: Messineo, Ghidini y Ascarelli en Italia, Halperin y Fargosi entre nosotros, fijaron ideas ya definitivas. El contrato societario no revistaba en la categoría de los de cambio; era plurilateral, de organización (arg. art. 1, ley 19.550).

La Comisión Redactora, pues, con moderno criterio, y así lo manifiesta en la Exposición de Motivos, elaboró para ello un régimen especial, teniendo en cuenta: 1) esa naturaleza peculiar de la sociedad comercial, como contrato plurilateral de organización; 2) las características propias de los distintos tipos societarios; 3) las diversas causas de nulidad; 4) la distinta función que asumen los socios, los acreedores sociales y los acreedores particulares de éstos⁵.

Tuvo especialmente en mira los intereses en juego de: a) la conservación de la empresa; b) los terceros, cuya garantía es el patrimonio de la sociedad⁶.

Además, si tenemos en cuenta lo dispuesto en la ley 19.550, arts. 1, 2 y 4, en la sociedad comercial se manifiesta: en lo constitutivo, un contrato (art. 4), y en lo funcional, un sujeto (art. 2), y sin duda, para disciplinar la nulidad han de considerarse las condiciones de fondo de constitución: 1) de todo contrato (generales); a saber: capacidad, consentimiento, objeto; 2) del contrato de sociedad (particulares), o sea: pluralidad, aportes, *affectio societatis*, participación en las ganancias y contribución en las pérdidas; 3) del tipo societario elegido (específicas)⁷.

4. — En definitiva, la ley 19.550 adoptó el régimen del Código Civil⁸ en sus bases fundamentales: a) nulidad y anulabilidad; b) nulidad absoluta y nulidad relativa; c) existencia de la confirmación, pero adecuándolo a sus exigencias actuales para lo cual ha incorpo-

⁵ Ignacio A. Escuti, *Nulidad e invalidez: algunos aspectos*, "La Ley", 1976-C-493, I.

Héctor J. Martinotti, *El régimen de nulidad de las sociedades comerciales en la ley 19.550*, en "Gaceta del Notariado", Santa Fe, 1977-11; Jorge A. Zavala, *Apuntes sobre el régimen de nulidad en la ley de sociedades*, "El Derecho", t. 49, p. 927, I.

⁶ Julio C. Otaegui, *Nulidades societarias*, Buenos Aires, 1973, p. I (publicación de U.C.A.); Raúl A. Etcheverry, *Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales*, "La Ley", t. 150, p. 1101, I, 7.

⁷ Isaac Halperin, *El régimen de nulidades de las sociedades*, en "Revista del Der. Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, 1970, p. 545, III.

⁸ Julio C. Raffo, *Las nulidades en la ley 19.550*, "La Información", 1972-1373; Manuel Augusto Ferrer, *Nulidad de las sociedades comerciales*, "J.A.", serie contemporánea, Doctrina, 1975-382.

rado cuatro grandes principios: 1) la conservación de la empresa, como fórmula que importa evitar la disolución o liquidación de la sociedad, para atender la prevención de aspectos sociales tales como, cierre del establecimiento, desocupación, etc. (arts. 94, inc. 8, 100, etc.); 2) reemplazo de la sanción a la sociedad por sanciones a sus administradores o directores o gerentes o socios personalmente responsables de orden civil o penal; 3) admisión de la subsanación de los vicios, equiparable a la confirmación en el orden civil (por lo menos según la terminología utilizada por el art. 370); 4) mantenimiento de la nulidad para las causales que afectan a la sociedad en su objeto (art. 18) y tipo (art. 17)⁹.

Así, pues, la ley 19.550 organiza —llenando el vacío del Código de Comercio— un régimen de nulidad societaria constitutiva¹⁰ —arts. 16 a 20, 29 y 32—, que se inspira —según declara la exposición de motivos— en la doctrina moderna.

Influencia decisiva reviste la naturaleza jurídica del contrato de sociedad.

Sabemos al respecto que así como en el contrato plurilateral, cada contratante en la sociedad no tiene contraparte (como ocurre en los contratos de cambio), sino una serie de contrapartes y cada socio se sitúa jurídicamente no frente a otro socio, sino frente a todos y cada uno de los demás socios igualmente, las prestaciones son atípicas, distintas entre sí y variables en su contenido, mientras que en los de cambio tienen un contenido determinado, acorde con el esquema y denominación que exhiba. Estos dos aspectos inciden para decidir si en caso de manifestarse algún vicio del consentimiento, se afecta todo el contrato o únicamente la vinculación del socio en cuestión (arg. art. 16, ley 19.550).

5. — A su vez, la irregularidad se manifiesta por vicios en los requisitos de formalidad constitutiva o su emisión: a) instrumento escrito; b) inscripción registral.

Por otra parte, la doctrina ha disentido en el reconocimiento del distingo entre “sociedad irregular” y “sociedad de hecho”. Malagarriga y Halperin la admiten; Zavala Rodríguez la rechaza.

La ley 19.550 lo acoge en el art. 21, y así lo expresa su exposición de motivos.

⁹ Algunos autores, Colombes entre ellos, sustituyen, sin embargo, los conceptos de “nulo y anulable”, por “subsancionable y no subsancionable”.

¹⁰ Es decir, al “iter” constitutivo (requisitos de fondo). Debe distinguirse de las nulidades funcionales (a los actos de la sociedad constituida y en funcionamiento; ej., arts. 199, 200, 202, 251, 256, 271, etc.).

Halperin señala que a ese respecto la ley no establece un régimen de sanción a la mala fe de los socios, sino que se trata de una defensa de los requisitos legales para establecer la existencia de los tipos societarios consagrados por el ordenamiento¹¹.

Es que la sociedad irregular no incurre en nulidad, pues, según lo expresa, ésta se origina exclusivamente en infracción por omisión o vicios de los requisitos constitutivos de fondo¹².

En conclusión, y siguiendo a Langle¹³, la sociedad irregular es la que omite las formalidades constitutivas (instrumento escrito o registro): los vicios o ausencia de las condiciones de fondo, la sitúan en el terreno de la nulidad.

Irregularidad y tipicidad

6. — Como surge del art. 1 de la ley 19.550 y de su exposición de motivos (cap. I, secc. I, 1), “insiste en el principio de la tipicidad aceptado por los proyectos anteriores, apoyada por la doctrina y receptado por la legislación comparada”, añadiendo que “la adopción de tipos legislativamente establecidos *ad solemnitatem* y la sanción de nulidad para las sociedades establecidas en apartamiento a ellos (art. 17)¹⁴, responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto”¹⁵. Halperin acota que su motivación reside en que “la atipicidad es contraria a la seguridad de los negocios por las dificultades a que daría lugar su funcionamiento”¹⁶. La adopción de la “tipificación” resulta, pues, fundamento de la estructura normativa¹⁷.

¹¹ *El alcance de la personalidad jurídica*, ob. cit., lug. cit.

¹² Carlos S. Odriozola, *Los socios de una sociedad irregular y los terceros a través de un fallo judicial*, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Buenos Aires, 1969, p. 49.

¹³ *La compañía mercantil irregular*, en “Revista de Derecho Mercantil”, Madrid, 1950, 7.

¹⁴ E. Radresa, *La sociedad irregular*, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, p. 148, nº 76. Véase una crítica a su texto.

¹⁵ Malagarriga propuso en el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940, el reconocimiento del principio de que “los contratantes de una sociedad pueden apartarse de los tipos previstos en el Código siempre que sus estipulaciones no sean susceptibles de vulnerar los derechos de terceros a los intereses generales”, no resolviéndose como declaración afirmativa, sino recomendándose el estudio de “si conviene admitir sociedades comerciales atípicas” (*Actas*, t. I, p. 211; t. II, p. 401).

¹⁶ *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, 1972, t. I, p. 303.

¹⁷ Enrique Zaldívar, Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Alfredo L. Rovira y Carlos San Millán, *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 118.

Ahora bien, la infracción de este principio no importa que la entidad caiga en irregularidad, sino en nulidad, por así disponerlo expresamente los arts. 17, 1ª parte, y 30, 1ª parte, de la ley 19.550.

Se trata de postulados del orden público que imponen la implantación de reglas establecidas como voluntad abstracta de la ley a las partes contratantes¹⁸, pero que insertados entre los requisitos de fondo tienen ese efecto en caso de inobservancia o infracción. Por todo ello, la sociedad irregular no es un tipo societario, sino una clase de sociedad infractora a las formalidades legales¹⁹.

Cabe señalar, además, que la ley 19.550 no contiene (como tampoco el Código de Comercio derogado en esta materia) una disciplina integral del "iter" constitutivo²⁰; de allí que la tipicidad (arg. art. 1) adquiere mayor relevancia como culminación de ese "iter", lo que requeriría, sin duda, una regulación más detallada, por lo menos en su aspecto procedimental.

Pero, en todo caso, el criterio de dicha ley al encarar el régimen de la "sociedad no constituida regularmente" (arts. 21 a 26) fue orgánico y coherente, recogiendo debidamente la experiencia nacional producida²¹.

II. Personalidad de la sociedad irregular.

Algunos de sus alcances y efectos.

7. — Ya ha dejado de ser discutible doctrinalmente el carácter de personas jurídicas de las sociedades comerciales²², considerándose

¹⁸ De un voto del Dr. Gastón F. Tobal (Cám. Civ. Cap., "La Ley", t. 7, p. 441), recordado por Horacio A. Fargosi en *Apostilla sobre la interpretación de la Ley de Sociedades Comerciales y su art. 95*, en "La Ley", 14 junio 1977 (nota a fallo de Cám. Ap. Mar del Plata, Sala II, 15 feb. 1977, n° 74.382), quien enfatiza que esa afirmación de dicho camarista implica una verdadera impostación de la verdadera naturaleza de ciertas normas que deben ser asumidas como indispensables. Se trataría de los requisitos tipificantes o "específicos" del tipo societario (*supra*, en este trabajo, párr. 3º, *in fine*, arg. art. 17, 2ª parte). En la ley 19.550 los requisitos tipificantes de cada figura societaria se hallan incorporados en el primer artículo de cada sección destinada en el cap. II ("De las sociedades en particular") a regular las diversas figuras y bajo el título común de "Caracterización". Así, arts. 125, 134, 141, 146, 163, 308, 315 y 361.

¹⁹ Isaac Halperin, *Sociedades comerciales*, Bs. As., 1964, p. 138.

Emilio Radresa, *Sociedades de hecho*, Bs. As., 1977, p. 22.

²⁰ Jaime L. Anaya, *Las sociedades en formación ante el decreto-ley 19.550*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1976, p. 257, quien enfatiza sobre el procedimiento constitutivo de complejidad variable según el tipo (n° VII).

²¹ Carlos J. Zavala Rodríguez, *Sociedad no constituida regularmente*, en la misma "Revista", 1975, p. 803.

²² María Celia Marsili, *Actualización de la teoría general de la personalidad de las sociedades*, "Rev. del Der. Comercial y de las Oblig.", 1971, p. 1.

que la personalidad jurídica de ellas no es más que un recurso técnico, un instrumento acordado por el derecho ²³.

También que las sociedades reguladas por la ley 19.550 en la sec. IV del cap. I y conceptualizadas como aquellas que tienen un objeto comercial o que siendo sociedades típicas no se constituyen regularmente (art. 21), tienen personalidad propia y diferenciada de sus integrantes, si bien precaria y limitada ²⁴, constituyendo sujetos de derecho con el alcance fijado en el art. 2 del texto legal.

Como consecuencia de ello deberán conformarse en su accionar a las disposiciones de la parte general que les sean compatibles con el régimen específico establecido en la sección mencionada *supra*.

Del reconocimiento de dicha personalidad irregular, de su naturaleza jurídica, de sus limitaciones y precariedad, surgen tanto su distinto alcance como los diversos efectos que trascienden e influyen en el ámbito interno y en el externo.

Así, y con relación a su régimen de administración y representación, puede señalarse, conjugándose el art. 24 con el art. 58, que todos los socios son administradores y obligan a la sociedad en la medida en que actúen o contraten a su nombre. Cualquiera de ellos puede representarla, debiendo actuar en esa calidad y no por derecho propio ²⁵.

Para el caso de haberse establecido por acuerdo intersocietario un régimen de administración contractual específico, ello no obliga a los terceros a tenor de lo dispuesto por los arts. 23, segundo párrafo, y 24, no pudiendo tampoco invocarse las limitaciones del objeto social.

8. — Como consecuencia de esa personalidad propia y distinta de los integrantes que la componen, la sociedad no constituida regularmente, no los socios individualmente a título personal, puede ejercer los derechos y acciones que nazcan de los contratos celebrados por ella con terceros, incluida la reclamación de los daños y perjuicios que sufra por los actos ilícitos que se le ocasionen (arts. 1066 y ss., Cód. Civil), quedando excluidos los que se funden en el contrato social, atento a los claros términos del art. 23, segunda parte.

Esta personalidad no es absoluta, a tal punto que los socios quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales en los términos del art. 23, solidaridad que se extiende al tercero que ha con-

²³ Exposición de motivos ley 19.550, sección IV.

²⁴ Salvador R. Perrotta, *Breves estudios sobre las sociedades comerciales*, "La Ley", t. 142, ps. 1211, 1219 y 1221.

²⁵ Halperin, ob. cit.

tratado por la sociedad. De tal modo se ha excluido del régimen legal específico la opción del tercero entre reconocer y probar la existencia de la sociedad o perseguir directamente a los socios ²⁶.

Precisamente, por no ser plena, cualquiera de los socios puede solicitar en cualquier momento su disolución (art. 22).

Ello no significa desconocer su carácter de persona jurídica diferenciada, y precisamente, como manifestación de esa personalidad distinta, en el caso de las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyen regularmente por vicios de forma, la subsanación de ellos no importa la creación de un nuevo y distinto ente societario, y no una transformación de la sociedad irregular anterior ²⁷.

Esto es así por cuanto la sociedad no constituida regularmente no es un tipo social, ya que no se halla sujeta a ninguna forma o estructura determinada, siendo su personalidad precaria y restringida, y no plena como la de las sociedades regulares.

No es admisible, pues, la jurisprudencia sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, en anterior composición a la actual, que resolvió que no existía impedimento alguno para la procedencia de la transformación de una sociedad de hecho en sociedad de responsabilidad limitada ²⁸.

En efecto, el instituto previsto por la sección X del capítulo I de la ley 19.550 admite la transformación de un tipo social en otro, pero respetando la relación personalidad jurídica-tipicidad, sin resultar aplicable al supuesto de la sociedad de hecho precisamente por carecer de una estructura formal y tipo social, al constituirse con los alcances precarios y restringidos que le asigna la Ley de Sociedades.

9. — No se da, pues, el supuesto de transformación, y lo que se denomina subsanación de los vicios o regularización de la sociedad no constituida regularmente es en realidad una constitución de un ente societario distinto, regular, por la vía y con las formas establecidas por la ley para el tipo social que se determine. La consecuencia será que la sociedad no constituida regularmente dejará de ser tal por su disolución y liquidación conforme al sistema que marca la propia ley.

²⁶ Halperin, ob. cit.

²⁷ S.C.B.A., 27/3/45, "La Ley", t. 39, p. 225; Cám. Nac. Com., Sala A, *in re* "Fibrapunt S.C.A.", 11/3/70, en "Rev. Der. Com. y de las Obl.", 1971, p. 331.

²⁸ "Los efectos y alcances del instituto del art. 74 sólo se producen respecto de las sociedades regulares y su aplicación sólo es lícita respecto de las mismas". En ese sentido, y sosteniendo dicha opinión, puede verse el trabajo publicado sobre el tema por Miguel Menegazzo Cané, *A propósito de un fallo que admite la transformación de una sociedad de hecho en sociedad de responsabilidad limitada*, "E.D.", t. 68, p. 427. Es decir que la sociedad no constituida regularmente no puede transformarse.

III. *Publicidad respecto de las sociedades irregulares y de hecho: las inscripciones registrales y diversas hipótesis por falta de requisitos o vicios de ellas.*

10. — Definidos ya los conceptos de nulidad e irregularidad societaria y de esta última con la tipicidad, focalizaremos la realidad de las sociedades irregulares como “toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelve en su torno”²⁹.

Designada la forma como uno de los elementos esenciales comunes a los contratos y, por ende, generales a ellos, es menester recordar el principio establecido por el art. 973 del Cód. Civil, que establece que aquélla es “el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico”. Este sistema de formas de la ley es en general *ad solemnitatem*, según lo recuerda Halperin³⁰, en el sentido de que la inobservancia de ellas —como de los demás acerca de la publicidad— impide el nacimiento de la sociedad acordada y sólo surge una sociedad irregular (arts. 7 y 21 y concs., ley 19.550). El art. 974 de la normativa civil fija el principio de la libertad de las formas, cuando éstas no se designaran legalmente y tienden primordialmente a satisfacer una función de garantía para los terceros. Puede concluirse, entonces, que mientras la forma apunta a la sustancia del acto, a su existencia, en cambio la prueba tiende a la demostración en juicio; por ello son elementos distintos, tanto en sus funciones como en cuanto a las reglas legales a que están sometidos³¹.

Dejando establecido que por el art. 4 el contrato plurilateral de organización que da origen a la sociedad puede otorgarse por instrumento público o privado y sin perjuicio de la excepción que al respecto trae el art. 265, que impone el instrumento público para las sociedades por acciones, apartándose así la sanción definitiva de la normativa, de la letra de los redactores, enumeramos la exigencia de instrumentos escrito, como requisito formal y con antecedentes tan remotos como la Ordenanza de Bilbao; la publicación de edictos para las sociedades del tipo de responsabilidad limitada y por acciones, salvo las cooperativas y la inscripción en el Registro Público de Comercio, que integra y culmina con carácter constitutivo el nacimiento de las sociedades regulares, determinando el marco de los requisitos formales cuyo incumplimiento produce el no nacimiento

²⁹ C. Vivante; cap. I, sec. IV, exp. motivos ley 19.550.

³⁰ Halperin, ob. cit., p. 281.

³¹ Perrotta, ob. cit., t. 139, p. 875.

de una sociedad regular y la aplicación de los arts. 21 y ss. de la ley 19.550 con un régimen común con el de las sociedades de hecho con objeto comercial, que verbigracia son las únicas que en el actual sistema necesitan para su caracterización de aquel elemento óntico. Debe diferenciarse, como prolijamente lo hace la ley, la hipótesis de irregularidad por vicios en las formas, regulados en la especie por la secc. IV del cap. I, de la hipótesis que regula la sección anterior, que apunta al muy complejo y trascendental cuadro de las nulidades societarias. Ciertamente que el art. 296 del Cód. de Comercio, ya derogado, expresaba que estas sociedades "serán nulas para lo futuro, en el sentido que cualquiera de los socios podrá separarse cuando le parezca...". Y la introducción de ese instituto, en terrenos propios de la rescindibilidad y de la irregularidad, de origen francés e italiano, dieron fuerza a una confusión y superposición de regulaciones, que la actual ley separa en forma clara y sistemática. Sin profundizar demasiado el tema, por tratarse de una cuestión que deberá ser tratada con más intensidad, útil resulta recordar que el párrafo del artículo precitado encuentra su fuente en Massé³², y que entre nuestros autores Carlos C. Malagarriga fue el que sostuvo con más énfasis similar posición.

Y si bien no es el objeto del tratamiento de esta temática, bien podría recordarse con relación a quienes sostenían la nulidad de la derogada legislación, que ya una pacífica jurisprudencia determinaba que la disolución de los entes irregulares debía inscribirse³³, la que contó con el apoyo de la doctrina nacional.

II. — Delineado así el tratamiento de la ubicación metodológica de las sociedades irregulares y la compleja consideración de su regulación, cabe un primer interrogante en la materia: ¿Qué calificación merece un acto inscrito en el Registro Público de Comercio que sin embargo padece de vicio de formas o de fondo? Se ha sostenido que las inscripciones registrales no sanean las nulidades existentes; que carecen de efectos saneatorios³⁴. Pareciera que el acto de inscripción carece de virtualidad suficiente como para atenuar, borrar, modificar la situación jurídica preexistente, sin perjuicio de expresar, parafraseando a Halperin, que "los medios fijados por la ley no son susti-

³² Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et civil*, 3ª ed., 4º vol., Paris, 1894.

³³ Manuel Augusto Sirvén, en trabajo presentado al Inst. de Derecho Comercial de la Fac. de Der. y Cs. Sociales, U.N.B.A., "Premio Biblioteca Congreso de la Nación", 1975.

³⁴ Así lo recuerda Raúl A. Etcheverry en su reciente *Manual de derecho comercial*, Parte general, ed. Astrea, Bs. As., 1977 (ps. 494 y ss.).

túbles, porque no tienen por objeto notificar a los terceros determinados un acto concreto, sino que tienen por destinatarios a terceros indeterminados para hacer público el acto, poniéndoles en estado de tomar conocimiento y hacerles oponible dicho acto³⁵.

Así las cosas, si bien se expresa el anhelo de una futura reforma y estructuración registral que en amparo de la seguridad de terceros obtuviera eficacia saneatoria de sus actos³⁶, debe concluirse que en estado general, organización jurídica existente y sistema legal vigente, las inscripciones, como ya se señaló, no producen una mutación —más que la publicidad formal y sustancial del acto constitutivo en materia de sociedades— y que la situación jurídica regular o irregular, nula o anulable, o libre de todo vicio, se mantiene latente bajo la cobertura de la registración operada. Cierto que en defensa de la apariencia del derecho, que tan bien subrayó Satanowsky, los terceros podrían ampararse de alguna forma en la publicidad del acto inscrito (art. 12, ley 19.550), pero ello al margen de carecer de la profundidad que significaría la adopción de un instituto saneatorio, como el denominado “sistema Torrens” en materia de derechos reales, sólo limita una posibilidad de oponibilidad del acto inscrito o no; sin purgar sus vicios existentes.

En síntesis, el acto será, aun inscrito libre de vicios, nulo o anulable según la entidad de su otorgamiento antes de la inscripción, sin que ella añada nada a aquella calificación jurídica.

En la especie, ha sido abundante la producción doctrinal y jurisprudencial, esencialmente en el tratamiento de las sociedades en comandita por acciones con omisión de la designación de sus socios comanditarios, en infracción del derogado art. 373 del Código de Comercio y vencido el plazo de gracia otorgado por el art. 370 de la ley 19.550; tampoco es esta materia motivo de tratamiento del presente, pero sería incompleto si no se recordara que en la temática se sostuvieron las más variadas y encontradas posiciones; desde la confirmación lisa y llana de aquella, aun vencido el plazo de gracia en virtud del “principio de conservación de la empresa” (arts. 100, ley 19.550, y 1061 del Cód. Civil), hasta quienes han sostenido su nulidad relativa o absoluta³⁷. Sin duda, y muy vinculada a nuestro tema, es la convincente frase: “sería absurdo que los vicios que afecten el ins-

³⁵ Halperin, ob. cit., p. 283.

³⁶ Sirvén, ob. cit.

³⁷ J. M. Wathelet y S. D. Bergel, *Constitución irregular de la soc. en comandita por acciones y saneamiento del acto constitutivo*, “Rev. Der. Com. y de las Obl.”, 1971, p. 389.

trumento inscrito pudieran acarrear consecuencias más graves que la falta total de inscripción", y esta expresión nos mueve muy a la reflexión, de la necesaria tarea de aplicar institutos en forma coherente, de modo tal que no altere su errónea aplicación el sistema pensado legalmente.

12. — Sentados estos principios, vemos que en lo que a sociedades irregulares e inscripciones se refiere, la necesidad de inscribir la disolución, conforme al art. 22, que remite al art. 98 de la Ley de Sociedades Comerciales, para que ésta surta efectos con respecto a terceros; con lo que la ley, recordando alguna frase de Halperin, legaliza la sociedad al momento de su muerte. Ciertamente es que las sociedades irregulares no contarán con las ventajas de las constituídas conforme a derecho, y en forma análoga a la regimentación dada para los comerciantes por el art. 26 del Cód. Com., no podrán rubricar sus libros, ni solicitar el concordato. Además debe tenerse presente que su irregularidad proviene de los vicios de forma del acto constitutivo, pero no por sus modificaciones, que se rigen por el art. 12 de la ley 19.550.

Tampoco la irregularidad desaparece por haberse observado las formas de constitución regular de un tipo diverso. Ni la subsanación del vicio que afectaba a una sociedad "transforma a ésta en sociedad regular", ni el ente regular será el sucesor de aquélla, porque la sociedad irregular no es un tipo social y, por ende, no le cabe la aplicación del instituto descrito por el art. 74, ley 19.550. La irregularidad de una sociedad afecta a todos sus componentes, con responsabilidad solidaria e ilimitada, aun en el caso de sociedades de responsabilidad limitada o en comandita; no así en las sociedades por acciones, en las cuales la responsabilidad se rige por los arts. 182 y ss., según el procedimiento de constitución adoptado.

13. — No podría cerrarse esta síntesis sin hacer referencia al arduo problema que origina la transferencia de fondo de comercio con respecto a las sociedades irregulares. Al respecto se ha señalado³⁸ que nuestra ley 11.867, a diferencia de proyectos como los de los doctores Michelson o Le Pera, no autoriza la venta de parte, sino que sus arts. 1 y 2 se refieren al todo integral que componen los elementos enunciados, que sólo parecería autorizar su art. 10 cuando expresa que la enajenación en remate público puede ser fraccionada. De esta suerte, las muy comunes ventas de partes de dueños a sus consocios, no podrán inscribirse como transferencia del establecimiento, por ser

³⁸ Manuel A. Sirvén, *Imposibilidad de inscripción de venta de parte indivisa como transferencia de fondo de comercio*, "El Foro", Rev. Col. Abogados Lomas de Zamora, nº II.

solamente una parte de aquél; ni tampoco como modificaciones de sociedades irregulares, pues éstas carecen del derecho de inscripción registral. En la hipótesis, sea la sociedad irregular de cualquier número de componentes, la única forma que tendrán aquéllos de declinar responsabilidades respecto a nuevos negocios en los que no quisieron participar, es exigiendo su disolución (art. 22, ley 19.550). Toda otra interpretación llevaría a la burla del sistema legal regulador de estas sociedades, que permitirían inscribir sus modificaciones en virtud de la ley de transferencia de fondo de comercio.

También sería oportuno regular, y esto es materia común con las sociedades regulares, la confección de un distracto social cuando existe conformidad de los socios, pues ello no solamente permitiría el asentamiento registral, sino también su protocolización y archivo. Si la disolución fuera contradictoria, será suficiente a esos fines la sentencia judicial que la dispusiere. Si alguna vez se ha comparado la situación de la sociedad en esta situación con las sociedades extramatrimoniales³⁹, es porque así como en aquéllas el Estado desalienta con su régimen no igualitario al de la sociedad conyugal (ley 14.367), así también el Estado, sellando la precariedad y limitación de una personalidad reconocida, pero frágil, tiende a canalizar mediante el estricto cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales el desarrollo de la actividad comercial y societaria de toda la comunidad.

IV. *Las sociedades no regularmente constituidas frente al régimen concursal.*

14. — El tratamiento diferencial que la ley otorga a las sociedades no regularmente constituidas no se limita a aspectos o cuestiones exquisitamente societarios. Influye y se proyecta a otras disciplinas. En el ámbito concursal tal incidencia se traduce en consecuencias tanto directas cuanto indirectas o derivadas, las que marcan definitivamente tal distinción.

La norma del art. 5 de la ley 19.551 es la primera y más relevante de tales preceptivas, vedando a estas sociedades la posibilidad de solicitar su concurso preventivo. Esto es, les priva de acogerse a un beneficio que solamente otorga a los comerciantes matriculados y a las sociedades regulares, extendiéndolo para las segundas aun para el período de liquidación, legislando en forma congruente con el precepto del art. 101 de la ley 19.550. Va de suyo que en este último

³⁹ Sirvén, ob. cit.

supuesto sólo comprenderá a aquellas cuyas causas que motiven la vía preventiva sean anteriores o concomitantes con la de la disolución, o a las posteriores que sean únicamente consecuencia natural e inmediata de la liquidación ⁴⁰.

Este régimen no es novedad legislativa y tiene antecedentes que arrancan de las Ordenanzas de Bilbao, y en la legislación nacional al ser introducido por la reforma de 1889 (art. 26, inc. 2), aunque sólo referido al concordato post quiebra⁴¹. Y si bien abundaron intentos por eliminar el distingo ⁴², llegándose hasta propugnar la necesidad de arbitrar la vía del acuerdo preventivo con carácter obligatorio para todos los casos y sin distingos en cuanto a matriculación o regularidad societaria ⁴³, el mantenimiento de la norma es plausible, ya que obedece a razones relativas a la esencial distinción que se ha puntualizado dentro del marco societario. Es decir que no cuadra fundarla en razones históricas, pues el peso de los siglos por sí solo nada obsta ante la esencial y profunda mutabilidad de las normas mercantiles, ni en las presunciones sobre la demostración de buena fe que se presume para aquellos comprendidos en el beneficio ⁴⁴, pues estos elementos son coadyuvantes, mas no determinantes de la distinción y trato diferenciado. De otra forma, y de no ser así, la homologación del acuerdo pondría en paridad a unas y a otras sociedades, y la decisión judicial sería convalidación eficiente para aquellas no regularmente constituídas, es decir, con efectos saneatorios para aquellos vicios que afecten a las irregulares ⁴⁵.

15. — Por lo demás, la distinción no afecta el propósito del legislador de 1972 de propender a la mayor amplitud y diversificación de los medios de solución preventiva de las crisis patrimoniales, siguiendo de esta forma la tendencias de sus precedentes legislativos más modernos ⁴⁶, pues tal propósito queda reservado a quien en su actividad la ejercitó con total acogimiento a su regulación legal respectiva, tanto en lo sustancial como en lo formal, reservando para

⁴⁰ Ley 19.551, exposición de motivos, parte 1ª, tít. II. Massé, ob. cit., nº 1961.

⁴¹ Ver dictamen del fiscal de la Cám. Com. Cap., Dr. Juan J. Britos, en "Gaceta del Foro", t. 123, p. 138.

⁴² Proyecto de la Comisión Especial Reformadora de la Ley 4156, año 1924; Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas de 1953; etc.

⁴³ Manuel F. Armengol, *Fundamentos y críticas de la Ley de Quiebras*, 2ª ed., Bs. As., 1914, p. 224.

⁴⁴ R. S. Castillo, *La quiebra en el derecho argentino*, Bs. As., 1940, t. I, p. 97.

⁴⁵ Saúl Argeri, *La quiebra y otros procesos concursales*, La Plata, 1972, t. I, p. 224.

⁴⁶ Héctor Cámara, *Ley de Concursos mercantiles*, "J.A.", sec. Doctrina, 1972.

quien lo hubiere omitido la vía del acuerdo resolutorio que hasta entonces le fue negado ⁴⁷ (art. 222, ley 19.551), o las demás formas de conclusión de la quiebra, es decir, por avenimiento o pago total (arts. 225 y 228, ley 19.551), pero en estos casos el deudor no podrá eludir la calificación de su conducta y sus efectos, ni impedir la deducción o continuación de la acción penal (art. 227, ley 19.551), y para el primer supuesto la imposibilidad de rubricación de los libros incidirá también, indirectamente, en la distinción. (art. 235, inc. 11).

Art. 16. — Conforme a lo expuesto y atento a la fundamentación de la norma del art. 5, ley 19.551, ésta es de aplicación a todos los supuestos de sociedades no constituidas regularmente, sin distinción, marcando la veda de la ley el correlato entre el régimen legal societario y el concursal.

V. Conclusiones.

1. — Conceptualmente, la nulidad y la irregularidad societaria son institutos jurídicos independientes, que responden a causas diferentes y de índole diversa.

2. — Es plausible la técnica de la ley 19.550 que regula separadamente cada uno de ambos institutos, pero sería aconsejable contuviera una disciplina integral del "iter constitutivo".

3. — Para el supuesto de la sociedad en formación que ha desarrollado actividades extrañas de aquellas encaminadas a la formalización de su constitución regular, deberá cumplimentar todos los recaudos establecidos por la ley de transferencia de fondo de comercio, con cuya base se conformará en definitiva el patrimonio regular, porque en tal supuesto se habrá constituido una sociedad de hecho distinta de aquella simplemente en formación.

4. — La sociedad no constituida regularmente se extingue solamente por su disolución y consecuente liquidación, vedando la ley toda posibilidad de la llamada subsanación o regularización, a la que queda imposibilitada por cuanto aquello implica la constitución de un ente social nuevo, distinto y con tipología legal precisa.

5. — La norma del art. 5 de la ley 19.550 es de aplicación a todos los supuestos de sociedades no constituidas regularmente.

⁴⁷ Cám. Nac. Com., Sala C, 15/6/73, "E.D.", 55-532.