

¿“NULIDAD ABSOLUTA” DE SOCIEDAD?

EFRAÍN HUGO RICHARD

PONENCIA

La nulidad absoluta de sociedad que ha operado constituye una causal de disolución (efecto *ex nunc*), generando efectos desde siempre (*ex tunc*) sobre la responsabilidad de los administradores y socios frente a terceros.

FUNDAMENTOS

1. Preámbulo

1) Recordamos con Ascarelli que las dificultades tienen su origen en la vinculación de la sociedad al acuerdo o contrato constitutivo de sociedad,¹ aunque se reconozcan los efectos especiales del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, a través de un patrimonio y no de una mera comunidad en mano común de los bienes, de una cierta impermeabilidad patrimonial de los intervinientes por las obligaciones asumidas por el patrimonio social, de la concepción de órganos, del principio mayoritario para resoluciones colectivas colegiales.

La organización genera, en el caso de las sociedades, un fenómeno de imputación que corresponde a su personificación, que no puede ser soslayado² en cuanto altera la estructura del sistema de las relaciones de cambio.

En el régimen de nulidades absolutas en nuestro país no se aclara el efecto de la misma. ¿Es esto correcto?³

¹ Ese problema ya lo marcaba hace muchos años ASCARELLI, al señalar la complejidad del problema donde se mezclaban los problemas de los contratos en la relación constitutiva con el derecho de las personas en el funcionalismo de la sociedad.

² Cfme. ANGELICI: *La società nulla*, cit., p. 88.

³ En la legislación mexicana (art. 2, L.S., México) se excluye la nulidad cuando la sociedad estuviere inscrita, excepto cuando tuviere un fin ilícito (art. 3º, L.S., México).

El problema de la “nulidad de la sociedad” opera una vez que la misma esta inscrita,⁴ por cuanto los anteriores se refieren a nulidades del acto o contrato constitutivo de sociedad.

Originariamente se afirmaba que disolución y nulidad de la sociedad eran instituciones radicalmente distintas, porque mientras la disolución presupone la existencia de la sociedad y obedece a un hecho sobreviniente, el vicio de nulidad es originario⁵ e impide el nacimiento de la sociedad como contrato y como persona jurídica. La doctrina clásica sostenía la necesidad de modificar la disciplina de la nulidad en las sociedades, dejando a salvo los derechos de acreedores sociales de buena fe, aun a costa de romper el rigor de los principios, considerando que era un poder que se podía irrogar el legislador pero no el intérprete.⁶ La jurisprudencia se afanaba en dar una solución al problema de la sociedad declarada nula después de haber iniciado su actividad: ha vivido y se ha relacionado con terceros ante lo cual la ley utiliza el instrumento técnico de la disolución para la regulación de la nulidad.⁷

2) La aparente rígida tipicidad imperante en la ley 19.550 —y en otras que siguen similar sistema de tipicidad societaria cerrada—, con la sanción severísima de la nulidad —art. 17, L.S.— (maguer el principio de la conservación de la empresa), aparece hoy como excesivamente riguroso y seguramente antifuncional, recordando que la doctrina moderna ha producido importantes estudios sobre este particular.⁸

La dificultad radica en la adaptación de las normas clásicas sobre nulidades previstas para los actos jurídicos unilaterales o bilaterales,⁹ al negocio

⁴ Cfme. José Luis FERNÁNDEZ RUIZ: *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español*. Civitas. “Estudios de Derecho Mercantil”. Madrid. 1991, p. 20.

⁵ Adviértase que no es tal la nulidad deparada de la actividad ilícita de la sociedad (art. 19, L.S.):

⁶ GUIDINI: *Estinzione e nullità delle società commerciali*. Padua 1937, p. 178, citado por Cámara. Cfme. José Luis FERNÁNDEZ RUIZ: *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español*. Civitas. “Estudios de Derecho Mercantil”, cit., pp. 22 y ss.

⁷ Cfme. Emilio BELTRÁN: *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, “Estudios de Derecho Mercantil”, Madrid, 1991, pp. 32/34. Cfme. FERRARA: *Gli imprenditori e le società*. Milán, 1962, n° 178, p. 347; BRUNETTI: *Trattato del diritto delle società*. Milán, 1948, t. I, p. 198; FRÉ: *Società per azioni*, en Commentario del C.C. de Scialoja y Branca, sub art. 2332, pp. 92 y ss.; Cass. Ital. Sez. I. 10 abril 1964, n° 829 en “Dir. Fallimentare”, con nota.

⁸ Héctor CÁMARA: *Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*. Depalma, Bs. Aires. 1985, Cap. III: “Sociedad entre cónyuges en el derecho argentino”, p. 79. Este distinguido maestro argentino ha desaparecido recientemente del mundo de los vivos, pero nos sigue impregnando de sus ideas.

⁹ Isaac HALPERÍN: “El régimen de nulidad”, RDCO, 1970, p. 545.

constitutivo de sociedad de característica plurilateral y más aún a la sociedad operando, sujeto de derecho. Se trata de una distinción básica.¹⁰

Los ajustes del sistema de nulidad en las sociedades se formulan dentro de la década del 60, coincidiendo con la gestación de la Primera Directiva del Consejo de Europa, formalmente publicitada el 9 de marzo de 1968, que en su sección III aborda la cuestión en tres artículos 10 a 12, a través de los cuales se defiende la personalidad de las sociedades en beneficio de terceros. De allí que la oponibilidad frente a terceros de la sentencia que declare la nulidad esta sujeta a la publicidad previa (arts. 12 y 3° de la Directiva), y el efecto de la nulidad es generar la liquidación de la sociedad (*ex nunc*). En cambio, el apartado 4 del art. 12 de la Directiva acepta que “La legislación de cada Estado miembro podrá regular los efectos de la nulidad entre los socios”, o sea que los efectos de la nulidad sobre el negocio constitutivo, la relación de base, podrá ser *ex tunc* o *ex nunc* según dispongan las normas específicas.¹¹

El hecho que la nulidad de la sociedad “no afecte a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros ni a la de los contratos de éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación”, no correspondería a efectos *ex nunc*, sino a los efectos de la nulidad sobre un sujeto.¹²

¹⁰ Cfme. ALEGRIA, Héctor: “El “régimen de nulidad” de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras” y nto. “Nulidad absoluta de sociedad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 8 Nulidades, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, junio 1995, pp. 285 y 267, respectivamente.

¹¹ Dentro de las tendencias que marcamos: la ley francesa del año 1966 impuso un sistema más completo dentro de la época: Alessandro BORGIOI: *La nullità della società per azioni*, Giuffrè, Milán, 1977. p.176, reseñando otras legislaciones, a la que remitimos, al mismo tiempo señala que el efecto sería *ex nunc*, pero al mismo tiempo indica que la doctrina es propensa a mantener la interpretación tradicional en torno a los efectos de la nulidad absoluta; PERROTTA: “Breves estudios sobre la sociedad comercial”. LL. t. 140, p. 1293. El art. 1844-7 del *Code Civil* menciona como causal de disolución par la’annulation de *contrat de société* —ley del 4 de enero de 1978— que consagra ocho artículos al problema —arts. 1844-10 a 1844-17— (BÉZARD cit. por Cámara en nota 119). Italia adaptó, en el año 1969, el art. 2332 de su Código Civil tal directiva, disponiendo que “Avvenuta l’iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto...”, en los limitados casos que de seguido se fijan, determinando que “La sentenza que dichiara la nullità nomina i liquidatori”. O sea que la nulidad se incorpora como una causal de disolución. En tal sentido, la ley uruguayana n° 16.060 del 4 de diciembre de 1989, introduce una sección completa (la IV) constituida por los arts. 22 a 35, que se inicia con remisión al régimen general de los contratos en cuanto no se encuentre modificado por esa sección, para determinar luego precisamente que los efectos de la nulidad sobre la sociedad será generar su liquidación (art. 26), o sea un efecto *ex nunc*, pero con un efecto *ex tunc* en torno a la responsabilidad de los fundadores, socios, administradores y representantes (arts. 28 y 31).

¹² FERNÁNDEZ RUIZ: ob. cit., pp. 22 y 112, que si bien llega a la misma conclusión en cuanto a los efectos no formula la distinción que formalizamos en torno a la “nulidad del sujeto”.

La nulidad actúa como causal de disolución.¹³ La nulidad se configura como causal de disolución de la sociedad que constituye un sujeto de derecho: la sentencia, desde que pasa en autoridad de cosa juzgada, opera *ex nunc*. Esta concepción, además de armonizar nuestras reglas legales, es la que mejor se compadece con la tendencia general en la materia, que mira suprimir la nulidad como sanción por juzgarla inconveniente y perjudicial.¹⁴

3) No obstante, autores como Uría, no distinguiendo entre la nulidad del acto jurídico o la del contrato y de la sociedad, sostienen que no cabe hablar de disolución de una sociedad radicalmente nula, por aplicación del viejo adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*.¹⁵ La disolución es un presupuesto para la extinción de la sociedad, que subsiste aún constatada o producida tal causal.¹⁶

2. Conservación del negocio y responsabilidad por nulidad: Principio de derecho privado

1) Pese a que el Código Civil argentino -en forma similar al español- se dedicó a reglar cuidadosamente en torno a los contratos típicos y bilaterales, no previéndose en el siglo pasado norma alguna en torno a contratos "plurilaterales", la norma genérica del art. 1039 del Cód. Civil, puede ser útil a tal fin: "La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables". El género "acto jurídico" engloba los contratos, y no parece disvalioso extender la interpretación. Si bien se habla de acto jurídico, la misma abarca los contratos, y si la palabra disposición es interpretada con sentido amplio¹⁷ es aplicable a los actos jurídicos bilaterales, o a los unilaterales.

2) ¿Cuál es la responsabilidad de los socios en el supuesto de nulidad, por atipicidad u otra causal de la sociedad que actuó? De no existir normas

¹³ CÁMARA, Héctor: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Bs. Aires, 1959, ob. cit., p. 131. La legislación peruana determina que la declaración de la nulidad abre el proceso de liquidación. La subsanación de los vicios es la impronta impuesta en toda la legislación vigente (cfme. art. 38, ley alemana de S.A. del año 65).

¹⁴ CÁMARA, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, cit., p. 269, citando de conformidad a BRUNETTI y SOTGIA.

¹⁵ Joaquín GARRIGUES URÍA: *Tratado de Derecho Mercantil*, II pp. 697/8, Madrid 1947, citado por CÁMARA en ob. cit., y BELTRÁN en ob. y p. cit.

¹⁶ Cfme. Emilio BELTRÁN: *La disolución de la sociedad anónima*, ob. cit., pp. 21/22.

¹⁷ Cfme. Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA: *Teoría de los contratos. Parte General*. Zavallía, 3ª edic., 1984, p. 83 y nota 38.

específicas, dentro del sistema del derecho privado general se señala¹⁸ que la sanción de nulidad y la sanción de daños y perjuicios son independientes entre sí, y dan lugar a acciones judiciales de diferente régimen. Pueden, sin embargo, ser intentadas en forma conjunta, o separada. La sanción de nulidad se rige por sus normas específicas (arts. 1050, 1052, 1053, 1054, 2323 y ss., Cód. Civil, y art. 251, L.S., y la indemnización por daños y perjuicios por los arts. 901 a 906 del Cód. Civil, y arts. 248, 275 y concordantes, L.S.).

Se trataría, a la postre, de apartar los actos de la persona jurídica, de los efectos generales de la nulidad, en tanto el acto al ser anulado podría afectar a terceros, comportándolo dentro de la teoría del art. 1056/7 del Cód. Civil.

3) Quedan así enmarcados dos problemas derivados de los principios generales: a) la conservación del negocio, y b) la responsabilidad de los participantes frente a terceros.

3. Sujeto de derecho y nulidad

Caracterizamos¹⁹ a la sociedad como sujeto de derecho y marcamos la diferencia con los contratos asociativos o de participación, comprendidos por muchos en una concepción de sociedad en sentido lato.

Debe recordarse que, en el derecho argentino, personalidad implica imputación diferenciada como sujeto de derecho,²⁰ pues la responsabilidad limitada que implica la personalidad en países europeos es considerada, en nuestro país —como en el Uruguay—, un efecto de la figura personificada elegida para la organización. A través del recurso de la personalidad los participantes se integran a la misma y obtienen las utilidades a título derivativo.

¹⁸ Cfme. María Emilia LLOVERAS DE RESK: *Tratado teórico práctico de las nulidades*, Depalma, p. 520. José Antonio BUTELER CÁCERES: *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Ábaco, 1975, p. 346, nro. artículo en ED: "Sociedad por acciones: efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social".

¹⁹ Cfme. ntos. "Concepto Moderno de Sociedad", en tomo I del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, "Ensayo en torno al concepto de sociedad y principios societarios" en "Homenaje al Bicentenario" 1791-1991. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, 1992, t. II, p. 141, donde se publicó parcialmente, haciéndolo en una versión completa en el Libro de Homenaje al Maestro y Profesor Emérito de la Universidad Dr. Héctor Cámara "Anomalías Societarias". Advocatus, 1992, donde —en trabajo con el mismo nombre— p. 11, ingresamos en aspectos más puntuales de los anticipados en nro. libro *Sociedad y contratos asociativos*, Zavallia, 1987, donde comentamos el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, que luego fuera vetado por el P.E.

²⁰ Cfme. nro. *Organización asociativa* cit. Personalidad es sinónimo de sujeto de derecho, persona ideal, persona moral, etc., a partir de la reforma del Cód. Civil del año 1966.

La sociedad aparece como un recurso técnico de simplificación de las relaciones jurídicas, una institución jurídica en el sentido que así como la autonomía de la voluntad puede gestarla si se actúa como el ordenamiento jurídico lo prevé, no puede hacerla desaparecer sino por el trámite previsto en la ley, de liquidación, no disponible. Es que el medio técnico no se genera en beneficio de quien dispone su gestación, sino de terceros, y no meramente como un recurso de limitar la responsabilidad. La limitación de responsabilidad, en el derecho argentino no corresponde al recurso "personalidad jurídica", sino a la figura personificada (p. ej. S.R.L.).²¹

Como respuesta a las necesidades, cada sistema legislativo organiza un centro imputativo autogestante como es la sociedad, sujeto de derecho o persona jurídica, como recurso técnico para que pueda ser elegido genéricamente, configurando un centro de imputación específico para satisfacer el objeto social, fin de la entidad.

La atribución de personalidad (imputación diferenciada autogestante) no sólo debe reconocerse como un recurso de la autonomía de la voluntad para la mejor organización económica, sino como política legislativa de resguardo de los terceros, como forma de afectar el patrimonio del nuevo sujeto a las obligaciones que su actuación genere, sin perjuicio de la responsabilidad mayor o menor de los que determinaron el medio.

Separada en la locución "contrato de sociedad", el negocio constitutivo y el ente subjetivado que del mismo resulta, se encontrará allanado el camino a entender que los efectos de la nulidad no son distintos sobre el negocio constitutivo que los de la teoría general (nulidad absoluta efectos *ex tunc*), pues sólo en relación al ente personificado obra como causal de disolución.

Ello es advertible hoy a través de la subsistencia de la división patrimonial aun ante supuestos de anticipidad, nulidad absoluta, irregularidad, la división patrimonial subsiste, cesando únicamente cuando se produce el proceso de liquidación, para asegurar los derechos de los terceros. El aumento de responsabilidad es otra cosa, es —simplemente— una política legislativa.

4. Problemática de la nulidad societaria²²

1) La nulidad debe vincularse a si lo es en relación a la actividad normativa (art. 17, L.S.) o a la actividad gestora (art. 19, L.S.).²³ En su caso afectan

²¹ Cfme. nto. *Organización asociativa* cit. Capítulo "La personalidad jurídica".

²² El Código Civil distingue entre: a) actos de nulidad absoluta y relativa según sea el interés tutelado por la norma violada (arts. 1047 y 1048, Cód. Civil) y b) entre actos nulos y anulables, según el vicio sea manifiesto o no (arts. 1044 y 1045, Cód. Civil). En los actos nulos, la nulidad es manifiesta y existe de pleno derecho desde el instante mismo de la celebración del acto aunque su nulidad no haya sido juzgada.

²³ Cfme. Manuel ARAGÓN REYES, Rafael García VILLAVEVERDE y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *El régimen jurídico de las cajas de ahorros*. Madrid. 1991, p. 155.

do como en todos los negocios jurídicos a la actividad normativa, o sea al negocio de base; o actuando como causal disolutoria de la personalidad institución, o determinando la aplicación del régimen residual (sociedad de hecho en regímenes como el argentino o uruguayo).

2) No subsanado el vicio antes de su impugnación judicial, la anulación significará la liquidación de la sociedad trayendo aparejada la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las obligaciones sociales, excepto para las S.A. a las que se les aplican las disposiciones de los arts. 182 y 183 de la L.S. Finalmente, declarada la quiebra de la sociedad, ésta extenderá sus efectos sobre los socios sin producirse confusión entre las masas de acreedores (arts. 164 y 154, ley 19.551).²⁴

3) Al no indicarse los efectos de la nulidad absoluta en las sociedades, ante la perplejidad que genera la existencia del sujeto de derecho, se pensó en un efecto diferencial que sería para el futuro, *ex nunc*.²⁵ No se distinguió que es el mismo de la teoría general (*ex tunc*) sobre la relación contractual, pero sobre la persona jurídica —que no es contrato y constituye una institución jurídica—, sólo impone disolución, un efecto de futuro (*ex nunc*).²⁶

Se debe distinguir entre efectos de la personalidad y efectos del tipo, que resulta también útil en el caso de la sociedad nula, de nulidad absoluta. No existe para las sociedades un régimen de nulidad diferenciado (*ex nunc*) que el que rige para los actos jurídicos en general (*ex tunc*). La nulidad no afecta la relación asociativa exteriorizada, máxime si esa actuación fue personificante —que si existió no puede ser borrada—, sino que altera los efectos que genera la atribución del tipo social, y esos efectos tipológicos son *ex tunc* con motivo de la nulidad absoluta, sin perjuicio de constituir causal de disolución (*ex nunc*) de la sociedad.

En la relación societaria personificante, que por haber existido no puede desconocerse, la nulidad absoluta actuará como causal de disolución *ex nunc* si correspondiere, como en los casos de los arts. 18 —objeto ilícito—, 19 —actividad ilícita— (en estos supuestos sin posibilidad de regularización por prohibición legal) y 20, L.S. —actividad prohibida para el tipo social elegido— (supuesto en que podría ser posible la transformación si no existe en realidad actividad ilícita).²⁷ Se trata, en los dos últimos supuestos, de nulidad devenida en la actividad gestoría.

²⁴ E. ZALDÍVAR, *Cuadernos de Derecho Societario*, t. I, p. 119.

²⁵ BORGIOI: *La nullità della società per azioni*, cit., p. 176.

²⁶ El tema está bien resuelto en la legislación uruguayana, ley 16.060, arts. 26, 28 y 29 y en la legislación francesa referida.

²⁷ Puede verse, entre otros artículos de nuestra autoría, en esta Revista de Derecho Privado y Comunitario, el n° 5, "Consumidores", "Alteración de los derechos del consumidor en forma habitual" pp. 309 y ss.

Siempre sin perjuicio que los socios puedan subsanar las irregularidades, con efecto hacia el futuro, pues la nulidad habrá generado efectos que no pueden borrarse sino desde la publicidad de la subsanación. Nunca puede borrarse la sociedad hacia atrás —si existió como tal—, es a la sociedad que generó débitos sociales imputativos.

4) La nullité d'une société n'agit que pour l'avenir, dice Pic,²⁸ en el sentido que la sentencia hasta el momento de su pronunciamiento no borra entre las partes la comunidad de intereses que es necesario liquidar. Esta comunidad es un estado que constituye una realidad tangible que ninguna ficción del derecho puede borrar. Hay negocios concluidos con muchas personas; habrá, pues materia para reglar las operaciones negociadas y sus resultados.

Expresaba Cámara²⁹ que no cabe considerar lisa y llanamente nulo el contrato y reponer las cosas a su estado anterior, como deducción lógica absoluta, porque el derecho no puede dar la espalda al mundo de las realidades; aunque formuláramos tal afirmación, resultaría impotente para aniquilar cuantas operaciones haya realizado, porque la sociedad existió en verdad generando una serie de relaciones jurídicas con terceros, quienes atendieron a la apariencia. Siempre habrá activo que liquidar y pasivo que satisfacer.

Los terceros contratantes de buena fe —sostenía Cámara—³⁰ no son alcanzados por la declaración de nulidad: el art. 101 de la L.S. dispone que la sociedad conservará su personalidad a ese efecto.

Se completaría el sistema argentino con la inclusión, como se hizo en el Anteproyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia para la reforma de la Ley de Sociedades y contratos participativos,³¹ en el art. 94 de la L.S. de la nulidad como causal de disolución,³² congruente con la certidumbre que se invalida la relación negocial de base, pero no se afecta la personalidad, que subsiste hasta la liquidación de la sociedad (expresa en art. 2º de la L.S., Anteproyecto L.S. y tácita en la ley actual).

5. Para la meditación

La sociedad, en sentido estricto como medio técnico de organización, subjetivizada siempre, se independiza cada vez más de las vicisitudes de los vínculos personales y de sus avatares funcionales.

²⁸ *Des sociétés commerciales*, París, 1940. I, p. 424, citado por CÁMARA, ob. cit.

²⁹ Ob. y página cit. en nota.

³⁰ Página 134.

³¹ En el que nos tocó participar.

³² Nto. "Disolución y liquidación de sociedades" p. 215 en el libro colectivo bajo nta. dirección: *Derecho y principios societarios*, Curso de postgrado de profundización, ed. Tapas, 1982; se sigue así el sistema francés.

El efecto *ex tunc* se ajusta a la responsabilidad de los socios, problema genérico y resuelto a través del sistema de las sociedades irregularmente constituidas en nuestro derecho, aplicable a la sociedad nula, devenida de hecho.

No puede borrarse hacia atrás —si existió como tal— la sociedad que generó débitos sociales imputativos a la nueva persona jurídica o que generó preferencias respecto al centro imputativo impuestas por la ley.

Se recepta así el principio de la “conservación del negocio”.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de abril de 1989, realizadas en Bariloche, se llegó a la siguiente conclusión *de lege lata*: “6. La nulidad absoluta en materia de entes colectivos no afecta la personalidad. Sí en cambio afecta desde su origen la responsabilidad de sus integrantes en cuanto a los beneficios del tipo. La nulidad absoluta constituye causal de disolución”.

Internacionalmente se advierte esa tendencia, como surge de la Primera Directiva de la Unión Europea a la que hemos hecho referencia.

En cambio, si la sociedad no actuó, no es sujeto y puede ser desvalorizada integralmente como contrato.