

**LA REGULACION DE LAS SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS REGULARMENTE EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES****Romina FURIASSE**

**Resumen:** La regulación de la Sección IV de la Ley General de Sociedades establece una nueva herramienta jurídica más ágil y adaptable a la organización empresaria en estado de emprendimiento, frente al proceso inscriptorio que genera costos económicos y burocráticos que atentan contra esas pequeñas y medianas empresas. Configura un régimen residual y abarcativo para las sociedades atípicas, las irregulares –entendida como aquella que no cumple con los requisitos de forma-, las que omiten requisitos esenciales no tipificantes y las sociedades de hecho, sin los tintes sancionatorios del régimen originario, pero dicha regulación no puede ser considerada como un nuevo tipo social “implícito” o no nominado expresamente por la ley.

**Palabras claves:** Sociedad irregular – Ley General de Sociedades – Tipicidad – Sociedad en formación.

**Abstract:** The regulation of Section IV of the General Law from Societies establish a new tool, which is more flexible and adjustable to the business organization that is starting, from the registration process that generates economic and bureaucratic costs that threaten those SMEs. Forms a residual and comprehensive regime for atypical companies, irregular business association –meaning those that do not obey forms requirements-, those omitting essential requirements no classified and the partnership al will, without the actual sanctioning aspects of the original regime but such can not be considered as a and "implicit" social type or not expressly nominated by the law.

**Keywords:** Irregular Business Association - General Law from Societies - Classified- Company started.

**I) Introducción**

El presente trabajo se comenzó a idear en el marco de la presentación del Anteproyecto de Reformas al Código Civil y Comercial de la Nación, puntualmente en referencia a las modificaciones propuestas –en aquél momento- a la Sección IV de la nueva Ley General de Sociedades, la que paso a llamarse luego de su sanción: *De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*.

El 1 de Octubre de 2014 el Congreso de la Nación sanciona la Ley N° 26.994<sup>1</sup> mediante la cual en su Artículo 1° dispone aprobar el Código Civil y Comercial de la Nación, el que entrará en vigencia a partir del 1 de Agosto del año 2015. Asimismo, en el Artículo 2° se aprueba el Anexo II que integra la citada ley, disponiéndose entre otras cosas, la sustitución de la denominación de la Ley N° 19.550 T.O. 1984 por “Ley General de Sociedades N° 19.550 T.O.

---

<sup>1</sup> La presente ley fue sancionada el 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 y publicada el 08/10/2014.

1984”, y de algunos artículos de la misma por los textos que para cada caso allí se expresan. El desarrollo de este trabajo se limitará al análisis de las modificaciones efectuadas en la Sección IV de la Ley General de Sociedades.

Es así, que dada la sanción del nuevo Código se decidió reflatar el conjunto de ideas, análisis y reflexiones plasmadas primariamente en aquél Anteproyecto sobre la modificación al régimen de las sociedades no constituidas regularmente de la actual Ley de Sociedades Comerciales.

Como aclaración previa y a los fines de una mejor comprensión de los términos empleados, se aclara que cuando se empleen los vocablos “ley vigente” o “actual ley” se está haciendo referencia a la Ley N° 19.550 sin las modificaciones efectuadas por la sanción de la Ley N° 26.994, la cual entra en vigencia a partir del 01/08/2015. Hechas estas aclaraciones, procedemos adentrarnos en el análisis del problema.

Son múltiples los interrogantes que se presentan ante la nueva regulación de la Ley General de Sociedades empezando por determinar qué casos quedan subsumidos en la Sección IV de la misma. A ello le sumamos que la intencionalidad asignada por los operadores del derecho a la definición jurídica de los conceptos de “sociedad no constituida regularmente”, “sociedad de hecho” y “sociedad en formación”, no determina claramente el conjunto de propiedades de cada uno de ellos a los fines de su diferenciación normativa de manera palmaria.

Esta situación de tensión conceptual, persiste en la Ley General de Sociedades. Un claro ejemplo de ello es que si bien la Sección IV deroga el actual régimen “de la sociedad no constituida regularmente”; no deroga el régimen de la sociedad en formación. Se presenta, en este sentido, una aparente contradicción normativa debido a que la premisa fáctica de la regulación de la sociedad en formación y la de la sociedad no constituida regularmente, en algunos casos, coincide; y su diferenciación radica en el mero transcurso del tiempo o la voluntariedad del abandono del trámite inscriptorio. Es por ello, que es necesario determinar qué casos quedan subsumidos en la norma modificada.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico argentino define a la persona jurídica como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, no exigiendo más que el acuerdo de voluntad exteriorizado a fin de reconocer la existencia del nuevo sujeto de derecho; esto se encuentra en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad. El mismo sentido se mantiene en el Código Unificado, el cual en su artículo 141 enuncia que son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

En efecto, ante la modificación de la Sección IV de la Ley General de Sociedades, se plantean diversos interrogantes a saber: a) ¿estamos frente a un nuevo tipo social en el sentido de tipicidad de segundo grado?, b) ¿se trata simplemente de una nueva regulación aplicable a la sociedad irregular y/o a la de hecho?, c) ¿se trata de un régimen residual o supletorio aplicable ante supuestos de incumplimiento de elementos esenciales tipificantes o ante supuestos de nulidad o ineficacia?, d) ¿se reconoce una nueva tipología social que tiene como requisitos aquellos que conforman la tipicidad de primer grado pero que no requiere de ninguno de los elementos de la tipicidad de segundo grado?, e) ¿esta regulación difiere de la que tienen las sociedades en formación (no modificada)?, f) ¿qué organizaciones empresarias

personificadas se encuentran alcanzadas en esta nueva regulación? o i) ¿se modifica el sentido asignado al concepto de tipicidad?.

Dependiendo de la respuesta que se dé a las preguntas señaladas en el párrafo anterior, las consecuencias jurídicas difieren con lo cual no es un tema menor qué postura se adopta.

Partiendo de la premisa de que la personalidad jurídica es reconocida por el derecho argentino a partir de la actuación colectiva exteriorizada, me pregunto ¿Qué sociedades se encuentran alcanzadas por ésta regulación?, y ¿La Sección IV de la Ley General de Sociedades introduce un nuevo tipo social?

## **II) Sociedades Incluidas**

El art. 141 del Código Unificado establece que son personas jurídicas *todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.*

Por su parte, en cuanto al comienzo de la existencia de la persona jurídica, el nuevo art. 142 del reciente Código estipula que: *La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.*

La Ley General de Sociedades, mantiene el actual art. 7 que dice: *La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, y modifica el art. 21 el cual expresa: La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.*

Al respecto, los fundamentos del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de Nación, indican:

*“...El comienzo de la persona jurídica ha sido ampliamente debatido, existiendo dos posiciones: a) La sociedad es sujeto de derecho desde el momento de su constitución. Es la tesis del derecho vigente y la que adopta este anteproyecto; b) La sociedad es persona jurídica y de sujeto de derecho sólo a partir de la inscripción registral. En la etapa previa hay un contrato. Mediante ello se procura evitar la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a lo que es doctrinalmente un joint venture (contrato) y nunca sociedad, aún en sentido lato.*

*La Comisión ha considerado muy fundadas ambas posiciones, pero se ha inclinado por la primera.*

*Una cuestión de orden práctico, es el funcionamiento de los registros, que, en muchas provincias, tienen demoras importantes para terminar los procesos de inscripción. En ese contexto, podrían generarse serios problemas para quien ha creado una sociedad, que no es tal hasta la inscripción, si ésta se atrasa varios meses. Por lo tanto, sin perjuicio del interés teórico, no se dan los presupuestos de infraestructura que la hagan viable.*

*Hemos tenido en cuenta también que, en los proyectos anteriores no se innovó sobre el régimen vigente. Para no citar sino el Proyecto de 1998, luego de que su Art. 138 definía a las personas jurídicas como “todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”, el*

*Art. 147 preveía que “la existencia de las personas jurídicas privadas comienza desde su constitución”.*

Entonces, partiendo de la base que la inscripción registral de las sociedades es regularizante y no constitutiva, paso a preguntarnos qué sociedades no inscriptas y/o no regularizadas se encuentran incluidas en el nuevo art. 21. El mismo reza: *La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección.*

### 2.1) Sociedades Atípicas

Del texto del artículo 21 de la LGS surge explícitamente que las sociedades que no se constituyan bajo algún tipo del Capítulo II estarán bajo la Sección IV.

De la misma manera el artículo 17 remite a dicha sección a las sociedades atípicas, al referirse expresamente a las que omiten algún requisito esencial tipificante o comprenden elementos incompatibles con el tipo social elegido. En efecto, esta sociedad queda regida por lo dispuesto en la Sección IV, no produciéndose los efectos del tipo social elegido.

### 2.2) Sociedad irregular, entendida como aquella que no cumple con los requisitos de forma.

Comprende a las sociedades irregulares, es decir a aquellas sociedades que instrumentadas (forma escrita) bajo un tipo social de los comprendidos en el Capítulo II, no cumplen con los recaudos de publicidad y registración propios.

### 2.3) Sociedad que omita requisitos esenciales no tipificantes.

Hasta aquí no hay duda de que las sociedades mencionadas en los apartados precedentes se encuentran bajo la regulación de la Sección IV de la Ley General de Sociedades.

Ahora bien, ¿qué sucede con las sociedades que omitan cualquier requisito esencial NO tipificante? El nuevo artículo 25, al referirse a la subsanación dice: *“En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier momento durante el plazo de la duración previsto en el contrato”.* ¿Esto significaría que aquella sociedad que solamente omitió un requisito esencial no tipificante, como por ejemplo alguno de los establecidos en el artículo 11, quedaría subsumida en esta sección?

A mi entender el texto de la nueva ley nos trae una interpretación ambigua, dado que el nuevo artículo 21 habla de omisión de requisitos esenciales sin distinguir si los mismos son tipificantes o no, ello, sumado a la posibilidad de subsanación que prevé el nuevo art. 25, haría inferir que estas sociedades quedan subsumidas en la Sección IV. Pero, por otra parte, el nuevo art. 17 hace desaparecer la distinción y por ende la sanción (anulabilidad) ante la carencia de un requisito esencial no tipificante.

En principio daría la impresión que esa sociedad tendría un régimen más desfavorable que el actualmente vigente, ya que en la actual LSC la ausencia de un requisito esencial pero no tipificante y el principio de conservación de la empresa que pregonan el art. 100, permiten la

subsanción del defecto mientras no medie impugnación judicial<sup>2</sup>, sin que esto implique caer bajo el régimen de la irregularidad.

En el mismo sentido otro autor<sup>3</sup> sostiene que la omisión de esos requisitos son una causal de anulabilidad, en este punto indica que ello significa que la sociedad podrá subsistir válidamente, aun con un defecto de esa naturaleza que no daña el tipo social, pero al referirse a la posible anulabilidad de la sociedad, la norma autoriza a que cualquiera pueda demandar su nulidad acreditando la existencia del vicio o defecto del acto constitutivo. Agrega que al no tratarse de un requisito tipificante, se autoriza a los socios a enmendarlo para poder evitar así que alguien demande la nulidad, con la salvedad que la subsanción solamente puede efectuarse antes de que se promueva la impugnación judicial.

Por otro lado es verdad que el régimen de nulidad establecido en la Ley General de Sociedades no hace referencia a la sociedad que omita requisitos esenciales no tipificante. Dicho supuesto ya no se encuentra en el nuevo art. 17.

Entonces, teniendo en cuenta que el artículo 21 no detalla los supuestos incluidos de forma acabada, podemos hacer una interpretación integral del mismo junto con el art. 17 y 25 de la LGC y considerar que dentro de la Sección IV se encuentran aquellas sociedades que han omitido requisitos no tipificantes.

Pero, en el caso de que esa sociedad obtenga la registración –si bien es poco probable pero puede ocurrir- creemos que dicha interpretación no pudiera perjudicar la tipología de segundo grado, es decir la mera ausencia de un requisito no tipificante, hace primar la continuidad de la sociedad y con los efectos propios del tipo elegido, toda vez que haciendo un análisis lógico, la misma palabra lo indica: se trata de un requisito NO tipificante, ergo que no hace al tipo entendido como tipicidad de segundo grado, por ende los efectos del tipo no deberían afectarse.

#### 2.4) Sociedad de hecho.

Existe un criterio generalizado que la sociedad de hecho, configura una persona jurídica, en función del principio de realidad y del propio reconocimiento de los arts. 21 a 26 de la actual ley 19.550. En contraposición a la sociedad irregular, la sociedad de hecho es aquella que carece de toda instrumentación.

Al decir de Richard<sup>4</sup>, ello implica no sólo una decisión de política legislativa, sino un problema de seguridad jurídica. El actual sistema nacional afecta una adecuada política jurídica, trayendo inseguridad sobre qué relaciones -particularmente las asociativas- serán consideradas persona jurídica, pues queda a criterio del juzgador y no de una inscripción en registro público.

Continúa diciendo el autor citado que la personalidad en nuestro derecho se corresponde a la exigencia de un patrimonio separado. Y así como la sociedad de hecho carece de capital estatutario, en muchos casos es difícil determinar si tiene patrimonio. A parte la posibilidad de

---

<sup>2</sup> MUGUILLO, Roberto A., *Ley de Sociedades Comerciales – Ley 19.550 comentada y anotada. Normativa complementaria*, Lexis Nexis, 2005, p.43.

<sup>3</sup> VANASCO, Carlos Augusto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, 2001, pág. 151.

<sup>4</sup> RICHARD, Efraín Hugo, “Principio de tipicidad. Personalidad de las sociedades (El concepto de sociedad. La de hecho y la accidental)”.

la compra de bienes registrables a nombre de una sociedad de hecho que pueda publicitar su existencia y patrimonio.

Como lúcidamente ha resuelto nuestra jurisprudencia, la personalidad de las sociedades de hecho debe ser analizada con particular cuidado y con limitados efectos, porque ella es sólo un procedimiento técnico para facilitar la gestión de los bienes puestos en común, careciendo de significación si no se pone en relación con los terceros, o si no se acredita la real existencia de un patrimonio social escindido del personal de los socios.

Esa tutela debe resguardar no sólo la voluntad de los constituyentes, sino también la seguridad y estabilidad del negocio en miras especialmente a los derechos de los terceros que se vinculan con la actividad a desplegar. Aquí es donde, entendemos, debe perfeccionarse el sistema generando una amplia discusión.<sup>5</sup>

Es en este aspecto que coincido plenamente con el autor citado, en que a la postre es el tercero el que tiene la carga de prueba a cerca de la existencia de la sociedad de hecho, tornándose en algo totalmente engorroso, ya que en la mayoría de las veces no es posible determinar la existencia de un patrimonio social como efecto de esa personalidad que se pretende probar.

La Ley General de Sociedades ha venido a poner un poco de luz a este tema, en el sentido que facilita la prueba del patrimonio separado otorgando la posibilidad de que la sociedad inscriba bienes a su nombre, acreditando previamente su existencia mediante un reconocimiento de todos los socios.

Entonces, si bien la nueva sección referencia constantemente al contrato social –no inscripto obviamente-, la situación de la sociedad de hecho, entendida como la actuación a nombre colectivo exteriorizada, quedaría perfectamente subsumida en la misma, toda vez que podríamos decir que el nuevo art. 21 la incluye bajo la fórmula genérica de “sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por la ley”, entendiendo que la instrumentación es también una formalidad.

Por supuesto que aquél tercero que pretenda probar la existencia de una sociedad de hecho, y por ende su personalidad, deberá, conforme bien lo explicita Richard<sup>6</sup>: *“1) Atribuir la imputación de una relación jurídica (acreedora o deudora) a una supuesta sociedad de hecho. 2) Acreditar la existencia de un centro de imputación distinto de las personas a las que se les atribuye la condición de socios (y no de meros partícipes). Con ánimo de excluir a los acreedores individuales de los socios de derechos directos sobre el patrimonio social. 3) Determinar quiénes son los socios que integran esa sociedad para darles participación en el juicio, pues no bastará citar a uno como administrador de hecho, salvo que exista un reconocimiento indubitable de los*

---

<sup>5</sup> En este aspecto, es dable aclarar que el artículo citado fue publicado con fecha anterior a la presentación del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial.

<sup>6</sup> RICHARD, Efraín Hugo, “Principio de tipicidad. Personalidad de las sociedades (El concepto de sociedad. La de hecho y la accidental)”. En el sentido que coincido, el autor pregona para que se facilite al tercero mediante hechos tangibles la prueba de la actuación en nombre colectivo, al respecto dice: *Para aceptar que se ha formado una sociedad de hecho deben aportarse elementos de persuasión que evidencien la exteriorización, a través de hechos concretos de la investidura con que el ente ha sido dotado, ya que no es factible imaginar siquiera la creación de una entidad societaria carente de todo respaldo en el mundo de los hechos y que no presente al intérprete algún rastro material susceptible de proporcionar certeza acerca de su efectiva existencia. Apuntamos que ello podría ser el CUIT.*

*otros socios de la existencia de la sociedad y que ellos la integran. Mientras no exista un reconocimiento de tal característica deberá citarse a todos los supuestos socios. 4) Determinar que tal actividad unificada tiene objeto comercial. 5) Acreditar que la obligación pretendida es imputable a la sociedad y no a alguno o algunos de los socios.”*

No obstante, vale hacer la salvedad que en el nuevo régimen no hace falta probar que la sociedad de hecho tiene un objeto comercial, ya que la diferenciación “*sociedad de hecho civil y sociedad de hecho comercial*” pierde relevancia en el nuevo código toda vez que desaparece la sociedad civil y la misma pasa a regirse por la Ley General de Sociedades, ley que ya no tiene en su título la palabra “comerciales”.

Las sociedades de hecho existentes conservan su personalidad, han generado un patrimonio autogestante, se han vinculado con terceros, pero, bajo la nueva regulación si pretenden adquirir bienes registrables, la sociedad deberá acreditar su existencia frente al Registro por un *acto de reconocimiento* de todos quienes afirman ser sus socios, acto que deberá ser instrumentado por escritura pública o instrumento privado con firmas autenticadas por escribano. Es decir que aquí se impone la instrumentación, aparece la manifestación de su existencia bajo la forma escrita. La sociedad de hecho conocida tradicionalmente por su falta de contrato, debe en estos casos ser instrumentada o contar con algún tipo de instrumentación.

La posibilidad de que la sociedad tenga bienes a su nombre, le otorga una prueba más de su existencia, siempre y cuando la sociedad de hecho haga el reconocimiento expreso que pregona el nuevo artículo 23, de lo contrario la carga probatoria seguiría pesando sobre el tercero toda vez que encontraría los mismos escollos probatorios que presenta la prueba de la existencia de la sociedad de hecho actualmente.

#### 2.5) La yuxtaposición de sociedad en formación

La zona gris, que a mi entender se presenta, es lo que sucede con la sociedad en formación, toda vez que se mantiene el texto de los artículos 183 y 184, y en el campo empírico hay una coincidencia temporal entre ésta y la sociedad no constituida regularmente, cuya mera diferenciación radica en el transcurso del tiempo o la voluntariedad del abandono del trámite inscriptorio. Y esta cuestión no es menos importante, basta con solo advertir las diferencias que existen entre la responsabilidad simplemente mancomunada de los socios en las sociedades de la nueva Sección IV, y la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores y fundadores de la sociedad en formación.

La actual LSC, alude en dos oportunidades a la sociedad en formación. La primera, es en el artículo 38 que dice que “*cuando para la transferencia del aporte, se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación*”. La segunda alusión es la del artículo 183 que en su parte pertinente dice: “*... Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscripta*”.

El segundo artículo citado establece el régimen de responsabilidad propio de los directivos/fundadores de las sociedades durante el período fundacional, régimen que presenta muchas diferencia con el de responsabilidad de los miembros de una sociedad irregular. Menciona expresamente a la sociedad en formación y fija la responsabilidad de la misma “*mientras la sociedad no esté inscripta*”. Del artículo 7 de la ley, surge que la sociedad no inscripta es una sociedad irregular. Sin embargo el artículo 183 habla de otra clase de entidad

no inscrita, a la que llama sociedad en formación. El mismo hace referencia a ese periodo que transcurre entre el acto constitutivo de la sociedad y su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Conforme lo expresa la LSC, los actos que pueden realizarse dentro del periodo fundacional son: a) Actos necesarios para su constitución; b) Actos relativos al objeto social cuya ejecución durante el periodo fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo; y c) Actos relativos a los dos puntos anteriores o no, pero que no hayan sido expresamente autorizados en el contrato social. Por los actos enunciados en a) y b), los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables mientras la sociedad no esté inscrita, y por los restantes actos antes de la inscripción, serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieran consentido. Por su parte el artículo 184 nos habla de la liberación de responsabilidad de los promotores, fundadores y directores frente a terceros una vez inscripto el acto constitutivo, toda vez que la sociedad asume los actos enumerados en los puntos a) y b), y de la consideración por parte del directorio, ad referendum de la asamblea ordinaria, si la sociedad asume la responsabilidad por los demás actos.

Por demás está reconocido en la doctrina y jurisprudencia que durante este periodo fundacional o iter constitutivo estamos frente a una sociedad típica que se encuentra cumpliendo los recaudos formales tendientes a lograr la inscripción. En ese lapso no nos encontramos ante una sociedad irregular ni ante un fenómeno corporativo atípico, ya que ambos supuestos no son comparables<sup>7</sup>. No obstante ello, para que la sociedad en formación no caiga bajo el régimen de irregularidad, se requiere que no exista abandono o interrupción de los pasos tendientes para lograr la inscripción.

Ahora bien, ante la nueva modificación de la ley, resulta que los directores y/o fundadores de una sociedad en formación tienen una responsabilidad más amplia durante la etapa fundacional que los socios de las sociedades no comprendidas en el Capítulo II, donde su responsabilidad en principio es simplemente mancomunada.

Es decir, si una sociedad que no adopta alguno de los tipos sociales previstos en la ley, pero posee un contrato social –no inscripto obviamente- del cual se deduce o determina incluso que la responsabilidad de los socios no será solidaria, tendría un régimen más beneficioso que aquella que se encuentra sinceramente en el iter constitutivo tendiente a inscribirse y funcionar bajo un tipo social específico. Dicho esto, cabe preguntarnos: ¿Cuál ha sido la intención del legislador respecto a la no modificación de los artículos 183 y 184?, o ¿Quizás no se tuvo en cuenta esta posible dualidad que se presenta entre estos dos supuestos?

Si realizamos un análisis literal del nuevo texto del artículo 21, no se advierte que la sociedad en formación quede subsumida bajo la Sección IV de la Ley General de Sociedades, más aun teniendo en cuenta la vigencia incluso en la ley reformada de los artículos 183 y 184.

Se presenta así la coincidencia temporal de dos sociedades con regímenes de responsabilidad totalmente distintos. Una, sin intención de inscribirse que queda bajo una nueva sección con un régimen propio, que elimina el tinte sancionatorio presente y la responsabilidad solidaria solo surge si ha sido pactada o se infiere de una estipulación expresa o

---

<sup>7</sup> Conf. C.Nac.Com. Sala C, ED 133-220 y ss., con nota de E.M. Favier Dubois (h).

del tipo social que pretendieron adoptar. Y la otra, que transita el camino hacia la inscripción con los fines de lograr los efectos propios del tipo elegido, con una responsabilidad de sus fundadores y/o directores y de la sociedad misma solidaria e ilimitada.

Plantear esta dicotomía es sumamente importante, piénsese en aquél tercero que contrató con una sociedad no inscrita y ante un incumplimiento pretende reclamar los resarcimientos correspondientes, según el nuevo código se podrá encontrar ante un mismo hecho frente a dos posibilidades, una frente a unos socios que responden en forma mancomunada y por partes iguales, y en otra con una solidaridad entre los socios entre sí y también con la sociedad. Y desde la otra vereda piénsese en las ventajas de esta nueva Sección IV (y en el uso *¿abusivo?* de esas ventajas) que tendrán en cuenta los operadores comerciales al momento de constituir una sociedad sin necesidad de pasar por el proceso de publicitación e inscripción y teniendo sin embargo una responsabilidad atenuada a la que hoy en día tienen las sociedades irregulares y una cierta oponibilidad frente a terceros de las cláusulas pactadas.

Considero que esta dicotomía se presenta como una tarea que el juzgador tendrá que vislumbrar en cada caso en particular, determinando la situación frente la cual se encontraría el tercero, régimen de la Sección IV de la Ley General de Sociedades o régimen de la sociedad en formación, habida cuenta que durante dicho *iter* se presenta una doble faz de responsabilidades de sus miembros, la que dependerá de la “sutil” diferenciación entre el transcurso del tiempo y la voluntariedad del abandono del trámite.

### **III) Régimen Aplicable**

El régimen previsto en la ley reformada difiere sustancialmente del régimen actual aplicable a las sociedades no constituidas regularmente. Para mejor exposición de este postulado incorporaré, a continuación, un cuadro comparativo:

<b>REGIMEN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES</b>	<b>REGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES</b>
Régimen con un tinte netamente sancionatorio	Régimen no sancionatorio
El contrato no tiene validez ni siquiera entre las partes firmantes.	El contrato tiene plena validez entre las partes firmantes.
El contrato no puede oponerse a terceros.	El contrato puede oponerse a los terceros que lo conocían.
Los socios no pueden fijar pautas de responsabilidad distintas a las previstas por la ley.	Los socios fijan pautas de responsabilidad según lo que acuerden.
La sociedad no puede adquirir bienes registrables a su nombre	La sociedad puede adquirir bienes registrables a su nombre
La sociedad puede disolverse en cualquier momento	La sociedad, en principio, tiene un plazo de duración que debe ser respetado.

En primera medida la ley reformada atenúa considerablemente el tinte sancionatorio del actual régimen.

Estas características se denotan principalmente en la oponibilidad del contrato, en la responsabilidad pactada de los socios, en la posibilidad de que estas sociedades puedan inscribir bienes registrables a su nombre y en la soslayada disolución a requerimiento de alguno de los socios en el caso en que exista un plazo de duración de la sociedad.

La nueva regulación otorga la posibilidad de que los socios puedan hacer valer plenamente entre ellos los derechos y obligaciones que emanen del contrato social, desde el nacimiento mismo del sujeto de derecho y no solamente en la etapa liquidatoria, como lo plantea el régimen vigente. También otorga oponibilidad del contrato frente a terceros siempre que se acredite que estos últimos lo conocían al momento de la contratación o nacimiento de la relación obligatoria. Los terceros pueden invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores.

El nuevo artículo 22, otorga operatividad al contenido del contrato social, el que en la LSC simplemente se reduce en una herramienta para la solución privada de conflictos entre los socios en la etapa liquidatoria.

Esta es una de las principales notas de atenuación (o eliminación?) del carácter disuasivo que actualmente posee la Ley N° 19.550 respecto a las sociedades no constituidas regularmente, al permitir que lo voluntariamente pactado cobre plena eficacia para la resolución de las vicisitudes que puedan presentarse y resolverse válidamente a la luz de ello.

Más allá del análisis de las diferencias palpables que pudiera marcar el lector en la lectura del articulado de la nueva Sección IV, me interesa señalar que es lo que representa esta modificación, es decir, frente a qué nos encontramos.

La pregunta cabe, porque en la nueva aprobación vemos un texto que nos brinda un esquema regulado, estableciendo validez contractual en ciertos supuestos, un régimen de responsabilidad que elimina la responsabilidad directa de los socios, y que en principio relega la solidaridad, un procedimiento para inscribir bienes a su nombre, una garantía de vigencia de la sociedad cuando hay un plazo de duración pactado. Por eso, me pregunto: ¿Estamos frente a un nuevo tipo social en el sentido de tipicidad de segundo grado? Veamos.

La ley exige que las personas que van a constituir una sociedad elijan alguno de los tipos sociales previstos, es decir que las partes no pueden crear otras formas de organización personificante. Obligatoria impone la adopción de alguno de los tipos establecidos en la ley, para que se produzcan los efectos propios del tipo elegido. La sanción la establece el vigente art. 17, al declarar nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. El sustituto de éste en el nuevo Código, también establece que las sociedades previstas en el Capítulo II no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. Es decir, más allá de las diferencias literales entre ambos artículos, el sistema de tipicidad societaria requiere que si se desea constituir una sociedad regular, los interesados deben elegir alguno de los diferentes tipos sociales que prevé la ley 19.550.

Halperin<sup>8</sup> define la "tipicidad" diciendo que ella consiste en la previsión y disciplina legislativa particular, sin que tenga importancia el medio técnico por el cual se alcanza el resultado. También nos explica que el interés público que existe en la constitución y

---

<sup>8</sup> HALPERIN, Isaac – OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998.

funcionamiento de las sociedades comerciales reside en que conforman el instrumento técnico legislativo destinado a encauzar la actividad económica privada, con trascendencia excepcional para la vida económica nacional y la comunidad en general.

Por ello, el principio de tipicidad se fundamenta en razones de "seguridad jurídica" al otorgar mayor transparencia a la organización societaria, posibilitar un mejor conocimiento a los terceros que contraten con la sociedad y facilitar un mejor desenvolvimiento de la actividad comercial en general.

En la misma línea, Richard y Muiño<sup>9</sup> nos dicen que resulta preciso distinguir entre a) la tipología (tipicidad de primer grado) que se corresponde a la figura jurídica sociedad, que reviste modalidades diferenciales de otros negocios, y b) las notas características de cada forma de sociedad (tipicidad de segundo grado). La tipicidad de primer grado apunta a responder al interrogante de ¿cuándo estamos frente a una sociedad en sentido estricto?, es decir, reunir aquellos elementos que permitan distinguirla de las demás figuras asociativas. Si la respuesta es afirmativa, da lugar a la indagación de la tipicidad de segundo grado ¿qué tipo de sociedad es?

Dentro de nuestra ley societaria se han reglamentado los siguientes "tipos sociales": la sociedad colectiva; de capital e industria; en comandita simple; de responsabilidad limitada; en comandita por acciones, la sociedad anónima y sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. La Ley General de Sociedades mantiene los mismos tipos sociales, el mismo *numerus clausus*.

La tipicidad de estas sociedades está dada porque la ley establece para cada una de ellas determinadas características o elementos para que se las pueda calificar como sociedades comprendidas en alguno de los tipos detallados. Esos caracteres de cada tipo son los denominados elementos tipificantes, y constituyen rasgos propios que la ley impone y que dan su peculiar fisonomía a cada uno de los tipos sociales.<sup>10</sup>

Ahora bien, luego de esta somera referencia al concepto de tipicidad, nos encontramos frente a una nueva regulación (sección IV) que a *prima facie* nos induciría a pensar que nos encontramos frente a un nuevo tipo social, toda vez que estamos frente a un régimen especial de una sociedad con tipicidad de primer grado pero sin tipicidad de segundo grado dentro del sistema normativo argentino y con un tratamiento como uno más de los tipos sociales.

Esa apreciación se justifica en primer lugar porque las sociedades incluidas en la Sección IV, pretenden tener efectos erga omnes desde el momento de publicitación (entendida como conocimiento por parte de terceros y no publicación edictal) del instrumento constitutivo, lo que implica reconocer una nueva herramienta para la organización empresarial. También por la posibilidad de optar por una responsabilidad mancomunada, lo que implica que no recae sobre los socios o la sociedad una responsabilidad solidaria como sanción a consecuencia de no ser una sociedad con tipicidad social de segundo grado.

No hay dudas que la nueva regulación configura una nueva herramienta, pero creo que no puede ser considerada como un nuevo tipo social "implícito" o no nominado expresamente en la ley. Ello, porque la creación de nuevos tipos sociales corresponde al legislador y no a la mera

---

<sup>9</sup> EFRAÍN, Hugo Richard – MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho Societario* – Ed. Astrea – Buenos Aires – 1997 – págs. 53 y ss.

<sup>10</sup> VANASCO, Carlos Augusto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 138.

voluntad de las partes. Nuestro sistema no permite que los interesados en constituir una sociedad determinen las características y elementos que más le gusten o que mejor satisfagan sus objetivos para constituir un sujeto de derecho. El margen de libertad en las condiciones de contratación existe en el campo de aquellas relaciones de organización, que si bien puede existir una finalidad común y una organización, no son susceptibles de otorgar personalidad jurídica.

Y si bien la Sección IV establece una regulación más detallada –pero simple- que la vigente no establece elementos tipificantes que permitan decidir que estamos frente a una tipicidad de segundo grado.

Es cierto que la nueva regulación de aquellas sociedades que no se constituyan conforme al Capítulo II de la nuestra ley, difiere sustancialmente en su sentido e intencionalidad del régimen vigente, habida cuenta que prácticamente elimina el tinte sancionatorio que siempre han tenido –y tienen aún- las sociedades no constituidas regularmente. Pero este punto no puede llevarnos a pensar que constituyen un nuevo tipo social, a la par de los existentes en la ley 19.550. En este sentido la Sección IV no habla de denominación o razón social, no habla de participaciones sociales u otra forma de división del capital en sentido amplio, de régimen de mayorías, responsabilidades, etc., elementos que imponen rasgos propios a cada tipo social y constituyen requisitos esenciales que si llegan a estar ausentes –en el caso de ser tipificantes- no producen los efectos propios del tipo elegido. Es por ello, que en respuesta a la pregunta del problema planteado, entiendo que no encontramos en la regulación estudiada un nuevo tipo social en el sentido de tipicidad de segundo grado.

Para mayor abundamiento, basta reiterar el nuevo artículo 17 que en su segunda parte dice: *“En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”*. Esto refuerza el principio de tipicidad, porque aquellas que no se constituyan conforme algún *tipo* del Capítulo II, indefectiblemente pasa a regirse por la nueva sección.

Sí considero relevante poner de manifiesto que la nueva regulación otorga nuevas herramientas para la organización empresaria, posibilita a los socios hacer valer las estipulaciones contractuales, que la sociedad sea titular de bienes registrables, subsistir plenamente conforme a lo pactado mientras exista plazo de duración, pactar una responsabilidad mancomunada, todas ellas cuestiones que, como bien dijimos, atenúan el carácter disuasivo que actualmente posee la ley respecto a las sociedades irregulares. Pero esta disuasión podría traer a corolario una actuación “abusiva” de las permisiones del nuevo régimen, en el sentido que podría presentarse situaciones en donde se prefiera quedarse amparado bajo la Sección IV, que pasar por el trámite de publicidad e inscripción que requieren las sociedades típicas. Es decir, un aprovechamiento en la utilización por la comodidad que brinda la nueva regulación.

Va de suyo que la nueva normativa atenúa en buena medida la engorrosa situación de los terceros ante la prueba de la existencia de una sociedad no constituida conforme a las previsiones del Capítulo II. Posibilita a estos a conocer si la sociedad posee bienes inscriptos a su nombre, pueden invocar el contrato social si lo conocían, como así también las cláusulas referentes a la organización y gobierno de la sociedad si se prueba que los terceros lo conocían efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica, lo que cobra sentido frente a

sociedades con un contrato social escrito, ya que frente a un sociedad de hecho que no hace uso de las ventajas que otorga el nuevo régimen, la oponibilidad se encuentra sesgada.

#### **IV) Conclusión**

El presente trabajo tuvo como objetivo académico abrir algunos interrogantes que se presentan en torno a la nueva regulación y efectuar un análisis desde el punto de vista de la autora, a los efectos de esclarecer el sentido brindado por el legislador a la modificación sustancial efectuada sobre el actual régimen de la sociedad no constituida regularmente. La utilidad de la investigación viene dada por la incorporación de una nueva herramienta jurídica a disposición de los empresarios argentinos.

Por demás está aclarar que son un sinfín de cuestiones las que se plantean a partir de ello, y que es nuestra responsabilidad como operadores del derecho y como integrantes de la comunidad académica abocarnos a través de la investigación al estudio de todas las cuestiones que se presentan con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial, con el propósito de brindar a la sociedad y a los alumnos de esta casa y de otras, herramientas prácticas de comprensión de la realidad jurídica.

Se planteó así la necesidad de determinar el alcance de este régimen jurídico en cuanto a las sociedades que quedan incluidas, poniendo mayor énfasis en la dualidad temporal que se presenta con la sociedad en formación, y poniendo de manifiesto las diferencias que se nos ostentan en cuanto al régimen de responsabilidad ante un mismo supuesto fáctico, en principio. Como ya se ha mencionado, está “superposición” de regímenes, deberá ser analizada en cada caso en concreto cuando aparezca el conflicto de intereses, con el fin de determinar la “sutil” diferencia entre el transcurso del tiempo y la voluntariedad del abandono del trámite.

Por otra parte, las distintas tipologías societarias reconocidas en la actual Ley de Sociedades Comerciales (ahora llamada Ley General de Sociedades) tienen efecto erga omnes desde la inscripción en el registro público de comercio. La Ley General de Sociedades, establece un régimen residual con connotaciones no sancionatorias –o al menos poco sancionatorias– para aquellas sociedades que no adoptan algunos de los tipos sociales previstos, o que adoptados alguno de ellos no cumplen con los requisitos formales que determina el trámite inscriptorio.

No hay dudas que la nueva regulación configura una nueva herramienta jurídica más ágil y adaptable a la organización empresaria en estado de emprendimiento, frente al proceso inscriptorio que genera costos económicos y burocráticos que atentan contra esas pequeñas y medianas empresas.

Sin perjuicio de dicho incentivo, creo que la Sección IV no puede ser considerada como un nuevo tipo social “implícito” o no nominado expresamente en la ley, ya que la creación de nuevos tipos sociales corresponde al legislador y en este caso entiendo que no ha sido esa la intencionalidad del mismo. En este sentido puede advertirse que de la regulación analizada no devienen elementos tipificantes que tengan que estar presentes como condición *sine qua non* para que se produzcan los efectos propios del tipo, sino, que se establece un régimen residual/abarcativo de las sociedades que mencioné, más benevolente que el actualmente vigente.

