

Comisión II.

NECESIDAD DE LEGISLAR POSIBILITANDO
EL SANEAMIENTO DE LA IRREGULARIDAD
SOCIETARIA

HÉCTOR ALEGRÍA.

1. *La conservación de la empresa y los objetivos de política legislativa.*

Estimamos que la conservación de la empresa, principio de significativa importancia en la legislación contemporánea y especialmente en la mercantil¹, ha sido uno de los principales pilares en que asentó su acción legislativa la Comisión que elaboró la Ley de Sociedades Comerciales que nos rige.

Ello es así no solamente por la declaración que pueda hacerse en la "Exposición de motivos", sino por expresa trascendencia en normas positivas de importancia singular². Por lo demás, el principio excedió del simple marco de la regulación societaria, para residir también en sede de la legislación concursal contemporánea sancionada y elaborada³.

Los objetivos de política legislativa manifiestos de esta forma, brindan elementos orientadores al intérprete, pero también expresan un tamiz por el cual se cernirán las normas concretas elaboradas en

¹ Juan M. Farina, *Sociedades comerciales*, Zeus Editora, Rosario, 1974, p. 216; Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de las sociedades mercantiles*, Ed. Porrúa, México, 1971, p. 162 y sus remisiones notas 79 y 81; Mensaje que acompañó al Proyecto de Ley General de Sociedades del 28/12/71; Exposición de motivos ley 19.550, cap. I, sección III; Isaac Halperin, *Curso de derecho comercial*, Ed. Depalma, Bs. As., 1972, ps. 348/349; Héctor Alegría, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Ed. Abaco, Bs. As., 1975, p. 83.

² Exposición de motivos ley 19.550, cap. I, sección III, y arts. 17, 94, inc. 8, y 100 de la misma ley.

³ Exposición de motivos ley 19.551, Consideraciones generales, 4.b.

un ordenamiento, permitiendo discernir si ellas se compadecen con el objetivo buscado⁴. Puede ocurrir, y de hecho a veces ocurre, que por tradición, por imperio de condicionantes coyunturales o episódicos, por doctrinas particulares u otros motivos, entre los que puede haber no haber correlacionado una solución con determinado principio, una y otro queden aislados y permiten suponer la posibilidad de una superación de la ley misma, para alcanzar más plenamente el objetivo que ella se propuso.

2. *La irregularidad y su sanción o saneamiento en el derecho comparado actual.*

Si bien en época del Código de Comercio de 1859/1862 y en la reforma de 1889, la sanción por la irregularidad era dimanante de principios de orden tendientes a regularizar la vida social en nuevos moldes, en nuestra época tales principios, en parte formalistas, han sido obviamente superados.

Como es sabido, la terminología diferenciada entre "nulidad" e "irregularidad" no es uniforme⁵. Pero, sin embargo, en uno y otro plano (el de los requisitos sustanciales respecto de la nulidad, el de los de forma para la irregularidad), las legislaciones modernas se inclinan por dos principios claramente compatibles y coherentes:

a) por un lado, la reducción y hasta eliminación de las causas de nulidad (e irregularidad);

b) por otro, por permitir procedimientos o alternativas de subsanación de la nulidad (e irregularidad)⁶.

Así, por ejemplo, en el derecho inglés y en el alemán existen disposiciones que determinan que la inscripción registral de sociedad importa la subsanación directa de cualquier vicio de constitución⁷.

⁴ Ver nuestro trabajo *Estructura y principios orientadores de la Ley de Concursos*, en ob. cit., ps. 78/79.

⁵ Felipe de Solá Cañizares, *Tratado de derecho comercial comparado*, Ed. Montaner y Simón, t. III, Barcelona, 1963, ps. 68 y ss.; Carlos C. Malagarriga, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I, Ed. TEA, Bs. As., 1963, ps. 684 y ss.; Isaac Halperin, *Sociedades comerciales*, Parte general, Ed. Depalma, Bs. As., 1964, p. 156, llamada al pie.

⁶ De Solá Cañizares, ob. cit., p. 76; Gervasio Colombres, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, ps. 169/170.

⁷ De Solá Cañizares, ob. cit., p. 71, para el derecho alemán, y ps. 74/75, para el derecho inglés, con remisión al art. 15, Companies Act 1948.

A su turno, otras legislaciones admiten exclusivamente causales específicamente identificadas en la ley⁸, excluyendo como causantes de nulidad (o irregularidad) situaciones no expresamente previstas⁹.

Pero es más notable el progreso contemporáneo en cuanto a la admisión expresa del instituto de la subsanación, es decir, de la opción de evitar la consecuencia de la nulidad o irregularidad, cumpliendo los requisitos o formas faltantes (en el caso de irregularidad). Así es el caso de la ley francesa de sociedades de 1966 (dec. 66-537 del 24 de julio), que expresa que en las sociedades colectivas o en comandita simple, si se comprueba la irregularidad por defecto de publicación en la constitución, puede el juez no pronunciar la nulidad, si comprueba que en el hecho no ha sido constatado fraude alguno (art. 361), agregando que la acción de nulidad se extingue si la causal desaparece antes de dictarse sentencia en primera instancia, salvo que se tratare de violación del orden público y a las buenas costumbres. No concluye aquí el legislador francés, sino que admite después, todavía, que el tribunal mismo que conoce en la acción de nulidad otorgue un plazo para subsanarlo, y agrega que si es necesario convocar alguna asamblea o efectuar una consulta a los socios, el término debe permitir esa realización (art. 363).

Sigue expresando esta dirección el legislador del 66, cuando admite que incluso un socio o cualquier interesado en la regularización ponga en mora a la sociedad para que se regularice y hasta admite que el socio o la sociedad eliminen el interés de cualquier impugnante, haciendo cesar su interés social, en especial por compra de sus derechos (art. 365).

Pero donde más nos interesa la solución es en el siguiente precepto, en el cual se dice que si la omisión es por violencia a las normas sobre publicidad, cualquiera que tenga interés en la regularización puede poner en mora a la sociedad y requerir que vencido el plazo fijado para que la sociedad se regularice por el cumplimiento del acto faltante, se designe a un comisario encargado de cumplir la formalidad (art. 366).

Pasando ahora al derecho alemán, habíamos visto que la tesis del saneamiento de las deficiencias formales por la inscripción es adoptada, pero además en materia de nulidad expresa que esa acción debe basarse en los motivos expresamente indicados en la ley (art. 275, ley de sociedades por acciones del 6 de setiembre de 1965), y

⁸ Art. 360, ley francesa de 1966 (decr. 66-537 del 24/7/66).

⁹ *Idem*, nota 8.

que si la nulidad puede ser sanada, el interesado no puede demandar la nulidad sin antes haber sido invitado a la sociedad a regularizarse, sin que lo haya hecho dentro del término de tres meses posteriores (art. 275, 2). Se agrega, todavía, que la irregularidad de las cláusulas relativas a la razón social, al objeto de la sociedad, a la sede social, a la composición del directorio y a la forma de publicidad de los actos sociales, puede ser sanada conforme a las normas de la ley o del estatuto que se aplican para las modificaciones estatutarias (art. 276).

De Solá Cañizares señala que en derecho suizo la mayoría de los vicios de constitución pueden ser saneados sin necesidad de requerirse nueva fundación¹⁰.

El derecho mejicano admite que "si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del art. 6, cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente".

"En caso de que la escritura social no se presentare dentro del término de quince días a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro", agregando algunos autores que el sistema mejicano atribuye a la inscripción un efecto sanatorio absoluto¹¹.

El Código de Honduras de 1950 contiene disposiciones similares a las mejicanas (art. 18), pero agrega "que cualquier interesado o el ministerio fiscal podrá requerir judicialmente a toda sociedad mercantil la comprobación de su existencia regular. El requerimiento, además de ser notificado personalmente, se publicará. Transcurridos cuatro meses del requerimiento sin que se haya comprobado la inscripción en el Registro, la sociedad se pondrá en liquidación". También en América Latina, para no agotar las transcripciones, se conocen alternativas de saneamiento o convalidación, con distintos procedimientos, términos y eficacia. Así resulta, por ejemplo, en Ecuador¹², Perú¹³ y Venezuela¹⁴.

¹⁰ De Solá Cañizares, ob. cit., p. 73.

¹¹ Luis Muñoz, *Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles*, Ed. Lex, México, 1947, y especialmente Rodríguez Rodríguez, ob. cit., t. I, ps. 162 y ss., donde considera lo que llama "el derecho de regularización".

¹² Ver Héctor Alegría, *Comparación del régimen de sociedades anónimas en los países de la ALALC*, en INTAL, *El régimen de las sociedades anónimas en los países de la ALALC*, Bs. As., 1971, p. 251.

De todo ello puede extraerse la conclusión similar a la que De Solá Cañizares establece con relación a la nulidad:

1. Las legislaciones restringen las causales de nulidad (e irregularidad) de sociedades, admitiendo algunas hasta la subsanación automática por la registración.

2. Las mismas legislaciones modernas procuran otorgar procedimientos u opciones para la subsanación de los vicios de nulidad e irregularidad¹⁵.

3. *El sistema legislativo argentino actual.*

Nuestro sistema respecto de sociedad irregular, si bien eliminó notorias dudas y hasta incongruencias del Código anterior, algunas de las cuales en realidad eran verdaderas "revoluciones de los hechos contra el Código", precisamente por su dureza¹⁶, de todas formas sigue un sistema claramente orientado a soluciones similares a las anteriores en cuanto a la fulminación de la sociedad cuando un asociado quiere retirarse¹⁷ y a la no previsión de opciones legales sustantivas de regularización o saneamiento.

4. *Necesidad de un nuevo sistema.*

Entendemos que se impone la adopción de soluciones legales que permitan, inciten y hasta faciliten la regularización de las sociedades irregulares. Estas razones de apoyo serían:

a) El principio de conservación de la empresa, citado al comienzo, que ha llevado a soluciones originales en la misma ley (continuación de la persona jurídica sociedad con un solo socio real, reconstitución del complejo subjetivo, etc.).

b) La necesidad de adoptar soluciones más congruentes con las realidades económicas del país y a las previsiones y fundamentos del propio legislador en materia de nulidades.

En efecto, en esta última materia se menciona por primera vez la subsanación, pero con efecto limitado (antes de la impugna-

¹³ Perú, Ley de Sociedades Mercantiles, arts. 8 y 339; Ulises Montoya Manfredi, *Comentarios a la ley de sociedades mercantiles*, Lima, 1967, ps. 588 y ss.

¹⁴ Venezuela, Código de Comercio, art. 218.

¹⁵ Ver nota 6.

¹⁶ Halperin, ob. cit., ps. 161 y ss., especialmente punto 9 y sus citas; Malagarriga, ob. cit., ps. 703 y ss., con sus citas de Obarrio, Segovia y Siburu y el reconocimiento de que la opinión contraria a la suya se había generalizado.

¹⁷ Art. 22, ley 19.550; ídem, art. 296, Código de Comercio anterior.

ción), pero los fundamentos de la medida aluden expresamente a que "es una solución de política legislativa, en la cual está acorde la legislación contemporánea (Alemania, Francia), para conservar las fuentes de trabajo, evitar el despilfarro social que importa eliminar las empresas organizadas, etc."¹⁸, concepto que es reiterado por otro de los autores del proyecto, tomando como base precisamente la opinión del mismo Halperin¹⁹.

c) Admitir la consecuencia natural de la conducta manifestada a través de la voluntad de formar sociedad, que es la de permanecer en ella, y no la de apartarse. En este supuesto es particularmente destacable el caso de la sociedad que tiene contrato escrito²⁰.

Es decir, en definitiva, la tutela de la buena fe por sobre la simple formalidad, sobre todo cuando ésta se quiere o puede cumplir sin desmedro de principios superiores.

d) Impedir el uso abusivo de la amenaza de disolución en situaciones dudosas, admitiendo la regularización en beneficio de los socios y en el interés de los terceros y de la comunidad misma.

5. Regularización no es equiparación.

Por supuesto, la opción de subsanar las anomalías formales de constitución no significa admitir derechos a las sociedades irregulares, que son propios de las regulares. Aquí la distinción es clara: la opción a regularizarse importa la posibilidad de adquirir la calidad de regular sin estar amenazada por la disolución, esto es, su extinción como sociedad activa. Pero de allí no puede desprenderse que se propicie que la sociedad irregular, en tanto permanezca tal, adquiera derechos propios de las sociedades regulares. Así, por ejemplo, no utilizará contabilidad regular ni podrá ser admitida al concurso preventivo²¹. Véase así la compatibilidad actual entre los dos principios: la tendencia a la regularidad por el cumplimiento de los requisitos legales impuestos para ello y la tendencia a la conservación de la empresa, mediante la regularización o saneamiento de las irregularidades.

¹⁸ Halperin, *Curso...*, cit., vol. I, p. 349.

¹⁹ Enrique Zaldívar, en colaboración con Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán, *Cuadernos de derecho societario*, t. I, Ed. Macchi, Bs. As., 1973, p. 119, y remisión al trabajo de Halperin en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1970, p. 565.

²⁰ A la que se suele llamar sociedad irregular en sentido propio, para diferenciarla de la sociedad "de hecho".

²¹ Art. 5, ley 19.551.

En este sentido, estimamos que un procedimiento similar al del derecho francés se impone. Así, debería admitirse la opción de saneamiento dictada por el tribunal como alternativa ante una demanda de irregularidad, sobre todo cuando no se ha cometido dolo o perjudicado a terceros; y admitiendo la acción de cualquiera de los socios o terceros interesados para regularizar el ente, no solamente por acción de éste sino compulsivamente.

6. Conclusiones.

1. Debe propiciarse la adopción de un sistema legal que permita en el máximo de posibilidades, el saneamiento o convalidación de las sociedades irregulares, mediante el cumplimiento de los actos omitidos o indebidamente cumplidos.

2. El sistema debe contemplar que la posibilidad de regularización se extienda aun existiendo demanda de disolución de la sociedad por causa de la irregularidad cometida, otorgando plazos para el saneamiento, aun a criterio judicial, y concediendo la posibilidad de regularización a pedido de los interesados, sin la imprescindible cooperación voluntaria de todos ellos, según la naturaleza de los requisitos formales omitidos.

3. La tendencia sugerida a la regularización o saneamiento de las sociedades irregulares beneficiará la conservación de empresas útiles para el país, sin pérdida de la autoridad y respeto por el cumplimiento de las leyes.

4. La posibilidad de regularización o saneamiento no significa otorgar atributos propios de las sociedades regulares, que cumplieron oportunamente los requisitos legales exigidos para serlo, a las sociedades irregulares en tanto se mantengan como tales.

5. La regularización o saneamiento de una sociedad irregular no libera a los socios de su responsabilidad solidaria por los actos realizados con anterioridad al cumplimiento de los requisitos pendientes para su regularización.