

## La regla que “no mide”

### El Orden Público en el Derecho Societario

Jimena Vanesa Bolletta

#### **Nociones introductorias** [\[arriba\]](#)

Parece oportuno recordar que la estructura societaria, comporta, como lo señala Kelsen, la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, configurando -la persona jurídica- un orden jurídico parcial dentro del orden jurídico total constitutivo del Estado, es decir un recurso técnico. A esa peculiar estructura se corresponde la noción de los órganos sociales, como centros de atribución de funciones o de poderes entre los que se encuentra repartida, por la ley y por el estatuto, la competencia para desarrollar la actividad volitiva, intelectual o meramente material del ente[1].

Puede sostenerse que hasta hace no hace muchos años, existía consenso en que el Orden Público es la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y las personas hacen uso pacífico de sus derechos y libertades[2].

#### **Debate doctrinario** [\[arriba\]](#)

El orden público ha sido definido -también- por los precedentes judiciales, que han entendido que, es el conjunto de creencias, valores, y conductas que en una sociedad o comunidad determinada, en un tiempo también determinado -época-, conforma su conciencia axiológica y social media, la que constituye un interés general irrenunciable. En razón de tal fundamento es que Schneider, considera que las normas de orden público tienen carácter imperativo y no resultan disponibles por parte de los particulares. Es decir, todas las normas de orden público son imperativas, pero no todas las normas imperativas son de orden público, pues el carácter imperativo de la norma depende exclusivamente de la voluntad del legislador. Para que una norma sea imperativa no necesariamente debe tutelar el orden público, toda vez que normas de orden público dictadas o vigentes en una comunidad o estado en un determinado momento, pueden perder ese carácter con posterioridad si se altera el conjunto de creencias, valores, y conductas que conforma la conciencia axiológica y social media de dicha comunidad o Estado y por el contrario, normas imperativas dictadas o vigentes en una comunidad o estado en un determinado momento, que no tienen el carácter de orden público, pueden convertirse -posteriormente- en normas de orden público si se altera el conjunto de creencias, valores, y conductas que conforma la conciencia axiológica y social media de dicha comunidad o estado, y se incorporan el bien e interés tutelado por la norma a dicha conciencia axiológica y social media. Asimismo, explica la autora que el carácter de orden público de la norma no depende de la calificación que de ésta haga el legislador al dictarla sino, más bien, de que el contenido de la misma constituya un elemento de protección del conjunto de aquellas creencias, valores, y conductas que conforma la conciencia axiológica y social media de la comunidad o estado al momento de su dictado, mientras que el carácter imperativo de una norma depende -exclusivamente- de la voluntad del legislador, que es quien le otorga tal carácter al momento de su dictado. En este sentido, expresa Schneider que el acto genético de la sociedad es un contrato destinado a regir la compleja normativa que concierne a una disciplina de relaciones entre una pluralidad de

personas y determinados patrimonios; y aun cuando las nociones de interés público y orden público resulten perfectamente escindibles en un plano conceptual, no puede desconocerse que existe entre ellas una conexión que, aunque más no fuere por remisión al interés particular como noción opuesta, las estrecha y crea una vinculación fecunda en consecuencias. En efecto, dice que el bien jurídico tutelado por el orden público no puede desatender, en alguna medida, al interés general. Menciona además, que el autor Manóvil, advierte que, al lado de disposiciones que hacen al interés general contiene numerosas normas imperativas que, aunque conllevan su inderogabilidad convencional ya sea en el contrato social, los estatutos o por medio de resoluciones sociales y hasta puede decirse que son de la esencia del ordenamiento societario, no afectan, sin embargo, el orden público. Cuando el contrato social, el estatuto o una resolución social intentaran derogarlas, tal disposición será nula por ser contraria a una ley imperativa. Pero la inderogabilidad no tiende a la satisfacción de un interés general, sino a la protección de los derechos individuales que están comprometidos en cada caso. Es así que siempre se ha dicho y debe tenerse presente, que debe analizarse el contenido íntegro del ordenamiento al que pertenece un determinado precepto, apreciando sus consecuencias sobre la institución que resulta[3].

En palabras de Esparza estamos ante "Un tema que excede lo jurídico y hace a la esencia de nuestra comunidad, y además incita a pensar la Patria. Nuestra pobre patria cautiva, tan huérfana de caballeros andantes que la defiendan...". Todos sabemos -dice Martorell- que en el Derecho Privado, el Orden Público actúa como límite a la autonomía de la voluntad, resultando nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad plasmados en principios y reglas de derecho. Nadie ignora, es más, resulta un verdadero "lugar común" del Derecho, prácticamente, "desde siempre": esto es, aun con anterioridad a la sanción de las leyes 19.550 y 19.551, que han existido quienes —en aras de no entorpecer el dinamismo de los negocios y favorecer las necesidades de libertad de la actividad mercantil— vienen insistiendo por la morigeración de la incidencia del Orden Público. Tenemos entonces -afirma el autor- que la normativa que regula a las sociedades —y fundamentalmente a las SA— ha sido modelada sobre la garantización por parte del legislador de un equilibrio en la tutela de los intereses de los socios, los acreedores, los inversores u ahorristas y los terceros, en la cual el Orden Público posee y debe seguir poseyendo un rol fundamental. No se le escapa al autor referido precedentemente, que hay quienes, como Julio César Rivera, entienden que su importancia viene declinando; y que para algunos, se trata de una noción de características "vaporosas". Es que, como se recordará, hace más de medio siglo el querido maestro destacaba que hay quienes acomodan las definiciones —fundamentalmente la de "Orden Público"— a las consecuencias que pretenden extraer, sin limitarse a la consideración del concepto en sí, lo cual considera necesario revincular con las ideas de Duncan Kennedy, quien suele poner de relieve que en no pocas ocasiones lo que se afirma tiene que ver con la influencia de la ideología en el derecho y en sus operadores[4].

Entre algunos societaristas, refiere Martorell, que hay quienes como Balbín, que han sostenido que —aun aceptándose que derechos del accionista como el de voto acumulativo y de receso "son indisponibles y por ello indisputadamente de interés público"— resultan "...ajenos al orden público, por lo que podría tolerarse la afectación de sus derechos sin violentar garantías constitucionales". La postura anterior (Balbín) encuentra amparo en la posición mantenida por Rovira el cual, en consonancia con la visión crítica poseída por él acerca de la regulación de la "persona jurídica" por parte del legislador del 2015, considera necesario "...mejorar la técnica del Código Civil y Comercial estableciendo en forma expresa que en el derecho

societario no existen normas de orden público". La realidad es que -menciona Martorell, dichos derechos, como el de suscripción preferente o el de acrecer, tienen una *liaison* incuestionable con la propiedad de las tenencias accionarias de un socio, lo que para algunos –en posición discutible para el autor mencionado– quizás merezcan menos protección que la casa-habitación del hombre común, aunque en los hechos se trate de lo mismo. Dado por válido lo anterior, y remitiéndonos al ámbito del derecho societario, vemos que Balbín sostiene que "La detección de normas de orden público en el régimen societario es una tarea improbable", siendo dable colegir que, si no las detecta, es porque no existen, para culminar afirmando que "...se ha llegado a afirmar la imposibilidad sin más de que una decisión societaria lesione el orden público", y que

...una resolución social no podría alterar el orden público ni atentar contra normas de ese carácter. Postura que ha sido controvertida directamente por Martorell, mediante un lamentable ejemplo de la realidad argentina, esto es, respecto de uno de los Conglomerados Societarios, que solamente a través de una de las Sociedades Petroleras que integran su Grupo, según declaraciones de su titular, ...evitó pagarle a la AFIP el dinero recaudado de todos nosotros por el Impuesto a la Transferencia de los Combustibles" (ITC) durante 4 años por más de \$7.600 millones en una época en que la cotización del dólar fluctuaba entre \$4 y \$10 la unidad (circa de u\$s 1500 millones). Pero además, y como también fuera objeto de reconocimiento, ese descomunal perjuicio comunitario, fruto de las decisiones societarias correspondientes, fue causado mientras la sociedad de marras –por sí y/o a través de otra compañía del conglomerado empresario– compraba títulos públicos en dólares por centenares de millones durante el año 2015 "para 'cubrirse' de la devaluación". De este modo, y en claro desmentido a lo afirmado por el referido autor (Balbín), nos encontramos -dice Martorell- con que –en casos lamentables tramitados por ante la propia Justicia argentina– mediante decisiones societarias adoptadas mientras se encontraba vigente el llamado "cepo cambiario", evasores de miles de millones concretaban durante el año 2015 compras cuantiosas de BODEN 2015 y BONAR 2017 "en dólares" "...por cuenta y orden de otras empresas del Grupo", amén de adquisiciones y apuestas "al dólar futuro", mediante lo que corporativamente calificaban de "...flujo sobrante", causándole gravísimo perjuicio al erario público y a la República. Advierte Martorell que con lo expuesto se comprueba el altísimo grado de lesividad al interés general, al orden social, colectivo o público y, finalmente, el daño que generan al haz de principios fundamentales de orden, filosófico, económico, moral y hasta político de esencial salvaguarda para el mantenimiento de la organización social argentina las decisiones societarias supuestamente "tolerables" o "convalidables" según algunos autores. Finalmente, expone Martorell, que la última defensa de estas posiciones se sitúa en la tesis de considerar que en el universo societario prácticamente "todo" es materia disponible, derrumbando los límites impuestos por el texto legal (ley 19.550 y Cód. Civ. y Com.) a la violación del Orden Público, el fraude y el abuso[5].

En palabras de Vítolo, aunque la tendencia actual apunta hacia la reducción de los preceptos imperativos, "...lo cierto es que aún hoy se reconoce la necesidad de mantener ciertas normas de orden público para regir las relaciones entre accionistas administradores y terceros"[6].

Es por eso, que le parece (a Martorell) absolutamente descaminado colocarse "a contramano de la historia" y sostener que en la ley 19.550 sólo hay disposiciones "imperativas" y que, a raíz de ello, la mayoría puede dejarlas de lado o desconocerlas sin sufrir ningún tipo de sanción puesto que, en última instancia, "todo" –en este campo– sería materia disponible. Incluso, ya hace cerca de tres décadas, Ricardo

Nissen, en obra que ha resistido prácticamente incólume el paso del tiempo, destacaba que, sin pretender polemizar en torno a la noción de Orden Público, que pareciera ser un concepto todavía inacabado, y ya fuere que tomemos la definición de Planiol, del recordado Guillermo Borda o de Salvat, que lo ligaban al interés general, a las cuestiones de orden social, colectivo o público, o —finalmente— a un haz de principios fundamentales de orden filosófico, económico, moral y hasta político de esencial salvaguarda para el mantenimiento de la organización social establecida, es de toda evidencia que si las sociedades anónimas revisten una importancia liminar para nuestro país y para el ordenamiento jurídico capitalista, parte significativa de las normas que regulan su funcionamiento deberán ser consideradas de Orden Público. Vemos que cuando se analiza en profundidad las posturas negadoras del peso que reviste el Orden Público en materia corporativa, se descubre que quienes niegan que las normas previstas por la ley 19.550 en defensa de los derechos esenciales del socio están fundadas en el mismo, no alcanzan a explicar en forma satisfactoria cuál es el fundamento de la imperatividad o interés público de aquellas; carácter éste que sí les reconocen, y de la distinción efectuada a tal fin. En lo personal, manifiesta Martorell que coincide con el recordado Guillermo Borda (P.) y con Ricardo Nissen, quienes entienden que existe una plena identificación entre ley imperativa y Orden Público, lo que los lleva a concluir que toda ley imperativa es de Orden Público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y prohíbe a los interesados apartarse de sus prescripciones es porque entiende que existe un interés social comprometido en su cumplimiento. O, resumiendo, porque se trata de una Ley de Orden Público, concluye que "...leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos". Dicho con otros términos, y en palabras de su querida amiga —la juez de Cámara Diana Cañal— "Si la cosa camina como un pato, tiene plumas como un pato, tiene patas palmípedas como los patos y habla como pato... entonces es un pato"[7].

Finalmente, y aunque no se coincidiera con lo anterior, cree (Martorell) que el temperamento propuesto consistente en considerar vigente al orden Público en la normativa societaria y requerir que los jueces procedan en consecuencia es el que más se compadece con lo que viene llamando desde antiguo "La interpretación Republicana de las Leyes" que, para volver al pensamiento de Esparza que sigue en esto al recordado Leonardo Castellani, impone "Pensar la Patria". Es que si negamos la existencia de normativa de Orden Público en la Ley General de Sociedades y pretendemos que así se lo reconozca expresamente por la vía de sostener que las disposiciones de la ley 19.550 son sólo "imperativas" o "de interés público" y, en cuanto tales, pasibles de ser dejadas de lado por las partes, estaremos consagrando en los hechos una verdadera dictadura de las mayorías, con grave riesgo de la afectación de los valores comunitarios y del interés nacional. Superada —a su juicio— tal situación mediante la incorporación en el 2015 de "La teoría de la inoponibilidad" como "Un principio general del derecho"; receptada y ampliada su mecánica de aplicación con el nuevo art. 144 del Cód. Civ. y Com. y agravada la responsabilidad de los administradores sociales, estamos viendo "reciclarse" la postura que niega la vigencia del Orden Público en materia societaria, enancada en la corriente "modernizadora" que, tras introducir normativa de deficiente construcción técnica y de peligrosas derivaciones —como la de las SAS—, está llevando a algunos a avanzar en la demolición de barreras normativas e interpretativas cuyo derrumbe indefectiblemente, por lo menos a su juicio, permitirá la severa afectación del interés nacional, mediante la grave lesión de intereses comunitarios fundamentales[8]. Es que, desde su perspectiva (de Martorell), se está intentando imponer una corriente de opinión que, en los hechos, lo que intenta es desbaratar toda eventual alegación de la existencia de normativa de Orden Público en el ámbito corporativo, so capa de que sólo hay disposiciones imperativas en aquél y que,

obviamente, la mayoría puede dejarlas de lado o desconocerlas sin sufrir ningún tipo de sanción, puesto que, en última instancia, "todo" sería materia disponible[9].

En palabras de Balbín, el llamado orden público societario no es una especie del género orden público, sino solo una mera categoría doctrinaria de reducido ámbito de aplicación y contorno indefinido, tendiente a simplificar el estudio de la materia. A la postre, su utilización resulta contraproducente, por cuanto inexisten normas de tal carácter en la LGS, hecho que encuentra su explicación en el interés particular que se persigue a través de un instrumento de contenido estrictamente patrimonial —el constitutivo de la sociedad— sumado a la especificidad de la materia societaria. En el ordenamiento jurídico societario se regulan relaciones entre particulares, de contenido patrimonial que nada tienen que ver con el interés general. Ello no importa que el ente no pueda desplegar conductas que violen normas de orden público, solo que en tal caso estas se encontrarán por fuera de la LGS, por cuanto inexisten tales preceptos en dicha ley. Lo que la LGS en oportunidades contiene son normas imperativas, inderogables o indisponibles, destinadas a la protección de derechos e intereses individuales, cuya violación no acarrea una nulidad absoluta[10].

Esta imperatividad normativa consagrada en los regímenes tradicionales restringe la autonomía de la voluntad de los contratantes. Paz-Ares atribuye esta reducción del papel de la libertad de convenir de las partes al modo sacramental de entender y de hacer el derecho de sociedades, y que se articula no sobre la base de un paradigma contractual, sino sobre un paradigma institucional que presupone la existencia detrás del texto legal de un arquetipo ideal de sociedad expresivo de una ordenación objetivamente equilibrada de las relaciones entre socios y garante de la funcionalidad del orden societario. Tal precomprensión lleva a considerar que la ley no es un instrumento de integración, sino un instrumento de conformación del contrato de sociedad, cuya función es directiva, lo que impone el criterio del legislador y que además rige la producción doctrinal y jurisprudencial por sobre la voluntad de las partes. Así, en los modelos en lo que prima una imperatividad de fondo, el jurista no se forma una imagen de la sociedad en términos de relaciones, sino de estructuras o de artefactos, y no de mecanismos que sirvan de ajuste o arreglo a intereses particulares. La sociedad de capital se reduce a "una máquina jurídica primorosamente diseñada y equilibrada por el legislador, en la que las opciones al gusto del consumidor, al que se supone inexperto en la planificación técnica de una cosa tan sofisticada, están restringidas [...] la autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje"[11].

Es lógico que, en tal estado de cosas, a fin de corregir las consecuencias no deseadas de la imperatividad, cobren auge las corrientes enroladas en el análisis económico del derecho y que básicamente y de manera simplificada pregonan la eficiencia de las normas jurídicas a partir de la autorregulación como técnica de ordenación. Aplicadas al derecho societario, estas ideas concluyen que "las normas imperativas son inadecuadas para disciplinar el complejo mundo de las sociedades mercantiles; mucho más conveniente a tal efecto es, por el contrario, el ejercicio intenso y apenas restringido de la libertad contractual". En este contexto, en los últimos años se ha producido en ordenamientos comparados una tendencia hacia la desregulación del derecho societario, orientada a una disminución del ámbito del derecho imperativo a favor de la autonomía de la voluntad —tal la finalidad de la LACE con la inclusión de la SAS. Empero, esto no importa la desaparición de toda imperatividad en favor de una libertad irrestricta. Incluso en legislaciones de neto corte liberal como la norteamericana, algunos componentes obligatorios en materia de derecho societario resultan inevitables. Lo mismo sucede, aunque en menor grado, en Gran

Bretaña y otros países del Commonwealth. En nuestro ordenamiento, la SAS reduce la imperatividad normativa societaria tradicional casi por completo: solo en ausencia de previsión expresa en el instrumento constitutivo se aplicará de manera supletoria la LGS, por lo que es a los socios, y no a la ley, a quienes corresponde definir el perfil y detalles organizativos de la modalidad empresaria cuyo vehículo es la SAS. Así, el modelo impuesto por la LACE, flexible en contraposición con el rígido esquema normativo de tipos previsto en la LGS, solo encuentra su límite frente a la comisión de abusos, fraude o la mala fe en el ejercicio de los derechos previsto en el cap. 3 del Título Preliminar del Cód. Civ. y Com. Probablemente esta libertad dará lugar a instrumentos constitutivos de mayor o menor sofisticación, atendiendo la dificultad del negocio tenido en cuenta por las partes, y a modo de evitar los conflictos que de una reglamentación deficiente —y la consecuente aplicación de leyes supletorias— pudiera derivarse. Un instrumento constitutivo que todo lo previera estaría exento de toda remisión a la LGS. Incluso se ha sostenido que, a fin de evitar conflictos posteriores sobre la aplicación supletoria de la LGS a la organización jurídica interna de la SAS, los socios pueden expresamente pactar su no aplicación y la consecuente autonomía de la LACE y del contrato social[12].

De esta manera, y en razón de la autonomía de la voluntad que incardina el sistema normativo de la SAS, los socios tienen amplia libertad para disponer aquello que atienda mejor los intereses del negocio que emprenden. Mediando previsión en el instrumento constitutivo y salvo remisión expresa de la LACE, aquellos pueden apartarse de las disposiciones de la LGS, en particular de las enumeradas en su art. 13 —cláusulas leoninas—. Siendo que estas atañen al interés patrimonial particular de los socios, resultan disponibles. De modo que el instrumento constitutivo podrá disponer libremente que algunos de los socios reciban todos los beneficios, o que se los excluya de ellos, o que ninguno lo haga, o que a los socios inversores se les restituyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias, o que se permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. Pueden incluso disponerse cláusulas que eliminen o restrinjan la responsabilidad del director por incumplimiento de su deber de cuidado, o que prevean la renuncia a impugnar estados contables, o prohibirse cualquier forma de receso, o preverse la exclusión del socio, o la venta de los votos cambio de algún tipo de compensación, y toda otra cuestión que mejor atienda los intereses de los contratantes. ¿Es que acaso corresponde al legislador evaluar las razones que llevan a sujetos libres y capaces a contratar en búsqueda de algo que estos —y no el legislador— han estimado ventajoso? Máxime cuando el ejercicio de su libertad no acarrea perjuicio a terceros, desde que estos no han dispuesto de sus derechos como sí lo han hecho los socios. Empero, la libertad dispuesta en la LACE —que se resume en la posibilidad de disponer de las normas que la LGS establece para los tipos en esta regulados— encuentra un límite en los principios generales dispuestos en el Código para el ejercicio de los derechos, y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su protección frente al abuso del derecho (arts. 9º, 10, 11, 12 13 y 14, Cód. Civ. y Com.). "Esto significa en términos prácticos, que la negociación, celebración, interpretación, ejecución y conclusión de contratos, entre otros ejemplos, quedan sujetos inexorablemente a los principios citados sin necesidad de otras normas específicas". Lo que no importa una novedad en punto a la limitación en el ejercicio de los derechos, sino la desaparición de normas tuitivas en por sobre las capacidades y voluntad de los contratantes[13].

**Reflexión final** [\[arriba\]](#)

El presente trabajo procura buscar respuesta al interrogante sobre si podemos desconocer la existencia de un Orden Público societario ambicioso por imperar como límite a las decisiones corporativas en defensa -principalmente- de los valores comunitarios y derechos de las minorías, y de esta manera consolidar la postura de que las disposiciones de la ley 19.550 son sólo “imperativas” o de “interés público” y, en cuanto tales, pasibles de ser dejadas de lado por las partes en aras de la defensa del sistema de libre empresa, la economía de mercado y las libertades individuales.

#### Notas [\[arriba\]](#)

[1] FARGOSI, H. P., "Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones", LA LEY, 1975/A, 1061; Revista Jurídica Argentina.

Doctrinas esenciales, t. III, LA LEY, 2008, p. 529 con cita GARO F. J., "Sociedades anónimas", Buenos Aires, 1954, vol. II, núm. 273; HALPERIN, I., "Manual de sociedades anónimas", Buenos Aires, 1958, p. 356.

[2] "Orden público": Real Academia Española - Asociación de Academias de la Lengua Española, "Diccionario de la lengua española", Ed. Espasa, Madrid, 2014, 23ª ed.

[3] Las nulidades absolutas y su afectación a normas imperativas y de orden público, Schneider, Lorena R., Publicado en: DCCyE 2013 (diciembre), 115.

[4] El Orden Público en el Derecho Societario argentino. Vigencia y embates de la posmodernidad, Martorell, Ernesto E., Publicado en: LA LEY 05/11/2018, 1 • LA LEY 2018-F, 497.

[5] *Ibidem*, Publicado en: LA LEY 05/11/2018, 1 • LA LEY 2018-F, 497.

[6] VÍTOLO, Daniel R., "La Sociedad Anónima Simplificada (SAS)", LA LEY, ob. cit.

[7] El Orden Público en el Derecho Societario argentino. Vigencia y embates de la posmodernidad, Martorell, Ernesto E., Publicado en: LA LEY 05/11/2018, 1 • LA LEY 2018-F, 497.

[8] *Ibidem*, Publicado en: LA LEY 05/11/2018, 1 • LA LEY 2018-F, 497.

[9] Ley de sociedades, orden público y defensa de valores comunitarios fundamentales, Martorell, Ernesto E., Publicado en: LA LEY 12/09/2017, 1 • LA LEY 2017-E, 787.

[10] El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS, Balbín, Sebastián, Publicado en: RCCyC 2020 (febrero).

[11] *Ibidem*, Balbín, Sebastián, Publicado en: RCCyC 2020 (febrero).

[12] *Ibidem*, Balbín, Sebastián, Publicado en: RCCyC 2020 (febrero).

[13] *Ibidem*, Balbín, Sebastián, Publicado en: RCCyC 2020 (febrero).