

## HACIA UNA ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN DEL INSTITUTO DE LA SUBSANACIÓN

JORGE RAÚL HADDAD

### PONENCIA

- 1) La subsanación es un instituto jurídico con característica y virtualidades propias, distintas del de la confirmación.
- 2) El ámbito de aplicación de la subsanación es el de las nulidades absolutas, carácter que asumen todas las comprendidas en el art. 17 de la L.S.C.
- 3) La subsanación reconoce antecedentes en el ámbito del derecho comparado, que difieren de las elaboraciones de la doctrina vernácula.
- 4) Aun dentro del marco normativo del art. 17 de la L.S.C., es posible remediar la falencia en elementos esenciales tipificantes.

### FUNDAMENTOS

#### 1. Introducción

Cuando en ocasión del V Congreso Argentino de Derecho Societario presentamos una ponencia sobre el tema de la subsanación<sup>1</sup> incursionábamos en un terreno hasta entonces en verdad poco explorado. Nos place ver como hoy el tema ha suscitado interés, hasta constituir un íntegro punto del temario de esta convocatoria.

A las dificultades de por sí propias del intrincado tema de la invalidez, y a las mayores que agrega la complejidad del ámbito societario donde conviven (en la sociedad *stricto sensu*) un ente jurídicamente personalizado y un negocio jurídico contractual que (general, pero no excluyentemente) le da ori-

<sup>1</sup> La omisión de requisitos esenciales no tipificantes. ¿Nulidad relativa o absoluta? v. en Derecho societario y de la empresa (ponencias del Congreso), Córdoba, Advocatus, 1992, t. I, pp. 431/8.

gen, se agrega en lo que hace al instituto de la subsanación una específica carencia de desarrollos en la doctrina autóctona, donde la figura aparece prácticamente desconocida, seguramente a partir de la carencia de sustento normativo explícito (si bien no media prohibición, y por ende debe entenderse la habilitada) en la codificación civil.

Y a un tiempo conflictúa el tema la deficiente construcción de nuestra normativa societaria en materia nulificatoria, que ha dado lugar a respuestas no siempre ajustadas a la preceptiva vigente. Precisamente, cuando en la ponencia referida encaramos el tema lo hicimos con una propuesta a la que autocalificamos de heterodoxa, dado que concluía en una conceptualización diametralmente opuesta a la entre nosotros generalizada; y como ella se encuentra en íntima conexión con la naturaleza del instituto en análisis, hemos de comenzar nuestra exposición con un somero replanteo de aquella construcción.

## *2. El tema en el ámbito societario*

No es del caso repetir aquí los desarrollos que entre nosotros se han hecho de la regulación nulificatoria de la Ley Societaria Comercial.

Lo cierto es que, más allá de la uniforme crítica a los defectos y contradicciones ya apuntados, no se ha logrado elaborar una respuesta a la vez dogmática (esto es, que parta de la ley, y no de su reforma, común denominador de la generalidad de las propuestas), conceptual (en tanto desprenda de la normativa vigente sus principios rectores, que han de servir de pauta interpretativa) y sistematizada (en cuanto brinde una solución integral, ordenada y coherente a la problemática de la nulificación de los actos societarios).

Nos centraremos, pues, en la tesis que sustentáramos.

### **2.1. Las nulidades del art. 17 de la L.S.C.**

Sucintamente, postulamos en su momento<sup>2</sup> que refiriéndose todas las hipótesis del art. 17 de la L.S.C. a falencias en elementos esenciales de la sociedad, su permanencia inexorablemente impedía el sostenimiento de ésta: dada esa connotación de esencialidad, sin la presencia de esos elementos el ente no sería tal.

Y colegimos de estas premisa la imposibilidad de mantener (a través del instituto de la confirmación aplicado al acto que constituye la sociedad defectuosa) al ente así afectado, con la conclusión necesariamente atributiva de

<sup>2</sup> Ponencia cit., punto 2.1). pp. 435/7.

carácter absoluto a todas las nulidades previstas en la norma societaria en análisis.

Sosteniendo este planteo en el plenario del congreso, ejemplificamos en concreto los extremos absurdos a los que llevaría la solución contraria: si se constituyese una sociedad por un plazo (elemento esencial no tipificante) de mil años, término al que uniformemente la doctrina le atribuye carácter inválido, de entenderse la nulidad del acto constitutivo como relativa la respectiva acción prescribiría a los cuatro años (art. 847, inc. 3º, Cód. de Com.), y el plazo resultaría validado por los novecientos noventa y seis años restantes.

## 2.2. Objeciones al planteo

Cuando nos tocó defender en panel la tesis propuesta, ella recibió la objeción de quien ciertamente es un erudito y entre nosotros precursor en el tema —el Dr. Julio C. Otaegui— el que observó que la sociedad en tales condiciones sería irregular, y por ende en todo tiempo cualquiera de sus integrantes podría impulsar su disolución. En análogo sentido, Ignacio A. Escutti citó su postura sobre el que se trataría de un caso de “disolubilidad” a tenor del cual el ente siempre se hallaría sujeto a la alternativa concluyente.

Las indicadas objeciones, hallan su sustento último en un enunciado muy difundido entre nosotros, que en esencia postula que a la nulidad —esencialmente trascendente— del contrato sigue la irregularidad de la sociedad, o al menos un tratamiento similar. Para no citar sino alguno de los generalizados antecedentes de autores enrolados en dicha tesis, podemos mencionar a Otaegui,<sup>3</sup> Nissen<sup>4</sup> y, más recientemente, a Manóvil,<sup>5</sup> Richard<sup>6</sup> y Alegria.<sup>7</sup>

Maguer la autoridad de quienes se enrolan en esa postura, hoy puede afirmarse sin hesitación que nulidad e irregularidad son campos separados: conceptualmente, mientras que la primera (junto con otras categorías de invalidez) corresponde al mundo de los actos jurídicos a los que afecta, la irregu-

<sup>3</sup> OTAEGUI, Julio C.: *Invalidez de actos societarios*, Ábaco, Bs. Aires, 1978, cap. VI, n° 71, p. 190.

<sup>4</sup> NISSEN, Ricardo A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, Ábaco, Bs. Aires, 2ª ed. 1993, t. 1, p. 197.

<sup>5</sup> MANÓVIL, Rafael M.: *Las simples sociedades y otras cuestiones críticas del proyecto de unificación civil y comercial en materia societaria*, Abeledo, Bs. Aires, 1989, p. 74.

<sup>6</sup> RICHARD, Efraín H.: “Nulidad absoluta de sociedad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, “Nulidades”, Rubinzal, Santa Fe, 1995, p. 278, n° 6.

<sup>7</sup> ALEGRIA, Héctor: “El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. consideraciones críticas y alternativas superadoras”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nulidades, Rubinzal, Santa Fe, 1995, cap. III, punto 3.1., p. 306.

laridad es una variante sancionatoria inserta en el ente societario. En el terreno de los contratos constitutivos de sociedad, la diferencia del negocio jurídico puede afectar (o no) elementos esenciales del ente: si lo hace con relación al formal (esto es, a la forma según enseña Romero, como elemento integrativo y regularizador), devendrá la irregularidad de la sociedad; a su turno, la afectación de otros elementos esenciales conducirá a su imposibilidad.

En materia de consecuencias, la diferencia opera distintas alternativas: la sociedad irregular *puede* disolverse (cuando cualquier socio lo pida); la sociedad nula *debe* liquidarse (según el marco referencial adoptado a la falencia puede considerarse causal disolutoria).

Y la sanción de la ley 22.903 ha acentuado el distingo, estatuyendo diversas categorías de solución: a la irregularidad corresponderá la regularización, y a las falencias habitual (e impropia) llamadas nulidad, seguirá la subsanación.

Una multiplicidad de razones impone hoy, pues, la diferenciación. Y ella tiene ya recepción en doctrina: puede verse p. ej., sobre el tema, la postura de Cabanellas.<sup>8</sup>

Quizás subyazga en la asimilación de nulidad e irregularidad la circunstancia del devenir histórico que le diera origen: en Francia y hace más de un siglo, aún incipiente la distinción entre sociedad contrato y sociedad persona, el fenómeno de la nulidad *ex tunc* disvaliosamente confrontado a la operatoria materializada llevó a la *société de fait* originariamente entendida como "sociedad nula devenida de hecho"<sup>9</sup> pero ha pasado mucha agua bajo el puente, y hoy y entre nosotros, sociedad irregular o de hecho son locuciones que refieren al defecto formal en el ente, y no a falencias en cualquiera de los otros elementos que hagan a su esencialidad.

En definitiva, diremos a manera de conclusión sobre el punto que la tesis del carácter absoluto de todas las nulidades abarcadas en ambas categorías del art. 17 de la L.S.C., que postuláramos cuatro años ha, reconoce suficiente sustento tanto en la normativa vigente como en las construcciones conceptuales en su torno elaboradas.

E incluso ha venido siendo adoptada por otros autores: podemos invocar la opinión del ya citado Cabanellas<sup>10</sup> quien al respecto expresa: "Las nulida-

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo: "Los vicios en la constitución de sociedades", en RDCO. 1994, año 27, n° 2, p. 134.

<sup>9</sup> La postula RICHARD, Efraín Hugo: op. cit., IV, p. 281, n° 7.

<sup>10</sup> CABANELLAS, Guillermo: op. cit., n° 15 b), p. 173. con cita de NISSEN, Ricardo A.: "Apuntes sobre la invalidez de los actos societarios", en *Doctrina Societaria*, 1991, t. 3, p. 160, aunque la opinión de este autor no es explícita sobre el punto.

des subsanables conforme al régimen societario, particularmente las así previstas en el art. 17 de la L.S.C. han sido asimiladas a nulidades relativas. Ello no es necesariamente así ...Téngase en cuenta que, respecto de los requisitos esenciales no tipificantes que prevé el art. 17, su inclusión y validez pueden ser necesarias para la protección de los intereses de terceros, particularmente acreedores de la sociedad, *lo que concurrirá a la nulidad absoluta de la sociedad cuyos vicios no hayan sido subsanados*".

### 3. Antecedentes en los sistemas nulificatorios

Resulta interesante formular un breve repaso sobre los desarrollos que se hayan efectuado en derredor del instituto que nos convoca, o de figuras que les son análogas, si no dentro del ámbito específicamente societario, dentro del genérico de los actos jurídicos. Veamos:

#### 3.1. En el derecho argentino

No se conoce en la doctrina vernácula, ni aun entre los civilistas, una elaboración sistematizada sobre la materia: sólo algunas observaciones aisladas (mayoritariamente volcadas en torno a la confirmación y su distinción con los actos que no la constituyen).

Resulta evidente que la causa de tal omisión se encuentra en la carencia de normativa sustancial que la refiera: ni la prolija preceptiva civil, ni la escueta mercantil (si bien, dijimos, no impeditivas: arts. 19 C.N. y 53 Cód. Civil), contienen referencias a la posibilidad subsanatoria. Por tanto cabe a los autores de la Ley Societaria el indissoluble mérito de haber introducido esta feliz innovación en nuestra ley.

#### 3.2 En el derecho francés

Sabido es que nuestro sistema civil de nulidades es herencia directa de la codificación napoleónica. Por ello resultará útil analizar aquí un instituto sí explícito en ésta: el de la *refaure* a la que se refiere el art. 1339 del Código Civil francés.

Señalando las diferencias que se dan entre esta figura y la de la confirmación, nos dice Larroumet<sup>11</sup> que la confirmación no debe ser confundida con otros mecanismos parecidos. En primer lugar, confirmar un contrato no con-

<sup>11</sup> LARROUMET, Christian: *Droit Civil*, ed. Económica, París, 1990, t. III, *Les obligations, le contrat*, n° 555, p. 529.

siste en rehacerlo. Cuando un contrato es confirmado, no es susceptible de ser anulado: *un point c'es tout*. Es el contrato original que produce sus efectos. Al contrario, cuando un contrato nulo es objeto de una reparación, se trata de sustituir por un nuevo contrato a aquel que era nulo. La consecuencia es que el contrato rehecho existirá desde la fecha de la reparación sin retroactividad. Por ejemplo, cuando un contrato es susceptible de ser anulado por un defecto de un requisito formal, es siempre posible reiterarlo dentro de la forma requerida por la ley. Así, si el art. 1339 del Cód. Civil prohíbe al donante confirmar una donación nula en la forma, ello no impide a concluir una nueva donación adecuada a las formalidades impuestas por la ley. La donación no existirá sino desde la fecha de la refacción. De todos modos, la refacción supone que el contrato pueda ser reiterado reemplazando todas las condiciones de celebración requeridas, lo que no siempre es posible. Así, cuando un contrato es nulo por objeto ilícito o inmoral, es evidente que nunca será susceptible de ser reparado, si las partes entienden asignarle el mismo objeto, o son animadas por la misma finalidad. Por el contrato, cuando el contrato es nulo por contravenir una disposición de orden público económico, tal como; por ejemplo, una indexación prohibida por la ley, es posible repararlo sustituyendo por una indexación válida a aquella que no lo era.

Apunta el autor que existe otros institutos, distintos de la confirmación y la reparación (entre nosotros, subsanación), tales la regularización y la reiteración —cita como ejemplo de esta última a la donación simulada entre esposos, nula, que puede reiterarse tras la disolución del matrimonio—, aunque expresa sus dudas sobre la real autonomía de estos remedios, o su subsunción en las dos primeras figuras.

En cambio otra doctrina,<sup>12</sup> acepta distinguir tales institutos, o utiliza indistintamente, como sinónimos, los términos reparación y reiteración.

En sentido opuesto, se ha cuestionado la posibilidad de establecer reglas generales de distinción entre la confirmación y la reparación,<sup>13</sup> pero al parece se trata de una opinión previa a la recepción del instituto, y con menor consenso doctrinario.

Una conclusión —necesariamente resumida— de las dudas y confusiones expuestas, refiere en definitiva a la distinción, también cuestionada entre nosotros, entre orden público e imperatividad: dándose esta última, será posi-

<sup>12</sup> VEAUX, Daniel: "Juris - Classeus civil. Confirmation des acts nuls", en Notarial repertoire, Dr. Français, Contrats et obligations, 8, 1987. Fasc. 149-150, (1er. cuaderno), nos. 109 a 128, *passim*.

<sup>13</sup> Véase el fallo de la Cour de casation, (134 cuad. civ.) del 4 de mayo de 1966, en Recueil Dalloz Sirey, 1966, *Jurisprudence*, pp. 553/4, con nota de Philippe Malaurie.

ble *ex post facto* que aquel en cuyo favor el legislador instituyó la imperatividad confirme el acto; pero de hallarse comprometido el orden público, sólo corrigiendo el acto mediante la subsanación podrá adquirir validez.

#### 4. Conclusiones sobre el concepto de subsanación

En definitiva, es posible conceptualizar a la subsanación como el mecanismo que permite a las partes materializar el acto jurídico que intentaron, y que por hallarse incurso en nulidad absoluta carecía de validez, superando (por corrección o por desaparición) el vicio que lo afectaba.

Hemos visto que una peculiaridad de la subsanación es su irretroactividad; sin embargo en el específico caso de la nulidad societaria que analizamos, ella merece una reflexión.

En efecto, ya en nuestro anterior trabajo planteamos el interrogante que suscitaba la explícita mención de la subsanación con relación a la falencia en elementos esenciales no tipificantes, al parecer redundante, siendo que se trata de un instituto de carácter general, y por lo tanto resultaba siempre posible, aun con relación a otros supuestos, como lo sería la de resultar afectados elementos esenciales tipificantes.

Y puestos a encontrar un sentido específico a la norma así redactada, deslizamos como hipótesis de trabajo la posibilidad de entender retroactivo el efecto de esta subsanación (llamaríamos "calificada") de los vicios afectantes de los elementos esenciales no tipificantes, difiriendo para los restantes la irretroactividad insita en el instituto.

Alguna reflexión<sup>14</sup> sobre el asunto nos mantiene en la postura insinuada: en primer término, puede razonarse que no existe impedimento lógico o jurídico alguno que (asegurada la vigencia del orden jurídico mediante la corrección del vicio) inhiba la producción de efectos entre los otorgantes, que en este caso son meramente patrimoniales: se trata, en última instancia, de una decisión de política legislativa.

En análoga dirección, incumbe precisar que el ámbito de la nulidad subsanada se ciñe al estricto marco del negocio jurídico constitutivo, pero no afecta a la sociedad, sujeto emergente del mismo, la que, nulo o válido aquél, tiene una misma existencia real como centro de imputación de relaciones jurídicas y, con una u otra connotación, sólo podrá salir de dicha realidad mediante el mecanismo de la liquidación. Indiferentemente, la retroactividad atribuible

<sup>14</sup> Que no desatiende las opiniones en sentido contrario a la retroactividad. (v. gr. la de ZALDÍVAR, Enrique, y otros: *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1978, cap. II, n° 6.2. 3., p. 119; OTAEGUI, Julio C.: op. cit., cap. VI, n° 70, p. 190, etc.), fundamentadas en la naturaleza genérica del instituto.

o no a la subsanación del acto, no incidirá pues sobre aquella más que en su continuidad, esto es, siempre y sólo hacia lo futuro.

Por último, de la simple lectura del precepto en análisis, parece inferirse que la intención del legislador ha sido la de atribuir carácter retroactivo a la subsanación que explícita. Lo revela la utilización (técnicamente errónea) del término "anulable" para con la omisión de requisitos esenciales no tipificantes, por oposición a la calificación de "nula" atribuida a la sociedad atípica, de la que podría inferirse que la primera operaría sólo desde su declaración judicial (lo que, por cierto, no sería necesariamente así).

Y coadyuva a esta conclusión lo afirmado en la exposición de motivos de la sección III (si bien como tal carente de fuerza normativa) en cuanto refiere la subsanación al principio de *conservación* de la empresa, lo cual supone, literalmente, el mantenimiento de algo preexistente a su aplicación.

### 5. *¿Es extensible el instituto?*

En los párrafos precedentes, hemos adelantado ya nuestra opinión sobre el carácter general de la posibilidad subsanatoria. Cabe pues inquirirse sobre las condiciones de su aplicabilidad a la hipótesis restantes, esto es, al caso de falencia en elementos esenciales tipificantes de la sociedad.

Por de pronto acotemos que en otra ponencia que paralelamente a la presente traemos a este congreso,<sup>15</sup> entendemos un muy acotado campo de aplicación de la sanción del art. 17, primer párrafo de la L.S.C., circunscripta a la hipótesis de constitución intencional de una sociedad de tipo no legislado.

En el supuesto de que tal evento se diera, será posible no la regularización de la sociedad, sino la subsanación "simple": ésta se dará cuando los mismos otorgantes, manteniendo idénticos los elementos esenciales no tipificantes, conformen con ellos una sociedad de un tipo previsto en la L.S.C.

Más allá de la indisputable procedencia del remedio descripto, por oposición a la demostrada inaplicabilidad del instituto regularizador pretendido para el caso, pensamos que la alternativa propuesta, además de dar solución a la siempre problemática situación devenida de la nulidad, posee otras ventajas adicionales. Por ejemplo, podría sostenerse que, siendo imputable la subsanación a un único acto (en tanto será posible su diferenciación teórica con la facción de un nuevo contrato) no irrogará un segundo cargo fiscal, lo que agregaría al remedio una interesante cuota de economicidad.

<sup>15</sup> Nuestra ponencia "Una apostilla hermenéutica: la nulidad por atipicidad".