

Acerca de la no previsión de la nulidad por omisión de requisitos esenciales

Sergio Suárez

Sumario

- Parece evidente que cuando los arts. 17 y 21 de La Ley de sociedades (textos según ley 26.994) disponen la aplicación del régimen de la Sección IV para aquellas sociedades que hubieran omitido “requisitos esenciales”, se están refiriendo a los requisitos que enumera el art. 11 de la misma ley.

- Luego de la reforma, se ha generado un vacío legal respecto de las sociedades en las cuales se hubiera omitido algún elemento previsto en el art. 1° de La Ley, pues, no obstante ser aquellos que definen a la sociedad como tal, no existe previsión de nulidad de las mismas.

- Debería establecerse de modo expreso que la omisión de alguno de los requisitos que definen a la sociedad, y que enumera el art. 1° de La Ley, determina su nulidad, sin perjuicio de posibilitar su subsanación.

Introducción

Los efectos que se derivan de la omisión de requisitos esenciales en materia societaria, han sufrido una sustancial modificación luego del dictado de La Ley 26.994.

El derogado art. 17 de La Ley de sociedades disponía, que “Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por La Ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial”.

El nuevo art. 17 ha eliminado todas las hipótesis de nulidad anteriormente reguladas en la norma derogada, pues ahora dice lo siguiente: “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el

tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”.

Salta a la vista que no sólo se modifican las consecuencias resultantes del vicio, sino que pareciera alterarse igualmente la nomenclatura legal: donde La Ley antes distinguía los vicios propios de la tipología adoptada (primera parte de la norma), de aquellos otros que afectaban requisitos esenciales, aunque no tipificantes (segunda parte del art. 17), ahora pareciera que se funden ambas situaciones bajo la categoría de “requisitos esenciales tipificantes”.

La cuestión tiende a enderezarse con el nuevo art. 21 que distingue a “la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II”, de aquella “que omita requisitos esenciales”, situaciones ambas incluidas, aunque enunciadas por separado, dentro del régimen de la nueva Sección IV.

Es propósito de esta contribución analizar exclusivamente el régimen establecido por La Ley para la omisión de los requisitos esenciales. *Acerca de los requisitos “esenciales tipificantes”*. Más allá del limitado propósito anteriormente declarado, no puede dejar de señalarse que la categoría mencionada por el nuevo art. 17 de “requisitos esenciales tipificantes”, que no citaba el texto derogado,⁹⁷ no resulta acertada, pues los requisitos esenciales, *nunca pueden ser tipificantes*, al ser propios de todas las sociedades, y no sólo de algunas de ellas.

Por idéntica razón, tampoco los requisitos *tipificantes* pueden ser considerados *esenciales*, salvo para el tipo al cual identifican.

A nuestro juicio, resulta inconveniente calificar de “esenciales” a los requisitos “tipificantes”, pues dicha descripción constituye una verdadera *contradictio in terminis*, dado que el segundo calificativo desmiente al primero. “Esencial” y “tipificante” son conceptos que no pueden ir juntos, en tanto que lo esencial es propio de todas las sociedades y lo tipificante sólo corresponde a algunas de ellas.

Tampoco es acertada la conjunción terminológica para describir una cualidad “esencial” de un determinado tipo, pues llevaría a crear una nueva categoría carente de toda utilidad: la de los requisitos “esenciales tipificantes”, categoría sin sentido alguno, pues todo elemento tipificante resulta “esencial” para identificar al tipo⁹⁸.

⁹⁷ Que prohibía constituir sociedades “de los tipos no previstos en La Ley”, pero no empleaba la impropia locución “esencial tipificante” que incorpora el nuevo texto legal.

⁹⁸ He desarrollado este punto de vista en anteriores trabajos (SÚAREZ, Sergio P. “Las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales en el proyecto de reformas”

Nulidades relativas a elementos esenciales (o esenciales no tipificantes). De modo que, inicialmente, el distingo de un requisito esencial respecto de otro tipificante parece relativamente sencillo, si se considera que el primero es un elemento propio de todas las sociedades, en tanto que el segundo corresponde exclusivamente a determinados tipos societarios⁹⁹: tendremos por tanto, requisitos “tipificantes”, y requisitos “esenciales” que son necesariamente “no tipificantes”.

Mucho más complejo es determinar a qué se refiere exactamente La Ley, cuando alude a los requisitos “esenciales no tipificantes”. El derogado art. 17 predicaba la anulabilidad frente a la omisión de requisitos esenciales, sin precisar la calidad de éstos. Por ello, conviene recordar que durante la vigencia de dicha norma, la cuestión dio lugar a diversas opiniones de la doctrina.

Así, Le Pera, distinguía tres clases o niveles de elementos: a) los que son esenciales en razón de la naturaleza contractual de la sociedad (elementos esenciales de todo contrato), b) los que son “específicos” de las sociedades en general (los que hacen que una sociedad sea identificada como tal), que serían, los aportes, la contribución en las ganancias y pérdidas y el *affectio societatis*, y c) los elementos “tipificantes” (los propios del tipo social elegido), resultando, del anterior art. 17 que la omisión de aquellos elementos que fueron indicados con las letras a) y b) constituiría una causal de anulabilidad, que era subsanable, a diferencia de los elementos subsumibles en el punto c), cuya omisión ocasiona la nulidad.

RDCCE, Diciembre 2012, ps. 132-133. Y: “Las sociedades del Capítulo I, Sección IV de La Ley General de Sociedades (Sociedad general y sociedad defectuosa). RSyC, año 16, 2015, 2/3, ps. 25-80). No obstante lo que señalamos, calificada doctrina se ha referido a los requisitos “esenciales tipificantes”. OTAEGUI (“Invalidez de los actos societarios”, *Ábaco de Rodolfo Depalma*, 1978, p. 185) dice que “los requisitos esenciales tipificantes son los propios de cada tipo” y FARINA (“Derecho de las Sociedades Comerciales”, *Astrea*, 2011, t. 1, p. 503) dice que son “aquellos que permiten identificar a un tipo societario y sobre su base diferenciarlo de otros tipos de sociedades”. Nosotros consideramos inconveniente esta categorización por los motivos *supra* indicados.

⁹⁹ Sin embargo, merece descartar que –en ocasiones– pueden presentarse ciertas dificultades para la diferenciación de ellos, como lo ejemplifica el caso citado por Otaegui (ob. cit., p. 187) y Cabanellas (Derecho Societario, 6, “Sociedades nulas, irregulares y de hecho”, *Heliasta*, 1997, p. 270): la falta de determinación del órgano de administración en una pretendida sociedad anónima, sería configurativa de atipicidad, pero la misma omisión en una sociedad colectiva no trae aparejada dicha consecuencia, al existir en este supuesto reglas supletorias.

Cabanellas criticó este criterio en su meduloso análisis del punto¹⁰⁰, señalando que si bien este razonamiento podría inferirse lógicamente del art. 17, resulta incompatible con el orden jurídico, puesto que, v.gr, en ausencia de consentimiento no hay contrato anulable, sino que simplemente no habría contrato alguno. Y que en el contexto de los arts. 11 y 17 de La Ley de sociedades, eran “requisitos esenciales no tipificantes” aquellos cuya omisión impide que la sociedad funcione como tal, no quedando -a juicio de este autor- comprendidos en dicha noción los siguientes¹⁰¹:

a) aquellos que hacen a la propia existencia de la sociedad, como sucedía (hasta la reforma introducida por La Ley 26.994) con la pluralidad de las partes, porque hacía a la propia existencia del acto jurídico contractual¹⁰².

b) los elementos generales de los contratos, es decir los que se refieren a la capacidad, el consentimiento, la causa y la forma, pues los vicios omisiones de los mismos tienen un tratamiento especial previsto tanto por las reglas generales del Derecho de los Contratos, como por los arts. 16 y 18 de la LS¹⁰³.

c) los elementos esenciales no tipificantes que son necesarios para que se configure un contrato de sociedad (que son, principalmente, los que resultan de la definición del art. 1º), pues si se omite, v.gr, la obligación de realizar aportes, “no existirá sociedad, sino otro tipo de acto jurídico. No se estará entonces ante un problema de nulidad, sino de caracterización del acto jurídico de que se trate. Más que de elementos esenciales cabría hablar, en este último caso, de elementos constitutivos de la sociedad”¹⁰⁴.

d) Los elementos que enumera el art. 11, en tanto su omisión no impida el funcionamiento de la sociedad, y siempre que la existencia de dichos elementos pueda inferirse, por ejemplo, de la propia conducta de los socios y su interacción con las normas que rigen las sociedades de hecho¹⁰⁵.

El régimen establecido por La Ley 26.994. La omisión de requisitos esenciales. Corresponde ahora considerar los efectos de la reforma sobre el régimen anteriormente analizado, que resultan ser verdaderamente trascen-

100 CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo (Derecho Societario, 6, “Sociedades nulas, irregulares y de hecho”, Heliasta, 1997, p. 275)

101 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *ibid*, ps. 274, 275.

102 Se sigue en esto la opinión de Halperín acerca del “no acto” o inexistencia (Curso de Derecho Comercial, t. I, p. 345).

103 CABANELLAS, *ibid*, 272.

104 CABANELLAS, *ibid*, 273.

105 *Ibid*, 273-274.

dentes, ya que ha sido enteramente derogado el régimen de nulidad por omisión o vicios de los requisitos esenciales.

Así, resulta, en primer lugar de la redacción del nuevo art. 17 que no hace ninguna referencia a la posibilidad de nulificar a las sociedades que adolezcan de vicios que afecten los elementos, tipificantes o no. Esta regla es complementada por algunas soluciones particulares orientadas a atenuar e inclusive eliminar las posibles situaciones de invalidez societaria¹⁰⁶.

Ahora bien: ¿a qué *requisitos esenciales* pretende hacer referencia la reforma? ¿A los del art. 1º o a los del art. 11? A nuestro juicio, resulta indudable que el legislador ha tenido en mira los requisitos del art. 11, pues de otro modo, no resultaría comprensible el comienzo del art. 17, según el cual “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales...”, afirmación que sólo puede referir a los requisitos que acabo de mencionar, pues aquellos que se encuentran contenidos en el art. primero —es decir, sustancialmente, la obligación de realizar aportes y la finalidad de obtener beneficios— no podrían tampoco ser omitidos en las sociedades de la Sección IV y en ninguna clase de sociedad, por ser precisamente aquellos que permiten definir a la sociedad como tal.

Por más que estamos de acuerdo en que se admita la validez de las sociedades que hubiesen omitido alguno de los requisitos previstos por el art. 11, advertimos que la nueva redacción del art. 17 genera un serio inconveniente, en el caso de que el elemento omitido fuera uno de los previstos por el art. 1º de La Ley, pues de acuerdo a la norma introducida por la reforma, una sociedad que omitiera un requisito que la define como tal no sería nula, sino que le resultaría en principio aplicable el régimen de la Sección IV.

Esta consecuencia no será de aplicación en el caso de nulidad vincular en una sociedad de un solo socio, pues en dicho supuesto, la nulidad o anulación que afecte el vínculo de dicho socio, llevará a la nulidad, anulación o resolución de la sociedad (cf. art. 16, primer parr., LS): De modo que una sociedad sin socios, por nulidad vincular será nula, pero otra sociedad donde la nulidad

¹⁰⁶ Como por ejemplo resulta de la solución adoptada en el caso de las sociedades carentes de plazo, donde se adopta expresamente la solución (compartida por nosotros) que antes de la reforma propiciaba importante doctrina: el nuevo art. 25 establece que cualquier socio puede provocar la disolución de la sociedad cuando no medie estipulación escrita sobre el plazo de duración. Pero los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social. De modo que la ausencia de plazo no es causal de nulidad, sino de disolución, cuando alguno de los socios la solicita, y salvo que los demás quieran continuar con la sociedad, lo que implicaría un supuesto de resolución parcial.

afecte los aportes sería válida, de igual modo que lo sería una sociedad que no tuviera por finalidad la obtención de ganancias.

No se deja de tener en cuenta que en algunas de dichas hipótesis, el juez que debiera intervenir, podría llegar, eventualmente, a la conclusión de que no se trata de un supuesto de sociedad, sino de otra figura diversa, y aplicar –v.gr- el instituto de la conversión del negocio jurídico previsto por el art. 384 del CCC. También podrá –si es el caso- acudir a las soluciones previstas por los arts. 12 (fraude a La Ley), 265 (error de hecho), 272 (dolo esencial), 276 (violencia) 365 (actos otorgados por el representante si su voluntad está viciada) y 1014) (contratos con causa ilícita) u otros dispositivos similares del CCC, que prevén causales específicas de nulidad, para el supuesto que se dieran las circunstancias previstas en las respectivas disposiciones.

Pero estos recursos no siempre serán de aplicación, de modo tal que si no fuera posible convertir la figura¹⁰⁷ o aplicar una hipótesis de nulidad por ilicitud o vicio de la voluntad, la sociedad conservará su vigencia no obstante que adolezca de la ausencia de un requisito esencial para ser considerada sociedad, ya que los jueces no dispondrían de una herramienta de última instancia para disponer su invalidez, considerando que no existe ahora un instituto equivalente al que estaba previsto por el art. 18 del viejo código civil, que no ha sido reproducido en el Código Civil y Comercial.

Por ello, pensamos que hubiera sido más acertado prever que la omisión de los requisitos esenciales establecidos por el art. 1º de La Ley, constituye causal de nulidad, si no resulta posible aplicar el art. 384 del CCC, y en caso de que la ausencia del requisito resultara de una circunstancia sobreviniente, traerá aparejada la disolución, sin perjuicio de posibilitar, en cuanto fuera factible, la subsanación de la sociedad, conforme lo autoriza el art. 25, así, como en su caso, aplicar el instituto de la reconducción.

¹⁰⁷ Una sociedad en la cual los socios no se hubieran obligado a realizar aportes no parece ser otra cosa diversa a lo que se acaba de indicar, o sea: una sociedad en la cual está ausente un elemento esencial constitutivo de la sociedad, o que la define como tal.