

Nulidad del Acto Jurídico Societario

Leandro Salvatierra

Capítulo I [arriba]

I. Introducción [arriba]

1.1. Problemática del tema [arriba]

El estudio de la estructura, presupuestos, vicios y, en sentido amplio, la ineficacia del acto jurídico, es una de las cuestiones más complejas de la ciencia jurídica. Dicha complejidad, se presenta, tanto en los aspectos terminológicos, como así también desde un punto de vista conceptual(1).

Esta complejidad, encuentra en el ámbito del derecho societario, factores que la potencian, y así ha sido sistemáticamente destacado en nuestro medio(2). No obstante ello, hoy podemos decir que en el ámbito del derecho civil y en lo que a la ineficacia en general se refiere, se ha logrado cierto desarrollo, que bien aplicado, puede esclarecer y brindar importantes aportes a las otras ramas del derecho.

1.1.1. Los conceptos y su terminología

Estamos convencidos que una de las trabas principales que presenta el tema bajo estudio es la imprecisión terminológica "...tan profusa y equívoca, que es en gran medida fuente de la confusión reinante en el triple aspecto doctrinario, legislativo y jurisprudencial"(3).

Consecuentemente, para evitar interpretaciones dispares y conclusiones erróneas, brindaremos a modo preliminar los conceptos básicos que utilizaremos, con la terminología que consideramos adecuada para denominarlos.

Comenzaremos por el acto jurídico en general (sobre el acto jurídico societario en particular nos referiremos más adelante), su estructura y presupuestos, para culminar con las distintas formas en que se puede presentar la ineficacia del mismo.

1.2. El Acto Jurídico, sus presupuestos constitutivos y estructura [arriba]

El acto jurídico fue definido por Vélez Sarsfield (tomado del art. 427 del Esbozo de Freitas) en el art. 944 CC, de la siguiente manera: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

Esta conceptualización, aparentemente pacífica, tiene sus inconvenientes terminológicos. La doctrina italiana, española, alemana y europea en general (con

exclusión de la francesa), prefieren denominar acto jurídico a lo que nosotros denominamos acto lícito (concepto más amplio y que refiere al simple acto voluntario lícito del art. 899 del CC), y negocio jurídico a nuestro acto jurídico.

Las ventajas que presenta la utilización del término “acto jurídico” para identificar a nuestros innominados “actos lícitos”, llevó a que se utilizara el término “negocios jurídicos” como algo distinto a los actos jurídicos, lo cual generó algunas confusiones en nuestro medio.

No obstante lo señalado el aspecto terminológico “...no depende tanto de la lógica cuanto de los efectivos usos de los hombres, y en el caso de la nomenclatura legal, nos atenderemos a ésta, sin perjuicio de usar la denominación de negocio jurídico en estricta sinonimia con el acto jurídico en el sentido expresado en el art. 944”(4).

Aclarada la “sinonimia” entre negocio y acto jurídico, pasamos a identificar los elementos que lo componen.

Siguiendo a Zannoni, podemos coincidir que “en todo acto jurídico se advierten declaraciones de la voluntad, emitidas de conformidad a ciertas formas, por sujetos en relación a objetos y en función de determinados resultados prácticos, a los que el derecho objetivo atribuye eficacia vinculante como fuente de las relaciones jurídicas. Ahora bien: en esta formulación conviene separar o más bien distinguir, los presupuestos constitutivos de todo negocio jurídico: sujeto, objeto y causa, de la estructura, es decir el contenido y la forma del negocio. Estos últimos -contenido y forma- hacen a la coherencia estructural que muestra el negocio como tal, hacen a su significación exterior”(5).

Es que el acto jurídico en su estructura, y frente al mundo del derecho, se presenta exhibiendo su contenido y forma, los cuales además de brindarle su armazón, le permiten exteriorizarse dándole relevancia jurídica.

Pero dicha estructura requiere necesariamente la concurrencia de otros elementos igual de importantes para su validez e imprescindibles para su constitución, ya que ningún contenido y ninguna forma podrán construir un acto jurídico válido, sin sujetos que lo creen, sin un objeto idóneo y sin una causa lícita, libres de vicios que lo afecten.

1.2.1. La estructura del acto jurídico: contenido y forma

Como dijéramos anteriormente, “la estructura del negocio jurídico comprende tanto la forma como el contenido. Forma es el modo, como es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es, lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya conexión es tarea de la interpretación”(6).

1.2.1.1. El contenido del acto jurídico

Contenido del acto jurídico es la normativa resultante de la disposición de la autonomía privada por los particulares, enmarcada dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. Este precepto de la autonomía privada es el

elemento central y propiamente característico del negocio jurídico, el contenido de la declaración o del comportamiento(7).

Estamos frente a una creación normativa del hombre dentro del campo que le brinda la autonomía de la voluntad, destinada a regular las conductas de las partes en relación a un objeto determinado; frente a la exteriorización de la voluntad negocial de las partes, la cual se debe realizar con libertad y auto-responsabilidad.

De allí que el legislador invalida aquel contenido logrado mediante un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia, intimidación o fraude), o que en muchos casos “anula” aquellas cláusulas lesivas o conductas contrarias a la buena fe, mediante la correcta interpretación de la voluntad negocial expresada.

1.2.1.2. La forma del acto jurídico

Por el contrario, la forma configura el aspecto exterior del negocio jurídico, lo que lo hace identificable por los demás, y trascendente en el mundo exterior. Sin forma el contenido del acto es inerte.

El ordenamiento jurídico le otorga distintas funciones y alcance a dicha forma. En general, la regla que parece imponerse es que cuanto mayores sean los efectos y alcances del acto jurídico, mayor será el rigorismo de la ley con relación a la forma, para asignarle relevancia jurídica a la voluntad expresada. A mayor trascendencia mayor solemnidad.

En este aspecto la evolución ha sido clara “desde los simbolismos propios del primitivo derecho, se avanza hacia los formalismos que tienden a dejar constancia de que los simbolismos se han cumplido”(8). Así, corresponde hablar hoy de las distintas funciones de la forma, para comprender la implicancia que puede tener la misma en cada acto jurídico y en relación a su validez.

En este orden de ideas, recordamos la vieja diferenciación entre formas *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Sus funciones, bien distintas, inciden con desigual intensidad sobre tal acto. Mientras la primera se exige al sólo efecto de probar la existencia del acto, siendo indiferente con relación a su eficacia, la segunda es constitutiva del mismo, y presupuesto para su validez.

Consecuentemente la forma sólo incidirá sobre la voluntad negocial, y por consiguiente, sobre la eficacia y validez del acto en los casos que la misma sea exigida *ad solemnitatem*.

Pero a pesar de la claridad que puede surgir de lo recientemente explicado, ocurre que la bipartición tradicional no da respuesta a numerosos supuestos en los que la ley prevé una forma y, sin embargo, la no observancia de la forma no provoca la invalidez del acto(9).

Estas circunstancias se presentan en todo el ordenamiento jurídico, y con significativa trascendencia en el derecho societario (v.g. sociedades irregulares), por ello, y desde “esta perspectiva corresponderá distinguir entre actos formales de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y no solemnes”(10).

De este modo, tendremos que para los actos de solemnidad absoluta la misma resulta constitutiva del acto, y su incumplimiento acarrea la nulidad de este. Para

los actos de solemnidad relativa la forma legal es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos, y su inobservancia lleva a que dicho acto produzca un efecto distinto (por ejemplo, el caso del art. 1185, si se han celebrado por escrito). Por último tenemos los actos no solemnes para los cuales la exigencia de forma es al solo efecto de la prueba -vieja clasificación ad probationem- (el caso del art. 1193 CC).

Finalmente, y con marcada presencia en el ámbito societario, tenemos “otras formas” llamadas formas de publicidad, “destinadas no a calificar el negocio jurídico o a reglar su prueba, sino a tornarlos oponibles. Estas formas de publicidad no atañen, en cuanto tales, a solemnidades relativas al negocio entre las partes, pero generalmente imponen a éste una determinada forma”(11).

Descripta la estructura del acto jurídico, pasamos a reseñar sus presupuestos.

1.2.2. Los presupuestos: sujeto, objeto y causa

1.2.2.1. El sujeto del acto jurídico

Es la persona de existencia visible o ideal de quien/es emana el acto, con capacidad suficiente, poder o legitimación para actuar. Este presupuesto es el que más pacíficamente puede ser identificado si bien, como surgirá del presente trabajo, presenta múltiples facetas para el análisis. En particular en lo que refiere a los actos jurídicos colegiados (unilaterales pero subjetivamente complejos), su análisis presenta características propias que dificultan su debido encuadramiento.

1.2.2.2. El objeto del acto jurídico

Se entiende por objeto “la materia, o los bienes, o las utilidades o las relaciones que caen bajo la voluntad de las partes”(12); la materia sobre la cual versa el acto. Es importante distinguir que el objeto de los actos “son bienes -cosas, derecho, etc.- que sirven a intereses de los sujetos del negocio”(13), y que requieren para su validez idoneidad para serlo.

Remarcamos esta distinción ya que cualquier otra tesis, y especialmente las que nos llevan al terreno del fin u objetivo (o del contenido -agrego por mi parte-) o incluso de los efectos jurídicos que siguen del negocio, hacen del objeto un doble inútil de otros elementos del negocio, e implica una peligrosa confusión de conceptos(14).

Es que dichas confusiones, entre el objeto del negocio jurídico y el objeto del contrato o su contenido, la causa y los efectos del acto, ha sido en la especie moneda corriente, con ciertas particularidades en el derecho societario sobre las que volveremos.

1.2.2.3. La causa del acto jurídico

No es fácil dar una definición única de este concepto sin hacer un breve recorrido de sus antecedentes. Desde las primeras construcciones de Domat (causalista, objetivista), rebatidas más tarde por Ernest (anticausalista), hemos transcurrido una vasto camino plagado de marchas y contramarchas sobre este presupuesto(15).

En nuestro país se han reflejado estas discusiones en torno al art. 500 a 502 del Código Civil, los cuales para algunos no son más que una clara referencia a la fuente de las obligaciones (anticausalistas)(16), entendiendo a la causa como un elemento de inútil distinción; para otros es la causa fin (causalistas)(17) introducida a través de la incorporación en nuestro Código Civil de los arts. 1131 a 1133 del Código Civil Francés, de corte netamente causalista.

Las notas a los arts. 792, 794, 531 y 926 agregan mayores elementos a la polémica, y demuestran, en este aspecto, una definición poco clara del codificador.

Por nuestra parte, adherimos a las posiciones causalistas subjetivistas, y entendemos a la causa como aquello que resultara jurídicamente relevante para determinar la voluntad del sujeto al fin de celebrar dicho acto jurídico. En su licitud está la licitud del negocio jurídico(18).

1.3. Ineficacia y Nulidad [arriba]

A continuación de la estructura y presupuestos de todo acto jurídico válido, se ha de pasar al estudio de la ineficacia del mismo, es decir de aquellos supuestos en que el acto jurídico no tenga la aptitud que se predica de él para alcanzar sus efectos.

Esta ineficacia como género es comprensiva de las especies nulidad -sinónimo de invalidez- e ineficacia propiamente dicha. Desde luego, el acto jurídico puede perder su idoneidad para producir sus efectos tanto por vicios de origen (que ataquen su estructura y/o sus presupuestos -antes descriptos-), como por defectos sobrevinientes (cuando la pervivencia de la voluntad negocial contribuya a obtener un resultado contrario a derecho, o que no responda al interés práctico de los sujetos del negocio).

El primero de los supuestos mencionados se analiza desde un punto de vista estático y determina la ineficacia estructural del acto, respondiendo comúnmente a la denominación de invalidez o nulidad. El segundo se estudia desde una perspectiva dinámica y conlleva a la ineficacia funcional del mismo, siendo terminológicamente más conocida como ineficacia, comprensiva a su vez por diversos supuestos.

Por dichos fundamentos se ha definido a la invalidez como “la construcción técnico legal que apunta a los elementos intrínsecos originarios de todo negocio jurídico, con miras a regular las imperfecciones que a su respecto puedan presentar los actos que le son confrontados y a los que él sirve de esquema o modelo”.

Resultando así que la invalidez es siempre contemporánea con el proceso formativo del acto, diferenciándose de los supuestos que la doctrina más moderna, siguiendo las primeras discriminaciones de Windscheid, incluye dentro del amplio fenómeno de la “ineficacia” (ineficacia propiamente dicha o funcional -según Zannoni-), la cual presupone negocios válidos y perfectos en su ciclo formativo, pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas (actos condicionales, resolubles, rescindibles, revocables, etc.), incluyendo la ineficacia sucesiva, que tampoco se ajusta a la esencia de la invalidez, y la mera irregularidad que más que al acto afecta a sus sujetos(19).

1.3.1. Las nulidades: su clasificación

La nulidad -al igual que la ineficacia- se puede presentar de distintas formas, produciendo en consecuencia distintos efectos jurídicos. Sintéticamente tenemos:

(i) Expresas e implícitas o virtuales: las nulidades expresas se encuentran literalmente contenidas en las normas, por el contrario, las implícitas surgen tácitamente de las mismas.

(ii) Manifiestas o no manifiestas: En las nulidades manifiestas el vicio que obsta a la validez se encuentra patente en el acto mientras que en las no manifiestas el vicio está oculto, requiriendo de una investigación para ponerlo de relieve(20). Esta clasificación está identificada en general con la clasificación de acto nulo y anulable, a pesar de ello, algunos autores encuentran entre ambas categoría ciertas diferencias(21).

(iii) Nulos y anulables: En el acto nulo la ley por si misma, sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquila el acto vedado. Esto ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida o determinada, insusceptible de cuantificarse porque existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En el acto anulable la ley por si misma es impotente para aniquilar el acto, dado que la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de cuantificarse, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente su realización(22). En el primero de los casos la ley puede por si sola invalidar el acto declarándolo nulo, en el segundo sólo puede hacerlo anulable una vez que la autoridad jurisdiccional entienda al supuesto como susceptible de ser inmerso en el caso previsto por la norma, mereciendo la declaración de invalidez.

(vi) Parciales y Totales: La nulidad es parcial cuando el negocio esta viciado sólo en parte de su contenido preceptivo, entendido el vocablo en sentido cuantitativo, o bien cuando afecta sólo una de las varias disposiciones de que consta, y la invalidez se circunscribe a aquella disposición o parte del contenido receptivo del negocio (utile per inutile non vitiatur). Por el contrario, la nulidad es total cuando la parte viciada arrastra y somete al régimen de invalidez, también a la parte sana, dando lugar a la invalidez del negocio in totum(23).

(v) Absolutas y relativas: En la nulidad absoluta la imperfección del acto atenta contra intereses generales o colectivos, contrariando al orden público y las buenas costumbres. Por su parte, en la nulidad relativa lo afectado tan sólo daña intereses particulares o privados.

La primera, por su trascendencia y gravedad es declarable de oficio, alegable por todo interesado, inconfirmable, irrenunciable e imprescriptible. La segunda, por el contrario, es solamente alegable por quien tenga un interés jurídico afectado, es confirmable y renunciable por aquel, y por último prescriptible.

1.3.2. Efectos de las nulidades

Hemos referido a que la ineficacia, en su acepción genérica, puede presentarse de distintas maneras, ya sea como invalidez (las nulidades absolutas, relativas, el acto nulo, anulable, etc) o como una ineficacia propiamente dicha (resolución,

rescisión, revocación, inoponibilidad, irregularidad), y estas originan distintos efectos sobre el acto jurídico inicial.

Con respecto a los actos ineficaces (en sentido funcional), sus efectos ya han sido explicados al estudiar cada uno de los supuestos en forma genérica y volveremos sobre ellos al analizar cada caso en forma específica. Distinto es el caso de las nulidades cuyos efectos varían significativamente, según el grado de “afectación” originaria que presente el acto.

Ya sea que la consideremos como una sanción(24), como un remedio jurídico(25), o como una *condictio iuris* negativa que opera como sanción(26), lo cierto es que el acto inválido no produce las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico para el mismo acto jurídico sin vicios.

Siguiendo al Código Civil las nulidades pueden presentarse de diversas formas que responden a la clasificación realizada infra, y estas “distintas nulidades”, reaccionarán con consecuencias diferentes ante el acto viciado.

(i) Principio general: conceptualmente la nulidad “...priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir existente al momento de la celebración”(27). Este principio general ha sido consagrado legislativamente en el art. 1050 CC. No obstante ello presenta algunos matices.

(ii) Efectos entre las partes: la primer disquisición que debemos realizar es si el acto ha sido o no ejecutado(28). En caso de que aún no lo hubiera sido, y el acto fuera nulo o de nulidad manifiesta(29), o anulable y se hubiera declarado su invalidez, no podrá exigirse su cumplimiento. En cambio, siendo el acto anulable o de nulidad no manifiesta y ésta no hubiera sido declarada, la misma puede ser opuesta, tanto por acción como por excepción (conf. art. 1058 bis CC), al momento de requerirse la ejecución.

Si el acto hubiera sido ejecutado total o parcialmente, la declaración de nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente(30) lo que hubieran recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado (conf. art. 1052 CC), ello sin perjuicio de las hipótesis previstas para el caso de cosas productoras de frutos (art. 1053 y 1054 CC), o cosas fungibles (art. 1055 CC).

Por último además del deber de restituir, como acción de responsabilidad, el art. 1056 establece la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del acto anulado. Como lo hace notar con acierto Mayorano, no se trata en este caso de un efecto propio de la nulidad; puede ocurrir, incluso que haya nulidad sin indemnización, porque el fundamento de ésta es la culpa o dolo. Por otra parte, y para los supuestos en que no fuera posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad, o tenerlos demandados, el art. 1057 CC prevé el derecho a demandar las indemnizaciones sustitutivas de todas las pérdidas e intereses.

(iii) Efectos frente a terceros: aquí la diferenciación que debemos realizar es si nos encontramos frente a un tercero de buena o mala fe. Es que luego de la reforma del 1968, los subadquirentes de buena fe de un inmueble, a título oneroso (art. 1051 CC), al igual que los terceros adquirentes de buena fe de cosas muebles, a título oneroso (art. 2413 y 2778 CC), quedan protegidos de los efectos de la nulidad del acto.

Así, amparados por un error excusable, podrán repeler la acción de reivindicación que contra ellos se intente (art. 929 CC). Esta buena fe, como es lógico suponer, es sostenible con mayor firmeza si el acto es anulable o de nulidad no manifiesta, dado que de encontrarnos ante un acto nulo o de nulidad manifiesta, esta buena fe -al ser el vicio ostensible- en la mayoría de los casos no podrá alegarse, y los efectos de la nulidad caen sobre el tercero.

1.3.3. Subsanación de las nulidades

Las formas de subsanación del acto viciado de nulidad genéricamente aceptadas son la siguientes:

(i) La confirmación: es el acto unilateral, realizado por aquella persona que detenta la titularidad de la acción de nulidad, frente a un acto viciado de nulidad relativa, tendiente, ya sea en forma expresa o tácita, a confirmar tal acto.

Si la confirmación es expresa deberá contener las mismas formalidades que el acto confirmado (art. 1062 CC), y bajo pena de nulidad lo siguiente: 1º la substancia del acto que quiere confirmar; 2º el vicio de que adolecía; y 3º la manifestación de la intención de repararlo (art. 1061 CC).

Si la confirmación es tácita, la misma resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad realizada con conocimiento del vicio que adolecía el acto.

Como exigencia legal para que sea procedente esta confirmación se requiere, en primer lugar que haya cesado la incapacidad o vicio que daba lugar a la nulidad y en segundo término que no concurra ningún otro vicio que pueda producir la nulidad del acto de confirmación (art. 1060 del CC).

El efecto específico de esta confirmación se encuentra previsto en el art. 1065 CC, siendo entre las partes retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Con respecto a terceros este efecto retroactivo no los perjudicará.

(ii) La prescripción liberatoria: como ya lo indicáramos los actos nulos de nulidad absoluta, son inconfirmables e imprescriptibles. Por el contrario, son susceptibles de prescribir los vicios que deriven en nulidades relativas. En este aspecto, y a partir de la posibilidad de introducir la nulidad como acción y como excepción, se ha sostenido la imprescriptibilidad en el segundo caso.

(iii) La ejecución voluntaria, por parte del titular del derecho a impugnar el acto viciado: esta forma de subsanación, no es otra cosa, que la confirmación tácita explicada en (i).

(iv) La pérdida de la cosa objeto del negocio impugnado: es una consecuencia natural derivada de la subsanación del acto inválido.

1.3.4. La ineficacia propiamente dicha: rescisión, revocación y resolución. Inoponibilidad

Por su parte, la ineficacia propiamente dicha o ineficacia funcional se puede presentar “como originaria o sucesiva para las partes y para ciertos terceros;

ateniéndonos a este último supuesto se admite ya sea que el acto jurídico puede provocar efectos directos o indirectos con relación a ellos”(31).

Veamos sus distintas formas:

(i) Rescisión, revocación y resolución: Estos supuestos de ineficacia son “típicos” en contratos bilaterales, diferenciándose entre ellos por los fundamentos que la derivan.

Mientras la rescisión es genéricamente bilateral, y excepcionalmente unilateral(32), basándose en que el mismo consentimiento que le dio nacimiento a un negocio jurídico, puede a su vez tornarlo ineficaz, la revocación, es siempre unilateral y presupone causas sobrevinientes, que ministerio legis autorizan a una de las partes a tornarlo ineficaz. Ambas operan hacia el futuro y sin perjuicio de los derechos de terceros.

La resolución, a su vez, “opera en razón de circunstancia sobrevinientes, fuere en razón de la operatividad de una condición resolutoria (art. 553 y ss.), o en razón del pacto comisorio expreso o tácito (arts. 1203 y 1204)”(33).

(ii) La inoponibilidad: El acto inoponible(34) es una forma de ineficacia que la ciencia jurídica admite sin vacilaciones(35), y que se identifica con lo que se ha dado a llamar ineficacia relativa(36), presentándose cuando el negocio jurídico produce sus efectos sólo para un grupo de personas o círculo de intereses, resultando indiferente para el resto.

Dicha inoponibilidad, puede ser tanto negativa como positiva. La inoponibilidad es positiva cuando el acto es válido y eficaz en general, pero ineficaz frente a determinados terceros. Es negativa cuando el acto es inválido e ineficaz en general, pero eficaz frente a determinados terceros(37)”.

1.4. El Acto Jurídico Inexistente [arriba]

Se ha sostenido que hay “inexistencia de un negocio cuando faltan los elementos que suponen su naturaleza, de modo que en su naturaleza es precisamente inconcebible el negocio, o, si se quiere, se halla impedida la identificación jurídica del mismo”(38).

En estos casos “hay que distinguir entre la falta que permita, con todo, la identificación jurídica del negocio -falta que produce la invalidez- y la falta que por el contrario, impide la identificación del negocio, que es, por esto jurídicamente inexistente”(39).

A pesar de la apariencia lógica del concepto de ineficacia, adherimos a las posiciones que no admiten(40) la noción jurídica de inexistencia, basado en que el acto jurídico o bien existe para el derecho y está sujeto a las diversos efectos y sanciones que el mismo le impone, o no existe para el mundo jurídico y es un no acto. Una tercera variante no puede darse lógicamente.

Categoricamente, por su parte, expresa Zannoni “se habla jurídicamente de inexistencia de algo o nulidad de algo. Si ese algo en realidad no existe, se está en la nada, respecto de la cual es absurdo predicar existencia o inexistencia”.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre en Francia o Italia, el planteo de la inexistencia como una categoría autónoma dentro de la ineficacia del negocio jurídico, resulta inútil, dado que en nuestro contexto jurídico-legal la misma aparece absorbida por lo que nosotros llamamos acto nulo de nulidad absoluta.

En este orden de ideas y a los fines del presente trabajo, prescindiremos de este categoría como causal autónoma de ineficacia.

Capítulo II [arriba]

II. El Acto Jurídico Societario [arriba]

2.1. El Acto Jurídico societario en general [arriba]

Hasta el presente capítulo se ha definido la terminología y los principales conceptos necesarios para el análisis de los actos jurídicos, intentando lograr univocidad y precisión en el empleo de los mismos. Entendemos ahora que para un correcto análisis de la ineficacia y nulidad societaria, resulta imprescindible comenzar nuestro estudio desde su componente jurídico más pequeño, esto es el acto jurídico societario.

No es intrascendente, para el estudio de las “nulidades societarias” abordar, en primer término, el acto jurídico que le da origen en tanto éste presenta particularidades determinantes al respecto. En este sentido no parece posible dar un concepto demasiado acotado del acto jurídico societario, dada la gran variedad de actos que comprende .

Como primer aproximación se definirá al acto jurídico societario como todos aquellos actos jurídicos realizados por la sociedad y los socios en relación a esta, tanto en su vida interna como en su relación con terceros, desde su nacimiento, hasta su liquidación y partición final.

Ya desde su concepto se colige la gran variedad de actos jurídicos que comprende, presentando rasgos muy diversos en cuanto a sus presupuestos y estructura. Sin embargo podemos concordar que, según cual sea el ámbito(41) donde nazca el acto jurídico societario y, a su vez, según cuales sean las particularidades de los presupuestos y estructura que integran el mismo, distinta va a ser su naturaleza(42), caracterizándose, por la especial presencia de los actos jurídicos plurilaterales y colegiados(43).

Destacamos la presencia de los actos jurídicos plurilaterales y colegiados porque de ella se derivan muchas de las particularidades que presentan las nulidades societarias. Particularidades que han provocado no pocas confusiones

interpretativas, por querer aplicarles a estos actos colegiados y plurilaterales, lo regulado en los códigos de fondo para los actos bilaterales.

Es que si bien los actos jurídicos colegiados y plurilaterales son históricamente distinguidos por el derecho, los mismos cobran trascendencia en el ámbito del derecho privado con el desarrollo de las personas jurídicas, lo cual resulta temporalmente más reciente y extraño a las viejas legislaciones. Esto sin dudas ha influido en su deficiente regulación en los códigos de fondo como en las normas específicas (v.g. ley de sociedades).

Profundizaremos el estudio de estos actos jurídicos societarios en forma particular, para luego comprender como influyen sus características sobre su eficacia.

2.2. El Acto Jurídico Plurilateral [arriba]

El acto jurídico plurilateral se presenta en las sociedades principalmente al momento de su nacimiento. En efecto, hoy es unánimemente aceptado -y así lo recepta la ley 19.550- que la naturaleza jurídica del acto constitutivo de sociedad, es un contrato plurilateral de organización.

Esta reconocimiento, si bien hoy pacífico, ha tenido que superar los embates de las teorías anticontractualistas que entendían insuficiente la figura del contrato para explicar la naturaleza del acto constitutivo de la sociedad, muchas veces alimentado en que la doctrina tradicional ha elaborado en gran parte la teoría general de los contratos contemplando solamente los contratos de cambio.

Pero “es bueno poner de relieve que, al lado de los contratos de cambio, existen contratos plurilaterales, contratos que responden a los requisitos generales de los contratos (y que por eso no pueden ser confundidos ni con los actos complejos ni con la figura particular recientemente puesta en evidencia de los negocios plurilaterales), pero se diferencian de los contratos de cambio por la posibilidad de que participen en ellos más de dos partes asumiendo todas obligaciones y adquiriendo derechos. Estas partes están animadas por intereses contrapuestos, pero tienden juntas a una finalidad común, la que con frecuencia ha inducido a negar la existencia de verdaderos contratos en esta hipótesis. La pluralidad de las partes permite la permanencia de la relación jurídica derivada del contrato plurilateral, no obstante la adhesión de nuevas partes o la separación de algunas...”(44).

Ingresando, ahora si, en el contrato plurilateral de organización (paradigma de los actos jurídicos societarios plurilaterales) las siguientes son sus principales características:

1º Se trata de un contrato plurilateral que, a diferencia de los contratos de cambio, admite dos o más partes como partes del mismo. La naturaleza contractual subsiste.

2º Es una especie entre los contratos plurilaterales, singularizada por determinar una organización colectiva. El sujeto de derecho, así derivado, configura el contrato de organización o asociativo como un contrato de ejecución continuada.

De ello resulta que:

- a) La relación sinalagmática se establece, no sólo entre las partes, sino también respecto de cada parte y del sujeto de derecho.
- b) Las prestaciones están dirigidas al nuevo sujeto y no al otro contratante como en el contrato de cambio. Por ello aunque los intereses sean opuestos su satisfacción resulta común.
- c) El cumplimiento de las prestaciones no importa caducidad del contrato.
- d) Las prestaciones son atípicas y no determinadas como en el contrato de cambio.
- e) Cada parte está no solamente obligada a cumplir su prestación, sino que tiene también el derecho de hacerlo.
- f) El simple consentimiento de las partes es inhábil para determinar la extinción de todos los efectos del contrato.
- g) La no aplicación de la “exceptio non adimplenti contractus”, consagrada para los contratos de cambio en el art. 1201 CC.
- h) La no aplicación del pacto comisorio tácito estatuido en el art. 216 CCom., respecto de los socios entre ellos.
- i) El contrato -en principio- no se extingue por la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida por una de las partes, contrariamente a lo que disponen para el contrato de cambio los art. 888 y siguientes del Código Civil.
- j) El contrato -en principio- tampoco se extingue en el caso de nulidad o anulabilidad de la prestación a cargo de una de las partes, diversamente de lo que ocurre en el contrato de cambio según o dispuesto por los art. 1052 y concordantes del CC(45).
- k) El vicio en el consentimiento, incapacidad, falta de poder o legitimación para actuar de una de los contratantes, como los vicios en el objeto prestado por una de las partes, anularán -en principio- solo su adhesión al negocio, pero no el contrato que seguirá siendo válido en tanto y en cuanto la anulación de aquella adhesión no haga imposible el cumplimiento del objeto o finalidad común perseguida por los contratantes.
- l) Son de tracto sucesivo o de ejecución demorada, originando una situación económica que perdura en el tiempo.
- m) Las obligaciones de las partes, en principio idénticas y comunes, pueden tener objeto diferente.
- n) Admiten el ingreso y egreso, bajo ciertas pautas, de las partes del contrato(46).

De su pluralidad subjetiva, de su naturaleza contractual y asociativa, como fundamentalmente del hecho de que se está creando un sujeto jurídico nuevo, surge un contrato genéticamente más resistente que los contratos de cambio.

Efectivamente, de las características señaladas se deriva una mayor aptitud estructural para soportar vicios que en otros actos provocarían la invalidez total del mismo. Así, y tal como hemos enunciado precedentemente, el vicio en el consentimiento, incapacidad, falta de poder o legitimación para actuar de una de las contratantes, como los vicios en el objeto prestado por una de las partes, anulará -en principio- su adhesión al negocio pero no el contrato que seguirá siendo válido, en tanto y en cuanto la anulación de aquella adhesión no haga imposible el cumplimiento del objeto o finalidad común perseguida por los contratantes. Tampoco será suficiente la voluntad de las partes otorgantes para extinguir los efectos del contrato, ni tampoco el incumplimiento de uno justificará el incumplimiento del otro o la resolución del contrato.

Esta mayor resistencia del acto jurídico permite consagrar a la conservación del acto jurídico como una regla caracterizante del acto jurídico societario.

2.3. El Acto Jurídico Colegial [arriba]

El acto jurídico colegial fue definido por Betti como aquel en el que participan varias personas en virtud de una común e igualitaria legitimación para la tutela de un mismo interés y por lo tanto, de modo que aquéllas actúan de un mismo lado(47).

Esta clase de acto jurídico se presenta, fundamentalmente, en el ámbito dinámico de la sociedad. Las sociedades presuponen pluralidad de personas (socios/accionistas), las cuales al tener un interés concordante en una gestión común, pueden participar (directa o indirectamente) de la misma en forma igualitaria. Esta participación, por sí o por representantes/mandatarios, se canalizará a través de la integración de los distintos órganos societarios, donde como componentes del mismo se reunirán, deliberarán y resolverán(48), creando actos jurídicos(49) colegiales contenedores de la voluntad social.

Resulta distintivo que esta actuación orgánica si bien podrá(50) ser subjetivamente compleja, generara un negocio jurídico unilateral, en el sentido de que será un acto celebrado por una sola parte: la sociedad. Es claro que aquella pluralidad subjetiva, no permitirá calificarlo como acto complejo dado que “la deliberación no consta de una suma de actos provenientes de varios sujetos u órganos, porque como dice Ferrara, el socio es portador del órgano entrando a formar parte del colegio, perdiendo dentro de ciertos límites su propia individualidad jurídica que se funde con la de la sociedad”(51).

Esta “complejidad subjetiva” requiere de reglas que permitan un equitativo ejercicio de los derechos que cada integrante del órgano puede ejercer dentro del mismo. En este sentido resalta como pauta reguladora el principio de la mayoría. No obstante el principio de la mayoría no basta, o más bien no alcanza, sino que además dicho pronunciamiento mayoritario tiene que ser tomado con la debida participación de la minoría(52) en la conformación de aquel acto colegiado.

Como veremos esta características de acto unilateral y subjetivamente complejo influyen directamente en el estudio de su invalidez e ineficacia.

2.4. Nulidades Societarias [arriba]

2.4.1. Sus dificultades

Es criterio común que el problema de las nulidades es uno de los más complejos en el ámbito societario(53), y la causa de que así sea encuentra dos razones fundamentales:

(i) que el acto jurídico que le da origen a una sociedad es un contrato plurilateral y asociativo (plurilateral de organización) al cual no se le aplican las normas clásicas sobre nulidades basadas en los contratos bilaterales y de cambio.

(ii) que este contrato asociativo crea un persona jurídica distinta a las partes, la cual por estar constituida por otras personas (los socios) tiene un complejo de normas legales y contractuales que regularán: 1) sus relaciones internas y 2) como este sujeto creará y expresará su voluntad vinculante frente a terceros. En este funcionamiento interno y de creación de voluntad de las sociedades, tienen preeminencia los actos jurídicos colegiados sobre los cuales tampoco está ideado el régimen de invalidez previsto por los códigos de fondo.

2.4.2. Principios orientadores

Para establecer los principios que rigen a la invalidez e ineficacia societaria debe partirse de “la teoría general de las nulidades” desarrollada en derecho civil, la cual deberá adaptarse al ámbito comercial y a las especiales características de los actos jurídicos plurilaterales y colegiados.

En este orden de ideas, dada la protagónica incidencia que las sociedades -como instrumento jurídico- tienen en el ámbito mercantil, deberá estructurarse un sistema de nulidades que resguarde la certeza y velocidad que el tráfico comercial requiere, tanto en protección de los terceros de buena fe como del desarrollo de la economía en general(54). Con tal objeto, se pueden consagrar como principios rectores en la especie la conservación del acto jurídico y derivado de éste la limitación de los efectos de las nulidades.

Bajo estos principios se imponen pautas interpretativas y reglas generales acordes, a saber:

1) Interpretación restrictiva de las nulidades absolutas(55), en caso de duda deberá entenderse a la nulidad como relativa y prescriptible.

2) Interpretación restrictiva de las nulidades implícitas.

3) Plazo de prescripción breve para las nulidades relativas.

4) Aplicación de las consecuencias propias de los actos colegiados: especial legitimación para la nulidad de los actos colegiados orgánicos, limitación de los efectos, plazo de prescripción abreviado, etc..

5) Aplicación de las consecuencias propias a los actos plurilaterales, tendientes a la conservación del mismo: nulidad parcial (vincular), resolución parcial, posibilidad de reconducción, etc.

6) Interpretación amplia de las formas de subsanación del acto. Subsanabilidad de las nulidades -aún las absolutas- hasta su declaración judicial (aplicación amplia del art. 1046 del Cód. Civil), y en ciertos casos aún después(56).

7) Irretroactividad frente a terceros de buena fe de los efectos de las nulidades - aún las absolutas-, sobre el contrato de sociedad(57).

8) Inoponibilidad de los efectos de la nulidad de una decisión orgánica a los terceros de buena fe (art. 2413 y 2778), la cual solo generará la posibilidad a los afectados de iniciar las acciones de daños y perjuicios que correspondan contra los responsables del acto, por “todas las pérdidas e intereses” (art. 1057).

Planteados los principios que rigen al régimen de nulidad e ineficacia societario, pasamos a analizar como se reflejan en la legislación societaria.

Capítulo III [arriba]

III. De las Nulidades Contractuales (1ra. Parte) [arriba]

3.1. Aclaración Preliminar [arriba]

Trataremos como nulidades contractuales a aquellas que deriven de vicios que afectan al contrato plurilateral de organización que le da origen a la sociedad. Dadas las particularidades de este contrato, estos vicios se pueden presentar: al constituirse la sociedad, al momento de vincularse un nuevo socio a la misma, o bien al realizarse una modificación al contrato respectivo.

Al señalar las particularidades de las nulidades societarias, indicamos la conservación del acto y a la limitación de sus efectos como dos aspectos salientes. En las nulidades contractuales la limitación de los efectos queda reflejada en la denominada nulidad vincular. Comenzaremos por este punto, y continuaremos con los vicios que pueden afectar los presupuestos y estructura del acto jurídico plurilateral.

3.2. La Nulidad vincular [arriba]

Antes de analizar los vicios que puede afectar a cada uno de los elementos que componen el acto jurídico, resulta necesario introducirnos en la nulidad vincular que es el aspecto más característico de la invalidez en el contrato plurilateral de organización, su punto saliente radica en que el vicio que afecta la relación de una de las partes del contrato puede derivar en la nulidad de su vínculo y no en la nulidad del contrato en su integridad.

Este efecto limitado de la nulidad puede presentarse tanto por encontrarse viciado el sujeto del acto (incapacidad, falta de legitimación o poder para actuar), el objeto (aportes inidóneos) o el contenido (vicios de la voluntad) de aquel, y en nuestra ley se encuentra contenido en el art. 16 de la ley de sociedades(58).

Art. 16: “La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias...”(59).

Por su técnica de redacción esta norma resulta confusa y puede traer problemas interpretativos, pues se han asimilado términos que nada tienen que ver con los presupuestos que se plantean(60). En un mismo artículo se confunden supuestos de invalidez (anulación y nulidad) con supuestos de ineficacia (resolución), y el vínculo de los socios con la participación o prestación(61) a su cargo.

Esta imprecisión terminológica se debe al intento de comprimir en un sólo artículo el contenido de cuatro de la fuente Italiana(62), y al diferente significado que tiene en ambas legislaciones términos similares.

Los arts. 1420(63) y 1446(64) del Código Italiano se ocupan de los supuestos de invalidez (nulidad el primero y anulabilidad el segundo). Resulta oportuno advertir que los italianos llaman nulidad a nuestra nulidad absoluta y anulabilidad a nuestra nulidad relativa, las cuales definiéramos antes de ahora. En las normas citadas se prevé que los casos de invalidez (la nulidad y anulabilidad italiana) del vínculo de una sola de las partes, no acarrearía la invalidez del contrato salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Por el contrario los art. 1459(65) y 1466(66) de la fuente, refieren a supuesto de ineficacia(67). El primero se ocupa de aquellos casos en que una de las partes incumple con la prestación a su cargo, lo cual no deriva en la resolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida se considere esencial de acuerdo a las circunstancias. El segundo, en cambio, refiere a un incumplimiento sin culpa, a la imposibilidad de la prestación de una de las partes, que no produce la “disolución del contrato” (resolución del contrato) respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida deba considerarse como esencial, de acuerdo a las circunstancias.

Todos estos supuestos pretendieron regularse en el apretado texto del art. 16 de nuestra ley, pero no sólo no se logró el objetivo, sino que además en el segundo párrafo se refiere inútilmente a ciertos supuesto especiales. Transcribimos este segundo párrafo:

“Cuando se trate de una sociedad de dos socios, el vicio de la voluntad hará anulable(68) el contrato. Si tuviere más de dos socios, será anulable(69) cuando los vicios afecten la voluntad de los socios a los que pertenezca la mayoría del capital”.

En primer lugar remarcamos que es una imprecisión referirse a los supuestos de vicios en la voluntad, dado que éstos son sólo un grupo de vicios (en el contenido) que pueden configurar la nulidad de acto, pero no todos los vicios posibles(70).

En segundo lugar, entendemos que este párrafo tuvo como único fin contemplar expresamente los supuestos en que los vicios sobre el sujeto, que acarrearán la invalidez, afectan el vínculo de un socio en sociedad de dos, o de los socios a los que pertenece la mayoría de capital en sociedades con más de dos socios. Para estos supuestos, dada la magnitud del vicio, la norma dispone la nulidad del acto.

Resulta inapropiada la solución propuesta, dado que no sólo es contradictoria con los principios que rigen los contratos plurilaterales, sino que también se contraponen con lo que dispone la ley para casos análogos.

En el primer supuesto contemplado (cuando el vicio de la voluntad afecta a uno de los socios en sociedad de dos) la solución no tiene por que ser distinta a la general del primer párrafo, ya que si bien “desaparece la pluralidad, esencial para la constitución de una sociedad válida”(71), desentona con el principio general de la conservación del acto y con el supuesto especial de disolución por reducción a uno del número de socios (art. 94 inc. 8°).

Creemos que si se presenta un vicio en el vínculo de uno de los socios, la nulidad se producirá, salvo que la prestación o participación de ese socio deba considerarse esencial habida cuenta de la circunstancias, sólo en aquél vínculo (regla general) y la sociedad entraría en una de las causales de disolución prevista por la ley (art. 94 inc. 8°) con las alternativas expresamente estipuladas(72). Esto es, la sociedad tendrá tres meses para incorporar un nuevo socio, mientras tanto el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas.

En el segundo caso la solución no escapa a críticas. La ley entiende que en las sociedades de más de dos socios la misma será “anulable” cuando el vicio afecte a los socios a los que pertenezca la mayoría del capital.

Nuevamente la ley interpreta que al afectarse el vínculo de los socios a los que pertenece la mayoría del capital, se afectaría de manera esencial uno de los presupuestos fundamentales del contrato constitutivo que motivó a los demás a participar en la sociedad y, consecuentemente, se tornaría imposible el logro del objeto social(73).

En nuestro criterio esta solución tampoco debería escapar a la regla general. La nulidad debiera afectar exclusivamente a los vínculos viciados, y SÓLO si la prestación de estos socios resultare en el caso esencial, habida cuenta de las circunstancias(74), los efectos de la nulidad recaerán sobre todo el contrato plurilateral de organización. Mientras esas prestaciones (individualmente o en su conjunto) no sean esenciales la nulidad será vincular.

Parecería que en estos casos el legislador realizó una presunción iure et de iure de esencialidad, y entendió que al afectarse la mayoría del capital se afectaban prestaciones esenciales. A nuestro entender, esto no es así, y la esencialidad debe ser analizada en el caso concreto(75), y sólo en el caso concreto se puede establecer la nulidad del contrato(76).

Prejuizar una esencialidad o una imposibilidad de cumplimiento del objeto, como sugiere Halperín, puede conducir en muchos casos a soluciones disvaliosas. Con sólo aplicar los principios que rigen a estos contratos evitaríamos tomar caminos equivocados. Los redactores del Anteproyecto así lo habían entendido y de allí la

originaria redacción del artículo que decía: "...la nulidad de la constitución de una sociedad se rige por los principios aplicables a los contratos plurilaterales..."(77).

Aclarado el especial alcance de la nulidad societaria contractual, pasamos a considerar los vicios que pueden afectar a los distintos elementos que componen el acto jurídico plurilateral.

3.3. Vicios en los presupuestos del Acto Jurídico Plurilateral [arriba]

3.3.1. Objeto del acto jurídico plurilateral

Para comenzar, y aunque resulte obvio, es necesario diferenciar el objeto del acto jurídico, (contrato plurilateral de organización) regulado por el art. 953 CC, del objeto social previsto normativamente en el art. 11, inc. 3º ley 19.550.

Tal como hemos dicho en el primer capítulo de este trabajo, el objeto del acto jurídico esta compuesto por "bienes -cosas, derecho, etc.- que sirven a intereses de los sujetos del negocio" y que requieren, para su validez, idoneidad para serlo. Por el contrario, el objeto social "es la actividad económica en vista de la cual se estipula el contrato de sociedad y a través de él, el organismo societario, se manifiesta y desenvuelve"(79). En esta oportunidad nos referiremos al primero.

En cuanto a la idoneidad del objeto del acto debemos tener en cuenta la Constitución Nacional que deja librada a la voluntad de los particulares la determinación del objeto del acto jurídico y, junto con esta norma superior, las normas generales del Código Civil que en los arts. 953 y 1167 refieren a las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos.

En el caso del contrato plurilateral de organización que da origen a la sociedad, el objeto (reiteramos: bien que sirve a los intereses de los sujetos del negocio) es el aporte que el socio se obliga a realizar y que se encuentra regulado (además de por las reglas generales antes expuestas) por las normas específicas en la materia.

Al respecto nuestra legislación contiene normas que prohíben expresamente los aportes de bienes presentes o futuros, y todas las ganancias que se obtengan (art. 1651 CC), el aporte de influencia (art. 1650 CC), y el aporte de industria para el socio cuya responsabilidad está limitada a la integración total o parcial del capital social, o de aportes de uso en el mismo caso (art. 39 y 45 ley 19.550).

La parte general de la ley de sociedad, en los arts. 39 a 53, aborda todo lo referente a los aportes en las sociedades comerciales, estableciendo que los mismos pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer, salvo para los tipos de sociedad en los que se exige que consistan en obligaciones de dar (cfr. art. 38 LS), esto es en las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, donde el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (cfr. art. 39 LS).

La ley regula los aportes de derechos (cfr. art. 40 LS), créditos (cfr. art. 41 LS), títulos (cfr. art. 42 LS), bienes gravados (cfr. art. 43 LS), fondos de comercio (cfr. art. 44 LS), el uso y goce (cfr. art. 45 LS), estableciéndose un régimen legal para la valuación de los aportes (cfr. arts. 51, 52 y 53 LS) en especie y los vicios de

evicción (cfr. arts. 46, 47 y 48 LS), resguardando a los terceros y a los socios de la sobrevaluación fraudulenta de activos.

En cuanto al vicio que pueda afectar al objeto (su inidoneidad), al tratarse de un contrato plurilateral de organización, puede afectar sólo al vínculo del sujeto que hubiera realizado el acto con objeto (aporte) inidóneo, o bien a todo el contrato plurilateral de organización (cfr. art. 16 LS) si su aporte debiera considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias conforme de acuerdo al principio sentado en el art. 16 de la ley 19.550 (ver ut supra).

3.3.2. El sujeto del acto jurídico plurilateral

Dijimos al comienzo del presente trabajo que el sujeto era la persona de existencia visible o ideal de quien o quienes emana el acto, con capacidad suficiente, poder o legitimación para actuar. En los renglones precedentes tratamos los efectos (nulidad vincular) que produciría en el contrato plurilateral el hecho de que aquel acto se encuentre viciado en alguno de sus elementos, lo cual resulta aplicable para el caso en que el sujeto se encuentre viciado por ser incapaz, falta de poder o legitimación para actuar.

3.3.2.1. Falta de poder o legitimación para actuar

La falta de poder no presenta mayores inconveniente desde el acto jurídico plurilateral y deberá ser analizado en cada caso particular. Quizás pueda plantear mayores dificultades la falta de legitimación ya que “la idea de sujeto legitimado reposa en la noción previa o presupuesta, de coincidencia del negocio jurídico y sujeto del interés legítimo”(80)(81) , pero esto “no siempre aparecen en coincidencia. Hay múltiples casos de dicotomía entre ambos” (v.g.: actuaciones en representación, o cuando el titular del interés no puede investir la calidad de sujeto del negocio, o cuando el sujeto del negocio se encuentra aparentemente emplazado en la posición jurídica del titular del interés), en dichos supuestos las dificultades prácticas serán mayores.

3.3.2.2. Incapacidades e incompatibilidades

Resulta prudente extendernos sobre la capacidad, ya que es el vicio que mayores aristas conflictivas puede presentar en un acto jurídico plurilateral. Al respecto, “tradicionalmente, el concepto de capacidad se ha entendido en la doble manifestación de capacidad de derecho y de hecho, o capacidad jurídica y capacidad de obrar. En ambos casos se está ante una noción que presupone idoneidad: en un caso, para ser titular de una determinada relación jurídica, y por ende para otorgar el negocio que es fuente de esa relación; en el otro, para ejercer por sí mismo los derechos y asumir los deberes y obligaciones de los que es titular”(82).

Para poder abordar ambas caras de la capacidad desde el derecho societario, una disquisición previa que debemos tener presente es el tipo societario y los aportes a efectuar.

En el primer aspecto, resulta trascendental la diferenciación entre las sociedades intuitu personae (personalistas), donde el socio asume responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, y por consiguiente se le exige plena capacidad para realizar actos de comercio, y las sociedades intuitu rei

(capitalistas), donde el socio sólo se compromete en la medida de su aporte y lógicamente las exigencias sobre capacidad son menores.

Por otro lado, los aportes comprometidos revisten “trascendencia, por que no es lo mismo obligarse a incorporar inmuebles o sumas de dinero importantes, que comprometer exclusivamente su actividad personal como socio industrial en las sociedades de capital e industria (arts. 141, LS), u obligaciones de hacer viables en ciertos tipos sociales (art. 38 LS)”(83).

A su vez, y juntamente con la incapacidad (de derecho), abordaremos la incompatibilidad “ya que la doctrina distingue netamente la incapacidad de la prohibición. La raíz de la diferencia consiste en que mientras la incapacidad se funda en las peculiaridades inherentes al sujeto mismo o en sus circunstancias familiares, las prohibiciones radican en la actividad a que la persona en cuestión se dedica”(84).

Efectuada esta introducción, daremos tratamiento a las incapacidades e incompatibilidades que pueden presentarse:

3.3.2.2.1. Incapaces de hecho

Con relación a la constitución o vinculación a las “sociedades comerciales, en principio, se requiere la plena capacidad de hecho de las personas de existencia visible, por tratarse de actos de disposición de bienes (art. 9 CCom.), jugando las normas generales de los contratos, aunque cabe advertir que no se debe confundir la capacidad legal para realizar actos de comercio con la capacidad legal para ejercer el comercio, pues hay personas que no están facultadas para ejercer el comercio como profesión, y sin embargo pueden realizar actos mercantiles”(85).

Realizada esta primera aclaración veremos a los incapaces de hecho frente a los cuales la ley “reacciona benignamente e impone al acto obrado en contravención la sanción de nulidad relativa, que sólo puede ser articulada por el incapaz”(86).

Los incapaces de hecho(87), en nuestro derecho son:

(i) los incapaces absolutos (art. 54 del Cód. Civil: 1) las personas por nacer, 2) los menores impúberes; 3) los dementes; 4) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

(ii) los incapaces relativos (art. 55): los menores adultos.

En principio, los incapaces absolutos sólo mediante los tutores (de menores) y los curadores (de dementes y sordomudos) pueden, con autorización judicial, CONTINUAR la sociedad en la que los representados hubieran heredado una participación (cfr. arts. 443 inc. 12; 444; 446 y 475 CC). Autorización que no se requiere para los casos de sociedades anónimas o en comandita por acciones - sociedades de capital- (cfr. art. 447 CC). Lo expuesto se aplica, análogamente, para los padres de menores en la misma situación(88).

Para el caso que en lugar de CONTINUAR la sociedad se pretenda CONSTITUIR la misma, las opiniones se encuentran divididas entre aquellos que entienden que el régimen del Código Civil prohíbe este tipo de actos(89), y aquellos que dicen que

al no existir una limitación normativa expresa, el acto sería válido, previa autorización judicial al respecto(90).

Restan por considerar las hipótesis de los menores emancipados(91) y autorizados(92). En cuanto a los “autorizados” la solución es bien clara, aquellos menores mayores de 18 años, ya sea que tengan una autorización expresa (cfr. art. 10 CCom.) o tácita (cfr. art. 12 CCom.) -asociados al comercio de su padre- pueden CONSTITUIR, y obviamente CONTINUAR con cualquier tipo de sociedades.

Para los emancipados su deficiente regulación ha generado desinteligencias interpretativas(93), y se ha discutido si el menor emancipado por matrimonio, sujeto a las limitaciones del 134 Cód. Civil (entre ellas afianzar obligaciones) y 135 Cód. Civil (disponer de los bienes adquiridos a título gratuito), puede ejercer el comercio y, específicamente, constituir sociedades. Las opiniones se dividen nuevamente entre los que entienden que sólo puede constituir sociedades de capital, donde limita su responsabilidad -tesis negativa- y aquellos que, apoyados en el art. 10 del Cód. de Comercio, sostienen que puede constituir cualquier tipo de sociedad -tesis afirmativa-. Similar suerte corren los menores emancipados por habilitación de edad, y los que adquieren capacidad laboral, argumentándose en doctrina desde la capacidad plena hasta limitaciones para sociedades de personas en el primer caso, y a comprometer -aportar- sólo su trabajo en el segundo (socio industrial).

3.3.2.2.2. Incapacidades de derecho

Conjuntamente con las incapacidades de hecho enumeradas, existen una serie de incapacidades de derecho e incompatibilidades que surgen tanto de la ley de sociedades como de otra normas del ordenamiento jurídico.

Estas incapacidades de derecho cobran mayor alcance en cuanto a sus efectos, debido a que frente a una incapacidad de derecho, “la ley reacciona rigurosamente, imponiendo al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta, que es la más intensa aniquilación al alcance del legislador”(94).

Fuera de la ley de sociedades tenemos:

Del Código Civil:

(i) Los representantes legales de los incapaces, respecto de sus representados (art. 279, 450 inc. 3º y 475).

(ii) Los religiosos profesos (art. 1160).

Del Código de Comercio:

(i) Los clérigos, los magistrados civiles y jueces -salvo como accionistas- (art. 22 y 23).

(ii) Los corredores -salvo como accionistas-, aunque se ha reconocido en jurisprudencia, que al igual que los martilleros podría constituir sociedades entre ellos, para el ejercicio de la actividad profesional (art. 105 inc. 1º y 106).

Otras leyes:

(i) Los martilleros -salvo como accionistas-, exceptuando las sociedades entre estos para actos de remate (art. 15 ley 20.266).

(ii) Los escribanos -salvo como accionistas- (art. 7° y 8° ley 14.054). Esa limitación es también la que corresponde a los jueces (art.9 Decreto-Ley 1285/58)(95).

(iii) Los despachantes de aduana para el ejercicio de su profesión (art. 23 ley 17.325).

(iv) El fallido -o miembros del órgano de administración de este- inhabilitado (art. 238).

(v) Las establecidas por la Ley de Entidades Financieras para la constitución de sociedades sujetas a ese régimen (art. 10 ley 21.526).

(vi) Los agentes de bolsa, se encuentran en una situación particular regulada por las leyes que los rigen.

Junto a estas incapacidades de derecho prevista por los códigos de fondo y leyes especiales, existen otras incapacidades de derecho e incompatibilidades que debemos considerar y que se encuentran previstas específicamente en la ley de sociedades.

3.3.2.2.3. Incapacidades de derecho e incompatibilidades especiales

En protección de bienes jurídicos superiores, la ley de sociedades crea una serie de incapacidades de derecho e incompatibilidades para realizar determinados actos jurídicos societarios. Es importante encasillarlos jurídicamente como tales, dado que a partir de su identificación correcta encontraremos las soluciones adecuadas para dar respuesta a los posibles actos viciados que puedan presentarse.

3.3.2.2.3.1. Sociedades personales entre cónyuges

Apoyado en “a) la incompatibilidad de dos regímenes económicos entre esposos, cuando uno de ellos resulta de la constitución de sociedades personalistas, donde los socios responden solidaria e ilimitadamente; b) que la estructura de los órganos de las sociedades con responsabilidad limitada, disminuye la incidencia de factores que pueden alterar las relaciones matrimoniales”(96), se crea la incapacidad de derecho prevista para los cónyuges en el art. 27 de la ley de sociedades que dice:

“Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo”.

Complementándose este artículo con el primer párrafo del art. 29 de la ley 19.550:

Es nula la sociedad que viole el art. 27. Se liquidará de acuerdo con la sección XIII.

Si bien es cierto que los fundamentos por los cuales se dictó esta norma resultan criticables(97), no es menos cierto que la misma existe y debe ser correctamente interpretada. Sus fundamentos poco convincentes, su deficiente redacción, y las dificultades del régimen de las nulidades societarias, han contribuido a que nos encontremos con interpretaciones erróneas que conducen inevitablemente a soluciones injustas.

Una interpretación sistemática de este artículo, no puede sino llevarnos a entender que nos encontramos frente a una incapacidad de derecho de los cónyuges para integrar sociedades de personas(98), incapacidad que viciará el vínculo del/los socio/s incapaces que participen en sociedades de personas, y que hará aplicable el art. 16 ley 19.550 en todas sus alternativas (nulidad vincular o en su caso de la sociedad).

Es decir que, de incorporarse un cónyuge a una sociedad dónde su esposo/a era socio/a, lo que en principio es nulo es “ese” vínculo y no la sociedad. Lo que sucede es que el legislador creó dos formas “especiales” para subsanar la nulidad que se presenta: a) la transformación de la sociedad (en seis meses) a los tipos permitidos, o b) la cesión (en seis meses) de su parte a otro socio (que no puede ser el cónyuge(99)) o un tercero.

Fundado en la conservación de la empresa, el legislador previó ante un caso de nulidad distintas posibilidades para subsanar el vicio que lo afecta. Contemplando el supuesto en que la prestación del cónyuge pueda considerarse esencial (lo cual determina la nulidad de la sociedad -art. 16-), o en las ventajas de la participación de ese cónyuge como socio, se reguló la alternativa de la transformación como remedio. Asimismo, y contemplando situaciones transitorias, se previó la posibilidad de la participación temporaria del socio incapaz por seis meses, para luego ceder su parte.

Ahora bien, con las explicaciones brindadas, ¿cómo entender la violación al artículo 27 a la que alude el artículo 29? Es decir ¿cuando una sociedad viola este artículo? Sólo lo viola en el caso de que: 1º) uno de los cónyuges (incapaz de derecho), adquiera por cualquier título la calidad de socio en sociedades de persona y 2º) la sociedad no obstante ello acepte a ese socio incapaz, y no se transforme en el plazo de 6 meses.

Aclaremos que al referirnos a que la sociedad “accepte” al socio incapaz lo hacemos para resaltar que la sociedad al tomar conocimiento de este nuevo socio, debería (si el socio no cede su parte) demandar o bien la nulidad del acto mediante el cual dicho socio adquiere tal calidad (nulidad vincular), o bien (v.g. en el caso de adquisición por herencia) demandar la exclusión de aquel por su incapacidad.

En cuanto al problema de cual es el socio al que deberá demandarse su exclusión o la nulidad de su vínculo, hay que tener en cuenta cual fue el último en ingresar a la sociedad, dado que sólo este se encontraría incapacitado para hacerlo. Quién primero ingresó lo hizo sin ningún vicio, y su vinculación a la sociedad resulta válida, en cambio quién ingresó a la sociedad de tipo personal, siendo su cónyuge socio de la misma, realizó un acto para el cual estaba incapacitado a tenor del art. 27 de la ley de sociedad.

Mas difícil es resolver la cuestión cuando ambos socios hubieran ingresado en el mismo momento, pero entendemos que en tal caso habrá “que optar por uno de

ellos, atento la incapacidad legal, lo cual se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso, auscultando el interés social”(100).

Llegamos entonces al final, y nos preguntamos ¿si una persona ingresó a un sociedad intuitu personae donde su cónyuge era socio, y la sociedad no obstante ello aceptó el ingreso, no se transformó, y ninguno de los cónyuges cedió su parte en seis meses, debe declararse nula la sociedad?

Según el texto legal si. Pero sucede que el legislador, severo con esta incapacidad de derecho, creó un remedio peor que la enfermedad(101), y “las consecuencias de la declaración de la nulidad de sociedades son de extrema gravedad, pues dicha declaración importa sostener la invalidez del contrato social suscripto por los socios y, en consecuencia, la inoponibilidad de sus cláusulas entre sí y frente a terceros”, lo cual implica una “incongruencia entre la norma del art. 27 del ordenamiento societario, inspirada en la compatibilización del dicho ordenamiento con el régimen de responsabilidad de los cónyuges previsto por la ley 11.357, con la sanción prevista por el art. 29 LS, para el caso de infracción a la solución prevista por aquella norma, es manifiesta y debe ser objeto de una inmediata reforma”(102).

Consecuencia de lo expuesto si un cónyuge ingresa a una sociedad de persona donde su esposo/a es socio, dicha sociedad se castiga con la nulidad (art. 29 ley 19.550) sólo si se dan conjuntamente las siguientes condiciones:

- 1) no se demanda su nulidad vincular;
- 2) no se demanda su exclusión;
- 3) no se transforma en el plazo de seis meses;
- 4) no cede ninguno de los cónyuges su parte en seis meses.

Lo que afecta aun más el régimen patrimonial del matrimonio(103) que las propias sociedades de persona. Toda una contradicción, que seguramente no encontrará en la práctica muchos supuestos de aplicación.

3.3.2.2.3.2. Sociedades por acciones participan en sociedades por acciones

Este es una limitación a la capacidad de derecho de la sociedad como persona jurídica, las que como veremos también pueden ser limitadas en su capacidad para ser socia, tener participaciones en otra sociedad, o realizar determinados actos societarios.

El artículo 30 de la ley 19.550 en su texto expresa:

“Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones”.

Los fundamentos son diversos y entre ellos Halperín enuncia los siguientes: “1) impedir que por esta vía la sociedad emprenda negocios cuyo resultado puede implicar la quiebra de la sociedad (art. 19 y 95, decreto-ley 19.550, de concursos) y sobre los cuales los socios (accionistas) no tienen control alguno; 2) impedir que constituyan antes que escapen al control de la autoridad pública, conforme el art. 299”(105).

Las razones expuestas, si bien han sido cuestionadas(106), no dejan de ser razonables atento los intereses que se intentan proteger. No obstante ello, no nos parece del todo precisa la redacción del artículo, dado que debió haber diferenciado entre socio con responsabilidad limitada y socio con responsabilidad ilimitada, enunciando la norma de la siguiente forma:

“Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de otras sociedades como socio con responsabilidad limitada”.

Juzgamos como más precisa esta redacción, dado que de esta forma no se plantearían dudas acerca de la participación de una SA como socio comanditado en una sociedad en comandita por acciones. Por otra parte, no se encuentra razón alguna para no permitir a una sociedad por acciones participar en una sociedad de responsabilidad limitada (SRL).

La violación de esta norma acarrea la nulidad del acto viciado por incapacidad del sujeto, lo cual hace aplicable el art. 16 en toda su extensión, remitiéndonos a lo allí expuesto.

3.3.2.2.3.3. Constitución y aumento de capital mediante suscripciones recíprocas

Esta es otra de las limitaciones a la capacidad de derecho(107)(108) de las sociedades que establece la ley, “destinada a reglar la delicada cuestión de las participaciones recíprocas, forma típica de agudamiento de capital y en consecuencia de la desvirtuación de su intangibilidad”(109). Con tales propósitos(110) se consagró legislativamente el siguiente texto legal:

“Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad, en caso contrario, disuelta de pleno derecho”.

El legislador crea esta incapacidad de derecho contemplando específicamente los dos momentos que la misma puede presentarse: a) al constituir la sociedad, b) al aumentar el capital. Manteniendo coherencia con el resto de los supuestos de incapacidades de derecho, el legislador vuelve a ordenar una severa sanción al incapaz que realiza el acto vedado y no lo subsana de la forma prevista.

En este caso no sólo castiga a la sociedad infractora (disolución de pleno derecho a los tres meses), sino que también hace responsables, solidaria e ilimitadamente, a quienes directa o indirectamente consintieron ese acto, enumerando la ley a: fundadores, administradores, directores y síndicos(111)(112) .

Lógicamente, en lo que refiere a los fundadores, tiene que estar ceñido al caso de constitución mediante participaciones recíprocas, y no al aumento del capital de esta forma, dado que sería irrazonable sancionar a quienes pueden dejar de ser socios. Y, para el caso de aumento de capital, sólo puede responsabilizarse a los socios que votaron el aumento con conocimiento de la indebida integración(113).

Nos parece que en estos casos, y ante la dureza de la norma(114), resulta lógico permitirles a los accionista/socios, fundadores, administradores, directores y

síndicos, demandar la nulidad vincular (con todas las variantes del art. 16 ya vistas) de aquel socio incapaz que hubiera ingresado a la sociedad, en violación a esta norma(115). Huelga decir que si a los tres meses la sociedad decide reducir el capital la demanda devendría abstracta.

Fuera de esta posibilidad, de demandar la nulidad vincular del socio incapaz, para evitar la disolución de la sociedad “no podemos exponer tesis que mejoren una interpretación de la sanción de disolución de pleno derecho, que como consecuencia de la nulidad (de todo el contrato y no sólo de los vínculos referidos a las sociedades comprometidas) establece la ley”.(116) Sólo podemos agregar que la norma preventivamente aclara, al igual que su fuente italiana(117), que esta sanción se aplica también en el caso de que estas participaciones recíprocas se hubieran realizado por interpósita persona. Como sucede con todas las sociedades disueltas de pleno derecho que siguen actuando sin entrar en liquidación, les serán aplicables las normas que regulan la sociedad irregular.

Sin embargo, y nuevamente motivado en la “conservación de la empresa”, la ley crea distintas formas de subsanación del vicio (tanto para los casos de aumento de capital como constitución de sociedades), y al igual que en el caso de los cónyuges, permite una participación temporaria del socio incapaz a condición de que en un término de tres meses reduzca el capital indebidamente integrado.

Ciertamente que para el caso que el capital indebidamente integrado sea la totalidad del mismo, la consecuencia sería la extinción, a menos que se lo reemplace por integraciones genuina.

3.3.2.2.3.4. El caso de la participación entre controlante y controlada o controladas

Abordaremos a continuación el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 32 de la ley de sociedades, adelantando que el mismo tampoco está libre de críticas(118):

”Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, al de sus reservas, excluida la legal”

Este párrafo, introduce una variante permisiva a la incapacidad de derecho que imposibilita la participaciones recíprocas entre sociedades, y justamente la introduce cuando más se necesita dicha limitación, terminando por burlar el fin de la norma.

Si bien el artículo establece responsabilidades específicas y sanciona con la disolución de la sociedad estos actos, al mismo tiempo “habilita” dicha participación (de la controlada en la controlante, o en sociedad controlada por esta(119)), poniéndole un “tope” (igual al de sus reservas, excluidas la legal, según balance) por demás de flexible (es sabido que las reservas libres pueden alcanzar sumas muy superiores al capital y de significación económica-patrimonial relevante) para que tengan la aptitud de limitar realmente la concreción de estas participaciones recíprocas.

Este variante del segundo párrafo, agrega al riesgo patrimonial que se intenta proteger (que con el “tope” no lo elimina), “el peligro orgánico, mucho más grave que el anterior”(120). Expliquemos como es esto:

“El peligro orgánico referido deriva de que es el órgano de administración (directorío) de la controlante “A” quien domina el órgano de gobierno (asamblea) de la controlada “B” y, por esta vía, la designación y el funcionamiento del órgano de administración (directorío) de la controlada “B”. Si esta última utiliza la totalidad de sus reservas libres (que pueden ser cuantiosas) para adquirir participaciones en la controlante “A”, puede llegar, a su vez, a convertirse en controlante -de derecho o de hecho- de su controlante (en el ejemplo, de “A”). Como el poder de decisión que otorga el control lo ejerce siempre el órgano de administración (directorío), los administradores de “A”, a través del órgano de administración (directorío) de “B”, se yerguen en controlantes del órgano de gobierno (asamblea) de “A”. De este modo resultaría a través de este sistema participaciones circulares también el poder de decisión funciona de manera circular: el órgano de gobierno (asamblea) de “A” queda sometido al dominio de su órgano de administración (directorío), sin que ese poder esté respaldado por un real titularidad accionaria. El poder queda totalmente separado de la propiedad, desdibujándose la organicidad societaria y generando un indudable peligro para los derechos de los socios o accionistas”(121).

Expuesto el peligro de una aplicación literal de la norma, entendemos que debe buscarse una salida razonable y coherente dentro de la misma normativa societaria. Con este objeto, y si bien nuestro legislador, a diferencia del italiano(122), no previó la suspensión de los derechos de dichas acciones (solución similar a la del art. 220 LS), esta solución es la que debemos aplicar.

3.3.2.2.3.5. Participaciones societarias excesivas

Continuando con las limitaciones a la capacidad de las sociedades, nos encontramos con la contemplada en el art. 31, primer párrafo, de la ley 19.550 que “establece una pauta de incapacidad para tomar o mantener participación en otras sociedades fundada precisamente, en el objeto”(123):

“Ninguna sociedad, excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales...”.

Más allá de los motivos(124) que llevaron al legislador a introducir esta limitación, la norma establece una serie de excepciones a dicha incapacidad, como ser:

(i) Para las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión (cfr. art 31, párrafo 1° LS).

(ii) Cuando el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas (cfr. art. 31, párrafo 1°, LS), atento que la misma representa la toma de beneficios actuales o que estaban diferidos con anterioridad(125).

(iii) Para las sociedades reguladas por la ley de entidades financieras, en razón del objeto de las sociedades por esta ley regulada, y aún cuando su objeto no sea exclusivamente financiero.

d) Para los casos que concretamente autorice el Poder Ejecutivo Nacional(126).

e) Para las sociedades extranjeras que participen en sociedades argentinas, atento a que dicha participación, resultaría ajena a todo interés de la Nación o de sus habitantes, siendo que los posibles efectos disvaliosos se producirían sobre los socios de aquella.

La violación a esta norma implicará la nulidad del acto por el cual se adquiere la participación en exceso, por incapacidad del sujeto, aplicándose el art. 16 de la LS. A semejanza de lo dispuesto para la incapacidades de derecho que tratáramos en los puntos anteriores, el legislador vuelve a crear una nueva forma de subsanar(127) este vicio, disponiendo que las participaciones que excedan de lo establecido deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general que refleje esta participación(128). Agregando el artículo que dicha constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez días, y estableciendo la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones, hasta que se cumpla con la enajenación del excedente.

Vale señalar que en la práctica no será sencilla la aplicación de la sanción preventiva que establece la última parte del artículo 31 de la ley 19.550, ya que al no establecerse ninguna consecuencia para el caso de que la sociedad participante incumpla con la comunicación a la sociedad participada, lo más probable es que esta sociedad nunca notifique esta situación y, consecuentemente, jamás se le vede el derecho de voto y a las utilidades correspondientes al exceso.

No obstante, hay que recordar que nos encontramos frente a una incapacidad de derecho que genera un vicio en el acto jurídico que da origen a esa participación en exceso, y que determina una nulidad absoluta(129) (por tratarse de una incapacidad de derecho), la cual puede ser invocada por cualquier persona que tuviera un interés legítimo y declarada aún de oficio.

Por lo tanto, transcurrido seis meses desde la determinación del exceso sin que sean enajenadas dichas participaciones, podrá demandarse la nulidad del acto y aplicarse preventivamente la sanción prevista por la última parte del mencionado artículo 31. Declarada judicialmente la nulidad sin que se haya enajenado dicha participación, ni subsanado el vicio de ninguna otra forma, la sociedad participada podría llegar incluso a tener que reducir su capital por el monto del exceso, si dicha participación fuera consecuencia de la suscripción de capital y no por adquisición secundaria(130).

3.3.2.2.3.6. Adquisición de sus acciones por la sociedad y recepción de las propias acciones en garantía

(i) Adquisición de sus acciones por la sociedad:

La “adquisición de sus propias acciones por la sociedad” responde al fenómeno denominado rescate de acciones (así lo llama el art. 235 LS), y debe ser diferenciado de la amortización y reembolso de aquellas(131).

El rescate de acciones es “el acto por el que la sociedad procede a retirar de circulación sus acciones mediante el reintegro al accionista del valor presente de ellas” . Nuestra ley de sociedades, al igual que la gran mayoría de las leyes en el derecho comparado, prohíbe la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, y solamente autoriza dicho acto en supuestos excepcionales que prevé la ley (art. 220 LS), y cumpliendo determinados requisitos.

Coincidimos con Halperín en el sentido de que se “trata de una verdadera incapacidad -de derecho agregamos nosotros- de la sociedad, creada por la ley en protección de la misma sociedad y de los terceros acreedores”, como así también en cuanto a que “su violación produce la nulidad absoluta del acto”(133)(134) .

No compartimos con el mencionado autor que la buena fe del vendedor, supuesto extraño pero posible, v.g.: venta a un comisionista de la sociedad, pueda purgar el vicio(135), lo que si creemos es que dicho tercero (el comisionista del ejemplo), demostrando su buena fe (que no sabía, ni debía saber la circunstancia de que le estaba vendiendo las acciones a la sociedad emisora de la misma) lo legitima a demandar la nulidad del acto, quedando excluido del supuesto del art. 1047 CC(136).

Por otra parte esta nulidad, también puede ser subsanada, ya sea mediante la venta a un tercero de buena fe sobre la par (con lo cual el capital no se afectaría), o bien adecuándolo a los supuestos de excepción previstos por la norma, todo ello, sin perjuicio de la acción reparatoria que pudiere dar lugar por los daños ocasionados.

En el caso que no se hubiera subsanado el acto viciado, y ante la nulidad del mismo, el vendedor deberá restituir el precio a cambio de sus acciones, con lo cual -en principio- no sufrirá ningún perjuicio. De existir perjuicio, el mismo podrá ser reclamado a los responsables de la realización de aquel acto viciado.

La ley prevé los siguientes supuestos de excepción:

“Art. 220: La sociedad puede adquirir acciones que emitió, sólo en las siguientes condiciones:

- 1) Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital.
- 2) Excepcionalmente, con ganancias realizadas o reservas libres cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo cual será justificado en la próxima asamblea ordinaria.
- 3) Por integrar el haber de un establecimiento que adquiere de una sociedad que incorpore”.

De los tres supuestos de excepción dos se configuran sobre bases objetivas; estos son el primero y el tercero, el segundo se plantea sobre bases subjetivas(137). La laxitud del enunciado de esta “excepcional excepción” trae más de un problema.

El inc. 2º establece:

- “Excepcionalmente”: el legislador sin seguridad(138) de las bondades de solución normativa, vuelve a remarcar la excepcionalidad del supuesto(139);

- “Con ganancias realizadas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas”: en protección de la integridad patrimonial y, consecuentemente, de los terceros;

- “Para evitar un daño grave, lo cual será justificado en la próxima asamblea ordinaria”: Éste es el objeto de las críticas.

Lo ambiguo de esta situación es que una incapacidad de derecho de la sociedad, cede en forma excepcional frente a un juicio de valor que hace su propio directorio. Al respecto, es útil cuestionarse, si es posible establecer alguna pauta que indique cuando estamos frente a un daño grave, pero consultando los casos jurisprudenciales(140) existientes concluiremos que se ha sido generoso con tal calificativo.

No ayuda a superar esta ambigüedad el hecho que el directorio deba justificar este acto en la próxima asamblea ordinaria, debido a que la asamblea ante la cual se brinda explicaciones no viene a autorizar un acto ya realizado por la sociedad(141), sino que sólo va a merituar el acto ya consumado con el único fin de evaluar la conducta del directorio, y no la validez de la operación.

Sin embargo, “vemos algunos casos que se podrían legislar, en los cuales las sociedades podrían comprar sus propias acciones con determinadas limitaciones, o hasta un límite, o por un tiempo, o determinadas sociedades, sin apelar a condiciones de prácticamente imposible existencia”(142), y de bases subjetivas maleables que permiten con facilidad su burla reiterada.

Finalmente haremos una breve reflexión sobre el art. 221, que refiere a la venta de las acciones adquiridas en consonancia con los inc. 2 y 3 del art. 220, y a la suspensión de los derechos.

“Art.221: El directorio enajenará las acciones adquiridas en los supuestos 2 y 3 del artículo anterior dentro del término de un año; salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho de preferencia previsto por el art. 194”.

“Art. 194: Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría”.

Se fija como término prudencial el término de un año para que la sociedad se desprenda de dichas acciones, aunque para el caso de que la asamblea lo considere oportuno, podrá prorrogarse dicho plazo siempre dentro de un marco de razonabilidad.

También resulta oportuna la referencia a la suspensión de los derecho de dichas acciones, sin embargo no resulta claro que sucederá con sus dividendos. Por nuestra parte nos parece que tales dividendos deben integrar una reserva especial, a la cual se le imputarán todos los beneficios patrimoniales que generen tales acciones, pero que en definitiva vendrán a engrosar el patrimonio neto de la sociedad.

(ii) Recepción de las propias acciones en garantía:

Además de estos supuestos de adquisición de sus acciones por la sociedad, anunciamos en este punto la prohibición a la sociedad para recibir sus acciones en garantía, tratado en el art. 220 de la ley 19.550.

Esta “disposición legal se correlaciona estrechamente con lo dispuesto por los arts. 220 y 221, y tiende a evitar que la sociedad se convierta en socia de si misma, lo cual le permite especular sobre sus títulos, en perjuicio de la sociedad, sus accionistas, y de los terceros acreedores de la misma”(143).

Esta es otra incapacidad de derecho que limita a la sociedad para recibir sus propias acciones en garantía y que, en definitiva, resguarda los mismos fines que el art. 220 antes analizado. La garantía otorgada en violación a esta norma será nula de nulidad absoluta.

3.4. La causa del Acto Jurídico Plurilateral [arriba]

La señalada complejidad para la conceptualización de este presupuesto ha colaborado para que se realicen construcciones doctrinarias erróneas. Para comenzar con este supuesto (de escasa presencia jurisprudencial), repetiremos algunos conceptos ya brindados al comienzo de este trabajo.

Comenzaremos desde una posición causalista definiendo a la misma como “todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo”(144).

Ese fin, esa determinante de las partes al realizar un acto jurídico (como lo es el contrato plurilateral de organización que da origen a la sociedad), debe ser lícito de lo contrario nos encontraremos con un acto con causa viciada, lo cual acarreará la nulidad de aquel por un vicio en su presupuesto.

Comprendemos que al ser la base de este vicio un elemento subjetivo y psicológico (la determinante de la voluntad de las partes), su identificación práctica resulta por demás compleja. Por otra parte, y al ser todos los vicios subsanables, una causa ilícita tenida en cuenta por las partes al contratar, pudo haber variado y adquirido legalidad.

A su vez, en la generalidad de los casos, resultará difícil establecer si nos encontramos con un vicio originario en la causa del contrato de sociedad, o si es un vicio sobreviniente que determina la ineficacia de la misma. Como dijéramos al establecer las pautas y principios orientadores de las nulidades societarias en caso de duda, prevalece la ineficacia sobre la invalidez.

Como siempre la ley tiende a recortar los efectos del vicio, y en estos casos donde no sabemos si es un vicio en la causa o una ineficacia propiamente dicha (art. 54 LS), debemos optar por la segunda posibilidad que mantiene viva a la sociedad y evita mayores daños para terceros.

Un ejemplo podría ser la sociedad que a pesar de tener un objeto social inmobiliario fue realizada por los socios a los fines de estafar a terceros. Esta sociedad, a pesar de tener un objeto lícito y aunque su actividad no haya sido aún

ilícita, podrá ser declarada nula si se puede determinar que fue constituida con tales fines. Cosa nada sencilla pero posible.

Se comprenderá ahora, una vez enmarcada la causa en sus justos límites, porque nos resultará difícil encontrar una sociedad nula por tener una causa ilícita, y mucho más sencillo encontrar un acto societario ineficaz, inoponible por constituir “un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros” (cfr. art. 54 LS).

Capítulo IV [arriba]

IV. De las Nulidades Contractuales (2da. Parte) [arriba]

4.1. Vicios en la estructura del Acto Jurídico Plurilateral [arriba]

En este capítulo estudiaremos aquellas nulidades que afectan a la estructura del contrato plurilateral de organización, esto es: al contenido y la forma que, como lo indicáramos, configuran el aspecto exterior del contrato.

4.1.1. Contenido del acto jurídico plurilateral

Hicimos referencia a que el contenido no era sino el precepto de la autonomía privada compuesto por declaraciones y comportamiento trascendentes para el derecho(145), en relación con otros sujetos. El contenido del acto jurídico es un acto humano dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, fruto de la iniciativa conciente, o sea, de la libertad, antes del acto, y producto de la autoresponsabilidad, o sea, de la necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el mismo, sin otro límite y correctivo que el de la buena fe(146).

Estos dos momentos, antes y después de realizado el acto, han sido protegidos por el derecho: (i) resguardando la libertad del sujeto al manifestar su voluntad jurídica, sancionando con nulidad al acto que se hubiera realizado con algún vicio de la voluntad (error, dolo y violencia o intimidación, y la lesión) y (ii) estableciendo ciertas pautas que permitan la correcta manifestación e interpretación de la voluntad jurídica expresada por las partes.

Con relación a esto último remarcamos que el derecho pone límites a la autonomía de la voluntad, y solo dentro de ese límite la voluntad de las partes tendrá la fuerza vinculante manifestada. Este “reconocimiento por el orden jurídico representa en su esencia un fenómeno de recepción”(147). Nuestra ley de 19.550 brinda, para recepcionar un contrato de sociedad, una estructura básica neutra de contenido, pero limitante de aquel, conjuntamente con unos requisitos (esenciales no tipificantes), sobre los cual se van a volcar las declaraciones y comportamientos de las partes; sancionando a la sociedad que no los cumple con la invalidez de la misma (sociedades atípicas u omisión de requisitos esenciales no tipificantes), o con la nulidad de las cláusulas prohibidas (nulidad de las cláusulas leoninas).

Como vemos, si bien es la forma en su función comunicativa que hace reconocible el acto por los demás, es el contenido del acto el que le otorga su identidad, diferenciándolo de otros actos en virtud de la presencia en su contenido de requisitos esenciales y caracterizantes de tales actos.

“El contenido del acto o sus requisitos esenciales están destinados a su tipificación como un acto o contrato determinado y a la adecuación, por lo tanto, de este acto jurídico al sistema normativo legal, ya que privado de esos elementos el acto carece de validez, como ocurre en la sociedad en que no median aportes, empresa común o alguno de los elementos del contrato...”(148).

A continuación describiremos sintéticamente, cuales son los requisitos esenciales que deben estar presentes en el contenido del contrato de sociedad para ser considerado como tal; para luego señalar cual es la estructura típica a que debe adecuarse la autonomía de la voluntad para constituir una sociedad.

4.1.1.1. Límites al contenido del acto jurídico plurilateral: los elementos del contrato de sociedad en particular

La doctrina en general divide los elementos del contrato de sociedad en generales (objeto, sujeto, causa, forma y contenido), y particulares. Aunque con algunos matices, se coincide en los componentes de ambos y, dentro de los denominados elementos particulares, es común referirse a todos los del art. 11 de la ley 19.550, y en forma más analítica a los siguientes:

(i) El fondo común:

Tal como lo sostuviéramos el objeto del contrato de sociedad es el aporte de los socios, de allí que el fondo común lo integrarán las obligaciones de dar que efectúen aquellos al constituir la sociedad. Lógicamente una vez constituida la sociedad, el fondo común estará conformado por el patrimonio social.

Sobre la validez de los aportes nos remitimos al capítulo anterior.

(ii) La participación en los beneficios y en las pérdidas:

Este elemento hace a la naturaleza asociativa del contrato. Por esta razón mediante normas imperativas (inderogables e imprescriptibles) contenidas en el art. 13, el legislador pone límite a la autonomía de las partes declarando nulas aquellas estipulaciones que vulneren la participación en los beneficios y las pérdidas, ya sea (i) que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas; (ii) que el socio o socios capitalistas se les retribuyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; (iii) que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; (iv) que la totalidad de las ganancias y aún de las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes; (v) que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

El efecto restringido, nulidad parcial del contrato (de la cláusula y no del

contrato), responde al principio general en la materia tendiente a la conservación del acto jurídico (volveremos sobre el particular).

(iii) El objeto social:

“El objeto de la sociedad consiste en el conjunto de operaciones o actividad que ésta se propone realizar para que los socios logren el fin que se han propuesto obtener en común”(149).

El art. 18 de la ley 19.550 establece que cuando la sociedad tenga un objeto ilícito la misma será nula de nulidad absoluta. Más allá de la trascendencia funcional que tiene este elemento, resulta sumamente dificultoso encontrar una sociedad de objeto ilícito ya que al momento de registrarse el contrato social lo primero que se fiscalizará será la legalidad de su objeto.

Por tal razón la norma citada solo encontrará aplicación en el caso de las sociedades irregulares o de hecho, o bien cuando el objeto, originariamente lícito, deviene en ilícito por una modificación legislativa. Sin embargo, en este último caso, pareciera que la solución más justa se encontraría en el art. 94 inc. 4 de la ley 19.550, y que la sociedad entraría en disolución por imposibilidad sobreviniente de cumplir con su objeto social.

(iv) El affectio societatis:

Halperín lo ha definido como “la voluntad de colaboración, activa, jurídicamente igualitaria e interesada”(150). Este animus tan común y tan presente en las sociedades del siglo pasado y del principio del presente ha ido cediendo espacio ante la preeminencia del sistema capitalista y la concentración económica.

Sin embargo se sostiene como elemento de las sociedades de persona, y su ausencia es fuente de la resolución parcial del contrato (exclusión de socio art. 91 y sig. Ley 19.550l) y hasta de la disolución de la sociedad (art. 89 ley 19.550).

4.1.1.2. La nulidad parcial

Siguiendo con los principios que rigen las nulidades societarias la ley procura limitar los efectos de ésta y, al igual que en el caso de la nulidad vincular, circunscribirlos exclusivamente a aquella parte del acto que se encuentra viciada.

Renglones arriba, al considerar los elementos del contrato de sociedad, y en particular “la participación en los beneficios y las pérdidas”, señalamos que cuando el contenido del acto excede el ámbito librado a la autonomía de la voluntad, la ley ordena corregir este exceso, adaptando a la licitud el contenido del acto mediante la eliminación de la cláusula lesiva que lo afecta y manteniendo la validez del resto del contrato.

Claramente enuncia Alegría el principio general expresando que: “la ilicitud del contenido (cláusulas) del contrato puede provocar su invalidez total o solamente la de la cláusula o pacto afectados”. Según el mencionado autor, “el art. 13 de nuestra LS recoge la teoría moderna sobre la invalidez de la cláusula compatible con la validez del resto del contrato, ello sin perjuicio de que, en algunos casos, restará el contrato como sociedad, mientras que en otros la cláusula producirá un recalificación tipológica por conversión. La invalidez de otras cláusulas, a su turno,

afectará al contrato (el objeto ilícito produce, según el art. 18, LS, la nulidad absoluta de la sociedad)”(151).

El caso es que, a pesar de encontrarse viciado el contenido del contrato, el mismo no se nulifica, sino que se lo mantiene vivo “extirpándole” la cláusula viciada pero conservando el resto del acto jurídico.

4.1.1.3. Otros límites al contenido del acto. La atipicidad y la omisión de requisitos esenciales no tipificantes

Con fines similares, y condicionando nuevamente el contenido del contrato de sociedad, la ley condena como nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. De esta forma el legislador condiciona el contenido del acto, exigiendo la presencia de una estructura determinada, la cual obviamente se complementa con lo aportado por las partes al manifestar su voluntad negocial, mediante declaraciones y comportamientos.

Esta tipología legal representa un esquema organizativo provisto por el legislador para todas las sociedades, al cual deben someterse los pretendidos socios necesariamente(152). En otros términos, se trata de una estructura mínima legal para el contrato societario que debe ser obligatoriamente respetada, haciendo el armado de la sociedad sobre la base de dos tipos de normas: tipificantes (imperativas: inderogables e indisponibles); y normas tendientes a cubrir comportamientos lagunosos.

La ley es estricta al respecto dado que los tipos permitidos se encuentran perfectamente regulados y configuran un *numerus clausus*, taxativo, que condiciona la autonomía de la voluntad. Esta estrictez se ve sancionada por el legislador, con la nulidad de la sociedad que se aparte de los tipos establecidos. A pesar de ello, es indudable que resulta sumamente dificultoso encontrar un caso de sociedad atípica, dado que al momento de constituirse la misma esta puede:

(i) hacerlo en forma regular, lo cual implica que se ha inscripto en el Registro Público de Comercio y por lo tanto se ha controlado su tipicidad (sólo si este control falla, nos encontraríamos ante un supuesto de atipicidad);

(ii) hacerlo en forma irregular, asumiendo uno de los tipos autorizados pero no inscribiéndose en el Registro Público de Comercio;

(iii) hacerlo como sociedad de hecho, esto es con objeto comercial, pero sin instrumentación del contrato constitutivo.

Nos encontraríamos con sociedad atípica sólo en los casos donde una sociedad con objeto comercial instrumenta el contrato sin asumir ninguno de los tipos autorizados por la ley. Un supuesto por demás de excepcional, no obstante ello creemos que exegéticamente es la única interpretación posible.

No compartimos con Nissen que este caso pueda referirse a la “atipicidad de hecho” como aquellas sociedades que, si bien regularmente constituidas, y ajustada a un tipo social previsto por la ley, los requisitos esenciales tipificantes de las mismas son ignorados durante la vigencia del contrato social.

Este sería un supuesto posible de ineficacia, por un vicio sobreviniente, pero nunca de invalidez como prevé la norma. En apoyo de esta posición recordamos que el legislador hace hincapié justamente en que nos encontramos con un vicio originario (determinante de la invalidez), cuando se refiere a que "...es nula la constitución de sociedades...".

En conclusión, y si bien los supuestos fácticos previstos por la norma son de escasa concreción, entendemos que el legislador ha creado esta norma a los fines de reforzar al máximo la tipicidad y condicionar el contenido del contrato plurilateral. Esta norma residual actuará ya sea cuando falla el control de legalidad del Registro, o cuando aún se encuentre en trámite de inscripción.

4.1.1.4. Más límites al contenido del acto jurídico plurilateral: La omisión de requisitos esenciales no tipificantes

Cuidando nuevamente el contenido del contrato de sociedad, la ley impone la anulabilidad de aquel en donde se omitiera cualquiera de estos requisitos no tipificantes. Este supuesto también resulta de excepción ya que nuevamente sólo se presentará en aquellos casos donde falle el control de legalidad que realiza el Registro Público de Comercio.

Igualmente la ley, ante la trascendencia que tiene la actuación de la sociedad frente a terceros contempla el supuesto descrito. Asimismo autoriza la subsanación de tal vicio por la sociedad, fijando como límite temporal la impugnación judicial del mismo. Por nuestra parte, estimamos adecuado prolongar la posibilidad de subsanación, hasta el momento mismo en que quede firme la sentencia en dicha impugnación, para de esta forma -y en consonancia con el principio de conservación del acto jurídico- permitirle a la sociedad mantener su validez "hasta el final".

4.1.2. La forma del acto jurídico plurilateral

Hemos desarrollado, en extenso, el concepto de forma, sus funciones, y su íntima relación con el contenido(153). Ambos elementos, componentes de la estructura del acto jurídico, hacen al aspecto exterior del aquel.

Pero mientras el contenido refiere a las declaraciones y comportamientos de las partes que definen el precepto de autonomía privada, la forma es lo que lo hace trascender del ámbito interno al externo. En "la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. Precisamente por esto, la voluntad, mientras queda en fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica"(154).

4.1.2.1. El contrato de sociedad: un acto jurídico plurilateral no solemne. La sociedad de hecho

Reiteraremos a continuación la clasificación que consideramos adecuada con respecto al acto jurídico y la forma exigida. Dijimos en aquella oportunidad que "corresponderá distinguir entre actos formales de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y no solemnes"(155). De este modo, tendremos que para los actos de solemnidad absoluta la misma resulta constitutiva del acto y su incumplimiento acarrea la nulidad de este.

Para los actos de solemnidad relativa la forma legal es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos, y su inobservancia lleva a que dicho acto produzca un efecto distinto (por ej., el caso del art. 1185, si se han celebrado por escrito).

Por último tenemos los actos no solemnes para los cuales la exigencia de forma es al solo efecto de la prueba -lo que llamaríamos en la vieja clasificación ad probationem- (el caso del art. 1193 CC).

Dentro de esta clasificación podemos ubicar al contrato de sociedad como contrato no solemne. Si cotejamos el art. 4 de la ley de sociedades, con el art. 21 y 25, concluiremos sin lugar a dudas, que el contrato de sociedad, exige la forma escrita al sólo efecto probatorio.

El art. 4 dice que: “el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado.” El art. 21 contempla las sociedades de hecho que “son aquellas que simplemente existen como tal, pero carecen absolutamente de instrumentación”(156) y el art. 25 establece que “la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

De lo expuesto surge que una sociedad regular o irregular(157) deberá instrumentarse por instrumento público o privado, asumiendo uno de los tipos previstos por la ley. Pero, si por el contrario tal sociedad no cumple con dicha instrumentación, puede celebrar su contrato constitutivo igual, en forma verbal o tácita, de hecho, y comenzar actuar como sujeto de derecho, con personería jurídica propia, aún -reiteramos- sin dicha instrumentación. En este último caso, su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba (art. 25 LS).

Podemos concluir entonces que la forma en el contrato de sociedad es NO SOLEMNE y, por consiguiente, no podrá existir vicio formal que invalide aquel acto jurídico. Sociedad habrá siempre -con un régimen especial- aunque se incumpla con la forma estipulada por el art. 5 LS.

Tenemos que marcar aquí una incoherencia del legislador que por un lado sanciona con nulidad a aquella sociedad que no asume uno de los tipos previsto por la ley (vicio en su contenido), y por el otro acepta (si bien con un trato disvalioso) a otra sociedad que no sólo no asume uno de los tipos previstos por la ley sino que además ni siquiera instrumenta el contrato que le da origen.

Sin bien lo señalado puede encontrar justificación en que el derecho ha reconocido virtualidad a estas sociedades, por imperio de la necesidad que se deriva de la realidad misma, igualmente no se concibe que se le dé un tratamiento distinto que a aquellas sociedades, que si bien han sido instrumentadas, lo han hecho sin asumir un tipo determinado(158).

Recordamos que para estas últimas la sanción será la nulidad (art. 17 LS, sociedades atípicas), mientras que para aquellas que no se instrumentaron (y aunque “de hecho” funcionen como atípicas), se aplicará el régimen especial de los art. 21 a 26.

4.1.2.2. La constitución de S.A.: un caso especial

La ley 19.550 establece una forma específica para la constitución de Sociedades Anónimas, al disponer que las mismas deben ser constituidas por instrumento público y por acto único o por suscripción pública.

Esta modificación introducida por quién era en aquel entonces ministro de Justicia de la Nación, Ismael Bruno Quijano, modificó el art. 165 LS del proyecto de ley, trajo como corolario el lógico debate de cuál era el real significado de instrumento público, si todos los instrumentos legislados por el art. 979 CC o si refiere exclusivamente a la escritura pública la cuál es tan solo una especie.

La respuesta podría encontrarse en la exposición de motivos de la ley que al referirse al art. 4º de la LS aclara que “el acto constitutivo por escritura pública deja de ser un exigencia legal...”, aunque la posición contraria encuentra otros argumentos que fueran expuestos en diferentes trabajos por Zavala Rodríguez.

En la práctica, y siendo que los Registros de Comercio y las Inspecciones de Justicia no han sido delegadas a la Nación y se encuentran bajo la órbita de las provincias, en muchos lugares del país no se exige escritura pública, y la seguridad de los terceros no se ha visto afectada por ello.

Por el contrario, la jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires(159) y la Inspección General de Justicia(160), ha exigido, salvo excepciones(161), dicha formalidad “agravada” convirtiendo al contrato constitutivo de sociedades anónimas, en un acto formal, de SOLEMNIDAD ABSOLUTA, por lo que la ausencia de escritura pública traería aparejada la nulidad de la misma, por un vicio en la forma.

Capítulo V [arriba]

V. De las Nulidades de las Decisiones Orgánicas [arriba]

Mientras que en el ámbito contractual cobra preponderancia la presencia de los actos plurilaterales, en la actuación orgánica sobresalen los actos jurídicos colegiados. Por resultar paradigmáticos tomaremos como referencia la estructura de la sociedad anónima con su directorio, asamblea, comisión fiscalizadora y consejo de vigilancia.

El acto colegiado por excelencia es el acto asambleario, debido a que la conformación del colegio está garantizada por la presencia de al menos dos socios (art. 1º ley 19.550). No sucede lo mismo con la administración y fiscalización -si fuere plural- debido a que estas pueden ser unipersonales e incluso optativos (sindicatura y consejo de vigilancia).

Igualmente abordaremos los actos jurídicos colegiados, los vicios que lo pueden afectar, los legitimados para demandar su nulidad (impugnación), las acciones previstas por la ley y sus características.

5.1. El Acto Jurídico de la Asamblea [arriba]

El acto asambleario es un acto jurídico colegial que, como tal, presenta una serie de características que contrastan con las de un acto jurídico bilateral. Al tratarse de un acto jurídico unilateral subjetivamente complejo, tendremos que identificar los sujetos capaces y legitimados (cargas) que podrán participar en la formación del mismo.

Igualmente, por su características de ser orgánico, la actuación del colegio encontrará limitada su legitimación para obrar en la competencia del órgano y en el cumplimiento de las normas que lo regulan (quórum, mayorías y demás fijadas por el estatuto y/o el reglamento).

Por ser el acto asambleario el ámbito en el cual los accionistas resuelven la vida interna de la sociedad, en gran parte de los casos estos actos producirán sus efectos directos exclusivamente dentro de la sociedad, con lo cual se disminuirá la presencia de nulidades absolutas, se recortan los legitimados para su impugnación, se abrevian los plazos de prescripción, y a su vez se exigirá la sujeción a determinadas formas.

Por otra parte este acto es la actuación de una persona jurídica distinta de los miembros de ese colegio-órgano, la cual tiene un interés social que actúa como condicionante de la voluntad de aquellos. En consecuencia, cuando la causa de dicho acto, sea contraria a tal interés la nulidad será la sanción.

Finalmente si el contenido de la misma se basa en voluntades viciadas (vicios de la voluntad: error, dolo, violencia, intimidación o fraude), o que se aparten del ámbito dispuesto para la autonomía de la voluntad (violación a normas imperativas), o bien su objeto resultare imposible, indeterminable o ilegal, aquel acto será pasible de ser declarado nulo.

En definitiva, el acto jurídico asambleario, como cualquier otro acto jurídico, tiene sus presupuestos (objeto, sujeto y causa), y su estructura (forma y contenido), los cuales no deben estar viciados para la validez del acto.

5.1.1. Vicios en el prepuesto y estructura del acto jurídico colegiado de la asamblea

5.1.1.1. Objeto del acto jurídico colegiado de la asamblea

El objeto del acto asambleario, como todo objeto de un acto jurídico, deberá ser idóneo. Idoneidad que supone “su posibilidad, su determinabilidad y su licitud(162)”. De allí que la decisión asamblearia deberá ser analizada desde este triple aspecto.

La amplitud de los términos señalados no permiten sino hacer una referencia genérica a los mismos. Otaegui(163) a manera de ejemplo señala a la distribución de dividendos ficticios, o la aprobación de un balance irregular, como supuestos de actos asamblearios viciados de nulidad por un vicio en su objeto. En estos casos la inidoneidad del mismos por ilicitud luce evidente.

Por nuestra parte, agregamos como casos de inidoneidad por imposibilidad o indeterminación del objeto: una decisión asamblearia, que aprueba la compra de un parque nacional (nula por imposibilidad del objeto) o la decisión que aprueba la

remoción sin causa de un director y no lo identifica (nula por indeterminación del objeto).

5.1.1.2. Sujeto del acto jurídico colegiado de la asamblea

Como todo sujeto de un acto jurídico, debe exigírsele capacidad, poder o legitimación para actuar. No resulta nada sencillo el análisis de este presupuesto en el acto colegial, dado que el mismo es por un lado un acto jurídico unilateral (de la sociedad) y por el otro un acto jurídico subjetivamente complejo (otorgado por los socios).

De tal modo que se deberá realizar un doble control del sujeto, atendiendo a la asamblea por un lado y a sus miembros por el otro, con lo cual estaremos obligados de considerar la capacidad de derecho y legitimación del órgano (competencia, quórum, mayorías, y demás reglas establecidas por el estatuto y el reglamento), y la capacidad y legitimación de los miembros del mismo (capacidad de hecho y de derecho, poderes, etc.).

5.1.1.2.1. Capacidad

En cuanto a la capacidad genérica de los miembros del órgano (accionistas de la sociedad), nos remitimos a lo dicho al referirnos a la capacidad para constituir sociedades, dado que en principio quién puede constituir las puede participar del acto asambleario.

A pesar de lo señalado, los accionistas pueden encontrarse en situaciones particulares que limiten el ejercicio del derecho a participar del acto, siendo un caso emblemático el accionista con interés contrario. Junto a esta situación existen otras situaciones singulares⁽¹⁶⁴⁾ que inciden sobre la capacidad de derecho para participar y en otros casos sobre la legitimación a tales efectos.

En forma meramente enunciativa estos casos son:

- * Accionista con interés contrario al de la sociedad⁽¹⁶⁵⁾.
- * Directores, síndicos, integrantes del consejo de vigilancia y gerentes generales;
- * Promotores y aportantes de bienes no adinerados;
- * Acciones en mora;
- * Acciones integradas sólo en parte;
- * Acciones con caducidad de derechos;
- * Accionistas con preferencia patrimonial, con carencia de voto⁽¹⁶⁶⁾;
- * Acciones condicionadas en cuanto a su transferencia;
- * Acciones bajo pase bursátil;

- * Acciones dadas en usufructo;
- * Acciones prendadas o embargadas;
- * Acciones de la sociedad en su poder;
- * Acciones destruidas o inutilizadas;
- * Acciones sustraídas;

5.1.1.2.2. Legitimación de los otorgantes del acto

Si bien los directores, los síndicos y los miembros del consejo de vigilancia están legitimados para asistir a la asamblea, sólo lo podrán hacer con voz pero sin voto. Los partícipes por excelencia en el acto asambleario son los accionistas, a quienes la ley impone una carga previa para que estos (sujetos del acto) puedan ejercitar su derecho de asistir, deliberar y votar:

“Art. 238: Depósito de acciones(167): Para asistir a las asambleas, los accionistas deben depositar en la sociedad sus acciones o un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales, librado al efecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, con no menos de tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad les entregará los comprobantes necesarios de recibo, que servirán para la admisión a la asamblea.

Comunicación de Asistencia: Los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedan exceptuados de la obligación de depositar las acciones o prestar certificados o constancias, pero deben cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia dentro del mismo término.

Libro de Asistencia: Los accionistas o sus representantes que concurran a la asamblea, firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda”.

El incumplimiento de la carga descrita hace perder al sujeto capaz la legitimidad para participar en el acto asambleario. A consecuencia de ello la vieja legislación disponía que si el accionista propietario de acciones al portador (hoy derogadas) no depositaba las mismas en la sociedad o no acompañaba un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales (librado al efecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada), para ser registrado en el libro de asistencia a las asambleas, no adquiría su legitimación para actuar, y no podía participar de tal acto. Por su parte, y conforme legislación vigente, si el accionista propietario de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la sociedad no comunica su asistencia, pierde su legitimación para participar en el acto asambleario.

El viejo depósito de acciones (para las derogadas acciones al portador) o la comunicación de asistencia (para las nominativas o escriturales) debe realizarse con 3 días hábiles de anticipación a la fecha fijada para la celebración del acto. El propósito no es otro que verificar con cierta antelación la legitimación de los futuros asistentes como así también si el propio órgano tendrá virtualidad

suficiente para constituirse con quórum válido o si por el contrario será necesaria una segunda convocatoria.

Complementa esta carga la obligación del accionista o su representante de firmar el libro de asistencia al concurrir a el asamblea, siendo este el último paso en el proceso de control de los legitimados, apoderados, quórum y mayorías. En cuanto a los apoderados, es oportuno indicar que los accionistas puede hacerse representar en las asambleas, siendo suficiente para ello el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con la firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto (art. 239 LS). Los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad no pueden ser mandatarios de los accionistas por resultar incompatible con su cargo.

5.1.1.2.3. Legitimación del órgano: Competencia, quórum y mayorías

(i) Competencia

Legitimado el accionista para participar por sí o a través de su representante en la asamblea, habrá que verificar si la asamblea está legitimada para tratar los puntos que se someten a su consideración. Es que la idea de legitimación está al respecto íntimamente relacionada a la idea de competencia(168) siendo, por lo tanto, necesario concretizar la competencia de las asambleas, para de este modo limitar la legitimación de los sujetos. En efecto, la voluntad de los sujetos otorgantes del acto (accionistas) se encuentra delimitada tanto por el orden del día, como por las disposiciones del art. 234 y 235 LS(169) (art. 233 inc. 1º LS).

De tales disposiciones surge que la competencia de la asamblea ordinaria se encuentra taxativamente regulada por aquella norma imperativa del art. 234 LS, y en general podemos decir que le competen las cuestiones vinculadas a la gestión de la sociedad.

Por el contrario, el art. 235 LS establece para las asambleas extraordinarias en forma residual y enunciativa, una competencia para entender en todas aquellas decisiones que no sean de competencia de la asamblea ordinaria. Sin embargo esta competencia general no es absoluta(170), debido a que la asamblea ordinaria se reserva para sí “toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad” (art. 234), de modo tal que en definitiva la asamblea extraordinaria terminará entendiendo en todos los actos “que alteren la estructura social misma”(171).

Hacemos una salvedad con relación a las asambleas especiales o de clase, que si bien se regirán por lo establecido para las asambleas ordinarias, en las mismas solo estarán legitimados para participar los accionistas de la clase y los temas que esta asamblea podrá resolver son solo los que afecten los derechos de esa clase (art. 250 LS).

Finalmente el orden del día también limita la competencia de la asamblea, ya que la propia ley (art. 246 LS) establece que es nula toda decisión sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día, salvo que (i) estuviere presente la totalidad del capital, y la decisión se adopte por unanimidad de las acciones con derecho a voto, o (ii) el tratamiento de la acción social de responsabilidad contra los directores, si surgiere como consecuencia directa de un asunto incluido en el

orden del día (art. 276 LS), o (iii) se trate de la elección de encargados de suscribir el acta.

(ii) Quórum y mayoría

La asamblea, al ser un acto jurídico colegial y por tanto unilateral -por expresar la voluntad de una persona jurídica- y subjetivamente complejo -por estar integrado por todos los miembros del órgano-, requiere de pautas que regulen su funcionamiento(172).

Ya señalamos que el principio de mayoría no se aplica sin más, sino que recortado en las reglas que regirán la relación entre los miembros del colegio para formar la voluntad común. En particular vamos a referir a las exigencias de quórum y mayorías mínimas que establece la ley (art. 243 y 244 LS).

De suerte tal que el acto válido exige la presencia, del o los sujetos capaces y legitimados que sean representativos de un porcentaje determinado del capital accionario, y a la vez que la voluntad sea conformada con la mayoría exigida por ley o la establecida en el estatuto -si fuere mayor-.

Lógicamente, estas exigencias serán mayores de acuerdo a la trascendencia de los temas a considerar, siendo menores para las asambleas ordinarias (quórum: la mayoría de accionistas con derecho a voto), agravándose en las extraordinarias (quórum: accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto) y endureciéndose aún más en los supuestos especiales del último párrafo del art. 244 LS (mayoría: voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto).

Si bien las pautas sobre mayoría no varían en ningún caso (mayoría absoluta de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número), el quórum (con su consecuentemente influencia sobre la mayoría) se flexibiliza en pos de no perjudicar al sujeto de derecho creado por la negligencia de sus miembros.

Esto se refleja en las asambleas celebradas en segunda convocatoria, donde para las ordinarias no se exige quórum mínimo y para las extraordinarias se lo reduce a la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones con derecho a voto. Nada se modifica en los supuestos especiales siendo que comprende temas que afectan elementos esenciales del contrato social, a tal extremo, que habilita la resolución parcial del mismo mediante el ejercicio del derecho de receso (art. 245 LS).

Igualmente cabe señalar que al habilitarse la posibilidad de prever en el estatuto que ambas convocatorias se efectúen en forma simultánea para celebrarse el mismo día y con un intervalo no inferior a una hora de la fijada para la primera, se han relativizado las exigencias de los quórum que la ley dispone para la primer convocatoria, ya que la convocatoria simultánea se ha impuesto en la práctica.

5.1.1.3. Causa del acto jurídico colegiado de la asamblea

El tema de la causa, y de acuerdo a la postura asumida por nosotros en el primer capítulo de éste trabajo (subjetivismo moderado) se encuentra en el campo societario condicionada por el interés social. Es decir que en todo acto asambleario

debe prevalecer el interés social por sobre el particular de los sujetos otorgantes del acto.

“Es por ello, que desviaciones de la causa del acto colegial conducen a la invalidez del mismo, y así ha sido expresamente resuelto en el derecho comparado”(173).

En nuestra legislación una gran cantidad de normas se encuentran destinadas a la protección de aquel interés, pero por su íntima relación con los supuestos de ineficacia propiamente dicha (inoponibilidad) y el fraude en particular remitimos a capítulo VII del presente trabajo.

5.1.1.4. Forma del acto jurídico colegiado de la asamblea

El acto jurídico asambleario es un acto no solemne y, si bien se exige la forma escrita (por instrumento privado), su existencia y contenido puede ser probado por diferentes medios.

El art. 249 LS establece el contenido del acta, indicando que la misma debe resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de votación y sus resultados con expresión completa de las decisiones. La idea es que el acta refleje lo más fielmente posible los elementos del acto jurídico que permita hacer un examen prima facie de su validez. Esta acta deberá labrarse en un libro especial con las formalidades de los libros de comercio, y deberá ser confeccionada y firmada dentro de los 5 días por el Presidente y los socios designados al efecto.

A pesar de lo dispuesto por el art. 249 y 73 LS, y siendo que el acto asambleario es no solemne, el incumplimiento de la forma establecida por la ley no afecta la validez del acto, si bien perjudica al acta como elemento probatorio por excelencia. Por consiguiente, el contenido del acto podrá ser probado por otros medios, de tal forma de darle eficacia al mismo.

Tampoco hacen a la validez del acto las exigencias de publicación e inscripción que la ley impone para determinadas decisiones asamblearia (v.g. art. 60 y 12 LS). Esta publicidad no hace a la validez del acto, ni a su estructura, sino simplemente a su oponibilidad frente a terceros.

Reiteradamente se ha sostenido las ventajas de aprovechar los avances tecnológicos para reflejar con mayor fidelidad el acto asambleario proponiéndose la utilización de grabadores, filmadoras, e incluso hasta la “presencia virtual” de los sujetos miembros del órgano a través de computadoras y firma digital.

Si bien advertimos la utilidad práctica que estos elementos pueden brindar y su adaptación deviene indefectible, no creemos que los mismos sirvan para solucionar los problemas prácticos que se presentan frente a los conflictos societarios. Es más, muchas veces estos mismos elementos son aprovechados por las partes del conflicto para obtener ventajas en la confrontación y no para superar las diferencias existentes.

5.1.1.5. Contenido del acto jurídico colegiado de la asamblea

En oportunidad de su identificación hicimos referencia a que el contenido del acto podría encontrarse viciado por vicios en la voluntad de los sujetos otorgantes del mismo, y por excederse de la esfera librada a la autonomía de la voluntad.

En la especie, el error, el dolo, la violencia, la intimidación o fraude, sobre los sujetos que componen el órgano asambleario, puede invalidar el mismo. Al igual que en la causa (como presupuesto del acto jurídico colegiado), por su íntima relación con los casos de ineficacia propiamente dicha, en especial con el fraude, remitimos a lo referido en el Capítulo VII.

Daremos tratamiento a los actos jurídicos colegiados que se contrapongan a las normas imperativas y podrán ser pasibles de nulidad, por exceder del ámbito librado al autonomía de la voluntad de las partes. En la normativa societaria existen una gran cantidad de normas imperativas que determinan el contenido de los actos jurídicos colegiados.

Gervasio Colombres(174) divide a las normas jurídicas de acuerdo a su carácter en:

1. Imperativas (muss-vorschriften): Son aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa (Ius publicum privatorum pactis mutri nequit). Suelen también denominarse “taxativas”.
2. Prohibitivas: Son aquellas que imponen una omisión.
3. Permisivas: Son también llamadas facultativas o dispositivas. Distingo entre ellas tres subgrupos:
 - a) Las que regulan la conducta con facultad de apartarse de ella (soll-vorschriften), pueden denominarse supletivas.
 - b) Las que interpretan una conducta (interpretativas).
 - c) Las que autorizan una conducta, sin especificar su contenido.

Dentro de esta clasificación, en lo que refiere a las normas imperativas, las mismas son inderogables e indisponibles, encontrándose destinadas a la protección de los derechos e intereses individuales, estando prohibida (como límite a la autonomía de la voluntad de los particulares) su renuncia en abstracto y cualquier decisión que exceda ese ámbito de actuación será nula (v.g. un resolución asamblearia que resuelva bajar el quórum para las asambleas extraordinarias en segunda convocatoria a la presencia de accionistas que representen el diez por ciento de las acciones con derecho a voto).

Sin embargo estas normas serán renunciables o disponibles en el caso concreto. Es que “mientras se trate de una situación tuitiva dirigida a sujetos indeterminados, la norma es imperativa y no puede ser derogada. Pero al momento que la asamblea adopta una resolución, esas normas imperativas e inderogables se convierten en el modo de protección del derecho individual concreto del o de los accionistas que puedan verse afectados. Y ese derecho concreto puede ser libremente dispuesto por cada uno; puede ejercerlo, pero no está obligado a ejercerlo”(175).

La afirmación transcripta no es una elaboración meramente doctrinaria, ni una interpretación jurídica subjetiva, sino que es la aplicación lisa y llana del art. 19 CC que dice: “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero

podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”.

Las normas imperativas (muchas veces erróneamente identificadas con las de orden público) pueden entonces ser desoídas en el caso concreto por un acto asambleario, y por lo tanto aquel acto podrá ser atacado de nulidad, pero dicha nulidad será relativa y, por lo tanto, el acto confirmable (renunciabilidad de los derechos conferido por normas imperativas), prescriptible, limitado en sus legitimados para la impugnación.

5.1.2. La impugnación de actos jurídicos de la asamblea

5.1.2.1. Su regulación societaria: nulidades relativas

La acción de nulidad contra el acto jurídico asambleario viciado ha sido expresamente regulada por la ley 19.550, que en su artículo 251 establece:

“Art. 251: Impugnación de decisiones asamblearias. Titulares: Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad.

También pueden impugnarla los directores, síndicos miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Promoción de la acción: La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro los tres meses de clausurada la asamblea”

Esta norma ha venido a llenar el vacío del Código Civil en cuanto a la nulidad de los actos jurídicos colegidos, sin embargo se ha cuestionado si la misma alcanza a toda las nulidades, incluso las absolutas donde se encuentra afectado el orden público, o sólo a las nulidades relativas.

Alguna confusión al respecto generan tanto las discusiones sobre la aplicabilidad del régimen de nulidad del Código Civil como la redacción original del art. 251 LS que refería al orden público. Poca claridad agrega el de por sí impreciso(176) concepto de orden público: ”Se denomina orden público al conjunto de principios eminentes -religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”(177).

En nuestra opinión coincidimos que:

- (i) cuando el artículo refiere a “violación de la ley, el estatuto y el reglamento”, está refiriendo exclusivamente a la normativa societaria general (ley) y específica de la sociedad a analizar (estatuto y reglamento), y
- (ii) dentro de esta normativa (general y específica), no hay normas que afecten el orden público,

Entonces coincidiremos en que las nulidades absolutas son ajenas a este régimen societario (art. 251 y ss), y por tanto regulables por el régimen común (léase Código Civil). En esta línea argumental surge, como paso previo, establecer si la

ley de sociedades puede llegar a ser una ley de las denominadas “de orden público”(178) (art. 21 CC).

Salvat indica al respecto que es imposible “establecer una regla absoluta para distinguir cuáles son las leyes cuya observancia interesa al orden público y cuáles no; la determinación debe ser hecha con relación a cada ley en particular”. Agrega el mencionado autor que desde luego “todas las leyes que constituyen el derecho público de un país son de orden público”, pero dentro del derecho privado también existen “un buen número de ellas que son de orden público”(179).

Por su parte Busso prefiere enunciar una serie de criterios generales para su determinación, pero termina concluyendo en “la necesidad de su examen en particular. La dificultad inherente a la fijación del concepto en general, obliga a este análisis”(180).

Por ello tal examen debe realizarse “en forma empírica, a través de la realidad histórica (...) realidad, estimable a tenor de un sistema de valoraciones vigentes en determinado tiempo y lugar, pero a la vez, una categoría de conocimiento jurídico” (181). Es en definitiva “un problema de política jurídica cuya solución queda librada muchas veces a la mayor o menor incidencia que sobre la legislación, la administración o la jurisdicción ejercen los distintos grupos de presión o los factores de poder que parcializan o distorsionan el cabal sentido de las valoraciones vigentes”(182).

Resulta que, determinar si las normas societarias son de orden público es una cuestión empírica, de gran contenido político y fuertemente condicionado por la realidad del lugar donde las leyes rigen, y solo válidas para un momento determinado.

Con este criterio, y con las pautas sugeridas, podemos concluir que en este momento la violación de las normas contenidas en la legislación societarias no pone en riesgo la digna subsistencia de la organización social establecida, y por tanto no constituyen materia de orden público por lo que su vulneración solo generará nulidades relativas(183)(184) .

Otras pautas nos permiten arribar a la misma respuesta, a saber: (i) la ley societaria establece un término de prescripción para deducir la acción y permite su confirmación, mientras las nulidades absolutas son imprescriptibles e inconfirmables, (ii) la ley societaria limita los legitimados para interponer la acción, mientras que en las nulidades absolutas todas las personas están legitimadas para demandar su declaración y son incluso declarables de oficio, y (iii) la ley societaria eliminó la mención al orden público, mientras que las nulidades absolutas son justamente aquellas que violan dicho orden.

Así las cosas tenemos que el sistema societario ha venido a regular un vacío del Código Civil, estableciendo las pautas que regirán a los otorgantes del acto jurídico colegiado para demandar la nulidad de éste por violación de la normativa societaria, pero de ningún modo ha venido a derogar el sistema de nulidades del Código Civil aplicable para la violación de otras leyes (incluías las que afectan el orden público) como así también a las terceras personas con un interés jurídico afectado por el acto societario inválido.

5.1.2.1.1. Legitimación activa y pasiva

Como toda nulidad relativa los legitimados son aquellos que tienen un interés jurídico afectado. La ley enumera los siguientes:

- 1) los accionistas que no hubieran votado favorablemente;
- 2) los accionistas ausentes que acreditan la calidad de tales a la fecha de la decisión impugnada;
- 3) los accionistas que votaron favorablemente si su voto es anulable por vicio de la voluntad;

Los accionistas a la fecha de la decisión impugnada, como miembros del órgano, tienen una lógica legitimidad para demandar la nulidad del acto, dado que en tanto sujetos otorgantes del mismo tienen un indiscutible interés jurídico afectado por los vicios de éste. La ley establece como límite que aquellos con su voto no hayan contribuido a la sanción de una resolución nula (salvo vicio en la voluntad) en consonancia con el art. 1048 y 1049 del Cód. Civil. Resulta coherente que el impugnante acredite el carácter de accionista al otorgarse el acto viciado y que lo mantenga durante todo el proceso impugnatorio ya que de transferir su participación su interés jurídico desaparecería. Tampoco el adquirente podrá sustituirlo ya que su legitimación no está en su participación patrimonial sino en cuanto a su carácter personal de integrante del órgano asamblea.

Además de estas personas, existen otros legitimados, que no pertenecen a dicho órgano:

- 4) los directores;
- 5) los síndicos;
- 6) los miembros del consejo de vigilancia;
- 7) la autoridad de contralor;

Para los directores su legitimación se funda en que estos concurren al acto en ejercicio de su derecho-obligación que establece el art. 240 LS. La naturaleza de sus funciones le imponen la carga de cuidar la legalidad de los actos societarios en general (art. 275 LS), y una omisión al cumplimiento de esta obligación les podría generar responsabilidades por los daños y perjuicios que la decisión inválida genere (art. 274 y 59 LS). En el supuesto del director-accionista, a nuestro parecer, el director deberá estar legitimado también por no haber contribuido con su voto a la sanción de una resolución nula, a menos que su voto sea anulable por vicio de la voluntad.

Para los síndicos y los consejeros su legitimación para impugnar el acto resulta obvia habida cuenta de su cargo ya que entre sus deberes específicos tienen el de "...vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias..."(LS art. 280 inc. g y 294, inc. 9). Similar es el caso de la autoridad de contralor.

Vale mencionar que al ser un acto unilateral pero subjetivamente complejo, nos podemos encontrar con casos en que el vicio afecta los derechos de uno o varios de los miembros del órgano pero no de todos (v.g. derecho de información), con lo cual la legitimación del resto estará supeditada a que este vicio no hubiera sido subsanado mediante la confirmación por el o los damnificado directos. En el ejemplo del accionista que se hubiera vulnerado el derecho de información, el resto de los accionistas, el director, etc., podrán demandar su nulidad siempre y cuando el propio colegiado afectado no hubiera confirmado (expresa o tácitamente) dicho acto.

En todos los casos la acción se dirigirá contra la sociedad, que será el legitimado pasivo de la misma, dado que es a esta a quién se le imputa el acto viciado. Contra ella deberá dirigirse la demanda de impugnación siendo competente el juez del domicilio social.

5.1.2.2. La subsanación del vicio

Al tratar la subsanación de los actos jurídicos en general hicimos mención de las siguientes formas para lograr la misma:

(i) La confirmación: es el acto unilateral realizado por aquella o aquellas personas que detenta la titularidad de la acción de nulidad, frente a un acto viciado de nulidad relativa, tendiente ya sea en forma expresa o tácita, a confirmar tal acto.

Si la confirmación es expresa la misma debe contener las mismas formalidades que el acto confirmado (art. 1062 CC), conteniendo bajo pena de nulidad lo siguiente: 1º la substancia del acto que quiere confirmar; 2º el vicio de que adolecía; y 3º la manifestación de la intención de repararlo (art. 1061 CC).

Por el contrario si la confirmación es tácita, la misma resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad, realizada con conocimiento del vicio que adolecía el acto.

Como exigencia legal para que sea procedente esta confirmación se requiere, en primer lugar, que haya cesado la incapacidad o vicio que daba lugar a la nulidad, y en segundo término que no concurra ningún otro vicio que pueda producir la nulidad del acto de confirmación (art. 1060 CC).

El efecto específico de esta confirmación se encuentra previsto en el art. 1065 CC, siendo entre las partes retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Con respecto a terceros este efecto retroactivo, no los perjudicará.

(ii) La prescripción liberatoria: como ya lo indicáramos antes de ahora, los actos nulos de nulidad absoluta son inconfirmables e imprescriptibles. Por el contrario, son susceptibles de prescribir los vicios que deriven en nulidades relativas, que como viéramos son las que afectan a las nulidades societarias.

(iii) La ejecución voluntaria por parte del titular del derecho a impugnar el acto viciado: esta forma de subsanación no es otra cosa que la confirmación tácita explicada en a).

(iv) La pérdida de la cosa objeto del negocio impugnado: es una consecuencia natural que deriva de la subsanación del acto inválido. La nulidad por la nulidad en sí misma es indiferente en el campo del derecho. Su planteo se ha convertido en abstracto.

Estas formas de subsanación obviamente son aplicables en el ámbito societario, y el art. 254 LS viene a reforzarlas como herramienta imprescindible para la conservación del acto jurídico.

Ya señalamos, como distintiva del sistema de invalidez societario, la subsanabilidad de las nulidades -aún las absolutas- hasta su declaración judicial (aplicación amplia del art. 1046 del CC), y en ciertos casos después(185).

Sin embargo la redacción del art. 254 LS presenta alguna deficiencia que puede generar no poca incertidumbres interpretativas. La norma refiere a la posibilidad de revocar “el acto impugnado” y no “el acto viciado” lo cual hubiera sido más apropiado. Si seguimos lo establecido por la norma podría llegarse al extremo de que una asamblea deje sin efecto derechos legítimamente adquiridos por la revocación de una asamblea válida y arbitrariamente impugnada. Pensamos que la interpretación correcta no es la que se desprende del texto literal de la norma, sino que lo que corresponde entender, es que la asamblea podrá revocar el acuerdo viciado.

Agrega el referido artículo que “esta resolución -la nueva- surtirá efectos desde entonces”, sin aclarar que frente a terceros de mala fe y sujetos otorgantes del acto que, sabiendo o debiendo saber del vicio, lo hubieran ejecutado, el efecto sería ex tunc (retroactivo), lo cual es de la esencia de la subsanación. Aparece como evidente que aquellos que sabiendo o debiendo saber del vicio hubieran ejecutado el acto, no podrán beneficiarse del efecto irretroactivo de la posterior revocación, que incluso ellos mismos pueden decidir (análoga aplicación del art. 1047 CC).

Finalmente la ley declara improcedente la iniciación de impugnaciones a la asamblea revocada o la continuación del proceso de impugnación, dado que su causa ha devenido abstracta. Mientras tanto, los terceros de buena fe y los otorgantes del acto que no sabían -ni debían saber del vicio-, no se verán afectados por la revocación del acuerdo impugnado (análogamente, art. 1051, 2413 y 2778).

5.1.2.2.1. Plazo de prescripción de la nulidad relativa

Se encuentra dividida la doctrina respecto de la naturaleza del plazo de tres meses previsto por el art. 251 LS, considerados por algunos como un plazo de prescripción y de caducidad por otros, contando esta última postura con mayor cantidad de adherentes(186).

En general se ha entendido que la nota distintiva entre caducidad y prescripción se encuentra en que la primera implica la imposibilidad del nacimiento o perfeccionamiento de un derecho por inactividad del sujeto legitimado, mientras la segunda priva de la posibilidad de ejercer la acción que le confiere el derecho del cual gozaba ab initio(187).

El derecho de impugnar el acto jurídico colegial es, para los legitimados, un derecho irrenunciable (el art. 251 LS es una norma imperativa), ínsito en cada uno de los sujetos antes mencionados, que no surge por la actividad jurisdiccional del impugnante sino que es anterior constituyendo la acción el ejercicio de tal derecho. Por lo tanto, a nuestro parecer, la falta de ejercicio de dicha acción acarrea como sanción la prescripción y no la caducidad.

A pesar de lo expuesto no podemos dejar de mencionar que esta distinción es al efecto meramente académico, dado que en la práctica los efectos son los mismos.

5.1.2.3. Los efectos de la nulidad

No podemos soslayar lo señalado en la parte general de este trabajo, con relación al efecto de las nulidades.

En aquella oportunidad señalamos que como principio general la nulidad "...priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir existente al momento de la celebración"(188). Este principio general ha sido consagrado legislativamente en el art. 1050 del CC. No obstante ello, presenta algunos matices en relación a los efectos entre partes y frente a terceros.

5.1.2.3.1. Efectos entre las partes

La primer disquisición que debemos realizar es si el acto jurídico colegiado ha sido o no ejecutado(189):

Si no fue ejecutado y el acto fuera nulo o de nulidad manifiesta(188), o anulable y se hubiera declarado su invalidez, no podrá exigirse su cumplimiento(191). Si en cambio, siendo anulable o de nulidad no manifiesta ésta no hubiera sido declarada, la misma puede ser opuesta tanto por acción (art. 251 LS) como por excepción (art. 1058 bis CC) al momento de requerirse la ejecución. Para mantener el este estado de inejecución cobra relevancia la cautelar prevista en art. 252 LS, que a pedido de parte puede suspender la ejecución del acto jurídico asambleario si se acredita: 1) la existencia de motivos graves; 2) que no media perjuicio para terceros, 3) garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

Si el acto jurídico colegial hubiera sido ejecutado total o parcialmente, la declaración de nulidad obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que hubieran recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado (cfr. art. 1052 CC), ello sin perjuicio de las hipótesis previstas para el caso de cosas productoras de frutos (art. 1053 y 1054 CC), o cosas fungibles (art. 1055 CC). Siendo el acto jurídico colegiado un acto unilateral no habrá contraparte a quien reclamar la restitución en los términos antes referido, sino que serán los otorgantes de dicho acto -objetivamente complejo- y terceros de mala fe (ver infra) quienes serán alcanzado por dicha norma.

En función de lo expuesto, dado el reducido ámbito cubierto por el deber de restituir, cobra entidad la acción de responsabilidad (paralela a aquella) prevista por el art. 254 LS (reflejo del art. 1056 CC) que establece la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del acto jurídico anulado a los accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, respondiendo ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la

responsabilidad que corresponda a los directores síndicos e integrantes del consejo de administración. No se trata, en este caso, de un efecto propio de la nulidad; puede ocurrir, incluso, que haya nulidad sin indemnización porque el fundamento de ésta es la culpa o dolo.

Esta norma será de vital importancia en el caso que no fuera posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad, o tenerlos demandados. El art. 254 CC siguiendo lo estipulado por el art. 1057 CC, prevé el derecho a demandar las indemnizaciones sustitutivas de todas las pérdidas e intereses.

5.1.2.3.2. Efectos frente a terceros

La diferenciación que debemos realizar es si nos encontramos frente a un tercero de buena o mala fe ya que la nulidad del acto no podrá alcanzar a los terceros de buena fe (art. 2413 y 2778), y solo generará la posibilidad de los afectados de iniciar las acciones de daños y perjuicios que correspondan contra los responsables del acto por “todas las pérdidas e intereses” (art. 1057).

Los terceros, en general, son ajenos al iter constitutivo del acto colegiado viciado y no pueden sufrir las consecuencias de su invalidez. En lo referente a la legitimación será de aplicación, cuando hubiere lugar, la legitimación aparente: “cuando a pesar de estar realizado por quien no está legitimado, la ley le confiere eficacia a ese negocio en virtud de la tutela que se dispensa a los terceros de buena fe, que han depositado su confianza en la legitimación aparente del autor del negocio”(193) (v.g. art. 58 LS).

Así, y amparados por un error excusable, los terceros de buena fe podrán repeler la acción (art. 929 CC). Esta buena fe, como es lógico suponer, es sostenible con mayor firmeza si el acto es anulable o de nulidad no manifiesta., Ante un acto nulo o de nulidad manifiesta, esta buena fe -al ser el vicio ostensible- en la mayoría de los casos no se puede alegar, y los efectos de la nulidad caen sobre el tercero.

5.1.2.4. La convocatoria y la unidad funcional

Párrafo aparte merece la convocatoria del acto jurídico asambleario, dado que la misma es un acto distinto, que en el caso de ser nulo no puede dar origen a un acto válido a menos que se subsane el vicio.

Sin dudas que existe una “unidad funcional” en todo el proceso formativo del acto jurídico asambleario(194), pero esta unidad funcional no permite calificarlo como un acto jurídico único compuesto por diversas etapas y fases, sino como distintos actos jurídicos íntimamente relacionados. Por tanto, y asumiendo que existe esta íntima relación entre el acto jurídico asambleario y su convocatoria, concluiremos que si el primero es inválido el segundo también lo es.

Esto no obsta a la aplicación del régimen previsto por el art. 251 LS, ya que una resolución asamblearia tomada a consecuencia de una asamblea mal convocada lo ha sido en violación a la ley.

Es claro que la convocatoria tiene un sujeto capaz y legitimado (directorio, sindicatura-consejo de vigilancia, autoridad de contralor), un objeto (convocar a la

asamblea), una causa (dependerá del caso), una forma (edictos y demás publicaciones), y un contenido (orden del día, fecha y hora y lugar de celebración).

5.2. El Acto Jurídico del Directorio [arriba]

Si bien el acto jurídico colegiado por naturaleza es el acto asambleario, en aquellos casos donde el órgano de administración sea plural los actos jurídicos que origine presentaran características similares a las estudiadas para aquél. No obstante, a diferencia de este último, la nulidad del acto directorial no ha sido prevista legislativamente obligándonos a realizar algunas observaciones previas.

5.2.1. La impugnabilidad de las decisiones de directorio

Distintas han sido las posiciones en cuanto a la impugnabilidad de las decisiones directoriales desde el viejo art. 353 CCom., hasta la presente normativa de la Ley de Sociedades Comerciales. Si bien tuvo aceptación mayoritaria durante la vigencia del Código, las opiniones se dividieron a partir de la vigencia la ley 19.550 y, en especial, por la omisión del art. 251 LS a los actos jurídicos emanados del directorio.

Dicha omisión pudo deberse a que:

(i) Los legisladores, siguiendo la teoría de la identidad sustancial, habrían entendido que este supuesto ya se encontraba resuelto en nuestra ley de sociedades por la normativa que rige a las impugnaciones de las decisiones asamblearias. Sin embargo, esta posibilidad va contra la propia sistemática de la norma que refieren expresamente a “toda resolución de la asamblea”, diferenciándose deliberadamente de la anterior norma del Código de Comercio.

(ii) Los redactores de la ley entendían a los actos del directorio como inimpugnables, brindándole a los damnificados la posibilidad de accionar por la responsabilidad que cupiera por tal acto inválido. En definitiva, habrían optado por “reemplazar un sistema de invalidez por otro de responsabilidad permitiendo - de ese modo- una mayor dinámica en la actuación de la sociedad, el tráfico mercantil, estableciendo la presunción de legitimidad de los actos de los administradores. La posición se concilia -perfectamente- con el gravoso régimen de responsabilidad -exagerado quizás- que preveía el articulado original de la ley 19.550...”(195).

Siguiendo la hipótesis propuesta por Nissen y Vítolo, la confirmación de tal razonamiento de los autores de la ley se encontraría en el art. 272 LS en el cual aquellos se apartaron de una de sus fuentes, el Código Civil Italiano. Estos autores observan que tanto nuestra norma como el art. 2391 del Código Italiano prevén, para el supuesto de interés contrario de un director con la sociedad, la obligación de comunicarlo al directorio y a los síndicos, absteniéndose de intervenir en la deliberación. Pero estas dos normas se separan para el caso de incumplimiento de estas obligaciones pues mientras el Código Italiano establece la posibilidad de impugnar la decisión tomada con el concurso del voto del administrador con intereses enfrentados, nuestra norma solo menciona la posibilidad de incurrir en la responsabilidad del art. 59. Con esto -sostienen-, quedaría evidenciada la firme posición de los redactores de ley 19.550 que, claramente, evaden legislar la

posibilidad de impugnar decisiones directoriales y establecen en cambio un severo régimen de responsabilidades.

Pero a pesar de lo sólida que aparece ésta posición, pensamos que no puede ser la solución. Los fines de una acción de responsabilidad y de una acción de nulidad son absolutamente distintos, mientras la primera tiende a reparar el daño causado, la segunda procura evitarlo. Si bien los redactores de la ley societaria pueden haber pensado en introducir un régimen severo de responsabilidad para los administradores, no estamos convencidos que el fundamento de esto estaría en que creían inatacable las decisiones directoriales.

Nos inclinamos a pensar que este sistema de responsabilidad se debe a que dada las características de la organización societaria, el órgano de administración se encuentra, tanto por la cantidad de componentes como por su permanencia en el tiempo y sus especiales atribuciones, más expuesto a conductas reprochables por el legislador. Esto sumado a la necesidad de darle la agilidad y eficacia suficiente para actuar en el tráfico comercial (v.g. art. 58 LS), lleva a que el legislador de algún modo intente atemperar los riesgos, y con tal objeto recurra a un severo régimen de responsabilidad.

Por otra parte, y en relación al art. 2391 del Código Civil Italiano, nos parece lógico pensar que nuestros legisladores prefirieron no regular ningún caso de impugnabilidad de decisiones directoriales, antes que regular un caso aislado que diera a pensar en la inimpugnabilidad del resto.

(iii) Somos de la idea que los redactores de la ley miraron con disfavor establecer un régimen especial para las impugnaciones de decisiones directoriales dado el alto componente de discrecionalidad que existe en estos supuestos. Pero no establecer un régimen especial de ningún modo significa que las decisiones directoriales viciadas de nulidad hayan sido consideradas inimpugnables. Por el contrario, los legisladores entendieron a las mismas como nulidades virtuales o implícitas a las cuales les era aplicable el régimen general de invalidez de nuestro Código Civil, con las particularidades que el derecho societario introduce para los actos colegiados (art. 251 LS). En esto último, la identidad sustancial, luce como evidente.

De este modo dejaron en manos de los jueces la tarea de compatibilizar aquel viejo instituto del Código Civil con las características propias del derecho societario. Pensar en un acto jurídico cuya nulidad no pueda ser demandada, resulta un absurdo jurídico ajeno a nuestro régimen legal, siendo de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 18 CC: "...que los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención...".

5.2.1.1. Un problema de legitimación

Siendo que resulta aplicable para las nulidades de los actos jurídicos del directorio las normas que regulan las nulidades de los actos jurídicos de la asamblea, efectuaremos una remisión genérica a los capítulos pertinentes.

Pese a ello, el acto jurídico colegiado del órgano de administración tienen sus particularidades. El mayor problema que presenta la invalidez de las decisiones

directoriales se encuentra en establecer quiénes pueden demandar su nulidad.(196)

En el ámbito de las decisiones de directorio (al igual que en el caso de las asambleas) el problema de los legitimados activos para impugnar los actos jurídicos colegiados que emanan de aquel se reduce sólo a los casos de nulidades relativas (art. 1048 CC), ya que las nulidades absolutas (art. 1047 CC) son declarables incluso de oficio.

Asimismo, y siendo que resulta habitual que los actos del directorio no sólo produzcan efectos internos sino que se proyectan externamente afectando intereses jurídicos de terceros(197), las nulidades en su aspecto externo se someterán al régimen común de invalidez.

Por último no resultará judicialmente el mérito de una decisión del directorio, ya que éste -como órgano de administración- tiene competencia exclusiva en dicho ámbito y discrecionalidad suficiente para resolver en tal sentido. Hacemos la salvedad de los actos con causa ilícita tal como lo trataremos al considerar los casos de fraude societario.

Hecha estas definiciones previas diremos que se encuentran legitimados para impugnar los actos del directorio por la acción prevista en la ley de sociedades las siguientes personas:

- (i) Los miembros del órgano: a quienes se les aplicará analógicamente lo establecido en el art. 251 LS (identidad sustancial). Es decir que aquellos que con su voto contribuyeron a la sanción de una resolución nula, no podrán impugnarla (salvo vicio en la voluntad), en consonancia con el art. 1048 y 1049 CC.
- (ii) El síndico y en su caso los consejeros: entre cuyos deberes se encuentra el de "...vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias..." (LS art. 280 inc. g) y 294, inc. 9).
- (iii) Los accionistas: en tanto y en cuanto acrediten un interés jurídico afectado por los efectos internos que produce el acto. Al no ser los accionistas miembros del colegio de directores quedan excluidos de legitimación para impugnar todos aquellos actos cuyos vicios estén relacionados con el funcionamiento interno del órgano (defectos de notificación en la convocatoria a reunión del directorio, defectos en el suministro de información, violación del orden del día, etc.) y que afectan sólo a sus miembros, ya que son solo estos los que tienen un interés jurídico afectado y consecuentemente legitimación para cuestionarlo.

La acción en todos los casos se dirigirá contra la sociedad que será el legitimado pasivo de la misma, siendo competente el juez de su domicilio.

5.2.2. Vicios en el presupuesto y estructura del acto jurídico colegido del directorio

5.2.2.1. Objeto, Causa y Contenido del acto jurídico colegido del directorio

Las apreciaciones que formulamos sobre el objeto la causa y el contenido en el acto asambleario se repiten para los actos del directorio, por lo que damos por reproducido lo allí mencionado para el ámbito de este órgano.

Distinto es el caso de los sujetos ya que los directores tienen normas específicas. Alguna mención particular merece la forma del acto.

5.2.2.2. Sujeto del acto jurídico colegiado del directorio

5.2.2.2.1. Capacidad

La ley de sociedades en su artículo 264 establece las prohibiciones e incompatibilidades para ser director:

“Art. 264: No pueden ser directores ni gerentes:

- 1) Quienes no pueden ejercer el comercio;
- 2) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación.
- 3) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena;
- 4) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones; Remoción del inhabilitado”.

La norma exige también que el director preste una garantía (fijada por el estatuto) y que la mayoría absoluta de ellos tenga domicilio real en la República (art. 256 LS). También requiere para el caso de sociedades anónimas comprendidas en el art. 299 al menos tres directores.

Además de estas exigencias, prohibiciones e incompatibilidades para formar parte del directorio, un director puede encontrarse en situaciones de interés contrario al de la sociedad, limitándosele el ejercicio del derecho a participar del acto conforme lo estipulado por artículos 271, 272, y 273 LS y que será tratado en profundidad al considerar el conflicto de interés y fraude societario.

5.2.2.2.2. Legitimación de los otorgantes del acto

Si bien los síndicos y miembros del consejo de vigilancia (294 inc. 3° LS) se encuentra legitimados para asistir con voz pero sin voto a las reuniones de directorio, los verdaderos legitimados para participar con voz y voto de este órgano son todos los directores titulares elegidos por asamblea. Su cargo es personal e indelegable (art. 266 LS), aunque en caso de ausencia y si siempre que existiere quórum, el ausente podrá autorizar a otro director a votar en su nombre.

5.2.2.2.3. Legitimación de los otorgantes del acto: competencia, quórum y mayorías

(i) Competencia

Determinada la legitimación del director para participar de la reunión de directorio, habrá que verificar si los puntos que se someten a su consideración son

de su competencia, ya que la voluntad de los directores se encuentra delimitada tanto por el orden del día (art. 267 in fine LS), como por las disposiciones del art. 255, 234 y 235 LS (art. 233 inc. 1º LS).

De tales disposiciones surge que la competencia del directorio se reduce a los actos de administración de la sociedad, excluyéndose en forma taxativa los actos de competencia de la asamblea (art. 233 LS). Podrán existir asuntos cuyo competencia se comparte con el consejo de vigilancia (art 281 c) LS) y otras que se delegan sin excluir responsabilidad en el comité ejecutivo (art. 269 LS) o en los gerentes (art. 270 LS).

(ii) Quórum y mayoría

El directorio, al igual que la asamblea requiere de pautas que regulen su funcionamiento(198), las cuales deberán estar fijadas por el estatuto dentro de las normas básicas aquellas referentes al quórum y mayorías que establece la ley (art. 260 LS).

De suerte tal que el acto válido exige la presencia del o los sujetos capaces y legitimados que sean representativos de -al menos- la mayoría absoluta de los integrantes del órgano, y a la vez que la voluntad sea conformada con la mayoría exigida por ley o la establecida en el estatuto -si fuere mayor-.

5.2.2.3. Forma del acto jurídico colegiado del directorio

El acto jurídico emanado del directorio, al igual que el asambleario, es un acto no solemne, y si bien, se exige la forma escrita (por instrumento privado), su existencia y contenido, puede ser probado por diferentes medios.

Esta acta deberá labrarse en un libro especial con las formalidades de los libros de comercio, y deberá estar firmada por todos los asistentes al acto (art. 73 LS).

5.3. El Acto Jurídico de la Comisión Fiscalizadora [arriba]

Si bien la sindicatura es un órgano del que incluso puede prescindirse (art. 55 LS), el artículo 290 LS establece que cuando la sindicatura fuere plural actuará como cuerpo colegiado y se la denominará “comisión fiscalizadora”. Como cuerpo colegiado emitirá actos jurídicos colegiados, con lo cual resultan plenamente aplicables las referencias que en cuanto a su impugnabilidad y legitimados hiciéramos para las decisiones del directorio, y por todo lo demás lo referente a las asambleas.

5.3.1. Vicios en el presupuesto y estructura del acto jurídico colegiado de la comisión fiscalizadora

5.3.1.1. Objeto, Causa y Contenido del acto jurídico colegiado de la comisión fiscalizadora

Las apreciaciones que formulamos sobre el objeto, la causa y el contenido en el acto asambleario se repiten para los actos de la comisión fiscalizadora, por lo que damos por reproducido lo allí mencionado para el ámbito de este órgano.

Distinto es el caso de los sujetos, ya que los síndicos tienen normas específicas. Sobre la forma haremos una breve distinción.

5.3.1.2. Sujeto del acto jurídico colegiado de la comisión fiscalizadora

5.3.1.2.1. Capacidad

La ley de sociedades en su artículo 285 y 286 establece los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para ser síndico:

“Art. 285: Para ser síndico se requiere:

- 1) Ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad civil con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por éstos profesionales;
- 2) Tener domicilio real en el país”.

“Art. 286: No pueden ser síndicos:

- 1) Quienes se hallan inhabilitados para ser directores, conforme al artículo 264;
- 2) Los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante;
- 3) Los cónyuges, los parientes con consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado, inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales”.

La ley exige también que para el caso de sociedades anónimas comprendidas en el art. 299 la sindicatura debe ser colegiada en número impar (art. 284 LS).

Además de estas exigencias, inhabilidades e incompatibilidades para formar parte de la comisión fiscalizadora, un síndico puede encontrarse en situaciones de interés contrario al de la sociedad, limitándosele el ejercicio del derecho a participar del acto conforme lo estipulado por artículos 271, 272, y 273 LS al que remite el artículo 298 y que consideraremos en Capítulo VII de este trabajo.

5.3.1.2.2. Legitimación

Se encuentran legitimados para participar de la comisión fiscalizadora todos los síndicos titulares elegidos por asamblea, siendo su cargo personal e indelegable (art. 293 LS).

Determinada la legitimación del síndico para participar de la reunión de la comisión fiscalizadora, habrá que verificar -al igual que en los otros órganos- si los puntos que se someten a su consideración son de su competencia, ya que la voluntad de los síndicos se encuentra delimitada tanto por el orden del día (art. 267 in fine LS), como por las tareas de fiscalización descriptas en el art. 294 LS.

“Art. 294: Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiera el estatuto:

- 1) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres (3) meses.
- 2) Verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente puede solicitar la confección de balances de comprobación;
- 3) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité

- ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado;
- 4) Controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;
 - 5) Presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados;
 - 6) Suministrar a accionistas que representen no menos del Dos por Ciento (2%) del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia;
 - 7) Convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerlo el directorio;
 - 8) Hacer incluir en el orden del día de la asamblea, los puntos que considere procedentes;
 - 9) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias;
 - 10) Fiscalizar la liquidación de la sociedad;
 - 11) Investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del Dos por Ciento (2%) del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. Convocará de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia”.

La comisión fiscalizadora, al igual que la asamblea y el directorio, requiere de pautas que regulen su funcionamiento, las cuales deberán estar fijadas por el estatuto (art. 290 LS).

De suerte tal que el acto válido exige la presencia de los sujetos capaces y legitimados que sean representativos de un determinado número de sus miembros - quórum-, y a la vez que la voluntad sea conformada con la mayoría exigida por ley o la establecida en el estatuto -si fuere mayor-.

Al respecto si bien no existe una remisión expresa, entendemos aplicable la norma que sobre quórum rige al directorio (como mínimo mayoría absoluta de sus miembros).

5.3.1.3. Forma del acto jurídico colegiado de la comisión fiscalizadora

La ley solo señala que la comisión fiscalizadora llevará un libro de actas (art. 290 LS). Nosotros entendemos aplicable el resto de lo expresado para el directorio. Es decir que es un acto jurídico no solemne y, si bien se exige la forma escrita (por instrumento privado), su existencia y contenido puede ser probado por diferentes medios.

Esta acta deberá labrarse en un libro especial con las formalidades de los libros de comercio, y deberá estar firmada por todos los asistentes al acto (art. 73 LS).

5.4. El Acto Jurídico del Consejo de Vigilancia [arriba]

Es un órgano optativo que tiene escasa utilización práctica en nuestro país. Si bien la ley no lo expresa su conformación plural (de tres a quince miembros) y sus

remisiones a normas del directorio hace presumir su organización colegiada. Las normas sobre el particular solo disponen que su organización y funcionamiento se reglamentará por estatuto (art. 281 LS).

En lo que refiere a los sujetos capaces para integrar el órgano, se remite a lo estipulado para el directorio (art. 264 LS) y al art. 286 LS aplicable a los síndicos que fuera transcrito renglones arriba. Agrega como requisito de capacidad el carácter de accionista.

En cuanto a la legitimación orgánica si bien tiene funciones principalmente de fiscalización, la ley le asigna, optativamente según lo establezca el estatuto, funciones de gestión (art. 281 inc. c) y de gobierno (art. 281 inc. d).

“Art. 281: El estatuto reglamentará la organización y funcionamiento del consejo de vigilancia. Atribuciones y deberes. Son funciones del consejo de vigilancia:

- a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio. Por lo menos trimestralmente, el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social;
- b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al artículo 236;
- c) Sin perjuicio de la aplicación del artículo 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada ésta, el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea;
- d) La elección de los integrantes del directorio, cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco (5) años;
- e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma;
- f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones;
- g) Las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos”.

Capítulo VI [arriba]

VI. La Ineficacia propiamente dicha (1ra. Parte) [arriba]

Hemos sostenido que el acto jurídico puede perder su idoneidad para producir sus efectos tanto por vicios internos y de origen que atacan su estructura y/o sus presupuestos, como por defectos externos y sobrevinientes que provocan un resultado contrario a derecho o que no responde al interés práctico de los sujetos del negocio.

Al primero de los supuestos (estático y original) lo denominamos invalidez o nulidad y lo hemos considerado en los capítulos anteriores, al segundo (dinámico y sobreviniente) lo llamamos ineficacia, y lo analizaremos en el presente capítulo.

Recordamos nuevamente que la “ineficacia” presupone negocios válidos y perfectos en su ciclo formativo, pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas (actos condicionales, resolubles, rescindibles, revocables, etc.), incluyendo la ineficacia sucesiva que tampoco se ajusta a la esencia de la invalidez, y la mera irregularidad que más que al acto afecta a sus sujetos(199).

6.1. La Irregularidad. La Publicidad y su Inoponibilidad [arriba]

Definimos anteriormente a la sociedad irregular(200), como aquella sociedad que se ha constituido mediante un instrumento privado asumiendo uno de los tipos previstos por la ley pero sin cumplir con la inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente (art. 7 LS).

El fenómeno de la irregularidad (como con las sociedades de hecho) si bien generalmente no se presenta en emprendimientos de envergadura económica se puede encontrar (y sucede con frecuencia), en relaciones asociativa en inicio o de menor trascendencia económica o simplemente devenidas irregulares por el no cumplimiento de la forma de publicidad exigida por la ley. Estos supuestos, si bien resultan cualitativamente menores, son cuantitativamente los más numerosos y, en su conjunto, representan una porción significativa de la actividad económica nacional.

El legislador miró con disvalor estas relaciones asociativas y por distintas vías procuró desalentar su utilización, pero indudablemente no pudo ignorarlas dado que la realidad exigía su reconocimiento jurídico.

El contrato de sociedad es -como dijéramos anteriormente- no solemne, de allí que su inscripción registral sea meramente declarativa y no constitutiva de la sociedad, la cual nace con la celebración del contrato respectivo. Es decir que “la inscripción del contrato constitutivo de la sociedad mercantil no es un requisito de su existencia ni incide en su personalidad jurídica, de la cual ya goza con el mero acuerdo de voluntades de sus integrantes destinado a constituirlo”(201).

La sociedad irregular es aquella que válida y constituida como tal por voluntad de los integrantes, incumple con la publicidad necesaria para hacerla regular y oponible a los terceros, esto es, incumple con la inscripción en el Registro Público de Comercio(202).

Esta inscripción es la forma de publicidad requerida para el acto constitutivo de sociedad y sus modificaciones (art. 5 LS), “destinadas no a calificar el negocio jurídico o a reglar su prueba, sino a tornarlos oponibles. Estas formas de publicidad no atañen, en cuanto tales, a solemnidades relativas al negocio entre las partes, pero generalmente imponen a éste una determinada forma”(203). Resulta natural que el contrato social sólo puede ser oponible a terceros cuando estos lo conozcan o lo puedan conocer, lo cual sucede una vez inscripto en el Registro Público de

Comercio. Mientras esta inscripción no ocurra, el acto es ineficaz (inoponible) a los terceros.

Hasta aquí todo transcurre en la normalidad y dentro de la lógica del régimen de la ineficacia por defecto en la forma de publicidad, pero el legislador procurando estimular la regularización de las sociedades dispuso una sanción más severa para aquellas sociedades que desobedecen la forma de publicidad ordenada, y previó una INEFICACIA ABSOLUTA para la sociedad irregular, es decir no sólo frente a terceros sino también entre las partes.

En efecto, el art. 23, 2º párrafo establece:

“La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre si, derechos o defensas nacidos del contrato social, pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados”.

Manteniendo vigente la personalidad jurídica de la sociedad irregular (cuestión inevitable frente a la realidad), el legislador no permitió que entre los propios firmantes del contrato fueran válidas las cláusulas que ellos mismos habían establecido(204). Esta sanción generó problemas con las sociedades en formación, dado que por el afán de desalentar las sociedades irregulares, se afectaba a las sociedades en general (ello porque previo a la inscripción les era aplicable el régimen de las irregulares).

La doctrina y jurisprudencia atenuaron este efecto y la modificación introducida por la ley 22.903 terminó por clarificar este aspecto. Debiera ocurrir lo mismo con los efectos de la inoponibilidad absoluta ya que no alcanza a contraponer sus efectos el régimen de regularización amplio que estipula la ley (cfr. art. 22 LS) tendiente, exclusivamente, a restablecer la eficacia perdida en estas sociedad.

6.2. La resolución del Contrato [arriba]

6.2.1. Resolución parcial: La muerte y exclusión de socio

La ley de sociedades en su Sección XII contempla los supuestos de resolución parcial (muerte y exclusión) y total (disolución) del contrato, admitiendo que en el mismo se prevean otras causales no reguladas por la norma. Todo estos son casos de ineficacias que presuponen negocios válidos y perfectos en su ciclo formativo, pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas.

En lo que refiere a la muerte la ley 19.550 en su artículo 90 estipula que en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato social. Agrega la norma que en el caso de las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria.

Sobre la exclusión dispone el 91 de aquel ordenamiento que cualquier socio en las sociedades mencionadas en el art. 90, en las de responsabilidad limitada y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluidos si mediare justa causa, siendo nulo el pacto en contrario. Existe justa causa “cuando el socio

incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada”.

El derecho de excluir a un socio, se extingue si no es ejercido en el término de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho que justifica su separación. En cuanto a la acción judicial habrá que distinguir dos supuestos (i) si la exclusión la decide la sociedad la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen; si la exclusión se refiere a los administradores (puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio); (ii) si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

Si bien la característica plurilateral del acto permite esta resolución parcial sin afectar la continuidad del contrato, la ley ha regulado los efectos resguardando tres aspectos fundamentales, 1º) que no se afecten los derechos de los terceros que contrataron con la sociedad -art. 92 inc. 2º, 3º y 5º-; 2º) que no se vulneren los derechos patrimoniales del socio saliente -art. 92 inc. 1º y 2º-; 3º) que se garantice la continuidad de la sociedad (art. 3º y 4º).

Veamos: 1) El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión; 2) Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas; 3) La sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación; 4) En el supuesto del artículo 49, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero; 5) El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio.

Para el caso de sociedades de dos socios, procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa con los efectos del artículo 92, asumiendo el socio inocente el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la posibilidad de incorporar un nuevo socio dentro de los 3 meses siguientes a la exclusión (art. 94, inciso 8).

6.2.2. Resolución parcial: el receso

El derecho de receso es aquel ideado por el legislador para regular el punto de equilibrio(205) de: (i) la naturaleza contractual de la sociedad y el derecho del socio a conservar el contrato, con (ii) el interés de la persona jurídica creada y su necesidad de modificarlo(206).

Al crear una sociedad vía un contrato, los socios se ponen de acuerdo en su contenido y, dentro del ámbito librado a la autonomía de su voluntad (tipos societarios), redactan su estatuto y reglamento. Dichas bases -en principio- son modificables por mayoría (en los límites y en la forma fijada por la ley y el estatuto) para dar respuesta a las necesidades del ente.

Pero esta facultad de la sociedad para modificar sus estatutos no esta libre de cortapisas, dado que el legislador ha categorizado una serie de elementos que considera determinantes(207) en la voluntad del socio para suscribir el contrato social, y si bien pueden modificarse por mayoría, en caso de hacerlo, el socio

disconforme tendrá derecho a resolver parcialmente el contrato contra el reembolso(208) de su parte(209). Esto es, a ejercer el derecho de receso.

Estos elementos son los que se modifican al considerarse los supuestos contemplados en el último párrafo del art. 244(210) LS (salvo disolución anticipada) y, en los casos de: (i) aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria e impliquen desembolso para el socio, (ii) retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y (iii) en los que se resuelva la continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94 inciso 9). Por su parte no podrán ejercer este derecho los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, ni en los supuestos de fusión y escisión de sociedades que hace oferta pública o están autorizadas para la cotización, si las acciones que reciben estuviesen admitidas en oferta pública o para la cotización, respectivamente.

El procedimiento para ejercer este derecho se encuentra regulado por el tercer párrafo del art. 245 LS que dispone:

“Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 244 para la determinación de la mayoría, el derecho de receso sólo podrá ser ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión, dentro del quinto día y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea, dentro de los quince (15) días de su clausura. En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, el plazo se contará desde que la sociedad comunique la denegatoria o el desistimiento mediante avisos por tres (3) días en el diario de publicaciones legales y en uno de los que tenga mayor circulación en la República”.

Siguiendo el principio de conservación del acto jurídico societario, la ley regula la posibilidad de sanear esta ineficacia, revocando por asamblea celebrada dentro de los sesenta (60) días de expirado el plazo para el ejercicio del derecho de receso por los ausentes, la resolución que le diera origen. En este caso, los recedentes readquieren sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que notificaron el receso.

Para finalizar, agregamos que por su trascendental importancia este derecho resulta inderogable, y de tal forma lo tutela el legislador en el art. 245 in fine cuando expresa: “Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”.

6.2.3. Resolución total: la disolución

La disolución del ente implica la resolución total del contrato de sociedad. Naturalmente el hecho que éste contrato genere un sujeto de derecho nuevo y distinto a sus socios, supone también que la persona jurídica creada entablará múltiples relaciones con diferentes sujetos, relaciones éstas que en caso de producirse una causal disolutoria deberán tener su debido. De allí entonces que acaecida la resolución del contrato social, la sociedad entrará en una etapa liquidatoria tendiente no ya a cumplir el objeto social sino a finalizar las relaciones pendientes, realizando su activo y cancelando el pasivo. Esta etapa culmina con la cancelación de la inscripción del Registro Público de Comercio, luego de la distribución proporcional entre los socios en el caso que hubiere excedente de activos.

Las causales de disolución se encuentran previstas en el art. 94 ley 19.550, que establece:

“Art. 94: La sociedad se disuelve: 1) Por decisión de los socios; 2) Por expiración del término por el cual se constituyó, 3) Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia; 4) Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; 5) Por pérdida del capital social; 6) Por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio; 7) Por su fusión en los términos el artículo 82; 8) Por reducción a uno del número de socios, siempre que no reincorporen nuevos socios en el término de tres (3) meses. En este lapso el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas; 9) Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo; 10) Por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto. Observado por: Ley 23.697 Art.9 (B.O. 25-09-89). Inciso 5): Vigencia suspendida por 180 días a partir del 25-09-89 (Ley de Emergencia Económica)”.

Siguiendo el principio de conservación del acto jurídico societario la ley regula expresamente distintas formas de reconducir el contrato, superando la causal disolutoria.

Veamos:

- Para la expiración del plazo (art. 94 inc. 2° LS), establece una doble solución (art. 95 LS): (i) Prorroga: por decisión de los socios, que en todos los casos será unánime salvo para las Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima que se rige por su régimen de mayorías, y que deberá resolverse y solicitarse su inscripción antes del vencimiento del plazo de duración de la sociedad; (ii) Reconducción: por decisión de los socios, que en todos los casos será unánime salvo para las Sociedad de Responsabilidad Limitada y Sociedad Anónima que se rige por su régimen de mayorías, y que deberá resolverse y solicitarse su inscripción antes de la inscripción del nombramiento de liquidador. Para toda ulterior reconducción deberá adoptarse por unanimidad sin distinción de tipos.
- Para la pérdida del capital social (art. 94 inc. 5° LS), si los socios acuerdan el reintegro total o parcial del mismo o su aumento (art. 96 LS).
- Para la declaración en quiebra, si se celebrare avenimiento o concordado resolutorio (art. 94 inc. 6° LS).
- Para la reducción a uno el número de socios (art. 94 inc. 8° LS), si se reincorporan nuevos socios en el término de tres (3) meses.
- Para la sanción firme de la cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones (art. 94 inc. 9° LS), si por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los sesenta (60) días, de acuerdo con el artículo 244, cuarto párrafo, se deja sin efecto esta causal disolutoria

En el caso del cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia (art. 94 inc. 3° LS); de la consecución del objeto para el cual se formó, o de la

imposibilidad sobreviniente de lograrlo (art. 94 inc. 4º LS), si bien la ley no establece una mecánica de reactivación, estas causales no son objetivas y están sujetas a interpretación, siendo de aplicación la regla del art. 100, es decir que se estará siempre a favor de la subsistencia de la sociedad (art. 100 LS).

En lo que refiere a: (i) fusión, en los términos el artículo 82, estamos frente a un supuesto donde si bien existe disolución hay continuidad de la empresa; (ii) resolución firme de retiro de la autorización es un supuesto de decisión con el carácter de cosa juzgada que, como tal, se supone ha tenido el debido debate previo.

Queda entonces la decisión de los socios que, dada la naturaleza contractual de la sociedad, siempre será suficiente para poner fin a la relación que los vinculara.

Así las cosas, aún en los supuestos de resolución total del contrato (disolución), la ley mantiene vigente el principio de conservación del acto jurídico societario mediante las diferentes vías descriptas.

Capítulo VII [arriba]

VII. La Ineficacia propiamente dicha (2da. Parte) [arriba]

7.1. La Inoponibilidad: El fraude societario y el conflicto de intereses [arriba]

Como veremos a continuación existen distintos supuestos donde a través de la determinación de la voluntad social los otorgantes del acto obtienen beneficios para sí en detrimento de la sociedad o los terceros. Si bien alguno de estos supuestos (los que se realizan en perjuicio de la sociedad) pueden estar más emparentados con la invalidez por viciar la causa del acto y su contenido, otros pueden aproximarse a supuestos de ineficacia propiamente dicha (inoponibilidad del acto) por su aparente licitud de origen, por presentarse válidos en su aspecto funcional y por la presencia de elementos externos que provocan resultados contrarios a derecho.

Sin embargo ambos supuestos tiene como común denominador la utilización abusiva de la persona jurídica mediante la afectación de elementos subjetivos del acto, y es por ello que los trataremos conjuntamente.

7.1.1. El control societario como cuestión previa

Sin dudas que la temática del control societario tiene entidad suficiente para tratarla en forma autónoma y enmarcarla dentro de los grandes puntos de estudio en la materia. Su conceptualización, su regulación, su uso y abuso son “cuestiones preocupantes” para aquellos que estudian y operan el derecho societario.

Champaud define genéricamente el control societario como “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”(211).

Por su parte nuestra ley da la noción de control en su art. 33: “se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesario para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) ejerza influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.”

La norma, al igual que la doctrina, distingue inicialmente dos formas de control(212), el interno o jurídico (inc. 1º) y el externo o de hecho (inc. 2º), este último incorporado por la reforma de la ley 22.903(213).

A los fines del presente nos interesa el mencionado control interno, jurídico o de derecho, que se ejerce a través de la facultad de determinar la voluntad social mediante el ejercicio del derecho de voto.

Como primer cuestión diremos que el control societario no está prohibido, ni debe prejuzgárselo con disvalor. Por el contrario, en muchos casos el contar con un control societario hegemónico brinda una conducción empresaria generalmente más eficiente que en casos donde se carece de tal.

El control societario interno es un derecho derivado del derecho de voto, con el que cuenta un socio o una agrupación de estos (sindicaciones). Es el derecho que tiene o tienen quienes cuentan con la mayoría de los votos para determinar la voluntad social.

El problema está en determinar cuándo se abusa de este derecho. En efecto, como todo derecho, su ejercicio tiene un límite y en dicho límite está en su abuso. Ahí, en ese indeterminado punto donde termina el derecho de unos (la mayoría) y comienza el derecho de otros (la minoría, la sociedad en forma diferenciada o los terceros), está el problema. En esa zona lagunosa e imprecisa está la diferencia entre lo lícito e ilícito.

7.1.2. El abuso del control

Advertimos lo complejo que resulta desentrañar el “abuso del control”. Primero por lo ambigua que aparecen las zonas límites en el ejercicio de todo derecho, y en este en particular. La cuestión objeto del análisis es hasta donde el ejercicio de ese derecho es válido y cuando comienza a ser inválido.

Para responder esta pregunta no tenemos un punto de apoyo firme y preciso que resuelva el problema. Muy por el contrario buscar la respuesta nos lleva a tomarnos de dos conceptos muy complejos y caros para el derecho: (i) el “interés social” y (ii) el fraude.

Estas son dos barreras que marcan un límite al legítimo ejercicio del derecho de control.

7.1.3. Limitaciones al voto

7.1.3.1. El interés social

7.1.3.1.1. La protección normativa del interés social

Dijimos que el primer límite al derecho de voto lo marca el interés social. Coincidimos que es imposible brindar una noción única de interés social, es más, su conceptualización ha “suscitado honda polémica acerca de cuál es el concepto esencial que la inspira, y si tal concepto es único”(214).

No obstante nos parece convincente la interpretación de Manóvil quien entiende “aquel interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fin de la sociedad. Es en este sentido que se habla en la literatura jurídica de interés social, entendido como el común denominador del interés jurídico de todos los socios en la sociedad”(215).

Expuesto el concepto se pone de manifiesto lo empinada que resulta la tarea de desentrañar si el titular del derecho de control tiene un interés contrario a ese “denominador común entre los socios”.

Sin perjuicio de ello, el interés social como patrón de conducta para la actuación orgánica ha sido protegido por el legislador. Tanto para el órgano de gobierno como para el de administración la ley ha procurado evitar que quienes tiene la facultad de concurrir a la formación de la voluntad social, y se encuentran en situaciones que revelen la posibilidad que su participación no sea coincidente con el interés social, se abstengan de hacerlo.

Con este fin se diseñaron normas “preventivas” que, o bien prohíben la intervención de quién pueda ver afectada su manifestación de voluntad de forma tal de no contribuir libremente a la formación de decisión social (art. 241/248 y 272 LS), o bien sencillamente vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de conflicto de intereses (art. 239/271 y 273).

Asimismo contamos con dos grupos de normas:

(i) las que tipifican claramente una situación conflicto de intereses prohibiendo la actuación del afectado, y

(ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva.

Dentro de las primeras tenemos:

- El art. 239 LS que prohíbe actuar como mandatarios de los accionistas en las asambleas a los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad.
- El art. 241 LS que prohíbe votar a los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión y en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.

- El art. 271 LS que prohíbe votar a los directores afectados la aprobación de contratos que éstos celebren con la sociedad y que no fueran de la actividad que ésta opere o en condiciones de mercado.

- El art. 273 LS que prohíbe realizar por los Directores ya sea por cuenta propia o de terceros actividad en competencia con la sociedad.

Dentro del segundo grupo de normas tenemos:

- El art. 248 LS que obliga al accionista o su representante a abstenerse de votar los acuerdos relativos a una operación determinada que tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad.

- El art. 272 LS que obliga al director que tuviere un interés contrario al de la sociedad a hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación.

Sencillo es deducir que identificar los supuestos incluidos en el primer grupo de normas resulta menos problemático que dilucidar cuando estamos frente al segundo.

“Mientras en el primer sistema, las circunstancias objetivas constituyen causa de exclusión del socio del derecho de voto y, como consecuencia, la invalidez del mismo por violación de la prohibición, en el segundo sistema estas circunstancias constituyen un criterio de admisibilidad de un excepcional control judicial de mérito sobre el contenido de la deliberación”(216).

Quiere decir entonces que cuando estamos frente a los supuesto indicados por los art. 239, 241, 271 y 273 LS, bastará con probar que el accionista o director se encuentra inmerso en la situación especial tipificada por la norma para impedir su participación, sin importar si su actuación fue o será contraria al interés social.

Por el contrario, en los supuestos del art. 248 y 272 LS (con alguna mayor amplitud de este último ya que inhibe no solo de votar sino también de deliberar), es necesario acreditar que una determinada circunstancia fáctica coloca al accionista o director en oposición de intereses con la sociedad de manera tal que dicha posición afectará o afectó su actuación orgánica dentro del ente.

Es decir que para los supuestos incluidos en el art. 248 y 272 LS habrá que efectuar una análisis causal del acto, una evaluación psicológica(217) de quienes actuaron o pudieran actuar viciando el consentimiento social, resolviendo en forma contraria al interés corporativo.

Vamos entonces a profundizar estos supuestos no tipificados y a los cuales la ley refiere genéricamente como de “interés contrario”.

7.1.3.1.2. El interés contrario

En los supuestos referidos por la norma genéricamente como de “interés contrario” hay que analizar las circunstancias externas que pueden afectar a la persona actuante de forma tal que su voluntad dentro del órgano se vea condicionada en forma perjudicial para el ente.

Obvio está decir que un accionista o director presuntamente inmerso en una situación de interés contrario al social puede asumir dos actitudes:

(i) lo hace saber y se abstiene de votar;

(ii) lo niega u oculta y participa del acto.

Como es lógico nos interesa estudiar el segundo supuesto y, dentro de este, aquellos casos donde dichos accionistas o directores tengan la cantidad de votos suficientes como para definir la voluntad del órgano(218).

En la práctica nos encontraremos ante análisis post-facto, con la decisión tomada y probablemente también (salvo cautelar mediante) con el hecho consumado. Situados en esta hipótesis ¿cuál es el método para desentrañar si estamos o no frente a una hipótesis de interés contrario?

Si bien la afección en estos casos es subjetiva (afectan a la causa del acto), entendemos que para determinar si una situación coloca a un socio o administrador en un supuesto de éstos, son dos los elementos objetivos a considerar:

(1) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un BENEFICIO para el afectado; y

(2) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un PERJUICIO ACTUAL o POTENCIAL para la sociedad.

Ambos requisitos tienen que estar presentes, ya que la contrariedad del interés significa que el beneficio para uno redunde en perjuicio para otro(219).

“En este orden de ideas, preciso es advertir, ante todo, que “interés contrario” no es igual a ausencia de interés”(220), sino muy por el contrario intereses opuestos. Por ello es necesaria la existencia de las dos caras de esta moneda BENEFICIO + PERJUICIO.

El beneficio:

Cuando hablamos de BENEFICIO para el afectado lo hacemos en sentido amplio, ya que consideramos no sólo los casos en que el favorecido por la decisión sea el propio individuo o persona jurídica que tiene actuación orgánica, sino también cuando su consecuencia beneficia a los intereses que esta representa.

Estos intereses “representados” se ven en todos los supuestos donde se coloca una interpósita persona entre el propietario del interés y quien detenta el dominio del cargo o de la participación societaria.

En los casos de los administradores habrá que evaluar muy particularmente si la decisión beneficia a personas vinculadas al mismo, o al grupo de socios que lo colocaron en el cargo.

El perjuicio:

Como sostuviéramos antes de ahora, ambos recaudos deben estar presentes(221). BENEFICIO para el socio o administrador o los intereses que estos representan, y PERJUICIO(222) para la sociedad.

Otra vez el requisito debe juzgárselo en forma amplia, en efecto, “no sólo cuando la sociedad tiene una pérdida actual o futura, sino también cuando pierde de ganar o tiene una ganancia menor de la posible con otra solución”(223).

En definitiva, del acto en interés contrario se tiene que desprender un BENEFICIO y un PERJUICIO, que tengan como nexo de causalidad dicha decisión y que por un lado beneficien al controlante y por el otro perjudiquen al ente.

7.1.3.1.2.1. Nulidad del acto y reparación del daño

No tenemos dudas que en el caso donde se haya tomado una decisión por una mayoría que obró haciendo prevalecer el interés contrario (en el sentido antes apuntado de BENEFICIO para si y PERJUICIO para la sociedad), tal decisión es nula y puede ser impugnada por los accionistas(224).

Coincidimos con autorizada jurisprudencia en cuanto a que la existencia del daño (actual o potencial) es necesaria para que pueda demandarse la nulidad(225), pero no como presupuesto de esta, sino como presupuesto de la existencia del interés contrario.

La existencia de interés contrario en la mayoría, afecta al acto jurídico ya que el acto fue otorgado por sujetos que se encontraban incapacitados legalmente (arts. 248 y 272 LS) para participar en dicha decisión. El acto jurídico societario como tal, al tener afectado uno de sus presupuestos (sujeto), es nulo.

Por otra parte, y luego de haber asumido una posición contraria en autos “Carabassa, I. c/Canale S.A.(226), la jurisprudencia ha adherido a esta posición, en autos “Comisión Nacional de Valores c/Laboratorios Alex SAC”(227) y “Leotta, Rodolfo c/Bevcar, Antonio y otros s. Sumario”(228).

Igualmente y sin perjuicio de ello, podrá reclamarse al controlante la reparación de los daños y perjuicios (art. 248 LS), aún en el caso que la decisión no se hubiera impugnado y se hubiera consentido por los socios minoritarios. Dicha posibilidad de reclamar la reparación del daño no es más que una aplicación del principio general sentado por el art. 54 LS y lo dispuesto por el art. 254 LS.

Como diferencia entre lo dispuesto entre el art. 54 LS y el 248 LS diremos que este último supone una responsabilidad objetiva, derivada exclusivamente de la situación de interés contrario con independencia del dolo o culpa de la controlante, que si exige la primera de las normas mencionadas.

7.1.3.1.3. La decisión contraria al interés social

Hemos indicado en el punto anterior, que para estar subsumidos en los supuestos de interés contrario, dos eran los elementos que debían concurrir: EL BENEFICIO para el controlante y EL PERJUICIO para la sociedad.

A contrario sensu, se puede inferir que si se toma una resolución contraria al interés social (es decir con PERJUICIO para esta), pero que no redunde en un

BENEFICIO para la mayoría votante, dicha resolución no estaría incluida en los supuestos del art. 248 y 272 de la LS.

Esto efectivamente es así. Los arts. 248 y 272 LS inhiben de votar a quién tiene un interés contrario, pero no a quién sin interés contrario vota una decisión que afecta al interés social.

Aquí la cuestión se dificulta, ya que descartada la existencia de un interés contrapuesto, se enfrentan el derecho de la mayoría a ejercer su derecho de voto decidir de acuerdo a SU discrecionalidad, y el derecho de la minoría a protegerse de una decisión de tal gravedad.

Sin embargo, y desde el más simple sentido común, no sería explicable (o al menos lógicamente posible) pensar que una mayoría libremente pretenda tomar una decisión intencionalmente perjudicial para la sociedad, sin que se esté alimentando algún beneficio externo vinculado a esta.

Entendemos al primer caso como “de laboratorio”, ya que es difícil de imaginar conductas autodestructivas como la que estamos describiendo. No obstante, es claro que no existe “interés contrario”, ya que a ésta mayoría no lo moviliza ningún interés a tomar la decisión, más que su propio criterio. Posiblemente errado, pero criterio al fin.

Es decir que en estos supuestos donde nos enfrentamos con decisiones contrarias al interés social, que no están movilizadas por un interés de la mayoría ajeno al de la sociedad tres pueden ser las razones:

- (i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto;
- (ii) un voto emitido con impericia o negligencia;
- (iii) una afección a su capacidad de discernimiento.

En la primer hipótesis, la resolución es obviamente impugnabile, por vicio en el consentimiento, e incluso puede ser demanda su nulidad por la mayoría afectada (art. 251 LS).

En la segunda, la decisión no es impugnabile ya que el acto es válido. En estos supuestos no existe ningún vicio en el acto jurídico. Los sujetos otorgantes del acto tiene capacidad de hacerlo (no hay interés contrario) y su causa es lícita, ya que la mayoría no actúa con intención de obtener un beneficio extraño al ente, sino con la convicción de estar procurando (aunque mediante una decisión inidónea) el interés social. No obstante, de tratarse de una decisión de los administradores y de acuerdo a su gravedad, podría demandarse su remoción e incluso cautelarmente la intervención de la sociedad(229).

La responsabilidad en estos casos si podrá ser reclamada al controlante, resultando de aplicación el art. 54 LS primer párrafo: “El daño ocurrido a la sociedad por el dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que su actuación pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.”

En la tercera hipótesis, lo que deberá demandarse es la nulidad del voto del incapaz y con ello la nulidad de la decisión cuestionada.

7.1.3.2. El fraude

7.1.3.2.1. Decisiones en beneficio de la controlante y en perjuicio del resto de los accionistas

Quedan ahora por considerar, aquellos casos donde la decisión cuestionada no resulta contraria al interés social, es más, puede ser coincidente con su interés, pero sin embargo el BENEFICIADO “real” -en el sentido de la causa fin del acto- es el controlante y el PERJUDICADO directo los socios ajenos al control.

Son casos donde en abuso del ejercicio del derecho del control de la voluntad social, pero en fraude a la ley o en fraude en perjuicio de terceros, y mediante un negocio jurídico indirecto, se procura utilizar los mecanismos societarios para obtener ventajas particulares.

Lo dificultoso de estos actos es que dichas decisiones no son contrarias al interés social, y que el acto en si resulta válido. Resulta justamente “idóneo” para el fin fraudulento.

El vicio, se encuentra en su causa, que bien oculta por los otorgantes (socio controlante) se disimula tras su apariencia de legalidad(230).

Estos casos, han tenido un reconocimiento jurisprudencial antes que doctrinario, ya que frente a casos concretos e injusticias flagrantes, los jueces han desenmascarado la realidad formal, dando prioridad a la realidad objetiva.

Este método inductivo puede ser la causa de su previa recepción por el common law -mediante el disregard- antes que por el derecho continental, que recién lo recepta a través del trabajo de Rolf Serik(231).

No obstante “ello ha provocado ciertas observaciones -diríamos prevenciones- al traslado indiscriminado del disregard en el contexto del derecho continental, de tradición dogmático-positiva. No debemos olvidar que esta tradición, proclive al pensamiento axiomático, busca siempre los fundamentos dogmáticos de toda solución jurídica.

La construcción del disregard carece de ella, porque es hija de un sistema jurídico en que, como apunta Esser, los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley, son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional lo que constituye el centro del pensamiento jurídico”.(232)

Por ello, es necesario a partir del pensamiento axiomático -continúa Zannoni- “revisar el concepto de persona jurídica antes que agredir la personalidad, de manera tal que, formuladas las correcciones dogmáticas al concepto, se nos permita evitar su utilización para fines contrarios a los que determinan su reconocimiento por la ley”(233).

7.1.3.3. El acto fraudulento

Los actos a que hacemos referencia son aquellos actos societarios, desarrollados dentro de la licitud del objeto social, que presentan todos los rasgos de validez en su conformación, pero que tienen una causa o fin en fraude a la ley, el contrato o a los terceros. En general, han sido denominados de distinta forma, pero entendemos que el concepto que mejor se adecua al fenómeno es el de fraude.

Por supuesto que cuando referimos a fraude lo hacemos en sentido amplio, que no se circunscribe al fraude pauliano que legislan los art. 961 y ss. CC(234), sino que comprende todos los casos que ya sea en perjuicio de tercero, o en ataque de normas imperativas, se ejecutan actos jurídicos bajo la apariencia de licitud genérica. La ilicitud está en el fin protegido por la norma jurídica. Como se ha dicho gráficamente: el negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada.(235)

“En términos generales, la noción de fraude constituye la modalidad de dolo constitutivo del animus nocendi o intención de dañar mediante la ejecución del acto jurídico. Hay fraude pues, adaptando la definición del art. 931 CC, toda vez que una persona se sirve del acto como artificio, maquinación o astucia tendiente a frustrar o impedir o eludir un interés legítimo de otra, u obtener un resultado contrario a derecho.”

La dificultad del fraude es que además de un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, cuenta con un elemento subjetivo, cual es el propósito de eludir la norma imperativa(236).

“El elemento psíquico interno deviene así un requisito que permite hablar propiamente de fraude en estos casos, donde se imputan resultados característicos a una situación fraudulenta”(237).

Demostrar esta intencionalidad dañosa, o animus nocendi, comprobar este propósito de eludir la norma, es sumamente complicado para la víctima de este tipo de maniobras, razón por la cual se dio en denominar la prueba del fraude “diabólica probatio”(238).

Probar la INTENCIÓN es probar el contenido de la psiquis del controlante al momento de impulsar una acción societaria. Solamente a través de presunciones que se logren mediante la prueba de los hechos que rodean al acto cuestionado se puede demostrar el acto fraudulento(239).

Esta tarea sólo es factible a partir de la demostración de los BENEFICIOS obtenidos por esta mayoría a costa de los PERJUICIOS sufridos por la minoría, por la inaplicación de la norma burlada.

Los artilugios utilizados, como el resto de los indicios que develen la real voluntad de la mayoría, la causa del acto, terminarán por crear una presunción que confirme la intencionalidad fraudulenta y la ineficacia del acto.

Por ello, en estos casos resulta preponderante que la doctrina judicial vayan elevando a la categoría de verdaderas presunciones absolutas o “fraudes

construidos”, a las conductas típicas de quienes actúan con intención de burlar la ley, el contrato o los derechos de terceros.

Veamos algunos casos prácticos donde así ha ocurrido:

1) C1ª CC Gral. San Martín, abril 13-976, P. De Z. M.E. c Z., P.(240)

Resuelve “descorrer el velo de la persona jurídica para descubrir el fin verdadero buscado por quién constituyó sucesivamente sociedades de las que se valió para alejar, de su sociedad conyugal, los bienes que adquirió durante su vigencia y que por tanto revisten el carácter de gananciales.”

2) CNCom, sala A, febrero 27-978, Astesiano, Mónica I. y otra c. Gianina, S.C.A.(241).

Se declaran inoponibles las normas societarias y se admite el pedido de entrega material de los bienes que corresponden a herederos del causante de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3598 del Código Civil.

3) CNCom., sala D, marzo 1-1996, Abrech, Pablo A. y otra c. Cacique Camping, S.A. s/sumario(242).

Se deja sin efecto un aumento de capital, al cual se lo consideró un artificio destinado a apartar a los dos actores de la participación en esa sociedad recibida de su padre.

7.1.4. La Ineficacia del acto fraudulento

El código civil ha optado en los casos de simulación relativa o de fraude a terceros, por inhibir al acto del fin dañoso perseguido. Es decir, que el acto conserve sus efectos frente a terceros, menos frente a aquellos que se quiso perjudicar.(243)

Por otra parte, la inoponibilidad el acto fraudulento, es la solución legal de nuestra LS que en su art. 54 in fine dispone:

“La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Consecuentemente la ley opta por privar al acto de su capacidad dañosa, haciéndolo ineficaz al fin querido, al fin práctico buscado por quienes, indirectamente echaron mano al expediente de la “circumsventio legis”(244).

7.2. La Inoponibilidad: La sociedad con objeto lícito y actividad ilícita [arriba]

El caso previsto por el art. 19 LS, presume un acto jurídico válido -un contrato sin vicios- que por causas externas al mismo (actividad ilícita), se ha tornado ineficaz. Lamentablemente la ley, ha ido más allá del propio concepto de ineficacia, y ha sancionado a la sociedad con la disolución, remitiendo incluso a lo dispuesto por el

artículo 18, que contempla un supuesto de nulidad. Solución ésta que se contrapone con el principio de conservación de acto jurídico societario ya enunciado.

No alcanza a remediar lo señalado lo dispuesto por la parte final de la norma que libera a los socios que acrediten buena fe (es decir que la “mala fe” se presume) de las sanciones previstas en el artículo 18 (exclusión de la cuota de liquidación y responsabilidad solidaria e ilimitada por el pasivo y los perjuicios causados).

La amplitud de supuestos que contempla la “actividad ilícita” y la gravedad de la sanción, han provocado de facto la inaplicabilidad de esta norma. La actividad societaria puede ser diversa y sólo una pequeña parte de ella ilícita. El concepto de ilicitud comprende desde una simple infracción o falta hasta un delito penal.

No vemos por qué este supuesto se aparta de lo dispuesto en el art. 54 in fine LS, que comprende una situación idéntica pero aplica una sanción distinta. Entendemos que si se declarara a estos actos como ineficaces e inoponibles a la sociedad, imputándolo a los administradores (y quienes actúen como tales) y a los socios de mala fe (es decir no ya presumiendo la mala fe de aquellos como en actual 19), quienes deberán responder por los perjuicios causados, la solución se adecuaría armónicamente con la naturaleza del supuesto contemplado y al orden jurídico establecido.

Notas:

(1) Cfr. NIETO BLANC, E., “Consideraciones sobre el concepto de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos”, LL, t. 104, p. 1014, citando a LAFAILLE, H., “Apuntes de Derecho Civil (Primer Curso)”, T. II, Bs. As., 1922, p. 239, nota 4, y a SANDULLI, citado por SCOGNAMIGLIO, R., “Contributo alla teoría del negozio giuridico”, Nápoli, 1956, párr. 144, p. 373, “este tema es en verdad difícil y lo agobia la inercia de una larga tradición, lo que no impide reconocer la justeza de Sandulli al recordar que estamos frente a una selva virgen (y oscura según acotaba Lafaille), que yace aún -digo a mi vez-, pacientemente, a la espera de su acabada exploración”.

(2) Cfr. ALEGRÍA, H., “El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras”, Rev. Derecho Privado y Comunitario, Nulidades, N° 8, Santa Fe, 1995, p. 287; OTAEGUI, J., “Invalidez de los actos societarios”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1978, p. 83; HALPERIN, I. “El régimen de la nulidad de las sociedades”, R.D.C.O., 1970, año 3, p. 545; ZAVALA, J., “Apuntes sobre el régimen de la nulidad en la ley de sociedades comerciales”, ED, t. 49, p. 327; ESCUTI, I. (h), “Sociedad e invalidez: algunos aspectos”, LL, t. 1976-C, p. 493; FERRER, M., “Nulidad de las sociedades comerciales”, JA, Doctrina-1975, p. 382; SEGAL, R., LAGOS, R., y CILIBERTO, J., “Ley de Sociedades”, LL, t. 1973, p. 118; FARINA, J., “Tratado de Sociedades Comerciales”, Parte Gral., Zeus, Rosario, 1978, p. 303; SALERNO, M., “La invalidez societaria ante la realidad económica”, R.D.C.O., 1988, año 21, p. 752; MATTA Y TREJO, G., “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, t. 2, Córdoba, 1992, p. 345; NISSEN, R., “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, Depalma, Bs. As., 1989, p. 1.

- (3) Cfr. NIETO BLANC, E., ob. cit., p. 1014.
- (4) LLAMBÍAS, J., "Tratado de Derecho Civil", parte general, Abeledo Perrot, t. II, Bs. As., 1973, p. 316.
- (5) ZANNONI, E., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", Astrea, Bs. As., 1986, p. 61-62.
- (6) BETTI, E., "Teoría general del negocio jurídico", 2ª edición, trad. Dr. A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 97-98.
- (7) Cfr. BETTI, E., ob. cit. p. 119.
- (8) ZANNONI, E., ob. cit., p. 75.
- (9) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit. p. 79.
- (10) Ibid.
- (11) ZANNONI, E., ob. cit., p. 82.
- (12) CARIOTA FERRARA, L., "El negocio jurídico", Aguilar, Madrid, 1956, p. 513, Trad. De M. Albaladejo.
- (13) ZANNONI, E., ob. cit., p. 89.
- (14) Cfr. CARIOTA FERRARA, L., ob. cit., p. 513-514.
- (15) En sus comienzos, Domat, desde una perspectiva racionalista, la entendía, como el fundamento, el móvil de cada una de las partes analizado en abstracto, lo cual en la práctica (como acertadamente indicaron los anticausalistas, v.g. Ernest) la confundía irremediablemente con el objeto, y la hacían de inútil distinción. Más tarde, posturas psicologistas (subjetivistas), encontraban en este elemento, la voluntad negocial, pero no solo aquella que fue externamente considerada, sino también la que las partes se representaron mentalmente al momento de concluir el acto.
- La excesiva latitud de estos conceptos, y su desmedido subjetivismo, llevó a que desde corrientes objetivistas, se aludiera a la finalidad esencial y típica de cada negocio, a su función económico social, como la causa del mismo, y como la única capaz de limitar la voluntad eficaz emitida por las partes al negociar. Esta, así considerada, lleva inevitablemente a que la causa, sea la misma en todo contrato de idéntico tipo.
- Es que bajo estas pautas, se ignora, lo querido por las partes en cada contrato en particular, los intereses específicos y condicionantes que existen en cada negocio jurídico, y que varían de acuerdo a cada persona, a cada tiempo y a cada lugar. Así llegamos a posturas eclécticas, como la de Larenz quien toma de las posturas objetivistas y subjetivistas, las bases del negocio jurídico.
- (16) Entre otros, LLAMBÍAS, SALVAT, CASEAUX - TRIGO REPRESAS.
- (17) Entre otros, BUSSO, LLERENA, LAFAILLE, MOSSET ITURRASPE, BORDA, ZANNONI.
- (18) Pero guardándonos "bien de caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar esta teoría. Entendemos que la causa está integrada por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo" (Cfr. BORDA, G., "Tratado de Derecho Civil Argentino", parte general, T. II, 4ª edición, Perrot, Bs. As., 1965, p. 95-96).
- (19) Cfr. NIETO BLANC, E., ob.cit., p.1015.
- (20) Cfr. LLAMBÍAS, J., ob. cit. p. 572.
- (21) Cfr. CIFUENTES, S., "El negocio jurídico", Astrea, Bs. As., 1986, p. 600.
- (22) Cfr. LLAMBÍAS, J., ob. cit. p. 573.
- (23) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 360.
- (24) Cfr. LLAMBIAS, J., ob. cit., p. 561-567.
- (25) Cfr. NIETO BLANC, E., ob.cit., p. 1014-1029.
- (26) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 162.
- (27) BORDA, G., ob. cit., p. 382.
- (28) Cfr. BORDA, G., ob. cit., p. 407.

- (29) O simplemente nulo para aquellos que no distinguen entre nulo y nulidad manifiesta, en adelante lo llamaremos nulo de nulidad manifiesta.
- (30) Cfr. MOYANO, J., “La restitución del artículo 1052 del Código Civil no es efecto de la anulación de los actos jurídicos”, JA, t. 43, p. 293. Sostiene, que la obligación de restituir es justamente la subsistencia del derecho preexistente del acto nulo, que éste no ha podido alterar, y de ningún modo significa un efecto particular de las nulidades.
- (31) FARGOSI, H., “La noción de actos ineficaces y el anteproyecto de la ley de concursos mercantiles”, LL, t. 140, p. 1283.
- (32) En ciertos casos la ley autoriza a una de las partes para denunciar el negocio, v.g. art. 1638, 1759 CC.
- (33) ZANNONI, E., ob. cit., p. 130.
- (34) No podemos dejar de nombrar en este tema el importante aporte de René Japiot y Daniel Bastián a partir de cuyos trabajos, surge con nitidez el concepto de inoponibilidad -”Des nullités en matière d`actes juridiques. Essai d`une théorie nouvelle” y “Essai d`une théorie générale de l`inopposabilité”, respectivamente-.
- (35) Cfr. FARGOSI, H., ob. cit. p. 1283.
- (36) La ineficacia en cambio es absoluta, cuando se le quitan sus efectos frente a todos, incluso frente a los propios otorgantes del acto.
- (37) ZANNONI, E., ob. cit., p. 136.
- (38) CARRIOTA FERRARA, L., ob. cit., p. 276.
- (39) PASSARELLI, S., “Doctrinas Generales del Derecho Civil”, trad. española, Madrid 1964, p.296.
- (40) Este autor critica a quienes pregonan la teoría de la inexistente, sosteniendo, que aquellos parten (influidos, quizás, por resabios de las viejas doctrinas del derecho natural) de la premisa de que todo acto jurídico está constituido por elementos o requisitos “racionales”, “naturales”, o “de hecho” que hacen a su “naturaleza” o “esencia”. De tal modo, que habría una existencia material o de hecho del acto o negocio, que estaría por encima de la ley y que la misma no hace más que reconocer. Cuando faltan esos elementos, no se daría tal existencia material o de hecho, es decir, habría inexistencia. En vez, la nulidad supondría, la existencia de hecho del acto o negocio, careciendo este de validez por violar alguna prescripción legal. Consecuentemente, existirían dos formas de existencia del acto o negocio, una material y otra jurídica. Esta doble existencia es causa fuente, de los “equivocos” de esta teoría. En efecto, si partimos de la base, que la norma, es el elemento formal que da vida y cristaliza al derecho, cuando “algo” tiene existencia jurídica, es precisamente por que una norma lo ha captado y calificado. Es decir, que o bien la declaración de la voluntad se ajusta a los requisitos puesto por la norma al calificar el acto jurídico de que se trata, dando realidad al esquema abstracto catalogado por aquélla, o no se ajusta siendo indiferente al ordenamiento jurídico, y sólo en el primer caso el negocio o acto tiene existencia legal como tal acto o negocio. La llamada existencia “de hecho” es la suma de algunos de esos elementos o requisitos, que no llegan a formar el supuesto comercial previsto por la norma. La alternativa es pues -”strictu juris”- hermética: hay acto jurídico o no lo hay (no acto); una tercera variante lógicamente no puede darse.
- (41) Cuando hacemos mención al ámbito donde nazca el acto, nos estamos refiriendo, a si dicho acto tiene origen en la vida interna de la sociedad, con todas sus variantes (v.g. por su administración, fiscalización o gobierno), o si dicho acto se desarrolla por la sociedad en su relación con terceros. Asimismo, también hay que diferenciar en cada caso particular, ya que por ejemplo en una sociedad con un órgano de administración unipersonal el acto jurídico que surge de este va ser

muy distinto que si aquél órgano es colegiado.

(42) Cfr. OTAEGUI, J., ob. cit., p.109, distingue, entre:

1- El acto plurilateral de constitución y de modificación, cuando ésta requiere la unanimidad.

2- El acto colegial de disposición, y de modificación, que incluye la del contrato cuando ésta requiere mayoría por norma legal en convencional.

3- El acto de administración, que puede ser unipersonal, plural o colegiado.

4- El acto de representación ante terceros, que puede ser individual o plural, sujeto al régimen de la LS, art. 58.

5- El acto con terceros referido a las operaciones integrativas de la actividad societaria que configura el objeto social, sujeto al régimen general de invalidez de los actos jurídicos sin perjuicio de determinadas soluciones específicas.

6- El acto del órgano de fiscalización unipersonal o colegiado.

(43) Cfr. OTAEGUI, J., ob. cit., p.109, expresa al respecto, que "...advertimos que hay dos clases de actos de especial vinculación con el régimen de sociedades y que son: el contrato de estructura plurilateral mediante el cual se constituye una sociedad, y el acto colegial mediante el cual se decide sobre el funcionamiento social (LS, arts. 132 in fine, 139, 145, 160 mayorías in fine, 234, 243, 316 y 366) y en las sociedades por acciones sobre la modificación del contrato (LS, arts. 215 y 235) como así también ocurre en algunos casos de la sociedad por cuotas (LS, art. 160)".

(44) Cfr. ASCARELLI, T., "Sociedades y Asociaciones Comerciales", Trad. de Sentis Melendo S., Ediar, Bs. As., 1946, p. 22-23. También ha trabajado el autor este tema en "Il contratto plurilaterale", en "Studi in tema di contratti", Milán, 1952, o "La liceita dei sindacati azionari", en Riv. Dir. Comm., Milan, 1931, T. II, p. 256.

(45) Cfr. COLOMBRES, G., "Curso de derecho societario", Parte General, Perrot, Bs. As., 1972, p. 26-27.

(46) Cfr. NISSEN, R., "Ley de sociedades comerciales", Depalma, Bs. As., 1993, T. 1, p. 55-56.

(47) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 223.

(48) En este sentido FIORENTINO, A., "Gli organi delle società di capitali", p. 58, ha entendido que "la deliberación cuando es declaración de voluntad tiene por lo normal la naturaleza de negocio jurídico, esto es declaración de voluntad destinada mediata e inmediatamente a la consecución de un fin práctico reconocido por el ordenamiento jurídico".

(49) Recordamos, que a pesar del trascendental aporte realizado por VASELLI, M., "Deliberazioni Nulle e anulabili", en cuanto a la deliberación de los órganos societarios, este no los incluía dentro de la categoría de los negocios jurídicos dada su eficacia puramente interna, siendo con el posterior aporte de Betti, que se esclarece esta cuestión, dado que lo que caracteriza al acto jurídico no es su trascendencia externa, sino la manifestación de la voluntad, señalando un criterio de conducta, sin importar donde opere.

(50) Decimos podrá y no deberá, dado que es posible que el órgano de administración y/o de fiscalización sea unipersonal.

(51) MARCILI, M., y FRANCO, C., "Acerca de la naturaleza jurídica de la deliberación de los cuerpos colegiados", JA, Doctrina, T. 1963-I, p. 4.

(52) Cfr. SCHMIDT, D., "Les droits de la minorité dans la société anonyme", Paris, 1970, p. 19, N. 2.

(53) Cfr. Capítulo I, "Los conceptos".

(54) Cfr. ZAVALA, J., ob. cit. p. 928.

(55) CNCom, Sala B, 21.12.84, "Saunier c/ Casa de las Juntas", LL, 1985-D, p. 90. Este principio ha sido receptado por la jurisprudencia, donde se ha dicho que "en materia societaria existe la necesidad de limitar al mínimo, lógicamente posible, la categoría de nulidades absolutas frente a la de anulabilidad".

(56) Recordamos que esta interpretación en muchos casos es “contra legem”, pero de acuerdo al principio general en la materia, resulta plenamente aplicable.

(57) Cfr. ALEGRIA, H., ob. cit. p.294, expresa que “cualquiera sea la causal que provoque la invalidez que lleve a la liquidación, ella tendrá efecto respecto de terceros de buena fe, únicamente después de su declaración”.

(58) Pareciera que los elementos faltantes (causa y forma) son comunes, con lo cual su vicio afectará todos los vínculos.

(59) En la exposición de motivos, se hace referencia a este artículo, expresando que: “en tal sentido y modificando el art. 16 del anteproyecto aunque manteniendo sustancialmente sus solución, se establece que la nulidad, anulabilidad o resolución del contrato no se producirá cuando la nulidad o anulación afecte el vínculo de alguno de los socios salvo que la participación o la prestación, con arreglo a las circunstancias deba considerarse esencial”. De esto surge que este primer párrafo del artículo, ha nacido de la propia comisión, lo cual puede justificar sus imprecisiones técnicas.

(60) Cfr. ZAVALA, J., ob. cit. p. 928.

(61) Al respecto, destacamos que en nuestro derecho “la prestación es el sinónimo de aporte en obligación de dar un bien en propiedad, y la prestación es el sinónimo de aporte de una obligación de dar un bien en uso, goce o de hacer, como puede inferirse del régimen de las prestaciones accesorias (LS arts. 45 y 50)”, así OTAEGUI, J., ob. cit., p. 163. Sin embargo en el Cód. Italiano ambos términos se utilizan como sinónimos.

(62) Cfr. ZAVALA, J., ob. cit. p. 928.

(63) Art. 1420 Cód. Civil italiano: “Nulidad en el contrato plurilateral: en los contratos con más de dos partes en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecta al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del contrato, salvo que la participación de ella deba considerarse, de acuerdo a las circunstancias, como esencial.”

(64) Art. 1446 Cód. Civil italiano: “Anulabilidad en el contrato plurilateral: en los contratos indicados en el art. 1420 la anulabilidad referente al vínculo de una sola de las partes no importará la anulación del contrato, salvo que la participación de ésta deba considerarse, de acuerdo a las circunstancias como esencial.”

(65) Art. 1459 Cód. Civil italiano: “Resolución en el contrato plurilateral: en los contratos indicados en el art. 1420, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no importa la disolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse, de acuerdo a las circunstancias, como esencial.”

(66) Art. 1466 Cód. Civil italiano: “Imposibilidad en el contrato plurilateral: en los contratos indicados en el art. 1420, la imposibilidad de la prestación de una de las partes no importa la disolución del contrato respecto de las otras, salvo que la prestación incumplida haya de considerarse de acuerdo con las circunstancias, como esencial.”

(67) Remarcamos que nos referimos a ineficacia propiamente dicha, o ineficacia funcional, según la terminología de Zannoni.

(68)(69) Como lo expresáramos en el comienzo de este trabajo, en general existe una profusa confusión terminológica. En este caso el legislador, expresa “será anulable”, en lugar de ser “nulo”, cuando en realidad la diferencia entre nulo y anulable es una cuestión de hecho, sólo determinable en el caso concreto. En estos casos, resulta aconsejable utilizar nulo o inválido, como términos genéricos.

(70) No entendemos por que el legislador pudo haber querido darle más trascendencia a uno vicios que a otros, de allí que creamos que se trata de una imprecisión técnica. En una posición contraria se encuentra SEGAL, LAGOS y CILIBERTO, ob. cit. p. 120.

- (71) HALPERÍN, I., ob. cit. p. 554.
- (72) Cfr. NISSEN, R., ob. cit., p. 202. Y refiriéndose a la norma, entiende a la misma que peca por inflexible, dado que no da posibilidad de recomponer la pluralidad de socios.
- (73) Cfr. HALPERÍN, I., ob. cit. p. 554.
- (74) Al respecto, resulta sumamente esclarecedor el concepto brindado por SEGAL, LAGOS y CILIBERTO, quienes entienden "...que la participación de un socio se considerará esencial cuando se pueda conseguir la finalidad tenida en vista por las partes al contratar la constitución societaria o bien cuando el objeto social se torne imposible sin esa participación por hacer ésta, valga la redundancia a la esencia del contrato vinculativo" (Cfr. ob cit., p. 119).
- (75) Cfr. NISSEN, R., ob. cit., T. 1, p. 202. En este sentido, entiende que "en tales supuestos, el carácter de esencial y su virtualidad, como causa de nulidad del contrato de sociedad, debe ser apreciado por el juez en cada caso, ...habida cuenta de las circunstancias...".
- (76) Cfr. OTAEGUI, J., ob.cit., p. 164, refiriéndose a la esencialidad de la participación o prestación, entiende que la misma es una cuestión de hecho, que queda sujeta a apreciación judicial.
- (77) Cfr. HALPERIN, I.; COLOMBRES, G.; FARGOSI, C.; ODRIOZOLA, C. y ZALDIVAR, E., "Anteproyecto de Ley General de Sociedades", Art. 16. A su vez, la exposición de motivos decía al respecto: "...sin embargo, se estima útil insistir en que la ley asume, a través de esta norma, una clara posición en punto no sólo a la naturaleza jurídica del acto constitutivo, sino también en lo que hace a los principios rectores en materia de interpretación del contrato de sociedad, que dejan de ser los genéricos y son reemplazados por los específicos de esta categoría contractual; demostración de ello la constituye el art. 16, que declara expresamente aplicable en materia tan delicada como la nulidad, los principios que rigen los contratos plurilaterales...".
- (78) ZANNONI, E., ob. cit., p. 89.
- (79) ZALDIVAR, E., y otros, "Cuadernos de derecho societario", Abeledo-Perrot, vol. I, p. 257.
- (80) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 88 y 89.
- (81) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 177, define a la legitimación como la "competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata regular".
- (82) ZANNONI, E., ob. cit., p. 85.
- (83) CÁMARA, H., "Capacidad e incompatibilidad de las personas individuales para integrar sociedades comerciales", R.D.C.O., 1986, N° 19, p. 181.
- (84) CAMARA, H., ob. cit., p. 207.
- (85) CÁMARA, H., ob. cit., p. 182.
- (86) LLAMBIAS, J., ob. cit., T I., p. 389.
- (87) Cfr. LLAMBÍAS, J., ob. cit., T. I, p. 402. Los incapaces de hecho que enumeramos a continuación, son los únicos posibles de ser considerados tales en nuestro ordenamiento, así que "fuera de las persona enunciadas en los arts. 54 y 55 del Código Civil no hay otros incapaces de hecho".
- (88) Cfr. ANAYA, J. y PODETTI, H., "Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados", Omeba, T. 1, p. 364. Textualmente expresan: "parece acertada la doctrina que encuentra aplicable, en estos casos, las normas relativas a la tutela y curatela".
- (89) Cfr. Arts. 297 a 300 Cód. Civil para los padres y arts. 443 inc. 12 a 475 para los curadores y tutores.
- (90) Cfr. BORDA, G., ob. cit., T. II, p. 218.
- (91) Tanto por matrimonio (art. 131 CCl) como por habilitación de edad

(emancipación dativa del art. 131, 3ª parte, CC).

(92) Es otra de las formas de lograr la capacidad anticipada (art. 10 CCom.).

(93) Al respecto sostiene CÁMARA, H., ob.cit., p. 189, que “ha sido reglado improlijamente, lo que motivó desintelencias interpretativas”.

(94) LLAMBÍAS, J., ob. cit., p. 389.

(96) Cfr. ZALDIVAR, E. y otros, ob. cit., p. 178.

(96) CÁMARA, H., “Sociedades entre cónyuges en nuestro derecho”, R.D.C.O., 1985, N° 18, p. 89.

(97) Cfr. CÁMARA, H., ob. cit., p. 89-92.

(98) NISSEN, R., ob.cit., T. I, p. 297, en relación a las sociedades en comandita por acciones que sostiene que en las mismas “sólo puede admitirse que ambos cónyuges sean socios comanditarios, e incluso que uno de ellos revista la calidad de socio comanditado y el otro comanditario, pues la prohibición que pesa sobre este último de inmiscuirse en la administración de la sociedad impide que se viole el régimen patrimonial del matrimonio, que como se dijo, es de orden público”.

(99) Cfr. HALPERIN, I., ob.cit., p. 551. Esto es obvio atento lo regulado por los arts. 1358 y 1441 CC, sin embargo entiende como posible la cesión o venta entre cónyuges.

(100) CÁMARA, H., ob. cit., p. 107, agrega el autor citado, que “la exclusión debe deducirla la sociedad no a los seis meses, sino a los noventa días de que se tuvo noticia de la causal -plazo de extinción-, y en caso de no acatarse promover posteriormente la acción judicial”.

(101) Sobre el tema se ocupa con profundidad ZANNONI, E., en “El régimen legal de sociedades comerciales entre cónyuges: insuficiencia y contradicciones (arts. 27 y 29, primer párrafo, decreto-ley 19550)”, Rev. del Notariado, N° 747.

(102) NISSEN, R., ob. cit., p. 299.

(103) Similar posición a la aquí expuesta sustenta ALEGRÍA, H., en ob. cit., p. 301.

(104) Cfr. ZALDIVAR, E. y otros, ob. cit., T. I, p. 178.

(105) HALPERÍN, I., “Sociedades Anónimas”, Depalma, p. 156.

(106) Cfr. NISSEN, R., ob. cit., T. I, p. 308.

(107) No coincidimos con Julio C. OTAEGUI, que considera a este vicio como causante de una simulación ilícita, por crear una cláusula insincera, sino que consideramos a estas formas de constitución y aumento de capital, como incapacidades de derecho de las sociedades.

Además, y si tenemos en cuenta que esta incapacidad tiende a resguardar el capital en su función de garantía (indirecta), y que dicha función en la práctica se ha mostrado seriamente cuestionada, resultarán muy extraños aquellos casos donde la simulación, tendiente a burlar dicha garantías, se haya producido realmente.

Pues bien, como es sabido la verdadera garantía de los acreedores es el patrimonio de la sociedad, y no su capital (que en muchos de los casos resulta insignificante respecto de aquel), y aunque ambos coinciden al momento de su constitución, enseguida (mucho antes de los 3 meses), dejan de hacerlo, deviniendo la supuesta simulación inexistente. Por otra parte, y previo dicha simulación se encuentra la incapacidad del sujeto para realizar el acto (haya o no simulación), por lo que deviene abstracta la discusión sobre la causa de tales participaciones.

Sobre el tema ver, VERGARA DEL CARRIL, A., “Capital Social”, ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, T. III, p. 598.

(108) Cfr. MANOVIL, R., “Deficiente regulación de las participaciones recíprocas: sociedad controlada, a la vez controlante de su controlante y distorsión de la organización societaria”, ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho societario y la Empresa, T. III, p. 643, sostiene, que debemos “distinguir según la participación se hubiera adquirido con capital o reservas legales, o con

utilidades acumuladas como reservas libres, u otro título contable similar. Ello es así, porque en este último supuesto no estaría afectando la intangibilidad del capital sino, en todo caso la consistencia del patrimonio...”.

(109) Ley 19.550, Exposición de motivos.

(110) Ver nota 116, donde cuestionamos los argumentos que llevaron a la sanción de esta norma.

(111) En el caso de órganos colegiados, deben tenerse en cuenta las pautas de exención de responsabilidad.

(112) Debe considerarse también como pasibles de esta sanción, en razón de sus funciones (art. 281 inc. g), a los miembros del Consejo de Vigilancia.

(113) Cfr. OTAEGUI, J., ob. cit., p. 319.

(114) Cfr. ALEGRÍA, H., ob. cit., p. 305.

(115) No encontramos razón valedera que haga inaplicable el principio general en materia de nulidades.

(116) ALEGRÍA, H., ob. cit., p. 305.

(117) El art. 2360 del Cód. Civil Italiano dispone que: “Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta...”.

(118) Cfr. MANOVIL, R., ob.cit., t. III, p. 641.

(119) Debemos suponer que se encuentran incluidos los tres supuestos de control que prevee la ley, dado que “ubi lex non distinget nee distinguere debemus”, con lo cual se daría el contrasentido marcado por MANOVIL, R., ob. cit., p. 645, quien señala que “entre una sociedad vinculada con otra por un contrato de concesión exclusiva (configurativo de una relación de control externo) podrá haber participaciones recíprocas (porque que el control se defina por la relación externa no impide que la controlante tenga participaciones no dominantes en la controlada), mientras que en una relación de concesión si carácter exclusivo y en la que no se configure el control externo, a igualdad de las demás condiciones, tal participación recíproca resulta ilícita”.

(120) MANOVIL, R., ob. cit., p. 641.

(121) MANOVIL, R., ob. cit. p. 641-642.

(122) El art. 2359 bis del Cód. Civil Italiano, dice que “la sociedad controlada por otra sociedad no puede ejercer el derecho de voto en la asamblea de esta”.

(123) Ley 19.550, “Exposición de motivos”, que agrega: “...fijó tal limite, en atención a que las participaciones que lo excedan importarían una deformación de las actividades que realmente deberían cumplirse en consonancia con un objeto no exclusivamente financiero o de inversión”.

(124) Cfr. HALPERÍN, I., en ob. cit., p. 157, expresa que “los fines perseguidos por la norma son: 1) que por esta vía indirecta no se cambie el objeto social; 2) que el cambio de límites legales, no se realice a espaldas de los socios; 3) que puedan crearse entes o agrupaciones económicas que escapen al control estatal organizado por el art. 299 cit.”.

(125) Cfr. ZALDIVAR, E., ob. cit., T. II, vol. IV, p. 50.

(126) Cfr. Art. 31, 2º párrafo, Ley 19.550.

(127) La creación de este método de subsanación no significa que se dejen de lado otros posibles, motivado en la conservación del acto jurídico, es perfectamente viable, que tal como lo expresa LE PERA, en “Cuestiones de derecho comercial”, Astrea, 1973, p, 160, se aumente el capital en la proporción necesaria.

Nos parece que la referencia a la aprobación del balance general es solamente referencial, ya que esta incapacidad por una participación en exceso puede ser reflejada por otros elementos contables (v.g. balances especiales, estado de situación patrimonial, informe del síndico, etc.). En su caso no vemos razón para aguardar a la aprobación por la asamblea del balance general para que surja la obligación de vender las participaciones en exceso.

- (129) Disentimos con OTAEGUI, J., ob. cit., p. 357, que entiende al supuesto del art. 31 como un supuesto de ineficacia.
- (130) Creemos que la nulidad debe decretarse sólo en el monto del exceso y no por toda la participación que hubiera adquirido en dicho acto. De esta forma se evitan mayores consecuencias disvaliosas.
- (131) La amortización de acciones está prevista en el art. 223 LS, requiere previsión estatutaria, se realiza con ganancias realizadas y líquidas, puede ser parcial, la intervención asamblearia es al sólo efecto de determinar el justo precio y la igualdad entre los accionistas, y una vez efectuada la misma debe ser entregado a los accionistas a cambio de aquella un bono de goce. El reembolso, está previsto en el art. 235 inc. 3º LS, se asemeja mucho más a la amortización, ya que consiste en la devolución del monto de su aporte al accionista, que continúa con todos sus derechos como tal, siendo sus acciones de disfrute o de gozo, sin producirse la anulación de aquellas.
- (132) SASOT BETES, M., y SASOT, M., “Sociedad Anónima. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables”, Depalma, Bs. As., 1985, p. 294.
- (133) Cfr. HALPERÍN, I., ob. cit., p. 319.
- (134) Cfr. PERROTA, S., “Adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones”, LL, T. 1975-D, p. 109, donde sostiene que la “doctrina señala en tal sentido que, se trata de una nulidad absoluta y manifiesta porque importa una incapacidad jurídica de la sociedad, dispuesta ministerio legis”.
- (135) Cfr. HALPERÍN, I., ob. cit., p. 320.
- (136) Cfr. PERROTA, S., ob. cit., p. 111. El art. 1047 CC, prohíbe alegar la nulidad del acto, a quién lo ha ejecutado, sabiendo o debiendo saber que el vicio lo invalidaba, por lo que la doctrina entiende que el vendedor en estos casos nunca estaría legitimado para demandar la nulidad. Por ello quién actuó de buena fe deberá demostrar que no sabía ni debía saber la circunstancia de que le estaba vendiendo las acciones a la sociedad emisora de la misma.
- (137) Cfr. OTAEGUI, J., ob. cit., p. 361.
- (138) Cfr. GUTIERREZ ZALDIVAR, A., “La compra de sus propias acciones por una sociedad anónima”, LL, T. 1980-B, p. 100, este autor en trabajo sobre este tema, sostuvo que “el legislador en muchos casos en que no está seguro de que convenga una prohibición total, deja caminos abiertos a la interpretación, y nos parece que este es el origen de la no feliz inclusión del daño grave”.
- (139) Recordamos que al comienzo del art. 220 dice: “La sociedad puede adquirir acciones que emitió, sólo en las siguientes condiciones...”.
- (140) CNCom., Sala A, octubre 29-979, “Frigorífico La Pampa S.A.”, LL, T. 1980-B, p. 86-101.
- (141) Es fundamental al analizar este tema, comprender que nos encontramos frente a una incapacidad de derecho de la sociedad y no del directorio como entiende GUTIERREZ ZALDIVAR, A., ob. cit., p. 91; MESSINEO, Riv. Di Diritto Commerciale 1926-I-394; SUSSINI, M., “Adquisición de sus propias acciones por la sociedad”, LL, T. 28, p. 643., entre otros. Esto trae como consecuencia que la asamblea sólo aprueba la justificación dada por el directorio, y no autoriza el acto, y aunque lo haga, el mismo puede llegar a ser nulo. Esta confusión en que incurren los autores citados, tiene como origen el viejo art. 343 del Cód. de Comercio, que refería la prohibición a los administradores y directores, y lo ubicaba en la sec. IV, “de las sociedades anónimas”, que se trataba la administración y fiscalización de la sociedad. Actualmente el art. 220 no deja dudas, se refiere a “la sociedad” (“...puede comprar las acciones que emitió sólo...”), y está ubicado dentro de la sección referente a las acciones (“De las acciones”).
- (142) GUTIERREZ ZALDIVAR, A., ob. cit., p. 100.
- (143) NISSEN, R., ob. cit., T. III, p. 280.
- (144) BORDA, G., ob. cit., p. 95-96.

(145) Aunque como bien lo señala BETTI, E., ob. cit., p. 119, “en realidad lo que el individuo declara o actúa con el negocio es siempre una regulación de intereses propios en las relaciones con otros sujetos, de la cual advierte aquél el valor socialmente vinculante antes aún de que sobrevenga la sanción del Derecho”.

(146) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 124.

(147) BETTI, E., ob. cit., p. 119.

(148) ROMERO, J., “Sociedades Irregulares y de hecho”, Depalma, p. 8.

(149) FARINA, J., “Tratado de sociedades comerciales”, Parte General, Zeus, Rosario 1978, p. 235.

(150) HALPERIN, I., ob. cit., T. I., p. 44.

(151) ALEGRIA, H., ob. cit., p. 294.

(152) Cfr. ROMERO, J., “Notas sobre la tipicidad en el derecho societario”, R.D.C.O., 1982, año 15, p. 375.

(153) Ver Capítulo I del presente.

(154) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 98.

(155) Ibid.

(156) ROMERO, J., ob. cit., p. 78.

(157) Sobre estas profundizaremos en el próximo capítulo.

(158) Cfr. ROMERO, J., ob. cit., p. 94-95.

(159) CNCom., Sala B, “Pueyrredón 429 S.A.”, ED, T. 47, p. 353.

(160) Res. 32/73.

(161) Por ej. en el Art. 28, Ley 19.550.

(162) ZANNONI, E., ob. cit., p. 95.

(163) Cfr. OTAEGUI, J., ob. cit., p. 396-400.

(164) Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., “Sociedades anónimas. Las Asambleas”, Ábaco, Bs. As. 1978, p. 301-314.

(165) Cfr. ODRIOZOLA, C., “Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones assemblearias”, JA, T. 1973, Doctrina, p. 251. El art. 248 se ocupa particularmente de este supuesto, estableciendo al accionista o su representante la obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella operación en que tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad. “La obligación de abstenerse de votar y las consecuencias resultantes del incumplimiento de esta prohibición emergen de la existencia de un interés en pugna entre el accionista y la sociedad. Debe existir una contraposición de intereses y en ese choque la ley reconoce prioridad al resguardo del interés social. La posición de ambas partes debe ser antitética con relación al objeto del acuerdo, resultando imposible la satisfacción simultánea de ambos intereses porque la consecución de uno representa el sacrificio del otro y viceversa”.

(166) El art. 217 establece que los accionistas con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, excepto para las decisiones del art. 244, o cuando se encuentren en mora de recibir sus beneficios, o si cotizaren en bolsa y se suspendiere retirar dicha cotización.

(167) Aclaremos que a los efectos estudiar la legitimación para actuar en el acto asambleario, hemos tomado el art. 238 previo a su modificación que elimina el primer párrafo y las acciones al portador.

(168) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 86.

(169) Art. 234 (Asamblea ordinaria): Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1) Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos. 2) Designación y remoción de directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución. 3) Responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia. 4) Aumentos de capital

conforme el art. 188. Para considerar los puntos 1 y 2 será convocada dentro de los cuatro meses del cierre de ejercicio.

Art. 235. (Asamblea Extraordinaria): Corresponde a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación de estatuto y en especial: 1) Aumento de capital, salvo el supuesto del art. 188. Solo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. 2) Reducción y reintegro del capital. 3) Rescate, reembolso y amortización de acciones. 4) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo. 5) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al art. 197. 6) Emisión de debentures y su conversión en acciones. 7) Emisión de bonos.

(170) Cfr. ZALDIVAR, E. y otros, ob. cit., vol. III, p. 401-402.

(171) ZALDIVAR, E. y otros, ob. cit., vol. III, p. 391.

(172) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 223, “la participación de varias personas en un mismo negocio se produce en virtud de una común e igualitaria legitimación, para la tutela de un mismo interés y, por lo tanto, de modo que aquellas actúan de un mismo lado”.

(173) OTAEGUI, J., ob. cit., p. 411.

(174) Cfr. COLOMBRES, G., “Curso de derecho societario”, Parte General, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 84.

(175) Cfr. MANOVIL, R., ob. cit., p. 314.

(176) Cfr. LLAMBÍAS, J., ob. cit., p. 163, señala que “se trata de una noción fluida y relativamente imprecisa en cuanto a su contenido concreto, por una exigencia de su misma naturaleza. Si se trata como hemos dicho de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, se comprende que no sea dable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico que puede estar estructurado, y de hecho lo está, conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestas”.

(177) LLAMBÍAS, J., ob. cit., p. 158.

(178) Y, esta disquisición, sobre el carácter de las normas, es una disquisición que nos obliga el propio artículo 21 del CC, que es justamente el que le pone límites a la autonomía de la voluntad para apartarse de las normas que tutelan el orden público:

“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (art. 21 CC).

(179) SALVAT, R., “Tratado de derecho Civil Argentino”, Parte General, Tipografía Editora Argentina, Bs. As., 1954, T. I, p. 148-149.

(180) BUSSO, E., “Código Civil Anotado”, Compañía Argentina de Editores, Bs. As. 1944, p. 190-195.

(181) SMITH, J., “Orden público”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliografía Omeba, T. XXI, opci-pemi, Bs. As. 1966, p. 56.

(182) SMITH, J., ob. cit., p. 56.

(183) Cfr. MANOVIL, R., “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba 1992, T. II, p. 305.

(184) Cfr. MATA y TREJO, G., “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba 1992, T. II, p. 345.

- (185) Recordamos que esta interpretación en muchos casos es “contra legem”, pero de acuerdo al principio general en la materia, resulta plenamente aplicable.
- (186) En su mayoría los adherente a la posición de considerar este plazo como de caducidad han seguido a FARGOSSI, H., “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones” LL, 1975-A, p. 1061.
- (187) Cfr. NISSEN, R., “Naturaleza del plazo previsto por el artículo 251 de la ley 19.550 para promover la acción de impugnación de decisiones asamblearias”, R.D.C.O., Año 21, Año 1988, p. 548-549: “si llegamos a la conclusión de que la nota distintiva esencial está dada, por lo general, en que mientras la caducidad implica la imposibilidad del nacimiento o perfeccionamiento de un derecho por inactividad del sujeto legitimado, la prescripción priva de la posibilidad de ejercer la acción que le confiera el derecho del cual gozaba ab initio, sin necesidad de actividad alguna de parte. La actividad requerida antes de que expire el plazo de caducidad hace a la integración o al nacimiento del derecho; si tal conducta positiva no se produce no hay derecho, en tanto que la prescripción afecta a la acción nacida de un derecho ya existente, sin necesidad de actividad alguna del sujeto”. “A la luz de tales diferencias, no cabe dudar la inclusión del plazo establecido por el art. 251 de la ley 19.550 debe ser considerado como de prescripción, pues si quienes están legitimados para promover la acción impugnatoria no lo han hecho dentro del término legal establecido, no han frustrado un derecho de expectativa, pues el se ha perfeccionado desde la clausura del acto asambleario, y en consecuencia el transcurso del plazo legal afecta exclusivamente el ejercicio de la acción que le confiere el derecho de protestar contra las resoluciones sociales”.
- (188) BORDA, G., ob. cit., p. 382.
- (189) Cfr. BORDA, G., ob. cit., p. 407.
- (190) O simplemente nulo para aquellos que no distinguen entre nulo y nulidad manifiesta, en adelante lo llamaremos nulo de nulidad manifiesta.
- (191) Como aclaración, mencionamos que siendo que en el ámbito societario todas las nulidades son relativas, el acto nulo de nulidad manifiesta es susceptible de subsanarse por prescripción del derecho a impugnarlo a los 3 meses de clausurada la asamblea.
- (192) Cfr. MOYANO, J., “La restitución del artículo 1052 del Código Civil no es efecto de la anulación de los actos jurídicos”, JA, T. 43, p. 293, sostiene, que la obligación de restituir es justamente la subsistencia del derecho preexistente del acto nulo, que éste no ha podido alterar, y de ningún modo significa un efecto particular de las nulidades.
- (193) ZANNONI, E., ob. cit., p. 88.
- (194) Cfr. BENDERSLKY, M., “Impugnación judicial de Asambleas de Sociedades Anónimas”, R.D.C.O., 1977, Año 10, p. 18.
- (195) NISSEN, R. y VÍTOLO, D., “La impugnación de decisiones del directorio”, LL, T. 1990-B.
- (196) Cfr. ZALDIVAR, E. y otros en “Cuadernos de derecho societario”, Vol. III, p. 667; BUTTY y CARVAJAL en su ponencia presentada al Segundo Congreso Nacional de Derecho Societario, p. 65; HALPERIN, I., “Sociedades Anónimas”, p. 439.
- (197) Cfr. MANOVIL, R., ob. cit., p. 305-306, “cuando la resolución está destinada a producir efectos fuera de la sociedad y afecta derechos de personas colocadas en condición de tercero respecto de ella (aunque sea accionista o integrante de un órgano, como cuando la asamblea niega remuneración a un director o a un síndico), se está en el plano de las relaciones Inter.-subjetivas. En tal caso no rige el régimen de impugnaciones de la Ley porque de lo que se trata es de un conflicto entre sujeto sociedad y el tercero”.
- (198) Cfr. BETTI, E., ob. cit., p. 223, “la participación de varias personas en un mismo negocio se produce en virtud de una común e igualitaria legitimación, para

la tutela de un mismo interés y, por lo tanto, de modo que aquellas actúan de un mismo lado”.

(199) Cfr. NIETO BLANC, E., “Consideraciones sobre el concepto de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos”, LL, T. 104, p.1015.

(200) Es muy común, las confusiones entre irregularidad y tipicidad, si bien ha quedado establecido, que mientras la tipicidad es condicionante del contenido del acto jurídico, la tipicidad es una forma de publicidad, creemos oportuno citar a ROMERO, J., “Sociedades irregulares y la reforma de la ley 22.903”, R.D.C.O., p. 45, refiere a la tipicidad diferenciándolo de la irregularidad diciendo que: “el régimen de tipicidad estructura un conjunto de preceptos tendientes a articular un régimen de responsabilidad, que debe ser respetado en todos los casos en la constitución de la sociedad. Se trata de un régimen de responsabilidad interna, de un mecanismo de protección a los terceros, a través del aseguramiento del respeto de un cúmulo de recaudos estructurales internos, que marcan las pautas de responsabilidad, y siendo violentados, determinan la nulidad de todo el contrato. La regularidad, al contrario, parte de un contrato válido, de un contrato típico, un contrato que se celebró respetando la estructura legal, tal como surge del art. 21 y especial del art. 23 LS, un contrato que para ser oponible a terceros, debe ser revestido de la publicidad que la ley impone. Por ello las sanciones son distintas: para la atipicidad, la nulidad; para la irregularidad, la inoponibilidad. Esta inoponibilidad que parte de un contrato plenamente válido pero que no produce efectos ante terceros por no haber sido dotado de la publicidad de derecho establecida”.

(201) FAVIER DUBOIS, E. (h), “Publicación de edictos y regularidad social”, Rev. del Notariado, n° 446, p. 764.

(202) NISSEN, R., ob. cit., p. 222.

(203) ZANNONI, E., ob. cit., p.82.

(204) Cfr. NISSEN, R., ob. cit., p. 225. “En definitiva: la falta de registración del acto constitutivo de la sociedad, tiene como efecto natural impedir al socio que invoque frente a terceros las cláusulas de un contrato, que la ley reputa conocido por estos con la inscripción del mismo. La ley 19.550 ha ido incluso más allá, tratándose de sociedades irregulares o de hecho, prohibiendo a los socios invocar entre sí los derechos o defensas nacidas del contrato social, lo cual no es efecto inherente a la falta de registración del mismo, sino que ha sido impuesto ese efecto como sanción a los socios incumplidores de los requisitos legales previstos por la normativa social”.

(205) Cfr. DASSO, A., “El derecho de separación o receso del accionista”, Ed. La Ley, 2° edición, Bs. As. 1985, p. 48). “El derecho de receso es así, como una solución de equilibrio entre la posición subjetiva del socio, agredida por la regla de la mayoría, y el correlativo derecho de la sociedad, por la expresión de su propia voluntad (generada y formada por la regla de la mayoría) de modificar sus estatutos, y alterar en una última instancia la regulación de aquellos intereses que fueron convertidos en comunes, necesariamente (por ser consecuencia del tipo electo) o voluntariamente (con una determinación de los socios en el acto constitutivo)”.

(206) Ibid. “Dos momentos dialécticos convergentes, dos intereses legítimos coexistentes (el de la sociedad ocasional; el del socio permanente) llevan a la generación del derecho de receso: el interés o necesidad de la modificación del contrato por parte de la sociedad y el antitético del socio a la conservación del contrato originario” .

(207) Ibid. “Los derechos esenciales aparecen casi paralelos a la idea de las bases esenciales de la sociedad y reposan en el razonamiento de que el individuo que entre en una colectividad y acepta la ley, no se da todo, sino que una parte de sí se sustrae a esta sujeción”.

(208) Cfr. Art. 245, 5º párrafo. “Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94, inciso 9), en los que deberá pagarse dentro de los sesenta(60) días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo de pago”.

(209) Cfr. DASSO, A., ob. cit., p. 46, “Lo que equivale a afirmar que existe una esfera de intereses que no obstante ser comunes, se quedan en la disponibilidad de cada socio y son extraños a la posibilidad de ser dispuestos por la sociedad y ello es así porque el principio o regla mayoritaria actúa sólo en función de intereses, cuya realización entre en el contenido del contrato de sociedad o en otros términos, dentro de los límites de la comunión societaria de intereses”.

(210) Cfr. Art. 244, Ley 19.550, “Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital...”.

(211) CHAMPAUD, C. “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, Sirey, Paris 1962, p.107.

(212) Cfr. FERRO ASTRAY, J., “Empresas Controladas”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1961, p. 25.

(213) El art. 33 LS limitó la noción de control, como lo expresa la Exposición de motivos, a un criterio fijo y referido solamente al control jurídico interno. Luego de 10 años de vigencia de la ley, y teniendo en cuenta las experiencias y tendencia en el derecho comparado, la Comisión estima que debe ampliarse el concepto de control societario a aquellos aspectos vinculados con el denominado control externo o de hecho. Así lo hacen las legislaciones más recientes, atendiendo las situaciones que resultan de la existencia de relaciones contractuales y de la influencia dominante de otra sociedad. Esto no implica, en manera alguna, una posición necesariamente conflictiva respecto de las situaciones de control, o consideradas de suyo disvaliosa a la misma, sino sólo recibir la existencia del grupo a través de una de sus formas de manifestación.

(214) HALPERIN, I., ob. cit., p, 180-181.

(215) MANOVIL, R., “Grupos de Sociedades”, Abeledo-Perrot, Bs. As.1998, p. 571.

(216) 217(217) CNCom., sala B, diciembre 6-982, “De Carabassa, Isidoro c/Canale, S.A. y otra”, LL, t. 1983-B, p. 388, con cita de Mengoni. “Es decir, que el proceso psicológico, de aproximación y de conciliación de interés particular del votante con el interés común, se resuelve en un proceso de auto limitación de los intereses particulares a favor del fin social. Esta auto limitación es la premisa del principio mayoritario que, de ningún modo, debe ser entendido como la prevaencia del interés de la mayoría sobre el interés de la minoría, sino como el reconocimiento de la preeminencia sobre el interés particular del interés común tal como ha sido dispuesto por la mayoría, y que encuentra justificación última en la circunstancia de que es la mayoría la que está expuesta al riesgo de una decisión equivocada.”

(218) Cfr. NISSEN, R., ob. cit., p. 100. Se efectúa lo que Nissen denomina “prueba de la resistencia”, que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiese impedido la validez de la decisión asamblearia considerada.

(219) Cfr. CNCom, sala C, septiembre 22-982, “Sánchez, Carlos J. C. Banco de Avellaneda, S. A. y ot.”, del voto del Dr. Jaime Anaya, LL, T. 1983-B, p. 269, “en sentido jurídico el interés importa una relación entre un sujeto que tiene una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla, determinada en la previsión genera y

abstracta de la norma (Pier G. Joeger, "L'interesse sociale", p. 3 Milán 1964); relación que consiguientemente predice una posición favorable para la satisfacción de una necesidad según la enseñanza de Carnelutti (apud. G. Bulgarelli, "Sociedades, empresa o establecimiento", p. 29, San Pablo 1980), o quizás, desde una óptica más amplia, de una sustancia lícita, ahora bien, pueden manifestarse una pluralidad de intereses con relación a un bien o una pluralidad de sujetos con intereses del mismo orden sobre el bien. Ello explica que un interés puede estar con relación a otro en situación de interferencia o de indiferencia; y, en el primer caso, en situación de conflicto o de solidaridad. Esta última posibilidad es la que se manifiesta en las relaciones asociativas".

(220) Cfr. CNCom, sala C, marzo 12-1993, "Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alez S.A.C.", ED, T. 153, p. 687.

(221) Cfr. MILRUD, Mario. "The Americans Rubbers CD S.R.L.", 15-5-87. "La nulidad no puede prosperar si no se explicitan acabadamente los perjuicios que para la sociedad -y consecuentemente para las minorías- se derivan de la infracción formal al citado precepto".

(222) Cfr. RICHARD, E., "Sociedades por Acciones: Efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social", ED, T. 153, p. 687. "Sea que se trate de una acción de impugnación sometida a determinado presupuesto o una acción por responsabilidad, en ambos supuestos debe existir daño y reclamárselo".

(223) HALPERIN, I., ob. cit., p. 184.

(224) Cfr. ODRIOZOLA, C., "Los artículos 248 y 251 LS, las acciones de resarcimiento y de impugnación".

(225) Cfr. CNCom, sala C, marzo 12-1993, "Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex S.A.C". "En suma, los distintos enfoques interpretativos parecen conducir a la necesidad de examinar, en el caso de que se trate, más allá de una liminar apariencia de contraposición de intereses, si ha habido o no un perjuicio real y tangible para la sociedad, como presupuesto para la declaración de nulidad"; (cfr. Efraín Hugo RICHARD, E., ob. cit., "...o sea que se entiende que la afectación al interés contrario no puede ser una cuestión meramente dogmática, sino que debe trascender en un perjuicio concreto."

(226) Cfr. ED, T. 191, P. 164/159.

(227) Cfr. ED, T. 153, p. 680.

(228) Cfr. ED, T. 164, P. 970.

(229) Es importante diferenciar si la decisión contraria al interés social, tomada con culpa (negligencia o impericia) se tomó por los socios en una decisión de gobierno por los administradores en una decisión de gestión. Si se tomó por los administradores, los mismos pueden ser removidos con causa, y si la decisión no afectó a terceros, dejada sin efecto. A estos se les puede exigir el estándar de un buen hombre de negocios. Por el contrario, si la decisión fue fruto de un socio, que por negligencia o por impericia, toma una decisión de gobierno contraria al interés social por su negligencia o impericia, y la sostiene, tal acto no se podría cuestionar, ya que la ley ha confiado en la mayoría para la toma de decisiones y no pueden ser los justicia quién juzgue o corrija las impericias o negligencia de los socios al votar decisiones sociales. No obstante la minoría podría reclamar a la mayoría su responsabilidad por su actuar culposo, demostrado que fuere el daño.

(230) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit. p.137. "Ya hemos visto en el capítulo anterior que el fraude incide básicamente en la causa del negocio jurídico que resulta, al cabo, ilícita aunque pueda estar encubierta por una apariencia de licitud".

(231) Cfr. SERICK, R., "Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles", Ediciones Ariel, Barcelona 1958. El mencionado autor germánico, agrupa a estos supuestos en tres grandes categorías: a) fraude a la ley; b) fraude o violación del contrato y c) daño fraudulento causado a terceros. Encontramos en estas

categorías y como denominador común de las mismas, 1º el fin fraudulento (tanto a la ley, al contrato o a terceros) y 2º la utilización abusiva de la persona jurídica como medio para lograrlo.

(232) ZANNONI, E., "Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario", Astrea, Bs. As. 1980, p. 118-119.

(233) ZANNONI, E., ob. cit. p. 119.

(234) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit. P. 123 "...esta afirmación exige aceptar como premisa que el fraude es un concepto genérico que no se circunscribe -aunque por supuesto lo comprende- al fraude en perjuicio de los acreedores o fraude pauliano que legislan los art. 961 y siguientes del Cód. Civil".

(235) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 125.

(236) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 127.

(237) Cfr. DOBSON, J., "El abuso de la personalidad jurídica", Depalma, Bs. As., 1985, p. 245.

(238) DOBSON, J., ob. cit., p. 169.

(239) Ibid. "Una presunción judicial de fraude sería entonces las inferencias lógicas que permiten a un juez llegar a la conclusión de la existencia cabal del fraude frente a una serie de hechos probados cabalmente".

(240) Cfr. LL, T. 1977-A, p. 255.

(241) Cfr. ED, T. 79, p. 351/355.

(242) Cfr. ED, T. 168, p. 544-579.

(243) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 144. "Siguiendo con Zannoni, diremos que "en general, para los terceros la prueba de la simulación relativa más que pretender obtener la declaración de nulidad del acto simulado (conf. Art. 1045), constituirá el medio de plantear su inoponibilidad cuando les causa perjuicio, tal como ocurre cuando ejercer la acción revocatoria o pauliana (art. 961 y ss) en su carácter de acreedores quirografarios, en que la prueba de la simulación del acto fraudulento no provocará la nulidad del mismo sino salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados".

(244) Cfr. ZANNONI, E., ob. cit., p. 142-143.