

**SEMANA ACADÉMICA DEL INSTITUTO DE DERECHO
COMERCIAL
AÑO 2015
LOS RETOS DE LA MODERNIDAD: CUESTIONES DE DERECHO
COMERCIAL ACTUAL**

25, 26 Y 27 DE NOVIEMBRE DE 2015

Tema: LA ELECCIÓN DE LOS TIPOS SOCIALES

Título:
Sociedades en formación, irregulares, nulas y accidentales en participación un análisis crítico: diferencias y similitudes.

Resumen de su contenido: La ley de Sociedades Comerciales Nro. 16.060 establece determinada regulación para aquellas sociedades comerciales que se encuentren en formación o que no hayan cumplido con los requisitos de forma o contenido en el contrato social para lograr su válida y regular constitución. El presente trabajo analiza los aspectos fundamentales de las sociedades en formación, irregulares, nulas y accidentales en participación, pero sin pretender hacer un análisis profundo de cada una de ellas nos centraremos en los puntos que presentan mayores problemas y en sus las diferencias y similitudes. Asimismo la intención es generar en el lector la reflexión sobre un tema con el que nos enfrentamos en la práctica a diario y plantear algunas interrogantes que su regulación genera.

Sociedades en formación, irregulares, nulas y accidentales en participación un análisis crítico: diferencias y similitudes

Por Virginia Machado Martinez

SUMARIO. I) Introducción. II) Algunos conceptos, diferencias y Similitudes: Los problemas prácticos que se plantean: 1) Sociedades en formación. 2) Sociedades irregulares. 3) Sociedades nulas. 4) Sociedades accidentales en participación. III) Conclusiones.

I) Introducción.

El objeto del presente trabajo es efectuar el análisis comparativo entre las sociedades en formación, nulas e irregulares, reguladas por la ley de Sociedades Comerciales Nro. 16.060 (en adelante LSC). En este sentido definiremos cada una de las situaciones con la finalidad de determinar sus diferencias y similitudes y realizar un análisis crítico al respecto. Asimismo, se analizarán los distintos problemas que podrían generarse en la práctica al enfrentar cada situación. También distinguiremos estas sociedades de las sociedades accidentales o en participación, previstas en la LSC (art.483 a 488), puesto que ha ocasionado confusiones no menores en la práctica.

Estas reflexiones tienen la finalidad de plantear interrogantes para las que pretendemos encontrar respuestas o de lo contrario lograr que el lector se cuestione y se plantee distintas hipótesis a las que serán aplicables los conceptos analizados.

II) Algunos conceptos, diferencias y Similitudes: Los problemas prácticos que se plantean.

A continuación efectuaremos un breve análisis de las distintas sociedades siempre centrándonos en los diversos problemas que se nos pueden plantear y marcando las diferencias y similitudes entre ellas.

1) Sociedades en formación.

Las sociedades en formación se encuentran reguladas por los artículos 19 a 21 de la LSC. Una sociedad en formación es aquella que se encuentra en la etapa del iter constitutivo a efectos de lograr la regularidad.

Es importante tener presente que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 de la LSC, las sociedades comerciales son personas jurídicas desde el comienzo, esto significa que los socios una vez que hayan acordado celebrar un contrato social aunque sea verbalmente dan nacimiento a una personalidad jurídica. Pero mientras no exista contrato escrito estamos ante una sociedad de hecho (la que definiremos más abajo). Por lo tanto, para tratarse de una sociedad en formación y en consecuencia que se aplique la normativa prevista, debe al menos existir un contrato escrito, pues es a partir de allí que se empezará a contar el plazo para el cumplimiento de todos los requisitos formales establecidos por la ley para que la sociedad quede regularmente constituida¹.

Los plazos para el cumplimiento de los requisitos formales variarán según el tipo social elegido por los socios. Como hemos expresado, todos los plazos comienzan a contarse a partir de que los socios suscribieron el contrato social. En este sentido a partir del contrato social la sociedad tendrá un plazo de 30 días para efectuar la inscripción en el Registro Nacional de Comercio (art. 7 LSC), pero para el caso de Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada, además se deberá publicar un extracto del contrato social en el Diario Oficial y en otro diario de circulación del domicilio de la sociedad, dentro de los 60 días a partir de la inscripción en el registro (art. 227 para SRL y 255 para S.A.).

Es para esta etapa definida por la LSC como en formación que se aplicará lo dispuesto en los artículos 19 a 21. Esta sección no se encuentra en una de las principales fuentes de nuestra ley 16.060, la LSC argentina Nro. 19.550. Sin embargo, con gran atino los maestros comercialistas² encargados de presentar el proyecto de LSC, consideraron necesario incorporar disposiciones que regulen los actos realizados por la sociedad en esta etapa, que no es ni de regularidad, ni de irregularidad³.

¹ HARGAIN, Daniel. *Manual de Sociedades Comerciales*. Tomo I. Montevideo 2da. Edición 1991. AEU. Pág. 104.

² José Ferro Astray, Luis Delfino y Nuri Rodríguez.

³ Así en la exposición de motivos presentada ante la Cámara de Representantes, los autores del proyecto explicaron que “Entendimos que era necesario reglamentarla considerando los problemas que, en la práctica, se generan por la actividad de las sociedades en este período constitutivo”. Entonces continuaron “Otorgamos a la sociedad en formación, legitimación para los trámites de su constitución y la adquisición de aportes”. Por lo tanto “Se crea un régimen bastante similar al de las sociedades irregulares, con la diferencia, que en éstas no cabe ratificación de los actos sociales para liberar a los socios o administradores”.

Veamos entonces, el régimen que se aplicará a las sociedades en éste período pero centrándonos en los puntos más controvertidos.

El artículo 19 en su inciso 2, establece que al actuar en nombre de la sociedad deberá informarse al tercero que actúa en representación de ésta y además agregarse el aditamento “en formación” luego de la denominación social. De esta manera los terceros tendrán conocimiento de que están contratando con una sociedad que se encuentra dentro del iter constitutivo y por consiguiente sabrán el régimen aplicable.

Entendemos que el espíritu del legislador en esta disposición es el de la publicidad. Recordemos que estamos ante una sociedad que aún no ha dado cumplimiento a todas las etapas formales previstas (inscripción y publicación si corresponde), para que los terceros conozcan el tipo social y el contrato, por lo que de esta manera el tercero conocerá el régimen aplicable y sabrá cuál es el patrimonio que responderá por el cumplimiento de las obligaciones.

Y aquí se nos abre una interrogante, ¿Qué sucede si el socio actúa en nombre de la sociedad y así lo hace saber, pero no le agrega en aditamento “en formación”? Nada dice la ley al respecto. Si nada dice el representante ¿el tercero desconocerá que contrata en una sociedad en formación? Creemos que si el representante menciona que está actuando a nombre de la sociedad a pesar de no agregar el aditamento, el acto obliga a la sociedad, porque la ley no estableció sanción alguna al respecto. Por esta razón dicha omisión no tiene efectos.

Si bien el tercero tal vez desconoce que contrata con una sociedad en formación, este desconocimiento en nada lo perjudica porque pensará que lo está haciendo con una sociedad regular y en consecuencia que no tendrá la responsabilidad agravada de los socios (si contrata pensando que tiene menos garantías, con más razón lo hará sabiendo que tiene mayores garantías, porque es más gravosa la responsabilidad de los socios y tiene más patrimonio para cobrarse). Por lo tanto entendemos que dicha omisión no tendría efectos prácticos.

La sociedad en formación, puede recibir aportes de sus socios, pues se trata de una persona jurídica desde el acuerdo social (art. 2 LSC), y por lo tanto titular de un patrimonio (conjunto de bienes, derecho y obligaciones), por lo que podrá recibir cualquier aporte de parte de sus socios y reclamarle a estos el pago del mismo si se comprometieron a hacerlo y no lo hicieron.

En cuanto a los actos que puede realizar, que se encuentran regulados en el artículo 20⁴, si bien la lectura aislada del primer inciso del referido artículo puede confundir al lector, quien podrá concluir que el principio general es que la sociedad en formación solo puede realizar actos correspondientes al iter constitutivo, de la inmediata lectura del inciso siguiente, se desprende que la ley no limita los actos que puede realizar la sociedad en esta etapa de formación, pues podrá adelantar el cumplimiento del objeto social.

En cuanto a la responsabilidad prevista para la sociedad en formación por los actos realizados en esta etapa, además de la obligación directa de la sociedad (puesto que como hemos dicho ya es sujeto de derecho y tiene un patrimonio), se dispone expresamente que serán responsables junto con ésta de forma directa, solidaria e ilimitada, los socios, administradores, representantes (en estos dos casos serán por los actos en los que participen directamente si no fueran socios), fundadores o promotores (cuando se trata de sociedades anónimas quienes están claramente identificados son éstos). Esa responsabilidad es tanto por los actos necesarios para la regular constitución, como para los actos de anticipo del objeto social.

Se trata entonces de un tipo de responsabilidad “agravada” como sostiene gran parte de la doctrina, cuya finalidad es persuadir tanto a los socios como a los administradores o fundadores para que culminen rápidamente con la etapa de formación y la sociedad se regularice.

Ahora bien, la responsabilidad con estas características, cesará una vez que la sociedad se constituya regularmente, y aquí sí es donde la ley hace una distinción entre los actos relacionados con el iter constitutivo y aquellos que implican el adelantamiento del objeto social.

Veamos.

El primer inciso in fine del artículo 21 de la ley dispone que la responsabilidad de los socios por lo actos de la sociedad necesarios para su regular constitución (directa, solidaria e ilimitada), cesará de

⁴ Art. 20 LSC. “(Actos permitidos). Suscrito el contrato social, la sociedad sólo podrá realizar los actos necesarios para su regular constitución, incluyendo la adquisición de los bienes aportados. No obstante, la realización de actos que supongan el cumplimiento anticipado del objeto social comprometerá a la sociedad, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas en el artículo siguiente”.

manera automática una vez que la sociedad se regularice, empezando a regir la responsabilidad de acuerdo al tipo social elegido por los socios.

Por otro lado, cuando se trata de actos de adelantamiento del objeto social, la responsabilidad no cesará de manera automática, sino que cesará y comenzará a regirse de acuerdo a las normas del tipo social elegido una vez que estos actos sean ratificados por la sociedad.

Pero si bien la ley dispone que los actos deben ser ratificados, nada dice sobre cómo deberán ser ratificados, si de forma genérica o específica para cada acto, si en forma expresa o tácita; ni siquiera qué órgano de la sociedad será el encargado de realizar dicha ratificación.

Definir estas interrogantes no es una tarea menor, puesto que si la ratificación no es válida, la responsabilidad de los socios y administradores por estos actos continuará siendo directa, solidaria e ilimitada con la sociedad y no se aplicarán las normas correspondientes al tipo social elegido.

Por esta razón, este punto ha sido analizado por la doctrina. Entendemos junto a HARGAIN⁵ que la ratificación puede ser genérica o concreta, la ley no distingue así que tampoco debería hacerlo el intérprete, por lo tanto ambos tipos de ratificación serán válidos. Además, en aplicación de los principios generales, consideramos que la ratificación podrá ser expresa o tácita.

Pero más allá de la forma en que se produce la ratificación, sin dudas el punto más importante a dilucidar es determinar quién ratificará esos actos de anticipación del objeto social en la etapa de formación, esto es, a través de qué órgano la sociedad manifestará la voluntad de que cese la responsabilidad gravosa de los socios y administradores.

En este sentido, RODRIGUEZ OLIVERA⁶ entiende que la importancia del tema excede la gestión ordinaria de los negocios, y por tanto se requerirá el acuerdo de todos los socios, o resolución por asamblea, según el tipo social.

Sin embargo, no tenemos el honor de compartir su posición. Si bien es importante la ratificación porque su consecuencia es el cese de la responsabilidad agravada de los socios junto con la sociedad, consideramos que no excede la gestión ordinaria de los negocios, por el contrario se trata de ratificar actos de anticipación en el cumplimiento del objeto social, actos que son puramente de gestión. Por lo tanto el órgano que debería ratificar los actos de gestión, es aquel encargado de hacerlos, es el encargado de la gestión, esto es, el órgano de administración.

Pero además, y si estudiamos concretamente el caso de las Sociedades Anónimas, la competencia de la Asamblea de Socios está determinada taxativamente por la ley (art. 342 y 343 LSC), y la ratificación no está prevista como una de sus competencias. Pensamos con ITURRIA⁷ que “...no se trata de un acto reservado a la asamblea de accionistas (ordinaria o extraordinaria), sino que pertenece al conjunto de actos que, en tanto no atribuidos a otros órganos sociales, caen dentro de la esfera de competencias “residuales” del órgano de administración”.

Por lo tanto entendemos que el órgano encargado de ratificar aquellos actos de adelantamiento del objeto social será el órgano de administración y no la asamblea o reunión de socios, porque estos actos son actos de pura gestión.

2) Sociedades irregulares

Las sociedades irregulares son aquellas que **no cumplieron en tiempo y forma con los requisitos formales para su regular constitución**, sin embargo son personas jurídicas desde el acuerdo entre socios.

Las sociedades irregulares al igual que las en formación tienen su capacidad plena, quedan obligadas por su actos, pero claro está que como sucede en el caso anterior el representante debe hacer público que actúa en nombre de la sociedad, porque de lo contrario se obligaría personalmente.

Sin embargo, doctrina argentina, dentro de la que se encuentra ZALDIVAR⁸, sostiene que la personalidad jurídica de las sociedades irregulares es limitada y precaria. Así explica el citado autor⁹ “No obstante, así como se le reconoce personalidad, se coincide en afirmar que es precaria y restringida. Precaria en cuanto la sociedad puede ser disuelta cuando cualquiera de los socios así lo solicite (Art. 22, Ley) y restringida o

⁵ HARGAIN, Daniel. Op. Cit. Pág. 110.

⁶ OLIVERA RODRIGUEZ, Nuri. “Sociedades en formación” en www.derechocomercial.edu.uy.

⁷ ITURRIA, Richard. “La sociedad en formación. El cese de la responsabilidad de los socios, administradores, representantes, fundadores y promotores de sociedades comerciales por el desarrollo de actos que impliquen el cumplimiento anticipado del objeto social”. En *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Tomo I. FESPRESA 2007. Pág. 679.

⁸ Acompañado entre otros por CABANELLAS y MUGUILLO.

⁹ ZALDIVAR, Enrique. *Cuadernos de derecho societario*. Aspectos Jurídicos Generales. Volumen I. Abeledo-Perrot 1ra. Reimpresión, Buenos Aires, Argentina Pág. 124.

“limitada” (...) se trata de un caso en que la personalidad ha sido conferida en forma limitada”, en el entendido de que todos los socios representan a la sociedad, y la responsabilidad de los socios y administradores es directa, solidaria e ilimitada con la sociedad.

No estamos de acuerdo con esta posición, pensamos junto con RODRIGUEZ OLIVERA y LÓPEZ¹⁰, que no se trata de una personalidad restringida. Que cualquiera de los socios pueda solicitar su disolución y que haya normas especiales sobre responsabilidad, no tiene nada que ver con la limitación a la personalidad jurídica. El alcance de la personalidad jurídica se mide en relación a los actos y contratos que la sociedad puede realizar y no a la responsabilidad que los socios o los administradores, tendrán por los actos de la sociedad¹¹.

La ley dispone expresamente que el contrato no le es oponible a terceros y todos los socios representan a la sociedad (arts. 37 y 38 LSC).

La responsabilidad de los socios, administradores, representantes, promotores o fundadores tendrá las mismas características que en la etapa de formación, pero a diferencia de esas sociedades, la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada de los socios con la sociedad no cesa. La sociedad podrá regularizarse, pero la responsabilidad por los actos realizados durante el período de irregularidad se mantendrá. **Por lo que la gran diferencia con las sociedades en formación es el cese de la responsabilidad.**

3) Sociedades de hecho

Estas sociedades estarán regidas por la normativa de las sociedades irregulares, por tanto se le aplican las mismas normas sobre actuación y responsabilidad. La diferencia con las sociedades irregulares es el concepto, las sociedades de hecho **ni siquiera tienen contrato escrito**, pero también son personas jurídicas desde el acuerdo entre los socios como dispone el artículo 2 de la LSC.

Como no celebraron contrato por escrito jamás comienza a computarse el plazo para el cumplimiento de los requisitos formales. Esto quiere decir que es sociedad de hecho desde el inicio, nunca ingresa en la etapa de formación como si sucede con las sociedades irregulares, que durante el plazo para el cumplimiento de los requisitos de inscripción y de publicación pasa por un período de formación.

4) Sociedades atípicas

A las sociedades atípicas también se les aplica las normas de las sociedad irregulares, la diferencias con las tres sociedades analizadas es que estas sociedades tienen un contrato escrito pero el mismo no adopta un tipo social previsto por la ley.

Un aspecto no menor, es determinar exactamente cuando estamos ante una sociedad atípica, porque en la práctica no solo se dan casos de sociedades “*sui generis*” y por ello claramente atípicas, sino que hay algunos estatutos oscuros y poco claros que pueden confundir al intérprete. Al estudiar las sociedades atípicas HARGAIN¹² expresa que en la gran mayoría de estos casos provienen de no establecer en el contrato social alguno de los requisitos exigidos por la ley. Y explica que “*El art. 6 de la Ley regula el contenido necesario del contrato social, que debe incluir las siguientes disposiciones: individualización de los socios, tipo social adoptado, denominación, domicilio, objeto, capital, aportes, plazo, administración y forma en la que se distribuirán las utilidades y soportarán las pérdidas, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o anónima, habrán de incluirse también las menciones especiales exigidas por los arts. 226 y 251, respectivamente*”.

Consideramos que la posición del citado autor es muy extrema, si bien hay elementos esenciales exigidos por la ley para determinar un tipo social, entendemos que calificar a una sociedad como sociedad de atípica, por la falta de algún elemento de los previstos en el artículo 6 de la LSC, tiene consecuencias cuyos resultados pueden ser muy gravosos para los socios.

Por lo tanto, deberá analizarse cada caso en concreto, estudiarse el contrato social y definir si el elemento omitido es realmente trascendente y si desvirtúa el tipo social elegido. Porque habrá casos en que la ley llenará los vacíos del contrato social y por tanto no podría tratarse de una sociedad atípica. Es

¹⁰ RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri y LÓPEZ, Carlos. “Sociedades irregulares y de hecho” en www.derechocomercial.edu.uy.

¹¹ HARGAIN. Op. Cit. Pág. 97.

¹² HARGAIN, Daniel. Op. Cit. Pág. 95.

así que el artículo 16 prevé la forma en que los socios se distribuirán las ganancias y soportarán las pérdidas, cuando las partes nada digan.

5) Sociedades nulas

La ley prevé tres tipos de nulidades: por un lado aquellas que generan la nulidad del contrato social, por otro las que generan la nulidad de ciertas cláusulas manteniendo la validez del contrato, y una tercera hipótesis en la que será nulo el vínculo entre la sociedad y un socio, pero tampoco será nulo el contrato social.

Veamos entonces. De acuerdo a lo previsto por el artículo 23, **es nula una sociedad con objeto ilícito o prohibido, esta nulidad será absoluta y no subsanable** (oponible por cualquier interesado e incluso declarable de oficio).

El artículo se refiere a dos causales. Por un lado, la nulidad por objeto ilícito cuando el objeto en sí mismo infrinja el ordenamiento jurídico. Por otro, la nulidad por objeto prohibido, que consiste en el caso en que el objeto social esté vedado a determinados tipos sociales o prohibido porque alguna norma impide su prosecución.¹³

En esta hipótesis prevista por la ley la sociedad deberá liquidarse, el remanente deberá ir al Estado para el fomento de la educación pública y no será repartido entre sus socios.

Fuera de ésta hipótesis y con gran acierto, **la LSC prevé la conservación de la sociedad a pesar de la causal de anulación**. Así el artículo 24 dispone que aquellas causales de nulidad que afecten a un socio (vicios del consentimiento, falta de capacidad), afectará la relación de ese socio con la sociedad, no siendo viciado de nulidad el contrato social¹⁴. El efecto de estas nulidades será la rescisión parcial del socio y el pago de su correspondiente participación de acuerdo al artículo 154 de la ley.

Asimismo, **la ley mantuvo el mismo criterio en relación a la anulación de determinadas cláusulas, las llamadas leoninas, pronunciándose a favor de la conservación del contrato social y la nulidad de las cláusulas viciadas o prohibidas**, el artículo 25 enumera dichas cláusulas. Pero debido al objeto y la extensión del presente trabajo nos ocuparemos de comentar el numeral 1º del artículo, que reza *“Las que tengan por objeto desvirtuar el tipo social adoptado”*.

El artículo se refiere a la atipicidad, ahora la atipicidad dispuesta por el artículo 3 de la LSC ¿no dispone que las sociedades atípicas se registrarán por las normas de las sociedades irregulares? Sin embargo, dentro del capítulo correspondiente a las sociedades nulas encontramos una disposición que expresamente establece la nulidad de aquellas cláusulas que desvirtúan el tipo.

Aquí se produce un gran problema de interpretación, nótese que para la misma hipótesis las consecuencias son distintas, una es la aplicación del régimen de sociedades irregulares y la otra la nulidad de la cláusula. Entonces ¿Cómo debemos interpretar ambas disposiciones? Consideramos que habría que estar al caso concreto, analizar las cláusulas del contrato y realizar una interpretación armónica del mismo. Si de la lectura del contrato social surge claramente el tipo elegido por la partes podremos considerar que la cláusula que desvirtúa el tipo será nula, manteniéndose la vigencia del contrato y la tipicidad de la sociedad. De lo contrario si a pesar de encontrar una cláusula que desvirtúa el tipo, de la lectura de todo el contrato social no se puede directamente determinar el tipo elegido por los socios, en vez de anular la cláusula, deberíamos concluir que se trata de una sociedad atípica y le será aplicable el régimen de las sociedades irregulares. A pesar de todo lo antedicho, dejamos abierta esta gran interrogante.

Los actos y contratos celebrados por la sociedad con anterioridad a la declaración de la nulidad serán totalmente válidos, por lo que el principio general es la falta de retroactividad de la invalidez¹⁵. Sin embargo, de acuerdo al artículo 26 de la ley, luego de declarada la nulidad, la sociedad no podrá continuar con el desarrollo de su actividad y deberá liquidarse de acuerdo a las normas correspondientes.

¹³ MERLINSKI, Ricardo. Análisis Exegético de la ley 16.060 Sociedades Comerciales. Tomo I. FCU Agosto 1995. Pág. 33.

¹⁴ Salvo en el caso en que esa nulidad afecte el vínculo del socio al que pertenece la mayoría del capital, la sociedad quede reducida a un socio o se desvirtúe el tipo social. Pero de todas formas ésta nulidad será subsanable.

¹⁵ ESCUTI, Ignacio. “El régimen de invalidez societaria en la ley uruguaya N° 16.060” en Anuario de Derecho Comercial Tomo 5. FCU 1991. Pág. 61.

Finalmente, y con carácter general la ley establece en el artículo 28 que **en caso de nulidades no subsanables, los fundadores, socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión de la sociedad** (esto es, quiénes actuaron al frente de la sociedad), **serán responsables directa, solidaria e ilimitadamente con la sociedad por el pasivo social y por los perjuicios causados**. Por lo tanto la responsabilidad consagrada en este caso tiene las mismas características que en caso de sociedades en formación e irregulares, agregándose expresamente la responsabilidad por los daños causados y aumentándose el elenco de obligados a quien tenga en los hechos la gestión de la sociedad. La finalidad de la ley es claramente punitiva hacia aquellos que actuaron en la sociedad conociendo o al menos debiendo conocer que padecía de una nulidad no subsanable.

6) Sociedades accidentales o en participación

Las sociedades accidentales o en participación se encuentran reguladas por los artículos 483 a 488 de la LSC. Estas sociedades a diferencia de todos los casos analizados en este trabajo **no son personas jurídicas, no deben cumplir requisitos de forma como las sociedades comerciales**. El referido contrato se realizará entre dos o más personas para la **consecución de un negocio determinado y transitorio**.

Pero además y entendemos esta es la diferencias fundamental con el resto de la sociedades analizadas **lo que define a una sociedad accidental o en participación es su forma de actuar**. Estas sociedades no actúan a través de un representante, sino que **actúan a través de un gestor, el acuerdo entre los socios queda reservado a la esfera interna y en la relación con terceros actúa un gestor a nombre propio**. El tercero desconoce el contrato que une a esos socios, sólo sabe que contrató con una persona física que responderá por sus obligaciones ante ese acreedor con todo su patrimonio en aplicación de las normas de derecho común (art. 2372 Código Civil).

Por consiguiente, el factor determinante y fundamental de las sociedades en participación es como sostiene XAVIER DE MELLO¹⁶ la falta de publicidad. El gestor actúa en nombre propio. Entonces, la forma de exteriorizar la relación social ante el tercero será determinante para saber si se trata de una sociedad accidental o en participación o no.

Entendemos que este es el elemento más importante que caracteriza a esta clase de sociedades y no así que el negocio sea accidental, porque si bien la ley prevé expresamente que el negocio sea transitorio, no encontramos obstáculo alguno para que sea un negocio con vocación de duración permanente, al que por analogía se la aplicarían las mismas normas que para negocios accidentales.¹⁷

IV) Conclusiones.

El presente trabajo, tuvo como objetivo el análisis de las sociedades en formación, irregulares, nulas y accidentales o en participación, realizando la comparación entre cada sociedad.

Entendemos que el tema elegido ha sido analizado profundamente por doctrina nacional y extranjera, no obstante la ley aún deja algunos puntos sin resolver. Este análisis crítico busca reflexionar sobre un tema más que interesante y con el que nos enfrentamos a diario en la práctica.

Luego de todo el análisis efectuado concluimos que la sociedad atípica es la que nos genera mayores dudas e interrogantes, sobre todo cuando nos enfrentamos a algunas cláusulas que deben estar previstas en el contrato social y no lo están, pero no desvirtúan el tipo propiamente dicho (ejemplo no estableció un plazo, o el domicilio). Hemos dejada abierta la interrogante sobre qué sucede con aquellas cláusulas que desvirtúan el tipo, pero a pesar de ellas al leer el contrato social surge claramente cuál es el elegido por los socios, ¿qué norma se aplica en este caso? ¿se trata de cláusulas nulas? o ¿es una sociedad atípica? Todas estas interrogantes habrá que desentrañarlas en el caso concreto y estudiar el contrato social aplicando los principios que rigen la materia societaria.

¹⁶ XAVIER DE MELLO, Eugenio. "Publicidad de hecho y personalidad jurídica" En *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Tomo I. FESPRESA 2007. Pág. 702 y 703. En palabras del citado autor "...no siempre, quienes acuerdan la realización de actividades económicas de interés común y repartirse los beneficios resultantes, desean hacerlo mediante la presentación externa del conjunto de los participantes como un sujeto de derecho diferenciado. En efecto puede preferir que dichas actividades sean realizadas a su propio nombre por uno o algunos de ellos, sin perjuicio de que estos últimos luego trasladen a los demás la parte que les corresponde en los referidos beneficios. En tales casos no estaremos ante una sociedad regular, irregular ni de hecho. Sino un negocio en participación, ya sea este nominado (sociedad accidental o en participación) o innominado..."

¹⁷ Existe doctrina que sostiene que la nota característica y más importante es la accidentalidad, dándole prioridad a esta sobre la publicidad. Así FREIRÍA Laura comentando una sentencia en el Anuario de Derecho Comercial Tomo 13, Pág. 452, explica que "...no es un elemento determinante del tipo social el hecho que determinados socios aparezcan como gestores. (...) sino también su carácter efímero, esto es la realización de negocios determinados y transitorios".