

NUEVA SUBSANACION SOCIETARIA**Martín ARECHA****1. La subsanación societaria**

La originaria subsanación societaria prevista en el art. 17 de la 19.550, estuvo prevista como remedio para superar la omisión de requisitos esenciales no tipificantes y habilitada siempre que no se hubiera deducido la impugnación judicial del mismo. Se trataba de una situación en la que se consideraba que el vicio era de nulidad relativa, superable y subsanable dentro del marco que fijaba la ley, mientras que, para la atipicidad, no había subsanación ni superación posible; se considero tal supuesto como un vicio de nulidad absoluta debido al rigor con que fue considerado el régimen de la tipicidad societaria.

Este sistema, estatuido en 1972 fue mantenido hasta la reforma introducida por la 26994, con lo cual tuvo una vigencia de casi 48 años, hasta que desde 2015, ambos supuestos previstos en aquél art. 17, fueron unificados e incluidos en el amplio marco del nuevo art. 25 de la 19.550 LGS.

Importó, esa modificación, un cambio muy relevante, o uno de los mas significativos de la reforma de la LGS, no solo por concluir con la rigidez con que fue prevista la tipicidad, sino también por la unificación de la solución por medio de la nueva subsanación y permitiendo la sobrevivencia de sociedades con vicios – como los previstos – y sin conservar aquella limitación que establecía como límite que no hubiera mediado previa impugnación.

El nuevo art. 25, incluye además de las sociedades afectados por vicios de tipicidad aquellas con deficiencias formales, como las de hecho e irregulares que anteriormente estaban sujetas a la alternativa de regularización en el art. 22 de la LSC, norma que tuvo una interesante evolución desde la primigenia 19550, pasando por la 22.903, que buscó atenuar el originario rigorismo con que fueron consideradas de la ley de 1972.

De manera que aquella subsanación del art. 17 que era única, para un solo supuesto; se pasa ahora a una alternativa “pluriabarcativa” que incluye los vicios de nulidad – absolutos y relativos- a los que antes estaban previstos en la “regularización”, tratándolos a todos del mismo modo y ampliando los márgenes del remedio de saneamiento, que se lo acompaña con la alternativa de la disolución para el caso de no optarse por la vía de la subsanación, y constituyendo esta alternativa de disolución un modo de dar certeza a la finalización de la sociedad en beneficio de los socios y resguardo de los terceros y de la misma sociedad, que no obstante sus vicios e informalidades sigue siendo un sujeto de derecho, una sociedad en los términos del art. 1, 7 y 25 de la LGS.

2. Sobre requisitos y vías

El art. 25, instituye en primer lugar, un proceso que puede ser promovido por los socios o la sociedad, con alternativa privada o extrajudicial el que requiere de la existencia de unanimidad entre los socios; el segundo – judicial- cuando no hay unanimidad, los legitimados pueden requerir que la subsanación se alcance por un proceso judicial, el cual debe ser sumarísimo y en el que se otorga el juez la posibilidad de suplir la voluntad de los socios, aunque sin posibilidad de imponerles una responsabilidad mas agravada que la que ya tenían en el contrato de sociedad que se pretende

subsanan.

El sistema, se inscribe en el ámbito del principio de conservación del art. 100, que si bien ya estaba previsto la anterior ley 19550, ha sido potenciado en la modificación de la 26994 al habilitar la posibilidad de remover cualquier causal de disolución eliminando la causa que le dio origen aunque supeditando tal alternativa a la viabilidad económica y social de subsistencia de la actividad de la sociedad, y requiriendo que la decisión de remover la causal se adopte antes de la cancelación de la inscripción y ello sin perjuicio de los terceros y las responsabilidades que se hubieran asumido.

De todos modos, y si bien las consideraciones generales apuntan a señalar los aspectos comunes en que se inscribe esa reforma, existen otros particulares que ameritan un análisis más particularizado, en el que se pueden observar aspectos positivos como otros de controvertida consistencia y validez, que seguramente serán objeto de futuras consideraciones en reformas a la ley.

Paso a considerar algunos de esos aspectos particulares.

A. “Plazo de duración vigente” y “unanidad”

Estas dos exigencias legales, guardan una correlación que resulta interesante destacar según mi parecer, aunque aparezcan diferenciadas en el art. 25.

El referido al plazo, no parece un razonable requisito, desde que, si se establece la necesidad de alcanzar la unanimidad, resulta claro que este segundo absorbe al primero o sea que en el procedimiento que se logre subsanar por unanimidad el plazo de duración vigente puede ser un tema incluido en la aspiración unánime de subsanar. No puede entonces, el plazo constituirse un razonable valladar al proceso individual, y si la vía fuera la judicial, lo cierto es que el plazo bien puede ser materia de planteos de los socios sujeto a la decisión judicial, máxime cuando se dan al juez tan amplias facultades y el mismo procedimiento no impide que el punto sea deliberado y resuelto en proceso.

Por otro lado, la tendencia actual sobre el plazo es no exigir uno fijo o limitado, sin perjuicio de las alternativas que permiten los arts. 10 inc. 6; el art. 11 inc. 5; el 94 inc. 2,3, y 4 de la LGS, y ello se ve claramente en el art. 155 del CCC que determina el principio de duración ilimitada de las personas jurídicas privadas – excepto exigencia legal o determinación estatutaria – y lo mismo ocurre en el art. 11 inc.5 del proyecto de reforma a la ley 19550 del año 2019, en el que para las sociedades que hagan oferta pública el plazo puede ser indefinido, claro ésta que en ese supuesto cabe entenderlo también vigente, pero lo destacable es que el plazo determinado y fijo pierde su significación, como ocurre con supuestos de contratos de ejecución continuada, tal como están regulados en el CCC (caso de la agencia art. 1491, de la concesión art. 1506 y de la franquicia art. 1516, agregando que era el sistema del anterior Cod. Civil en el art. 1767).

Se ha criticado que desde la regla de la mayoría del anterior art. 22 exigida para la regularización, se pasara a la de unanimidad. En ese sentido Ricardo A. Nissen, sostiene que no ha sido acertado ese cambio, que además contaba con sobrada prueba y estaba asentado en la práctica.

Entiendo, que el cambio no es objetable; primero porque los supuestos del nuevo art. 25 son más amplios y abarcativos que los del anterior art. 22, y segundo si se trata de sanear defectos de atipicidad, esa exigencia parece razonable pues la corrección de los vicios lógicamente necesita de las conformidad de todos los socios para así validar la sociedad, al punto que incluso de no logrársela y debiendo recurrir a la vía judicial, se le da al socio disconforme la posibilidad de receso, con lo cual,

existen alternativas que se inscriben en el sentido del saneamiento y de la conservación de la empresa. Y, por último, el régimen de mayorías es el propio y adecuado al funcionamiento de los órganos sociales, y es su modo de superar desacuerdos durante el funcionamiento y operación, situación distinta a la de la subsanación que está referida a la subsanación del ente de conformidad al régimen del Cap II de la LGS (De las sociedades en particular), es un aspecto organizativo estructural que justifica la exigencia.

B. Situación de las irregulares y de hecho.

Variadas cuestiones se presentan, relacionados con esas sociedades y principalmente si están o no comprendidas dentro de los supuestos del art.25, es decir si son o no subsanables conforme al nuevo sistema que se apartó del de regularización del anterior art. 22.

Así, Daniel R. Vítolo, ha sostenido que la ley 26994 con sus reformas plasmadas en la LGS ha eliminado a las sociedades irregulares y consecuentemente ha suprimido el mecanismo de la regularización¹⁰⁰ y precisando que el régimen de irregularidad no se trata de un vicio de forma ni es causal de nulificación¹⁰¹, razón por la cual en la anterior redacción legal, junto con las de hecho estaban legisladas en la Sec. IV del Cap. I “De la sociedad no constituida regularmente” es decir fuera de la Sec. II “Del régimen de nulidad”.

A su vez, Ricardo A. Nissen¹⁰², señala que la unificación en el tratamiento de las irregulares y de hecho junto con las sociedades que carezcan de requisitos esenciales – tipificantes y no tipificantes – no resultaba necesaria, pues bastaba con realizar algunos retoques al régimen de la regularización, disponiendo la oponibilidad interna del contrato y sus cláusulas, como también permitirles adquirir bienes registrables, y afirma que ambas – irregulares y de hecho- han quedado comprendidas en el nuevo art. 25.¹⁰³

Otros autores han abordado, el tema, tal el caso de Miguel E. Rubín¹⁰⁴, quién refiere que las sociedades de hecho han quedado incluidas, como Tomas J. Arecha, que desarrolla argumentación para sostener que tanto la irregular como las sociedades de hecho, quedan comprendidas por los supuestos del art. 25, y que se trata de situaciones que la ley tolera.¹⁰⁵

Si bien, el nuevo sistema, no menciona a las sociedades irregulares y a las de hecho, lo cierto es que ambos supuestos en la modalidad reconocida hasta ahora, son fenómenos reales, que desde siempre el derecho los reconoció, aunque diferenciándolo tanto de las sociedades típicas como de aquellas que no hubieran cumplido con todos los requerimientos de forma exigibles en la ley. La falta de mención, con sus denominaciones de siempre, no significa que tales situaciones desaparecieran, sino que han quedado incluidas al haber reconocido que eran subsanables las entidades que hubieran omitido el cumplimiento de los requisitos formales. Es más, tal inclusión puede válidamente sostenerse sobre la base del nuevo art. 21 que dice “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 en esta Sección”.

Y requisito formal, no es solo el de la inscripción registral, sino el de instrumentación o de la

100 Ver: “Comentarios a las modificaciones de la ley 26994 y la Ley General de Sociedades” p. 31.

101 Ob.cit. p. 105/6.

102 Ver: “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario” p. 131.

103 Ob.cit. p. 132/3.

104 Ver “Subsanación de sociedades informales” en “Las sociedades de la Sec. IV en la LGS 19550” p. 187.

105 Ver: “¿Entes incluidos o excluidos?” en “Las sociedades de la IV Secc. De la LGS” p. 50/4).

defectuosa modalidad, ya que la sociedad como tal puede ser probada por cualquier medio de prueba (art. 23 última parte) y ello prueba que la instrumentación puede o no existir, por ser la expresión escrita del acuerdo (art. 286 del CCC) con lo cual no es requisito para que exista sociedad de hecho que se encuentra instrumentado su contrato, sino que debe probarse conforme lo determina la ley, situación que actualmente con el régimen del CUIT exigido por la AFIP para operar, es prácticamente imposible que no exista un reconocimiento escrito de la existencia del ente tal como lo pide el organismo recaudador.

Solo deseo agregar, que en lo que se refiere a las sociedades de hecho, con Hector M. Garcia Cuerva, sostuvimos, que esas entidades no eran sólo las que carecían de instrumentación sino también aquellas que instrumentadas no cumplían los recaudos legales¹⁰⁶, y en el mismo sentido se ha pronunciado Raúl A. Etcheverry, afirmando la existencia de dos variantes de sociedades de hecho¹⁰⁷ y otros que han seguido similar planteo, como Juan M. Farina¹⁰⁸ y Horacio Roitman¹⁰⁹. Esta posición doctrinaria, refuerza el criterio de que la sociedad de hecho puede o no estar instrumentada, de manera que no es posible considerar que las sociedades contempladas en la Sec. IV, sean solo las que tienen contrato escrito, aunque habrá que probar su existencia (arts. 21, 22 y 23) para que resulten admitidas como sociedades (ya sean generales o de la Sec. IV). Ello es compatible con lo que dispone el art. 1019 del CCC, en tanto el principio específico aplicable es el ya indicado art. 23 ultima parte, que prevalece por aplicación del art. 963 inc. a) del CCC.

C. Las vías para alcanzar la subsanación

Del art. 25, resulta que existen dos posibles alternativas para el proceso: a) una privada o extrajudicial y otra b) la judicial.

Se destaca en este aspecto el esfuerzo legislativo para favorecer el saneamiento societario, y también la intención de hacer concreto el principio de conservación del art. 100, esfuerzo que debió enfrentar – seguramente- dificultades que se han traducido en un sistema que si bien parte de un principio claro, el de la unanimidad, concluye con la posibilidad de dar facultades al juez para “suplir la falta de acuerdo”, con la que la unanimidad pierde su impronta.

En, la vía privada, hay dos variables, una la existencia de unanimidad que no presenta dificultad particular, desde que esa modalidad es superadora de las diferencias que pudieran existir.

La vía judicial, en cambio se habilita cuando no se da la unanimidad, y como dije, se faculta al juez a “suplir” el acuerdo, lo que entiendo significa a resolver las diferencias que puedan presentarse respecto del contrato y para lo cual establece el procedimiento “sumarísimo” con la clara intención de tener una solución diligente y rápida del posible conflicto. Empero, tal aspiración difícilmente se cumplirá, desde que la intervención de los socios – todos- y de la sociedad que también es sujeto legitimado, seguramente introducirán cuestiones de no fácil solución de modo que el procedimiento podrá extenderse mas allá de las aspiraciones de la ley.

Pero, lo que se destaca en la norma es la facultad que se da al juez, que, si bien es compatible con el art. 960 del CCC, se trata en este art. 25 de uno de los supuestos especiales que se exceptúa al principio por aplicación de la citada norma general (conf. Art. 963 inc. a del CCC).

106 Ver “Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19550 y complementarias”, ed. 1973 pag. 20.

107 Ver: “Sociedades de hecho” p. 119.

108 Ver “Tratado” p. 280.

109 Ver “Ley de sociedades comerciales” T. I p. 384.

Considero, que el esfuerzo del legislador en este punto ha sido grande, pero no se si realmente será efectivo, ya que los jueces que indudablemente están preparados para la aplicación del derecho para resolver los conflictos, no lo están para “suplir la falta de acuerdo” en la integración de un contrato de sociedad, que, en su aspecto organizativo, presenta muchas alternativas y variables que difícilmente conozca o sea de competencia judicial.

Pero, la ley ha puesto limites a ese poder, no se puede imponer mayor responsabilidad al socio, y se habilita el derecho de receso del socio disconforme, lo que, si bien es una adecuada solución, en realidad demuestra el complejo sistema que se ha dispuesto, habrá que esperar la sentencia, esta deberá quedar firme, y en el plazo de ley se deberá ejercer el receso, o sea otro conflicto para determinar la parte del recedente conforme al art. 92 LGS.

D. La cuestión de los requisitos esenciales y no tipificantes.

En la originaria 19.550 y hasta la sanción de la 26.994, se formulaba referencia en el art. 17 a “La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato...”. Esta redacción llevo a diferenciar entre requisito esencial tipificante y requisito esencial no tipificante, lo que dio lugar a un notable esfuerzo doctrinario para marcar y definir tal diferencia¹¹⁰.

Lo cierto es que ha sido Sergio P. Suarez, quién ha clarificado la cuestión al precisar, que en el sistema de la ley hay dos tipos de requisitos: lo esenciales y los tipificantes, explicando el autor, que los “no tipificantes” son los esenciales – los del art. 1 de LGS – los “tipificantes” corresponden a los exigidos en el Cap. II de la ley¹¹¹.

O sea, los “esenciales” están referidos a lo que toda sociedad necesita para ser calificada como tal (art. 1 LGS) o sea son los de género, en tanto los tipificantes son los necesarios para que la sociedad se adecue a uno de los tipos específicos del Cap. II LGS. Es decir, los de especie, con lo cual debe concluirse que los elementos esenciales y los tipificantes se suman para conformar una sociedad de las típicas previstas en la ley. Así podría darse el supuesto de que se reunieran los requisitos tipificantes, pero no los esenciales, o bien darse los esenciales y no los tipificantes, supuestos en que habrá que determinar el negocio y su eventual validez, incluso menciona Sergio P. Suarez, que es posible que deba ser una figura distinta, con lo cual debería aplicarse el instituto de la conversión del negocio jurídico.

El art. 25, a su vez dice: “en 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...”. Tal redacción, atendiendo a su puntuación se refiere a requisitos: a) esenciales, b) tipificantes, pero agrega c) “...o no tipificantes...”. Con lo cual parece incorporar un elemento discordante – el c)- con lo que se viene considerando. Sin embargo, entiendo que no existe tal incongruencia, pues al señalar la variante no se quiere afirmar que existan elementos “no tipificantes”, sino que se debe interpretar que son tales los “...elementos incompatibles con el tipo elegido...”, es decir aquellos que afectan o distorsionan al tipo elegido, con lo cual la interpretación de la norma tiene indudable coherencia (A título de ejemplo, una anónima con sindicatura integrada con uno o mas ingenieros).

110 Ver S. Le Pera, en “Joint Venture y sociedad” p. 243, Juan M. Farina en “Derecho de Sociedades Comerciales” p. 504, Horacio Roitman en “Ley de Sociedades Comerciales.Comentada y Anotada” T.I, p 351.

111 Suarez, Sergio, “El régimen de las nulidades societarias luego de la ley 26.994” en RSC, 2017 Año 2016-2 p.45.

Final

Para finalizar, la subsanación se ha presentado como una solución beneficiosa para resolver la situación de sociedades incluidas en la Sec. IV o sociedades generales, también marca la atenuación del rigor anterior dado a la atipicidad, y marcando un ámbito de aplicación de la subsanación a diversos supuestos de hecho amplio y no restringido. El nuevo régimen, si bien positivo, tiene aspectos que deberán ser resueltos por la doctrina y jurisprudencia.