

**LAS MODIFICACIONES NO INSCRIPTAS
REGULARMENTE OBLIGAN A LOS SOCIOS
OTORGANTES, A LOS NO OTORGANTES
Y A LA SOCIEDAD**
(Esquema para una futura modificación legislativa
del art. 12 de la ley 19.550)

VARELA, FERNANDO y CERAVOLO, ÁNGEL

PONENCIA

Es necesario que verifiquemos un criterio interpretativo respecto del art. 12 de la LSC. Por ende y como pudimos observar es un tanto difícil realizar tal empresa tal como el mismo se encuentra redactado, entonces proponemos la redacción de un nuevo texto para ser tenido en cuenta en una futura modificación de la ley 19.550, y básicamente esta reforma consiste en ampliar textualmente a quienes les pueden ser oponibles las modificaciones no inscriptas y separar nítidamente los párrafos primero y segundo para que no quede lugar a dudas sobre que la salvedad del segundo párrafo se refiere exclusivamente a éste.

Art. 12: [Modificaciones no inscriptas. Ineficacia para la sociedad y los terceros]. Las modificaciones no inscriptas obligan regularmente a los socios otorgantes, a los no otorgantes y a la sociedad.

Las modificaciones no inscriptas son inoponibles a los terceros, no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en la sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

FUNDAMENTOS

El presente trabajo intenta otorgarle una interpretación clara y definitiva al art. 12 de nuestra ley societaria, o más específicamente a las modificaciones al estatuto social no inscriptas y su efecto respecto de terceros, de los socios y de la sociedad.

Queda claro que la postura que vamos a adoptar en esta ponencia y que propugnamos para ser tenida en cuenta es *casi mayoritaria* en nuestra doctrina y jurisprudencia.

cia, pero aún quedan resabios de interpretaciones anticuadas y que no se han *aggiornado* a pesar de las modificaciones sufridas por nuestra Ley de Sociedades.

Haciendo un poco de historia, antes de adentrarnos en la idea central de esta ponencia, debemos decir que el art. 295 del Cód. de Comercio¹ regulaba el régimen de modificaciones diciendo:

“Cualquier reforma o ampliación que se haga en el contrato social, deberá formalizarse e inscribirse con las mismas solemnidades prescritas para celebrarlo. En caso de omisión, no podrán los socios prevalerse de ella, ni entre sí, ni respecto de terceros”.

Vemos, desde ya que esta postura fundamentalmente le otorgaba a la inscripción un carácter netamente constitutivo, es decir, *sin la misma* la decisión no era válida entre los que la habían celebrado ni oponible a los terceros.

Con el tiempo dicha postura fue modificada, así el Anteproyecto de Malagarriga y Aztiria² regulaba en el art. 12:

“Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes que les han dado comienzo de ejecución. Son inoponibles a los terceros, sin perjuicio de que éstos puedan alegarlos contra la sociedad y los socios. Estas disposiciones son inaplicables a las sociedades por acciones y a las de responsabilidad limitada con más de veinte socios”.

Con una interpretación más flexible se lograba explicar la necesidad de que si los socios habían pactado alguna modificación, ésta era oponible entre ellos, ya que se entendía que los contratos obligaban a las partes desde su celebración.

Finalmente llegamos a nuestro actual art. 12, que sin perjuicio de ser quizás necesaria una interpretación del mismo por partes, no es lo suficientemente claro como para interpretarlo literalmente. Así como veremos más adelante, la jurisprudencia ha utilizado varios criterios de interpretación. El art. 12 en su actual redacción dice:

[Modificaciones no inscriptas. Ineficacia para la sociedad y los terceros]. *Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros; no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada.*³

Vayamos ahora, al caso en concreto que nos ocupa. ¿Qué sucede con aquellas modificaciones no inscriptas de un estatuto o contrato social y cuáles son sus efectos? La respuesta desde ya debe subdividirse según se trate de:

- a) Socios otorgantes.
- b) Socios no otorgantes.
- c) Sociedad.
- d) Terceros de buena y de mala fe.

¹ Cód. de Comercio (art. 295).

² Anteproyecto de Malagarriga y Aztiria.

³ Ley 19.550 reformada por ley 22.903 (art. 12).

a) Respecto de los socios otorgantes

La duda que aquí se plantea muchas veces, es debido a la redacción del art. 12 y a la salvedad del segundo párrafo última parte aplicable a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, por lo cual gran parte de la doctrina y jurisprudencia pensaron que en dichas sociedades las modificaciones no inscriptas no eran ni siquiera válidas entre los socios que las habían otorgado. Ahora bien: ¿esta salvedad es únicamente para los terceros o también abarca a los socios otorgantes?

He aquí la disyuntiva que aún hoy se discute en doctrina y jurisprudencia.

Las posturas tradicionales como las de Halperín y la del famoso fallo de la Sala B. "Riello c/Grimaldi"⁴ o "Varesini c/Sicsa S.A."⁵ sostenían que dicha salvedad era para los terceros y también aplicable a los socios, ya que la inscripción en el Registro Público de Comercio posee carácter constitutivo.

Halperín en su famosa obra "Sociedades Anónimas"⁶ sostenía que el carácter de la inscripción en el Registro Público de Comercio era constitutiva; por ende, las modificaciones al contrato social, únicamente eran eficaces recién después de la inscripción inclusive para los socios otorgantes.

Esta resitura fue flexibilizada con el tiempo y con la ayuda de nuevas interpretaciones que le dieron eficacia a los pactado entre los socios aun cuando no estuviere inscripto⁷, así Nissen, Escuti-Richard, García Cuerva y Adrogué, Erill y Matta y Trejo Favier Dubois (h), quienes le otorgaron un carácter declarativo a la inscripción y que además consideraron que la salvedad del segundo párrafo del art. 12 únicamente era válida para los terceros y no para los socios. Alguna de las opiniones fueron:

- a) *El primer párrafo está separado por un punto del segundo párrafo y dentro del mismo artículo. Siendo además el segundo párrafo un principio general conteniendo una excepción.*
- b) *El art. 233 de la LSC obliga a cumplir con todas las decisiones asamblearias independientemente de la inscripción de las mismas.*
- c) *El plazo para ejercer el derecho de receso se computa a partir de la fecha de la asamblea y no desde su registro (art. 245).*
- d) *El art. 60 hace remisión al art. 12, aludiendo a excepciones que, de lo contrario quedarían sin sentido.*

La jurisprudencia ha dado su apoyo a esta postura a través del fallo "Ruberto c/Bieckert".

De esta forma nos enrolamos en la teoría que considera que *las modificaciones no inscriptas son válidas y obligan a los socios otorgantes en cualquier tipo social.*

⁴ LL. 1980-B-651. Sala B.

⁵ LL. 1985-B-455. Sala II. C.C. La Plata.

⁶ HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, p. 121.

⁷ FAVIER DUBOIS, Eduardo: *Las modificaciones del estatuto social y sus efectos respecto de terceros*. ERREPAR DSE. t. V. p. 866.

b) Socios no otorgantes de la reforma:

Ahora bien, una vez proporcionada esta interpretación respecto de los socios otorgantes de una reforma, debemos ceñirnos a que sucede con los socios no otorgantes, ya sea que no estuvieron presentes cuando la decisión fue tomada, o aquellos que votaron en contra.

Nuevamente aquí encontramos dos posturas que alineadas con las mencionadas anteriormente otorgan eficacia y validez o no según las modificaciones estén o no inscriptas.

Desde ya entendemos que el art. 12 no diferencia en su segundo párrafo entre socios otorgantes o no otorgantes; por lo tanto, debe considerarse también oponible a los socios no otorgantes.

Puede darse el caso también de aquel tercero, que ajeno a la decisión en el momento en que ésta fue tomada, ingrese posteriormente a la sociedad y sea un socio no otorgante de dicha modificación. Le es oponible a éste la reforma no inscripta, al igual que a los no otorgantes que eran socios al momento de la toma de la decisión. Entendemos que sí, puesto que no sería lógico la coexistencia de dos regímenes diferentes según las características de cada socio, es decir, otorgantes o no.

Otro argumento válido, por ejemplo, es referirnos al plazo estipulado por el art. 251 de la LSC. Dicho artículo estipula de un plazo de tres meses para impugnar las decisiones asamblearias. Ese plazo, como todos sabemos se comienza a contar desde el día mismo de la asamblea; por lo tanto, si un tercero ingresara con posterioridad como socio de dicha sociedad no podría impugnar la asamblea para el caso de no estar de acuerdo con dicha decisión no inscripta. Entonces de aquí surge que dicha declaración asamblearia no exteriorizada registralmente le es oponible.

Esta postura fue sostenida por el fallo "Ruberto c/ Bieckert", al cual nos referiremos más adelante.

Finalmente, *las modificaciones no inscriptas obligan a los socios otorgantes tanto como a los no otorgantes, puesto que esto surge del art. 12, a pesar de su dificultosa redacción:*

c) Sociedad:

Aquí nuevamente tenemos dudas, ya que existen interpretaciones que consideran a la sociedad como un tercero ajeno a la modificación no inscripta, y por ende la misma no le es oponible. Consideramos que esta postura es insostenible y que a la sociedad le es perfectamente oponible desde el momento de la celebración del acto la reforma no inscripta.

La sociedad a los efectos de su regularidad, tal como lo estipula nuestra Ley de Sociedades, requiere de la inscripción en el Registro Público de Comercio, y así lo estipula el art. 7° de la LSC:

“La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”.

Como podemos observar en este caso, sí la inscripción es necesaria para considerar regular a la sociedad; por lo tanto, hasta que ésta no se inscriba, los socios de la misma “en formación” se encuentran vinculados por lazos que permiten conducirlos hacia el íter de la inscripción (período de transición). Ahora bien, el hecho de que exista en el seno de la misma, regularmente constituida, una decisión que modifique el estatuto o contrato social y que la misma no se halle inscripta, no altera ni cambia ni modifica la regularidad de la sociedad; por lo tanto, la sociedad no es un tercero ajeno. Al decir de Favier Dubois: “También la doctrina moderna predica que la modificación es válida respecto de la sociedad como derivación de su validez respecto de los socios otorgantes y no otorgantes y dada la indivisibilidad de tal efecto...”⁸

Por lo tanto, *las modificaciones no inscriptas son oponibles a los socios otorgantes, a los no otorgantes y obviamente a la sociedad.*

d) Terceros:

Aquí yace, quizás, el punto más álgido que plantea el art. 12, o mejor dicho su interpretación. El mismo en su parte pertinente dice:

“Son inoponibles a los terceros; no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada”.

Este tema a su vez se debe subdividir en la oponibilidad e inoponibilidad de las modificaciones y en la alegación por parte de los terceros. A su vez, y dentro de la categoría de la oponibilidad, debemos diferenciar a aquellos terceros de buena y de mala fe.

Empecemos por la inoponibilidad:

Las modificaciones no inscriptas, en principio no pueden oponerse a los terceros que de buena fe contratan con la sociedad.

Respecto a las modificaciones realizadas por una sociedad que pueden afectar en sí a los terceros, pueden ser, por ejemplo: designación de representantes sociales, modificaciones respecto a la responsabilidad de los socios en sociedades en comandita, etcétera.

Ahora bien, en la inoponibilidad respecto de los terceros, creemos que debemos hacer una diferenciación que la ley no hace y que son los terceros de buena fe, sin perjuicio de que la buena fe se presume. Los legisladores deberían haber creado esta categoría de terceros en este artículo, ya que la misma es muy importante dentro de los efectos de las modificaciones no inscriptas. Es obvio y razonable que la inscripción se asocia con la publicidad, y por ende, se entiende que los terceros no conocen hasta tanto no se inscribe y pública.

⁸ Ob. cit. en la nota 7.

Es decir, siguiendo a Adrogué y García Cuerva⁹, la ley puede organizar la publicidad de dos formas:

- I) *Inscripción con carácter constitutivo*: Cuando el acto no inscripto no puede proyectar siquiera sus efectos propios respecto de los otorgantes del acto y obviamente ni frente a terceros.
- II) *Inscripción con carácter declarativo*: Cuando el acto sin perjuicio de la inscripción otorga entre las partes otorgantes efectos propios y limita los efectos para que éstos no sean proyectados a terceros que no conocían la no publicidad del acto.

De esto obtenemos que los efectos de las registraciones surgen de la ley, la cual si no especifica que la misma es constitutiva (art. 7º de la LSC), se entiende que son meramente declarativas.

De aquí nos queda como conclusión que los terceros de buena fe son aquellos que por error, ignorancia de hecho y no culpable no conocieron la modificación no registrada. Por lo tanto, estos últimos son los únicos a los cuales les puede resultar inoponibles las modificaciones no inscriptas. Esto posee cierta vinculación con el derecho registral, y así se referenció en el "Seminario sobre Derecho Registral mercantil"¹⁰ invocando para ello el art. 20 de la ley 17.801: "...Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el documento se considerará registrado...". Yendo al tema de la alegación por parte de éstos contra la sociedad y los socios, nos encontramos con que los terceros sin especificar si de buena o de mala fe pueden alegar las modificaciones que no se encuentren inscriptas contra los socios y la sociedad en las sociedades de interés, pero con la salvedad establecida en el segundo párrafo no pueden hacerlo contra sociedades por acciones o de responsabilidad limitada.

Por lo tanto, respecto de terceros nos queda claro lo siguiente: *Las modificaciones realizadas y no inscriptas son inoponibles a los terceros de buena fe. Sin perjuicio, éstos pueden alegarlas contra la sociedad salvo en las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. Entonces hay que distinguir que el legislador ha querido que la modificación no inscripta sea válida entre quienes la otorgaron, entre los que no la otorgaron y entre la sociedad, y sea oponible a los terceros de mala fe, pero inoponible a los de buena fe e ininvocables por éstos en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.* Una interpretación *a contrario sensu* de esto nos daría como resultado la coexistencia de dos estatutos dentro de la misma sociedad.

⁹ ADROGLÉ, Manuel - GARCÍA CUERVA, Héctor: "La Publicidad Registral de la Constitución y Disolución de las Sociedades Comerciales y de las Modificaciones al Contrato Social", LL. 1978-D-1032.

¹⁰ Revista del Notariado, nº 774, p. 1880.

El porqué de la dudosa interpretación

Ahora bien, una vez resuelto el problema sobre la validez y eficacia, pasamos a observar por qué existen tantas dudas en la interpretación de este artículo. Y aquí nos referiremos brevemente a los fallos netamente contradictorios en esta materia:

RIELLO/GRIMALDI¹¹

Este fallo se refiere al ejercicio del derecho de receso por parte de accionistas y sostiene la sala que del juego entre el art. 12 *in fine* y el art. 245, la declaración asamblearia que aprueba la modificación de estatutos sociales está sujeta a la *condictio iuris* de la inscripción, explicitando que sólo después de la misma las modificaciones estatutarias quedan incorporadas al estatuto social de manera definitiva y producen efecto respecto de los socios y de terceros.

Así, Williams, en su voto ha sostenido que el derecho de receso notificado a la sociedad estaría condicionado a la inscripción de la modificación del estatuto que dio lugar al ejercicio de dicho derecho. Y le atribuye el carácter de *condictio iuris*, es decir similar a los efectos de la condición suspensiva. Por ende sostiene que el receso en este caso no puede ser ejercido y tampoco puede cobrarse el reembolso de su participación accionaria si el elemento condicionante de su efectividad no se ha llevado a cabo, *la inscripción registral*.

Claramente este fallo es utilizado por los sostenedores de que la inscripción en esta materia es constitutiva de derechos y, por lo tanto, ni siquiera entre socios tendría validez lo aprobado.

RUBERTO/BIECKERT¹²

Este fallo, también referido al derecho de receso, estipuló que las modificaciones del contrato social son perfectamente oponibles entre los socios y la sociedad, aun cuando ellas no se hallan inscriptas regularmente, cualquiera fuera el tipo de sociedad, salvo las accidentales. La Sala entendió además que las inscripciones tienden a declarar derechos a menos que la ley les otorgue un sentido expreso de validez subordinada a la registración. Literalmente sostienen que del art. 12 no se extrae bajo ningún punto de vista que las decisiones sociales no inscriptas son inoponibles entre la sociedad y el socio otorgante. Por el contrario, la Sala entendió que las decisiones no inscriptas son oponibles entre los socios otorgantes, los no otorgantes y le son inoponibles a los terceros interesados.

Como observamos este fallo condice totalmente con la postura adoptada en nuestra ponencia y mantiene un criterio uniforme sobre que la inscripción, y a menos que la ley lo estipule claramente, es declarativa. Por ende, los socios que aprueban una

¹¹ Fallo citado nota 4.

¹² LL. 1983-D-589, Sala D, oct. 27-982.

reforma de estatutos, o cualquier tipo de modificación, que por cualquier causa no se halla inscripta, dicha modificación es válida entre quienes la otorgaron, la sociedad y los no otorgantes y terceros de mala fe.

Sin perjuicio de lo expresado a lo largo de este trabajo y en la necesidad de aclarar el panorama que hemos intentado mostrar, existen algunas excepciones al art. 12 de la LSC, es decir, sin la inscripción, las modificaciones o actos realizados en el seno de la sociedad no serían válidos incluso entre los otorgantes y obviamente inoponibles a la sociedad y los terceros.

– *Transformación* (arts. 74 y ss.): En este caso, tal cual lo especifica la Ley de Sociedades, se requiere un determinado proceso para llegar a la misma, por ejemplo: balance especial; el instrumento respectivo; la publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio. En este caso la ley le asigna a la inscripción registral el carácter constitutivo, dado que la inscripción importa la regularidad del tipo, por ende creemos que sin la referida exteriorización registral no regiría el nuevo tipo social.

– *Fusión* (arts. 83 y ss.): Observamos aquí dos grandes casos, cuando:

- a) Dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva.
- b) Una sociedad ya existente incorpora a otra u otras, que sin liquidarse son disueltas (fusión por absorción).

Aquí debemos separar los efectos, es decir, en el caso de que se constituya una nueva sociedad por efecto de las disoluciones de dos o más, no cabe duda de que la inscripción es constitutiva, por ende es necesaria la misma para la validez, oponibilidad y, si se quiere, regularidad (art. 7° LSC). Ahora bien en el segundo caso si bien no existe la constitución de una nueva sociedad donde podamos aplicar el art. 7°, pero si existe una transferencia de patrimonios que la ley se encarga de tipificar, *la misma se producirá una vez inscripta en el Registro Público de Comercio.*

– *Escisión*: En referencia a la escisión, nos encontramos con que la reforma 22.903 ha tipificado tres clases de escisión:

- a) *Escisión-fusión*: cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva.
- b) *Escisión-constitución*: una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.
- c) *Escisión-división*: una sociedad se disuelve, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

Entiendo que únicamente en los casos en los que exista transmisión a título universal y disolución de la sociedad debe considerarse a la inscripción como constitutiva. De todas formas como podemos observar que la ley ha sido clara en el sentido de considerar a la inscripción como constitutiva. En todos los demás casos la misma es meramente declarativa.