

El principio de tipicidad en el régimen de la Ley General de Sociedades. Reflexiones e interrogantes

Juliano Amarilla Ghezzi

Síntesis

La Ley 26.994 no sólo aprobó y sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, sino que también impactó de manera directa sobre algunos de los llamados “microsistemas normativos”. Entre ellos, La Ley de Sociedades Comerciales la cual pasó a denominarse Ley General de Sociedades.

Si bien las reformas introducidas a la mencionada ley no se caracterizaron por ser numerosas, sí significaron la reformulación de algunos principios que imperaban en el derecho societario argentino previo al dictado de éstas.

La presente ponencia intentará estudiar el rol del principio de tipicidad, su importancia –o la falta de ella– frente a las modificaciones introducidas al régimen de nulidad del capítulo 1 sección III, y el régimen de las sociedades de la sección IV.

1. Introducción

La Ley 26.994 no sólo aprobó y sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.), sino que también impactó de manera directa sobre algunos de los llamados “microsistemas normativos”. Entre ellos, La Ley de Sociedades Comerciales (en adelante LSC), la cual pasó a denominarse Ley General de Sociedades⁷⁶ (LGS).

⁷⁶ Así quedó establecido por el punto 2.1 del Anexo II de la mencionada ley: “... Sustitúyese la denominación de La Ley N° 19.550, T.O. 1984, por la siguiente: “LEY GENERAL DE SOCIEDADES N° 19.550, T.O. 1984...”

Si bien las reformas introducidas a la mencionada ley no se caracterizaron por ser numerosas, sí significaron la reformulación de algunos principios que imperaban en el derecho societario argentino previo al dictado de éstas.

La presente ponencia intentará estudiar el rol del principio de tipicidad, su importancia –o la falta de ella– frente a las modificaciones introducidas al régimen de nulidad del capítulo 1 sección III, y el régimen de las sociedades de la sección.

Para lograr el objetivo propuesto, desarrollaremos los conceptos básicos, la importancia del principio previo a las reformas introducidas a La Ley, y su relativización a raíz de las nuevas disposiciones. También mencionaremos algunas incongruencias que se dan a raíz de las nuevas disposiciones en materia de atipicidad que, de alguna manera, ponen el acento sobre el nuevo rol que cumplirá el principio en la LGS.

2. Tipicidad

2.1 Concepto

En principio, podemos decir que el concepto de tipicidad tiene carácter polivalente, ya que lo podemos encontrar en distintas ramas del Derecho. De este modo, en materia contractual se habla de contrato típico cuando éste se encuentra regulado en la legislación positiva - como por ejemplo el contrato de compraventa-.

Por otro lado, en el Derecho Penal la tipificación tiene por objeto la caracterización de conductas que configuran delitos, por lo que en esta rama del Derecho el concepto de tipo tiene una fuerte carga negativa, ya que todo lo que no está prohibido por el tipo penal, está permitido⁷⁷.

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en nuestra materia sucedía lo contrario al derecho penal, ya que se tipificaba lo permitido, de manera que lo que no estaba permitido por el tipo societario, estaba prohibido. De este modo, la LSC en su Artículo 17 se encargaba de sancionar con nulidad absoluta la constitución de sociedades atípicas⁷⁸.

La doctrina nacional ha intentado conceptualizar el tipo societario. Así se lo ha definido como “...la adecuación contractual de la sociedad a uno

⁷⁷ Cfr. MARSILI, María Celia “*Sociedades Comerciales. El Problema de la Tipicidad*”, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 23.

⁷⁸ Cfr. ROITMAN, Horacio “*Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*”, t. 1, 2ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 58.

de los distintos esquemas normativos previstos en La Ley... ”⁷⁹; o en otras palabras, “...el ajuste de la estructura, es decir de la forma, a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación, sean los código de fondo o leyes ulteriores... ”⁸⁰.

3. El principio de tipicidad en La Ley de Sociedades Comerciales

3.1 Función e importancia del tipo

En primer lugar podemos decir que la tipicidad es uno de los principios básicos del instituto societario junto con: 1) la organización; 2) la adecuación; 3) la empresariedad; 4) la especialidad; 5) la personalidad jurídica; y 6) la actividad⁸¹.

Dejando de lado las definiciones doctrinarias, podemos decir que se le ha atribuido a la tipicidad – en la antigua Ley de Sociedades Comerciales—una importancia preponderante. Fundamenta esta afirmación el hecho de que se veía al tipo social como un principio ordenador y configurador de seguridad jurídica⁸², tanto en las relaciones entre los socios originarios, como con aquellos que se incorporaban con posterioridad a la creación de la sociedad. También era relevante para las relaciones con los terceros que contrataban con ésta, ya que les permitía saber al momento de contratar con la sociedad cuál era el régimen de responsabilidad de los socios; quiénes se encontraban legitimados para representarla y, en definitiva, cuál era el funcionamiento interno de la misma⁸³.

De esta manera, podemos recalcar como características importantes de la tipicidad societaria que: (a) hasta la sanción del código unificado, con la adopción del tipo social se determinaba el carácter mercantil de la sociedad, con independencia del objeto para el cual se constituía - de esta manera el objeto

⁷⁹ MARSILI, ob. cit., p. 27.

⁸⁰ Cfr. ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLÁN, Carlos “*Cuadernos de Derecho Societario, Volumen 1 aspectos jurídicos generales*” Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 25.

⁸¹ Cfr. VÍTOLO, Daniel R., “*Manual de Sociedades*”, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Estudio, 2015, p. 66.

⁸² Cfr. ARECHA, Martín, “*La tipicidad societaria en el nuevo Código*” publicado en “*El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal*”, 1ª edición, CABA, Ediciones D&D, 2015, p. 227.

⁸³ Cfr. NISSEN, Ricardo A., “*Curso de Derecho Societario*”, 3ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 85.

social dejaba de ser determinante a los fines de calificar a la sociedad como comercial, ya que la sociedad era comercial en virtud del tipo que adoptaba; (b) la tipicidad se establecía como un principio de orden público, atento que el art. 17 LSC sancionaba con nulidad absoluta la constitución de sociedades atípicas - de esta manera se restringía la autonomía de la voluntad de las partes al imposibilitar que los particulares puedan crear tipos sociales por fuera de los expresamente previstos por La Ley⁸⁴; (c) servía —y aún lo hace— para establecer reglas supletorias en aquellos casos en los que los socios guardaran silencio sobre algunos aspectos⁸⁵; y (d) como se dijo, determinaba la extensión de responsabilidad de los socios⁸⁶.

3.2 Atipicidad

Para poder terminar de entender la relevancia del principio de tipicidad en la vieja ley 19.550 debemos hacer un breve análisis de su contrapartida, es decir, la atipicidad.

Solo basta una rápida lectura de la norma para poder afirmar que la intención del legislador de la LSC era sancionar severamente a quienes intentaran constituir sociedades por fuera de los tipos autorizados por La Ley, ya que, conforme lo estipulaba el art. 17, las consideraba nulas de nulidad absoluta. Dicha sanción buscaba proteger el principio de tipicidad consagrado en el art. 1 de La Ley; sin embargo, como bien explica Roitman, la nulidad debía ser aplicada como última ratio, atento al principio de conservación de la empresa del art. 100 LSC⁸⁷.

4. El cambio de paradigma. La tipicidad en La Ley General de Sociedades

Como adelantamos en la introducción de la presente ponencia, si bien los cambios introducidos por La Ley 26.994 a la LGS no fueron numerosos, sí impactaron de lleno en algunos de los principios consagrados tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En el siguiente apartado desarrollaremos las modificaciones introducidas que impactaron directamente en el principio de tipicidad y que —en

84 ROITMAN, Ob. Cit., p. 59.

85 Cfr. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “*Régimen Societario*”, 1ª edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004, p.34.

86 ROITMAN, 60.

87 ROITMAN, 449.

cierta medida—llevaron a menguar su importancia dentro del sistema societario argentino.

4.1 Régimen jurídico

En materia de atipicidad las modificaciones introducidas al articulado de La Ley son: en primer término el art. 17 de la ahora LGS, el cual ya no sanciona con nulidad la constitución de sociedades atípicas sino que, por el contrario, remite su funcionamiento a lo normado para las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos. Esto deja de lado el régimen sancionatorio previsto por el legislador para esta clase de sociedades y las introduce dentro del régimen de la sección IV.

Lo expuesto significa un giro sustancial en la concepción proteccionista que tenía el legislador de La Ley 19.550 en materia de tipicidad societaria, quien sostenía que “...*la adopción de tipos legislativamente establecidos ad solemnitaten y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17), responden al convencimiento de los serios trastornos que sufriría la seguridad jurídica en caso de adoptar un sistema opuesto...*”.⁸⁸

En segundo lugar, se incorpora a las sociedades atípicas dentro de los supuestos del art. 21 de la sección IV y, consecuentemente, se rigen por lo estipulado para aquellas. De este modo: (a) gozan de personería jurídica; (b) es oponible el contrato entre los socios, e inclusive a los terceros contratantes - siempre que prueben que éstos lo conocían efectivamente al tiempo de contratar; (c) la sociedad puede ser titular de bienes registrables siempre que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 23 tercer párrafo; y (d) tiene un régimen de responsabilidad simplemente mancomunado y por partes iguales, salvo que pacten la solidaridad –o una distinta proporción— para esa relación o conjunto de relaciones en particular, o que la solidaridad surja de un disposición del contrato social.

Como se puede ver, se dio un vuelco de 180 grados en la materia, ya que se salió de un sistema cerrado, con una organización y estructura rígida, restrictiva del principio de la autonomía de la voluntad, donde el legislador castigaba a aquellos que osaran constituir sociedades por fuera de ese sistema de tipicidad pre diseñada; para dar paso a un sistema “abierto” o de libre creación gracias a las disposiciones de la sección IV – si bien éste mantiene las estructuras típicas conocidas⁸⁹.

⁸⁸ Exposición de motivos ley 19.550.

⁸⁹ Cfr. SOLARI COSTA, Osvaldo, “*Modificaciones de La Ley 26.994 a La Ley 19.550 de Sociedades*”, La Ley 2015-C-888, cita online: AR/DOC/1450/2015, p. 5.

5. El impacto de las reformas, incongruencias en materia de tipicidad.

Las reformas introducidas en materia de nulidad por atipicidad y la regulación establecida para aquellas sociedades denominadas “residuales, simples o de libre creación” impactaron directamente en la interpretación armónica de La Ley, dejando al descubierto ciertas incongruencias al momento de aplicarla.

Así, cuando el art. 1 nos da el concepto de sociedad al decir que: “... *Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta 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...*”, se incurre en un error, ya que excluye del concepto a la sociedad atípica y a los demás supuestos previstos en la sección IV.

En suma, considero que debe reformularse el art. 1 de la LGS por ser incompleto ya que no se incluye dentro del mismo a la Sociedad atípica, lo cual significaría ir en contra de lo dispuesto por las reformas introducidas, toda vez que esta clase de sociedades, al ser consideradas como tal, gozan de plena personería jurídica y tienen una régimen jurídico propio.

Es por ello que, a los efectos de intentar dar una solución a la problemática que se plantea, nuestra propuesta sería que se reformule el Artículo de la siguiente manera: “*Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley o según los supuestos del Artículo 21, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”.

Otra particularidad se da con la lectura de los arts. 17 in fine: “...*en caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la sección IV...*”; y del art. 24 inc. c) cuando establece la responsabilidad solidaria de los socios (o una distinta proporción), sea entre ellos o para con la sociedad por surgir “...*de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales*”. Entiendo que existe una contradicción entre los dos Artículos, siendo que el último inciso mencionado va en contra de la regla prevista por el art. 17, al darles la posibilidad a los socios de que puedan hacer valer las reglas del tipo elegido para aquella sociedad que no cumplió con requisitos sustanciales o formales.

Considero que esta colisión de normas dificulta la posibilidad de lograr una interpretación armónica en materia de responsabilidad de los socios de una sociedad de la sección IV. Si bien es cierto que el art. 24 establece como regla general la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes

iguales, el conflicto estaría dado ante reglas poco claras en la materia —o la falta total de ellas—, más cuando se da el supuesto de normas contradictorias, como es el caso.

6. Conclusión

Como reflexiones finales podemos decir que el principio de tipicidad no nació como un mero capricho del legislador, sino que —por el contrario— se trataba de una herramienta cuya finalidad principal era brindar seguridad jurídica tanto a los socios como a los terceros que contrataban con el ente.

Sin embargo, a raíz de las modificaciones introducidas por La Ley 26.994, las funciones e importancia del principio de tipicidad se vieron modificadas, a partir de lo que estimamos que:

a) A nuestro criterio, ya no mantiene el carácter de principio básico e indispensable del instituto societario, ya que se puede considerar sociedad tanto a la sociedad que adopta una forma típica como a una sociedad atípica (arts. 17 y 21 LGS). No está de más recordar que el hecho de adoptar un tipo social de los establecidos en La Ley servía para distinguir a la sociedad comercial de la sociedad civil. Sin embargo, a raíz de la unificación del Cód. Civ. y Com. la mencionada distinción perdió virtualidad atento a la unificación del sistema societario.

b) La idea de tipicidad como principio de orden público debe ser revisto, puesto que la constitución de sociedades atípicas no solo dejó de ser sancionada con una nulidad absoluta, sino que además se les otorga personería jurídica y se las incluye dentro del régimen de las sociedades de la sección IV con los beneficios que ya mencionamos.

c) Se debe evaluar un posible cambio en la redacción del Artículo 1 de La Ley, atento que el mismo omite incluir dentro del concepto de sociedad —conforme su redacción actual— a las sociedades de la sección IV.

d) El principio de tipicidad sigue manteniendo la función de establecer reglas supletorias para los casos en los que las partes guardan silencio y para determinar la responsabilidad de los socios.

Como podemos ver, se ha modificado sustancialmente la relevancia de la tipología societaria, pasando de un sistema rígido, proteccionista y limitativo de la autonomía de la voluntad a un sistema más abierto, sin estructuras rígidas, y que permite la libre autonomía de la voluntad de los socios al momento de constituir la sociedad.