

LA OMISIÓN DE REQUISITOS ESENCIALES NO TIPIFICANTES EN LA NUEVA REGULACIÓN. OMISIÓN POR FALTA DE ADECUACIÓN. PROPUESTAS.

Romina Furiasse y María de los Ángeles Lujan

Sumario: La sociedad que omite requisitos esenciales no tipificantes se encuentra incluida en la Sección IV de la Ley General de Sociedades, ello se deduce de la interpretación integral de los artículos 21, 25 y del nuevo art. 17 de la LGS. Frente a la solicitud de inscripción de una sociedad que primariamente omite los requisitos esenciales no tipificantes, la autoridad de contralor debería negar su inscripción, aplicándose en efecto las normas de la nueva Sección IV. Ello no ocurre con las sociedades ya inscriptas, pero que pese a ello, no adecuaron algunos de dichos requisitos, tales como el capital en moneda que no es del curso legal actual en nuestro país o poseer una sede social cuya enunciación genérica no aporta elementos de identificación precisa para la notificación vinculante. Para estas sociedades sugerimos que es la autoridad de contralor la que debe interpelarlas a su cumplimiento en uso de sus facultades de vigilancia que la misma ley de sociedades le otorga por razones de interés público y protección de terceros.

Palabras claves: Requisitos no tipificantes – subsanación – sede social – capital social – autoridad de contralor.

I) Introducción:

La ley N° 26.994 introdujo importantes modificaciones a la Ley N° 19.550, siendo las más significativas la eliminación de la nulidad por atipicidad y la sustitución del régimen sancionatorio que pesaba sobre las sociedades irregulares o de hecho por otro régimen más contemplativo y abarcativo de aquellas sociedades que no se ajustan a la tipología de segundo grado.

Así, la Sección IV sustituyó su nombre “De las sociedades no constituidas regularmente” por el “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, abarcando más casos que los originariamente comprendidos en el art. 21, esto es, el de sociedades de hecho con objeto comercial y el de las sociedades irregulares.

Son múltiples los interrogantes que se presentan ante la nueva regulación, empezando por determinar qué casos quedan subsumidos en la misma. Al efecto, el nuevo artículo 21 de la Ley General de Sociedades, quedó redactado de la siguiente forma: “*Sociedades incluidas. La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección*”.

En éste punto y como objeto central del trabajo, nos preguntamos si dicho artículo abarca también a las sociedades que omitan requisitos esenciales no tipificantes, surgiendo el interrogante a partir de la escasa referencia del art. 21 a éste supuesto.

En cambio, sí nos atrevemos a afirmar que la nueva regulación comprende a las sociedades atípicas - *sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II*-, a las sociedades que omitan requisitos esenciales tipificantes¹ - *que omite requisitos esenciales*- a los sociedades

¹ Los requisitos esenciales tipificantes hacen –valga la redundancia- al tipo social elegido, por lo que la falta de uno de ellos hace que no se produzcan los efectos propios del tipo, asimilándose en éste punto a lo que se entiende por sociedades atípicas. Por otra parte, las sociedades que en el régimen anterior se consideraban anulables por la omisión de requisitos esenciales no tipificantes, hoy quedan subsumidas en la Sección IV de la Ley N° 19.550, cuestión que explayaremos más adelante.

irregulares y a las de hecho - *que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley*- y a las sociedades civiles, las que al no tener regulación normativa en el Código Civil y Comercial y al carecer de tipicidad de segundo grado en la Ley General de Sociedades, se asemejaría a las atípicas.²

Teniendo en cuenta que la nueva redacción del artículo 17, -en el cual adentraremos en el desarrollo del presente trabajo- elimina la sanción de nulidad relativa del contrato que omita un requisito esencial no tipificante, y que el nuevo artículo 21 no hace referencia expresa a éste supuesto, nos preguntamos: ¿La falta de éstos elementos no tipificantes implican la aplicación de las normas de la Sección IV a la sociedad que los omite?, y en su caso ¿Qué sucede con las sociedades hoy inscriptas pero que pese a ello carecen de uno de esos requisitos? ¿Se torna aplicable automáticamente el articulado de dicha sección?

II) Sociedades que omiten requisitos esenciales no tipificantes.

Cabe recordar que el anterior artículo 17 disponía que era nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley, y que la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hacía anulable el contrato, permitiendo sin embargo que el mismo se subsane hasta su impugnación judicial.

Se distinguía de esta manera entre las nulidades subsanables o no, según que los requisitos omitidos sean tipificantes o no. En el primer caso el acto era nulo y a su vez insubsanable, mientras que en la omisión de algunos de los requisitos establecidos en el art. 11 sólo imponía la anulabilidad del contrato y su subsanabilidad hasta la eventual impugnación judicial.³

En el mismo sentido otro autor⁴ sostenía que la omisión de esos requisitos no tipificantes eran una causal de anulabilidad, en este punto indicó que ello significaba 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 autorizaba a que cualquiera pueda demandar su nulidad acreditando la existencia del vicio o defecto del acto constitutivo. Agregaba que al no tratarse de un requisito tipificante, se autorizaba a los socios a enmendarlo para poder evitar así que alguien demandase la nulidad, con la salvedad que la subsanación solamente puede efectuarse antes de que se promueva la impugnación judicial.

Actualmente, el art. 17 ha sido sustituido por el siguiente texto: *“Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales. Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. 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”*.

² Con la salvedad de la referencia de las sociedades civiles a la falta del requisito de publicidad, compartimos lo formulado por RICHARD, Soledad, “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma”, Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE, julio 2012). *“En definitiva incluimos en ésta Sección a las sociedades que hayan omitido requisitos tipificantes y esenciales no tipificantes, las que hayan incorporado elementos incompatibles con el tipo y las sociedades que no hayan cumplido con los requisitos formales en general (requisitos de forma-sociedad de hecho) y publicidad (sociedades irregulares- propiamente dichas- y sociedades civiles)”*.

³ JUNYENT BAS, Francisco, FERRERO Luis Facundo, *“Reformas a la Ley de Sociedades por Ley 26.994”*, Advocatus, Córdoba, 2015, pág. 145.

⁴ VANASCO, Carlos Augusto, *Manual de Sociedades Comerciales*, Ed. Astrea, 2001, pág. 151.

No cabe duda que las sociedades que omitan requisitos tipificantes quedan incluidas en la Sección IV, no sólo porque la misma norma lo dice expresamente, sino porque ha sido eliminada la sanción de nulidad absoluta de aquella sociedad que se constituía bajo un tipo no autorizado por la ley.

Ahora bien, ¿qué sucede con las sociedades que omitan cualquier requisito esencial NO tipificante? Como primera aproximación podemos decir que el mismo art. 21 de la Ley General de Sociedades menciona en su parte pertinente a los “*requisitos esenciales*”, sin precisar si hace alusión a los tipificantes o no.

En igual sentido, ha desaparecido la mención específica que el antiguo art. 17 hacía sobre la anulabilidad de las sociedades que omitían los requisitos esenciales no tipificantes, por lo que deberíamos interpretar que al verse modificado el régimen de nulidad, las mismas caen bajo la órbita de la Sección IV, más aún cuando el mismo artículo hace referencia a la “*omisión de los requisitos esenciales*” sin distinguir la subclasificación de que venimos hablando.

Siguiendo la misma línea, el artículo 25 reformado viene a completar los supuestos incluidos en ésta Sección, cuando 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*” (el subrayado nos pertenece).

En función del análisis expuesto, y haciendo un interpretación integral de los artículos que citamos precedentemente, afirmamos que aquella sociedad que se constituya omitiendo algún requisito no tipificante quedaría incluida bajo el actual régimen de la Sección IV.

Ahora bien, la problemática que se nos presenta es respecto a las sociedades hoy inscriptas pero que pese a ello carecen de uno de esos requisitos.

III) Sociedades a constituirse y sociedades constituidas.

Bajo la norma del anterior artículo 17 era claro que las sociedades que omitían requisitos esenciales no tipificantes, producían los efectos propios de la regularidad y de la tipicidad hasta su impugnación judicial y aún más, hasta ese momento podía cumplimentarse la omisión ya que el vicio hacía anulable el contrato, por lo tanto éste era subsanable.

Ahora se advierte que ha quedado fuera de la reglamentación del artículo 17 de la LGS, la omisión de requisitos no tipificantes que antes sí se preveía. Sin embargo, el artículo 21 establece los efectos de la omisión de los requisitos esenciales sin distinción de tipificantes o no, rigiendo para estos casos las normas de la Sección IV, mientras que el artículo 25 al permitir la subsanación de las sociedades incluidas en dicha Sección, deja expresamente establecido que comprende los supuestos de sociedades que omitan requisitos esenciales no tipificantes.

En síntesis, bajo la LGS, la sociedad que omita Requisitos Esenciales No Tipificantes produce los efectos de las Sociedades Simples y solo mediante la subsanación de estos, producirá los efectos propios del tipo.

Así las cosas, respecto de la omisión de requisitos esenciales no tipificantes en sociedades que se constituyan a partir de la reforma, son claros los efectos que producirá, mientras que el problema se presenta en sociedades constituidas con anterioridad y que puede advertirse dicha omisión o al menos al día de hoy no se han adecuado.

Dentro de este tema vamos a referirnos a dos casos que se registran aun hoy por falta de adecuación y que son: aquellas sociedades que registran un capital en moneda que no es de curso legal y aquellas que no registraron su sede social conforme el requisito del artículo 11 inc.2. Si bien la casuística propuesta no es exhaustiva, son cuestiones muy comunes que se presentan en la práctica registral, por lo que hemos decidido hacer hincapié en ellas, señalando la problemática existente para luego pasar a la solución que proponemos.

III.a) Sociedades que presentan un capital social en moneda que no es de curso legal.

El capital social en nuestra LGS está sujeto al principio de determinación, conforme al cual la cifra del capital social es de necesaria mención en el contrato constitutivo, adquiriendo el carácter de obligatorio⁵.

El artículo 11 al enumerar los requisitos esenciales no tipificantes menciona en su inc. 4: *... "el capital social que deberá ser expresado en moneda argentina y la mención del aporte de cada socio"*.

Más allá de toda discusión sobre la utilidad de la cifra capital en el contrato social o en el estatuto, el requisito existe como elemento esencial en resguardo no solo de los socios sino fundamentalmente en defensa de los terceros que contratan con la sociedad y por esta razón la ley establece a lo largo de su articulado normas específicas en resguardo de la intangibilidad del mismo.

Este requisito tiene una doble condición: en primer lugar su adecuación a moneda de curso legal (como señala el art. 11 inc. 4 de la LGS) y luego el valor mínimo en el caso de las Sociedades Anónimas, como requisito esencial tipificante conforme el art. 186 (valor que ha sido actualizado conforme decreto 1331/2012 en Pesos Cien Mil).

Por todo lo cual, debemos señalar que en cumplimiento de este requisito esencial, en el contrato social debe constar actualizada la moneda y en caso contrario proceder a su adecuación tanto monetaria cuanto a su valor actual, no siendo regular la situación en que se da publicidad a sociedades que en la actualidad mantienen expresada la cifra del capital en moneda que ya no es de curso legal, sumado para cualquier tipo social, la adecuación de su valor conforme las previsiones de ajustes por conversión de la moneda que se han dado en el tiempo.

Señala Vitolo⁶ "que es imprescindible revalorar el capital social como elemento y requisito esencial de todo contrato de sociedad y mantener las normas de protección e intangibilidad del mismo, pero desde un escenario efectivo y no meramente declarativo".

III.b) Sociedades que poseen una sede social indeterminada.

A partir de la reforma de la ley 22.903 se incorpora a la Ley de Sociedades como requisito esencial la determinación de la sede social, sumándose dicha exigencia al requisito esencial del domicilio que implica la determinación de la jurisdicción a la que se somete la sociedad. Pero la reforma va mas allá estableciendo en su art. 11 inc. 2) que: *"la dirección de su sede deberá inscribirse...y se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta"*.

⁵ VITOLO, Daniel Roque, *"SOCIEDADES COMERCIALES Ley 19550 comentada"*, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, pág. 228.

⁶ VITOLO, Daniel Roque, *"SOCIEDADES COMERCIALES Ley 19550 comentada"*, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, pág. 253.

Conforme a esto se introducen dos cuestiones: en primer lugar la determinación exacta que deben realizar los socios sobre el lugar en que funciona el órgano de administración, toda vez que a éste extremo obedece la obligación de fijar la sede social, resultando oponible a todos en virtud de la inscripción en el Registro Público. Pero, debemos tener presente que no puede hacerse mención genérica de la ubicación, sino que por el efecto que produce debe ser exacta o al menos con la mayor exactitud posible, especificando calle, numeración, piso, oficina o departamento, debiendo probar su validez frente a otras notificaciones, por ejemplo cuando se ubica en zonas rurales o en una esquina sin definir ningún otro dato en relación a dicha intersección.

El otro elemento a destacar es el efecto vinculante que para la sociedad tiene la notificación realizada en la sede social inscrita. El problema se presenta cuando la sociedad no ha realizado la determinación específica de su sede, resultando ello un perjuicio para los terceros que buscan a través de la publicidad registral poder efectivizar la notificación, obstando de esa manera a la efectividad buscada por la norma incorporada.

IV) Planteo.

Frente a los dos ejemplos citados, surge la pregunta planteada en nuestra introducción al problema: Ante las sociedades ya inscritas que carezcan de uno de éstos requisitos (puntualmente de los establecidos en el art. 11 inc. 2 y 4), se torna aplicable automáticamente el articulado de la Sección IV de la LGS?

Damos por sentado que frente a la solicitud de inscripción de una sociedad que primariamente omita los requisitos esenciales no tipificantes, la autoridad de contralor debería denegar su inscripción. Pero en el caso de situaciones devenidas luego de la inscripción (como las descriptas en los párrafos anteriores) y que obedecen a la falta de adecuación principalmente, surgen las cuestiones que señalamos a continuación.

En cuanto a la posibilidad de vincular la aplicación de las normas de la Sección IV a estas sociedades ya existentes, consideramos que ello no sería posible por razones obvias. Piénsese en la situación de inseguridad jurídica que se produciría si a sociedades cuyos efectos inherentes a la tipología de segundo grado que se producen plenamente, les aplicáramos de cuajo el régimen de la Sección IV.

Si bien el régimen de la Sección IV no presenta el tinte sancionatorio que ostentaba el anterior, consideramos que la aplicación automática de dichas normas a sociedades inscritas, devendría en situaciones incoherentes dado que estas ya venían produciendo plenamente los efectos propios del tipo. No obstante ello, no pregonamos el *statu quo* de esas situaciones de falencias, habida cuenta que la falta de cumplimiento de los requisitos legales no es disponible y no puede sostenerse su incumplimiento a lo largo del tiempo.

V) Nuestra propuesta.

Corresponde analizar cuál es la situación cuando el órgano de administración no subsana⁷ tales vicios y el órgano de control detecta la falta de cumplimiento en el devenir de la vida

⁷ Entendido como sinónimo de cumplir, corregir, completar, etc. y no como la subsanación propiamente dicha que utiliza el artículo 25 para los sujetos de derecho inmersos en esa Sección y que pretenden hacer surtir con la subsanación – antes regularización- los efectos propios del tipo elegido.

societaria. Y en este punto cabe determinar si corresponde una intimación a subsanar la falta del requisito esencial o la adecuación del mismo.

En este caso, la inscripción ya está hecha, por lo que la persona jurídica se encuentra virtualmente cumpliendo los efectos del tipo adoptado; pero sin embargo los efectos no serían tales, ya que la inscripción no subsana los vicios de que adolece el contrato social, por ser la misma de carácter declarativo.

Sin embargo, entendemos que la autoridad de control debe realizar las intimaciones correspondientes frente a la advertencia del incumplimiento de los requisitos esenciales o su falta de adecuación, en virtud del sistema reglamentarista impuesto para la fiscalización estatal a cargo de los organismos de control societario, en donde es la ley y no el criterio del funcionario, la que fija los requisitos que otorgan personalidad jurídica plena⁸.

Ello, porque el cumplimiento de los requisitos esenciales no tipificantes tutela la **certidumbre** sobre el sujeto de derecho a través de elementos individualizantes establecidos por la Ley y por lo tanto no negociables para las partes y cuya integridad el ordenamiento en general protege, no solo al momento de constituirse la persona jurídica sino a lo largo de su funcionamiento y en esto la autoridad de contralor debe desplegar sus funciones de fiscalización.

Al respecto, Vitolo destaca en un comentario a fallo⁹ lo siguiente: *“La función del juez de registro no debe estar acotada al examen de la regularidad formal de los requisitos de constitución de una sociedad porque, si el legislador ha establecido una autoridad de control estatal para comprobar el cumplimiento, cabe inferir que es porque atañe al interés general y que la observación de los recaudos legales no es disponible para los particulares debiéndose controlar que no se vulnere la formalidad legal.”*

Es por ello que consideramos que, si bien no procede la aplicación de las normas de la Sección IV a las sociedades ya inscriptas que tienen un capital social expresado en moneda de un curso no legal en nuestro país o que poseen una sede social enunciada de manera genérica o indeterminada lo que imposibilita una identificación real para una válida notificación, sostenemos que es preciso que se implemente un mecanismo donde la autoridad de contralor en uso de sus facultades de vigilancia emplace a las sociedades “afectadas” a dar cumplimiento a los requisitos esenciales no tipificantes de los que adolecen, en post de una mayor protección hacia los terceros y el interés público general.

⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. “DERECHO SOCIETARIO REGISTRAL”, Ad-Hoc, 1994, pág. 118.

⁹ VITOLLO, Daniel Roque, “SOCIEDADES COMERCIALES Ley 19550 comentada”, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pág. 151. Fallo: CNCiv., Sala C, 1-3-2005, "TRAMMEL S.A y otros c/ Mayling Club de campo SADC y AS" L.L. del 19-5-2005, p. 6; E.D. del 11-5-2005, p. 5.