

Reflexiones sobre el principio de tipicidad en las sociedades mercantiles

Gastón Certad- Maroto*

Sumario 1.- Sobre las denominadas "normas imperativas de configuración". 2.- La (necesaria) tipicidad de las sociedades mercantiles. Sociedades típicas con cláusulas atípicas. 3.- Sobre el llamado "tipo social". 4.- Elementos que sirven para individuar el tipo social: la responsabilidad. Las denominadas sociedades de personas y sociedades de capital. 5.- Análisis del problema con fundamento en los elementos considerados. 6.- Conclusiones.

1.- En un artículo reciente¹, examinamos los límites a la autonomía privada puestos por las llamadas "normas imperativas prohibitivas", esto es, aquellas normas mediante las cuales el legislador, de manera expresa -y la jurisprudencia en vía interpretativa- sanciona la ilicitud de una declaración de voluntad privada hecha por un sujeto de derecho. La función de esa clase de normas imperativas es, como allí dijimos, la necesidad del derecho de impedir *el foedus iniquum*. Sin embargo, esas disposiciones no agotan la totalidad de las normas imperativas, pues en esa categoría

* Doctor. Profesor Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A.

1. CERTAD, Gastón, "Personalidad jurídica y autonomía privada en el derecho societario", próximo a publicarse en la *Revista de la Escuela*

general también se hallan las llamadas "normas imperativas de configuración", que absuelven la función de individuar el tipo contractual y la disciplina aplicable a la *fattispecie* concreta efectuando también la tarea fundamental de mantener íntegra; las características en que se funda un determinado tipo legal, finalidad esta que el ordenamiento garantiza sancionando el carácter imperativo de la norma que lo configura.

2.- La doctrina tradicional del derecho de sociedades ha siempre considerado que en el sistema delineado por casi todos los códigos de comercio y leyes de sociedades comerciales desde principios del siglo XIX que nosotros conocemos, incluyendo el nuestro, las sociedades reguladas conforman un sistema *numerus clausus*².

De acuerdo con esta posición, se le estaría impidiendo a la autonomía privada la creación de contratos atípicos que tuvieran por objeto el ejercicio en común de una actividad lícita con la finalidad de dividirse las partes las utilidades y/o pérdidas generadas dentro de un determinado período.

La *ratio* de semejante posición la encontramos seguramente en la circunstancia de que las personas jurídicas, precisamente por ser una creación del ordenamiento, deben encontrar en él su propio reconocimiento. Por eso es que no nos resulta posible a nosotros crear sujetos jurídicos atípicos, porque el ordenamiento reconoce la personalidad únicamente a aquellos organismos, distintos a las personas físicas, que contengan los requisitos fácticos por él mismo exigidos.

Además, la prohibición de constituir sociedades atípicas la encontramos en (concretas) elementales razones de política legislativa: el ordenamiento permite la libre autonomía a la voluntad de las partes en la determinación de sus recíprocos derechos y

2. Comparte esta opinión en nuestro medio el prof. Fernando MORA en su artículo "Sociedad, asociación y cooperativa", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 16, San José, Costa Rica, pp. 51 ss. Véase en la doctrina italiana a AMATUCCI, A., *Società e comunione*, Morarto Editore, Napoli, Italia, 1971, p. 101; FERRI, Giuseppe, "Le società", en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Giuseppe Vasalli, vol. X, t. 3°, U.T.E.T., Torino, Italia, 1971, p. 73; GRAZIANI, Alessandro, *Diritto delle società*, Moran° Editore, Napoli, Italia, 1963, p. 13; GRECO, Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti generali*, U.T.E.T., Torino, Italia, 1959, p. 58; JAEGER, Pier Giusto-DENOZZA, Francesco, *Appunti di diritto commerciale*, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1989, p. 120.

obligaciones, siempre que los respectivos negocios se ejecuten siguiendo las formas dadas por el mismo ordenamiento. Y porque el contrato de sociedad se constituye una organización destinada a operar frente a terceros, para garantizar a esos terceros, el legislador, por escogencia de política legislativa, habría comprimido el ámbito de aplicación de la autonomía privada, imponiéndole a los contratantes la escogencia del modelo societario pero solo entre los tipos normativamente previstos³.

De lo anterior se infiere que los criterios con fundamento en los cuales fueron escogidos y regulados por la ley los distintos tipos de sociedades previstos, esto es, las contenidas en el ordinal 17⁴, se inspiran en exigencias de orden público, en especial para la protección de la fe pública y de los acreedores sociales en particular⁵.

En todo caso, la eventual sociedad atípica que se llegare a constituir sería castigada con las sanciones que el intérprete considere tener que aplicar, tomando en consideración el tipo de violación de que se trate.

De todas maneras, nos parece bien difícil encontrarnos con una sociedad atípica, entendida como sociedad con un *nomen iuris* y una disciplina que no se reconduzca, *prima facie*, a uno de los tipos disciplinados por el *Código*, ello porque: a) el contrato de sociedad es, sobretodo, un contrato de organización interna de una futura actividad, con la consecuencia de que los contratantes que trataran de adoptar un modelo societario atípico deberían necesariamente contemplar, dentro del acto constitutivo o en el estatuto, una minuciosa reglamentación apta para predeterminar, uniformemente, sus relaciones y su comportamiento en relación con la actividad futura que realizarán con el ejercicio de la empresa; b) en materia societaria, la vasta gama de los modelos organizativos previstos por el *Código* es especialmente idónea para hacer que los contratantes prefieran adoptar un determinado modelo legal al que va unida una articulada disciplina⁶ y c) la

3. GRAZIANI, op. cit. en nota anterior, p. 14.

4. Cuando en este opúsculo citemos un artículo de ley sin indicar su procedencia se entenderá que pertenece al *Código de Comercio*.

5. GRECO, op. cit. en nota 2, p. 59.

6. Y es ésta la principal función del elemento tipológico: la determinación de la disciplina aplicable.

sospecha o escasa confianza que los terceros puedan tener ante formas contractuales desconocidas (o bien poco conocidas por ser nuevas) en la praxis comercial, lo que constituye un importante elemento psicológico⁷.

Ahora bien, si la hipótesis de una sociedad atípica *tout court* puede ser considerada como escolar o de pizarra, la fattispecie que más seguramente se nos presentará en la praxis es la de la sociedad "formalmente" típica, pero "sustancialmente" atípica por contener cláusulas contrastantes con el tipo escogido⁸.

3.- Llegados a este punto nos parece que no podemos continuar si no intentamos conocer el significado mínimo atribuido por la doctrina mercantilista al concepto de tipo, para poder identificar el elemento (o los elementos) que nos permita(n) identificarlo.

La doctrina contractual tradicional individuaba el elemento que identificaba al tipo con la causa del contrato, estableciendo una estrecha relación entre esos dos elementos, considerando que a cada causa correspondía un tipo de negocio distinto⁹. Esa posición fue acogida por aquella parte de la doctrina mercantilista que, identificada la causa de la sociedad con los tipos, construyendo, consecuentemente y en relación con cada tipo de sociedad, una causa diferente.

Posteriormente se aclaró que causa y tipo son dos entidades conceptualmente distintas: tipo contractual y tipicidad atienden el problema de la exacta individuación de la disciplina aplicable a una determinada operación económica ejecutada por las partes; mientras que la causa se refiere a la naturaleza del interés perse-

Es evidente que los tipos contractuales presentes en nuestro *Código de Comercio* no son otra cosa que la evolución de tipos preexistentes a los que el desarrollo del derecho y de la economía les ha añadido otros elementos sucesivamente admitidos e incluidos por el legislador.

7. Este aspecto relativo a la confianza de los terceros nos parece un ingrediente muy importante porque, también la objetivación de las formas, es un elemento que favorece las actividades mercantiles.
8. GIORDANO, Domenico, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, pp. 101-102; MORELLO, A., *Le società atipiche*, Giuffrè Editore, Milano, 1983.
9. BETTI, Emilio, "Teoría general del negozio jurídico", en *Trattato di diritto civile* dirigido por Filippo Vassalli, U.T.E.T., Tocino, Italia, 1960, p.185; CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Edit. Bosch, Barcelona, España, 1957.

guido por ellas¹⁰, la causa, nos dice Ferri, "se identifica con el interés mismo, deducible de todo el cuadro de la operación económica del negocio"¹¹.

Esta contraposición entre causa y tipo fue acogida en materia societaria, afirmándose que el legislador, al describir la *fattispecie* societaria, utiliza un sistema de tipificación basado en dos niveles consecutivos: el primero, individua la función a la que la sociedad está destinada; el segundo, individua la organización que el ente societario puede adoptar para realizar el proyecto asociativo. parafraseando a Spada afirmamos que "del momento funcional el intérprete obtiene el "porqué" se asocia; mientras que de los modelos organizativos se recaba el "cómo" se realiza el programa asociativo¹².

Trasladada correctamente la atención del elemento funcional a la *fattispecie*, se ha considerado que el tipo puede individuarse bien en la prestación principal, bien en las normas inderogables que la caracterizan.

Más recientemente, la doctrina alemana ha distinguido el proceso que lleva a la individuación del tipo del que lleva a la elaboración del concepto.

De todo lo anterior se concluye que los criterios enunciados para la individuación concreta del tipo son profundamente diferentes entre sí, pero, no obstante, esa diversidad, las distintas opiniones convergen en la circunstancia que:

- a) el tipo debe tener una autonomía estructural que permita distinguirlo de los demás tipos;
- b) el elemento que individua el tipo debe considerarse dotado de un carácter que individualice la *fattispecie*;
- c) dicho elemento debe ser querido o, por lo menos, no desdeñado por las partes.

10. DE NOVA, G., *fi tipo contrattuale*, CEDAM, Padova, Italia, 1971, p. 59; FERRI, G.B., *Causa tipo del negozio giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1965 PP. "

11. G.B., op. cit, en nota anterior, pp. 248 ss.

12. P., *La tipicità delle società*, CEDAM, Padova, Italia, 1974, p. 9.

Estas consideraciones nos explican la relevancia que tienen los elementos típicos en el procedimiento de reconducción del negocio a *lafattispecie* abstracta y justifican los ulteriores corolarios que de ella descienden como (i) la inderogabilidad de las disposiciones que identifican al tipo y (ii) la eventualidad de la recalificación del contrato mismo.

El legislador, que ha previsto toda una serie de tipos contractuales y los ha dotado de una disciplina basada sobre el *id quod plerunque accidit*, debe, necesariamente, preservar la identidad del tipo, lo que logra haciendo inderogable el elemento (o los elementos) que lo determina(n). En el conflicto entre elementos que identifican el tipo y cláusulas con ello incompatibles, la preferencia debe dársele siempre a los primeros".

4.- El criterio de identificación más común (aunque algo vetusto) adoptado por la doctrina comercial para individuar un determinado tipo societario ha sido el de la responsabilidad. Durante mucho tiempo los autores distinguieron las sociedades tomando en consideración el régimen de la responsabilidad de sus socios".

Sin embargo, la doctrina más reciente considera que la responsabilidad no es idónea para fungir como elemento identificador del tipo social, pues siguiéndose los postulados de la doctrina tradicional se llega a confundir el efecto con la causa¹⁵. Y es que en realidad de verdad el régimen de la responsabilidad no es otra cosa que una consecuencia de la disciplina y, por ende, no puede ser utilizado para individuar la disciplina misma.

Dejando de lado las denominadas sociedades de personas, por su escasísima utilidad práctica en nuestro medio, y centrándonos en las de capital, s. a. y s.r.l., los mismos autores defensores del criterio de la responsabilidad sostienen que estos tipos

13. GIORDANO, op. cit. en nota 8, p.111; SPADA, op. cit. en nota anterior, p. 435.

14. ASCARELLI, Tullio, "Considerazioni in tema di società e di personalità giuridica" en Sa di diritto commerciale, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1975, p.177; COTTINO, Gastone, *Diritto commerciale*, I, 2, CEDAM, Padova, Italia, 1987, p.115; FERRARA Jr., Francesco, *Le imprese e le società*, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1971, pp. 189-190; VIVANTZ ^{Cesare}, *Le istituzioni di diritto commerciale*, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1937, p. 84.

15. Diritto,)000CVII, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1990, p. 979; SPADA, op. dt. en nota 12. pp. 51, 52 y 72.

societarios son "tipos de organización" y no "tipos de responsabilidad".

Así se afirma que el elemento que contribuiría a su individuación sería la función organizativa que la ley le asigna al capital social., que en estas sociedades asume la función de instrumento de *medida* de las situaciones subjetivas del socio, tales como el poder de voto y el derecho al dividendo y a la cuota de liquidación¹⁷. Pero a nosotros nos parece que más que un elemento que identifica el tipo, el particular modo que asume el capital social es un elemento distintivo de la disciplina de la s. a. respecto de la s.r.l.

Para otros autores, los elementos que caracterizan típicamente la s.r.l. están representados por la combinación de dos factores: la exclusión de la responsabilidad ilimitada y la imposibilidad de emitir títulos de participación idóneos para circular¹⁸.

Seguramente correcta nos parece la consideración de que la individuación del tipo contractual pueda ser fruto de la combinación de dos o más elementos típicos. Lo que nos suscita dudas es que los elementos evidenciados sean realmente idóneos para fungir como elementos de identificación del tipo (pues si bien las cuotas "no nacen para circular" como las acciones, sí presentan una innegable aptitud para la circulación!).

También se ha dicho que otro carácter de diferenciación típico entre s. a. y s.r.l. se encuentra en la presencia en esta última de elementos personalistas, esto es, en la mayor adherencia de la sociedad a las personas de los socios y en la mayor participación de estos en la vida de la sociedad'.

Pero lo cierto es que la disciplina de la s. a. no está exenta de elementos personalistas, algunos inmersos en el mismo título accionario -como los derechos que corresponden al socio *u ti*

16. SPADA, op. cit. en nota 1 2, p. 38.

17. Esta función de medida desarrollada por el capital social es común a ambos tipos sociales. Lo que distinguiría entonces a estos dos tipos sería la diversidad en la unidad de medida escogida: la acción en las a., moneda con curso legal en la s.r.l.

18. ASCARELLI, op. cit. en nota 14, p.177 y, siguiendo sus pasos, DAL MARTELLO, A.

19. FERRARA), F.-CORSL F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffré Editore, Milano, Italia, 2001, P. 786.

singulus, (receso y suscripción preferente), otros ajenos a él. Además, no nos olvidemos que elementos personalistas relativos a las acciones pueden ser introducidos mediante la previsión, en el pacto social o en el estatuto, de cláusulas de agrado, en las cuales las obligaciones conexas a la prestación responden a las características propias del socio (con fundamento en el art. 138), cualidades que prescinden de su *status* de miembro de la colectividad organizada y que, por lo tanto, no están incorporadas en la acción.

Se concluye entonces que la acción puede tener no sólo elementos "capitalistas" de unidad de medida -que serían los más-sino también elementos "personalistas", no siendo entonces en la realidad tan diferentes a las cuotas de la s.r.l.

La doctrina tradicional, por su parte, fijó la distinción típica entre s.a. y s.r.l. en la circunstancia, en realidad más sociológica que jurídica, de que la primera representaría el modelo societario de la gran empresa, mientras que la segunda sería más bien la forma societaria propia de la empresa mediana y pequeña*.

Otros han puesto el acento no en la dimensión sino en la estructura: la s.r.l. es un tipo societario dirigido a satisfacer más bien las necesidades conexas a la estrechez de la composición social, que llevaría a los socios a escoger esta forma de sociedad por (i) sus más simples formalidades constitutivas, (ii) su más simple funcionamiento, pudiendo renunciar a órganos y procedimientos indispensables en la s. a., con ahorro de los correlativos costos y (iii) en la conservación de la responsabilidad limitada a pesar de su ingerencia estable y directa en la gestión social y de la adopción de estructuras sociales internas caracterizadas por la constante relevancia de las personas de los socios..

Pero lo cierto es que este paso de la dimensión a la estructura fue efectuado de manera más lograda y consciente por aquellos autores que consideran que a la s.r.l. puede aplicársele el método

20. Véanse, entre otros, GALGANO, Francesco, *La societii per azioni. Le altre societii di capitali. Le cooperative*, Zapichelli Editor, Bologna, Italia, 1978, pp, 11 ss, y 244 ss,
21. RIVOLTA, G.C., "La societá a responsabilitá limita.", en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu y Francesco Messineo, XXX, 1, Giuffre Editore, Milano, Italia, 1982, p. 40.

típico, de origen alemán²², y para quienes lo que distinguiría la s. a. de la s.r.l. sería la normal irrelevancia de la persona de los socios en las relaciones internas y la poquísima injerencia de ellos en la gestión de la empresa, en aquella, frente a un conjunto de personas generalmente más reducido y de una figura de socio más inclinada hacer valer su opinión en las vicisitudes de la sociedad, tanto a nivel deliberativo como de control, en ésta²³.

A fuer de sinceros, debemos reconocer que las posiciones asumidas por esta última doctrina tienen un doble valor: por un *lado*, el intento de dotar a la s.r.l. de una individualidad típica autónoma, separada del modelo legislativamente prevaleciente de la s. a., y, por el otro, descubrir en el código una normativa aplicable que efectivamente le permita a esa individualidad típica adquirida tener vida propia²⁴.

Ahora bien, como de todos es sabido, uno de los principales problemas interpretativos de la s.r.l. es la individuación de la disciplina aplicable, y ello por el sinnúmero de lagunas que la misma presenta debido a la "escasez" de su normativa y a la lamentable omisión de un ordinal que remita a las normas reguladoras de la sociedad en nombre colectivo o bien de la sociedad anónima, según sea el caso²⁵. Sin embargo, Zanarone, que prohija la reconstrucción de la disciplina de la s.r.l. mediante el llamado método típico, considera que "no hay obstáculo alguno para extenderle analógicamente normas que, no obstante estar colocadas en la sede material de la s. a. o de la sociedad en nombre colectivo, reflejan elementos típicos que estas figuras tienen en común con la s.r.l. o, todavía más, resultan expresión de principios generales del entero derecho societario"²⁶.

A nosotros nos parece, con Giordano, que resultados análogos a los alcanzados con el método típico pueden conseguirse, con mayor seguridad interpretativa y sin comprometer aspectos

22. Que se caracteriza por la contraposición entre "tipo" y "concepto", véase DE NOVA, op.cit en nota 10; ZANARONE, G., "Società a responsabilità limitata", en Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, VID, CEDAM, Padova, Italia, 1985.

23. ZANARONE, op. cit. en nota anterior, p. 37.

24. GIORDANO, op. cit. en nota 8, pp. 136-137.

25. Norma que sí contenía la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1942.

26. Op. cit. en nota 22, p. 178.

ligados al tipo (sea este abstracto o concreto), recurriendo a la analogía, es decir, considerando aplicable a la s.r.l. todas aquellas disposiciones que tengan un fundamento común en la *eadem ratio*²⁷.

5.- De todo lo que hasta aquí hemos dicho puede concluirse que los elementos indicados por la doctrina para identificar un determinado tipo societario son extremadamente heterogéneos variables, alternativos entre sí, lo que al final nos induce a preguntarnos si es realmente posible encontrar para cada tipo social elementos sustanciales de identificación útiles para diferenciarlo de cada uno de los demás.

Esta tendencia doctrinal de querer encontrar a toda costa en los distintos modelos societarios en el código elementos que los identifiquen es producto, nos parece, de un lamentable error generado por la influencia del derecho de la contratación en donde a la disciplina general del contrato se acompañan las disciplinas de los distintos tipos negociales, así como también de la definición misma de "tipo", a lo que ya nos hemos referidos líneas atrás.

Nuestro *Código de Comercio* -al igual que tantos otros que conocemos-, en su libro II, de las obligaciones y de los contratos, ha previsto la figura general del contrato -que también es un tipo(arts. 411-437) y, junto a ella, la de una serie de tipos contractuales autónomos (vgr. la compra-venta, arts. 438 ss.), ulteriormente subdivididos y articulados en subtipos (vgr. la venta de cosa ajena (440); la venta de cosa futura (441), la venta a prueba (450), la venta con garantía (452), la venta de cosas que se acostumbran gustar (453), la venta sobre muestras o calidades conocidas en el comercio (455), la venta con reserva de dominio (458), la venta bajo cláusula CIF o C y F (473), la venta bajo cláusula FOB (474)). Concluimos entonces que nuestro código instaura una relación entre contrato y tipo, en el sentido que a cada contrato pertenece un tipo; la inscripción del tipo dentro del contrato se da mediante la individuación de aquel elemento (o elementos) que caracteriza(n) sólo, exclusivamente, a ese determinado tipo: ese elemento (o elementos) que determina(n) el tipo caracteriza(n) por lo tanto a ese determinado contrato y lo diferencian de otras figuras más o menos afines.

27. Op. cit. en nota 8, p.141. Todas estas distinciones y conclusiones ya habían sido expuestas por nosotros en nuestro libro *La sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Juritexto, 2ª Edición, San José, Costa Rica, 2005, pp. 48 ss,

Pero además de la presencia del elemento (o elementos) indispensable(s) para determinar el tipo es necesario que ese *elemento* (o elementos) sea(n) querido(s), deseado(s) (o cuando menos no rechazado-s-) por los contratantes.; y es que entre la volición y el elemento (o elementos) debe instaurarse una relación para abarcar el todo. Así, en torno a ese elemento (o elementos) que identifican al tipo, el legislador construye la disciplina que considera más equitativa para los intereses de ambas partes.

En el sistema del derecho societario (arts. 17-233), en cambio, no nos parece que el legislador haya creado tipos societarios dotados de elementos típicos caracterizadores. La prueba de ello es que, al presente, como creemos haberlo demostrado hasta aquí, la doctrina societaria no ha logrado identificar pacíficamente ese elemento o elementos.

Más bien nosotros creemos que las recientes reformas al derecho societario de los países de la CEE han acentuado más la dificultad de individualizar las normas imperativas de configuración, esto es, aquellas que individualizan el tipo social²⁹.

6.- Con vista en lo anterior creemos que estamos en grado de afirmar que la equivocación en la cual parece haber incurrido la doctrina societaria es la de considerar los tipos societarios como tipos de negocios autónomos respecto al concepto general de sociedad. A esto se llega fácilmente transfiriendo a la relación "contrato de sociedad"- "tipos societarios" las conclusiones a las cuales llegó la doctrina en lo tocante a la relación entre "contrato" y "singulares tipos contractuales".

Considerando los tipos societarios de segundo grado (s.r.l., s. a., etc.) como subtipos de negocios del contrato de sociedad, se ha transferido a ellos el método investigativo del elemento del tipo adoptado para individualizar la *fattispecie* del negocio propia de los

28. CIORDANO, op. cit. en nota 8, p. 146.

29. Con esa reforma el legislador hizo de la s.r.l. un modelo elástico puesto al centro del entero sistema societario, el modelo base para el ejercicio de la actividad empresarial con límite de responsabilidad, un modelo organizativo abierto, idóneo a gravitar en el área de la s. a. (salvo la posibilidad de emitir títulos accionarios) o en el área de las sociedades de personas; en síntesis, podríamos decir que la s.r.l. en los países de la CEE hoy es una prenda que "*fits all sizes*". Todo parece indicar que la reforma del derecho de sociedades tiende, como ha dicho alguno, a una "destipificación" de los tipos societarios.

contratos previstos en los capítulos II a XIII del Libro Segundo de nuestro *Código de Comercio*.

Así se ha buscado en la disciplina normativa aquel elemento (o elementos) típico(s) relevante(s) respecto al (los) cual(es) se puede decir que los contratantes, ejerciendo su autonomía privada han escogido, entre los tipos disciplinados en el *Código*, aquel determinado tipo societario en cuanto han querido ese particular aspecto que identifica al tipo. En síntesis, se ha aplicado a las *subfattispecie* societarias la relación *tipo-fattispecie* del negocio propia del derecho contractual.

El otro error en el que nos parece ha incurrido la doctrina es el haber considerado que la expresión "tipo" equivalga a "tipo de negocio" en la acepción apenas evidenciada, cuando por el contrario "tipo" es en realidad un término genérico que sirve para individuar un particular modelo organizativo que no coincide necesariamente -ni tiene porqué coincidir- con el "tipo de negocio". Nótese que el concepto de tipo, en su significado general, no indica necesariamente un concepto jurídico, pues se habla también de tipo social, de tipo organizativo, etc...

Si, como hemos dicho, los tipos societarios singulares no son tipos de negocio de la misma manera en que lo son los "tipos contractuales singulares", es necesario ahora que nos cuestionemos, ¿qué son?

La respuesta a esta interrogante la dio quien afirmó, correctamente, que las distintas sociedades mercantiles no son tipos de negocio, sino que se agotan en el mero plano de la disciplina³¹.

Tenemos entonces que, en materia societaria, las *sub-fattispeck* no son otra cosa que modelos organizativos libremente utilizables que operan sobre el mero plano de la *fattispecie*, conclusión esta que nos lleva a algunas consecuencias prácticas y teóricas muy relevantes.

30. De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española* edición) tipo es: "1. modelo, ejemplar...3. Ejemplo característico de una especie, género, etc.... 7. Clase, índole, naturaleza de las cosas...".

31. SPADA, op. cit. en nota 12, pp. 92 y 435.

Una primera consecuencia es que en la constitución de una sociedad, la autonomía privada no debe traspasar las fronteras puestas por el principio de tipicidad, en cuanto es imposible individualizar, en los modelos organizativos no contractuales, normas de configuración, esto es, normas con valor típico y caracterizador. Entonces, ¿cómo se escoge el tipo organizativo?

Los contratantes escogen el tipo organizativo con base en la valoración conjunta de una serie de elementos de la disciplina, tales como la responsabilidad, la organización, la estructura corporativa o personalista, la mayor o menor aptitud de la participación social a la circulación, la posibilidad de financiarse recurriendo al mercado del capital de riesgo, etc.

En conclusión, el juez, a falta de normas de configuración, debe respetar el modelo organizativo escogido por las partes, y si la disciplina desarrollada en el pacto contrastare con normas consideradas imperativas respecto al modelo escogido, el juez sólo podrá declarar la nulidad de la cláusula correspondiente y no la del entero contrato social (salvo que la cláusula hubiere sido determinante de la voluntad de las partes en asociarse), proveyendo, donde fuere necesario, a la integración legal del mismo según lo previsto en el artículo 1023 del *Código Civil*.