

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

TITULO: “Algunas cuestiones vinculadas al impacto de la reforma de la legislación societaria en relación al régimen de invalidez”

TEMA 3 “Sociedades no constituídas según los tipos previstos y otros supuestos”

COORDINADOR NACIONAL: DRA. SOLEDAD RICHARD

AUTOR: AB. RICARDO JAVIER BELMAÑA

DOMICILIO: AVDA. LOS ALAMOS NRO. 1111, LOTE 232, BARRIO LA RUFINA, CP5151 LA CALERA - CORDOBA – ARGENTINA

Mail: ricardobelmana@yahoo.com

TELEFONO: 0351-6320124

1 ABSTRACT

“La reforma a la legislación societaria producida con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ley nacional nro. 26.994 ha producido un gran impacto en relación al régimen de invalidez e inoponibilidad del contrato social, que impone la necesidad de replantear completamente los paradigmas existentes hasta el momento”

2 SUMARIO:

- I. Introduccion
- II. El régimen de invalidez con anterioridad a la reforma
- III. El régimen de invalidez con posterioridad a la reforma. Generalidades.
- IV. Las sociedades atípicas en la nueva legislación.

- V. Acerca de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la L.G.S.**
- VI. El caso de las sociedades que hubieren omitido algún recaudo referido a la forma instrumental.**
- VII. El caso de las sociedades en formación**
- VIII. Conclusiones.**

I Introducción: la ley 26.994 ha producido una reforma sustancial en relación al régimen de invalidez y oponibilidad societaria. En relación al régimen de nulidad, se ha contemplado la posibilidad de subsanar los vicios que afecten a los elementos esenciales tipificantes (art. 17 de la L.G.S.) y se ha declarado aplicable respecto de estas sociedades el régimen previsto en la sección IV de la legislación. Asimismo en materia de sociedades que adolezcan algún vicio vinculado a la inobservancia de las formas (arts. 21 y sgtes de la L.G.S.), se ha reconocido la validez del contrato social entre partes y respecto de ciertos terceros (art. 22 L.G.S.), lo que produce importantísimas consecuencias que se proyectan en las relaciones del socio para con la sociedad y de ésta para con los terceros.

II El régimen de invalidez anterior a la reforma: durante años hemos enseñado en el grado, la importancia del tipo societario. Al abordar el tema, inclusive establecíamos un paralelismo entre la función del tipo en materia penal, con el tipo societario. Sobre el primero, recordábamos la definición que nos enseñaba el maestro cordobés Dr. Ricardo C. Nuñez quien conceptualizaba al tipo como “la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible” (Conf. “Manuel de Derecho Penal” Parte General, 4ta. Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Ed. Marcos Lerner, pág. 139) y decíamos también que en materia penal la función del tipo se identificaba con el principio constitucional de legalidad de la pena

(art. 18 de la Constitución Nacional), en el sentido que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

En materia societaria, la función del tipo tiene importantes simetrías con este concepto: si ciertos elementos del contrato social pueden ser opuestos a terceros luego de inscripto el contrato social, el tipo societario permite de antemano conocer con la sólo indicación del mismo, ciertas cuestiones de importancia al momento de la contratación. Por ejemplo, si una persona contrata con una sociedad anónima a través de su presidente (art. 268 de la L.G.S.), no le resulta necesario indagar en el contrato a los fines de determinar si está persona se encuentra en condiciones de representar a la sociedad, pues de antemano el legislador ha resuelto este punto al poner en cabeza del representante legal la representación de la sociedad anónima. Del mismo modo pueden mencionarse las cláusulas atinentes a la responsabilidad (vg. sociedad colectiva responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria – art. 125 L.G.S.). Quien contrata con una sociedad de este tipo de antemano conoce el tipo de responsabilidad que asumen los socios por el cumplimiento de las obligaciones sociales, lo que puede resultar determinante a los fines de la concertación del negocio.

Como consecuencia de ello y toda vez que en relación a la observancia del tipo se encuentran primordialmente involucrados los intereses de terceros, era el tipo de sanción y responsabilidad asumida en el régimen anterior: nulidad absoluta y responsabilidad solidaria (art. 17 ley de sociedades comerciales derogada).

Si repasamos los conceptos de nulidad y anulabilidad, de nulidad absoluta y relativa contenidos en el régimen derogado (arts. 1037 a 1058 bis del código veleziano), observamos que la nulidad era una categoría reservada para aquel supuesto en el cual el vicio era ostensible, “salta a la vista de cualquier persona” (art. 1044 del código veleziano). Mientras que la anulabilidad requería la existencia de una investigación de hecho a los fines

de determinar la real existencia del vicio (art. 1045 del código veleziano). Por ejemplo un acto al cual le falta una formalidad esencial para el acto (vg. la firma), podríamos decir que es un acto nulo. Mientras que si ese mismo acto es suscripto por una persona incapaz, tal vez sería necesario determinar este extremo (anulabilidad).

Por otra parte, la nulidad absoluta (art. 1047 del código veleziano), es la que tornaba al acto inconfirmable e imprescriptible, mientras que los actos viciados de nulidad relativa eran confirmables y prescriptibles (art. 1048 del código veleziano).

En la legislación actual ha desaparecido la distinción entre actos nulos y anulables y se ha mantenido la diferencia entre nulidad absoluta y relativa (art. 386 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Tanto en el régimen derogado como en la legislación actual, dentro del concepto de nulidad absoluta se encuentra involucrado el orden público entendido como límite a la autonomía de la voluntad; mientras que en la nulidad relativa se encuentra involucrado el interés del incapaz, de ahí la diferencia en cuanto al alcance de una u otra sanción (arts. 386 a 388 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En orden al régimen de nulidad societario, criticábamos la legislación derogada en el sentido que se refería a los actos nulos cuando en realidad lo que hacía era regular la nulidad absoluta (art. 17 primer párrafo ordenamiento derogado) y anulables queriendo circunscribirse a la nulidad relativa (refiriéndose a la omisión del algún requisito no tipificante – art. 11 en el ordenamiento derogado y en el actual), cuando en realidad hubiera correspondido distinguir entre nulidad absoluta y relativa.

La crítica se basaba en que si la diferencia entre un acto nulo y un acto anulable, se basaba en cuan ostensible fuera el vicio, tanto respecto de si se trataba de un elemento esencial tipificante como si fuera un elemento no tipificante, en ambos casos el vicio era ostensible, es decir el acto era nulo.

Verdaderamente la diferencia radicaba en realidad en orden al carácter de la nulidad. Mientras que la omisión de los elementos esenciales tipificantes provocaba la nulidad absoluta, dado los intereses que se intentaban proteger (terceros - orden público) la omisión de los elementos esenciales no tipificantes acarrearba la nulidad relativa. Es decir correspondería haber expresado actos nulos de nulidad absoluta, si la omisión se refería a un elemento esencial tipificante, o actos nulos de nulidad relativa, si se refería a un elemento esencial no tipificante.

III El régimen de invalidez con posterioridad a la reforma. Generalidades.

Merece destacarse en primer término que los conceptos de invalidez, nulidad, ineficacia e inoponibilidad, si bien pueden equívocamente utilizados como sinónimos no los son. La invalidez comprende a las demás categorías en una relación de género a especie. Mientras la nulidad, es sin dudas la más grave de las sanciones pues priva de validez al acto, entre partes y respecto de terceros (salvo los terceros de buena fe y a título oneroso), la ineficacia priva de validez al acto frente a terceros interesados, al igual que la inoponibilidad, con la diferencia de que esta última en materia societaria se refiere a vicios que afectan la forma instrumental de las sociedades, o el uso desviado del negocio (art. 54, ter L.G.S.).

Esta distinción ha sido reconocida por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 382, sgtes. y concordantes).

IV Las sociedades atípicas en la nueva legislación:

¿sigue el tipo societario siendo un requisito de existencia del contrato social?.

Desde la sanción de la ley 19.550 hasta la reforma de la ley 26.994 hemos sostenido que el tipo societario era un requisito que hacía a la existencia de las sociedades, ello en función de la sanción que preveía su

incumplimiento: nulidad absoluta. Si la nulidad absoluta importaba el no acto (art. 1050 del código veleziano), la existencia de un vicio sobre algún elemento esencial tipificante, proyectaba sus efectos sobre la existencia de la sociedad misma (art. 17 L.G.S.). Tanto esto es así, que inclusive algunos autores condicionaban la existencia de una sociedad de hecho o irregular, a la circunstancia de que fuera previamente típica.

Luego de la reforma, sin dudas el tipo societario ha dejado de ser un requisito de existencia del contrato (art. 17 L.G.S.). Si puede la omisión del tipo subsanarse a través del procedimiento de subsanación previsto a partir de los arts. 21 y stes. de la L.G.S., sin dudas es porque la existencia del mismo no condiciona la existencia del ente ideal.

V Acerca de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV de la L.G.S.

¿siguen existiendo las sociedades no constituídas regularmente en la actualidad? ¿cuál es el régimen legal aplicable?

Al no haber sido expresamente derogadas ni haberse establecido alguna disposición en particular, ratificamos la existencia de las sociedades irregulares y de hecho constituídas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma a la L.G.S.

En cuanto al régimen aplicable: dado el carácter residual de la sección IV de la ley, sin dudas esta es la normativa que corresponde aplicar a este tipo de sociedades máxime teniendo en cuenta que esta sección comprende a las sociedades que adolezcan cualquier tipo de vicio (art. 21 L.G.S.), dentro de los cuales se encuentran los vinculados al contrato y a la publicidad. Conviene precisar que antes y después de la entrada en vigencia de la reforma a la L.G.S., existía la posibilidad de regularizar o subsanar los vicios que adolezca el contrato constitutivo a través del procedimiento de

regularización (art. 22 de la L.S.C.) o de subsanación (art. 25 de la L.G.S.), siendo este último un procedimiento más flexible en relación al primero.

Una cuestión bastante más complicada consiste en determinar cuál es el régimen aplicable a las sociedades no constituidas regularmente (en la terminología que aludía el ordenamiento derogado) constituidas con anterioridad a la vigencia de la reforma (1 de agosto de 2015), por sus actos efectuados con anterioridad y posterioridad a esa fecha. Y esta cuestión no es menor habida cuenta el tipo de responsabilidad previsto para uno u otro supuesto. En el régimen anterior los socios siempre y en todo los casos respondían en forma ilimitada y solidaria – no subsidiaria – por el cumplimiento de las obligaciones sociales, mientras que en el actual régimen esa responsabilidad ha sido limitada (art. 24 L.G.S.)

A los efectos de determinar la ley aplicable al caso, el camino habrá de buscarse en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se refiere a la ley aplicable. Esta norma se encuentra compuesta de tres partes: la primera que establece la aplicación inmediata de la ley, la segunda que determina la prohibición de aplicar la normativa en forma retroactiva y la tercera que establece la aplicabilidad para las consecuencias emergentes de los contratos en curso de ejecución y en las relaciones de consumo.

Lo que resulta de trascendencia a los fines de determinar la aplicabilidad de uno u otro régimen es ver si en el caso existió o no consumo jurídico. Vg. si una persona contrató con una sociedad irregular, mediante un contrato de ejecución inmediata (vg. contrato de compraventa de mercaderías), con anterioridad a la vigencia de la legislación actual, el régimen de responsabilidad y representación aplicable será el determinado en la legislación derogada. Lo importante en este supuesto es determinar con precisión el momento en el cual el contrato quedó concluído.

Si se tratare de un contrato en curso de ejecución habría que distinguir la existencia de prestaciones cumplidas y pendientes de cumplir y

en el último caso si existió o no vencimiento. Para las prestaciones cumplidas y vencidas, será de aplicación el régimen derogado mientras que para las no cumplidas el nuevo régimen.

VI El caso de las sociedades que hubieran omitido algún recaudo referido a la forma instrumental.

Años atrás escribimos con la Dra. Soledad Richard un artículo en la revista *Jurisprudencia Argentina* acerca de los alcances de la forma instrumental en materia de sociedades anónimas intitulado “El acto constitutivo de la sociedad anónima por acto único y su reforma estatutaria. La forma instrumental” (JA-1997-IV-702)

En el caso de las sociedades anónimas la forma instrumental exigida era, al momento de la elaboración del trabajo y sigue siendo el instrumento público (art. 165 L.G.S.). En aquella oportunidad, concluimos en cuanto al alcance de la norma. Dijimos que al referirse al instrumento público, podía tratarse de cualquier instrumento público – sea o no escritura pública - y que este recaudo era sólo exigible al momento de la constitución. Distinguimos la diferencia entre el acto de naturaleza contractual, referido al contrato constitutivo (art. 4 L.G.S.), del acto de naturaleza colegial (art. 233 L.G.S.), referido al acto asambleario a través del cual se modifica el contrato constitutivo. Para el primero sostuvimos la necesidad del instrumento público mientras que para el segundo no.

¿cuál podría ser el alcance que podría derivarse del incumplimiento de la forma instrumental? (vg. una sociedad anónima constituida en instrumento privado y que fuera incripta). En el régimen anterior, si entendíamos que la instrumentación estaba involucrada en la publicidad del contrato, una de las respuestas podría haber sido que la ausencia en cuanto al cumplimiento de este requisito nos podía conducir a la aplicación del régimen de las sociedades no constituidas regularmente (arts. 21 y sgtes. de

la ley de sociedades comerciales – derogada) y consecuentemente a la responsabilidad solidaria e ilimitada de los partícipes.

Por otra parte, tampoco podemos dejar de desconocer que más allá del la infracción al régimen – que es de naturaleza objetiva -, no resultaba advertible la existencia de algún agravio que justificare la aplicación de tan rigurosa sanción, desde el momento que si bien no habría de haberse cumplido con la publicidad en el acto constitutivo, la inscripción registral otorgaba publicidad al acto, de idéntica manera que respecto de una sociedad constituída bajo la forma instrumental requerida. Si nos atuvieramos a este principio, la pregunta podría merecer otra respuesta.

En la legislación actual, al haber sido modificado el tipo de responsabilidad previsto para los socios de las sociedades comprendidas en la sección IV (otrora no constituidas regularmente), ello ha producido un notable impacto en relación a este punto pues la responsabilidad por regla no es solidaria e ilimitada (art. 24 L.G.S.). No obstante seguir siendo un requisito la formalidad del instrumento público, las consecuencias derivadas de su incumplimiento en el actual régimen, se proyectan de otro modo dado el distinto régimen de responsabilidad. Corresponde señalar que también resulta importante, en este caso, determinar el régimen aplicable en función de lo establecido en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación.

VII El caso de las sociedades en formación.

La ley general de sociedades, antes y después de la reforma, carece de un régimen autónomo tendiente a regular el caso de la sociedad en formación, como lo establece, por ejemplo la ley de sociedades de nuestro país hermano, Uruguay (16.060), que en muchos aspectos se ha nutrido de nuestra legislación.

Hemos definido a la sociedad en formación, como aquella que se encuentra realizando los trámites tendientes a la inscripción en el Registro Público General. También hemos sostenido que en ausencia de un régimen general aplicable a este supuesto resultaban de aplicación las normas previstas en los arts. 182 a 184 de la L.G.S., referidos a los actos durante el período fundacional de las sociedades anónimas. En este sentido distinguíamos entre actos regularizatorios y aquellos tendientes a la consecución del objeto social, en este caso según estuviera prevista o no su realización en el contrato social.

También sostenimos que frente al abandono del iter regularizatorio esta sociedad devenía en una sociedad irregular, con la consecuente extensión de responsabilidad que ello implicaba para los partícipes y fundadores del contrato.

En la actualidad si bien no ha sido modificado el régimen de responsabilidad en materia de actos realizados durante el período fundacional si lo ha sido para las sociedad comprendidas en la sección IV, lo que en algún modo podría llevar a la paradógica conclusión de que en una sociedad en la cual los administradores han cumplido todos los actos tendientes a la regularización y la han inscripto, podría existir responsabilidad solidaria e ilimitada por los actos no autorizados, situación que no se presentaría en el caso de las sociedades que hubieren abandonado el iter constitutivo y cayeran bajo el régimen de la sección IV.

VIII Conclusiones:

A poco más de un año de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial y en relación a la reforma operada en materia societaria, son abundantes los interrogantes que se nos plantean y pocas las conclusiones que podemos sostener con certeza.

Creemos que hay dos cuestiones muy importantes a la hora de la aplicación de la normativa reformada: en primer lugar determinar el ámbito

temporal de aplicación del nuevo régimen, para lo cual resulta necesario tener claridad acerca del alcance e interpretación del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reproduce el art. 3 del Código Civil derogado, con la modificación referida a las relaciones de consumo.

Por otra parte entender que la nueva legislación importa un cambio en cuanto al concepto y alcance de los vicios en materia societaria y particularmente en cuanto a la entidad del tipo societario.

Sólo en la medida en que seamos concientes de los cambios en cuanto a los paradigmas que tradicionalmente han orientado el régimen de nulidad y oponibilidad societarios, podremos lograr una interpretación y aplicación de las normas acordes a lo postulado en la reforma.