

DEBE FLEXIBILIZARSE EL REGIMEN DE TIPICIDAD PREVISTO POR LA LEY 19.550

Daniel Roque Vítolo

Abstract

Debemos insistir una vez más en que resulta absolutamente necesario -en consideración a la realidad comercial contemporánea- flexibilizar el régimen de tipicidad societaria, sin que el mismo sea abolido. Ello importaría mantener el principio de tipicidad -aunque relativizado- admitiendo que puedan constituirse sociedades no adecuadas a los tipos legales previstos por la ley 19.550. Para ello hemos propuesto con anterioridad, y lo reiteramos actualmente, que una próxima reforma legislativa debe establecer que:

i) las sociedades constituidas que no lo hayan sido bajo uno de los tipos previstos en la ley, sólo serán consideradas comerciales si tienen un objeto comercial;

ii) la sociedad simple o las sociedades no ajustadas a tipos predeterminados deberían ser aceptadas y admitidas, pero debe también aceptarse la posibilidad de que las mismas puedan inscribirse en el Registro Público de Comercio y sus estipulaciones ser opuestas a terceros;

iii) si se desea mantener el concepto de "regularidad" societaria también debe procederse a la admisión de procedimientos regularizatorios, en todos los casos, los cuales deben contemplarse de una manera sencilla y práctica, sin perjuicio de lo que ocurra respecto de las responsabilidades por la actuación societaria en la etapa no regular anterior;

iv) debe admitirse y regularse la posibilidad de que las sociedades simples, informales o amplias no ajustadas a uno de los tipos previstos en la ley, puedan "tipificarse" adoptando alguno de los tipos luego de constituidas, utilizando para ello un proceso "conversorio"; y finalmente-

v) debe contemplarse un procedimiento de inscripción de las separaciones o retiro de socios en sociedades informales y, en general, en las no inscriptas, para que el acto pueda tener oponibilidad frente a terceros.

1. El origen de la tipicidad como premisa en el régimen societario argentino

La sociedad comercial típica regular, bajo el régimen de la ley 19.550, es aquella conformada por dos o más personas que, en forma organizada conforme a uno de los tipos contemplados en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Los tipos posibles de utilización, en este caso, serán los de la sociedad colectiva, sociedad de capital e industria, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones.

Cuando se sancionó la ley 19.550, los autores del Proyecto de Ley, Gervasio L. Colombres, Isaac Halperín, Horacio P. Fargosi, Carlos S. Odriozola y Enrique Zaldívar, señalaron que el texto legal insistía en el principio de la *tipicidad* ya que el mismo era aceptado por los proyectos anteriores, apoyado por la doctrina y receptado por la legislación comparada de aquel tiempo. En el pensamiento de los autores de la ley, la adopción de tipos legislativamente establecidos *ad solemnitatem* y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17), respondían al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto. Para el momento en el cual la ley fue sancionada, hace más de treinta y cinco años, se sostenía que nadie podría argumentar que la solución adoptada –la tipicidad necesaria– comportaba un estancamiento para la concreción de nuevos tipos societarios, porque ello quedaría siempre dentro de la competencia del legislador, como la experiencia nacional lo había demostrado con las leyes 11.388, 11.645, 17.318 y con el decr. ley 15.349/46. La ley 22.903, sancionada diez años después, por su parte, guardó absoluto silencio sobre el tema, pero respetó el texto original en este punto, y el sistema creado quedó incólume.

2. El principio de tipicidad en la realidad actual

Los legisladores del año 1972 tenían razón; en aquel momento se producía una bisagra en la tradición de la legislación societaria en la República Argentina. Por primera vez se concentraban las disposiciones y regulaciones del sistema en un único cuerpo normativo: la Ley de Sociedades Comerciales, que además incorporó el concepto de “comercialidad” desde la óptica de la “tipicidad”, y del mismo modo que ocurriera con la sanción de Código de Napoleón, la función primaria de los tipos sociales —equiparable a la nominatividad o nominación— y tipicidad contractual de aquel Código— era “docente” y de “seguridad”.

En efecto; i) *docente*, en el sentido de proponer y sugerir diversas estructuras para los distintos tipos de emprendimientos colectivos [*la sociedad anónima para la gran empresa, la sociedad de responsabilidad limitada para la pequeña y mediana empresa, la sociedad colectiva para esos emprendimientos menores del comercio minorista, la sociedad en comandita simple para el negocio farmacéutico, y las sociedades en comandita por acciones y de capital e industria para las empresas mixtas, en las cuales -con diversas características- se reúnen capital, por una parte, y pericia, conocimiento o gestión por la otra*]; y ii) de *seguridad*, en el sentido de permitir conocer a ciencia cierta y sin duda, por parte de los terceros, bajo las estructuras creadas, los derechos y obligaciones de los socios, el régimen general de responsabilidad en cada tipo, los alcances de la actuación de los administradores, los sistemas de control, y tantos otros.

El régimen de tipicidad, de fuerte contenido a punto tal de sancionar con la nulidad la sociedad atípica (art. 17), tuvo un sentido profundo y útil al comienzo de esa nueva etapa, y en los años posteriores. Sin embargo, la dinámica de los negocios y la realidad del mercado, así como la necesidad de contar con instrumentos más flexibles, han relativizado hoy su importancia en el diseño del régimen jurídico de las sociedades comerciales.

Las nuevas formas de asociación y cooperación en el tráfico mercantil, así como las cambiantes necesidades del mercado, hacen que hoy deba reverse el régimen de tipicidad y se vuelque el criterio hacia un sistema ágil de fácil adecuación a la nueva forma de operar en el comercio, el cual se ha diversificado en forma sustancial.

Por otra parte, nuevamente la impronta mercantil demuestra en los hechos que el legislador no puede guiar la conducta de los

comerciantes, sino que son éstos quienes establecen los parámetros y las operatorias que, luego, el legislador debe recoger para regular para colocar límites y evitar que se produzcan abusos. Los tipos diseñados no han sido utilizados por los individuos conforme al deseo del legislador de la ley 19.550.

En efecto; la búsqueda de la limitación de la responsabilidad personal en el ejercicio del comercio, así como cuestiones fiscales; facilidades para la transferencia de la propiedad sobre el capital accionario, y hasta presupuestos psicológicos y sociológicos que se relacionan con la imagen y el prestigio individuales han hecho que, con independencia de la voluntad y el deseo del legislador, sean los comerciantes quienes hayan elegido en cada oportunidad el tipo social al cual adecuarían su emprendimiento, sobre la base de esos otros parámetros, y no del diseño operativo del sistema legal.

Adicionalmente, puede señalarse que la incorporación asistemática a la ley 19.550 del Capítulo III respecto de los "Contratos de Colaboración Empresaria" como consecuencia del dictado de la ley 22.903, incluyendo las *Agrupaciones de Colaboración* y las *Uniones Transitorias de Empresas*, es una muestra clara de la forma en que el principio de tipicidad ya había sido jaqueado desde la necesidad del mercado, ante una resistencia inexplicable del legislador de 1982, que prefirió complicar el sistema originario de la ley 19.550 antes que rendirse a un reclamo evidente de flexibilidad de criterios generado por los operadores del tráfico y de la economía, que tenía su adecuada respuesta en la apertura de salidas intermedias al estrangulamiento societario que conformaba el mantenimiento de una *tipicidad a ultranza*.

El resultado está a la vista, hoy tenemos dos institutos relativamente nuevos, las *Agrupaciones de Colaboración* y las *Uniones Transitorias de Empresas*, constituyendo una suerte de *sociedades atípicas permitidas o toleradas* en la realidad de los hechos, a las cuales se les niega hasta el reconocimiento de su personalidad jurídica, con tal de no romper algunos mitos de la ley 19.550, tales como el principio de tipicidad y la ya obsoleta norma contenida en el art. 30 del cuerpo legal.

De allí que consideremos que en una próxima reforma a la ley de sociedades, será absolutamente necesario y conveniente modificar la rigidez del principio de tipicidad societaria.

3. Conclusión

En base a lo expuesto, consideramos -entonces- que debe flexibilizarse el régimen de tipicidad societaria, sin que el mismo sea abolido. Ello importaría mantener el principio de tipicidad -aunque relativizado- admitiendo que pueda haber sociedades constituidas fuera de los tipos legales. Entre las sugerencias efectuadas podemos destacar las siguientes:

i) las sociedades constituidas que no lo hayan sido bajo uno de los tipos previstos en la ley, sólo serán consideradas comerciales si tienen un objeto comercial;

ii) la sociedad simple o las sociedades no ajustadas a tipos predeterminados deberían ser aceptadas y admitidas, pero debe también aceptarse la posibilidad de que las mismas puedan inscribirse en el Registro Público de comercio y sus estipulaciones ser opuestas a terceros;

iii) si se desea mantener el concepto de “regularidad” societaria también debe procederse a la admisión de procedimientos regularizatorios, en todos los casos, los cuales deben contemplarse de una manera sencilla y práctica, sin perjuicio de lo que ocurra respecto de las responsabilidades por la actuación societaria en la etapa no regular anterior;

iv) debe admitirse y regularse la posibilidad de que las sociedades simples, informales o amplias no ajustadas a uno de los tipos previstos en la ley, puedan “tipificarse” adoptando alguno de los tipos luego de constituidas, utilizando para ello un proceso “conversorio”; y -finalmente-

v) debe contemplarse un procedimiento de inscripción de las separaciones o retiro de socios en sociedades informales y, en general, en las no inscriptas, para que el acto pueda tener oponibilidad frente a terceros.