

## **Breves comentarios sobre la atipicidad societaria**

Jaime M. Pujol

### **1. Introducción** [\[arriba\]](#)

La ley de Sociedades comerciales ha optado por un régimen en el que el tipo resulta un elemento esencial para la constitución de una sociedad, por lo que la mayoría de la doctrina ve en la atipicidad una causal de nulidad absoluta que implica la disolución del ente en los términos del art. 101 y ss. LSC. Empero, entendemos que efectuando un análisis sistemático y económico de la normativa societaria, podemos llegar a una conclusión intermedia respecto de las sociedades descriptas en la primera parte del art. 17 LSC.

### **2. Tipicidad** [\[arriba\]](#)

Al momento de la constitución de una sociedad comercial, los socios deben elegir la estructura organizacional más apropiada para la consecución de sus cometidos (art. 1 LSC). Efectivamente, el contrato plurilateral de organización que dará vida a la sociedad obligará a los socios a realizar ciertas conductas, (entre ellas a efectuar aportes de acuerdo a lo establecido por cada tipo), a administrar y gobernar la sociedad mediante los órganos que estipule cada tipo, todo ello con la finalidad de participar de los beneficios obtenidos y afrontar de la misma manera las pérdidas.

Nótese que la elección del tipo social para los socios no es un detalle menor, puesto que "los requisitos tipificantes serían los que permiten reconocer en concreto la clase de sociedad que se está constituyendo y el respeto de las reglas particulares que permiten diferenciarla de los otros tipos".[1] Como consecuencia de ello, "la tipicidad implica establecer un marco de normas jurídicas que las sociedades deben adoptar en su conjunto; permite el conocimiento fácil y preciso para quienes se asocian, y para los terceros que contratan con aquellas respecto a la estructura, organización, imputabilidad, responsabilidades, etc., contribuyendo con ello a la seguridad jurídica".[2]

De esta manera, tal como lo dispone el art. 7 LSC, la sociedad se considera regularmente constituida a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio, siempre y cuando cumpla con lo requerido por los arts. 1 y 11 LSC. Por la remisión que realiza el art. 5 LSC al art. 39 C.Com., dicha inscripción tiene efectos retroactivos –en cuanto a la regularidad- al momento en que se formalizó el contrato social. Contrariamente, una sociedad que no se adecue a uno de los tipos estipulados por la ley, será atípica, y en consecuencia, nula (art. 17 LSC).

Pero nada obsta que al solicitarse la inscripción ante el Registro Público de Comercio, la autoridad de contralor requiera que se subsanen ciertos defectos que desvirtúan al tipo, por lo que su corrección y posterior inscripción convertirían a dicha sociedad en típica y regular. En esta situación se encuentran también aquellas sociedades que, más allá de haberse inscripto, poseen un vicio en relación al tipo escogido.

Por el contrario, no debe considerarse atípica y aplicársele la sanción del art. 17 LSC aquella sociedad que fue constituida regularmente, pero que con una reforma posterior altera el tipo social. Esto no quiere decir que la modificación realizada no

deje de ser nula, si bien el mecanismo legal que debe ser aplicado es la impugnación de la decisión tomada por el órgano social, dentro de los términos del art. 251 LSC. Con tino indica Manovil que, "sin perjuicio de que una resolución pudiera ser impugnada conforme al art. 251 LSC, la nueva disposición estatutaria viciada será tratada del mismo modo que cualquier otra cláusula nula: el mero transcurso del tiempo no la puede convalidar. La acción pertinente para invalidarla es, entonces, la del derecho común, tal como si se ejerciera en relación a una cláusula contractual originaria. Debe destacarse, que al tratarse de una modificación en abstracto para el futuro, también habrá tiempo para la objeción al momento de una nueva resolución social que pretenda aplicarla".[3]

Tampoco es atípica la "sociedad que actúa fuera de tipo", es decir aquella que se encuentra constituida regularmente, pero que en su funcionamiento diario no cumple con la normativa particular de su tipo. Como se expresó con anterioridad, la atipicidad es una característica del acto constitutivo. Por lo tanto, para el caso de estas sociedades, el apartamiento de sus propias reglas acarreará consecuencias para sus socios o administradores.

Como corolario, puede decirse que es atípica aquella sociedad "de un tipo de sociedad totalmente inusitado y extravagante, que no responda ni por nombre ni por caracteres organizativos a ningún modelo legislativo y haya obtenido la inscripción registral".[4]

### **3. Sociedad atípica e irregular** [\[arriba\]](#)

Mientras que la sociedad irregular es aquella instrumentada de acuerdo a los tipos previstos por la ley, pero que no cuenta con la inscripción registral; y la sociedad de hecho es aquella que más allá de no estar instrumentada están organizadas de acuerdo a alguno de los tipos sociales; la sociedad atípica es aquella instrumentada con un tipo desconocido a la ley local y que cuenta con inscripción registral.

Tanto las sociedades irregulares y de hecho como las atípicas resultan supuestos no deseados por el legislador.

El interrogante a plantearse es, ¿por que la ley societaria hace la distinción entre las sociedades irregulares y las atípicas, siendo que ni las unas ni las otras se adecuan formalmente a las disposiciones que expresamente se contemplan en la LSC.?

En la exposición de motivos, al analizar el art. 21 LSC, se alega que "no contemplar a las sociedades irregulares o de hecho, hubiera significado apartarse de la realidad, ignorando toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelven en su torno". Pero a su vez, se expresa que se regula "una categoría de sociedades viciadas en su forma y sometidas a un régimen único, cualquiera haya sido el tipo que los constituyentes hayan querido adoptar".

Como surge de la LSC existen cinco supuestos de sociedades que se extienden desde las típicas regulares hasta las atípicas: 1) sociedades de hecho, es decir, sociedades sin instrumento constitutivo y por ende sin registración (sociedades de hecho, art. 21 inc. 1); 2) sociedades instrumentadas de acuerdo a un tipo social, pero sin registración (sociedades irregulares, art. 21 inc. 2); 3) sociedades instrumentadas y registradas (sociedades regulares); 4) sociedades instrumentadas sin adecuación a un tipo social y con inscripción registral (sociedad atípica); 5) y por ultimo la sociedades

sin instrumentación y sin apego a un tipo social[5], siendo aquí donde se plantea el mayor interrogante.

Efectivamente y de acuerdo con la LSC, el último caso planteado se rige de acuerdo al art. 21 inc. 2. Es sobre este punto en particular donde se genera una incongruencia dentro del sistema societario,[6] dado que una sociedad sin instrumentación ni tipo social, recibiría un régimen más beneficioso que aquella instrumentada, pero sin apego a ningún tipo social.

Así las cosas, incumplir con organizar la sociedad conforme a uno de los tipos previstos por la ley, sería incurrir en un vicio formal, "cualquiera haya sido el tipo que los constituyentes hayan querido adoptar" (remitiéndonos a la exposición de motivos), por lo que no se ve a las claras una diferencia sustancial que amerite imponer un régimen distinto a las sociedades atípicas de las sociedades irregulares. Por lo tanto, "si la sociedad ha tenido una instrumentación atípica (que los será en la generalidad de los casos y lo es de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia), si ese contrato es ineficaz e inoponible respecto de socios y terceros, no se advierte cómo la mera existencia de un instrumento prácticamente inútil, sin embargo, tenga el efecto mágico de mutar la calificación de la sociedad de irregular a atípica, con las graves consecuencias que significa esta última calidad".[7]

#### **4. Nulidad por atipicidad** [\[arriba\]](#)

El art. 17 LSC dispone en su primera parte que "Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley." La jurisprudencia, como así también la doctrina ha interpretado que se trata de una nulidad absoluta[8], tomando como referencia que la norma posteriormente dispone la anulabilidad del contrato social ante la omisión de cualquier requisito esencial no tipificarlo (aquellos previstos en los art. 1 y 11 LSC)[9].

Para la normativa societaria el contrato social, "es un instrumento en el cual la voluntad de las partes está limitada por los rasgos esenciales del tipo social y el apartamiento de las partes de los tipos sociales es sancionado por la ley".[10] Por lo tanto "en caso de constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley, el legislador ha previsto la nulidad del contrato constitutivo, nulidad que deberá ser considerada como absoluta, por cuanto la tipicidad ha sido erigida por el legislador como una cuestión en donde está comprometido el orden público"[11].

No obstante ello, no debe considerarse la atipicidad como una nulidad absoluta. En primer lugar, porque de haberlo querido de esta forma, el legislador hubiera hecho hincapié en ello, tal como lo hizo con las nulidades de los arts. 18 y 19 LSC. Como se asevera en la exposición de motivos de la Ley "la inclusión de tipos dentro de la normativa social responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto". Así las cosas, "la tipicidad brinda seguridad al tráfico mercantil, pues los terceros saben, cuando contratan con una determinada sociedad comercial, cuál es el alcance de responsabilidad de los socios, quien se encuentra facultado para representarla y cuáles son, en definitiva, las pautas de su funcionamiento interno."[12]

Pero por el otro lado, el régimen del tipo adoptado por una sociedad es desplazado por uno más gravoso (art. 22 y ss. LSC) cuando se trata de sociedades irregulares

(art. 21 LSC). En estos casos, por más que los socios adoptaren un tipo social, si la sociedad esta comprendida en los casos del art. 21 LSC, la sociedad irregular tendrá un régimen propio (art. 22 y ss. LSC). Tan poco importancia tiene la elección de un tipo social para las sociedades irregulares que el art. 22 LSC dispone "La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta ley"

De tal forma, poca importancia tiene el tipo social para las relaciones inter e intrasocietarias en las sociedades irregulares, puesto que el contrato es inoponible entre los socios y para los terceros que se relacionen con ella, sin que esto implique una violación al orden público.

La tipicidad ha sido instaurada en pos del interés público, no así del orden público, razón por la cual en principio, no se observa impedimento alguno para afirmar que la nulidad del art. 17 LSC primera parte es relativa y por ende subsanable, no observándose razón alguna para que los socios corrijan el vicio que torna a la sociedad atípica.

Esta interpretación se inspira en el principio de conservación de la empresa, art. 100 LSC, que es invocado en la exposición de motivos para fundar la segunda parte del art. 17 LSC. "Por el art. 17 se prevé un régimen de subsanación de la nulidad que cubre la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, que de suyo no haga anulable el contrato. En este aspecto el proyecto ha buscado asegurar el principio de conservación de la empresa, que resulta también del art. 100, en la convicción de que no importa ventaja alguna el impedir la subsanación de un vicio mientras no medie impugnación judicial. La solución contraria pecaría de antieconómica, toda vez que no conjugaría los distintos tipos de intereses que convergen en el fenómeno societario y que deber ser tutelados coherentemente."

En consecuencia, no existe impedimento legal en considerar la nulidad por atipicidad del primer párrafo del art. 17 LSC como una nulidad relativa. Es lógico que la autonomía de la voluntad se limite para que las partes cumplan con la legislación vigente, pero no existe fundamento alguno que limite la autonomía de la voluntad para regularizar la situación jurídica, en pos de encauzar la misma en beneficio de socios y terceros.

## **5. Conclusión** [\[arriba\]](#)

La sociedad atípica es aquella que ha sido instrumentada e inscrita bajo un tipo desconocido por la ley, debiéndose descartar para estos supuestos a la sociedad atípica de hecho, como así también a las sociedades que devienen atípicas por la reforma de su contrato social o estatuto.

Debe afirmarse que existe un vacío legal en relación a la sociedad de hecho atípica. Enfocar a este tipo de sociedades dentro de las sociedades de hecho, produce una diferencia arbitraria con relación a las sociedades atípicas, privilegiando a aquellas sociedades que son tan o más precarias que estas últimas.

La tipicidad no ha sido impuesta para salvaguardar al orden público, sino que busca otorgar estabilidad a las relaciones inter e intrasocietarias, no existiendo impedimento alguno para considerar la nulidad del art. 17 LSC, como relativa que permitiría a los socios subsanar aquellos vicios que tornan atípica a la sociedad.

Por ende, no es objetable la limitación de la autonomía de la voluntad a los fines de que las partes actúen de acuerdo a los fines del legislador, pero resulta extremadamente formalista cercenar la voluntad de los socios de subsanar la atipicidad que caracteriza a la sociedad que constituyeran.

Resulta más coherente interpretar la atipicidad a la luz del principio de conservación de la empresa, posibilitando a los socios subsanar los vicios que recaen sobre el tipo, garantizando la subsistencia de la sociedad para bien de propios y ajenos.

Hasta la regularización de la sociedad atípica, la aplicación del régimen de las sociedades irregulares es la vía adecuada para no perjudicar a los terceros relacionados a la sociedad, extendiendo la responsabilidad de la sociedad atípica a sus socios.

## 6. Bibliografía [\[arriba\]](#)

1. Alegria, Héctor; Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria, en Academia Nacional de Derecho, 2008, publicado en La Ley online.
3. Borda, Guillermo; Tratado de Derecho Civil, Parte General T.º II, Ed. Perrot, Buenos Aires.
4. Halperin, Isaac y Otaegui, Julio Cesar; Sociedad Anonima; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.
5. Le Pera, Sergio; "Joint Venture y Sociedad", Astrea, Buenos Aires, 1984, en el trabajo allí incluido "Ley de sociedades y dogma jurídico".
6. Manovil, Rafael M.; "Impugnación de resoluciones asamblearios violatorias de normas de orden publico y de normas imperativas: Una imprescindible distinción", en Derecho Societario y de Empresa, Editorial Advocatus, Córdoba 1992.
7. Nissen, Ricardo A.; Curso de Derecho Societario, Ed. Ad-Hoc.; Buenos Aires; 2003
8. Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2006.
9. Vanasco, Carlos Augusto; Manual de Sociedades Comerciales, Ed. Astrea; Buenos Aires, 2001.
10. Zaldivar Enrique; Manovil Rafael M.; Rovira, Alfredo L.; Ragazzi, Guillermo E.; San Millan, Carlos; Cuadernos de Derecho Societario, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.

---

[1] Alegria, Héctor; Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria, en Academia Nacional de Derecho, 2008, publicado en La ley online.

[2] Zaldivar, Enrique; Manovil, Rafael M.; Rovira, Alfredo L.; Ragazzi, Guillermo E; San Millan Carlos; Cuadernos de Derecho Societario, Vol. 1, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 26

[3] Manovil, Rafael M.; "Impugnacion de resoluciones asamblearios violatorias de normas de orden publico y de normas imperativas: Una imprescindible distinción", en Derecho Societario y de Empresa, Editorial Advocatus, Córdoba 1992, Tomo II, pág. 317.

[4] Alegria, Replanteo...

[5] Alegria, Replanteo...

[6] LE PERA, Sergio; "Joint Venture y Sociedad", Astrea, Buenos Aires, 1984, en el trabajo allí incluido "Ley de sociedades y dogma jurídico", p. 221

[7] Alegria, Replanteo...

- [8] CCivCom. Córdoba, Nov. 15-1985, Kowalczyk, Mario c/La Casa del Técnico S.R.L., SAIJ, R 00.06730; CNCom., Sala C, 22/10/79, Burgos Tejeda c/Karmen Creaciones SCA; Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2006, Tº 1, p. 343-354; Vanasco, Carlos Augusto; Manual de Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 147-162; Zaldivar Enrique; Manóvil Rafael M.; Rovira, Alfredo L.; Ragazzi, Guillermo E.; San Millán, Carlos; Cuadernos... p. 111-126
- [9] "De lo dispuesto por los arts. 1047 y 1048 se desprende que la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla" Es por ello que pueden ser confirmadas. Borda, Guillermo; Tratado de Derecho Civil, Parte General T.º II, Ed. Perrot, pág. 412
- [10] Halperin, Isaac y Otaegui, Julio Cesar; Sociedad Anónima; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 174
- [11] Nissen, Ricardo A.; Curso de Derecho Societario, Ed. Ad-Hoc.; Buenos Aires; 2003, p. 171.
- [12] Nissen, Curso... p. 78.