

Addenda a la ponencia "La sociedad de componentes".

LA OMISIÓN DE REQUISITOS ESENCIALES NO TIPIFICANTES: ¿NULIDAD RELATIVA O ABSOLUTA?

Jorge Raúl Haddad

1) La omisión de requisitos esenciales no tipificantes de la sociedad, hace al contrato constitutivo o acto modificatorio nulo de nulidad absoluta.

2) Se encontrarán legitimados para plantear tal nulidad el juez de oficio, los terceros interesados, y aún los mismos socios otorgantes, denunciándola en la acción u oponiéndola por vía de excepción.

SUMARIO:

- Introducción. 1) Planteo del tema: 1.1) La nulidad de los actos jurídicos. 1.2) Acto y ente. 1.3) La falencia en el ente. 1.4) Las categorías de los arts. 16 y 17 LSC: 1.5) La inderogabilidad. 2) El carácter de la nulidad. 2.1) La disyuntiva. 2.2) Las dos categorías del art. 17 LSC. 3) La legitimación.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la ponencia sobre la llamada *sociedad de componentes* que presentáramos a este congreso, nos llevó a concluir en la figura analizada la existencia de vicios relativos a elementos esenciales -objeto y causa- de la sociedad afectada, que conclufan en la nulidad de los actos que le dieran origen o conformación a tenor de tales pautas.- Y sobre dicha nulidad adelantamos en ese trabajo una posición que, por no coincidir con la usual en la materia, entendemos útil explicitar de modo de dejar aclarado su sentido y alcance. Tal el objeto de esta apostilla.- Hemos optado por separar de aquel desarrollo el tratamiento de esta cuestión, no sólo porque hubiera alongado en mucho la exposición sino, también, porque la naturaleza genérica del tema excede los límites de la ponencia allí sostenida.

En otro orden, la distinta solución que en definitiva se diere a la cuestión que

preferimos tratar aquí, no habría incidido esencialmente sobre lo sustancial de las conclusiones allá arribadas; antes bien, hubiera introducido un factor de confusión sobre las mismas, que conviene disipar.

Sigue, pues, un esquemático replanteo de la problemática, y un sumario esbozo de la solución propiciada, cuya heterodoxia esperamos cuente con la tolerancia del lector.

1) PLANTEO DEL TEMA

Al tratar el tema de las nulidades en materia societaria, nos encontramos con un panorama doblemente dificultoso: por una parte la complejidad de la disciplina opone al intérprete dificultades superiores a las propias del ya de por sí arduo terreno de la sanción invalidante; por la otra, la regulación contenida en la ley de sociedades vigente es -en esto coinciden la generalidad de los autores- asistemática, contradictoria e incompleta, lo que agrega más obstáculos a la obtención de conclusiones asertivas sobre su concreta aplicación.

En estas condiciones, se hace necesario delimitar previamente la materia a tratar, y para ello partiremos de la explicitación de algunas nociones que, no por básicas y conocidas será redundante traer a colación.

1.1) La nulidad en los actos jurídicos

Aceptemos como punto de partida, que las sanciones que el ordenamiento normativo prevé para los actos jurídicos viciados constituyen un espectro de distintos grados de invalidez, que desde la inexistencia pasan por la nulidad y la ineficacia (comprensiva de la inoponibilidad y la impugnabilidad) hasta llegar - en materia societaria- a la específica sanción de irregularidad.

De ellas nos detendremos someramente en las dos primeras categorías, para recordar que la inexistencia es la consecuencia jurídica de la carencia de un elemento esencial ⁽¹⁾ mientras que la nulidad lo es de la falencia ⁽²⁾ de uno o más de tales elementos, presentes pero viciados.

No estará demás recordar que la noción de esencialidad nos remite al esquema categorial aristotélico que clasifica a los elementos en esenciales naturales y accidentales, donde -reducido a su expresión más sintética y expresado en el lenguaje más cotidiano- esencia es lo que hace que el ente sea lo que es (y no

(1) Cfr. OTAEGUI, Julio C., *Invalidez de los actos societarios*, Bs. Aires, Abaco, 1978, Cap. III, # 30, pág. 86, y # 31, pág. 91 y sig..

(2) OTAEGUI, Julio C., *op. cit.*, Cap. III, # 30, pág. 86.

uno distinto), naturaleza lo que habitualmente acompaña al ente (pero que podría faltar o variar sin que dejara de ser lo que es) y accidente aquéllo que variablemente puede o no estar con él.

He aquí en última instancia el porqué la ausencia o vicio de algún elemento esencial al acto jurídico ocasiona su invalidez: porque en tales condiciones el acto no es lo que debe ser.

1.2) Acto y ente

Hasta aquí hemos referido al acto jurídico -y en especial al societario- en sí mismo; ahora encararemos a la sociedad.

Demás está decir que el planteo que antecede lleva insito en su mismo enunciado la toma de partido en torno a la omnipresente -y no definida- pregunta ontológica por la sociedad.

No es éste el caso de abordar una temática que, por su vastedad y profundidad -de inmediata raigambre filosófica- excede las posibilidades de estas líneas. Solo diremos que adscribimos a las posturas -más recientes- que ven a la sociedad como centro de imputación dado en la realidad, ente propio del orden de repartos, y no de la dimensión normativa, legal ni contractual.

El contrato, sinalagma genético, crea a la sociedad, pero no se identifica con ella.

Diríamos que el contrato es a la sociedad lo que el arco a la flecha.

Si la sociedad es un ente de la realidad, tiene sus propios elementos, también esenciales, naturales o accidentales. Y ellos no se confunden con los del acto que le diera existencia: uno es el objeto del contrato, y otro el de la sociedad; una es la causa del contrato y otra la de la sociedad; y así en más.

1.3) La falencia en el ente:

Siendo así, cabe concluir como consecuencia lógico necesaria la imposibilidad -magüer la defectuosa terminología de nuestra ley societaria- de nulificar a la sociedad: la nulidad es una categoría propia de los actos jurídicos; los entes de la realidad son incompletos, distintos, etc.: no nulos.

Ocurre que el legislador impone que cuando un ente societario no responda a las pautas queridas sea quitado de la realidad; pero entiéndase, la sanción jurídica de invalidez corresponde linealmente al acto jurídico -contrato constitutivo o acto societario modificatorio- que desvía a la sociedad de lo mandado: a la sociedad en sí se la elimina como centro de imputación.

Según gráficamente dijera el profesor Efrain H. Richard ⁽³⁾ “*lo nulo es el contrato: la sociedad se liquida*”.

¿Y cuándo ese desvío es suficiente para determinar la eliminación de la sociedad? Lógicamente: cuando afecta a un elemento esencial -en el criterio del legislador- esto es, uno sin el cual no puede ser lo que debe ser.

1.4) Las categorías de los arts. 16 y 17 LSC

Trazados estos lineamientos, cabe plantearse ahora la hermenéutica de la ley societaria en cuanto al tratamiento de los elementos esenciales de los actos nulificables.

El tema no está, según advertimos, explícito ni claro.

Sin pretender exhaustividad -que necesitará de una investigación más profunda, y una exposición más extensa- diríamos que en los arts. 16 y 17 LSC se vuelcan respectivamente dos categorías distintas de falencias en elementos esenciales:

- el art. 16 LSC refiere a falencias en los elementos esenciales de los actos jurídicos societarios.

- el art. 17 LSC refiere a falencias en los elementos esenciales de los entes societarios.

Justamente en razón de esta distinta etiología, es que la nulidad del art. 16 LSC es en principio sólo vincular, mientras que la del art. 17 LSC incide directamente en la sociedad.

Si se piensa con algún detenimiento, se advertirá que recién cuando el vicio normado en el art. 16 LSC implica falencia de un elemento esencial de la sociedad -v. gr. pluralidad de socios- la sanción se traslada a ésta.

Y por el lado del art. 17 LSC, ya la doctrina ha puntualizado ⁽⁴⁾ que los *requisitos esenciales no tipificantes* a que remite el precepto son los del art. 11 LSC, que refiere fundamentalmente a los elementos conformantes esenciales comunes a toda sociedad.

1.5) La inderogabilidad

Situémonos ahora en el ceñido campo del art. 17 LSC.

Sabido es que el régimen societario se halla revestido de particulares

(3) Exposición en las jornadas preparatorias de este congreso llevadas a cabo en la ciudad de Rosario.

(4) Cfr. OTAEGUI, Julio C., op. cit., Cap. IV, II), # 45, pág. 133.

connotaciones de imperatividad: por razones de interés general el legislador quiere sociedades estructuradas de un determinado modo, y torna inderogables las disposiciones que así lo exigen. Ello abarca tanto a las referidas a los elementos esenciales tipificantes, como a los comunes a toda sociedad.

No se concibe que tales preceptos sean dejadas de lado: los socios no pueden crear una sociedad sin domicilio, o sin capital; no entraremos en la polémica sobre si media aquí un específico *orden público* societario; baste con saber que a este respecto la normativa vigente es imperativa. Y es coherente que sea así: si para el legislador determinados elementos de la sociedad son esenciales, su falencia, hemos apuntado (supra 1.1.) hace que el ente no plasme lo que el legislador quiere que sea.

2) EL CARÁCTER DE LA NULIDAD

Hemos referido el fundamento de las nulidades societarias y de las del art. 17 LSC en particular, cabe ahora, como en el título que hemos dado a estas líneas, preguntarse con relación a las últimas, ¿son relativas o absolutas?

2.1) La disyuntiva

“La materia adquiere ribetes interesantes, si se advierte que los elementos de la sociedad previstos en la norma como tergiversados, si bien esenciales lo son a nivel de género, constituyendo común denominador de todos los entes societarios. No siendo entonces elementos tipificantes, corresponde a su omisión la posibilidad subsanatoria previa a la instancia judicial, que consagra el mismo art. 17 LSC.

Con base en ello, se ha sostenido ⁽⁵⁾ que el sentido con que el segundo párrafo del art. 17 LSC emplea el vocablo *anulable* es el doctrinariamente minoritario, que equipara anulabilidad con subsanabilidad ⁽⁶⁾ igual a confirmabilidad ⁽⁷⁾.

(5) OTAEGUI, Julio C., op. cit., Cap. IV, II, # 45, pág. 133. Sostiene el autor: “Es claro que la omisión de un requisito esencial no tipificante, requisitos que resultan del art. 11, como oportunamente veremos, es evidente, determinada y no oculta, con lo que de acuerdo con la terminología cuátripartita nos encontraríamos ante un acto nulo, pero no obstante lo expuesto la ley lo califica de anulable y admite su subsanación. De esto resulta que aquí la ley emplea el vocablo anulable no en el sentido de un acto cuyo vicio oculto o fluído será o no confirmable, sino en el sentido de anulable por ser un vicio subsanable, como entiende la opinión minoritaria.

En sentido similar se pronuncia FARINA, Juan M., Tratado de Sociedades Comerciales, Rosario, Zeus, 1980, Parte General, Cap. XII, Nº 297, pág. 320, quien plantea, sin resolver, la dicotomía entre esencialidad y nulidad meramente relativa.

(6) OTAEGUI, Julio C., op. cit., Cap. III, # 30, pág. 89.

(7) OTAEGUI, Julio C., op. cit., Cap. III, # 30, pág. 88: “... o no subsanable cuando el vicio

Pensamos que este criterio puede ser revisable a la luz de un análisis conceptual de la mecánica estatuida en el art. 17 LSC, y sostenible el carácter absoluto de las nulidades que emergen de las falencias de marras. En efecto: en puridad la posibilidad saneatoria que concede el art. 17, 2º párrafo, LSC -a la que la norma llama subsanación- difiere en su esencia de la alternativa de *confirmación* que accede a la nulidad relativa, y ello denota el distinto carácter de la del precepto.

En la nulidad relativa, como la ratio legis de la sanción está en la protección de un interés particular, su ejecutoriedad queda deferida a la iniciativa del afectado, que por ende puede -por entender que el acto viciado le resulta favorable, o por cualquier otra razón- renunciar a esa prerrogativa, y mantener el acto original tal como se plasmó.

Análogamente, el instituto de la confirmación del art. 1059 Cód. Civil, importa una renuncia al ejercicio de la acción de nulidad que deja al acto originariamente nulo con pleno valor.

Tanto es así, tan es el mismo acto el que emerge luego de la confirmación, que ésta tiene efecto retroactivo a la celebración de aquél; como dice Borda⁽⁸⁾ "*esta retroactividad es de la esencia de la confirmación, que no es sino la renuncia a ejercer la acción de nulidad y el reconocimiento de la plena validez del acto originario*".

En cambio, lo que el art. 17 LSC admite no es *confirmar* el acto jurídico omitente de un elemento esencial (no tipificante) de la sociedad -sería una inadmisibles contradictio in adjectio: validar legalmente el acto genético o modificadorio de un ente al que priva de una parte de lo que la misma ley considera esencial para aceptar su existencia- sino *subsanan* el vicio, esto es modificar el acto original transformándolo en otro, este sí adecuado a la normativa vigente: aquí no media, entonces, *confirmación* alguna, que denote la existencia de una nulidad meramente relativa.

Insistimos en el esquema trazado para remarcar que la inderogabilidad no sólo responde a un fundamento de interés general -el mal llamado orden público, que por lo demás⁽⁹⁾ no siempre funda una nulidad absoluta- sino además a la voluntad legislativa de articular una mecánica societaria (excluyente de otras alternativas) sobre determinados elementos esenciales, elementos cuyo vicio impone entonces al orden jurídico, con la inexorabilidad de las secuencias lógicas, la represión del ente falente.

no tiene remedio porque afecta el orden público o el interés social, y por lo tanto el acto no puede ser confirmado según el Cód. Civ., art. 1047 in fine".

(8) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Bs. Aires, Perrot, 1959, T. II, Cap. XV, # 4, Nº 1275, pág. 385.

(9) Cfr. ZANONI, Eduardo, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, Bs. Aires, Astrea, 1980, pág. 210.

La nulidad del acto, pues, es absoluta.

2.2) Las dos categorías del art. 17 LSC

Si el acto jurídico subsanatorio de uno inválido referido a un elemento esencial no tipificante es *otro acto* distinto del original, que así queda sin ningún valor, cabe entonces preguntarse ¿Cuál es su diferencia con los actos viciosos relativos a elementos esenciales tipificantes de la sociedad?

Podríamos encarar el punto criticando lo arbitrario y draconiano del precepto, en lo que ciertamente no pecaríamos de originales⁽¹⁰⁾. Mas constructivo será el intentar desentrañar en la norma si no la razón de ser -que en nuestra visión obedece más que nada a una deformación profesional de sus autores- al menos el alcance práctico, de la distinción categorial que contiene.

Ciertamente la redacción del artículo no favorece la tarea, porque la posibilidad subsanatoria que enuncia no tiene nada de particular, y en rigor ni siquiera necesitaba de sanción legislativa: todo acto jurídico mal hecho se puede luego hacer bien; ello incluso -a pesar del límite establecido- luego de que se demande judicialmente la nulidad. Y esto así, porque tal acto posterior correctivo, insistimos, es otro acto.

Entonces, ¿cuál es la diferencia, p. ej., entre estas dos situaciones?

a) el acto constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada omite organizar la gerencia (elemento esencial tipificante) y luego, antes de interponerse ninguna acción judicial, se otorga un nuevo acto que la prevé;

b) el acto constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada omite fijarle plazo de duración (elemento esencial no tipificante) y luego, antes de interponerse ninguna acción judicial, se otorga un nuevo acto que lo establece;

Ambos actos posteriores son válidos; ambos son, en sentido lato, correctivos del anterior. ¿Qué particularidad hace que el segundo *subsane* la omisión y el primero no?

La buena hermenéutica exige agotar las posibilidades de lograr del texto analizado una interpretación que le confiera sentido; puestos a asignarle uno al nuestro, pensamos posible entender en la solución del legislador la asignación de efecto retroactivo a la corrección del acto por el que se constituyó o modificó una sociedad con omisión de un elemento esencial no tipificante.

Tal efecto no se daría, inversamente, en la hipótesis de la primera parte del art. 17 LSC.

(10) v. p. ej., FARINA, Juan M., op. cit., Cap. XII, Nº 296, pág. 320.

Se trata, por cierto, no más que de una hipótesis de trabajo, sobre la que cabría investigar -fundamentalmente en el terreno de las consecuencias prácticas- para arrojar luz sobre una materia que, hasta el presente, no ha sido desarrollada.

3) LA LEGITIMACIÓN

Al margen de la disgresión que antecede, hemos de todos modos concluido que las nulidades del art. 17 LSC son siempre absolutas.

Siendo así, la legitimación para articularlas por vía de acción o excepción, estará en cabeza de cualquier tercero que acredite un interés legítimo -p.ej., acreedor ante la insolvencia de una sociedad con limitación de responsabilidad- del agente fiscal, o del juez, actuando ex officio.

¿Y las partes signatarias del negocio jurídico? El tema es trascendente, por cuanto en la práctica serán las que primordialmente estarán interesadas en postular o rebatir tal nulidad: en la letra del art. 1047 Cód. Civ. -que no pocas críticas ha merecido⁽¹¹⁾- tal posibilidad les estaría vedada, desde que necesariamente otorgaron el acto constitutivo (o modificante) debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Sin embargo la jurisprudencia ha limitado en algo esta inhibición, en algunos casos admitiendo la articulación de la nulidad no obstante el conocimiento de la invalidez del acto⁽¹²⁾ y en otros recordando que el juez tiene que ejercer su potestad invalidatoria de oficio, aunque llegue a su conocimiento la nulidad absoluta por medio de quien ejecutó el acto conociendo o debiendo conocer dicho vicio⁽¹³⁾, a lo que la doctrina ha sumado la posibilidad de oponerla siempre, por vía de excepción, cuando se pretenda hacer valer el acto viciado⁽¹⁴⁾.

Estas alternativas, en los hechos equivaldrán a que cualquiera de las partes pueda promover la nulificación del acto de marras, y la consecuente liquidación de la sociedad⁽¹⁵⁾.

(11) Cfr. BELLUSCIO-ZANONI-CIFUENTES, Código Civil y Leyes complementarias, Bs. Aires, Astrea, 1982, pág. 718; BORDA, Guillermo A., op. cit., Cap. XV, # 2 B.Nº 1248 3), pág. 357.

(12) CNCiv, Sala G, 08-05-81, en El Derecho, T. 94, pág. 202.

(13) S. C. Bs.As., 01-12-59, AS, 1959-IV-272.

(14) BORDA, Guillermo A., op. y loc. cit..

(15) Cfr. BORDA, Guillermo A., op. y loc. cit., quien ejemplifica con el caso del socio que demanda la disolución de una sociedad constituida para ejercer el contrabando, aunque concurriera a crearla.