

**NULIDADES SOCIETARIAS  
Y MECANISMOS DE SUBSANACIÓN  
(REFLEXIONES DE *LEGE LATA* Y *LEGE FERENDA*)**

HERNÁN RACCIATTI (h.) y ALBERTO ANTONIO ROMANO

**PONENCIA**

En cuanto a la nulidad del contrato de sociedad:

- 1) Las causales de nulidad del acto constitutivo deben limitarse y apreciarse con un criterio estricto, no extendiéndose a supuestos similares o análogos.
- 2) Tanto en materia de nulidad o anulabilidad del contrato de sociedad o de algunas de sus cláusulas, debe procederse con un criterio restrictivo al determinar cuándo estamos ante una nulidad o anulabilidad de carácter absoluto.
- 3) Debe facilitarse que los interesados puedan eliminar la causa de invalidez, subsanar el vicio (v. gr., sociedades atípicas, entre cónyuges, con participaciones recíprocas), facultándose al juez para que propicie tal actitud.

La reducción a uno del número de socios no debe impedir la continuación de la sociedad.

El principio restrictivo en materia de nulidades del contrato de sociedad debe ir acompañado de un criterio amplio en cuanto a la posibilidad de subsanar los vicios.

- 4) Si la sociedad es declarada nula, ello importa una causal de disolución que lleva a recorrer el procedimiento liquidatorio previsto en la ley (arts. 101 y ss.). Esto es lo que se debe tender a evitar posibilitando la subsanación del vicio. Si se trata de uno de los supuestos previstos en los arts. 18, 19 ó 20 de la Ley de Sociedades, se aplica el régimen liquidatorio previsto en dichas normas para tales casos.
- 5) La nulidad en materia societaria tiene efectos *ex nunc* por razones de seguridad en el tráfico, en protección de los terceros.

En cuanto a la nulidad de decisiones o actos asamblearios:

- 1) Deben apreciarse con criterio restrictivo las nulidades absolutas derivadas de la impugnación judicial de actos o decisiones asamblearias.
- 2) Debe facilitarse la subsanción de actos o decisiones asamblearias. En el actual régimen legal la asamblea puede sustituir una decisión por otra sin vicios, con efecto retroactivo, salvo respecto del tercero de buena fe.
- 3) La sustitución de una decisión asamblearia, o la confirmación del vicio por parte del afectado —tratándose de una nulidad relativa—, tiene efecto retroactivo salvo respecto del tercero de buena fe. La revocación de una decisión asamblearia puede y debe tener efecto retroactivo con la salvedad aludida.
- 4) La sentencia que declara la nulidad de un acto o decisión asamblearia tiene efecto retroactivo salvo respecto del tercero de buena fe.
- 5) Debe legislarse sobre impugnación de decisiones del órgano de administración.

## FUNDAMENTOS

### 1. *Las nulidad de la sociedad en el derecho comparado*

En la Comunidad Económica Europea la Primera Directiva Comunitaria sobre la materia —data del 9 de marzo de 1968— presenta como primera pauta directriz la limitación de las causas de nulidad en las sociedades (art. 11.2). Se ha interpretado que la disposición comunitaria fija un máximo y no un mínimo de supuestos de nulidad, pudiendo en consecuencia un estado miembro, no contemplar algunas de las causas de invalidez (v. gr., la Ley de Sociedades Anónimas española).

Las causas de nulidad en el derecho comunitario son *numerus clausus*. ¿Cuál es el sentido de esto?

Desde una perspectiva general, global, se ha señalado que la razón de ser de tal política legislativa no está en la protección del interés de los acreedores o de los socios —que en el proceso de disolución y liquidación ven atendidos sus derechos—, sino fundamentalmente de los trabajadores que conservan las fuentes de trabajo y de la economía en general.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> VICENT CHULIA. Francisco: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I vol. 1º, p. 414. 3ª edic., Bosch Editor, Barcelona, 1991. Conf. BORGOLI. *La nullità della società per azioni*, p. 192, Milán, 1977, cit. por VICENT CHULIA. Francisco: op. cit., loc. cit.; EMBID IRUJO, José Miguel: "La validez de las obligaciones sociales" en *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, p. 66, Civitas, Madrid, 1987.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso "Marleasing" —sentencia del 12 de noviembre de 1990—, en un todo conteste con el "principio de taxatividad de causas de nulidad" al resolver sobre la existencia o no de una causal, ha efectuado una interpretación sumamente restrictiva.<sup>2</sup>

La directiva señala que la nulidad debe ser declarada judicialmente (art. 11.1) e implicará la liquidación del ente (art. 12.2). Asimismo, se establece la validez de la relación de la sociedad nula con los terceros (art. 12.3). Por tanto, decretada la nulidad ésta tiene efectos *ex nunc*.

Si bien se tratan de pautas aplicables a las sociedades anónimas, a las de responsabilidad limitada y en comandita por acciones,<sup>3</sup> se ha considerado que su aplicación debe extenderse a las sociedades de personas.<sup>4</sup>

Con diversidad de matices los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea han ido adaptando su legislación a las pautas referidas (arts. 34 y 35 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, art. 2332 del Cód. Civil italiano, art. 360 de la Ley de Sociedades francesa).<sup>5</sup>

En nuestro continente y con la mirada puesta en el Mercosur, se observa en la Ley de Sociedades uruguaya un esfuerzo en el legislador tendiente a mantener en lo posible a la sociedad constituida previendo mecanismos de subsanación, puestos en funcionamiento no sólo a instancias de la sociedad, sino también del mismo juez que entiende el juicio de nulidad.<sup>6</sup> También la

<sup>2</sup> GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: "Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sociedades", en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*. Homenaje a Ewelio Verdera y Tuell, t. II, pp. 943/8. La Ley, Madrid, 1994. El Tribunal entendió que el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto social como causal de nulidad no comprendía a la sociedad que realizaba una actividad ilícita. Ello así, sin perjuicio que el derecho interno de los Estados miembros pueda prever la ilicitud de la actividad desarrollada por la sociedad como causal de nulidad (op. cit., pp. 945 y s. y cita número 40).

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y español*. Civitas, Madrid, 1991, p. 27.

<sup>4</sup> GALGANO, Francesco: *Società per azioni*, 3ª edic., Bolonia, 1979. cit. por FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: op. cit., loc. cit., nota 20, propiciando ello en resguardo de terceros.

<sup>5</sup> En el derecho inglés la inscripción implica la sanación total, por lo que la nulidad de la sociedad anónima no tiene mayor relevancia; tal efecto tiene el *certificate of incorporation* con el que se comprueba que se han observado todos los recaudos legales (FERNÁNDEZ RUIZ, José L.: op. cit., p. 52, obra en la que se puede compulsar la adaptación de la legislación de los estados a los lineamientos del derecho comunitario).

<sup>6</sup> Ver arts. 22 a 35 de la Ley de Sociedades uruguaya. Confr. RIPPE, Siegbert *Sociedades Comerciales*, p. 38, 5ª edic., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

Ley de Sociedades Anónimas brasileña prevé un mecanismo de subsunción de vicios existentes al tiempo de la constitución.<sup>7</sup>

## 2. La nulidad de la sociedad en el derecho societario argentino

Es indudable que en materia societaria los principios generales de invalidez de los actos jurídicos no son trasladables sin más. Tal es el caso de la retroactividad ante la sanción de nulidad.

Del contrato de sociedad emerge una empresa que operando en el tráfico mercantil ha generado una multiplicidad de relaciones, con efectos jurídicos que impactan en la economía en general. Este contexto denota la inviabilidad de la retroactividad.

Al discurrir sobre nulidad del contrato de sociedad, debemos preocuparnos por la protección de los terceros en resguardo de la seguridad del tráfico; por la conservación de la empresa por razones de economía en general, que indudablemente exceden el interés de los socios o de los acreedores.<sup>8</sup>

Las causales de nulidad del acto constitutivo deben limitarse y apreciarse con un criterio estricto.

Tanto en materia de nulidad o anulabilidad del contrato de sociedad o de algunas de sus cláusulas, debe procederse con un criterio restrictivo al determinar cuándo estamos ante una nulidad o anulabilidad de carácter absoluto. Es que se entiende que del carácter absoluto derivan efectos como la imposibilidad de confirmar el acto inválido, la posibilidad de actuar de oficio por parte del juez, la imprescriptibilidad de la acción.

<sup>7</sup> Ver artís. 92 a 97 de la Ley de Sociedades brasileña. Confr. BURGARELLI, Waldirio: *Manual das sociedades anónimas*, p. 68, Atlas SA, 4ª edic., San Pablo, 1987, quien resalta la tendencia a permitir la rectificación de irregularidades cometidas en la constitución, sustituyéndose la anulación o la nulidad por el saneamiento de vicios.

<sup>8</sup> Ya resaltaba HALPERÍN, haciendo un análisis de derecho comparado que "...la orientación legislativa general está por fijar una regulación propia en la materia, inspirada en los principios de protección de los terceros que contratan con la sociedad y de salvaguardar la subsistencia de la sociedad como fuente de producción y de trabajo..." (HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, p. 146, Depalama, Bs. Aires, 1975). Sobre esta base puede verse RACCIATTI (h.) Hernán, y ROMANO, Alberto Antonio: "Reflexiones sobre nulidades en materia societaria". (En pos de la seguridad del tráfico, la protección de los terceros, la conservación de la empresa por razones económicas en general), en *Derecho y Empresa*, n° 3. Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de Rosario de la Universidad Austral, pp. 123 y ss.

Se debe facilitar que los interesados puedan eliminar la causa de invalidez, subsanar el vicio,<sup>9</sup> facultándose al juez para que propicie tal actitud.

La posibilidad de subsanar el vicio que opera a través de la modificación del acto originario, no debe confundirse con la confirmación del acto nulo por parte del afectado.

El principio restrictivo en materia de nulidades del contrato de sociedad debe ir acompañado de un criterio amplio en cuanto a la posibilidad de subsanar los vicios.<sup>10</sup>

Si la constitución de la sociedad es declarada nula, ello importa una causal de disolución que lleva a recorrer el procedimiento liquidatorio previsto en la ley (arts. 101 y ss.). Esto es lo que se debe tender a evitar posibilitando la subsanación del vicio.

La nulidad en materia societaria tiene efectos *ex nunc* por razones de seguridad jurídica, de seguridad en el tráfico, en protección de los terceros.

### 2.1. Los terceros y la actuación de la sociedad declarada nula

La ley prevé un tratamiento particular para las sociedades de objeto ilícito, de objeto lícito con actividad ilícita y de objeto prohibido, desde su existencia hasta su liquidación (artís. 18, 19 y 20 de la L.S.).

Pero omite toda consideración sobre el tratamiento que se le da a la sociedad nula, cuya causa no encuadre en los supuestos referidos.

En principio y atento la inexistencia de disposición legal en contrario, ¿la actuación de la sociedad *a posteriori* declarada judicialmente nula se rige respecto de terceros por el régimen propio del tipo ostentado?

El tercero que se vinculó con la sociedad declarada nula tenía como expectativa frente a ella, el régimen de responsabilidad propio de la forma de organización escogida y no otro. No creemos que deba aplicársele el

<sup>9</sup> Resaltando la necesidad de posibilitar la subsanación del negocio viciado de nulidad en el marco societario, considerando que sólo por excepción los vicios de nulidad son insanables COLOMBRES, Gervasio R. cit. por GAGLIARDO, Mariano: *Sociedades Anónimas*, pág. 210, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1990.

<sup>10</sup> Conf. FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: op. cit., nota 200, p. 117. Refiere el autor a la postura de VICENT CHULIA en el derecho español, quien posibilita el acuerdo de convalidación por parte de la junta general aún después de pronunciarse la sentencia de nulidad, argumentando que puede ocurrir que la sociedad se negara a hacerlo antes por considerar que la demanda era infundada en cuanto a la nulidad (op. cit., p. 115).

régimen de las sociedades no constituidas regularmente:<sup>11</sup> nos parece una sanción excesiva para los socios que conforman el ente.

## 2.2. La invalidez del vínculo.

### Su aplicación a la sociedad entre cónyuges

Preservando el principio de conservación de la empresa, el legislador se aparta de las normas del Código Civil y fija como pauta general que la nulidad que afecte el vínculo de uno de los socios no producirá la nulidad del contrato (art. 16 de la L.S.C.).

A *posteriori*, se fijan algunas excepciones en las que no jugaría la pauta general aludida en el párrafo anterior: *a*) cuando la prestación o la participación del socio cuyo vínculo fuere nulo sea esencial conforme las circunstancias; *b*) cuando se trate de una sociedad de dos socios; *c*) cuando la validez del vínculo afecta a quien detenta la mayoría del capital social.

Las dos primeras excepciones tienen por fundamento preservar la necesaria pluralidad de partes para que exista contrato de sociedad. La restante tiende a exigir la existencia de un determinado capital social para el funcionamiento de la sociedad.

Estamos convencidos que tales excepciones deben derogarse, permitiéndose, aun en esos supuestos la continuación de la empresa,<sup>12</sup> ya sea con un solo socio o con nuevos ingresantes. ¿Cuál es la razón de ser de tal aaveración?

No debemos preocuparnos por la existencia de una empresa con un solo titular —persona física o jurídica—, sino por permitir la subsistencia de ella.<sup>13</sup> Esta posibilidad no jugaría para las sociedades de personas por las

<sup>11</sup> Por la aplicación de dicho régimen se expide Nissen citando en igual sentido a Manóvil —ver nota 6— no aclarando si se propicia la aplicabilidad de las disposiciones sobre sociedades no constituídas regularmente en las relaciones internas —entre socios— o en las de la sociedad declarada nula con los terceros o en ambas (NISSEN, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales*. 2ª edic. actualizada y ampliada. Abaco, t. 1, p. 197).

<sup>12</sup> Conf. NISSEN, Ricardo A.: "Necesidad de reformular el régimen de nulidad de las sociedades comerciales", en *Derecho Societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. II, pp. 674 y s., punto 4. Advocatus, Córdoba, 1992.

<sup>13</sup> Véase sobre el particular, FARGOSI, Horacio: "Sociedad devenida unipersonal", en *Anomalías Societarias*, pp. 233 y ss., ALTHAUS, Alfredo A.: "Sociedades devenidas unipersonales", en *Derecho Societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. I, pp. 264 y ss., Advocatus, Córdoba, 1992; RICHARD, Efraín Hugo: "En torno a la sociedad unipersonal", en *Derecho Societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. I, pp. 273 y ss., Advocatus, Córdoba, 1992.

características de ellas, en protección de los terceros. El Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades elaborado por la denominada "Comisión Federal" y que recibiera media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, prevé la perduración de la sociedad reducida a un solo socio, tratándose de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.<sup>14</sup>

No debe considerarse, aún en el actual régimen legal, como causal de disolución ipso jure la reducción a uno del número de socios al no incorporarse nuevos socios en el término de tres meses (artículo 94 inc. 8 de la ley de sociedades).

En relación a la excepción referida en el apartado 2.3., señalamos que cuando la empresa está en funcionamiento pierde relevancia la noción de capital social, pues es el patrimonio social lo que determina si la misma está en condiciones de alcanzar la consecución del objeto social.

Debemos preocuparnos por posibilitar la continuación de la empresa. Es que no parece conveniente que la disolución y liquidación del ente aparezca como algo inevitable.

Por tanto, también es necesario eliminar la grave sanción que contiene el art. 29 primer párrafo de la ley de sociedades para las sociedades entre cónyuges. En caso de violación del art. 27 se debe aplicar el principio general contenido en el artículo 16 primera parte de la ley de sociedades. Se debe entender como posible la continuación de la empresa por los cónyuges y/o sus socios, aún vencido el plazo del art. 27, segundo párrafo.<sup>15</sup>

### **2.3. La atipicidad y la omisión de requisitos esenciales no tipificantes**

En la primera parte del art. 17 de la ley 19.550, se contemplan sociedades organizadas en base a un tipo no previsto en la ley o sociedades constituidas regularmente que carecen de uno o más requisitos esenciales tipificantes (v. gr., el capital dividido en acciones en una sociedad anónima, la organización del directorio).<sup>16</sup>

<sup>14</sup> ALEGRIA, Héctor: "La sociedad unipersonal" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1994. pp. 3 y ss.

<sup>15</sup> Véase las distintas alternativas que analiza ALEGRIA, Héctor: "El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 8 "Nulidades", pp. 302 y ss.

<sup>16</sup> Dándole un mayor contenido a este dispositivo, NISSEN extiende su aplicación a sociedades que funcionan sin haber emitido sus títulos accionarios o no realizan con la regularidad o puntualidad debida los actos asamblearios o no cuentan con

El legislador ha sido riguroso sobre el tema, considerando con carácter imperativo, que las únicas formas de organización son las pergeñadas por la ley, sancionando con nulidad toda sociedad que se oponga a dicho precepto. Más aún, para algunos esta nulidad tiene carácter absoluto.<sup>17</sup>

Es conveniente flexibilizar la aplicación del dispositivo en análisis, posibilitando la subsanación de la causa de nulidad.<sup>18</sup> Pensamos que, el primer párrafo del art. 17 debe interpretarse en el sentido que es posible la subsanación del vicio que torna nulo el acto.

En la segunda parte del art. 17, se prevé expresamente la eliminación de la causal de nulidad ante la omisión de los denominados requisitos esenciales no tipificantes. El referido precepto permite la subsanación hasta la impugnación judicial. Ante la conveniencia en un caso concreto, debe interpretarse que la misma puede efectuarse hasta que quede firme la sentencia.

Tanto para un supuesto como para el otro, debería disponerse expresamente que la subsanación puede realizarse hasta que quede firme la sentencia que resuelve la nulidad de la sociedad.

Lo propuesto está previsto en el Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia mediante resol. 465/91, en la que se posibilita la subsanación tanto de sociedades atípicas, como de aquellas en las que se ha omitido cualquier requisito esencial tipificante hasta que quede firme la sentencia que anule el acto.<sup>19</sup>

---

libros sociales que reflejen las deliberaciones de los órganos colegiados; en otras palabras, sociedades que viven a contramano de las disposiciones legales aplicables al tipo de organización que tienen (NISSEN, Ricardo A.: op. cit., t. I, p. 204).

<sup>17</sup> FARINA, Juan M.: *Tratado de Sociedades Comerciales*, Parte General, pp. 319 y s., Zeus, Rosario, 1980; MASCHERONI - MUGUILLO: "op. cit., p. 73, Universidad, Bs. Aires 1994; HALPERIN, Isaac: op. cit., p. 173. Por su parte, OTAEGUI sostiene que si bien en estos casos la sociedad es nula y resulta imposible convalidar el vicio, ello no significa que el acto no produzca efecto alguno y considera aplicable el régimen de las sociedades irregulares (OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez de actos societarios*, p. 190, Ábaco, Bs. Aires, 1978).

<sup>18</sup> Conf. NISSEN, Ricardo A.: op. cit., t. I, pp. 205 y s.; ETCHEVERRY, Raúl A.: "Reglas críticas a reformar de inmediato para producir una flexibilización de nuestro régimen societario mercantil", en Congreso Argentino de Derecho Comercial celebrado en Buenos Aires, septiembre de 1990. En este sentido, con diversidad de matices, ALTHAUS y OTAEGUI en *Derecho Societario y de la Empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. V, pp. 218/220, Advocatus, Córdoba, 1992.

<sup>19</sup> *Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*, p. 32, Astrea, Bs. Aires, 1993.

#### 2.4. Participaciones recíprocas

La nulidad prevista en el art. 32 de la Ley de Sociedades puede evitarse subsanándose la anomalía. Esto es viable tanto para la constitución como para el aumento de capital mediante participaciones recíprocas.

El vicio se podrá eliminar reduciéndose el capital o efectuándose aportes genuinos según las circunstancias.<sup>20</sup>

#### 3. Las decisiones asamblearias

Creemos deben reverse las disposiciones sobre impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias. Por de pronto, seguimos discutiendo sobre si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad el previsto en el art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales, como juega esto si nos encontramos ante nulidades absolutas, si las disposiciones previstas sobre el particular son aplicables a decisiones del órgano de administración.<sup>21</sup> ¿No debe todo ello precisarse en una eventual reforma?

Por otro lado, no creemos conveniente ver el orden público societario o si se quiere normas de carácter imperativo —las que obviamente existen— con un criterio amplio. Con esta premisa no se restringe la impugnación judicial en sí misma, sino los efectos de la impugnación judicial de actos o decisiones asamblearias.

Obviamente, esto no implica desconocer la existencia de supuestos de nulidad absoluta (v. gr., decisión asamblearia que viola los artículos 69 o 220<sup>22</sup> de la L.S.). Indudablemente, la aprobación de un balance falso será un caso de nulidad absoluta;<sup>23</sup> en cambio, la aprobación de un balance falto de claridad o exactitud será un supuesto de nulidad relativa, pudiendo ser confirmado el defecto por los socios.

<sup>20</sup> Conf. ALEGRIA, Héctor: *El régimen de...*, p. 305.

<sup>21</sup> Resaltando tales deficiencias con motivo de la sanción de la ley 22.903 que modificó a la ley 19.950 puede verse: ROITMAN, Horacio: "Impugnación a las decisiones asamblearias" (Estudios sobre la Reforma) en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Estudios sobre la reforma de las leyes de sociedades y de concursos, Cuadernos n° 3, Separata n°s 95 a 98, p. 155).

<sup>22</sup> Conf. GAGLIARDO, Mariano: op. cit., p. 220; OTAEGUI, Julio C.: op. cit., p. 361; NISSEN, Ricardo A.: op. cit., t. III, pp. 279 y s. En contra, considerando que estamos ante un supuesto de nulidad relativa C1ª Apel. Bahía Blanca, septiembre 12-974, en *La Ley* 1975-D, pp. 106 y ss. con comentario de Salvador PERROTA titulado "Adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones".

<sup>23</sup> Conf. OTAEGUI, Julio C.: op. cit., p. 404; ESCUTI (h.), Ignacio: "Aproximación a la nulidad absoluta en el derecho societario" en *Anomalías societarias*, pp. 160/162, Advocatus, Córdoba, 1992)

Pensamos que las nulidades absolutas deben encontrarse partiendo de un enfoque restrictivo sobre el particular.<sup>24</sup>

Nos parece conveniente que en tanto sea posible, debe dejarse que el socio supuestamente afectado decida o no el ejercicio de sus derechos. ¿Qué se gana con esto? Pues reducir el campo de impacto de un conflicto societario.

Naturalmente, la empresa debe estar ocupada en el desarrollo de los negocios sociales y no en como solucionar un conflicto interno. No olvidemos que la nulidad absoluta impide la confirmación por parte del afectado, la acción es imprescriptible y se amplía el elenco de sujetos legitimados para promover la acción judicial, notas todas éstas que hacen más compleja la situación conflictiva.

En este orden de ideas, consideramos es menester se posibilite también en los acuerdos sociales eliminar la causa de nulidad. Sobre el particular la Propuesta de quinta directiva de la Comunidad Económica Europea promueve la sustitución del acuerdo social impugnado por otro conforme a la ley y al estatuto (v. gr., art. 115-3, primer párrafo de la ley de sociedades anónimas española; art. 2377 del Cód. Civil italiano).

Aún más, no creemos pueda dejar de evaluarse la conveniencia en otorgarle un mayor protagonismo al juez que entiende en la impugnación, facultándolo expresamente en la ley de fondo a promover la subsanación del vicio,<sup>25</sup> sin perjuicio de las atribuciones conciliatorias que posee por la aplicación de las normas contenidas en los códigos rituales.

¿Está facultada la asamblea a eliminar la causa de nulidad en nuestro régimen legal?

El art. 254, segundo párrafo de la Ley de Sociedades, prevé la revocación del acto asambleario mediante otro acto regular, produciendo efectos desde ese momento en adelante.

¿Por qué no puede tener efecto retroactivo la revocación? Más aún, pareciera que el saneamiento pleno de una irregularidad no se da sino con

<sup>24</sup> En el derecho comparado apreciando con carácter restrictivo los efectos que entre nosotros la doctrina le atribuye a la nulidad absoluta, como ser que la acción no prescribe, no caduca, resultando de imposible confirmación por el afectado, puede verse COTTINO, Gastone: *Diritto Commerciale*, vol. 1º, t. 2º, 2ª edic., Cedam, Padua 1987, pp. 429/430; FRE, Giancarlo: *Società per azioni*, pp. 392/395, 5ª edic. diferida de Aldo Pellicano, Zanichelli Edit., Bologna 1982; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; y OLIVENCIA, Manuel: *La Junta General de Accionistas*, t. V, pp. 327 y ss., Civitas, Madrid, 1991.

<sup>25</sup> El art. 115-3, segundo párrafo de Ley de Sociedades Anónimas española, dispone: "...Si fuere posible eliminar la causa de impugnación el juez otorgará un plazo razonable para que ella pueda ser subsanada".

efecto retroactivo.<sup>26</sup> Claro está que siempre deberán dejarse a salvo los derechos del tercero de buena fe.

El hecho que el legislador haya previsto sólo tal supuesto, no implica que no se pueda sustituir la decisión asamblearia nula por otra sin vicios.<sup>27</sup>

Asimismo, tratándose de supuestos de nulidad relativa, también puede la asamblea confirmar la resolución viciada (arg. arts. 1058 y 1059 del Cód. Civil), la que tiene efecto retroactivo salvo respecto los terceros de buena fe (arg. art. 1065 del Cód. Civil).

No obstante considerar que tales mecanismos son aplicables en nuestro derecho societario, pareciera aconsejable establecer expresamente tal posibilidad en el texto legal.

Nuestra Ley de Sociedades tampoco refiere a los efectos que derivan de la sentencia que declara la nulidad de un acto o decisión asamblearia. Por su parte, la doctrina no ha dubitado en sostener que la sentencia que declara la nulidad de un acto o decisión asamblearia no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe.<sup>28</sup> Por tanto, la sentencia tiene efectos *ex tunc* salvo respecto los terceros de buena fe.

Una vez más la solución se inspira en el resguardo del valor seguridad jurídica, seguridad en el tráfico ante la apariencia de validez creada respecto al tercero que contrató. Por tanto, ante el tercero de buena fe la sentencia no tiene efecto retroactivo.

¿Y cuándo estaremos ante un tercero de buena fe? Esto es una cuestión de hecho que deberá meritarse en el caso concreto.

<sup>26</sup> En este sentido se ha sostenido que es imposible eliminar, verdadera y propiamente una acto sin operar retroactivamente (CHIOMENTI, Filippo: *La revocación de las decisiones asamblearias*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993, p. 78). Conf. Cassazione, Sez I. 30 octubre 1970, n° 2263, Cortellezzi c. Soc. Pirelli, en Foro it., 1970, 2652. cit. por BOCCINI, Ermanno: *L'Assemblea delle società per azioni*, Cedam, Padua, 1991, vol. 2, p. 378, n° 2.

En nuestro derecho MANÓVIL, Rafael M.: "Revocación y confirmación de resoluciones asamblearias impugnables. Efectos y ejecución de la sentencia que declara su nulidad. Responsabilidades", en *Derecho Societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. II, p. 361., Advocatus, Córdoba, 1992.

<sup>27</sup> Conf. MANÓVIL, Rafael M.: op. cit., loc. cit.; NISSEN, Ricardo A.: *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, p. 211 y ss., Depalma, Bs. Aires, 1989.

<sup>28</sup> Conf. MARTORELL, Ernesto E.: *Sociedades Anónimas*, p. 299; NISSEN, Ricardo A.: *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, p. 202, Depalma; FARINA, Juan M.: op. cit., II-B, p. 326; HALPERÍN, Isaac: op. cit., p. 657. En derecho comparado siguiendo tal solución solución puede verse MERLE, Philippe: *Droit Commercial*, Sociétés commerciales, p. 432, 3ª edic., Dalloz, París, 1992; URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel: op. cit., t. V, pp. 343 y ss.

En principio, estimamos que el solo hecho de conocer de la impugnación no es argumento suficiente, por sí solo, para considerar al tercero de mala fe; tal conocimiento podrá jugar como indicio. Es que debe partirse de la validez de los acuerdos o actos asamblearios y no de la patología.

Si la sociedad pretende que la sentencia de nulidad tenga efectos retroactivos respecto del tercero, sobre ella recae la carga de probar su mala fe.