

# La subsanación de las sociedades informales\*

María Cesaretti y Oscar D. Cesaretti

Bajo el epígrafe “Subsanación”, el Proyecto de unificación (el Proyecto) ha conformado el mecanismo por el cual los entes que se encuentran subsumidos en la nueva Sección IV de la Ley General de Sociedades (LGS)<sup>1</sup> podrán superar el régimen impuesto por la sección comentada y desplegar los efectos propios de un tipo social determinado.

En primer lugar, cabe precisar qué supuestos se encuentran comprendidos en la referida sección: sociedad atípica, es decir, aquella no comprendida en el Capítulo II de la LGS;<sup>2</sup> sociedad típica pero con la inclusión de elementos incompatibles con el tipo adoptado; sociedad con la omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes;<sup>3</sup> sociedad típica con omisión de requisitos formales; sociedad de hecho; sociedad civil instrumentada conforme al régimen vigente del Código Civil. La norma no es clara en la determinación de los casos comprendidos. Hemos inferido que en la Sección IV se encuentran las sociedades de hecho –ya sin importancia del objeto social, en razón de la eliminación de los actos de comercio–, que son el máximo exponente de la omisión de requisitos formales. Igualmente, la sociedad civil instrumentada<sup>4</sup> conforme al régimen actual del Código Civil, ya que el Proyecto no ha determinado su situación ante la no transformación en alguno de los tipos del Capítulo II de la LGS.

La Ley de Sociedades Comerciales vigente (LSC) utiliza el término *subsanación* en dos oportunidades: la primera de ellas, al tratar la omisión de requisitos esenciales no tipificantes; la otra, en el artículo 387, referente a la individualización de los socios en la sociedad en comandita por acciones.<sup>5</sup>

Vítolo comenta que

No existe coincidencia en la doctrina respecto de si la subsanación en este caso es equivalente al instituto de la confirmación, regulada por los artículos 1059 a 1065 del Código Civil. Para

\* El presente trabajo se presentó en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 octubre - 1-2 noviembre 2012) y fue galardonado con el Segundo Premio.

1. El Proyecto sustituye la denominación de la Ley 19.550 por la de Ley General de Sociedades.

2. Ver nota extendida en p. 55.

3. Ver nota extendida en p. 55.

4. La sociedad de hecho civil queda comprendida de facto en el supuesto de sociedad de hecho sin distinción del objeto o actividad que desarrolla.

5. La parte final del artículo 387 expresa que “la confirmación afectará los derechos de los terceros”.

quienes efectúan la diferenciación entre ambos supuestos, las diferencias se encuentran en que:

- a) La confirmación puede ser efectuada solamente por quien tiene el derecho a reclamar la nulidad (art. 1060 Cód. Civ.), mientras que la subsanación proviene de la sociedad y de las personas que provocaron la nulidad;
- b) la confirmación puede ser efectuada una vez iniciado el juicio de nulidad y antes del dictado de la sentencia, mientras que la subsanación subsidiaria sólo puede llevarse a cabo hasta su impugnación judicial;
- c) la confirmación puede ser expresa o tácita (arts. 1061 y 1063 del Cód. Civ.), mientras que la subsanación solamente puede ser expresa porque importa modificar el acto constitutivo;
- d) la confirmación tiene efecto retroactivo (art. 1065 del Cód. Civ.), mientras que la subsanación solo tiene efectos para el futuro; y
- e) la confirmación requiere el concurso de la persona a favor de quien se efectúa (art. 1064 del Cód. Civ.), mientras que la subsanación precisamente emana de las personas en cuyo favor se hace.<sup>6</sup>

La subsanación puede ser en un sentido amplio y en sentido restringido. Subsananar en sentido amplio es el remedio legal para curar cualquiera de los defectos que pueda tener el documento, sea el acto del oficial público autorizante o el acto jurídico que se formalice en ese documento [...] Subsananación en sentido restringido se refiere a remediar aquellos documentos que poseen vicios no invalidantes, tales como: escrituras que carecen de una descripción correcta del objeto del negocio jurídico, errores personales referentes a los comparecientes, errores propios del negocio jurídico, tales como forma de pago o moneda en la que se efectuará el mismo, etc.<sup>7</sup>

El sentido del artículo 17 de la LSC difiere del concepto reseñado anteriormente, ya que la omisión de los denominados requisitos esenciales no tipificantes se presenta como un supuesto de anulabilidad, es decir, invalidante del contrato de sociedad: estaríamos en un supuesto de ineficacia estructural, que atiene a la “fase de celebración o formación del negocio jurídico”<sup>8</sup>. Es evidente que el legislador de la Ley 19.550 se apartó del concepto civil de la confirmación<sup>9</sup> de igual forma que lo hizo del concepto de nulidad de la Sección III, y es tan clara tal separación –originada evidentemente al encontrarse ante un contrato de organización con personificación jurídica– que, al tratar la subsanación de la comandita por acción, determina que la con-

6. VÍTOLO, Daniel R., *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007-2008, t. 1, p. 315.

7. TUTTI (seud.), “Subsanación de documentos protocolares notariales. Principios generales”, *Corrientes*, 2001 (trabajo presentado en el XIV Encuentro Nacional del Notariado Novel [Corrientes, 23-26 junio 2001]; publicado en la página web del Consejo Federal del Notariado Argentino: <http://www.cfna.org.ar/publi/index.php?modulo=escribanos&opt=verdoctrina&id=36>).

8. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, p. 126.

9. Ver nota extendida en pp. 55-56.

firmación afectará los derechos de los terceros, cuando expresamente el Código Civil en el artículo 1065 determina que los efectos del instituto no perjudicarán los derechos de terceros.

En síntesis: en materia de sociedades, al determinarse un centro imputativo de segundo grado, el instituto de la confirmación –pensado para relaciones de cambio– debe ser reemplazado por el concepto de subsanación, con las características anteriormente enunciadas. Lo expuesto resulta acorde con el texto de la LSC, pero el Proyecto altera los conceptos vertidos, al globalizar en el mecanismo de la subsanación supuestos no acordes con los presupuestos del instituto. Especialmente, la omisión del cumplimiento de requisitos formales puede ser encuadrada en el artículo 25 tan sólo si se adopta una interpretación amplia del concepto de subsanación: “el remedio legal para curar cualquiera de los defectos que pueda tener el documento”.

Hemos expresado que la inscripción en un determinado registro no hace a la forma del acto sino exclusivamente a su oponibilidad a determinado sujetos.<sup>10</sup> Si adoptamos tal postura, todas las sociedades se inscribirían sí o sí y las que no se inscribieran no serían sociedades, postura extrema que hace recordar los comentarios de Halperin<sup>11</sup> respecto de la sociedad antes de su registración. La doctrina societaria ha calificado la registración del acto como constitutiva<sup>12</sup> no de la personalidad jurídica que nace a partir del acuerdo de voluntades sino de la tipología que los socios han adoptado, y ninguno de los autores que se han especializado en los temas registrales societarios ha consignado la registración como un aspecto de las formalidades exigidas. Consideramos que la única interpretación valiosa es la de que el concepto de incumplimiento de las formalidades exigidas debe entenderse como incumplimiento de registración, por la simple razón de que de otra forma no existiría régimen legal aplicable para las sociedades que no se inscribieran.<sup>13</sup> Se podrá considerar, para justificar la redacción otorgada, que sus autores han pensado el negocio sociedad desde la óptica del fin querido por las partes, que es la adopción de la tipología societaria con su registración, haciendo jugar a ésta como presupuesto *iure* para la obtención del fin querido por las mismas; desde esa óptica, se podría calificar la toma de razón como una formalidad más.

Finalizado el estudio de los supuestos comprendidos en la nueva redacción del artículo 25, debemos determinar quiénes son los sujetos legitimados para promoverla. La primera observación es que ésta puede realizarse por iniciativa de la sociedad

10. El sistema alemán de transferencia inmobiliaria, donde ambas partes antes de la registración no están ligadas por el acuerdo, podría avalar el concepto de registración con formalidad del acto, ya que antes de la misma hay un no acto. Ver ADROGUÉ, Manuel y otros, *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, Plus Ultra, p. 261.

11. HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 124.

12. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), *El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 133. Ver artículos 38 y 183 de la Ley 19.550 y artículo 142 del Proyecto.

13. Vítolo no coincide con la interpretación que efectuamos y dice que el primer error del Proyecto es que mantiene el instituto de la regularidad pero omite establecer qué ocurre con la falta de registración. VÍTOLO, Daniel R., *Las reformas a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 106.

o de los socios. Pareciera, lógicamente, que se refiere a casos de conflictos diversos para que tengan sentido las dos alternativas. Tengamos presente que el artículo 23 proyectado dice que el contrato se ha tornado oponible entre socios respecto de la representación, la administración y las demás previsiones que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad. Si esto es así, lo será para todas las instancias de la vida de las sociedades informales, y, para la interpretación del texto, se deberá entender que la subsanación podrá ser impulsada por la sociedad conforme a las reglas de organicismo interno oponible entre socios.<sup>14</sup> Igualmente, esta facultad de impulsar la subsanación del ente se encuentra en cabeza de cualquiera de los socios, pero dicha resolución no será un acto del órgano de gobierno societario, es decir, no será una decisión colegiada,<sup>15</sup> fundamento de la unanimidad. El socio que no obtuviera eco en la subsanación orgánica, es decir, aquella que resuelve la sociedad por medio de su órgano de gobierno podrá instar a sus coasociados y, ante la falta de acuerdo unánime, presentarse en sede judicial.

Superada la legitimación, veamos con detalle el mecanismo propuesto por el Proyecto. En la LSC, se podía concebir la regularización como una acción o una excepción a la acción de disolución –en este último caso, planteada por algún coasociado–. El Proyecto presenta la subsanación exclusivamente como acción, ya que el párrafo referente a la disolución impone exclusivamente a los socios que desean permanecer en la sociedad la obligación de pagar a los salientes su parte, pero no a instar el mecanismo de la subsanación.

Comentamos que la subsanación puede ser realizada a iniciativa de la sociedad o de los socios y que, respecto de estos últimos, la regla era la unanimidad. Igualmente, esta digresión a fin de interpretar el artículo tampoco aclara aspectos de procedimiento. Veamos si para el caso de la sociedad rigen su organicismo y la oponibilidad del contrato, la subsanación por la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no, o bien la existencia de elementos incompatibles con el tipo determina una reforma del contrato social, sea para suprimir aspectos que configuren la antedicha incompatibilidad, sea para remediar las omisiones. En pocas palabras, se deberá estar a las reglas de la reforma y con las mayorías propias de cada tipo social. Para los supuestos de atipicidad, por no adoptar uno de los tipos del Capítulo II de la ley, se deberá seguir el criterio del artículo 119 de la LSC, *in fine*. Esta interpretación es la que permitiría aplicar el mecanismo “a

14. La doctrina española, respecto del artículo 35 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy artículo 56 de la Ley de Sociedades de Capital, referente a la regularización, a fin de subsanar las omisiones que hace referencia el citado artículo, se plantea qué régimen de mayoría correspondería adoptar, la unanimidad o las mayorías propias de la junta general, adoptando las reglas de la junta, salvo el supuesto de omisión de aportaciones y capital de la sociedad. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994, p. 294.

15. Ver nota extendida en p. 56.

iniciativa de la sociedad...” ante la ausencia de mayores precisiones, sobre todo comparándolo con el antiguo artículo 22.

Expresamos que cuando se está al acuerdo de los socios este no es un acto orgánico. Ante la ausencia de normas de procedimiento, habida cuenta de la oponibilidad del contrato entre socios, la lógica nos lleva a considerar: a) citación al domicilio consignado en el contrato social; b) cualquier socio puede convocar a sus coasociados; c) lugar de reunión no sujeto a la jurisdicción de la sociedad; d) determinación de los temas a considerar; e) aclaración de que el socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso.<sup>16</sup> Es cierto que se podría haber regulado el mecanismo con mayor precisión, pero las eventuales discusiones respecto de quién cita primero, lugar, etc., en caso de diferencias entre socios, deberán ser resueltas judicialmente. La facultad del juez de suplir la falta de acuerdo, si bien *prima facie* parece exorbitante, tiene su base en que, en principio, estamos frente a un contrato social con plazo de duración y que es oponible entre socios. A los socios disconformes, ante la iniciativa de cualquiera de ellos de subsanar la sociedad, la ley les confiere el derecho de receso que hemos comentado.

En el Proyecto, la acción de disolución –rasgo típico de las sociedades irregulares– se mantiene para el caso de las sociedades informales sin estipulación escrita de plazo.<sup>17</sup> Es decir, la presencia de plazo tan sólo deja abierta la subsanación, solución lógica, habida cuenta de la oponibilidad del contrato entre socios.

Consignamos que en el artículo 25 proyectado se encuentran incluidas aquellas sociedades que hubieran omitido los denominados requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes. Ha variado sustancialmente el supuesto del artículo 17 de la LSC en relación con el nuevo artículo 25 LGS. Respecto del artículo 17 de la LSC, Richard y Muñio dicen:

No subsanado el vicio antes de la impugnación judicial, la anulación significará la liquidación de la sociedad, trayendo aparejada la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, excepto para las sociedades anónimas, a las cuales se les aplican las disposiciones de los arts. 182 y 183 de la LSC.<sup>18</sup>

Alegria reseña:

La doctrina ha señalado el disfavor que significa la solución mencionada frente al artículo 1046 del Código Civil, para el que los

16. Aunque la ley se considera conocida por todos, sería de buena fe tal aclaración, ya que el derecho de receso se confiere a los disconformes, es decir, presentes que votaron en contra, no resultando tal facultad a los ausentes.

17. Sería un caso de ausencia de requisito esencial no tipificante del artículo 17, 2ª parte, u omisión de requisitos esenciales del artículo 22 proyectado.

18. MUÑO, Orlando M. y RICHARD, E., *Derecho societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 871.

actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.<sup>19</sup>

La solución del Proyecto, ¿es más favorable a la empresa y a los socios? La solución del artículo 17 de la LSC –como expusimos– aparejaba la responsabilidad de la Sección IV a los socios y la disolución de la sociedad. El Proyecto, a través del artículo 21, los incorpora a las denominadas sociedades informales con un régimen de responsabilidad, *prima facie* simplemente mancomunado, y crea la alternativa de la subsanación del artículo 25 frente a la disolución que implicaba la impugnación por la omisión de los denominados requisitos esenciales no tipificantes. La lectura de esta afirmación, de por sí cierta, puede dar lugar a considerar que el Proyecto tiene un régimen más favorable que el ex artículo 17 de la LSC. Lo cierto es que tenemos una de cal y otra de arena. Alternativas:

- 1) Para el supuesto de sociedad atípica que determinaba la nulidad del contrato,<sup>20</sup> la alternativa del régimen del artículo 25 proyectado es beneficiosa.
- 2) Para los supuestos de ausencia de elementos no tipificantes, el régimen actual, concebido por la doctrina como un supuesto de anulabilidad, hasta la impugnación implica los efectos plenos del tipo social, sin perjuicio de los efectos *ex tunc* de la misma. El Proyecto directamente inserta este supuesto en el esquema de las sociedades informales con el régimen especial de responsabilidad que se genera y sin necesidad de impugnar el contrato.

A partir del nuevo esquema, corresponderá analizar con mayor detenimiento si cualquier omisión de dichos requisitos (por ejemplo, algún dato de los socios, la omisión del número de la calle asignada a la sede social) determinará la facultad de los terceros de considerar la sociedad incurso en las denominadas sociedades informales.

## Conclusiones

### *Sujetos comprendidos en el artículo 25 proyectado*

- Sociedad atípica, es decir, aquella no comprendida en el Capítulo II de la LGS.

19. ALEGRIA, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 3): el autor salva lo expresado poniendo de manifiesto el carácter de norma posterior y especial del artículo 17 de la LSC.

20. Ver ALEGRIA, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 3) y RICHARD, Efraim, ob. cit., p. 278. Este último comenta: “La nulidad no afecta la relación asociativa exteriorizada máxime si esa actuación fue personificada –que, si existió, no puede ser borrada–, sino que altera los efectos que genera la atribución del tipo y esos efectos tipológicos son *ex tunc* con motivo de la nulidad absoluta”. En igual sentido: CESARETTI, Oscar D. y otros, “Nulidad de las sociedades atípicas”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 865, noviembre-diciembre 1982, pp. 1630-1633 (ponencia presentada en la II Jornada Nacional de Derecho Societario [Buenos Aires, 1981]).

- Sociedad típica pero con la inclusión de elementos incompatibles con el tipo adoptado.
- Sociedad con la omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes.
- Sociedad típica con omisión de requisitos formales.
- Sociedad de hecho.
- Sociedad civil instrumentada conforme el régimen vigente del Código Civil.

### *Régimen de subsanación*

Cuando es impulsada por la sociedad, rige el contrato social y las reglas organicistas y de mayoría previstas en el mismo. Cuando es impulsada por los socios, la regla es la unanimidad y el derecho de receso en caso de disconformidad; este acto no es un acto colegial sino de los socios.

La subsanación como excepción a la acción de disolución no está planteada con claridad como en el caso del artículo 22 de la LSC para la regularización. No obstante, desde el punto de vista de la regularidad del tráfico mercantil, al establecer que “los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social”, resulta coherente que éstos subsanen la misma, ya que de otra forma se estaría estimulando la permanencia en un régimen sancionatorio y con disvalor legal. El pago al socio que requiere la disolución determina el cese *ope legis* de la acción de disolución y no la registración del acto de subsanación.

### **Notas extendidas**

2. Ver CASTORINO DE PUPPI, María T. y ROSSI, H. E., “Posibilidad y oportunidad de la subsanación de sociedades comprendidas en el art. 17 de la Ley 19.550”, en Fundación para el Estudio de la Empresa, *Derecho societario y de la empresa*, Huerta Grande, Advocatus, 1992, t. 1, pp. 439 y ss. (ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Societario [Huerta Grande, 12-16 octubre 1992]), donde, de *lege ferenda*, los autores proponen que las sociedades atípicas sean de nulidad relativa, unificando el mecanismo de subsanación del artículo 17 de la LSC para todos los supuestos de la norma.

3. Respecto de la subsanación de vicios esenciales no tipificantes, Alegria expresa si no resulta aplicable el artículo 22, de regularización, “dado que, si bien ubicado este en el capítulo de la irregularidad, extiende sus previsiones también a casos de atipicidad y omisión de requisitos esenciales”. Ver ALEGRIA, Héctor, “El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 8, 1995, pp. 285-323.

9. Haciendo la salvedad emanada del principio de la especialidad del derecho comercial, Vítolo sostiene que el régimen de confirmación de actos nulos es aplicable subsidiaria-

mente a las nulidades societarias. Ver VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 316. Halperin aclara que la subsanación del vicio del artículo 17 alivia los requisitos del derecho que exige la confirmación (arts. 1059 y ss., C. Civ.), por lo que es menester la previa cesación del vicio (citado en RICHARD, Efraín H., “Nulidad absoluta de sociedad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 8, 1995, pp. 267-283. En sentido contrario, PELOSI, Carlos A., “Subsanación de las sociedades en comandita por acciones”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 722, marzo-abril 1972, pp. 515-522: “Debemos entender que la confirmación requerida por el artículo 370 de la Ley de Sociedades Comerciales que nos ocupa es el instituto civil reglamentado en el Libro Segundo, Sección Segunda, Título VII del Código Civil”).

15. “El acto complejo está formado por el concurso de varias personas o de varios órganos, mientras el acto colegiado resulta de la voluntad de varios miembros de un mismo órgano”. COLOMBRES, Gervasio R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1954, p. 58. Molina Sandoval dejó sentada su postura de que no existen diferencias ontológicas al referirse a la diferencia entre la asamblea de la sociedad anónima y la reunión de socios. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Tratado de las asambleas*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 8. Ver el artículo 152 de la LSC que Martorell, al comentar el sistema, remarca que la conformidad que valida la transmisión no es la del órgano social, la de los socios como colegio, sino ellos expresada a título personal. MARTORELL, Ernesto E., *Sociedades de responsabilidad limitada. Según la Ley 19.550, t. o. Ley 22.903*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 186.