

EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE SOCIEDADES: REFLEXIONES ACERCA DE SU INTERPRETACIÓN EN POS DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

POR IGNACIO A. ESCUTI
CON COLABORACIÓN DE GRACIELA H. GONZÁLEZ

Ponencia

El rigor que impone haber sostenido la nulidad absoluta del contrato social y de la sociedad por ser de un tipo no autorizado por la ley (artículo 17 LS), hoy aparece como una postura excesiva y debe a nuestro criterio atemperarse, propiciándose otra interpretación, que contemple soluciones reparadoras y que de esta manera viabilicen la subsistencia de la sociedad.¹

Introducción

Nulidades: régimen general

La presencia del régimen general de las nulidades del Código Civil en la normativa societaria, amerita una reseña de sus vértices salientes, para conducir el razonamiento hacia las conclusiones propuestas.

Este cuerpo legal determina nulidades absolutas y relativas en función del interés tutelado por la norma violada y los actos

¹ Alegría, Héctor, lo dice con toda claridad en su comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de noviembre del 2007.

nulos y los anulables cuya distinción obedece a la exteriorización manifiesta o no, del vicio invalidante.²

Los actos viciados de nulidad absoluta constituyen la sanción más grave de nuestro ordenamiento civil (artículo 1047 Código Civil) que incluyen la posibilidad de la declaración judicial, aun de oficio.³

Las nulidades en la Ley de Sociedades

La normativa destinada a tratar las nulidades, se encuentran reguladas en el artículo 16 y siguientes de la Ley de Sociedades (LS).

A los vicios comunes con los negocios jurídicos en general y por similares fundamentos, se les aplican en principio las normas consagrados por la legislación civil en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de las societarias.

Pero no obstante ello, la particular atención que merece la sociedad, como ente que interactúa con terceros y genera habitualmente una profusa gama de actos jurídicos, determina

² Escuti, Ignacio A. "Conservación de la Empresa, Nulidad Societaria y Criterio Interpretativo". *El Derecho* 143, 948.

³ Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II. "La acción para obtener la declaración o el pronunciamiento de la nulidad absoluta es imprescriptible. Si bien el Código nada dice al respecto tal es la conclusión de la jurisprudencia de la doctrina en general.

La imprescriptibilidad de la acción en este caso, es una consecuencia de la imposibilidad de confirmar el acto. Pues sería contradictorio negar la confirmación y admitir la prescripción de la acción de nulidad respectiva, ya que esto último equivaldría a permitir la confirmación tácita del acto por el solo transcurso del paso de la prescripción. La ley impediría a las partes la curación inmediata del acto (confirmación), pero aceptaría una cura de reposo (prescripción) que también dependería de la actitud que quisiese adoptar el titular de la acción. Con lo cual la tutela del orden público que resguarda la sanción de nulidad absoluta quedaría supeditada a la conveniencia particular del interesado.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de La Nación "lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, o que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original". C.S.N.24 biv 1937; J.A. t.60 p.367; id.T.23 p.645; P.D.t.75, p.919

que existe un tratamiento, que debe templar los efectos de la nulidad.

Es que la aplicación a rajatabla de la legislación civil más que restablecer el orden buscado por el ordenamiento, puede provocar consecuencias de inequidad hacia los terceros.

Excepcionalmente, en aras de esta protección se admiten efectos retroactivos y se amplía la legitimación pasiva de los involucrados (el rigor se extrema en el caso del artículo 18 LS, por la dimensión de la causal de nulidad).

Vicios por atipicidad. Artículo 17 Ley de Sociedades

La Ley de Sociedades consagra el principio de tipicidad en su artículo 1 y el artículo 17 sanciona con la nulidad el apartamiento a los tipos legislativos establecidos supuestamente en pos de la seguridad jurídica.⁴

Del análisis de la estructura normativa del artículo 17 LS, surge que se sanciona con la nulidad “la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley” y a continuación se deja aclarado que si se omite cualquier requisito esencial no tipificante el contrato será anulable, admitiendo la posibilidad de subsanarlo hasta su impugnación judicial.

De allí que claramente emergen dos situaciones:

- La omisión de un elemento tipificante acarrea la nulidad del acto constitutivo.
- La omisión de un elemento no tipificante, hace anulable el contrato y puede subsanarse antes de la impugnación judicial.

⁴ Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Comerciales: “El artículo 1 insiste en el principio de la tipicidad, aceptado por los proyectos anteriores, apoyado por la doctrina y reeptado por la legislación comparada. La adopción de tipos legislativamente establecidos *ad solemnitatem* y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (artículo 17), responden al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto. No podrá argumentarse que la solución aceptada comporta un estancamiento para la concreción de nuevos tipos societarios, porque ello quedará siempre dentro de la competencia del legislador, como la experiencia nacional lo demostró con las Leyes 11.388, 11.645, 17318 y con el Decreto-Ley 15.349/46”.

Se observa la inflexibilidad con que la ley adopta el principio de tipicidad en distintas normas, como la del artículo 74, más allá de la relativización dada por el artículo 101.

Sin embargo, también la fortaleza del principio de conservación de la empresa se trasunta vigorosamente en cada prescripción normativa que elige la preservación de la existencia de la sociedad (por ejemplo, artículos 22, 100, 245 LS).

Es necesario entonces vincular estos principios rectores para encontrar en su armonización, una solución eficaz e idónea al instituto en tratamiento y por ello se impone atemperar el rigor de la norma y no hacerle decir más de lo que su texto dice.

Si la ley permite subsanar un vicio esencial esa flexibilidad admite la excepción a la teoría general, porque la ley prefiere una solución especial, que otorgue subsistencia a la sociedad.

Cada vez más se aprecia la llamada “contractualización” del derecho empresario, viabilizada por las escuelas sajonas, el análisis económico del derecho (*law and economics*) y el “*corporate governance*”, que portan el acento en la libertad de contratación –ciertamente no irrestricta– y que otorga la holgura necesaria a la autonomía de la voluntad.⁵

El marco de libertad y la amplitud de la autonomía de la voluntad debe otorgarlo un ordenamiento jurídico adecuado a sus fines, sin que por ello prescinda de la severidad necesaria, para los casos en que la magnitud de los intereses en juego, así lo requiera. (v.gr. protección del ahorro público y el orden público)

En este orden de ideas, no se advierte justificativo que amerite no dar la posibilidad de remediar los dos supuestos del artículo 17.

Hay una apreciación de la doctrina, que acepta esta explicación cuando la norma contiene una expresión cuantificadora como podría ser “solamente”, “únicamente”, “exclusivamente”.⁶

⁵ Escuti, Ignacio A. “Libertad Societaria e Interpretación Progresista”, *La Ley*, 19 de julio de 2010. Alegria, Héctor, lo dice con toda claridad en su comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de noviembre de 2007.

⁶ Kalinowski, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 176, expresa “... la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobre entender en el texto interpretado el cuantificador “solamente”, que hace posible la aplicación de la regla...”

Lo cierto es que en el caso de vicios por atipicidad, la ley determina la nulidad de la sociedad, pero en rigor no la califica de absoluta.

Por ello, se debe dar preponderancia a la interpretación analógica, que permite adoptar soluciones acordes al interés que ha tenido en mira el legislador y que dan tratamiento y solución a las patologías sobrevinientes, como puede ser el caso del artículo 254 LS que entendemos puede aplicarse analógicamente a situaciones en donde no esté en juego el orden público aunque se tratare de los vicios contemplados en el artículo 17 LS.⁷

El sistema de tratamiento de los vicios esenciales deberá homogenizarse, dándole sentido al antiguo adagio romano *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*: "Donde se da la misma razón, allí debe haber igualmente la misma disposición jurídica".

Sin perjuicio de lo dicho supra, el ámbito en el que se admite la subsanación también merece consideraciones.

Si bien la norma admite la subsanación de los vicios hasta "su impugnación judicial", lo cierto es que en rigor la única acción que debe admitirse como idónea para configurar el presupuesto exigido por la norma, es una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Sólo mediando un pronunciamiento firme puede hablarse de la eficacia necesaria para poner fin a la existencia de la sociedad.

Sería desmesurado admitir que un acto volitivo aun precario -no reconocido judicialmente- pueda aniquilar la sociedad.

Pueden advertirse soluciones en el mismo sentido apuntado, por ejemplo, la ley en el artículo 254, admite la revocación del acuerdo impugnado por la decisión de una asamblea posterior, quedando así cerrado el proceso de impugnación.⁸

Conclusión

En suma, concluimos que la nulidad por atipicidad, contemplada en el artículo 17 LS, no debe considerarse de orden público

⁷ Heck, Philipp. *El problema de la creación del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 75 (...) el caso más simple de aplicación analógica se da cuando existe concordancia entre los intereses en juego.

⁸ Escuti, Ignacio A. "Conservación de la Empresa, Nulidad Societaria y Criterio Interpretativo", *El Derecho* 143, 948.

y debe admitirse la posibilidad de purgar los vicios, mientras no medie sentencia judicial firme que admita la impugnación, ya sean estos vicios de naturaleza tipificante o no.