

En torno a la "NULIDAD ABSOLUTA" de sociedad y el sistema jurídico de las relaciones de organización.

por Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Revista Cuadernos de Derecho, n° 14 Axpilcueta, 13, 1-242, Fonodis, España, 1999 págs. 95-111, ISBN 1138-8552. Con abstracta en inglés, español y vasco.

ABSTRACT: El análisis de la nulidad de las sociedades permite introducir en la asistemática regulación de las relaciones de organización, normalmente introducidas por el derecho societario, y la normación de la nulidad de los actos jurídicos y los efectos de la nulidad sobre los sujetos de derecho. El ensayo permite reflexiones en torno a una sistemática de las relaciones de organización, actos colegiales colectivos, centros de imputación, etc. abordando no sólo la temática societaria y concursal.

Sumario:

I - Preámbulo. II - Conservación del negocio y responsabilidad por nulidad: principio de Derecho Privado. III - Sujeto de derecho y nulidad. IV - Problemática de la nulidad y anulabilidad societaria. V - Para la meditación. Construcción del sistema de relaciones de organización en el derecho privado.

Dentro del régimen legal argentino, pero con una apreciación generalista, nos referiremos a la supuesta nulidad absoluta de la sociedad que ha operado. Sea una sociedad atípica (art. 16 (¹)), entre cónyuges (art. 29), con objeto ilícito (art. 18), actividad ilícita (art. 19 y art. 3° LS Méjico) u objeto prohibido para determinada actividad (art.20), entre otros supuestos, como introducción a una crítica a la construcción del sistema de las relaciones de organización en el derecho privado.

I. PREAMBULO.

¹) Las referencias sin indicación corresponden a la ley argentina de sociedades comerciales n° 19550 del año 1972, con sus variadas reformas que la han actualizado parcialmente).

1. Para avizorar la cuestión recordamos con Ascarelli que las dificultades tienen su origen en la vinculación de la sociedad al acuerdo o contrato constitutivo de sociedad ⁽²⁾, aunque se reconozcan los efectos especiales del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, a través de un patrimonio y no de una mera comunidad en mano común de los bienes, de una cierta impermeabilidad patrimonial de los intervinientes por las obligaciones asumidas por el patrimonio social, de la concepción de órganos, del principio mayoritario para resoluciones colectivas colegiales. Lo concerniente a los contratos de organización implica ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio. La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la atribución de responsabilidad, son técnicas diversas dentro de un método de cambio o de mercado. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece dificultada por la interacción no sólo de la sociedad, sino de los administradores, socios y terceros. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización ⁽³⁾. Señalamos esta cuestión en recientes ponencias ⁽⁴⁾. El tema esta íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado -contratos de cambio-, o en un sistema de empresa,

²⁾ Ese problema ya lo marcaba hace muchos años Ascarelli, al señalar la complejidad del problema donde se mezclaban los problemas de los contratos en la relación constitutiva con el derecho de las personas en el funcionalismo de la sociedad.

³⁾ Cfme. Carlo Angelici "La società nulla" Ed. Giuffrè, Milán 1975, pág. 88.

⁴⁾ A las III JORNADAS NACIONALES DE PROFESORES DE DERECHO, Buenos Aires, 30 de junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA, en COMISION DE ESTUDIO N° 3: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR, comunicación denominada LAS SOCIEDADES Y LA ALTERACION EN FORMA HABITUAL DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR, y al Congreso Internacional organizado por la Asociación de Abogados: 1er. Congreso Internacional Interdisciplinario "La Justicia y la Abogacía frente al Siglo XXI", realizado en Buenos Aires, 14,15 y 16 de septiembre de 1994, presentado a la Comisión sobre **NUEVAS FORMAS EN LAS RELACIONES SOCIETARIAS: UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS, JOINT VENTURES, ACUERDOS DE COLABORACION, SOCIEDADES MIXTAS, GRUPOS SOCIETARIOS**. Punto 7.3., bajo el título **LA ORGANIZACION ASOCIATIVA EN ARGENTINA**. Particularmente como relator-coordinador en el IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires abril 1995, asumiendo el tema "El fraccionamiento de la responsabilidad frente al consumidor y terceros a través de los contratos de colaboración".

que halla su expresión en las diversas formas asociativas ⁽⁵⁾. Esta es la razón de la evolución del sistema societario y de los contratos de participación en la última centuria, y la dificultad en la separación de normas contractuales de las de organización. Los problemas terminológicos en cuanto al empleo de la palabra "sociedad" en sentido amplio o estricto ⁽⁶⁾, y la preeminencia de normas de control público en torno a las sociedades anónimas -conforme su origen histórico-, dificulta su visualización actual como organización privada ⁽⁷⁾.

La organización genera, en el caso de las sociedades, un fenómeno de imputación que corresponde a su personificación, que no puede ser soslayado ⁽⁸⁾ en cuanto altera la estructura del sistema de las relaciones de cambio.

La formación aluvional ⁽⁹⁾, sucesiva, fragmentaria, en diversas épocas, no sistemática, generada a través de la continua y necesaria adaptación a los requerimientos de los agentes económicos ha dado lugar en torno a los contratos de colaboración y a las sociedades a un sistema a veces contradictorio, aunque justificado por la visión progresista de los autores ante el inmovilismo de la legislación central. Se advierte ello en la rápida reforma del sistema normativo de cada país, como se encuentra hoy en España después de fracasar un intento de unificación y centrarse los esfuerzos en una nueva ley de sociedad de responsabilidad limitada.

⁵⁾ "Las cuentas en participación" por María Asunción Gual Dalmau, Ed. Civitas, 1a. Ed. 1993.

⁶⁾ Sobre el punto puede verse nto. "Organización Asociativa" Ed. Zavalía, Buenos Aires 1994, donde esbozamos las corrientes doctrinarias como la de Girón Tena, y los sistemas normativos basados en el sistema suizo o en el español.

⁷⁾ Aunque para entender este fenómeno se hable de un método o teoría de contrato para referirse a la S.A., o sea el de autonomía de la voluntad escapando al derecho público, como aplicación al caso de un método de mercado, y dentro de ellos el de empresa o de organización (Cfr. trabajo cit. en nota anterior y H. Butler "La teoría contractual de la S.A." en RDCO No. 151/3 junio 1993 pág.17 y ss..

⁸⁾ Cfme. Angelici "La societá nulla" cit. pág. 88.

⁹⁾ Cfme. Cándido Paz-Ares "Animo de lucro y concepto de sociedad" en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena" Ed. Civitas 1991, p. 729 y ss..

La concepción contractualista (método de cambio) fué imponiendo cambios normativos paulatinos, no estructurales, que dificultan una visión global del problema. Máxime desde la técnica jurídica empleada en los llamados "sistemas continentales" que priorizan las construcciones principistas desde las cuales se deducen las soluciones particulares, interpretándose ampliamente e incluso analógicamente a situaciones no previstas; frente al "common law" que califica la resolución judicial de cada caso como una manifestación de los principios fundamentales de la razón y del Derecho natural ⁽¹⁰⁾. En la materia asociativa la cuestión terminológica toma especial importancia, al alejarse el legislador argentino -siguiendo al sistema continental- de definir el sentido de las palabras, que se atrapa en los conceptos que fija la ley e interpreta la doctrina.

La ley de sociedades argentina n° 19550 creo una verdadera "parte general" en el tema de sociedades, que no posee el sistema civil, ya que Vélez Sarsfield en el siglo pasado trató a ésta como a un contrato más según las doctrinas prevalecientes en la época ⁽¹¹⁾, pues el derecho societario es algo más complejo que el contractual de cambio; hay en él un sistema coordinado y gradual de normas ⁽¹²⁾. Pero al incorporar la ley n° 22903 los contratos de colaboración empresaria no se introdujo ninguna otra parte general, generándose dudas sobre la coordinación normativa entre los contratos de colaboración reglados -no sujetos de derecho- y las sociedades sujetos de derecho.

¹⁰⁾ Cfme. Salvador Rocha Díaz "Estudio comparativo de los principios generales del sistema del common law y del sistema lationamericano" en Revista de la Facultad de México, tomo XXVII Nos. 107/108, pág. 791 y ss..

¹¹⁾ Raúl Aníbal Etcheverry "Derecho comercial y económico" Formas jurídicas de la organizaición de la empresa, pág. 17, Ed. Astrea.

¹²⁾ Cfr. A. Bertini "Contributo allo studio delle situazioni giurídica degli acionisti" núm. 10, Milán 1951.

Una visión inicial se logró cuando se aceptó la resolución parcial, incluso por muerte, no disolviéndose la sociedad. Es el germen del art. 16 que introdujo la noción del contrato plurilateral. Siguió así al Código Civil Italiano, que en la teoría de los contratos plurilaterales de finalidad común fijó efectos especiales ante la nulidad vincular (arts. 1420 y 1446 C.C.Italiano, art. 16 LS), el incumplimiento o la resolución parcial.

Nuestra Ley de Sociedades lo incorpora para las relaciones de más de dos socios, pero al mismo tiempo no afecta el vínculo devenido unipersonal, como atisbo de la institucionalización de la personificación jurídica (interacción entre los arts. 16, 93 y 94.8 LS), y recepción de un método o sistema de empresa.

El problema de la "nulidad de la sociedad" operan una vez que la misma esta inscrita (¹³), por cuanto los problemas anteriores se refieren a nulidades del acto o contrato constitutivo de sociedad, conforme la distinción con que iniciamos este trabajo.

En el régimen de nulidades absolutas no se aclara el efecto de la misma, en cuanto a la retroactividad, limitándose normalmente a señalar que no afecta a los contratos realizados por el sujeto-sociedad, tema sobre el que nos ocuparemos en este trabajo.

En la legislación mejicana (art. 2 LS México) se excluye la nulidad cuando la sociedad estuviere inscrita, excepto cuando tuviere un fin ilícito (Art. 3° LS México).

La llamada disolución ipso jure, de pleno derecho, u ope legis, son efectos pensados en relación a la invalidez absoluta, que no pueden ser trasladados directamente al campo societario, configurando simplemente causales de prueba que siempre deben ser invocados por parte interesada o legitimada para promover la disolución.

¹³) Cfme. José Luis Fernández Ruiz "La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español" Ed. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 1991 p. 20.

La teoría de la inoponibilidad de los actos jurídicos no puede trasladarse directamente a la desestimación de la personalidad ni a la inoponibilidad de la personalidad. La desestimación, como la nulidad absoluta, impone el procedimiento institucional previsto en la ley de liquidación del centro imputativo.

La original inclusión de la sociedad accidental dentro de la ley de sociedades reviste una falta de distinción entre las relaciones participativas personificadas y no personificadas, contractuales, sin distinguir entre sociedad en sentido estricto y sociedad en sentido amplio, no siempre personificada (¹⁴).

Esa evolución y construcción fragmentaria marca justo el nudo de la inflexión doctrinaria: abarcar todo el esquema con un concepto amplio de sociedad, que comprenda inclusive a los contratos de colaboración empresaria, dentro de los que se reconocerían ciertos tipos personificados de sociedad -como el original sistema alemán y suizo-, o ajustar el concepto de sociedad en forma estricta a las formas personificadas, sin perjuicio de reconocer que el contrato constitutivo de esas personas, cuando fuera tal, estaría dentro de los contratos asociativos que se regularían como un género -como el sistema español, francés o italiano- (¹⁵).

Para entender la situación actual del Derecho Societario y tomar partido, se hace necesario formular un sistema. Una labor es distinguir entre la sociedad-contrato, que refiere a una concepción de sociedad en sentido lato, propia de los contratos asociativos o de participación, y la de la sociedad-sujeto, que refiere al concepto de sociedad en sentido estricto, conforme los actuales arts. 1648 del C.Civil y 1 de la ley de sociedades (¹⁶). Ciertos desarrollos doctrinarios en torno a la nulidad confunden ambos conceptos.

2. La aparente rígida tipicidad imperante en la ley 19550 - y en otras que siguen similar sistema de tipicidad societaria cerrada-, con la sanción severísima de la nulidad (maguer el principio de la conservación de la empresa), aparece hoy como excesivamente riguroso y seguramente antifuncional (¹⁷),

¹⁴) Sobre el punto ver nto. "Organización asociativa" cit..

¹⁵) Cfme. nto. "Organización asociativa" cit.

¹⁶) Esta ha sido nuestra preocupación central desde la preparación del libro "Sociedad y contratos asociativos" Ed. Zavalía, Buenos Aires 1987.

recordando que la doctrina moderna ha producido importantes estudios sobre este particular.

La dificultad en el tema radica en la adaptación de las normas clásicas sobre nulidades previstas para los actos jurídicos unilaterales o bilaterales ⁽¹⁸⁾, al negocio constitutivo de sociedad de característica plurilateral y más aún a la sociedad operando, sujeto de derecho

La legislación peruana (art. 22° LS del año 1966) no sólo establece la subsanación del vicio hasta el momento de declaración de la nulidad (siguiendo las tendencias actuales, art. 17 LS) y la no afectación de los actos celebrados, sino que la declaración de la nulidad abre el proceso de liquidación. La subsanación de los vicios es la impronta impuesta en toda la legislación vigente (cfme. Art. 38 ley alemana de S.A. del año 65).

Dentro de las tendencias que marcamos la ley francesa del año 1966 impuso un sistema más completo dentro de la época, que puede resumirse ⁽¹⁹⁾: 1. la nulidad sólo puede resultar de una disposición de la ley o de las que surjan del contrato; 2. la nulidad de la sociedad comercial manifiesta dificultades que no se dan en el caso de los contratos de cambio; se restringen las causas de nulidad absoluta; 4. Se admite la subsanación de los vicios y la regularización societaria, salvo cuando el objeto es ilícito; 5. autoriza al tribunal, aun de oficio, para fijar un plazo a fin de cubrir la nulidad; 6. reduce a tres años el plazo de prescripción de la acción de nulidad.- El art. 1844-7 del Code Civil menciona como causal de disolución par la'annulation de contrat de société -ley del 4 de enero de 1978- que consagra ocho artículos al problema

¹⁷⁾ Héctor Cámara "Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903" Ed. Depalma, Bs. As. 1985. Cap. III "Sociedad entre cónyuges en el derecho argentino" pág. 79. Este distinguido maestro argentino ha desaparecido recientemente del mundo de los vivos pero nos sigue impregnando de sus ideas.

¹⁸⁾ Isaac Halperín "El régimen de nulidad R.D.C.O 1970, pág. 545.

¹⁹⁾ Alessandro Borghioli "La nullità della società per azioni" Ed. Giuffré, Milán 1977, pág.176, reseñando después otras legislaciones, a la que remitimos brevitatis causa, al mismo tiempo señala que el efecto sería ex nunc, pero al mismo tiempo indica que la doctrina es propensa a mantener la interpretación tradicional en torno a los efectos de la nulidad absoluta; Perrotta "Breves estudios sobre la sociedad comercial, LL tomo 140 p. 1293.

-arts. 1844-10 a 1844-17-, considerando esta sanción como una arma inconveniente para la seguridad de las transacciones y que corresponde reservar para los supuestos en que no se respeten disposiciones importantes (²⁰).

Esos ajustes del sistema de nulidad en las sociedades se formulan dentro de la década del 60, coincidiendo con la gestación de la Primer Directiva del Consejo de Europa, formalmente publicitada el 9 de marzo de 1968, que en su sección III aborda la cuestión en tres artículos 10 a 12, a través de los cuales se defiende la personalidad de las sociedades en beneficio de terceros. De allí que la oponibilidad frente a terceros de la sentencia que declare la nulidad esta sujeta a la publicidad previa (arts. 12 y 3° de la Directiva), y el efecto de la nulidad de generar la liquidación de la sociedad. O sea que el efecto de la nulidad absoluta sobre la persona jurídica sociedad es ex nunca. En cambio, el apartado 4 del art. 12° de la Directiva acepta que "La legislación de cada Estado miembro podrá regular los efectos de la nulidad entre los socios", o sea que los efectos de la nulidad sobre el negocio constitutivo, la relación de base, podrá ser ex tunc o ex nunc según dispongan las normas específicas.

Italia adaptó en el año 1969 el art. 2332 de su Código Civil conforme tal directiva, disponiendo que "Avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto..." en los limitados casos que de seguido se fijan, determinando que "La sentenza che dichiara la nullità nomina i liquidatori".

Se advierte una tendencia a fijar una regulación propia en la materia, inspirada por los principios de protección de los terceros que trataron con la sociedad, no sólo en cuanto a la relación jurídica sino a las relaciones patrimoniales con un nuevo sujeto, que como institución jurídica no puede desaparecer sin ajustarse a ciertas reglas de disolución y liquidación impuestas en protección de los terceros que contrataron con el sujeto creado negocialmente.

En tal sentido, la ley uruguaya n° 16060 del 4 de diciembre de 1989, que tomo como antecedentes la ley argentina con su importante reforma del año 1983, introduce una sección completa (la IV) constituida por los arts. 22 a 35, que se inicia con la remisión al régimen general de los contratos en cuanto no se encuentre modificado por esa sección, para determinar luego precisamente que los efectos de la nulidad sobre la sociedad será

²⁰) Bézard cit. por Cámara en nota 119.

generar su liquidación (art. 26), o sea un efecto ex nunc, pero con un efecto ex tunc en torno a la responsabilidad de los fundadores, socios, administradores y representantes (arts. 28 y 31), además de acentuar la inoponibilidad de la nulidad frente a terceros (art. 29) y facilitar la subsanación (arts. 30/1 LS Uruguay).

El hecho que la nulidad de la sociedad "no afecte a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros ni a la de los contratos de éstos frente a la sociedad, sometién dose unas y otros al régimen propio de la liquidación" no correspondería a efectos ex nunc y no ex tunc de la declaración de nulidad, sino a la distinción de los efectos de la nulidad no sobre actos sino sobre un sujeto ⁽²¹⁾.

La nulidad juega como causa de disolución ⁽²²⁾. La nulidad, o mejor dicho, la anulabilidad se configura como causal de disolución de la sociedad que constituye un sujeto de derecho: la sentencia, desde que pasa en autoridad de cosa juzgada, opera ex nunc. Esta concepción, además de armonizar nuestras reglas legales, es la que mejor se compadece con la tendencia general en la materia, que mira suprimir la nulidad como sanción por juzgarla inconveniente y perjudicial ⁽²³⁾.

3. No obstante ello, autores como Uría, no distinguiendo entre la nulidad del acto jurídico o la del contrato y de la sociedad, sostienen que no cabe hablar de disolución de una sociedad radicalmente nula, por aplicación del viejo adagio "quod nullum est, nullum producit effectum" ⁽²⁴⁾.

II. CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO Y RESPONSABILIDAD POR NULIDAD: PRINCIPIO DE DERECHO PRIVADO.

1. Pese a que el Código Civil argentino -en forma similar al español- se dedicó a reglar cuidadosamente en torno a los contratos típicos y bilaterales, no previéndose en el siglo pasado

²¹⁾ Fernández Ruiz ob. cit. p. 22 y 112, que si bien llega a la misma conclusión en cuanto a los efectos no formula la distinción que formalizamos en torno a la "nulidad del sujeto".

²²⁾ Cámara libro cit. pág. 131.
ob. cit. pág. 131.

²³⁾ Cámara, Disolución y liquidación de sociedades mercantiles Bs.As. 1959 p. 269, citando de conformidad a Brunetti y Sotgia.

²⁴⁾ Joaquín Garriguez Uria "Tratado de Derecho Mercantil" II ps. 697/8, Madrid 1947, citado por Cámara en ob. cit..

norma alguna en torno a contratos "plurilaterales", la norma genérica del art. 1039 C.C., puede ser útil a tal fin: "La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables". El género "acto jurídico" engloba los contratos, y no parece disvalioso extender la interpretación. Si bien se habla de acto jurídico, la misma abarca los contratos, y si la palabra disposición es interpretada con sentido amplio ⁽²⁵⁾ es aplicable a los actos jurídicos bilaterales, o a los unilaterales. En un acto colectivo colegial, como una asamblea, el vicio de un concurrente, en cuanto no afecte el quórum o la mayoría puede ser atendido por el principio indicado. Pero aún en actos bilaterales, contratos, la afectación de una cláusula no necesariamente afecta la integridad de la relación, cuando funcionalmente puede cumplir el objeto del contrato. Esta es la moderna tendencia en las política legislativas que tienden a invalidar cláusulas (art. 13 L.S. y 218 inc. 3° C. de Comercio), o la inoponibilidad a terceros de ciertas cláusulas (art. 125 L.S.).

2. ¿ Cual es la responsabilidad de los socios en el supuesto de atipicidad ? De no existir normas específicas, dentro del sistema del derecho privado general se señala ⁽²⁶⁾ y aplicamos al supuesto que la sanción de nulidad y la sanción de daños y perjuicios son independientes entre sí, y dan lugar a acciones judiciales de diferente régimen. Pueden, sin embargo, ser intentadas en forma conjunta, o separada. La sanción de nulidad se rige por sus normas específicas (arts. 1050, 1052, 1053, 1054, 2323 y ss. C.C. y art. 251 LS, y la indemnización por daños y perjuicios por los arts. 901 a 906 del C.C., y arts. 248, 275 y concordantes LS).

Se trataría, a la postre, de apartar los actos de la persona jurídica, de los efectos generales de la nulidad, en tanto el acto al

²⁵⁾ Cfme. Fernando López de Zavalía "Teoría de los contratos. Parte General". Ed. Zavalía, 3a. ed. 1984, pág. 83 y nota 38.

²⁶⁾ cfme. María Emilia Lloveras de Resk "Tratado teórico práctico de las nulidades", Ed. Depalma, p. 520. José Antonio Buteler Cáceres "Manual de Derecho Civil. Parte General, Ed. Abaco, 1975 p. 346, nto. artículo en El Derecho: SOCIEDAD POR ACCIONES: EFECTOS DE LA RESOLUCION ADOPTADA MERCED A VOTO EMITIDO EN INTERES CONTRARIO AL SOCIAL.

ser anulado podría afectar a terceros, comportándolo dentro de la teoría del art. 1056/7 del Código Civil.

En ese sentido la doctrina ⁽²⁷⁾ destaca que debe tenerse en cuenta, además, la existencia de normas que limitan los efectos propios de la sentencia de nulidad, ya entre las partes, ya en relación a terceros. Todos estos institutos quedan comprendidos en lo que los autores denominan "principio de conservación del negocio jurídico", que tiende a permitir que las partes consigan los fines propuestos en la celebración del acto jurídico, en tanto no afecta la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Luego de dictada la sentencia de nulidad desaparecen todas las clasificaciones de nulidad de los actos jurídicos, para existir solamente una clase de nulidad: la pronunciada por el juez ⁽²⁸⁾. Esta es la nulidad que produce los efectos previstos por el ordenamiento civil, que se dan incluso en el art. 1057 C.C.. La obligación de indemnizar tiene su causa en la sentencia de nulidad. Su ratio propia consiste en la protección de la sociedad, los socios y terceros, no planteando un conflicto entre seguridad jurídica y justicia, puesto que en el siglo XX la seguridad es un valor integrante del valor supremo justicia ⁽²⁹⁾.

3. Quedan así enmarcados dos problemas derivados de los principios generales: a. la conservación del negocio, y b. la responsabilidad de los partícipes frente a terceros.

III. SUJETO DE DERECHO Y NULIDAD.

²⁷⁾ Lloveras de Resk, ob. cit. p. 516.

²⁸⁾ Lloveras de Resk, ob. cit. p. 517.

²⁹⁾ Lloveras de Resk, ob. cit. p. 521.

1. Caracterizamos ⁽³⁰⁾ a la sociedad como sujeto de derecho y marcamos la diferencia con los contratos asociativos o de participación, comprendidos por muchos en una concepción de sociedad en sentido lato.

Debe recordarse que, en el derecho argentino, personalidad implica imputación diferenciada como sujeto de derecho ⁽³¹⁾, pues la responsabilidad limitada que implica la personalidad en países europeos es considerada, en nuestro país -como en Uruguay- un efecto de la figura personificada elegida para la organización.

La sociedad aparece como un recurso técnico de simplificación de las relaciones jurídicas, una institución jurídica en el sentido que así como la autonomía de la voluntad puede gestarla si se actúa como el ordenamiento jurídico lo prevé, no puede hacerla desaparecer sino por el trámite previsto en la ley, de liquidación, no disponible. Es que el medio técnico no se genera en beneficio de quién dispone su gestación sino de terceros, y no meramente como un recurso de limitar la responsabilidad. La limitación de responsabilidad, en el derecho argentino no corresponde al recurso "personalidad jurídica" sino a la figura personificada (p.ej. sociedad de responsabilidad limitada) ⁽³²⁾.

Como respuesta a las necesidades, cada sistema legislativo organiza un centro imputativo autogestante como es la

³⁰⁾ Cfme. ntos. "Concepto Moderno de Sociedad", en tomo I del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, "Ensayo en torno al concepto de sociedad y principios societarios" en "Homenaje al Bicentenario" 1791-1991, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Advocatus 1992, tomo II p.141, donde se publicó parcialmente, haciéndolo en una versión completa en el Libro de Homenaje al Maestro y Profesor Emérito de la Universidad Dr. Héctor Cámara "Anomalías Societarias", Ed. Advocatus 1992, donde -en trabajo con el mismo nombre- p.11, ingresamos en aspectos más puntuales de los anticipados en nto. libro "Sociedad y contratos asociativos", Ed.Zavalía 1987 donde comentamos el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, que luego fuera vetado por el P.E..

³¹⁾ Cfme. nto. "Organización asociativa" cit.. Personalidad es sinónimo de sujeto de derecho, persona ideal, persona moral, etc. a partir de la reforma del C.Civil del año 1966.

³²⁾ Cfme. nto. "Organización asociativa" cit. Capítula "La personalidad jurídica".

sociedad, sujeto de derecho o persona jurídica, como recurso técnico para que pueda ser elegido genéricamente, configurando un centro de imputación específico para satisfacer el objeto social, fin de la entidad.

La atribución de personalidad (imputación diferenciada autogestante) no sólo debe reconocerse como un recurso de la autonomía de la voluntad para la mejor organización económica, sino como política legislativa de resguardo de los terceros, como forma de afectar el patrimonio del nuevo sujeto a las obligaciones que su actuación genere, sin perjuicio de la responsabilidad mayor o menor de los que determinaron el medio.

La doctrina clásica sostenía la necesidad de modificar la disciplina de la nulidad en las sociedades, dejando a salvo los derechos de los acreedores sociales de buena fe, aun a costa de romper el rigor de los principios. Considerando que era un poder que se podía irrogar el legislador pero no el intérprete ⁽³³⁾. Asegurar la relación de los terceros era una impronta de la jurisprudencia y doctrina ⁽³⁴⁾.

2. Debe distinguirse entre sociedad contrato y sociedad sujeto. El primer concepto se vincula a los contratos de participación (o sociedad en sentido lato) y el segundo a las sociedades típicas (sociedad en sentido estricto). Ese reconocimiento esta vinculado a la tipología de la relación societaria para distinguirla de otras relaciones, y la tipicidad societaria o sea al tipo social elegido para la relación societaria.

Separada en la locución "contrato de sociedad", el negocio constitutivo y el ente subjetivizado que del mismo resulta, se encontrará allanado el camino a entender que los efectos de la nulidad no son distintos sobre el negocio constitutivo que los de la teoría general (nulidad absoluta efectos ex tunc), pues sólo en relación al ente personificado obra como causal de disolución.

Ello es advertible hoy a través de la subsistencia de la división patrimonial aún ante supuestos de anticipidad, nulidad

³³⁾ Guidini "Estinzione e nullità delle società commerciali", Padova 1937 p. 178, citado por Cámara.

³⁴⁾ Cfme. Ferrara "Gli imprenditori e le società" Milan 1962, n. 178, p. 347; Brunetti "Trattato del diritto delle società", Milán 1948 t.I pág.198; Fré "Società per azioni" en Commentario del C.C. de Scialoja e Branca, sub art. 2332 pag. 92 y ss.; Cass. Ital. Sez. I. 10 abril 1964 n. 829 en "Dir. Fallimentare" con nota.

absoluta, irregularidad, la división patrimonial subsiste, cesando únicamente cuando se produce el proceso de liquidación, para asegurar los derechos de los terceros. El aumento de responsabilidad es otra cosa, es -simplemente- una política legislativa.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA NULIDAD Y ANULABILIDAD SOCIETARIA ⁽³⁵⁾.

La nulidad debe vincularse a si lo es en relación a la actividad normativa o a la actividad gestora ⁽³⁶⁾. En su caso afectando como en todos los negocios jurídicos a la actividad normativa o sea al negocio de base; o actuando como causal disolutoria de la personalidad institución, o determinando la aplicación del régimen residual (sociedad de hecho en regímenes como el argentino o uruguayo).

1. La ley de sociedades en su art. 17 declara nula la constitución de sociedad de tipo no autorizado. Y agrega, en la segunda parte del artículo, que "La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación".

³⁵⁾ El C.C. distingue entre: a) actos de nulidad absoluta y relativa según sea el interés tutelado por la norma violada (arts. 1047 y 1048 C.C.) y b) entre actos nulos y anulables, según el vicio sea manifiesto o no (arts. 1044 y 1045 C.C.). En los actos nulos, la nulidad es manifiesta y existe de pleno derecho desde el instante mismo de la celebración del acto aunque su nulidad no haya sido juzgada.

³⁶⁾ Cfme. Manuel Aragón Reyes, Rafael García Villaverde y Juan Alfonso Santamaria Pastor "El régimen Jurídico de Las Cajas de Ahorros", Madrid, 1991, p. 155.

La ley de Sociedades Comerciales acentúa con rigor el "principio de la tipicidad". No otorga posibilidad de ejercitar la competencia dispositiva para generar relaciones asociativas -personificantes- fuera del "numeros claussus" de los tipos societarios, disponiendo la nulidad por atipicidad (doc. del art. 17 LS). En las sociedades con actividad prohibida, la competencia dispositiva se encuentra reducida aún más en su numeros claussus, en cuanto a elección del tipo - sólo Sociedad Anónima y cooperativa para actividad bancaria o asegurativa-, y previo a la efectivización de esa relación societaria, siempre se necesita tener una "EMPRESA" que de sustento al contrato como elemento - organización jurídica-, que marca hoy una diferencia con los contratos con estructura de cambio, pues éstos no necesitan tener una empresa (organización) como base indispensable.

En este supuesto enfrentamos un vicio de invalidez que afecta la estructura del acto mismo, en cuanto contiene vicios o deficiencias en su forma estructural, y en ello consiste la nulidad, la noción de ineficacia, en cambio, parte de la existencia de factores externos al acto.

Clarificando los problemas terminológicos ⁽³⁷⁾: la palabra "invalidez" es la que permite aventar confusiones futuras y disipar problemas de interpretación, ya que usar "nulidad" a veces como género y otras como especie (casos del Código Civil, por ejemplo) trae innumerables conflictos.

2. No subsanado el vicio antes de su impugnación judicial, la anulación significará la liquidación de la sociedad trayendo aparejada la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las obligaciones sociales, excepto para las S.A. a las que se les aplican las disposiciones de los arts. 182 y 183 L.S. Finalmente, declarada la quiebra de la sociedad, ésta extenderá sus efectos sobre los socios sin producirse confusión entre las masas de acreedores (arts. 164 y 154 L 19,551)⁽³⁸⁾.

³⁷⁾ Raúl Aníbal Etcheverry "Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales" en LL tomo 150 p. 1101.

³⁸⁾ E. Zaldívar, *Cuadernos de Derecho Societario*, t. I, p. 119.

3. Al no indicarse los efectos de la nulidad absoluta en las sociedades, ante la perplejidad que genera la existencia del sujeto de derecho, se pensó en un efecto diferencial que sería para el futuro, ex nunc ⁽³⁹⁾. No se distinguió que es el mismo de la teoría general (ex tunc) sobre la relación contractual, pero sobre la persona jurídica -que no es contrato y constituye una institución jurídica-, sólo impone disolución, un efecto de futuro (ex nunc) ⁽⁴⁰⁾.

Se debe distinguir entre efectos de la personalidad y efectos del tipo, que resulta también útil en el caso de la sociedad nula, de nulidad absoluta. No existe para las sociedades un régimen de nulidad diferenciado (ex nunc) que el que rige para los actos jurídicos en general (ex tunc). La nulidad no afecta la relación asociativa exteriorizada, máxime si esa actuación fué personificante -que si existió no puede ser borrada-, sino que altera los efectos que genera la atribución del tipo social, y esos efectos tipológicos son ex tunc con motivo de la nulidad absoluta, sin perjuicio de constituirse como causal de disolución (ex nunc) de la relación asociativa.

En la relación societaria personificante, que por haber existido no puede desconocerse, la nulidad absoluta actuará como causal de disolución ex nunc si correspondiere, como en los casos de los arts. 18 -objeto ilícito-, 19 -actividad ilícita- (en estos supuestos sin posibilidad de regularización por prohibición legal) y 20 LS -actividad prohibida para el tipo social elegido- (supuesto en que podría ser posible la transformación si no existe en realidad actividad ilícita ⁽⁴¹⁾). Se trata, en los dos últimos supuestos, de nulidad devenida en la actividad gestoria.

Siempre sin perjuicio que los socios puedan subsanar las irregularidades, con efecto hacia el futuro, pues la nulidad habrá generado efectos que no pueden borrarse sino desde la publicidad de la subsanación. Nunca puede borrarse la sociedad hacia atrás -si existió como tal- es a la sociedad que generó débitos sociales imputativos.

³⁹⁾ Borgioli "La nullità della società per azioni" cit.pág.176.

⁴⁰⁾ El tema está bien resuelto en la legislación uruguaya, ley 16060, arts. 26, 28 y 29 y en la legislación francesa referida.

⁴¹⁾ Puede verse, entre otros artículos de nuestra autoría, en esta Revista de Derecho Privado y Comunitario, el n°5 "Consumidores", "Alteración de los derechos del consumidor en forma habitual" pag. 309 y ss..

4. El derecho francés, en la reforma al Código Civil del año 1978, otorgó personalidad moral a la sociedad personalista nula, a los efectos de la liquidación, como necesario resguardo de los derechos de los terceros acreedores sociales (⁴²).

La Unión Europea ha subrayando -como hemos visto- el reconocimiento únicamente como sociedad de las civiles y comerciales a las que las leyes les reconocen personalidad jurídica, eliminando toda inseguridad, y en ese orden sistemático que venimos señalado se organizan los sistemas de cada país.

5. La nullité d'une société n'agit que pour l'avenir, dice Pic (⁴³), en el sentido que la sentencia hasta el momento de su pronunciamiento no borra entre las partes la comunidad de intereses que es necesario liquidar. Esta comunidad es un estado que constituye una realidad tangible que ninguna ficción del derecho puede borrar. Hay negocios concluidos con muchas personas; habrá, pues materia para reglar las operaciones negociadas y sus resultados.

Expresaba Cámara (⁴⁴) que no cabe considerar lisa y llanamente nulo el contrato y reponer las cosas a su estado anterior, como deducción lógica absoluta, porque el derecho no puede dar la espalda al mundo de las realidades; aunque formuláramos tal afirmación, resultaría impotente para aniquilar cuantas operaciones haya realizado, porque la sociedad existió en verdad generando una serie de relaciones jurídicas con terceros, quienes atendieron a la apariencia. Siempre habrá activo que liquidar y pasivo que satisfacer.

Los terceros contratantes de buena fe -sostenía Cámara (⁴⁵)- no son alcanzados por la declaración de nulidad: el art. 101 LS dispone que la sociedad conservará su personalidad a ese efecto.

La sociedad nula constituye una sociedad de hecho manifestada al exterior como válida y, según Hémard, "No cabe poner en duda que la sociedad nula ha de desaparecer, pues su

⁴²) Cfme. Jean Gúyenot "Los ocho casos comunes de disolución de las sociedades civiles y comerciales" en R.D.C.O. t. 14 p. 795 y ss., especialmente a pág. 805 donde se trata sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad anulada, a los efectos de su liquidación.

⁴³) "Des sociétés commerciales", París 1940 I p. 424, citado por Cámara ob. cit..

⁴⁴) Ob. y pág. cit. en nota.

⁴⁵) p. 134.

vicio de origen la condena a morir. Más, ¿como operará sobre el pasado esa declaración de nulidad ? Es un hecho que esa sociedad ha vivido y resulta injusto, a veces imposible, destruir por completo las situaciones y los intereses creados, esto es, negar todos los efectos jurídicos fundándose en que tal sociedad no pudo tener existencia alguna, ya que es nula ab initio. La severidad de este rigor lógico, de esta retroacción, se modera mediante la doctrina de "la sociedad de hecho", que no representa sino el modo de disolución práctico y equitativo de un episodio comprometido. Sociedad de hecho es, pues, una sociedad que adoleciendo de un vicio de nulidad ha funcionado a su pesar durante un tiempo y reclama una especial disciplina. Esta sociedad no es nula más que para el porvenir, porque no ha alcanzado el grado de perfección suficiente para permitirle que continúe su existencia; mas, como ha vivido debe mantenerse su paso. En suma, como no es una sociedad de derecho es una sociedad de hecho" ⁽⁴⁶⁾. Importa siempre la sustitución de una sociedad de derecho inválida por una sociedad de hecho, salvo cuando la causal de nulidad es inconciliable con la razón misma de la nulidad ⁽⁴⁷⁾.

6. Conformando los criterios legislativos expuestos, esa doctrina distingue entre la sociedad constituida de hecho y la devenida de hecho por nulidad del negocio constitutivo. Ambas tienen la misma solución normativa en el derecho argentino.

La solución no puede ser diferente, que para subsanar la actividad normativa, para enfrentar el problema de la sociedad atípica, pero la subsanación -como anticipamos en los párrafos precedentes- debe ser introducida a través del sistema de la regularización, ante la nulidad del contrato que impide la subsanación de los vicios del mismo. Es la relación societaria la que se subsana a través del particular sistema de la "regularización societaria".

La prohibición de constituir sociedades atípicas, para evitar confusiones a terceros, contrariando el principio de libertad contractual para pergeñar contratos atípicos, imponía soluciones

⁴⁶⁾ Théorie et pratique des nullités des sociétés de fait" citado por Cámara en nota 125 a pág. 134).

⁴⁷⁾ P.ej.: incapacidad de todos los contratantes, administradores, socios, etc., supuesto únicamente de biblioteca. Sobre la controversia puede verse Borgioli ob. cit. p. 174. Escarra-Rault "Sociétés commerciales" II págs. 346/7/9, Calas-Aulon "Essai sur la notion d'apparence en droit commercial" Montpellier 1959, p. 127 y ss..

especiales. En tal sentido la "conversión" del negocio jurídico prohibido por otro autorizado (sociedad típica), lo que importa un sistema de regularización previsto en el art. 22 de la ley argentina.

Corresponde la REGULARIZACION de la sociedad nula por atipicidad. Se trata de un tipo social la sociedad de hecho ? Se sostiene ⁽⁴⁸⁾ que "Por medio de la transformación y ahora de la regularización -todos los tipos- en sentido propio e impropio ⁽⁴⁹⁾ son mudables".

La nulidad no alcanza a la relación societaria ex tunc, por cuanto la nulidad no se refiere a la sociedad sino al negocio constitutivo de la misma o a su actuación. La nulidad absoluta alcanza al negocio constitutivo (art. 16), o a la sociedad por las fallas funcionales (arts. 19/20), o por la modalidad concebida por las partes (arts. 20/29).

La nulidad afectará desde siempre la responsabilidad de los socios, los efectos frente a terceros, pero el sujeto de derecho subsistirá. Este efecto general de responsabilidad por no ajustara a la normativa societaria, es específico en el caso de abuso del medio técnico, indicado como inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54 in fine LS) ⁽⁵⁰⁾.

La constitución de una sociedad de hecho debe verse reflejada en el mundo exterior, a través de la interacción propia de todo sujeto en el tráfico jurídico, anudando relaciones con otros, adquiriendo bienes, celebrando actos jurídicos, etc.⁽⁵¹⁾. La existencia de la sociedad requiere aportes destinados a desarrollar la gestión económica ⁽⁵²⁾.

⁴⁸⁾ Raúl Aníbal Etcheverry "Nuestro sistema de Derecho Societario" número extraordinario 50º Aniversario Rev. La Ley del 15 de noviembre de 1985 pág. 17.

⁴⁹⁾ Supuesto de la sociedad de hecho, acotamos.

⁵⁰⁾ Nto. "La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades" pág. 81 del n° 4 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario. Santa Fe, Noviembre 1983. Ed. Rubizal Culzoni.

⁵¹⁾ CNCOM Sala D. 29.11.91 "Izrael de Solari, Sara s/ Quiebra", en Doc.Soc.y Conc.Ed.Errepar, tomo IV p.918

⁵²⁾ Cfr. Art. 1648 CC, Cám.Civil, Sala A 26.12.78 en LL 1979-B-136, 12.12.79 ED 85-245 con nota de Bossert "La prueba de la existencia de la sociedad de hecho"; Belluscio "La distribución patrimonial de las sociedades de hecho" LL 1.7.91.

7. Las reflexiones que esbozamos respetan el principio que los negocios jurídicos no pueden perjudicar a terceros. La sociedad es un medio técnico con efectos preindicados por el sistema legislativo, cual es la división patrimonial que afecta a terceros vinculados al patrimonio de los aportantes. El negocio constitutivo elige el medio técnico previsto por el legislador como técnica jurídica de la organización de derechos y relaciones, internas y externas.

En el sistema actual se habla de irregularidad societaria cuando una sociedad típica no se registra o frente a exteriorizaciones de una relación indubitadamente societaria, de una sociedad que no exterioriza su contrato (de hecho) ⁽⁵³⁾ o de una sociedad atípica por nulidad del contrato (devenida de hecho) ⁽⁵⁴⁾.

La sociedad devenida de hecho permite su regularización, la tipicidad de primer grado ⁽⁵⁵⁾ puede estar vinculada a la personificación pero no a la nulidad -aunque la nulidad puede vincularse a efectos sobre la tipicidad de segundo grado-, por otra parte es una decisión legislativa permitir la libertad de configuración de contratos asociativos o sociedades atípicas o en ambos.

Se completaría el sistema argentino con la inclusión, como se hizo en el Anteproyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia para la reforma de la ley de sociedades y contratos participativos ⁽⁵⁶⁾, en el art. 94 LS de la nulidad como causal de disolución ⁽⁵⁷⁾, congruente con la certidumbre que se invalida la relación negocial de base pero no se afecta la personalidad, que

⁵³⁾ José I. Romero "Sociedades irregulares y de hecho" Bs.As.1982 p.179 y ss..

⁵⁴⁾ Sobre el punto puede verse nto. "Negocios de participación, asociaciones y sociedades" cit..

⁵⁵⁾ Cfme. Luis Fernando de la Gándara "La atipicidad enderecho de sociedades" Ed. Portico, Zaragoza p. 235.

⁵⁶⁾ En el que nos tocó participar.

⁵⁷⁾ Nto. "Disolución y liquidación de sociedades" p. 215 en el libro colectivo bajo nta. dirección "Derecho y principios societarios" Curso de postgrado de profundización, ed. Tapas 1982; se sigue así el sistema francés.

subsiste hasta la liquidación de la sociedad (expresa en art. 2 LS Anteproyecto LS y tácita en la ley actual).

Sin perjuicio de los supuestos propios del recurso técnico de la personalidad para la simplificación y seguridad de relaciones con terceros, la defensa de la subsistencia de la personalidad como centro de imputación -de base objetiva- aunque se afecte la responsabilidad de los socios ⁽⁵⁸⁾, puede encontrarse en el principio clásico de la apariencia ⁽⁵⁹⁾, aunque de base subjetiva, con función de recuperar el modelo propuesto para un determinado acto, dándole la eficacia que le falta por defecto de una situación de hecho, restituyéndole al tercero legitimación. Esta apreciación subjetiva resulta absorbida por la objetiva de la personificación como institución jurídica que una vez que se generó debe extinguirse conforme a la rígida norma prevista por la ley en torno a la liquidación.

8. Aceptada en los supuestos de atipicidad la regularización de la sociedad de hecho, en el caso de objeto prohibido por el tipo elegido, esa regularización debería ser asumida autorizando la transformación, facilitando la legalización de la actividad, sin afectar a terceros ni a la política del legislador que impuso determinada estructura formal para la realización de cierta actividad.

V. PARA LA MEDITACION. CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE RELACIONES DE ORGANIZACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO.

1. La sociedad en sentido estricto como medio técnico de organización, subjetivizada siempre, se independiza cada vez más de las vicisitudes de los vínculos personales y de sus avatares funcionales.

Esto se advierte en el mantenimiento de una sociedad devenida de un sólo socio, en la no disolución por muerte o por resolución o rescisión parcial, y los efectos del abuso del medio técnico o de la nulidad de la sociedad, que afectan el régimen de responsabilidad o al tipo como medio elegido, o extendiendo la

⁵⁸⁾ Cfme. Julio C. Otaegui "Invalidez de Actos societarios" Bs.As. 1978 p. 203 "La sociedad irregular es un sujeto de derecho (art. 2° LS) con personalidad precaria y limitada (Exposición de Motivos Cap. 1. Sec. IV-1) ... los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados ...

⁵⁹⁾ cfr. Horacio P. Guillen "Nulidad y apariencia" LL diario del 24 de noviembre de 1983 p. 1.

responsabilidad por usar el medio técnico (controlante) ⁽⁶⁰⁾, pero sin afectar la relación societaria como medio jurídico impuesto por el sistema legislativo. En este último supuesto de nulidad absoluta, la sociedad deviene en sociedad de hecho -ex tunc-, pero no se liquida ipso jure, los vínculos generados por la personalidad no se anulan sino que debe -eventualmente- disolverse y liquidarse ⁽⁶¹⁾, lo que podrá formalizarse con la empresa en marcha. La nulidad del negocio constitutivo, o sea del contrato de elección del medio técnico objetivo, afecta el medio específico -tipo-, pero deja subsistente el sustractum genérico sociedad-persona, pues el régimen de las sociedades, incluso de hecho, no es disponible y esta conectado con la institución del medio técnico de la persona jurídica.

⁶⁰⁾ Ver nto. relato previo en el IV Congreso Internacional de Daños, Bs. Aires abril de 1995, en el tema "Fraccionamiento de la responsabilidad, frente a terceros y consumidores, a través de los contratos de colaboración".

⁶¹⁾ Cfme. nto. ensayo en Libro Homenaje a Hector J. Cámara "Anomalías Societarias" intitulado.

El efecto ex tunc se ajusta a la responsabilidad de los socios, problema genérico y resuelto a través del sistema de las sociedades irregularmente constituídas en nuestro derecho, aplicable a la sociedad nula, devenida de hecho.

No puede borrarse hacia atrás -si existió como tal- la sociedad que generó débitos sociales imputativos a la nueva persona jurídica o que generó preferencias respecto al centro imputativo impuestas por la ley.

Se recepta así el principio de la "conservación del negocio".

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de abril de 1989, realizadas en Bariloche, se llegó a la siguiente conclusión de lege lata: "6. La nulidad absoluta en materia de entes colectivos no afecta la personalidad. Si en cambio afecta desde su origen la responsabilidad de sus integrantes en cuanto a los beneficios del tipo. La nulidad absoluta constituye causal de disolución".

Internacionalmente se advierte esa tendencia, como surge de la Primera Directiva de la Unión Europea a la que hemos hecho referencia.

En cambio, si la sociedad no actuó puede ser desvalorizada integralmente.

2. Construcción del sistema de relaciones de organización en el derecho privado.

De las precedentes referencias específicas afrontamos ahora, a partir de aquellas argumentaciones formalizadas en tema de nulidad societaria abordado, una construcción genérica del sistema del derecho privado en torno a las relaciones de organización.

En primer lugar se impone un poco de Historia sobre las razones que dieron nacimiento al Derecho Mercantil como categoría histórica y que a la fecha han desaparecido:

La aplicación de los usos y costumbres de los comerciantes como lex mercatoria internacional y la inmediatez en la solución de los conflictos.

La reacción fué clara ante la aplicabilidad de las normas de los derechos nacionales, eventualmente de las reglas de conflicto de Derecho Internacional Privado para determinar el derecho aplicable: contratos autónomos e inmunizados del derecho substancial y del derecho procesal, incluso más allá del arbitraje a través de la garantía a primer demanda, y de las reglas uniformes de Unidroit.

Por ello parece adecuado la inserción de los viejos contenidos del Derecho Mercantil en los contenidos también tradicionales del Código Civil en la impronta de la unidad del derecho privado, como hemos sostenido reiteradamente. Esto se advierte en la República Argentina con cuatro proyectos de Código Civil en 13 años, algunos ley del Congreso vetada por el Poder Ejecutivo, otros con sanción de solo una de las Cámaras del Congreso.

Pero en esa unidad del derecho privado muy clara para las relaciones de cambio, a través de las que se estructuró el sistema del derecho privado, no se advierte claramente un sistema para las relaciones de organización. Por relaciones de organización nos referimos a aquellas que hacen a la organización interna y externa de la empresa, a los contratos abiertos a más de dos partes, a los contratos en red.

Adviértase que respecto de estas relaciones de organización no siempre es posible inmunizar los contratos de la ley nacional aplicable en virtud de la sede, el domicilio o la actividad de la sociedad o asociación instituída.

Dentro de las relaciones de organización, los contratos asociativos importan nuevos desarrollos teóricos con gran contenido práctico.

Pero esas relaciones de organización aparecen en el sistema del derecho privado desestructurada y aluvionalmente a través de las leyes de sociedades por acciones, que luego se infiltran en la Cooperativa, asociaciones y SRL, incluso en leyes generales de sociedades, como la Argentina, pero manteniendo su falta de integración, como ya algo hemos anticipado.

Veamos la cuestión en el derecho societario en algunos ejemplos, tomados de la ley argentina nº 19550 del año 1972 y sus reformas:

1°. Se unen sociedades con contratos asociativos que no otorgan personalidad jurídica, pero no se organiza una parte general aplicable a ambos. Ello acaeció en su estructura original y se acentuó en la reforma del 83.

2°. Se incorpora una norma del género contratos plurilaterales en las sociedades

3°. Se impone en la sociedad la constitución por más de dos personas, su mantenimiento pese a la norma sobre vicios vinculares del apartado anterior, pero en las normas de resolución parcial y disolución se admite la sociedad devenida unipersonal, de lo que resulta que no se distingue entre negocio constitutivo y sociedad persona.

4°. No se regula la nulidad de sociedad, confundiéndola con nulidad de los actos y negocios jurídicos, que afectan el negocio constitutivo pero no la sociedad persona, para la que constituyen causal de disolución.

5°. En la aplicación del art. 30 limitando a las personas jurídicas, no se distinguió entre la sociedad persona y el contrato de sociedad accidental.

6°. Se regula en la S.A. la impugnación de los actos colegiales colectivos, pero no se regula para las otras sociedades ni para los contratos asociativos.

7°. Se regula en el año 83 la limitación a la transferencia de cuotas, cuando ello surja del estatuto, pero no se indica si ello se aplica en situaciones similares a las acciones nominativas no endosables.

O sea que es constatable una falta de construcción armónica de un sistema.

El mismo podría construirse, como venimos sosteniendo desde hace mucho tiempo a partir de

1. Eliminar el concepto civil y comercial por inactual, por lo menos en las sociedades.

2. Distinguir la regulación de lo que es efecto de la personalidad jurídica que es el principio de división o sea de generarse un centro imputativo autogestante, y cuando fenece ese

centro, fijando las reglas generales para todas las relaciones personificadas, hasta su liquidación.

3. Distinguir los diversos entes personificados, regulándolos en cada caso, fijando en ellos, en su tipicidad el principio de limitación o no de responsabilidad de los socios o partícipes.

4. Distinguir el contrato plurilateral y sus efectos, y la natural posibilidad de que del mismo se genere un ente personificado, pero no esencialmente para autorizar al acto unilateral o la escisión con acto colegial colectivo.

5. Distinguir el acto colegial colectivo, sus formas, validez, principio de mayoría en razonabilidad y legalidad, e impugnabilidad.

6. Regular los contratos asociativos no personificantes como género, sin perjuicio de regular algunos típicos.

ALGUNOS DE ESTOS ASPECTOS SON ASUMIDOS POR el proyecto de REFORMA al CODIGO CIVIL de 1998, pero que mantiene una sociedad residual que genera una confusión pues conservan ciertos criterios del proyecto de unificación del 86, mezclándolos con los más evolucionados del 93, pero sin evitar caer en una sociedad residual y en la posibilidad que una relación sea o no considerada sociedad por apreciación judicial, lo que afecta a la certeza y seguridad de los negocios jurídicos, sin advertir que la cuestión responsabilidad puede atribuirse sin necesidad de probar la existencia de una persona jurídica sociedad.

La cuestión de generar un sistema del derecho privado también tiene implicancias en el derecho concursal.

Ante la crisis económica financiera de un sujeto y de sus múltiples relaciones, el derecho concursal se presenta como un sistema colectivo y universal de centrar todas las relaciones activas y pasivas de un patrimonio en un procedimiento único y rápido tendiente a eliminar la crisis o liquidar el patrimonio.

Aparece construido en interés público y como procedimiento de orden público e irrenunciable, lo que debe atenderse para atenuar el criterio autonomista y privatista con que quiere entenderse la actual ley.

Por otra parte y particularmente en el concurso de la empresa organizada como persona jurídica no puede prescindirse del

análisis del sistema substancial de fondo que no es eliminado por el derecho concursal: y en ese aspecto las obligaciones del administrador para actuar como un buen hombre de negocios, planificando el futuro y exponiéndolo en el marco del derecho societario, su obligación de actuar con la persona jurídica con los medios aptos y sin que medien causales de disolución, p.ej. por infracapitalización material, todo lo que debe tenerse presente -como en el caso del pronto pago_ “resultado de la explotación”, o en el informe general del síndico causas de la cesación de pagos que deben integrarse con la conducta de socios y administradores vinculadas a esas causas como forma de calificación de la responsabilidad. El derecho concursal es parte de las relaciones de organización y no debe prescindir las normas de organización del concursado. Sólo con visión global e integradora puede asumirse el tétrico panorama que se presenta ⁶², pues parte del futuro de la empresa y de la comunidad donde se inserta es la probidad y capacidad de sus administradores.

Con un análisis específico sobre la nulidad “societaria” hemos querido abordar el aspecto central de una construcción sistemática futura del derecho privado económico voluntario. Bienvenidas las críticas que permitirán ahondar la cuestión.

San Sebastián, mayo de 1999.

⁶² Agravado por la ley nº 24522 en una supuesta “privatización” del sistema, otorgando facultades a los acreedores y aparentemente cercenando las del juez, eliminados aparentemente los imperativos para una presentación en concurso temporánea con la instalación del “estado de cesación de pagos”, eliminada la calificación de conducta, desalentadas la promoción de acciones de responsabilidad y reconstrucción patrimonial, como así también la del administrador del concursado de acreditar la viabilidad de la “empresa”.