

## **REFLEXIONES ACERCA DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y LA CONVENIENCIA DE SU PRESERVACION**

*Julio M. Escarguel y Mario M. Vendramin*

### **Sumario**

En definitiva, lo que la ponencia pretende demostrar es que la tipicidad en nuestro régimen legal vigente y tal como está resuelta es un elemento fundamental, y constituye una piedra angular dentro de nuestro esquema. Su respeto irrestricto y la severa sanción que contempla frente a su incumplimiento, ha contribuido al normal y ordenado desenvolvimiento de los negocios desde el año 1972.

Al mismo tiempo, la ponencia advierte respecto a los riesgos que implicaría su alteración o modificación, que so pretexto de otorgar una amplia libertad contractual pondría en riesgo la seguridad jurídica, elemento imprescindible para abordar emprendimientos comerciales en países en desarrollo como el nuestro, que no se distinguen por el respeto irrestricto a los compromisos asumidos. De acuerdo a esto, propiciamos preservar el sistema típico cerrado y una severa sanción para quienes incumplen la norma.

Por último, el trabajo aborda la cuestión relativa a la sanción por ausencia o confusión de elementos esenciales típicos, y se llega a la conclusión que, si bien ésta aparece como excesiva, es importante que cualquier propuesta superadora, en materia de sanción, sea suficientemente gravosa como para compeler a los operadores a adecuar su actividad dentro del marco de las estructuras legales preestablecidas.

### **I. Consideraciones respecto a la tipicidad en el régimen legal vigente**

El principio de tipicidad, regulado en el art. 1° de la ley 19.550 fue impuesto por el legislador de 1972 siguiendo la legislación

comparada, de allí que contempló tipos societarios a modo de *numerus clausus* establecidos ad *solemnitatem*, sancionando con nulidad absoluta a las sociedades formadas en violación a esas estructuras legales predeterminadas.

No cabe duda que la razón dirimente para imponer un régimen de tipicidad cerrado y con una sanción excesiva para la mayoría de la doctrina nacional, lo constituyó el hecho de privilegiar el valor seguridad jurídica por encima de todo otro valor, aunque ello significara cercenar, en parte, el principio de autonomía de la voluntad de los ciudadanos para celebrar todo tipo de contratos, nominados o innominados que no tuvieran otro límite mas que la ley, la moral y las buenas costumbres.

Lo que motivó a los autores de la ley a dar preferencia a la seguridad jurídica por sobre otros valores tan dignos de protección legal como éste, tuvo mucho que ver con las características tan particulares del acto constitutivo -normalmente contractual- generador de un sujeto de derecho. En definitiva un centro de imputación de derechos y obligaciones diferenciado, con todo lo que ello implica. Esto es, un negocio jurídico biplurilateral que excede el marco de los intereses individuales de las partes que lo celebran para tener consecuencias en el mundo de los negocios, vinculando al sujeto así creado, con terceros ajenos a la celebración del acto generador de la persona jurídica.

En el medio negocial en el que operan las sociedades comerciales en el mundo y particularmente en nuestro país, la seguridad jurídica constituye una herramienta fundamental para facilitar y estimular las operaciones, otorgando garantía de certeza y confiabilidad a las personas que se vinculan comercialmente a través o por intermedio de estos instrumentos técnico jurídicos creados por el legislador para facilitar la concreción de los mas diverso negocios. Este aserto respecto a la conveniencia de mantener los tipos societarios perfectamente definidos, no constituye ninguna originalidad de nuestra parte, toda vez que la doctrina nacional en general no duda en elogiar las bondades del sistema, permitiendo a los terceros conocer, según sea el tipo societario con el que se vinculan, quienes son los que pueden obligar a la sociedad, como y cuando responde dicha sociedad por los actos que celebran sus representantes, en que medida responden los socios de la sociedad con la que se vinculan, etc..

La doctrina nacional es conteste en sostener, que la tipicidad como principio rector en materia societaria es la solución adecuada, de hecho

la legislación comparada se inclina por esta solución. Las experiencias dirigidas a liberalizar las conductas de los operadores del tráfico comercial otorgando una mayor libertad a la autonomía contractual han fracasado, prueba de ello es la experiencia española en donde se advirtió la reticencia de los actores de la actividad empresarial de recurrir a otras formas societarias que no fueran las predeterminadas por el legislador.

➤ Hasta aquí nuestra posición coincide con la de aquellos que mantienen los tipos societarios como eje central y rector de nuestro estatuto societario.

La primera conclusión a la que se arriba es que: "... Resulta conveniente respetar la solución del art. 17 primera parte de la ley 19.550..."

No se advierte idéntica coincidencia en doctrina, en lo que respecta a la sanción que impone el art. 17 en aquellos supuestos en los que se incurrió en omisiones de elementos esenciales típicos. En definitiva, la severa sanción que supone declarar la nulidad de la sociedad que no respetó la adecuación a un tipo social predeterminado, que opera a modo de causal de disolución y conlleva a un proceso liquidatorio inexorable a la sociedad sujeto de derecho.

Ahora bien, frente a ello, nos preguntamos, ¿vale la pena preocuparse por modificar o atenuar la sanción del art. 17 en lo que se refiere a la omisión de elementos esenciales tipificantes? ¿Cuáles son los motivos que puedan justificar la modificación del art. 17? ¿Cuáles serían las ventajas o desventajas y, en su caso, de propiciar una modificación a la ley, cual sería el criterio a adoptar o cual sería la solución mas adecuada?

Existe una corriente mayoritaria que propicia atenuar la sanción de nulidad absoluta que recepta nuestra ley.

Prueba de ella, lo es el anteproyecto de reforma de la ley de sociedades elaborado por los distinguidos maestros del derecho Dres. Jaime Anaya, Raúl Etecheverry y Salvador Bergel en el que se buscó una solución menos gravosa aplicándole a las sociedades atípicas las soluciones o las consecuencias previstas para las sociedades no constituidas regularmente (sociedades irregulares propiamente dichas o sociedades de hecho con objeto comercial).

La decisión de atenuar o suprimir la sanción de nulidad absoluta requiere ser tratada con mucha prudencia, y adoptarse luego de un exhaustivo análisis y estudio de las ventajas y desventajas que generarían los cambios a implementar.

## II. Alcance de la sanción ante su incumplimiento

Sin perjuicio de reconocer el valioso esfuerzo de los redactores del anteproyecto para superar la grave situación en la cual quedan atrapados los socios de una sociedad atípica, y con el respeto que nos merecen, creemos necesario buscar otra solución superadora, que por un lado atempere la sanción pero que a su vez no contribuya a generar confusión o mayor incertidumbre en los hombres de negocios.

Aplicar la solución de las sociedades irregulares a las sociedades atípicas, a nuestro criterio sería entrar en una zona gris inconveniente, confundiendo institutos como las sociedades de hecho, las sociedades irregulares y las sociedades atípicas, sociedades perfectamente diferenciadas en la ley y en nuestra cultura comercial y jurídica, que han recibido aceptación pacífica en nuestro medio. La ley lleva una vigencia de más de treinta años y la sanción del art. 17 a decir verdad no ha provocado cuestiones litigiosas o dificultades operativas que justifiquen su modificación a cualquier precio.

En nuestro régimen societario, sin tipicidad no se puede hablar de sociedad, vale decir, que a partir del principio mencionado, puede analizarse el caso de la sociedad irregular, entendida como aquella sociedad que habiéndose adecuado a un tipo previsto por la ley, incumplió con los requisitos de forma para poder gozar de los beneficios propios del tipo societario adoptado. A la luz de esta afirmación incuestionable, no parece adecuado aplicar a una sociedad atípica los efectos de la sociedad irregular, cuando se trata figuras diametralmente opuestas.

El único caso de atipicidad del que podemos hablar en la Ley de Sociedades Comerciales, si que le sean de aplicación la sanción del art. 17, es el de las sociedades de hecho con objeto comercial (caso excepcional y único, en donde se investiga la existencia propia de la tipicidad de primer grado y la naturaleza de la actividad que desarrolla), pero que carece en absoluto de instrumentación.

Es nuestra opinión que pretender aplicar las consecuencias de las sociedades irregulares a las sociedades atípicas, procurando preservar su existencia, implica introducir cuestiones ajenas al derecho positivo que no han sido objeto de cuestionamiento que justifique tal preocupación legislativa.

Se corre el riesgo de introducir soluciones que importen mas desventajas que los beneficios que procura aportar.

Tampoco *strictu sensu* correspondería aplicar la figura de la sociedad de hecho o sus consecuencias a las sociedades atípicas, cuya atipicidad se desprende del propio contrato, no debemos de ninguna manera confundir esta situación con las de las sociedades de hecho., la sociedad de hecho es la sociedad que ha incumplido con todos los requisitos de forma, y que para ser reconocida como tal debe estarse a su actividad y a la existencia o no de los elementos esenciales que caracterizan a la tipicidad d primer grado.

La falta de adecuación a un tipo societario implica la nulidad absoluta de la sociedad, en tanto que la irregularidad se refiere a la inobservancia de las formas prescriptas por la ley. Cuestiones relacionadas entre si, ya que regularidad o irregularidad presupone la existencia de la sociedad, y ésta no se da sin ajustarse al principio de tipicidad.

La preocupación que refleja esta ponencia radica en el hecho de que creemos necesario mantener con el mayor rigor posible el principio de tipicidad, y que si bien la sanción de declarar nula una sociedad atípica, es una solución demasiado severa, no es menos cierto que tal sanción alienta y propicia la adopción de figuras societarias típicas.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dictó la ley 19.550 no han variado sustancialmente en la sociedad Argentina actual. Seguimos siendo una sociedad inmadura, indisciplinada, con falta de conducta cívica y poca convicción o apego al cumplimiento de la ley, siendo ello así, nos imaginamos que la existencia de formas societarias no predeterminadas, que actúen en el mundo de los negocios, provocaría en los terceros grandes interrogantes sobre sus alcances, consecuencias y efectos. Sociedades con contratos atípicos, en los que no estén legalmente resueltos los aspectos centrales que hacen a su funcionamiento, también puede acarrear dudas, desinteligencias y situaciones conflictivas entre los mismos socios, sin considerar que se ignora por lo novedoso y particular del tema cual sería el pronunciamiento de la justicia a la hora de tener que resolver conflictos societarios en sociedades atípicas que no tienen correlato en la ley. Con este panorama, tenemos la certeza que el margen de litigiosidad aumentará sensiblemente, en detrimento del interés de los socios, terceros y la propia sociedad.

A modo de conclusión, en definitiva decimos: Somos conscientes de la gravedad de la sanción que irremisiblemente lleva a la disolución de la sociedad atípica, sin perjuicio de ello, propiciamos su preservación

hasta tanto se encuentre una sanción menos nociva para los socios, pero igualmente efectiva, aspecto que no advertimos en el panorama jurídico nacional. Ahora bien, a la hora de buscar una solución diferente, la consecuencia de la atipicidad debe ser suficientemente enérgica como para desalentar a quienes no respetan las estructuras.