

UNA APOSTILLA HERMENÉUTICA: LA NULIDAD POR ATIPICIDAD

JORGE RAÚL HADDAD

PONENCIA

La nulidad absoluta y manifiesta que impone el art. 17, 1er. párr. de la L.S.C, sólo abarca al supuesto de que los otorgantes pretendan crear una sociedad de un tipo distinto a los regulados por el legislador, y no a aquellos en los que se procure constituir una sociedad prevista, aunque ésta padezca de falencias que afecten a un elemento esencial tipificante.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Una de las metas explícitas de este segundo capítulo del temario del congreso, lo constituye el hallazgo de soluciones superadoras de las distintas causales de nulidad de los actos jurídicos societarios, particularmente de aquellos orientados hacia la creación de un nuevo ente.

Ciertamente, este objetivo deberá lograrse partiendo de la legislación vigente; en este sentido, la multiplicidad de propuestas reformistas que suelen acompañar a las ponencias resultan de mínima trascendencia, cuando no pasan de ser meras expresiones de deseos. En uno u otro caso, resultan carentes de utilidad para quienes en el cotidiano quehacer empresario y profesional deben enfrentarse administrativa o judicialmente al caso concreto, y encarar su solución.

Si hemos de movernos dentro de estos parámetros, la liminar pauta ha de ser entonces la del respeto a la ley: la de cumplir la primera regla hermenéutica que, enseñaba Werner Goldschmidt, es la de la fidelidad del intérprete al texto normativo.

Pero tal actitud no deberá tampoco estar exenta de sentido crítico, y de una amplitud de miras que permita descartar preconcepciones, y llegar a la finalidad del mandato legislativo.

Las líneas que conforman esta apostilla tienen precisamente esa intención.

2. *La sanción del art. 17 de la L.S.C.*

Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley.

Esta escueta frase sentencia la condena más extrema y gravosa que contiene la ley societaria: la unanimidad de sus exégetas está conteste, y lleva razón en ello, en que la así instituida es una nulidad absoluta (como tal obviamente el acto inconfirmable), manifiesta y, para la generalidad,¹ ni siquiera subsanable por el mecanismo previsto en el precepto.

3. *La interpretación generalizada*

Puestos a determinar el campo de aplicación de tan extrema sanción, coinciden los autores en que ella abarca diversos supuestos, pues la atipicidad puede resultar "...tanto de la omisión de una cláusula, como de la inclusión de una cláusula repugnante".²

Así, se han puesto como ejemplos de la atipicidad sancionada *que el capital de una sociedad de responsabilidad limitada no esté dividido en cuotas de igual valor; no esté organizada la gerencia en el acto constitutivo, una sociedad en comandita en la que todos los socios respondan solidaria e ilimitadamente; una sociedad de capital e industria en la que todos los socios aporte capital, etc.*³

Específicamente este último autor remarca (aunque el criterio es implícitamente el mismo en todos que *será nula la sociedad aparentemente típica, pero a la cual le falta un requisito tipificante, lo que impide considerarla dentro de dicha categoría.*⁴

Coetáneamente a tal amplitud concedida al campo de aplicación de la sanción, es sin embargo también uniforme la opinión de los distintos autores en el sentido de que ella es excesiva en un grado draconiano, apuntándose

¹ Véase nuestra ponencia para este mismo congreso, "Hacia una adecuada conceptualización del instituto de la subsanación".

² Cfr. HALPERÍN, Isaac: "Régimen de nulidad de las sociedades comerciales", en RDCO, año 1970, n° 20, p. 564; OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez de los actos societarios*, Ábaco, Bs. Aires, 1978, cap. VI, nos. 69 y 71, pp. 185 y 189, etcétera.

³ FARINA, Juan M.: *Tratado de sociedades comerciales, parte general*, Zeus, Rosario, 1980, parte general, t. I, cap. XII, n° 296, p. 319.

⁴ FARINA, Juan M.: op. y loc. cit.

incluso su contradictoriedad en función de la posibilidad de eludir la sanción trocándola en otra de menor gravedad, mediante el simple expediente de la destrucción u ocultamiento del contrato constitutivo nulo.⁵

4. *Una tesis restrictiva*

Cabe sin embargo preguntarse ¿por qué así?

Si estamos ante un supuesto nulificante, como tal de interpretación restrictiva, y si para más se trata de una sanción de gravedad excepcional y hay consenso en la inequidad de distinguir en función del cual se agrava la sanción con relación a otros supuestos, ¿por qué determinar con tal latitud el campo de aplicación?

Pensamos que es posible formular una determinación más restringida del ámbito de esta nulidad y esto, lejos de implicar una apartamiento de la ley, precisando el exacto sentido que la misma posee. Entendido para ello que la norma es también en sí un dato de la realidad, y que por tanto a su objetividad habrá que atenerse, maguer la llamada interpretación auténtica de que ella hubiera hecho alguno de los intervinientes en su confección.

En estos términos, postulamos que la nulidad absoluta y manifiesta que impone el art. 17, 1er. párr. de la L.S.C., sólo abarca al supuesto de que los otorgantes pretendan crear una sociedad de un tipo distinto a los regulados por el legislador, y no a aquéllos en los que se procure constituir una sociedad prevista, aunque ésta padezca de falencias que afecten a un elemento esencial tipificante.

Bastará entonces que se anuncie a la sociedad como típica, para que los defectos que presente resulten subsanables por los otorgantes de su constitución.

Veamos por qué.

4.1. *La télesis normativa*

La tipicidad tiene por finalidad última la protección de los terceros: conferir, a través de la previsibilidad de un tipo preestablecido y conocido, seguridad jurídica a su vinculación con una sociedad, prevaleciendo por sobre los intereses de los socios. Lo afirmaba ya Brunetti: "*La ley no admite otros tipos que regulados por ella ... porque los intereses que merecen tutela son solamente los previstos y regulados. La ley quiere salvaguardar el derecho y de los terceros, y no consiente a los contratantes alterarlo*".⁶

⁵ FARINA, Juan M.: op. y loc. cit.

⁶ BRUNETTI, Antonio: *Tratado del derecho de las sociedades*, trad. de Felipe de Solá Cañizares. Uthea. Bs. Aires. 1960. t. I. cap. II, n° 24, p. 88, y nota 51.

Tal limitación a un número *clausus*, implica una excepción al principio general de la libre contratación, de los arts. 14 de la Constitución Nacional y 1197 del Código Civil.

Y como toda excepción, ha requerido del legislador una sanción particular y explícita, que averse toda duda sobre su vigencia.

De ahí la rigurosidad de la regulación: se sanciona extremosamente a quienes, contrariando una directiva fundamental de la norma en la materia, pretendan dar existencia a sociedades de un tipo no previsto: existiría allí no ya una falencia, sino una manifiesta antijuridicidad.

Pero si en un determinado caso los instituyentes de una sociedad la conformasen bajo la nominación de un tipo previsto, debe entenderse (porque no corresponde presumir la voluntad antijurídica), carecen de la intencionalidad a la que atribuimos como contrapartida la sanción del primer párrafo del art. 17 de la L.S.C.).

Para más, dentro del mismo ordenamiento se recoge también la vigencia de otro principio, cual es el de conservación de la empresa (art. 100 L.S.C.), el que debe armonizarse con el resto de sus disposiciones.

Y no se advierte el porque se haya de privar a los otorgantes (que hemos visto no han incurrido en la conducta específicamente reprimida) de la posibilidad de rectificar la falencia que hubieren introducido al conformar sus elementos, aunque fueren los tipificantes.

4.2. La interpretación literal

La ley puntualmente menta "la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley".

En la estructura lógica de la norma, el antecedente está dado entonces por la constitución de otro tipo societario que se agregaría a los previstos por el legislador. Y no por la presencia de un tipo previsto, aunque sus elementos difiriesen de los impuestos por la ley.

Concretamente: son hechos distintos el intentar crear una "sociedad en comandita de capital e industria", o una "sociedad empresaria comercial", a constituir una sociedad de responsabilidad limitada, y pretender representar su capital en acciones.

La diferencia no es baladí: más allá de al consecuencia lógica inmediata (restricción de la nulidad establecida al estricto caso previsto, e inextensibilidad analógica), se hace presente otra cuestión técnica trascendente: en la interpretación propuesta, resulta definitoria para la aplicación de la sanción, la *aparencia jurídica* resultante en el ente societario creado. Y la apariencia jurídica es el elemento en torno al cual pivota el juicio de validez del acto; sólo en un paso secundario se podrá llegar al fenómeno de la conversión, a tenor del cual

el acto podrá entenderse como otro distinto, eventualmente válido. Pero, insistimos, el primer juicio se elaborará sobre el acto jurídico que se explicitó.

Y si las partes constituyeron (así fuera mal) una sociedad prevista en la ley, no habrá atipicidad.

4.3. Casuística

Vimos que la doctrina abarca comúnmente en la atipicidad tanto a la sociedad que tiene regulado un elemento esencial en forma contraria a las previsiones del tipo, como a aquella en la que directamente se ha omitido la regulación.

En el primero de los casos, nos encontraríamos en la situación que hemos analizado en los párrafos precedentes, y a ellos nos remitimos. Pero pensamos que el segundo merece una consideración especial.

Francamente, creemos una exageración pensar que al simple omisión de desarrollo en el estatuto social de un elemento esencial tipificante, pueda conceptualizarse como un caso de atipicidad.

Una omisión no es más que eso: de ninguna manera puede admitirse como pauta hermenéutica el que ella haya tenido por finalidad burlar la limitación de tipo establecida por el legislador, so pena de sentar una premisa contraria a toda lógica: la presunción de la mala fe.

Y en estos términos, la omisión puede significar tipo incompleto, pero no distinto, ni contradictor del sistema de la norma.

Y uno de los ejemplos clásicos nos servirá para demostrarlo: la sociedad de responsabilidad limitada que no tiene organizada su gerencia, no tiene una administración atípica: sencillamente ha incurrido en una falencia que tiene previsión en el mismo plexo de la norma: la de *organizar*, según lo requiere el art. 1º de la ley (donde locan los elementos esenciales comunes, o no tipificantes), la administración de la sociedad, lo que debió implementar en el acto constitutivo, según explícitamente lo impone el inc. 6) del art. 11 de la L.S.C.

Y la omisión de un requisito esencial no tipificante posee, en el mismo precepto que interpretamos, la posibilidad subsanatoria que la tesis que enfrentamos pretende negar.