

## **EL ART. 23 DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES (T.O. DECR. 841/84) Y EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

*Marta A. Miranda Villagra de Ibazeta y José Hernán Ibazeta*

### **Sumario**

El art. 23 de ley 19.550 (t.o. decr. 841/84) al tratar sobre la responsabilidad de los socios de sociedades irregulares y/o de hecho, respecto de terceros por las operaciones sociales, acertadamente consagra la solidaridad de la obligación entre los socios y priva al socio ejecutado de excepcionar por excusión o por división, no pudiendo tampoco invocar el principio de subsidiariedad que rige en las sociedades colectivas o comanditas simples. Resulta sí objetable, la inoponibilidad inter socios de las cláusulas del contrato social, por atentar contra principios fundamentales de la materia contractual, tales como la libertad contractual tanto de celebración como de contenido, la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual (arts. 1.137, 1.197 y 1.198 Cód. Civ.). Proponemos la modificación del actual art. 23 de la Ley 19.550 eliminando del 2° párrafo únicamente las palabras "...ni entre sí..." manteniendo el resto del articulado.

### **Ponencia**

Partiendo de los principios fundamentales en materia de contratos, tales como la libertad -tanto de celebración como de configuración-, la autonomía de la voluntad y la buena fe contractual (arts. 1.137, 1.197 y 1.198 Cód. Civ.), propiciamos la modificación del art. 23 de la ley 19.550 (t.o. por Decreto 841/84) suprimiendo en el segundo párrafo de su texto, únicamente las palabras "...ni entre sí..." manteniendo el resto del articulado.

## Planteo de la cuestión

El régimen societario argentino, regido actualmente por la ley 19.550 modificada por la ley 22.903, mantiene en su art. 1 el principio de la tipicidad sostenido por los proyectos anteriores, por la doctrina y en general por la legislación comparada.

Dispone asimismo la cita norma que el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad comercial, se otorgará por instrumento público o privado (art. 4), el cual se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social (art. 5) y que sólo con tal inscripción la sociedad se considerará regularmente constituida (art. 7).

Para que una sociedad comercial se encuentre regularmente constituida, deben entonces, reunirse tres requisitos: que el contrato social sea realizado por escrito –instrumento público o privado–, que responda a uno de los tipos previstos en la ley, y por último que se encuentre inscripto en el Registro Público de Comercio.

De esta suerte, todas aquellas a las que le falta uno o más de esos requisitos, se consideran sociedades no constituidas regularmente, pudiéndose distinguir diversas situaciones según la cantidad de recaudos no cumplidos.

Desde la sociedad estructurada conforme a alguno de los tipos societarios, plasmada en un contrato celebrado por escrito, ya sea por instrumento público o privado, el cual finalmente no fue inscripto, que es la que comúnmente se denomina sociedad irregular, hasta las llamadas sociedades de hecho, en las cuales en algunos casos no se cumple ninguno de los requisitos citados, aunque en los hechos funcionan públicamente como sociedades -o bajo su apariencia- y se organizan como tales.

La ley 19.550 (t.o. decr. 841/84) trata conjuntamente en su Sec. IV del Cap. I (arts. 21 a 26), tanto a las sociedades de hecho, que carecen de instrumentación, pero siempre que tengan un objeto comercial, como a las sociedades irregulares, es decir, aquellas instrumentadas de acuerdo a un tipo societario previsto en el Capítulo II, no se encuentran inscriptas conforme al art. 7.

Ni unas ni otras fueron receptadas con beneplácito por nuestro derecho positivo, que en aras de la seguridad jurídica y de proteger los intereses tanto de la sociedad, de los socios, como de los terceros contratantes con la sociedad, previó tipos societarios, sancionando la no adopción de alguno de ellos.

Sin embargo, no es posible eludir la realidad ni desconocer, como bien lo señaló Vivante, toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelve en torno a las sociedades no constituidas regularmente.

Con este criterio y como una medida acertada tendiente a la conservación de la empresa, ley 22.903 en el año 1982, modificó el art. 22 de la ley 19550, admitiendo la regularización de las sociedades no constituidas regularmente, estableciendo un procedimiento a tal fin.

La reforma plasmada en la ley 22.903 -como surge de su exposición de motivos- reconoce a estas sociedades una personalidad -baste ver el art. 26 que bien puede ser motivo de otro trabajo- precaria y limitada. Precaria, en cuanto habrá de disolverse cuando cualquiera de sus socios lo requiera -art. 22- y limitada porque no produce la plenitud de efectos jurídicos normales de las sociedades regulares, de modo que cualquiera de los socios representa a la sociedad -art. 24-, su existencia puede probarse por cualquier medio de prueba -art. 25- y sobre todo porque, el art. 23 se ocupa de lo relativo a la responsabilidad de los socios, disponiendo que esta es ilimitada y solidaria, no siéndoles aplicables los beneficios de excusión ni de división, como tampoco la subsidiariedad que rige en las sociedades regulares de tipos personales, tales como las colectivas o comanditas simples.

El art. 23 al establecer tanto respecto de las sociedades de hecho como de las irregulares, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios frente a terceros, facultando al acreedor social a ejecutar en forma indistinta a la sociedad o a los socios, y entre ellos, a cualquier en primer término en virtud de la solidaridad existente, sin que el socio ejecutado pueda deducir excepción ni de excusión ni de división, por un lado castiga a estas sociedades y a sus socios, y por el otro protege a aquellos que contratan con una sociedad desconociendo el carácter en que la misma funciona pero avalada por un velo de apariencia en sus relaciones comerciales y en el patrimonio que detenta o administra.

Si a tal resguardo de los intereses del tercero acreedor social, le sumamos que el art. 26 dispone que *las "relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración"*, a priori, esta protección se presenta como excesiva. Y ello, porque estas sociedades, si bien no cumplen el recaudo de la inscripción y publicidad

registral, de hecho sí funcionan como tales y los contratos que celebra, son realizados por sus socios o representantes en nombre de la sociedad, lo cual nos lleva a pensar, que aunque más no sea de hecho, publicidad existió y que el tercero contratante se encontraba avisado de que contrataba con una sociedad, más allá de que fuera regular o irregular, pudiendo incluso, en caso del contratante comerciante, llegarse a especular hasta que punto no podría exigírsele, que preste en la contratación, la diligencia propia del buen hombre de negocios, que en el caso concreto se traduciría en verificar la situación de la sociedad contratante, por ante el Registro Público de Comercio y sin olvidar tampoco lo previsto en los arts. 6 y 7 del Código de Comercio.

Ahondando en el análisis, la protección del acreedor social tal como se acordó, halla su justificación en el hecho de que igualmente podría exigírsele a la sociedad de hecho o irregular y a sus socios, esa diligencia del buen y honesto hombre de negocios, traducida en la constitución de una sociedad regular o en su regularización -art. 22- y sobre todo porque en las sociedades irregulares y en mayor medida en las de hecho, ocurre generalmente que la mayoría de los bienes y especialmente los registrables, tienen como titular a los socios y no a la sociedad.

Un estudio aparte merece el caso de los bienes registrables, tanto por la problemática en torno a su titularidad, como porque respecto de los ellos, el acreedor social concurre con los acreedores particulares de los socios, conforme el art. 26 de la ley 19550. Resulta interesante la propuesta contenida en el tercer párrafo del art. 26 del Anteproyecto de reforma a la ley 19.550 (M.J. y D.H.N.- Res. 102/02): *“Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano”*.

Lo que no compartimos, es la imposición de un castigo extra a los socios, al impedirles invocar entre sí las normas del contrato social que los vincula. No son terceros, son socios, el justificativo de la falta de publicidad no debería funcionar. La inoponibilidad inter socios vulnera principios generales en materia contractual, el de la autonomía de la voluntad y el de que los contratos forman para las partes reglas a las que deben someterse como a la ley misma, siempre que con ello no se perjudique a terceros. Aquí el derecho de los terceros no se vería afectado, la invocación inter socios de las normas del contrato social,

tendría que ser necesariamente posterior a desinteresarse a los acreedores sociales.

Acertadamente sostiene Nissen, que la inoponibilidad entre los socios de las reglas del contrato social, no comprende las acciones judiciales que tiene el socio contra los restantes, por reintegro de lo abonado a terceros en virtud de la responsabilidad ilimitada y solidaria asumida <sup>(1)</sup>.

Los principios de la libertad, de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual reconocidos expresamente en nuestro Código Civil (arts. 53, 1.137, 1.197 y 1.198) es la piedra fundamental de toda la teoría del contrato -negocio de contenido patrimonial celebrado libremente entre los socios- y no es sino el reflejo del pensamiento de los fundadores de nuestra Nación, plasmada en nuestra Constitución Nacional tanto en su preámbulo y como en normas expresas como las de los arts. 14, 17, 19, 42 y 43.

El principio de la autonomía de la voluntad se complementa con otros dos: la fuerza obligatoria del art. 1197 el *pacta sunt servanda* y el efecto relativo *res inter alios acta* que son los tres pilares fundamentales y claves maestras de la eficacia del contrato <sup>(2)</sup>.

Por ello, propiciamos la modificación de la norma, suprimiendo las palabras "... *ni entre sí...*" contenidas en su segundo párrafo, manteniéndose el resto del texto del artículo.

Por su parte, el Anteproyecto de reforma a la ley 19.550 (M.J.yD.H.N.- Res. 102/02) en su art. 21 establece "*Sociedades Incluidas. Régimen aplicable. Las sociedades comerciales no constituidas con sujeción a los tipos del Capítulo II, con o sin contrato escrito, se registrarán por lo dispuesto en esta Sección y supletoriamente por lo dispuesto para las sociedades colectivas*". En una primera aproximación, podría especularse que solamente sería comprensivo, de las sociedades de hecho de objeto comercial y no así a las sociedades irregulares -estructuradas sobre la base de un tipo social, a través de un contrato escrito que luego no se inscribió-. En una segunda y más

---

(1) Nissen, Ricardo A., *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª ed. actualizada, Hammurabi de J.L Depalma.

(2) Gastaldi, José María, *Contratos I*, Abeledo Perrot, 2ª ed. actualizada, 1997, Caps. I y III

abarcativa interpretación, la inclusión de estas últimas se inferiría de los términos “con o sin contrato escrito”.

En su art. 23 el Anteproyecto reza: “Responsabilidad de los socios. Los socios y quienes contrataron en

nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados respecto de terceros por las obligaciones

sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56. Es nulo todo pacto en contrario”.

Esta modificación entiendo es conteste con nuestro planteo, en cuanto elimina lo relativo a la prohibición a los socios de invocar entre sí, los derechos y deberes nacidos del contrato social. Asimismo resulta pertinente recordar el primer párrafo de su art. 22 que reza: “Representación; administración y gobierno. Bienes registrables. Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios”.

## Bibliografía

ANTEPROYECTO de reforma a la ley 19.550 (M.J.yD.H.N. - Res. 102/02)

GASTALDI, José María, *Contratos I*, Abeledo Perrot, 2º Ed. actualizada 1.997, Cap. I y III

MARTORELL, Ernesto E., *Tratado de los Contratos de Empresa*, LexisNexis - Depalma, 1998.

NISSEN, Ricardo A., *Sociedades irregulares y de hecho*, 2º ed. actualizada Hammurabi de JL Depalma.

NISSEN, Ricardo A. y BENSEÑOR, Norberto R., “Necesidad de efectuar sustanciales modificaciones al régimen de la irregularidad societaria”, *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Bs. As., Sept. 1998, t. I.

PRONO, Javier R. “Sociedades irregulares y de hecho. Crítica de la inoponibilidad prevista por el art. 23, 2º párrafo de la L.S.C.”, *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, S. M. de Tucumán, Sept.2004, t. I.

ZUNINO, Jorge Osvaldo “Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550”, 21ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, C.A.B.A., 2006.