

Constitución de sociedad anónima. Vicios

Dictamen elaborado por la escribana MARÍA M. L. HERRERA y aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en forma unánime, en sesión del 15/7/2011.

Doctrina

La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero, en virtud del principio de conservación de la empresa, la sociedad mantendrá su vigencia y el defecto podrá subsanarse hasta la impugnación judicial del contrato (artículo 17 de la Ley de Sociedades Comerciales).

La inexistencia del aporte al momento de la constitución de la sociedad conducirá a la nulidad del vínculo correspondiente, sin producir la nulidad, anulabilidad o resolución del contrato social (artículo 16, primer párrafo, LSC) salvo que la participación del socio deba considerarse esencial.

Si la nulidad del vínculo conduce a la reducción a uno al número de socios, y dicha situación no se regulariza en el plazo legal, la sociedad entra en proceso de disolución, a los efectos de su liquidación (cfr. arts. 1, 94, inc. 6, LSC).

Antecedentes

El escribano B. M. E. formula consulta jurídico-notarial a esta Comisión, sobre la base de los siguientes antecedentes:

Los cónyuges L. T. y T. F. constituyeron una sociedad anónima el 30 de octubre de 1998. El capital de la misma se fijó en la suma de \$40.000, y fue suscripto en partes iguales por ambos socios, quienes, según el texto de la escritura, lo integraron totalmente mediante el aporte que el primero de los nombrados hizo de un inmueble de naturaleza ganancial situado en la calle 25 de Mayo 267, piso 2º de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Posteriormente, con fecha 15 de noviembre de 1998, fallece el socio L. T.

Señala el consultante que, sobre la base de este antecedente, se han efectuado las siguientes observaciones:

[...] que dado que el inmueble aportado se encontraba a nombre del marido, la esposa no hizo aporte alguno a la sociedad. Por lo cual la asignación de la mitad de las acciones habría implicado una donación prohibida (art. 1807, inc. 1, del C. C.) [...].

Sin embargo, y al respecto, el consultante refuta que:

[...] Entiendo al respecto que si bien es cierto que la señora F no hizo aportes al constituirse la sociedad, de ello no se deriva que las acciones que se le asignaron en ese acto las haya recibido por donación. [...] Como surge del acta de constitución no existió ni oferta del marido ni aceptación de la esposa de una donación de acciones. La asignación de esas acciones tuvo origen en un error del apoderado e hijo de ambos [...] quien consideró –erróneamente– que tratándose de un bien ganancial podía transmitirlo a la sociedad en nombre de sus padres. Es claro que este error no pudo generar un contrato de donación.

Señala además el escribano consultante que el error no fue observado en su momento ni por la Inspección General de Justicia ni por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta jurisdicción, que aprobaron el estatuto social y anotaron el inmueble aportado a nombre de la sociedad, sin mayor problema.

Finalmente, entiende el escribano M. que el fallecimiento del socio T.:

[...] derivó en el automático saneamiento de la sociedad, puesto que a partir de esa fecha la cónyuge supérstite señora F. quedó –por efecto de la distribución de los bienes gananciales– como accionista de la mitad del capital social y sus hijos como accionistas de la otra mitad. Así fue asentado en el Libro de Asistencia a Asamblea de la sociedad, celebrada el 23 de mayo de 2000 que agregó a esta consulta.

Fallecida posteriormente la señora F, el capital quedó distribuido entre sus tres hijos, no en partes iguales en razón de mejoras testamentarias.

Por último, la asamblea de la sociedad del 21 de diciembre de 2009, continuada el 26 de febrero de 2010, dispuso su disolución anticipada, cuyo trámite de inscripción se inició ante la Inspección General de Justicia, institución que, previa publicación en el Boletín Oficial, la inscribió, junto con los liquidadores, el día 9 de mayo de 2011.

Desarrollo

La cuestión planteada por el consultante se vincula con la validez y eficacia del negocio constitutivo societario, cuando existen en él mismo vicios que afectan elementos esenciales no tipificantes de aquel. En el caso en análisis, por la existencia de vicios que afectan el aporte de uno de los socios de una sociedad de un solo socio.

A esos fines, proponemos analizar la cuestión a la luz de lo establecido por la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y las demás normas de fondo, en lo que resulten aplicables.

1. *Contrato de sociedad*

El contrato plurilateral de organización por el cual se constituye una sociedad debe reunir, además de los elementos determinados por el artículo 1 de la Ley 19.550 (LSC), los establecidos por el artículo 11 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley de Sociedades Comerciales establece el deber de incluir ciertos elementos en el contrato constitutivo que enumera prolijamente, aunque –salvo contadas excepciones– no efectúa una descripción concreta de la sanción aplicable para el supuesto de omisión de algunos de esos requisitos. A esos fines será preciso remitirse a otras disposiciones legales de fondo.

Las normas generales de la LSC establecen al respecto:

Artículo 16. La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias. [...]

Artículo 17. Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial.

Sobre la base del artículo 17 de la Ley 19.550, pueden distinguirse tres categorías de elementos del contrato societario¹:

1. *Elementos tipificantes* que se vinculan principalmente con la responsabilidad societaria, la estructura de las participaciones de los socios y la conformación de los órganos de la sociedad.
2. *Elementos no tipificantes* son aquellos cuya presencia es irrelevante a los efectos de determinar el tipo de sociedad de que se trata, por ejemplo, el domicilio social.
3. *Elementos no esenciales* son los elementos que ni reúnen los requisitos antes mencionados ni dan lugar a los efectos del artículo 17 de la LSC y, en algunos casos, su omisión tiene efectos expresamente previstos en esa ley: por ejemplo, la participación en las pérdidas y las ganancias (artículo 11, inciso 7). En otros supuestos, el contrato no será registrado en virtud del control de la autoridad de contralor y la sociedad será irregular².

Ahora bien, la distinción entre elementos tipificantes y no tipificantes no puede efectuarse apriorísticamente y su carácter deberá evaluarse dentro del conjunto del que forma parte.

A su vez, los elementos no tipificantes pueden ser o no esenciales, y a los efectos de su determinación se han propuesto diferentes criterios³.

Así, siguiendo a Otaegui, los elementos esenciales no tipificantes son los contenidos en los incisos 1 a 5 del artículo 11 de la LSC.

Zaldívar, por su parte, adopta un criterio más flexible y propone ponderar la importancia de la omisión, sus consecuencias y las posibilidades de subsanarlas.

Cabanellas, a su turno, coincide con Zaldívar, aunque considera que es posible introducir ciertas reglas para distinguir los elementos esenciales (cuya omisión acarrea la sanción del artículo 17 de la LSC) de los que no lo son. Los primeros elementos surgen básicamente, pero no exclusivamente, de lo preceptuado por el artículo 1 de la LSC: de faltar tales elementos no hay sociedad sino otro tipo de contrato o negocio jurídico, por lo

1. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Parte general, El contrato de sociedad*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, tomo 2, pp. 520 y ss.

2. Pero, si no obstante ello, la sociedad registrada, la omisión no hará aplicable el artículo 17 de la LSC, sino la sanción del artículo 18 del Código Civil: frente a la sociedad inscripta, los intereses de los terceros, derivados de la apariencia frente a terceros y el principio de conservación de la empresa, no causarán sanción alguna. Cabanellas pone como ejemplo la ridiculidad que implicaría disolver una sociedad por omitirse el número de documento de uno o todos los socios constituyentes.

3. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.* (cfr. nota 1), p. 521.

que más que elementos esenciales, para el autor comentado se trata de verdaderos elementos constitutivos de la sociedad.

Y, con respecto a los restantes elementos no tipificantes, efectúa Cabanellas las siguientes observaciones previas:

- Una sociedad, en tanto tenga los elementos del artículo 1, LSC, puede tener existencia como sociedad de hecho, aunque acrezca de los elementos del artículo 11 de la LSC, los cuales pueden existir de todas formas del comportamiento de los socios y las normas que rigen a las sociedades de hecho.
- Cuando no se trata de una sociedad de hecho, si falta alguno de los elementos del artículo 11, la sociedad no será inscrita en virtud de los controles de la autoridad de control, salvo que se trate del supuesto del inciso 7 del artículo 11 de la LSC.

En consecuencia, la distinción entre elementos *no tipificantes* esenciales y no esenciales queda reducido en la práctica a tres supuestos: a) Sociedades accidentales o en participación; b) *Sociedades registradas no obstante la omisión de los elementos exigidos por la ley (que parece ser el caso en consulta)*, y c) Las sociedades irregulares.

Por lo expuesto, para Cabanellas⁴, por el juego de los artículos 1 y 11 de la LSC, *elementos no tipificantes esenciales* son aquellos que impiden, en su ausencia, el funcionamiento de la sociedad, por ejemplo, insuficiencia o inexistencia de capital por vicios en los aportes de los socios fundadores.

2. *Los aportes de los socios*

En el contexto de las obligaciones de los socios en el marco del contrato de sociedad, la obligación fundamental del mismo consistirá en cumplir con los aportes allí comprendidos. El socio no es tal sino porque realiza algún tipo de aporte a la sociedad, según los artículos 1 y 11 de la LSC.

El término *aporte* es un tanto ambiguo y de difícil definición en el marco de la LSC.

El artículo 38 de la LSC establece un concepto inicial de los mismos, al disponer que estos pueden consistir en *obligaciones de hacer y de dar*, por lo que, en principio, el aporte sería cuando menos, una obligación de los socios.

4. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.* (cfr. nota 1), pp. 520 y ss.

Sin embargo, desde otra óptica, el aporte también puede conceptualizarse como el contenido económico de la obligación de dar o de hacer, según el sentido que impregna el artículo 1 y el mismo artículo 38 de la LSC a ese concepto.

En consecuencia, *aporte* es tanto la obligación de hacer o de dar asumida por el socio en el contrato constitutivo frente a la sociedad, como el contenido económico u objeto de esa obligación.

Los aportes constituyen un aspecto esencial de la formación de la sociedad no por simple requisito del artículo 1 de la LSC, sino porque son obligaciones que definen el carácter de socio: no es posible ser socio sin efectuar aportes, salvo que se trate de sucesores de los socios que los efectuaron.

Los aportes pueden consistir, como dijimos, en obligaciones de hacer (prestaciones, dinero) y dar (bienes, es decir, derechos o cosas, muebles o inmuebles).

Específicamente, en materia de sociedades anónimas, la normativa legal dispone que los aportes no dinerarios deben integrarse totalmente en el momento de celebración del contrato constitutivo. Solo pueden consistir en obligaciones de dar y su cumplimiento se justificará al tiempo de solicitar la conformidad del artículo 167 (artículo 187 de la LSC)

Establecidos los principios generales, a la luz de las cuestiones planteadas por el consultante, debemos analizar qué acontece y cuáles son las consecuencias legales cuando existen vicios en los aportes de los socios fundadores.

Por vicios en los aportes, nos referimos, siguiendo a Cabanellas de las Cuevas, *a los defectos que se presenten las obligaciones de efectuar las prestaciones*, bajo el contrato de sociedad, y a los *vicios que inciden sobre el cumplimiento de las obligaciones mencionadas*.

Cuando se ha previsto la obligación de efectuar el aporte por un socio determinado en el contrato constitutivo, la nulidad o anulabilidad de la obligación asumida por el socio de que se trate, provocará la nulidad del vínculo de tal socio, por cuanto su aporte es un elemento esencial para tal vínculo.

Y, a su vez, la nulidad de ese vínculo del socio incidirá sobre la validez o nulidad de la sociedad, en función del criterio de esencialidad que establece el artículo 16 de la LSC.

Si el vínculo del socio se encuentra viciado, como lo prevé el artículo 16, ello acarreará la nulidad o anulabilidad de sus

componentes, según sea el caso, y con ello la de la obligación de aportar⁵.

Esta situación se distingue, a su vez, de la que podría plantearse si no se ha previsto el aporte de un determinado socio. En este caso, la falta de previsión expresa podría suplirse con otros elementos, si los mismos existieran, y ello será suficiente para convalidar el aporte y el vínculo correspondiente. Si esa determinación no fuera posible, entonces las consecuencias serán las previstas en el artículo 16 de la LSC, y la nulidad del vínculo⁶.

Finalmente, y en relación con los *aportes de cosa futura*, la doctrina entiende que no es de aplicación lo establecido por el artículo 1173 del Código Civil que dispone que, cuando tales cosas son objeto de contratos, la obligación de entregarlas está subordinada al hecho de que llegaren a existir, salvo contratos aleatorios. Esta disposición no se aplica a las sociedades por acciones, en virtud de la obligación legal imperante de integrarlas totalmente cuando se trata de aportes en especie. En consecuencia, si se aportan cosas futuras, debe entenderse que el aporte es nulo, por existir una violación inmediata de las normas legales en materia de aportes.

La inexistencia del aporte conducirá a la nulidad del vínculo correspondiente, dando luego aplicación al artículo 16 de la LSC, en cuanto a sus efectos sobre la sociedad⁷.

Conclusiones

Se deduce de las consideraciones transcriptas precedentemente que, al momento de celebrarse el contrato de constitución de la sociedad en cuestión, los socios cumplimentaron los requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes, aunque existe un vicio en el aporte de la socia F., quien, si bien suscribió el capital social, no lo integró.

En efecto, el bien aportado era un bien ganancial de administración reservada del socio T., cónyuge de F. Por ello, en principio, el único socio que suscribió y cumplió con su obligación de aportar a esa sociedad fue el socio T. –aunque en exceso de su capital suscripto–, pero nunca fue objeto de reclamo ni por él ni por sus sucesores.

Pero este exceso no afecta la validez y eficacia del mencionado aporte que, a la sazón, nunca fue cuestionado. Ergo, la trans-

5. Si la nulidad del aporte fuere parcial, entonces subsistirá el vínculo del socio si pueden ser separados sus efectos del resto del vínculo de socio, salvo que la prestación frustrada fuera esencial para la sociedad en cuyo caso caerá el vínculo completo.

6. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.* (cfr. nota 1), tomo 5, pp. 598 y ss. En contra, HALPERIN, Isaac, para quien la falta de aporte hace anulable a la sociedad: “[...] si el aporte no existe, la sociedad es anulable”, citado por CABANELLAS en p. 595.

7. *Ibidem.*

ferencia a título de aporte del socio T. a la sociedad Bellinsona S. A. no adolece de defecto alguno y es plenamente eficaz.

En efecto, el régimen patrimonial matrimonial es, en nuestro ordenamiento jurídico, un instituto que se regula de manera ajena a la voluntad de las partes, por tratarse de cuestiones de orden público. El artículo 1276 del Código Civil establece que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277 del Código Civil, que parece no haberse cumplido en este caso en forma expresa, aunque sí tácitamente.

La sociedad conyugal no se disuelve, si no en virtud de las causales legales taxativamente establecidas, entre las que se encuentra el fallecimiento de uno de los cónyuges o su divorcio. Al respecto, el artículo 1315 del Código Civil, establece: “Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por partes iguales entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna del capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiere llevado a la sociedad bienes algunos”.

De lo expuesto se deduce que la señora F. efectuó un aporte nulo al momento de constituir la sociedad (aportó una cosa futura respecto de ella y que, además, era de libre administración y disposición de su esposo), lo que podría haber sido subsanado posteriormente si el directorio la hubiera intimado a integrar las acciones por ella suscriptas, de lo que no hay referencia en la consulta en responde, y de esta manera subsanar la anulabilidad que afectaba al contrato constitutivo, pero manteniéndose siempre la vigencia de la entidad en virtud del principio de conservación de la empresa (art. 100 de la LSC).

La falta de cumplimiento de la obligación de la socia F. de su obligación de aportar, ha provocado la anulabilidad del contrato social en los términos del artículo 17 de la LSC *in fine*. Sin embargo, la sociedad mantiene plenamente su vigencia hasta que dicha anulación sea decretada judicialmente, e incluso la situación podría haberse subsanado mediante la integración del aporte por parte de la socia o sus herederos, si la situación hubiera sido advertida por el órgano de administración de la sociedad y el mismo hubiera intimado a la socia a esos fines o a sus herederos de la socia F.

Sin embargo, el análisis de esta situación parece ser innecesario en la práctica toda vez que, no habiéndose cuestionado por

anulable el contrato social en sede judicial, la sociedad mantuvo su vigencia hasta que la Asamblea Extraordinaria dispuso su disolución, y se inscribieron sus liquidadores en la IGJ.

Consecuentemente, a la fecha, serán esos liquidadores quienes podrán disponer en nombre y representación de la entidad disuelta, del bien que integra su capital social para, luego de cancelado el pasivo respectivo, distribuir el saldo a los socios en proporción a su participación en el capital social, según el mismo fue suscripto e integrado, lo que genera, a la luz de lo expresado precedentemente, un conflicto intrasocietario completamente ajeno a esta consulta y a la intervención notarial en la operación de venta del inmueble de marras.