

Sociedades de la Sección Cuarta

Diego Coste y
José David Botteri (h)

I. Contexto socioeconómico de la reforma [arriba] - [1]

En Argentina existen aproximadamente 340.000 empresas que tienen menos de 10 trabajadores y una facturación inferior a \$ 2.400.000 por año. Se las denomina microempresas y representan el 55% de las MiPyme del país[2].

Generan más del 12% del empleo en blanco[3] y el 80% del empleo irregular. Luego veremos que la informalidad laboral no es atribuida a estas microempresas sino a su extrema vulnerabilidad económica.

Los datos citados fueron extraídos de la Fundación Observatorio Pyme de la UIA, de informes emitidos por la UCA, IDESA y la OIT.

En efecto, el Instituto de Desarrollo Social Argentino (IDESA) informó que que 8 de cada 10 empleados informales trabajan en microempresas. Concluyó su estudio manifestando que: “De la información oficial se desprende que la informalidad laboral es un fenómeno fuertemente concentrado en las microempresas. Muchos factores explican esta particularidad, aunque el más importante es el elevado nivel de cargas sociales y burocracia que hay que afrontar para tener a los trabajadores en blanco. ... Bajo estas condiciones, para las microempresas donde los niveles de productividad son más reducidos, operar en la ilegalidad es la única forma de sobrevivir”. La escuela de Economía de la UCA coincidió con tales estimaciones, precisando que el 60% de los trabajadores en negro son contratados por empresas que tienen menos de 5 dependientes, mientras que el 19% por empresas que tienen entre 6 y 10[4].

En el caso de la OIT, su informe de septiembre de 2014 exhibe que el empleo informal en Argentina alcanzaba, en el año 2013, el 46,8% del empleo total. De ese porcentaje, el 44,1% corresponde en su mayoría a microempresas y el 39,8% a cuentapropistas, que cuando más tarde contratan a un empleado adquieren el calificativo de microempresas[5][6].

Con relación a las causas de la informalidad, la OIT arribó a conclusiones muy similares a las anteriores: la irregularidad laboral tiene su origen en la escasa dotación de capital y pequeña escala de operaciones de las microempresas, que les impiden alcanzar un nivel de productividad suficiente para cumplir las normas. Agregó que la solución exige un enfoque sistémico, no sólo la implementación de normas duras y controles eficientes. Sólo se puede salir del entuerto mejorando condiciones económicas y operativas.

Ninguna de las fuentes citadas atribuyen responsabilidad a las microempresas por las altas tasa de informalidad laboral. Se trata de un sector económico extremadamente vulnerable. Global Monitor Entrepreneurship indicó que 8 de cada 10 microempresas fracasan durante los primeros 2 años. Las causas, según aquella organización, son (a) elevados costos impositivos; (b) falta de acceso al crédito; (c) desconocimiento de los factores de riesgo; y (d) falta de un programa de apoyo continuo para que el emprendedor pueda subsistir.

Tampoco el Estado Nacional ha culpado a los microempresarios del déficit formal. Nuestro país, en algún punto, ha adoptado medidas coherentes con los datos citados, aunque su resultado práctico aún es desconocido. Por ejemplo, se sancionó el año pasado la Ley N° 26.940 y su reglamentación bajo el Decreto N° 1714/2014, que permite reducir sustancialmente los importes de cargas sociales de las microempresas y las Pyme. A su vez, y por pedido expreso de la CAME, el Congreso de la Nación requirió al Poder Ejecutivo la reglamentación de la Ley N° 25.872 conocida como “Programa Nacional de Apoyo al Empresariado Joven”, que fue sancionado en el año 2004. Finalmente, con relación a la falta de acceso al crédito, ha habido intentos para facilitar dicho acceso a los microempresarios. Sin embargo, su resultado ha sido muy modesto porque el tamaño del sistema financiero argentino es más modesto aún. Como ejemplo, según el Observatorio Pyme de la UIA, para el año 2008 el crédito a Pymes (ni siquiera a microempresas) representó el 14% del PBI mientras que en Chile fue el 98%, en Brasil el 56% y en Italia el 105%[7].

II. Potencialidades de la Sección Cuarta [arriba] -

El 82% de las Pyme industriales están organizadas como S.R.L. o S.A.[8] Esto quiere decir que los esquemas informales como las sociedades de hecho y de la Sección Cuarta a partir del 1.8.2015, son utilizadas en su mayoría por las microempresas descriptas en el apartado anterior.

Es por ese motivo que se justifica analizar los nuevos arts. 21 a 26 en función de las necesidades de las microempresas que, según la experiencia previa, probablemente sean sus mayores usuarios. No rechazamos, en modo alguno, la importancia de un estudio positivista de la reforma. Simplemente sostenemos que la búsqueda de lagunas, contradicciones y ambigüedades, como así también sus intentos de solución, deben estar acompañados de una dosis de realismo jurídico para que la actividad creativa dogmática sea útil además de elegante.

Para concluir este breve apartado, adherimos a la tesis de los profesores Kraakman y Hansman, considerada mayoritaria en el ámbito comparado y que consiste sencillamente en afirmar que el derecho societario debe enfocarse en facilitar la realización de negocios porque las demás regulaciones son muy eficaces en entorpecerlos[9].

Las microempresas deberían encontrar en la Sección Cuarta un instrumento técnico idóneo para encausar formalmente sus negocios[10].

III. Aspectos jurídicos de la reforma [arriba] -

3.1. Atipicidad. Irregularidad. Nombre.

Con finalidad pragmática afirmamos que las sociedades que no producen los efectos propios de alguno de los tipos comprendidos en el Capítulo 2 de la LGS, por cualquier motivo que fuere, son atípicas.

¿Qué sentido tiene llamar a una sociedad como “típica” sino produce los efectos del tipo elegido?

No se confunde tipicidad con regularidad ni se sugiere que la inscripción registral sea un requisito constitutivo de la sociedad, en tanto persona jurídica. Simplemente no parece razonable nombrar a un objeto a partir de una propiedad de la cual carece.

Independientemente de cuestiones terminológicas, el problema no es la nueva atipicidad sino las deficiencias del sistema registral vigente. Suele decirse que la inscripción registral es fundamental para la protección de terceros. Ello es cierto en la medida que la publicidad de la información relevante para esa protección sea gestionada y suministrada de un modo adecuado a las necesidades del comercio.

En el estado actual de la tecnología y en función del dinamismo de los negocios, cualquier interesado debería poder obtener, en pocos minutos y a un bajo costo, toda la información disponible de las sociedades inscriptas. No se han encontrado argumentos aceptables para un funcionamiento alejado de los estándares básicos disponibles en el Siglo XXI.

La lentitud, burocracia y, en alguna jurisdicción, imposibilidad de acceder a la información inscripta, reducen sustancialmente la utilidad registral a punto tal que la regla en el comercio con sociedades es la compulsa directa de la documentación social por parte de los interesados.

La exigencia de exhibir el contrato, prevista por el art. 23, constituye una publicidad más eficiente que la que ofrece en la actualidad cualquier organismo que desempeña las funciones registrales societarias del Registro Público de Comercio. Será un incentivo, además, para que los microempresarios formalicen por escrito sus vínculos contractuales, reduciendo los conflictos del régimen anterior.

Finalmente, en cuanto a la atipicidad según la acepción tradicional, su utilidad no es una idea universal. A modo de ejemplo, Malagarriga escribió: “ ... no debe el legislador ni el jurista olvidar que en esta materia, como en tantas otras de las contempladas por los códigos y las leyes comerciales, el interés y la inventiva particulares han precedido a las

reglamentaciones oficiales y que así como de aquel interés y de aquella inventiva surgieron varios de los tipos de sociedad hoy previstos en la legislación, cabe esperar que los mismos factores actúen, en lo porvenir, determinando la creación de otras especies de sociedades que primero aparecerán disimuladas tras la máscara de alguno de los tipos admitidos y más tarde serán incorporadas a las leyes"[11].

Todo ello se condice con el nacimiento espontáneo de las estructuras negociales que luego fueron tipificadas. En un sentido similar, Colombres señaló que la dogmática societaria debía reformularse constantemente para explicar vínculos jurídicos dotados de estructuras nuevas[12].

No se advierten, en esta instancia, riesgos que justifiquen impedir la más amplia autonomía de la libertad a los microempresarios para organizar sus vínculos societarios del modo en que mejor les parezca.

3.2. Sociedades de hecho.

Desde la entrada en vigencia de la LGS no existirán más las sociedades de hecho, bajo una óptica jurídica. Por supuesto que una ley no puede hacer desaparecer sistemas sociales económicos reales que carecen de contrato escrito y que continuarán funcionando en la medida que las necesidades económicas así lo exijan.

Sin embargo, el alcance de esas sociedades sin contrato como sujetos de derecho en los términos del art. 2 de la LGS será el previsto por la Sección Cuarta y, supletoriamente, el Cód. Civ. y Comercial en sus arts. 151 a 167, entre otros.

Coincidimos con uno de los integrantes de la comisión que redactó la reforma de la Sección Cuarta, en cuanto será muy difícil omitir la suscripción de un contrato escrito[13].

Pero aún en ese supuesto, la LGS en sus arts. 21 a 26 y el Cód. Civ. y Comercial en sus arts. 151 a 167 (por remisión expresa del art. 150) contienen normas sobre funcionamiento, responsabilidad, representación, disolución y liquidación que cubren un espectro significativamente superior al del régimen vigente.

La deficiencia más grave en este aspecto es la ausencia de precisiones supletorias acerca de quórum y mayorías para la toma de decisiones. Será un tema que los jueces deberán resolver por vía de analogía, según el tipo societario del Capítulo 2 que mejor se adapte al sujeto específico en conflicto.

3.3. Representación, administración y gobierno.

La Sección Cuarta permite un amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad exigiendo, como contrapeso, que el contrato sea exhibido a los terceros que se relacionen con la sociedad. De ese modo, se cumple hasta cierto nivel con la finalidad registral mediante una publicidad ad-hoc en cada caso concreto.

En los casos que no puede demostrarse un conocimiento fehaciente del contrato ni la existencia de la sociedad por cualquier medio de prueba en los términos del art. 23 de la LGS, se aplican las reglas del art. 58 y concordantes, recayendo la operación sobre el sujeto físico que contrató.

Pero si el tercero logra probar la existencia de sociedad sin contrato escrito, el acto será imputado a la sociedad y resultarán aplicables, tal como sostuvimos en el apartado anterior, las normas de la Sección Cuarta y, supletoriamente, las del Cód. Civ. y Comercial.

3.4. Responsabilidad.

La limitación de responsabilidad surgió como una contraprestación por el riesgo que se asumía en emprendimientos que eran importantes para la comunidad en general. Recordemos en ese sentido la responsabilidad del comerciante aventurero no capitalista en las commendas y, por supuesto, las Compañías de Indias del siglo XVII.

Para la consideración de la responsabilidad de quienes integran microempresas sujetas a la Sección Cuarta, debe ponderarse el nivel de riesgo asumido y la influencia positiva que generan en la economía agregada. El primero de esos elementos ya ha sido demostrado a través de los datos citados previamente. Y el segundo, si bien se desprende de manera indirecta de los mismos datos, su configuración queda en evidencia por intermedio de un simple ejemplo si cada emprendimiento que no se encuentra en condiciones fácticas para cumplir con las normas laborales e impositivas, debe extinguirse, entonces más de un 12% de los empleados registrados, el 80% de los empleados informales (que representan, como vimos, casi el 50% del empleo total) y los dueños de las 340.000 microempresas involucradas quedarían desempleados, no pudiendo ser absorbidos en modo alguno por el resto de los actores económicos.

En ese contexto, el reclamo de sociedad unipersonal con responsabilidad limitada para los microempresarios respondía a criterios de realidad y utilidad práctica. Pero la sociedad anónima unipersonal, tal como está redactada en la reforma, permite inferir que será económicamente ineficiente o inaccesible para las microempresas, quienes deberán conformarse con la responsabilidad mancomunada simple y subsidiaria que ofrece el art. 24 del nuevo ordenamiento.

Ingrediendo en el detalle técnico-jurídico de la reforma, la regla es, como se sostuvo previamente, la responsabilidad mancomunada simple y subsidiaria:

Sin embargo, existen algunas excepciones:

(a) La solidaridad podría pactarse por los propios socios para un acto concreto, para un conjunto de actos o directamente como la clase de responsabilidad de la sociedad en cuestión (conf. art. 24, incs. 1º y 2º);

(b) Cuando corresponda a las reglas del tipo que eligieron, sin haber dado cumplimiento a los requisitos formales y sustanciales pertinentes (conf. art. 24 inc. 3º). Este supuesto es muy poco probable porque supondría haberse tomado el tiempo de redactar un contrato de sociedad respondiendo a alguno de los tipos previsto por el Capítulo 2 para luego dejar de cumplir simples requisitos y quedar sometidos a una responsabilidad más gravosa que la permitida por la ley. En un ejemplo de esa naturaleza, el mayor riesgo que encontramos es el de quiebra de la sociedad por la falta de aptitudes empresariales de sus integrantes;

(c) También podría darse algún supuesto de solidaridad por aplicación de los 813 a 824 y la remisión del art. 826 del Cód. Civ. y Comercial, aunque entendemos que esa posibilidad encuentra un obstáculo insalvable en la subsidiariedad que se desprende con claridad prístina del art. 24 de la LGS, en cuanto establece que la solidaridad de los socios con la sociedad y entre sí, sólo puede provenir de las excepciones señaladas en el párrafo anterior[14].

En otro orden de ideas, no conmueve el hecho que los socios de algunos tipos societarios del Capítulo 2 de la LGS, que cumplieron con la inscripción registral correspondiente, tengan una responsabilidad mayor que la de los socios de las sociedades atípicas. La LGS no dispone un mandato legal para la inscripción registral y el alcance de la personificación jurídica está dado en su art. 2º. No advertimos, por ende, ninguna conducta reprochable en quienes omiten recurrir a un sistema registral obsoleto.

Siguiendo ese razonamiento, es válida la pregunta acerca de cuál será el incentivo para constituir sociedades personalistas del Capítulo 2. Por el momento se nos ocurre sólo una: la riesgosa subsanación que propone el art. 25, primera parte, que analizaremos en el apartado siguiente.

Frente a esa circunstancia, podría sostenerse que existen demasiados tipos societarios y que la palestra de opciones debería ser reducida. Sin embargo, todas las sugerencias contenidas en los trabajos de este Congreso anteriores a la entrada en vigencia de la LGS y el Cód. Civ. y Comercial constituirán, en el mejor de los casos, hipótesis que luego serán confirmadas o refutadas, en todo o en parte, por lo que suceda en el mundo real luego de haber transcurrido un tiempo prudencial.

La selección natural indicará qué estructuras jurídicas permanecerán, cuáles deberá ser reformadas y cuáles derogadas.

Finalmente, con relación a la quimera de responsabilidad limitada que se esperaba de la sociedad unipersonal, la alternativa de las sociedades atípicas ofrece un cierto equilibrio que

puede ser beneficioso para la sociedad y sus integrantes. Un cierto grado de responsabilidad personal ejerce un incentivo para la cooperación y el control, favoreciendo la eficiencia de la sociedad. Y en simultáneo, al no comprometer la totalidad del patrimonio personal, se evitan los excesos de la solidaridad ilimitada y directa que no se condice con los riesgos asumidos por microempresarios en un país con inestabilidad económica permanente.

3.5. Subsanación y disolución.

Hasta el momento se resaltaron las ventajas relativas del nuevo régimen societario de la Sección Cuarta con relación al subsistema anterior.

Sin embargo, existe una grave incoherencia conceptual entre la primera parte del art. 25 de la LGS, con claros efectos sancionatorios, y los artículos previos donde la reforma había potenciado los beneficios de la autonomía de la voluntad.

Si la flexibilidad de las sociedades atípicas tiene su origen en las dificultades económicas y operativas de sus potenciales usuarios, entonces resulta un contrasentido habilitar conflictos en cualquier momento con relación a una infinidad de aspectos que serían susceptibles de subsanación.

Como si se tratara de un sistema de partida doble, la flexibilidad permitida por los arts. 22, 23 y 24 es neutralizada en la primera parte del art. 25, con el agravante que ante la ausencia de unanimidad respecto de la subsanación de cualquier ¿defecto? la solución final quedará en manos de un juez quien tendrá que decidir, por ejemplo: el nombre de la sociedad; su domicilio; objeto; capital adecuado para la actividad; objeto; cómo deber ser la administración, individual o plural, en este último supuesto, indistinta, conjunta o colegiada; cómo serán el quórum y mayorías para la toma de decisiones, en reuniones de socios o asambleas, gerencia, etc.

La vía judicial para enfrentar semejante conjunto de hipótesis de conflicto difícilmente pueda ser eficaz para el funcionamiento de la sociedad y eficiente en términos económicos.

Sostenemos, en consecuencia, que la primera parte del art. 25 debería ser eliminada. Pero asumiendo que a la fecha de presentación de este trabajo esa propuesta de eliminación, *lege ferenda*, tiene una probabilidad de éxito directamente proporcional a la tasa de uso de las sociedades anónimas unipersonales, se erige como imprescindible una adaptación del procedimiento societario para hacer frente a la problemática particular que surja de esta reforma.

La propuesta de disolución tampoco resulta aceptable en su totalidad. Si bien esa nueva especie de opción irrevocable de venta que tiene el socio que pretende abandonar la sociedad es una forma simple de evitar la disolución sin tener que recurrir a una regularización compulsiva, aparece un nuevo problema: la determinación del valor y condiciones de pago de la “parte social”. ¿Qué es la parte social? ¿El valor contable de la

participación? ¿El valor de mercado de esa participación? ¿El valor real en función de la valuación de la empresa, independientemente del valor de mercado? ¿Cuándo se le tiene que pagar esa parte?

Las dificultades financieras a las que están expuestas normalmente las microempresas hacen dudar de la conveniencia de una regla imprecisa como la contenida en el art. 25 última parte de la LGS. Dadas las circunstancias específicas, la salida de un único socio podría provocar la disolución de la sociedad por imposibilidad de los restantes socios para pagarle el valor de su parte, aún cuando la sociedad sea rentable. En los emprendimientos pequeños es común que una porción sustancial de los bienes o trabajo de los socios se encuentre comprometida dentro del patrimonio social, de modo tal que la suerte de la sociedad define las posibilidades económicas y financieras de sus integrantes.

La solución adecuada para esta clase de sociedades era remitirse al art. 92 que condiciona temporal y económicamente el pago de la parte del socio que se retira pues participa en los beneficios y soporta las pérdidas de las operaciones que aún no han concluido, pudiendo retener la sociedad el saldo resultante hasta tanto hayan terminado las obligaciones mencionadas.

Es cierto que el mecanismo del art. 92 dificulta al socio que se retira el control sobre la cuantificación de su parte, dependiendo esta última del modo en que los restantes socios y/o administradores concluyan los negocios celebrados antes de su salida. Sin embargo, el que sale tiene posibilidades de defenderse (mediante acciones de nulidad, de responsabilidad, de fraude, simulación, etc.), mientras que los que permanecen sólo podrían evitar un grave desfinanciamiento recurriendo a una dilación en los tiempos mediante el planteo judicial de las preguntas formuladas con anterioridad, circunstancia que no resulta beneficiosa para ninguna de las partes en potencial conflicto.

[1] Sobre la ponencia presentada en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 11 al 13 de marzo de 2015, editadas en Los aspectos empresarios en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), Editorial FIDAS-, p. 3.

[2] Se denomina MiPyme al conjunto de micro, pequeñas y medianas empresas.

[3] Informe sobre empleo privado formal en Argentina emitido por la Dirección de Relaciones Económicas con las Provincias, Subsecretaría de Relaciones con Provincias, diciembre de 2012.

[4] Revista Mercado, Febrero 2014, número 1152.

[5] Panorama Temático Laboral: “Transición a la formalidad en América Latina y el Caribe”, publicado por la Organización Internacional del Trabajo, oficina regional para América Latina y el Caribe.

[6] Los porcentajes citados son similares en toda América Latina y el Caribe, no siendo un

fenómeno exclusivo de nuestro país.

[7] Informe 2009/ 2010 de la Fundación Observatorio Pyme intitulado: “Evolución reciente, situación actual y desafíos para 2011”.

[8] Informe 2009/ 2010 de la Fundación Observatorio Pyme intitulado: “Evolución reciente, situación actual y desafíos para 2011”

[9] Kraakman, Reinier - Hansman, Henry: “The end of history for corporate law”, Georgetown Law Journal, enero de 2001 (89 GEOLJ 439).

[10] Recomendamos la lectura del documentado estudio de Héctor Alegría, intitulado: “Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2009. Gran parte de sus conclusiones se aplican al ámbito de las microempresas y la necesidad, tanto de instrumentos legales flexibles y baratos, como así también de incentivos económicos, fiscales y de la seguridad social para que los emprendedores triunfen, aportando un gran caudal de riqueza y trabajo al país.

[11] Malagarriga, Carlos C.: “Tratado de Derecho Comercial”, Tomo I, Ed. TEA, Bs.As., 1963.

[12] Colombres, Gervasio: “Curso de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1972.

[13] Richard, Efraín H.: “Sobre la personería jurídica de las sociedades”, ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, página 323 y siguientes, Ed. Legis, Bs.As., 2012. Señaló el autor que según los principios que se desprenden del Código Civil y Comercial de la Nación, la personificación jurídica exige algunos datos: un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada; un domicilio; un objeto preciso y determinado; la obligación de actuar lícitamente para obtener la CUIT donde lo socios deben presentar por escrito ante la AFIP todos los datos señalados previamente; la exigencia de un contrato escrito para ser exhibido ante los terceros por quien pretende representar a la sociedad; e intervención notarial si la sociedad desea inscribir registralmente bienes inmuebles a su nombre.

[14] Sería el caso de obligaciones indivisibles donde la regla es la solidaridad. Pero desde el momento en que la sociedad es la responsable directa, la afectación del patrimonio de los socios es subsidiaria y no encontramos un ejemplo que no se traduzca en obligación de dar sumas de dinero, con excepción de algún supuesto donde la prestación que no puede dividirse haya quedado en propiedad directa de los socios, en cuyo caso la acción procedente será de fraude, simulación, inoponibilidad u otra de su estirpe.