

UNA APOSTILLA: NUMERUS CLAUSUS, INTERPRETACIONES RESTRICTIVAS, Y LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

JORGE RAÚL HADDAD

SÍNTESIS:

Las diversas formas de invalidez que estatuye la norma societaria comercial no obedecen a la discrecionalidad del legislador, sino son consecuencia de la estructura lógica de los institutos por él establecidos.

En consecuencia, no es posible eludir ni restringir su aplicación por vía de un acto de voluntarismo, y las postulaciones que sostienen tales criterios, maguer la plausible intencionalidad que pueda inspirarlas, no sólo resultan violatorias de la norma vigente, sino introducen un inconveniente elemento de inseguridad jurídica.

I- EL TEMA:

Con frecuencia creciente se advierte en el ámbito de estudio de la sociedad comercial, la formulación de postulaciones tendientes a eludir la aplicación de las sanciones invalidantes —fundamentalmente,

las nulidades— que la ley prevé.

Se arguye, en pro de tal criterio, la conveniencia de evitar las incomodidades y costos que generaría la efectivización de tales sanciones, el impulso para la agilidad de las transacciones que devendría de sortear tales escollos y, en general, la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de las partes actuantes, como modo de facilitar el desarrollo de su actividad.

Y se esgrimen en sustento de estas tesis, una serie de criterios hermenéuticos de la norma vigente, o de pautas de *lege ferenda*, cuya aplicación conduciría al resultado así querido.

Este brevísimo comentario procurará un somero análisis de los criterios y herramientas conceptuales propuestos a la luz de las reglas de la lógica —general y jurídica— y tras ese vuelo de pájaro reflexionar sobre la viabilidad y la utilidad del intento.

II- EL NUMERUS CLAUSUS:

Una postulación de *lege ferenda* que suele menearse insistentemente como paliativo a los inconvenientes que se atribuyen a las nulidades societarias —para ser más exactos, a las distintas previsiones de invalidez— es la de la conveniencia de acotar tal número de supuestos, mediante su reducción a un *numerus clausus*; esto es, a una serie de hipótesis que obrarían como causales de la nulidad a declarar, y que constituirían un enunciado taxativo de modo tal que, fuera de la plataforma fáctica comprendida en sus estrictos textos, toda actuación en análisis devendría válida.

La primera reflexión que inspira tal proposición remite a la conceptualización de la invalidez dentro del ordenamiento jurídico: si bien suele definírsela —y entendérsela— como una «sanción por la que el derecho vigente priva de parte o todos sus efectos a un determinado acto» lo cierto es que, en un nivel de análisis más trascendente, la ontología de la invalidez se configura no en mérito a un simple capricho del legislador, sino a una situación más profunda, de carácter estructural.

Sucintamente expresado, articulado por el legislador un instituto jurídico sobre la base de determinados elementos esenciales (esto es, aquellos que hacen que el ente sea lo que es) la afectación a alguno de

dichos elementos implicará que el instituto en cuestión no pueda configurarse como tal¹.

La sanción nulificante aparece así como una consecuencia necesaria de la merma o pérdida en el elemento esencial: el ente lógico jurídico afectado deviene inválido, esto es, privado de sus efectos propios. Y no podría ser de otro modo, porque como no reúne los elementos sin los cuales no se es, sencillamente no es aquello que la norma establece como causa de determinados efectos, y, consecuentemente, no los podrá producir.

En este contexto, el intento de reducir la invalidez a un número limitado de casos fracasa por definición: la habrá en tantos casos como pueda afectarse total o parcialmente algún elemento esencial del acto jurídico en cuestión, y como tales formas de afectación no sólo son prácticamente infinitas, sino que además se renuevan y multiplican cotidianamente, cualquier intento de encasillarlas será vano.

Podríamos traer para parangonar, un ejemplo tomado de un campo dispar: el de las causales de interposición del recurso extraordinario por arbitrariedad. La jurisprudencia de nuestras Cortes ha proclamado reiteradamente que se trata de «causales típicas», fuera de las cuales no se da el acceso a la vía; sin embargo, desde su inicial sistematización a la fecha, la lista de causales taxativas se ha venido extendiendo con nada de taxatividad: prácticamente no pasa un par de años sin que nuestro más alto tribunal agregue una novedosa causal al elenco ya bastante nutrido de las existentes, y ello sin computar la interpretación ciertamente lata que en más de una oportunidad hace de ellas.

Y previsiblemente habría de ser así: la arbitrariedad es en esencia una ilogicidad, una ruptura del discurso que debe unir la realidad del proceso con el mandato de la norma; cualquier punto en que dicha liación se corte, constituirá en definitiva un nuevo supuesto de arbitrariedad.

Si esto es así en el campo ciertamente aséptico del remedio procesal extraordinario, donde sólo se analiza un silogismo judicial, cuánto más no será en el dilatado ámbito del mundo societario, donde el multiforme plexo fáctico de la realidad comercial pugna cotidiana-

¹ V. nuestra ponencia: «La omisión de requisitos esenciales no tipificantes: ¿nulidad relativa o absoluta?» punto 1.1), en el V congreso argentino de derecho societario, Huerta Grande, 1992, v. en Derecho societario y de la empresa, Córdoba, ed. Advocatus, 1.992, T. I, pág. 432.

mente por abrirse camino dentro de los vericuetos del sistema normativizado.

Y los intentos que en la práctica se han dado en materia de regulación societaria obran en abono de estos asertos: cita p. ej. Cabanellas² el caso de la legislación comunitaria, donde el intento de enumerar taxativamente las causales y a su vez no dejar sin sanción supuestos que necesariamente habrían de ser abarcados ha conducido finalmente a la confección de enunciados tan amplios, de tal generalidad —y cabría calificar, de tal vaguedad— que prácticamente dejan la puerta abierta a todo planteo que quiera introducirse, y que fácilmente podría subsumirse en alguna de tales previsiones.

III- LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA:

Otro mecanismo —éste orientado a la hermenéutica de la normativa vigente— al que reiteradamente se acude para oponer a la posible conclusión invalidante, es el de la «interpretación restrictiva», que según el criterio de sus postulantes debería aplicarse a solución de los casos en análisis.

La inmediata respuesta que merece este intento es obvia: el criterio restrictivo efectivamente existe y el recurso al mismo es válido; pero la restricción no debe aplicarse en la interpretación del precepto, sino en la subsunción de los hechos abarcados en el tipo legal.

Esto es, el empleo del criterio de estrictez, impedirá la extensión de la sanción invalidante mediante la asimilación analógica, o a lo sumo marginará su aplicación en el supuesto donde, con un margen razonable, concreto, y cierto, pueda concluirse la existencia de una duda sobre si el caso está abarcado o no en la previsión fáctica en la que el legislador ha dispuesto invalidar, o si los componentes de hecho que integran el elemento al que se imputa afectado lo han configurado o no. Pero de ninguna manera es admisible que, so pretexto de una «interpretación restrictiva» se haga decir a la ley lo que ella no dice, o callar lo que impone.

He de reiterar la cita de Werner Goldschmidt, que ya invocara

² CABANELLAS, Guillermo, «Los vicios en la constitución de sociedades», en R. D. C. O., 1994, año 27, n° 2, pág. 134.

en un anterior trabajo³: si hemos de movernos dentro del campo hermenéutico, la liminar pauta ha de ser la del respeto a la ley: la de cumplir la primer regla hermenéutica que, enseñaba el maestro, es la de la *fidelidad* del intérprete al texto normativo.

Cierto es que, según se ha apuntado, tal actitud no deberá tampoco estar exenta de sentido crítico, y de una amplitud de miras que permita descartar preconceptos, y llegar a la finalidad del mandato legislado. Pero allí donde la norma imponga una nulidad, a ella habrá de estarse.

IV- LAS «LEX IMPERFECTAE»:

Hemos escuchado últimamente —y con particular insistencia en el ámbito de estos congresos societarios— la referencia a la ausencia de previsión nulificante expresa en el texto preceptual, como fundamento de la no invalidación de la acción trasgresora del mismo.

La categoría jurídica que se invoca, ciertamente es real: ya en introducción al derecho se enseñan los tipos de ley imperfecta, perfecta o pluscuamperfecta, según disponga o no para su violación alguna consecuencia: el resarcimiento, la nulificación, o ambos a un tiempo.

Quienes superan ese primer escollo, de inmediato encaran luego el estudio de derecho civil I, y allí se anotician de que en el derecho privado argentino todas las leyes son perfectas. Y ello, ciertamente, no por alguna virtud del legislador —las falencias que últimamente viene exhibiendo la técnica legislativa vernácula son alarmantes— sino por obra de una ya añeja solución que él mismo adoptara al respecto: la del artículo 18 del código civil, a cuyo tenor, todos los actos contrarios a la ley *son nulos y de ningún valor*.

Este mecanismo, que por cierto se adecua al carácter estructural de la invalidez que antes apuntáramos, impone la nulidad —o al menos a la invalidez en alguno de sus restantes supuestos— como consecuencia inmediata y necesaria de la trasgresión y, dada su naturaleza dogmática, excluye la posibilidad de elucubrar sobre su vigencia a la hora de decidir.

³ v. Nuestra ponencia: «Una apostilla hermenéutica: la nulidad por atipicidad», en VI Congreso argentino de derecho societario, Bs. Aires, ed. Ad-Hoc, 1995, tº II.

La objeción, pues, carece de entidad.

V- EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA:

Entre nosotros, el recurso más usual en materia de óbice a la invalidación suele ser, indudablemente, la invocación del principio de conservación de la empresa, al que se reputa receptado en el artículo 100 l.s.c..

La primera y más obvia observación que cabe formular a tal enunciado, es la de la incerteza sobre la adopción por la norma vigente de la pauta que se menea: el precepto de marras refiere a la subsistencia contra la disolución, y no está claro si se funda en el principio de conservación de la empresa, en el de conservación del contrato, o en el de conservación de la persona. En todo caso, se hace relevante remarcar la generalidad del precepto, aplicable a *toda* disolución social, mientras que no necesariamente empresa y sociedad van de la mano, pues es harto sabido que en la formulación del art. 1º l.s.c. se subsumen tanto la dimensión empresaria como la artesanal, con tal que configuren una actividad productiva.

Una segunda reflexión que provoca la mención del principio de conservación de la empresa, es la de los magros resultados que exhibe la continuidad asistida de las que padecen de falencias jurídicas o económicas⁴; y tal secuela constituye una conclusión esperable: en un ámbito donde no falta viabilidad o respeto por las pautas legales, la tolerancia sin corrección naturalmente tenderá a exacerbar la anomalía, y con ello reiterar y agravar los conflictos sin solución.

Pero la postulación más sustancial que cabe formular ante el principio de conservación, aún entendiéndolo receptado por la ley y útil en su aplicación —que, ciertamente, son alternativas válidas— es que no puede entenderse como una panacea capaz de sanear todas las falencias.

El mismo legislador que implícitamente lo habría incorporado, explícitamente ha delineado exigencias cuya no satisfacción resulta

⁴ Sobre este último aspecto existe una nutrida bibliografía; pueden consultarse: DI IORIO, ALFREDO, «Límites actuales de la continuidad empresaria en caso de insolvencia societaria», Rev. del Colegio de Abogados de San Isidro, 1987- 22 - pág. 27; FRANCESCHELLI, «L'apprendista stregone, lelisir de la lunga vita o il mito de limpressa immortale», en Studi in onore del professore Ferri, Padova, 1984, pág. 45; ANAYA, JAIME L., «El mito de la empresa inmortal», en El Derecho, 1º 127, pág. 424.

implicante de invalidez: nada autoriza, entonces —antes bien, todo lo contrario, y por una regla hermenéutica elemental: *lex specialis derogat lex generalis*— a priorizar dentro de su contexto a una pauta genérica, sólo inferible, por sobre un concreto mandato que ha dispuesto imponer.

VI- A MANERA DE CONCLUSIÓN:

A esta altura de nuestro sobrevuelo en un tema tan conflictivo, cabrá convenir que, en los términos expuestos, las soluciones voluntaristas —más allá de su plausible intencionalidad— no pueden concretar ningún aporte positivo: con la inexorabilidad de las leyes lógicas, el intento caerá sin remedio. De allí el título que hemos dado a estas líneas que, lejos de toda connotación peyorativa, tiende a graficar la naturaleza intrínsecamente tautológica de las proposiciones que analizamos.

El jurista debe procurar ante todo el imperio del derecho; a veces contra lo aparente, aplicar la ley tal como sin hipocresías es, aunque no guste o no convenga, aúna dos de sus pilares: justicia y seguridad jurídica.