

**EL TRATAMIENTO DE LA TIPICIDAD  
EN EL ANTEPROYECTO DE  
MODIFICACIÓN A LA LEY  
DE SOCIEDADES COMERCIALES DE  
LA COMISIÓN CREADA POR  
RESOLUCIÓN MJYDH 112/02.  
NOTAS ESENCIALES**

MARÍA CELIA MARSILI

**CONTENIDO**

Del examen de las disposiciones que integran la Sección IV del Capítulo I según el texto del Anteproyecto de modificación a la ley de Sociedades Comerciales de la Comisión creada por Resolución MJyDH 112/02, para las sociedades atípicas y otros supuestos, se concluye que se produce una valorización de la atipicidad mediante la atribución de reglas propias para el supuesto, de allí que pueda aludir-

se a la admisión del "tipo atípico. El acogimiento de las sociedades atípicas e irregulares en una normativa especialmente prevista para ellas puede favorecer su ingreso a los tipos del Capítulo II, con resguardo de la situación de socios, acreedores y terceros en la etapa previa a aquél ingreso.

## 1.- EL NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD

Al introducir modificaciones al tratamiento de la tipicidad, aspecto estructural en la vigente ley 19550, el Anteproyecto (que en adelante será individualizado como AMLSC) provoca cambios esenciales en el concepto de sociedad.

Así se ha suprimido de la definición del contrato de sociedad contenida en el artículo 1º la frase "conforme uno de los tipos previstos en esta ley". Ello importa un debilitamiento de la tipicidad, si bien se mantiene el principio, al cual quedan sometidas las sociedades según los artículos 1º y 17.

No obstante este efecto, los autores del anteproyecto han dejado expresamente señalado en la Exposición de Motivos que lo acompaña que: "se mantiene la relación entre la comercialidad y la tipología, pero el concepto se desvincula de los tipos (artículo 1º) toda vez que la atípica no deja de ser sociedad pues se elimina la sanción de nulidad que a su respecto establece el derecho vigente (artículo 17)".

En el régimen propuesto las sociedades pueden carecer de tipicidad, ya que las constituidas fuera de los modelos previstos en la legislación de sociedades ostentan la naturaleza de tales. Ello, sin perjuicio de que no se les apliquen iguales reglas que las previstas para las sociedades típicas, sino las de los artículos 21 y siguientes del texto propuesto que componen la Sección IV del Capítulo I denominada "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II".

Esta posición había ya tenido receptividad en anteriores proyectos de reforma de la ley de sociedades tales como el de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de 1998 que, en el particular se inspiró en el Proyecto de Reformas de la Comisión Federal de 1993.

Ambos proyectos han tenido marcada influencia en el aspecto indicado en el AMLSC que se considera, muchas de cuyas disposiciones reproduce, con la salvedad que este último no toma como punto de partida la unificación y, como consecuencia, mantiene la comercialidad.

Como fundamento de igual supresión que la que se comenta del Proyecto de Unificación de 1998, los autores de este último señalaron que la inclusión en el artículo 1º de la tipicidad era impropia "...desde que la misma ley reconocía sociedades sin una tipificación estricta (la sociedad de hecho o irregular)"<sup>1</sup>.

Cabe señalar, sin embargo, que en el sistema de la ley 19550 la inclusión de la tipicidad en la definición configuró la portada del sistema adoptado, que se conjuga con otras reglas y respondió a la concepción doctrinaria de considerarla presupuesto del reconocimiento pleno de la personalidad jurídica<sup>2</sup>.

Efecto de la supresión de la tipicidad de la definición es el refuerzo de la noción de organización que se convierte así en un señalamiento decisivo para la caracterización del concepto de sociedad.

## 2.- LA ATIPICIDAD Y OTROS SUPUESTOS

El nuevo texto del artículo 17 propuesto, como consecuencia de la modificación del artículo 1º, no tacha de nulidad a las sociedades cuyos contratos omitan requisitos tipificantes o comprendan elementos incompatibles con el tipo legal. Como consecuencia de tal infracción la sociedad no producirá los efectos propios del tipo y quedará regida por la Sección IV, "De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II". Este criterio es el resultado de considerar a la atipicidad como un fenómeno societario que merece regulación en el conjunto normativo que trata la sociedad en general.

Es de notar que el régimen proyectado para el artículo 17, en vez de referirse a la omisión de requisitos esenciales tipificantes ha

---

<sup>1</sup> Véase Fundamentos del PCC punto 333 apartado b).

<sup>2</sup> He realizado un desarrollo de la cuestión en la obra "Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2003.

omitido la calificación de "esenciales", haciendo sólo mención a la falta de "requisitos tipificantes". Es posible que tal simplificación complazca a la doctrina, más se observa que la determinación de los primeros está ausente de la ley vigente y esta falta tampoco ha sido suplida por el AMLSC para los nuevos.

El régimen de la Sección IV del AMLSC, actualmente dedicada a las sociedades no constituidas regularmente en la ley vigente se aplicará: a las sociedades francamente atípicas, a las que lo son por omisión de requisitos tipificantes (Art. 17 AMLSC) y a las sociedades que contienen elementos incompatibles con el tipo legal (art. 17 AMLSC).

Esta Sección comprende, además, por imperio del proyectado artículo 21, a las sociedades actualmente categorizadas como no regulares. Asimismo, contempla a las sociedades de hecho, ya que la norma se aplica cuando no hay contrato escrito. Cabe observar que no se requiere expresamente para éstas el objeto comercial que exige la ley societaria vigente para mantener estas situaciones en su órbita normativa. Es posible interpretar que esta exigencia resulta implícita atento a la mención de la comercialidad al inicio del artículo 1º que expresa: "Las sociedades comerciales no constituidas con sujeción a los tipos...". Vale decir que para la subsunción en el régimen societario comercial deberá previamente establecerse que se trata de una sociedad comercial según el texto propuesto para el artículo 1º y que exigirá en consecuencia, la aplicación de los aportes a la producción o intercambio de bienes o servicios destinados al mercado, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La indiferencia sobre el carácter comercial del objeto está reservada sólo a las sociedades típicas del Capítulo II.

Se infiere del juego de las normas propuestas, si bien expresamente no se han incluido menciones como las contenidas en el Proyecto de Unificación de 1998 respecto a sociedades que no cumplen las formalidades exigidas por la ley, que ha sido intención del ALMSC comprender todas las posibles situaciones a presentar que van desde la sociedad de hecho a aquellas que han pretendido constituirse con arreglo a alguno de los tipos del Capítulo II y no lo han concretado y la hipótesis improbable de la atípica inscripta.

La Sección IV organiza un régimen especial para los casos previamente considerados. Según el artículo 21 del AMLSC, agotado aquél, se aplican las disposiciones previstas para las sociedades colectivas, cuyas normas el AMLSC no modifica.

Conforme resulta integralmente del régimen y, en especial del artículo 22, el contrato social puede ser invocado entre las partes. Será en estos casos en que se dará la mayor aplicación subsidiaria del régimen de las sociedades colectivas, tales como el artículo 130 referido a la modificación del contrato social y resoluciones y el artículo 132 sobre mayorías.

Por el referido artículo 22, en su primer párrafo, las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios.

El régimen se aleja notoriamente del vigente para las sociedades no constituidas regularmente de la Ley 19.550, cuyo principio general contenido en el artículo 23 establece: "La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social..." Lo mismo ocurre respecto de las limitaciones del contrato en punto a solidaridad si las hubiere ya que sólo se admite la aplicación de las cláusulas del contrato social para la liquidación (art. 23 citado).

En punto a la representación, a falta de contrato social, dispone el AMLSC, en el segundo párrafo del artículo 22, que cualquiera de los socios representa a la sociedad, disposición coincidente con el artículo 127 de la sociedad colectiva.

La aplicación de los artículos del régimen de las sociedades colectivas corresponderá si hubiere contrato escrito, en los supuestos previstos por los artículos 128 (administración indistinta sin determinación de funciones y administración conjunta), 129 (remoción del administrador) y 130 (renuncia del administrador).

Siempre en punto a la administración y representación de la sociedad, el artículo 22 establece que el contrato social puede ser opuesto a los terceros cuando se pruebe que éstos lo conocieron efec-

tivamente al tiempo del nacimiento de relaciones jurídicas disponibles para la autonomía privada. En consecuencia, cuando los terceros no tuvieron ese conocimiento podrán invocar contra la sociedad los actos realizados en representación de ella por cualquiera de los socios.

La cuestión de los bienes registrables de estas sociedades que, en la práctica suele ocasionar problemas, ha recibido en el AMLSC un tratamiento autónomo. Así, se ha establecido la posibilidad de adquisición de bienes registrables mediante la acreditación ante el Registro (se entiende que se trata del registro de inscripción que corresponda al bien) y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El artículo reproduce el 23 del Proyecto de Unificación de 1998 en su segunda parte.

Se desprende de la norma citada que el supuesto contemplado requiere ineludiblemente la existencia de contrato social, pues no se advierte cómo puede acreditarse de otro modo la existencia de la sociedad y las facultades de su representante. Esta y las demás prescripciones exigidas llevan a la consideración que el supuesto regulado será aplicable a las sociedades que se encuentran en período de constitución y las que hubieren optado por el régimen de la Sección IV deliberadamente.

En punto a la responsabilidad de los socios, se ha mantenido el régimen de solidaridad vigente en la preceptiva de la ley 19.550 para las sociedades no constituidas regularmente respecto de los socios y quienes contratan con la sociedad, nulificándose todo pacto en contrario.

Se puntualiza que, en este aspecto. Se ha producido un alejamiento del Proyecto de Unificación de 1998, ya que éste organiza un sistema de responsabilidad mancomunada y de partes iguales, salvo que de estipulaciones particulares o generales o de características del tipo que hubo de adoptarse y se frustró, resultare lo contrario.

En el régimen propuesto, según el artículo 26, las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios, incluso en caso de quiebra, se juzgan como si se tratara de una sociedad colectiva.

El alcance de esta norma implica que los acreedores sociales

tienen derecho a cobrarse del patrimonio social con prioridad a los acreedores personales de los socios, tal y como lo había sostenido la doctrina con respecto a las sociedades no constituidas regularmente en el régimen de la Ley 19.550.

Sin perjuicio de ello, una vez excutidos los bienes sociales nace la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, conforme la disciplina de la sociedad colectiva que el AMLSC no modifica.

La aplicación de las normas correspondientes no tiene como consecuencia reconocer las limitaciones a la responsabilidad de los socios que pudiera corresponder a un tipo que, aunque hubieran elegido, no se les adjudica por los defectos que han colocado a la sociedad en el régimen de la Sección IV.

Si existe contrato escrito y éste prevé un plazo de duración, se estará a dicho plazo. En caso contrario, la sociedad se disuelve de pleno derecho con el pedido que, en tal sentido, realice cualquier socio, más los efectos de tal solicitud no ocurrirán hasta tanto transcurran noventa días desde la última notificación del requerimiento.

La subsistencia de la sociedad durante este período se ha previsto para dar tiempo a los socios no salientes a hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 26 de continuar con quienes no hubieran manifestado su voluntad de disolverla. En este caso los socios que permanecen asociados deben pagarle al saliente su participación social con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15. Debe interpretarse que corresponde la aplicación del supuesto previsto como: "Valuaciones. Arbitraje pericial" del artículo, por el cual, a falta de previsión legal o contractual y, debe agregarse, controversia entre los socios, se dispone la intervención de árbitros peritos y un sistema para dirimir el alcance de la valuación.

La Sección IV, que se viene considerando, no incluye disposiciones sobre la inscripción en el Registro Público de Comercio de la disolución de la sociedad. Tal exigencia resultará aplicable para que la disolución sea oponible a terceros en mérito al artículo 98 de la ley de sociedades, cuyo texto se mantiene en el AMLSCC y que prevé la inscripción de la disolución aún de las sociedades no constituidas regularmente.

A diferencia de la ley vigente que incorpora el instituto de la regularización (art. 22) y del Proyecto de Unificación de 1998 que ha previsto la subsanación (art. 25, segundo párrafo) los supuestos societarios tratados, el AMLSC no contiene normas de esa naturaleza.

Sin embargo, las partes disponen del mecanismo incluido en el nuevo artículo 7º del AMLSC, si bien sólo reservado a las omisiones y defectos que pueda tener el acto constitutivo inscripto, es decir, no aplicable a la sociedad no constituida regularmente y a la de hecho, como acontece con la regularización de la ley 19.550. Por su parte, la subsanación del Proyecto de Unificación de 1998 estaba prevista sólo para las sociedades que dispusieran de contrato escrito.

En la solución del AMLSC podría quedar capturado en el artículo 7º el supuesto, más vale teórico, de la atípica inscripta u otros casos de defectos formales u omisiones, aún de requisitos tipificantes.

La liquidación se rige por las normas del contrato y las de la ley (artículo 25 último párrafo del AMLSC). En este aspecto se reproduce el criterio de la ley vigente en el artículo 22 último párrafo, que también admite la invocación del contrato para el supuesto de liquidación.

En el artículo 26, último de la Sección comentada, el AMLSC contempla la prueba de la existencia de la sociedad para la cual admite cualquier medio, aun las presunciones. Se han incluido éstas últimas, ausentes en el régimen vigente, repitiendo análoga norma del Proyecto de 1998. Los fundamentos de éste último justifican la inclusión en la necesidad de superar la exigencia jurisprudencial del principio de prueba por escrito para la prueba de las sociedades no constituidas regularmente, que puede obstar, en ocasiones, al reconocimiento de situaciones que lo merecían, afectadas por aquélla falta.

#### **4.- CONSIDERACIONES FINALES**

Del examen de las disposiciones que integran la Sección IV del Capítulo I según el texto del ALMSC para las sociedades atípicas y otros supuestos, resulta que dichas normas, en articulación con las de la sociedad colectiva de aplicación subsidiaria, configuran un régimen de categoría, para cada uno de los supuestos de actuación ordinaria

que para las sociedades típicas, prevé la ley. Así, la representación, modificación del contrato, duración, representación, responsabilidad, disolución y liquidación quedan reguladas, ya sea en el régimen específico, en el subsidiario o en el general, como si se tratara de algún supuesto de las sociedades en particular consideradas en el Capítulo II.

Este tratamiento pone de manifiesto, como lo hemos señalado antes de ahora<sup>3</sup>, en oportunidad de analizar en el Proyecto de Unificación de 1998, que se ha previsto un régimen también especial, ante una valorización de la atipicidad mediante la atribución de reglas propias para el supuesto, de allí que pueda aludirse a la admisión del "tipo atípico".

A la reflexión anterior ha de añadirse que, así las cosas, cabe legítimamente la posibilidad de recurrencia voluntaria al nuevo régimen de categoría, operante por exclusión de los tipos previstos en el Capítulo II. Ello nos conduce a considerar que si tratamos a este supuesto como uno de tipología, entonces el concepto de tipo no podrá pensarse en correspondencia con categorías como las que vienen siendo definidas tradicionalmente como "tipos" en las legislaciones societarias. Más allá de éstas podrá admitirse una categoría de configuración posible, que queda sometida a las cláusulas contractuales y a otras legales concebidas en forma diversa de las de tradición tipológica, con amplio margen para la autonomía de la voluntad.

En este orden de ideas se considera que el acogimiento de las sociedades atípicas e irregulares en una normativa especialmente prevista para ellas puede favorecer su ingreso a los tipos del Capítulo II, con resguardo de la situación de socios, acreedores y terceros en la etapa previa a aquél ingreso.

---

<sup>3</sup> Marsili, María Celia, op. cit., págs. 168 y ss.