

Orden público societario... ¿estás ahí?

(Con especial referencia a las nulidades absolutas, normas imperativas y derechos inderogables de los socios)

Pablo Augusto VAN THIENEN
Iván G. DI CHIAZZA

Sumario: I. PRELIMINAR - II. ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO... ¿ESTAS AHÍ? - III. ALGUNAS NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO: ¿BORDA O LLAMBÍAS?- IV. EL ORDEN PÚBLICO Y LA SOCIEDAD COMO CONTRATO. - V. NORMAS DE ORDEN PÚBLICO Y NORMAS IMPERATIVAS: DIFERENCIAS. - VI. ORDEN PÚBLICO: IMPERATIVIDAD E IRRENUNCIABILIDAD. a) Acciones ordinarias de voto plural. - b) Asambleas ordinarias y extraordinarias. - c) Paridad de trato y capitalización de reservas. - VII. ORDEN PÚBLICO: NULIDAD ABSOLUTA E IMPRESCRIPTIBILIDAD. - VIII. ORDEN PÚBLICO: IMPRESCRIPTIBILIDAD E IRRENUNCIABILIDAD. - IX. DEROGACIÓN DE DERECHOS SOCIETARIOS: NULIDADES Y PRESCRIPCIÓN. -X. PRESCRIPCIÓN Y DEBER DE DILIGENCIA. - XI. LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS SON DEROGALBES.

I. Preliminar

La evidencia empírica acredita que en los fallos donde se ha decretado la nulidad absoluta de aumentos de capital sea en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada el argumento central del veredicto ha sido el siguiente: la decisión social afecta el *orden público societario*, lesiona derechos *inderogables* de los accionistas, o *violenta el régimen societario*. Esta evidencia prueba, también, que muchos de estos fallos adhieren a las enseñanzas de los profesores HALPERIN, ZALDÍVAR y OTAEGUI.

Incluso se ha llegado a sugerir la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente a un aumento de capital simulado y fraudulento. Parece que estos negocios anómalos deben ser repudiados por el sistema con la máxima pena: la nulidad absoluta¹.

Quienes piensan de esta manera caen en el siguiente silogismo: el aumento de capital fraudulento es violatorio del orden público por lesionar derechos inderogables de los socios quebrantando el régimen societario. Siendo esto así corresponde a los jueces de la Nación decretar la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible. Nos preguntamos: ¿corresponde?

Desde la doctrina judicial del caso *Abrecht* hasta nuestros días, cada vez que un tribunal necesita declarar la nulidad absoluta de un aumento de capital termina recalando en este mismo lugar: dado que existe un orden público societario los socios poseen derechos inderogables. Partiendo de esta premisa los tribunales llegan a la siguiente conclusión: hay ilícitos societarios que llevan, decididamente, a la nulidad absoluta del acto jurídico colegiado.

Parece que esa nulidad imprescriptible alcanzaría, incluso, a los cuasidelitos.

Todos sabemos que el caso *Abrecht* (piedra angular sobre la cual se edificó la tesis de la nulidad absoluta e imprescriptible) no fue otra cosa que una maniobra fraudulenta urdida por los socios mayoritarios con la única finalidad de desbaratar derechos patrimoniales de dos socios (los hermanos Pablo y Karina). El desbaratamiento de derechos se materializó a través de un aumento de capital (a la par). El juez preopinante Dr. Alberti invocó, en aquella oportunidad, al artículo 4030 del

¹ Vid., NISSEN, Ricardo. *Aumento del capital social y orden público comprometido*. LL, 1997-A-1023

Código de Vélez².

Conciente el juez Alberti de que el plazo de caducidad del artículo 251 LSC era demasiado escueto para avalar un fraude de tamaño envergadura, y teniendo especialmente en cuenta el perfil familiar y sucesorio del conflicto no tuvo otra opción que decidir *extra muros* aplicando a un conflicto societario el régimen de prescripción del digesto civil³. Basta repasar los motivos que inspiraron aquel fallo para notar la equidad de la sentencia.

Así las cosas, todos quienes precisan perforar el exiguo plazo de caducidad del artículo 251 LSC echan mano al orden público en base a la doctrina de este *Leading Case*.

Lo interesante de este antecedente es que detuvo la inercia que venía ganando la doctrina del caso *Pereda*. En efecto, la misma sala D -que había levantado una valla de contención contra la impugnación de aumentos de capital al amparo de la doctrina de la no justiciabilidad- consideró, luego, en *Abrecht* que aquel principio debía ceder cuando el aumento de capital no es otra cosa que un instrumento formal dirigido a causar un daño; o sea, desatendiendo el interés social⁴.

Frente a un aumento de capital irracionalmente dañoso, abusivo o fraudulento (léase: carente de causa lícita) aquel se convierte en materia justiciable y la acción de nulidad queda fuera del plazo de caducidad de tres meses del artículo 251 LSC.

Ahora bien, como estamos hablando de orden público y de derechos inderogables parece que la nulidad del aumento es de tipo absoluta, y como tal, la acción no estaría sometida a plazo de prescripción alguno⁵. Todos sabemos que los negocios *nuloabsolutos* son inconfirmables (argumento del artículo 1058 del Código Civil).

En síntesis, los actos jurídicos colegiados que tengan por objetivo una causa extrasocietaria y fraudulenta agrediendo el *orden público* societario y lesionando derechos *inderogables* de los socios son

² Si bien el juez Alberti sostuvo en su sentencia que la materia patrimonial no escapa al orden público, no descuidó un detalle: la acción para promover la demanda de nulidad de la asamblea está sujeta a un plazo de prescripción. Aún cuando se advierte cierta contradicción en el fallo puesto que frente a la violación del orden público no hay sanación posible, ni confirmación; la tesis de la prescriptibilidad (vrg., art. 4030 del C. Civil) recibió la crítica de NISSEN; hoy seguida por muchos. Ob.cit.

³ Dado los intereses involucrados en aquella causa (derechos patrimoniales) y la particularidad de las relaciones personales y societarias el juez Alberti se vio forzado a emitir un fallo de equidad superador. Estaba en juego el derecho de los socios Pablo y Karina a la legítima hereditaria violentada por la organización de un patrimonio familiar bajo la técnica jurídica societaria.

⁴ Interés social entendido en la versión de Tulio Ascarelli como el interés común de todos los accionistas y como el elemento causal del acto jurídico colegiado (asamblea). La doctrina *Pereda* no es un caso aislado y ha sido ratificada por los autos *Lagarcué SA c. Banco Galicia y Buenos Aires SA*, sala C; *Finkelstein c. Sauler SA*, sala C; *Gowland c. ITA*, sala B; *Bellini c. SISA*, sala B y *Mourín López c. Editorial Molina SA*; *Larocca c. Argentina Citrus SA*, sala E; ente otros

⁵ Así lo sostuvo el juez *a quo* en *Block c. Frigoríficos Block SA*. Criterio confirmado por la alzada. En efecto, en uno de los párrafos más salientes del fallo de 1º instancia pude leerse lo siguiente: *en la especie, se ha acreditado que las nulidades asamblearias integraron una maniobra fraudulenta encuadrable en el primer tipo de fraude (...) que tiene por finalidad transgredir la ley; y en particular el orden público. Por ello la nulidad acusada no resulta encuadrable entre los supuestos previstos por la norma societaria (art. 251LSC) ni en el fraude a los acreedores previsto en el artículo 961 del C. Civil; sino, entre las nulidades absolutas previstas en el artículo 1047 del C. Civil, por tratarse de un negocio jurídico contrario al orden público. (...) cuando el actor demuestra que el vicio apuntado puede ser calificado como gravoso para el orden público, es posible demandar la nulidad que, por ende, es imprescriptible (conf. CNCom., sala D Abrecht c. Cacique Camping SA) Así, si las normas de orden público son aquellas que inspiran el mantenimiento de la organización social, la mora, las buenas costumbres y las instituciones de derecho privado, no caben dudas que (...) los vicios apuntados configuran un supuesto de nulidad absoluta por fraude (...)*

actos jurídicos *nuloabsolutos*; y por ende, *imprescriptibles*. Este tipo de ilícitos se rigen por las normas del Código Civil.

¿Es jurídicamente cierto que los socios de una SRL y los accionistas de una SA poseen derechos inderogables en el marco de la ley 19.550?

¿Podemos hablar de un orden público societario?

Adelantamos nuestra opinión en sentido negativo. A continuación los fundamentos:

II Orden público societario... ¿estás ahí?

Todavía, no lo hemos encontrado.

No somos originales con el título de este ensayo. El profesor de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires, Doctor Adrián PAENZA lo ha expresado así respecto de las matemáticas en su conocido *best seller* "Matemática... ¿estás ahí?" Tanto el profesor PAENZA como nosotros sabemos que ella existe y está ahí. PAENZA nos invita a entrar en contacto con ella, aceptarla, conocerla y entenderla.

En cambio, nosotros, partimos de otro lugar. Sabemos que los artículos 3, 19, 21, 502, 794, 872 y 953 del Código Civil reconocen de manera expresa o implícita un orden público; lo que no sabemos a ciencia y verdad es el alcance de esa noción. Ya no se trata de saber que un año luz equivale a 9.460.000.000.000 kilómetros de distancia; para nosotros, se tratar de conocer algo mucho más complejo y oscuro: la noción de orden público. Y esta noción se torna mucho más esquivada cuando queremos encontrarla en el ámbito societario.

¿Existe un orden público societario?

Todos sabemos que dentro del ámbito de nuestra ciencia hay demasiadas ramas que han nacido con este estigma. Hemos leído y escuchado en forma reiterada frases que aluden al orden público laboral, al orden público tributario, al orden público concursal, al orden público administrativo, al orden público ambiental, al orden público del consumidor, al orden público familiar y al orden público sucesorio. Incluso se habla de un orden público económico; esto último para justificar el dictado de normas de emergencia vejatorias de los más elementales derechos patrimoniales.

En el terreno del derecho mercantil y específicamente dentro del derecho de los contratos no habría suficiente espacio para el orden público (salvo los contratos en masa) poniéndose en entredicho la aplicación de esta noción a nuestra rama: el derecho societario.

Para saber si un acto jurídico es nulo de nulidad absoluta por violación al orden público debemos entrar en contacto con esta noción escurridiza para analizar si corresponde atacar con la máxima sanción legal aquellos negocios jurídicos que atentan contra derechos de los socios. Por lo tanto, como primer paso, corresponde captar este concepto.

Un dato a tener en cuenta es que la comisión reformadora del '83 derogó expresamente del artículo 251 LSC la referencia que este dispositivo hacía a las *norma de orden público*. Esto permite sacar una primera conclusión: la remisión al orden público generaba demasiada incertidumbre en el

delicado ámbito de las nulidades societarias siendo aconsejable su derogación⁶. Otro dato que no puede pasar inadvertido por el lector es que esa misma comisión eliminó la nulidad *absoluta* del artículo 271 LSC. Parece que la comisión tomó nota de que la celebración de contratos entre partes relacionadas no es un acto nulo absoluto por más perjudicial, fraudulento, leonino y abusivo que sean los términos contractuales. Este ejemplo puede servirnos como pauta de interpretación: el interés jurídico tutelado por el artículo 271 LSC no es de orden público.

Actuar de manera infiel, en interés contrario, violando descaradamente el principio de lealtad y buena fe que debe gobernar toda relación contractual no implica lesionar el orden público.

Orden público societario... ¿estás ahí?

III.

Algunas nociones de orden público: ¿Borda o Llambías?

Las palabras del profesor Gervasio COLOMBRES adquieren para este trabajo plena vigencia: *“Lo primero que es menester decir del concepto jurídico de orden público es que no ha sido logrado. Múltiples fueron las tentativas hechas para precisarlo. Se recurrió a afanosas teorizaciones que quedarán en el mejor de los casos como inútiles incursiones intelectuales. Pero si éste fuera el único saldo de tantos intentos frustrados, en él mi observación se agotaría. Sin embargo, ello no es así. La cuestión es más grave, porque la presencia por demás asidua de la idea de orden público en el derecho contemporáneo, ha comportado para la dogmática jurídica una perturbación demasiado seria como para que pueda ser olvidada. A sus conjuros el progreso científico padeció la más cruel lesión que le fuera dado soportar; lesión a la certeza jurídica que parece ser la moda de nuestro siglo legislativo, judicial y científico. Sentencias judiciales, libros doctrinarios, tribunas políticas, discusiones parlamentarias, texto legales, donde quiera se pretendía condenar de alguna manera el derecho de nuestra época; allí aparecía el orden público en su concepción imposible, vaga y difusa”*⁷.

Veamos algunas de esas incursiones intelectuales:

Para MARTINEZ RUIZ el orden público involucra el conjunto de principios superiores inherentes a la organización del Estado y la familia, rectores del orden moral y buenas costumbres, que la voluntad individual debe respetar con prohibición de convenir cuanto pueda transgredirlo⁸.

MOSSET ITURRASPE, citando a CARBONIER, nos enseña que el orden público es el querer vivir de la Nación y que por esta razón el Estado reprime las convenciones particulares dirigidas a atentar contra sus intereses esenciales. Para este autor existe un orden público de protección donde se enrolan las normas tuitivas del consumidor, del inquilino, del arrendatario rural, de los usuarios, del trabajador; entre otras disposiciones legales⁹.

En el caso de la ley 13.246 de arrendamiento rural la presencia del orden público es innegable: *“Los preceptos de esta ley son de orden público, irrenunciables sus beneficios e insanablemente nulos y carentes de todo valor cualquier cláusula o pacto en contrario o actos realizados en fraude a la misma”*. Podemos coincidir que semejante orden público de protección es una exageración; pues no vemos cuáles pueden ser los principios superiores inherentes a la organización del Estado y la familia que merezcan semejante tutela en el marco de un contrato de arrendamiento rural. Ahora bien, el Estado así lo ha

⁶ A pesar de ello la comisión reformadora de la ley de sociedades volvió a incorporar esta noción dentro del texto refundido del nuevo artículo 251. Muestra elocuente de nuestras posiciones pendulares en este tema agregando confusión e incertidumbre.

⁷ Vid. COLOMBRES., Gervasio. *El orden público en el código de comercio*. JA-1964-II.

⁸ Vid., MARTINEZ RUIZ. *El orden público y sus características generales*. JA-92-739.

⁹ Vid., MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Ed., Rubinzal – Culzoni. Tomo II.2001. Pag., 113 y sgtes.

considerado y de esta forma el Parlamento entendió que el arrendamiento rural merecía un grado de protección superior a otros contratos de arrendamiento o alquiler celebrados entre mercantiles.

El profesor Guillermo BORDA entendió al orden público como aquellas cuestiones que responden a un interés general o colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en los cuales sólo está involucrado un interés particular¹⁰.

DE LA FUENTE adhiere a la definición desarrollada por BORDA por considerar que dicha definición es amplia cubriendo y abarcando todos los supuestos donde hay un interés público involucrado más allá de los intereses superiores que hacen a la esencia de la sociedad. Este autor explica que la concepción de BORDA es la receptada por Vélez que contrapone a la noción de orden público la noción de interés particular. Por lo tanto el orden público es sinónimo de interés general por opuesto a interés particular o individual. Todo lo que no es interés particular es de orden público. DE LA FUENTE cita como ejemplo de ello los artículos 19 párrafo 2º, 21 y 872 del Código Civil¹¹.

La posición mayoritaria representada por los profesores Raymundo SALVAT y Joaquín LLAMBÍAS restringen, y a la vez elevan, la noción de orden público criticando severamente la posición de BORDA. Para estos autores la crítica a la doctrina amplia pasa por que BORDA considera normas de orden público a todas aquellas leyes que son de interés público, interés general o bien común. De acuerdo con SALVAT y LLAMBÍAS semejante concepción implica que toda norma jurídica calificaría de orden público puesto que el legislador siempre está inspirado en una finalidad de bien común y de interés general. Sostienen estos autores que si seguimos a pie juntillas la postura de BORDA llegamos a la conclusión de que las normas dispositivas o supletorias también serían de orden público puesto que, sin duda, el Estado las dicta teniendo en mira el bien común.

Es por ello que tanto SALVAT como LLAMBÍAS jerarquizan la noción de orden público expresando que es el conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral, y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social¹². Ergo, califican como normas de orden público las que establezcan la vigencia de aquellos principios. Esta visión restringida es seguida por BUDANO ROIG, CAPITANT y LAURENT; entre otros civilistas¹³.

El orden público nos enfrenta entonces a dos escuelas: (i) la tesis amplia de BORDA donde orden público es sinónimo de interés general o interés común y, (ii) la tesis restringida de LLAMBIAS donde el orden público es un conjunto de principios superiores, incluso, al propio orden jurídico¹⁴.

Parece que esos principios de rango superior justifican sacrificar la libertad de las convenciones o los derechos individuales por algo superador y unificador de la comunidad integrante del Estado. Esta forma de entender al orden público está expresamente reconocido en el Código de Vélez: *las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público...*

La dificultad por capturar conceptualmente la noción de orden público con un criterio

¹⁰ Vid., BORDA, Guillermo. *Concepto de ley de orden público*. LL, 58-97.

¹¹ Vid., DE LA FUENTE, Horacio. *El orden público y el control constitucional de las leyes*. LL, 29.11.2004.

¹² Vid., SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.I – 168. LLAMBÍAS, Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.I-158

¹³ Vid., BUDANO ROIG, Antonio. *Imperatividad y orden público*. ED, 117-873

¹⁴ *La doctrina y jurisprudencia se plantean dudas casi insuperables acerca del concepto de orden público, sus clases, fuentes y efectos jurídicos; y no han logrado precisar las diferencias que existen entre conceptos afines, como ser: orden público, leyes de orden público, imperatividad e irrenunciabilidad*. Vid., DE LA FUENTE, Horacio. Ob.cit.

universal ha generado algunas alternativas: las de quienes, por una parte, agrupan por categoría las disposiciones que revisten ese carácter, la de quienes intentan nuevos elementos que permitan precisar el perfil de tan imprecisa noción, y la de quienes contribuyen a enunciar supuestos y enriquecer el concepto. En esta última opción se enrolan quienes al referirse a la preponderancia y supremacía de un interés público y a la consiguiente interferencia de normas imperativas en el derecho privado, invocan exigencias de bien general, concepciones morales, seguridad del tráfico, tutela de la familia, de los económicamente más débiles, como elementos condicionantes de un derecho privado forzoso que aún así, continúa siendo derecho privado¹⁵.

Sólo la búsqueda de un orden superador puede justificar poner un límite a la fórmula consagrada en el artículo 1197 del Código Civil. Esto significa que, salvo orden público, la autonomía negocial adquiere la fuerza de imperativismo normativo. Dicho esto, las normas de imperativo legal que sólo tienen por objeto proteger intereses privados de carácter patrimonial pueden ser interpretadas y suplidas por normas de imperativo contractual. El imperativismo legal cede frente al imperativismo contractual.

Quienes participan de la teoría amplia entienden que toda norma imperativa es de orden público, mientras que, quienes participan de la teoría restringida hacen una clara distinción entre normas imperativas y normas de orden público. Esta distinción es importante pues permite al lector tomar nota de las diferentes posturas interpretativas que uno puede adoptar frente a una determinada norma o negocio jurídico.

Creemos necesario tomar partido por una de las dos escuelas. Decididamente nos enrolamos detrás de la doctrina LLAMBÍAS.

IV.

El orden público y la sociedad como contrato

Si creemos que existen derechos inderogables de los socios y un orden público societario que los ampara, notamos –con profunda preocupación– que los alcances de esta doctrina judicial y autoral pone en jaque algo mucho más profundo que la mera impugnación de actos ilícitos: la posibilidad de pensar la ley de sociedades desde una perspectiva contractual. Está claro que el orden público es la contracara del artículo 1197 del Código Civil.

HALPERÍN y ZALDÍVAR concibieron la ley de sociedades 19.550 desde una perspectiva institucionalista. Congruentes con su época entendieron la ley en estos términos: *el amparo del orden público constituye uno de los criterios generales que inspiran el régimen de la ley de sociedades comerciales. El institucionalismo aflora a través de su articulado concretando de ese modo una evolución que rebasa los estrechos límites de las concepciones contractualistas y que ajusta la actividad a los intereses de la comunidad en que la sociedad anónima se desenvuelve.*

ZALDÍVAR explica que el sistema institucional no aparece expresamente adoptado en nuestra ley de sociedades, ni mencionado en la exposición de motivos, *porque una ley no tiene por qué hacer declaraciones de orden doctrinario (sic)*. Explica este autor que *la circunstancia de haber receptado la moderna filosofía nos obligan a conceptuar a la sociedad comercial, en nuestro derecho positivo, como una institución*¹⁶.

¹⁵ Puede consultarse STIGLITZ, Rubén. *Objeto, causa y frustración del contrato*. Ed., Depalma. Bs As. 1992.

Este autor cita a ENECCERUS y VON THUR quienes al examinar los límites de la autonomía privada y alude a los existentes respecto a la configuración interna de las relaciones crediticias, expresamente menciona a las normas imperativas que tienen por objeto defender la parte que la ley estima más débil. *Vid.*, nota 89, página 48.

¹⁶ El lector interesado puede consultar ZALDIVAR, Enrique. *Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales*. LL, 1975-D-556. También puede consultarse FARGOSI, Horacio. *Intereses de la Nación comprometidos*. La información. T XXX. 1641.

Nuestras palabras sobran: se advierte en el espíritu de este autor un inocultable orden público societario.

Aún cuando a esta altura de la evolución del derecho la oxidada teoría del institucionalismo se encuentra hoy en franca retirada en un mundo donde se concibe a la sociedad como técnica contractual o jurídica destinada a satisfacer el interés común de los socios, llama la atención que la jurisprudencia mercantil vernácula, y alguna doctrina con fuerte predicamento entre nosotros continúe insistiendo con la noción de *orden público societario* haciéndonos creer que el régimen de sociedades de la ley 19.550 es algo más que un mero contrato plurilateral de organización.

Esta corriente de opinión insiste en que los sujetos partícipes de un contrato plurilateral gozan de derechos inderogables; entre ellos, el derecho de voto, el derecho de suscripción preferente, el derecho de receso, el derecho de acrecer, el derecho al dividendo, el derecho de asistir a las asambleas, el derecho a liquidar la sociedad, el derecho a que la acción circule libremente, entre muchos otros derechos políticos, económico y patrimoniales. Por lo tanto cualquier acto jurídico tendiente a derogar estos derechos cae bajo las garras de la nulidad absoluta.

De la mano de esta inderogabilidad se preanuncia el orden público societario.

Orden público societario... ¿estás ahí?

V.

Normas de orden público y normas imperativas: diferencias

La noción de orden público está íntimamente ligada a dos institutos: (i) la *imperatividad* de las normas y (ii) la *irrenunciabilidad* de los derechos. Ahora bien es preciso hacer una aclaración previa: mientras las normas de orden público son necesariamente imperativas; las normas imperativas no son necesariamente de orden público.

Partiendo del orden público concebido tanto por BORDA como por LLAMBIAS parece que en el ámbito societario muy pocas son las normas que tienen esa llaga y muy pocos los derechos del socio considerados *inderogables*.

Cualquiera sea la escuela donde usted se enrole no hay duda que el artículo 18 de la ley 19.550 es una clara disposición imperativa de orden público tendiente a proteger un interés general, reafirmando la moral media de nuestra comunidad: prohibir la formación de sociedades con objeto ilícito¹⁷. En igual sentido podríamos coincidir en que el artículo 17 de la ley 19.550 es una norma imperativa de orden público pues castiga con nulidad a las sociedades atípica. Está claro que el interés tutelado con este dispositivo es evitar la constitución de sujetos de derecho no reconocidos por el sistema de Derecho. Lo mismo podríamos decir del artículo 20 de la LSC¹⁸.

El catedrático español EMBID IRUJO es muy claro al respecto: *el único límite a la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho societario radica en que no se pueden constituir sociedades atípicas*¹⁹.

¹⁷ Ídem para las sociedades con objeto lícito pero con actividad ilícita. El interés general tutelado lleva a la nulidad absoluta de la sociedad pudiendo ser liquidada a pedido de parte o de oficio. Se aplican a estos casos el artículo 1047 del Código Civil.

¹⁸ Puede consultarse OTAEGUI, Julio. *Invalidez de actos societarios*. Ed., Ábaco de Rodolfo de Palma. Bs As 1978.

¹⁹ Vid., *Autonomía de la voluntad, estatuto social y derecho de las sociedades de capital*. RDCO. 1999. 32-205. En nuestro entorno comienzan a surgir de manera reciente algunas posturas doctrinarias tomando nota de esta realidad. El lector interesado puede consultar GAGLIARDO, Mariano. *Autonomía contractual vs estatutos*. ED, 184-189; ESCUTI, Ignacio. *Libertad societaria e interpretación progresista*. LL, 2006-C-1292; BAKMAS,

Podríamos decir con certeza que el régimen de *tipicidad* societaria hace a los máximos intereses del Estado como comunidad organizada. No hay duda que dicha técnica jurídica permite a los miembros integrantes de nuestra comunidad reducir sus costes transaccionales generando eficiencias para el mercado. Muy difícil y muy costoso sería promover y dinamizar la economía patria con múltiples sociedades atípicas funcionando. La incertidumbre jurídica elevaría a límites insospechados los costes transaccionales tornando ineficiente el sistema; aún cuando podamos pensar (desde la escuela económica liberal austríaca de von Hayek) que la propia fuerza del mercado terminaría seleccionando los tipos más eficientes.

No hay duda que desalentar la constitución de sociedades con objeto ilícito, o la constitución de sociedades con objeto lícito pero ejerciendo actividad ilícita, o sociedades con objeto prohibido hacen a los máximos intereses del Estado; sin duda hacen a la moral y a las buenas costumbres como principios superiores. Estos son principios en los que usted y nosotros nos sentimos unidos e identificados. Todos compartimos la misma idea de que no es bueno dejar actuar en el tráfico sociedades con objeto ilícito o prohibido. Esta forma de compartir es lo que nos da la idea de comunidad de intereses y que, ni usted, ni nosotros, podemos derogar.

Está claro que dentro del catálogo de normas que integran la ley 19.550 conviven: (i) normas imperativas; (ii) normas imperativas (de orden público) y (iii) normas supletorias o dispositivas.

Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas²⁰. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos²¹.

Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. Lo mismo ocurre con las acciones o cuotas que representan dicho capital y con los órganos societarios necesarios para el funcionamiento del ente. Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; o con capital pero sin acciones; o con capital y acciones pero sin asamblea o sin órgano de administración. Ninguno de estos elementos *tipificantes* pueden ser derogados por autonomía contractual. Ellos son de *orden público*. No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta.

Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su

Iván. *Sociedades anónimas y orden público*. LL, 2001-E-1397; ODRIOZOLA, Carlos. *La sociedad anónima actual*. ED, 24 de febrero de 2004, mismo autor. *Limitación a la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿por qué no?* ALEGRÍA, Héctor. *El futuro del derecho societario*. Academia Nacional de Derecho. 2002. Córdoba.

²⁰ Ilustra esto que decimos el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónima española que niega a la autonomía de la voluntad derogar normas que hagan a los principios configuradores del tipo.

²¹ Respecto del régimen de limitación de responsabilidad considerado elemento tipificante de las sociedades de capital, creemos que nada impide a los accionistas de una SA o socios de una SRL constituirse en codeudores solidarios, liso, llano y principales pagadores respecto de los pasivos sociales en la etapa de liquidación social voluntaria.

violación da lugar a una nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible pudiendo cualquier interesado solicitarla; incluso el Ministerio Público. Los supremos intereses del Estado hacen que se imponga esta persecución (*Vid.*, art. 1047 C. Civil).

Ahora bien que reconozcamos que existen normas de orden público en la ley de sociedades no significa que la ley 19.550 sea de orden público; y menos, que podamos hablar de un *orden público societario*.

Para nosotros la ley de sociedades posee un extenso catálogo de normas imperativas; más no por ello de orden público. Así por ejemplo, que la acción ordinaria goce de voto es una indiscutida norma imperativa, que la acción circule libremente es una evidente norma imperativa, que el aumento de capital dentro del quíntuplo se resuelva por asamblea ordinaria no hay duda que es un imperativo estatutario y legal, que los dividendos deban ser declarados como resultado de un balance del ejercicio aprobado por la asamblea y calculado sobre ganancias líquidas y realizadas es absolutamente imperativo, que el patrimonio de retención deba reducirse cuando las pérdidas consumen la totalidad de las reservas y más de la mitad del capital es necesario, que las acciones de voto plural no pueden poseer más de 5 votos es así; nos guste o no; que el aumento de capital confiere el derecho de preferencia y acrecer es insoslayable; que las acciones se rescatan con cargo a reservas es forzoso; que el síndico tiene responsabilidad por control de legalidad sobre los actos de gestión es incuestionable; que el director no puede representar al accionista en la asamblea no puede eludirse; que la gestión se aprueba por asamblea, renuncia o transacción ... y la larga lista continúa...

Ahora bien, está claro y surge palmario que en los artículos 96, 186, 188, 194, 206, 220.2, 234, 235, 239, 275, 294 entre tantos otros dispositivos de la ley 19.550 subyace un fin tuitivo de intereses particulares. Si estamos de acuerdo con esta forma de interpretar la ley parece que el orden público comienza a desencajar, aún cuando formemos filas detrás de BORDA.

Si los intereses en juego son, en esencia, derechos privados y patrimoniales de los accionistas donde poco y nada tiene que ver la seguridad del tráfico, ni la protección de los débiles, ni los principios configuradores del tipo no hay mucho espacio para el orden público y menos para la inderogabilidad de esos derechos; aún cuando las normas sean claramente imperativas. Insistimos con esto, si nos enroláramos en la tesis restringida de LLAMBÍAS o en la tesis amplia de BORDA el orden público no cuaja en muchas de las normas imperativas de la ley 19.550.

Si usted comparte esta forma de interpretar el derecho de sociedades llegará a la fácil conclusión de que aquellos intereses particulares *no tipificantes* pueden ser derogados; ya sea por un acto voluntario lícito o por actos ilícitos.

La derogación de un derecho patrimonial a causa de un ilícito o de un cuasidelito está fuertemente atada al régimen de prescripción. En efecto, todos sabemos que los derechos privados de naturaleza patrimonial son derogables por dos caminos: (i) por el método contractual o, (ii) por el método delictual. En este último método nace a favor del perjudicado un crédito (el derecho a reclamar) el bien jurídico tutelado por la norma imperativa violada. A tal efecto el beneficiario de la norma debe ejercer ese derecho dentro de un plazo fijado por ley.

Este es un primer paso para poner en entredicho de que en nuestra ley 19.550 existen *derechos inderogables*. Para nosotros esta frase suena a *cliché*. Cierta doctrina y jurisprudencia del fuero la viene repitiendo desde hace un largo tiempo. Creemos que es hora de revisarla.

Orden público societario... ¿estas ahí?

VI.

Orden público: imperatividad e irrenunciabilidad

Mientras el orden público está íntimamente ligado a la imperatividad y a la irrenunciabilidad, lo ajeno a ese orden (o sea el orden o interés privado) juega otro partido: está íntimamente ligado a la renunciabilidad. Por lo tanto lo ajeno al orden público puede estar ligado a normas imperativas o a normas supletorias y ambas tienen en común que pueden ser dejadas de lado a través de una declaración unilateral de voluntad (el renuncia) o declaración común de voluntad (el contrato). En ambos casos habrá un acto voluntario lícito. El titular del derecho protegido por la norma imperativa opta por ceder esa tutela en interés de un acuerdo común.

Nos explicamos: obviar una norma imperativa derivará en un acto ilícito sólo cuando se lesiona el interés tutelado por la norma imperativa sin que el beneficiario destinatario de la norma preste su consentimiento (vía renuncia o acuerdo)²². En cambio, la omisión de una norma supletoria o dispositiva jamás puede generar ilícito alguno.

En el contexto del contrato plurilateral las normas imperativas tienen por finalidad tutelar derechos políticos y económicos de los socios con miras a lograr un equilibrio de poderes entre mayorías compactas y minorías dispersas. Está claro que estas normas tutelativas de derechos patrimoniales nada tienen que ver con el régimen societario o con el principio de la tipicidad. Un ejemplo puede ser útil para dar cuenta de esto que decimos: las asambleas unánimes (con el voto afirmativo del 100% del capital social emitido) pueden lícitamente obviar normas imperativas tutelativas de intereses particulares²³. A los jueces de la Nación sólo les interesa intervenir frente a la derogación de derechos sin que el accionista (beneficiario de la norma imperativa) haya prestado su consentimiento mediante el voto²⁴.

Incluso el director o síndico, que son quienes están a cargo de velar por la legalidad de los actos societarios, poco podrán hacer para revisar o cuestionar la ilicitud de aquel acto jurídico si quienes forman la voluntad social han prestado su consentimiento mediante el voto. No habría responsabilidad civil por mala gestión ni violación de la ley -como requisito necesario para que prospere la acción social de responsabilidad, la acción social minoritaria o la acción *ut singuli* (arts. 274, 275 y 276 LSC)- pues los dueños del capital han dispuesto sobre sus derechos patrimoniales y sobre el interés social. Aceptar lo contrario implicaría admitir la nulidad por la nulidad misma cuestión ampliamente debatida en el célebre caso *Vistalba c. Banco Galicia SA*

El imperativismo normativo del especial régimen societario tiene por misión jugar un rol disuasivo de conductas opresivas y oportunistas evitando así que las mayorías ejerzan derechos de una manera impropia. Las normas imperativas buscan equilibrar poderes dentro del complejo entramado de relaciones societarias.

La íntima relación entre orden público, imperatividad normativa e irrenunciabilidad de derechos está expresamente consagrada en el Código Civil mediante el juego de los artículos 19, 21 y 872. Veamos:

Artículo 19: *La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas con tal que solo miren al interés individual...*

²² Nos preguntamos: ¿es ilícito que el acreedor prendario se quede con la propiedad del bien si el deudor le presta su consentimiento? Decididamente NO. Hay una norma imperativa que lo protege y el deudor decide renunciarla prestando su libre consentimiento para formar un acuerdo de voluntad común.

²³ Sólo podrá atacarla aquel accionista que demuestre vicio en su voto; el directorio, el síndico o el órgano de contralor. Vale la pena recordar que la jurisprudencia del foro no admite las nulidades relativas en sólo interés de la ley. Tampoco lo admite el Código de Vélez.

²⁴ O prestado el consentimiento con el voto viciado (art. 251 LSC)

Artículo 21: *las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público. O sea, la imperatividad de orden público.*

Artículo 872: *las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos (...) en miras del orden público, los cuales no son susceptibles de ser objeto de una renuncia.* En línea con el artículo 19, la irrenunciabilidad del orden público.

Vemos como *imperatividad* e *irrenunciabilidad* juegan, en la estructura del instituto del orden público un rol esencial. Están unidos por un cordón umbilical. Se alimentan el uno del otro. Todo lo opuesto a los intereses particulares.

Si prestamos atención al artículo 21 notaremos que Vélez facultó a los particulares dejar de lado normas imperativas o prohibitivas siempre que no esté en juego el orden público, la moral o las buenas costumbres. Esto quiere decir en pocas palabras que los particulares estamos autorizados por la ley a obviar normas imperativas si nos ponemos de acuerdo y los derechos involucrados representen intereses particulares: esto es la *imperatividad contractual*.

Esta interpretación del artículo 21 coincide con el artículo 872 que nos autoriza a renunciar a los derechos establecidos... *en nuestro interés individual (sic)*.

Quien presta su consentimiento renunciando al derecho que le otorga la norma imperativa está obrando lícitamente si el interés tutelado es de naturaleza particular e individual y no ofende al orden público. Esto que decimos coincide con lo expresado por el artículo 18 del Código de Vélez: *los actos prohibidos son de ningún valor (...) si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.*

Es precisamente esta combinación entre imperatividad e irrenunciabilidad la que restringe al máximo la autonomía contractual pues la norma de orden público se impone. Entonces nos preguntamos: ¿podríamos constituir una SA con capital social y sin acciones?, ¿podríamos prescindir de la asamblea como órgano de gobierno? La respuesta negativa es obvia porque tanto la asamblea (órgano de gobierno) como las acciones (fracción ideal del capital representado en títulos o cuentas escriturales) hacen a la tipicidad y función organicista de la persona jurídica. Son elementos esenciales del negocio y el interés tutelado en este caso es de orden público o, siguiendo a BORDA, de interés público.

Algunos ejemplos pueden ser útiles para explicar mejor nuestra idea:

a) *Acciones ordinarias de voto plural*

Si una asamblea extraordinaria reunida con carácter de unánime con la presencia de la totalidad del capital social emitido decide crear acciones con derecho a 10 votos cada una, no hay duda que dicha decisión ha obviado una norma imperativa: el artículo 216 LSC. Nos preguntamos: ¿es esta norma imperativa?, ¿estamos frente a un negocio jurídico con objeto prohibido?, ¿se ha violado la tipicidad?, ¿se lesionó el régimen societario?, ¿está en juego el orden público?

Está claro que la decisión de emitir acciones ordinarias de 10 votos es un acto jurídico nulo con los efectos y alcance de los artículos 953 y 1044 del Código²⁵. Ahora bien, dependiendo del carácter (sólo imperativo) o (imperativo de orden público) que le asignemos al artículo 216 LSC llegaremos a diferentes resultados: dependiendo del carácter asignado a la norma la asamblea será *nuloabsoluta* o *nulorelativa* (tal como lo define el profesor OTEAGUI).

²⁵ Nulidad implícita. Al juez le bastará cotejar las condiciones de emisión con el artículo 216 LSC para declarar la nulidad.

Para nosotros la única manera de poder precisar con certeza si estamos ante una nulidad absoluta o una relativa es, detectando el interés jurídico tutelado, o si se quiere, la *ratio legis* detrás de la norma²⁶.

Explorando un poco aquel interés jurídico que el artículo 216 LSC intentaría tutelar, notamos que ningún orden público está involucrado.

En efecto, para nosotros este dispositivo sólo nos está diciendo que el socio titular de acciones de 5 votos podrá retener el control político del ente aún cuando su participación en el capital social se reduzca al 16,16% + una acción. O sea, la norma busca poner un techo a ese piso en aras de un pretendido equilibrio de poderes. En nuestra opinión la prohibición de acciones de voto plural en exceso de los 5 votos no hace a la esencia del tipo ni a los principios configuradores de la sociedad; ni al régimen societario; y menos al orden público sino que pretende tutelar un simple equilibrio entre poder político, capital y riesgo. Aquí el legislador consideró útil tutelar un interés *difuso* de quienes participan libremente del contrato asociativo. No hay duda que la limitación a 5 votos nada tiene que hacer con el orden público de LLAMBÍAS y menos con el interés público de BORDA. La emisión de este tipo de acciones y la estructuración del capital social y el poder político en la sociedad mercantil es materia ajena al interés público y al orden público. A través del artículo 216 el legislador fijó una norma imperativa que puede ser válidamente dejada de lado por los sujetos interesados a través de otra norma imperativa: el contrato de suscripción de acciones. Más aún, el interés social puede justificarlo.

Llegamos a la conclusión de que una norma imperativa se convierte en supletoria o dispositiva por elección unánime de los contratantes. ¿Qué significa esto? Que la norma será imperativa –generando un derecho a reclamar la nulidad– si algún accionista minoritario estuviere disconforme con la emisión de acciones ordinarias de 10 votos debiendo invocar a tal efecto que dichas acciones de voto plural exagerado lesionan el interés social. Aquí vemos el carácter disuasivo de la imperatividad. Ahora bien, no tenemos ninguna duda de que para impugnar la voluntad social el socio disconforme deberá proceder con inmediatez: le restan 90 días²⁷.

La emisión de acciones ordinarias de 10 votos será nula (art. 1044), prescriptible (art. 1048), confirmable (art. 1059), y por ende, renunciable las acciones y derechos emergentes de esa nulidad (art. 18, 21 y 872)²⁸. Atento el especial ámbito dentro del cual nos estamos moviendo (derecho

²⁶ *En cuanto a los actos nulos o anulables no es posible predecir si a ellos corresponde una nulidad absoluta o relativa, siendo menester descubrir, previamente, si es un interés público o privado el que resguarda la sanción de nulidad. Vid., LLAMBÍAS, Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, p. 623, Ed., Abeledo - Perrot, Bs As 1980) Similar línea argumental desarrolló el juez Rotmann sobre el carácter de norma imperativa (de orden público) o no del artículo 239 LSC. Vid., CNCom., sala D., Bona, Gaspare c. Cilsa SA.*

²⁷ Sólo podrá exceder el plazo de caducidad si el actor acredita que la emisión de tales acciones es producto de un fraude societario, de una simulación ilícita, de falsa causa, engaño, error. En estos caso la nulidad será relativa siendo de aplicación un plazo de prescripción específico (*vid.*, arts. 4023, 4030 del C. Civil o art. 847.3 del C. Comercio).

²⁸ La nulidad de un acto es relativa cuando el acto simplemente no está de acuerdo a las prescripciones de la ley sin que esta irregularidad implique violación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico que conforman lo que se llama el orden público. En cambio, es absoluta la nulidad cuando el acto es violatorio del orden público, o sea de las reglas básicas del ordenamiento jurídico, de la moral y buenas costumbres. Esta clasificación tiene por lo visto una razón de verdadero fundamento, aunque en algunos casos sea dudosa la distinción por la falta de un concepto unitario de orden público que es la base de la distinción, encarando algunos la diferencia según cuál sea el interés protegido por la ley violada: cuando se protege un interés privado tenemos una nulidad relativa. En cambio la nulidad es absoluta cuando la ley sanciona con la ineficacia a un acto porque está protegido el interés colectivo. Habría que admitir que la nulidad es absoluta cuando la violación es tan tremenda que conmueve los cimientos del orden del orden comunitario. En cambio, en los demás casos el orden

societario), observamos que las acciones ordinarias de 10 votos surgen de un acto jurídico colegiado que expresa la voluntad del ente fijando las condiciones de emisión siendo por lo tanto de aplicación a este tipo de nulidades el especial plazo del artículo 251 LSC²⁹.

No encontramos elementos convincentes para creer que la nulidad de este acto jurídico colegiado deba ir por cuerda del Código Civil, ni estamos frente a una nulidad absoluta³⁰.

b) Asambleas ordinarias y extraordinarias

Dejar de lado el artículo 234 y 235 aprobando por asamblea ordinaria materias propias de la extraordinaria no es otra cosa que la violación de una norma imperativa; más no de orden público.

Con esto queremos decir que una asamblea ordinaria podría con el voto unánime del capital en circulación dejar de lado esa norma imperativa (relacionada con la competencia del órgano) pues el efecto de que dicha asamblea sea ordinaria o extraordinaria es incoloro. Estando presente el 100% del quórum y votando por la afirmativa el 100% del capital social con derecho a voto a nadie se perjudica: ¿se perjudica a la ley?

Es doctrina pacífica de nuestros tribunales que la nulidad por la nulidad misma y que persigue el cumplimiento de meros pruritos formales en sólo defensa de la ley debe ser rechazada. Tengamos presente que en el ámbito de los actos *nulorelativos* -que es el caso que estamos analizando - el artículo 1048 del Código Civil rechaza el pedido de nulidad ... *en el sólo interés de la ley*³¹.

Es claro que los artículos 234 y 235 de la LSC tutelan intereses privados patrimoniales de los sujetos involucrados en el ente social; aún cuando en esas normas se pretenda ver un elemento tipificante. En nuestra opinión el régimen de quórum y mayoría previsto en la ley es una fórmula que pretende otorgar a las minorías un eficaz derecho de *veto*. Lejos están estas normas de querer tutelar un orden público, la seguridad del tráfico, la protección de los más débiles. Consideremos por un momento que una asamblea ordinaria decide con el voto afirmativo del 60% del capital en circulación aprobar temas correspondientes a la extraordinaria. Nos encontramos frente a un acto viciado en uno de sus elementos: la competencia. Ahora bien, los accionistas titulares del 40% podrán confirmar dicho acto ilícito renunciando a ejercer el derecho de impugnación o, en su defecto, transando. En definitiva el artículo 235 LSC ha sido consagrado en interés particular de la minoría, y son ellos quienes optan por renunciar a ese derecho tal como lo autoriza expresamente el artículo 872 del Código Civil. Decididamente no estamos ante una nulidad absoluta, inconfirmable e irrenunciable.

En otras palabras, la renuncia al derecho tutelado por la norma imperativa se puede lograr por cuatro vías: (i) por renuncia, (ii) por acuerdo de partes, (iii) por voto en la asamblea, o (iv) por el no ejercicio del derecho de impugnación.

Si la norma imperativa busca tutelar intereses propios que pueden ser transados y renunciados por el sujeto beneficiario no encontramos razón suficiente para negarle al accionista la opción de renunciar mediante un acuerdo de voluntad común dirigida a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

público cede ante el interés jurídico de los particulares de conservar el acto, manteniendo su validez mediante la convalidación del mismo por confirmación. *Vid.*, AGLIANO, Humberto. *Clasificación de las nulidades*. ED, 143-879

²⁹ Aún cuando el objeto sea prohibido (*vid.*, artículo 953 del Código Civil).

³⁰ Aquí no se aplica el régimen ordinario de prescripción del artículo 4023 del Código Civil, ni el plazo de cuatro años o tres años del artículo 847.3 y 848.1 del Código de Comercio.

³¹ Esta norma confirma la idea de que los actos *nulorelativos* pueden ser anulados en el sólo interés de la ley. Vemos cómo el interés público y/o el orden público involucrado imponen la nulidad.

c) *Paridad de trato y capitalización de reservas*

Que la paridad de trato debe respetarse cuando se capitalizan reservas, utilidades u otras cuentas del balance parece imponerse por disposición del artículo 189 LSC; ahora bien, la violación a ese derecho paritario no deriva en una nulidad absoluta. Está claro que dicho dispositivo no tiene por objetivo tutelar un orden público, ni un interés público, sino que busca proteger en esencia, derechos patrimoniales. Siendo esto así se aplican íntegramente los artículos 21 y 872 del Código Civil. Ni siquiera el principio de trato igualitario hace a la configuración del tipo, ni puede ser confundido con las normas tendientes a tutelar el funcionamiento del ente societario.

Con estos ejemplo hemos intentando acreditar que las normas imperativas de la ley 19.550 buscan tutelar intereses privados patrimoniales esencialmente renunciables y transables; aún cuando resulte difícil digerir la idea de que una sociedad pueda emitir acciones de voto plural más allá de 5 votos por acción, se capitalicen dividendos a favor de ciertas acciones o, se aumente capital más allá del quíntuplo por asamblea ordinaria. Nada de esto vulnera principios configuradores del tipo.

Incluso preguntamos: ¿podrían los socios pactar en el estatuto que el aumento del capital se apruebe por asamblea ordinaria hasta el décuplo?; ¿podría una asamblea extraordinaria reformar los estatutos e incorporar dicha cláusula por unanimidad?, ¿será esa cláusula nula conforme el artículo 245 *in fine*?, ¿qué dirá la Inspección General de Justicia frente a semejante herejía jurídica?³²

Orden público societario... ¿estás ahí?

VII.

Orden público: nulidades absolutas e imprescriptibilidad

Aquí entramos de lleno el tema más urticante de las nulidades. Junto con la imperatividad y la irrenunciabilidad de las normas de orden público aparece en escena la severidad de la sanción.

La protección del interés público o del orden público deriva en dos efectos: (i) limitar al máximo la autonomía de la voluntad y, (ii) lograr la imprescriptibilidad de la acción para solicitar la impugnación del acto; aún *...en protección de la ley*.

La tutela de aquel interés hace que el acto celebrado por los particulares (sea nulo o anulable) deba ser castigado con la máxima sanción: *la nulidad absoluta*.

Tan trascendente para el interés del Estado es la protección de este orden que dicha nulidad puede ser solicitada por cualquier interesado siendo carga funcional de los magistrados dictarla cuando la detectan (art. 1047 CCiv.). El acto violatorio del orden público amplía el elenco de sujetos interesados en declarar la nulidad. De esta forma el codificador pone en manos de la comunidad organizada vigilar por este orden público cargando sobre los jueces con la máxima responsabilidad funcional, pues tienen la misión de declararla de oficio si tomaran conocimiento de ello.

La gravedad de la violación implica que el acto jurídico puede ser declarado nulo en cualquier momento. En efecto, los actos *nuloabsolutos* no están sujetos a plazo de prescripción alguno, ni pueden ser confirmados, ni saneado su vicio. De esta forma los actos *nuloabsolutos* nacen con una debilidad congénita muy grave: pueden ser atacados por cualquier interesado y en cualquier momento. Está claro, la fórmula busca desalentar conductas violatorias del orden público poniendo sobre el negocio

³² Es bueno recordar aquí que las nulidades de los actos jurídicos sólo pueden ser declaradas por los jueces de la Nación. Si un juez se enterara de esta flagrante violación al artículo 188 LSC ¿podría declarar la nulidad absoluta del acto actuando de oficio como Ministerio Público?

ilícito un alto riesgo de frustración. El supremo interés del Estado, la moral y las buenas costumbres así lo exigen³³.

El nudo gordiano de los actos *nuloabsolutos* es la incertidumbre que genera para quienes lo celebran: la imprescriptibilidad de la acción.

Esto que decimos es el polo opuesto a las nulidades relativas. Aquí los intereses tutelados no pasan de ser meramente particulares y por tal razón los derechos allí consagrados están sujetos a prescripción y la acción de nulidad sólo puede ser solicitada por las partes involucradas en el acto. El texto del artículo 1048 CCiv es claro en este sentido: *la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de parte, ni puede pedir su declaración el Ministerio Público en el sólo interés de la ley, ni puede ser alegada sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.*

Los actos *nulorelativos* son ilícitos por violación de normas imperativas mientras que los *nuloabsolutos* son ilícitos por violación de normas imperativas (de orden público). Mientras las normas imperativas tutelan derechos privados patrimoniales, las normas imperativas (de orden público) tutelan derechos de interés comunitario; por esta razón los primeros son renunciables y transables y los segundos no.

Es interesante analizar el artículo 96 LSC desde esta perspectiva. Sin duda este dispositivo contiene dos intereses tutelables: por un lado el orden público a través de la necesaria liquidación y disolución del sujeto carente de patrimonio de retención; y por otro, un interés particular derivado del modo bajo el cual los socios y la sociedad deciden revertir el estado de disolución; ya sea mediante un aumento de capital o su reintegro.

La imperatividad del artículo 96 no la convierte en una norma de orden público. Será de orden público, y por ende inderogable para las partes la necesaria liquidación del ente jurídico si la situación patrimonial negativa no se revierte. Es interés del Estado que las personas jurídicas ideales cuenten con uno de los atributos necesarios de la personalidad: su patrimonio. Ante la ausencia de ese atributo cualquier interesado podrá solicitar la liquidación del ente e incluso un juez podrá pedirla de oficio si llegara a tomar conocimiento de ello.

Ahora bien, el expediente jurídico utilizado por los socios para sanear el patrimonio y sortear el estado de liquidación social escapa al orden público e ingresa en la esfera de los derechos patrimoniales. La sociedad y sus accionistas podrán elegir entre aumentar capital, reintegrarlo o llevar a cabo una operación de reducción a cero y simultáneo aumento. En estos negocios jurídicos poco y nada tiene que hacer el orden público³⁴.

Orden público societario... ¿estás ahí?

VIII.

Orden público: imprescriptibilidad e irrenunciabilidad

Hemos visto que la acción de nulidad de los actos *nuloabsolutos* es imprescriptible, que dicha

³³ Si usted toma conocimiento de la existencia de una sociedad con objeto ilícito denúnciela ya mismo para que el poder del Estado a través de los jueces tome cartas en el asunto. Ahora bien, si usted se enteró de que una asamblea ordinaria de una SA aprobó temas que le competen a la extraordinaria en flagrante violación al artículo 235 LSC, no incurra en gastos innecesarios pues el juez rechazará su denuncia por falta de legitimación activa.

³⁴ Por ello rechazamos con énfasis la RG-IGJ 7/05 que dispone la no inscripción de la operación de aumento de capital con simultánea reducción a cero. Nuestro rechazo tiene que ver con: (i) falta de competencia del órgano administrativo y, (ii) exagerada tutela administrativa de derechos privados patrimoniales.

acción es irrenunciable y que puede ser ejercida por cualquiera interesado en atacar su validez.

Esto que decimos tiene íntima relación con los llamados actos derogatorios de derechos. No hay duda que los actos jurídicos *nuloabsolutos* carecen de eficacia para derogar derechos. En cambio, los actos *nulorelativos* poseen esa eficacia. En efecto, los actos jurídicos lesivos de normas imperativas protectoras de derechos particulares tienen eficacia para derogar derechos particulares. Esa eficacia derivará de dos situaciones bien concretas: (i) consentimiento expreso contractual o (ii) consentimiento tácito por renuncia a ejercer la acción de nulidad dentro del plazo otorgado por la ley para atacar el acto. Aquí el instituto de la prescripción juega un rol vital pues permite confirmar el acto con efecto saneatorio del vicio.

Paradójicamente, la doctrina acepta la prescripción como un claro instituto de orden público precisamente porque aquel tiene una específica función social: generar certidumbre entre los miembros integrantes del Estado como comunidad organizada. Esa necesaria certidumbre hace que los vicios del acto ilícito queden saneados por omisión o silencio del titular del derecho: beneficiario de la norma tuitiva.

Esta es la esencia de la prescripción liberatoria: *por sólo el silencio o inacción del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación. Para esta prescripción no es preciso justo título, ni buena fe* (art. 4017).

El propio Vélez consideró que todas las acciones están sujetas a un plazo de prescripción; salvo las enumeradas en el artículo 4019 del Código. Tengamos presente que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta es construcción autoral a partir de interpretar en sentido opuesto el artículo 1058 del Código que dice que *la nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación*, remitiendo así a los artículos 1059 a 1065 del Código. Aún cuando el Código nada dice sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, aquella luce razonable a la luz de los intereses tutelados: el orden público.

O sea, el principio que gobierna la protección de los derechos bajo nuestro sistema es la prescripción. Todas las acciones son prescriptibles. Siendo esto así la imprescriptibilidad debe ser leída con suma restricción puesto que deriva en incertidumbre jurídica; nos referimos en concreto a la presunta imprescriptibilidad de la acción de nulidad cuando los intereses en juego son indiscutiblemente ajenos al orden público.

Existe una grave confusión entre aquellos que creen ver en las nulidades manifiestas, nulidades absolutas. Nada más desacertado. Sin duda la cláusula que agrava las condiciones de ejercicio del derecho de salida lejos está de ser nuloabsoluta; si miramos la nulidad desde la perspectiva del interés jurídico tutelado (*vid.*, artículo 245 in fine LSC).

Si partimos de la base de que nuestro codificador aceptó la pérdida de la propiedad (elemental derecho humano y constitucional) por el mero transcurso del tiempo mediante la figura de la *usucapio* (art. 4015) todo lo demás es pura conjetura.

Para nosotros el derecho de propiedad consagrado en la Carta Magna encuentra su correlativo equilibrio en el instituto de la prescripción.

Orden público societario... ¿estás ahí?

IX.

Derogación de derechos societarios. Nulidades y prescripción

A esta altura resulta difícil hacerse a la idea de que nuestro derecho societario ofrece a los

accionistas un nivel de cobertura tal que los derechos privados y patrimoniales en él tutelados sean *inderogables* al amparo de un confuso y vago *orden público*.

Los derechos de los accionistas son en esencia derogables por mutuo acuerdo, o por la acción de terceros. Interesa aquí analizar la derogabilidad de los derechos del socio por la acción de terceros (la sociedad).

Ninguna duda cabe que la sociedad puede a través del órgano de gobierno adoptar decisiones en violación de la ley (imperatividad legal); del estatuto o reglamento (imperatividad contractual) llevando a cabo actos ilícitos con o sin la intención de cuasar un daño. Dentro del rango de ilicitudes la sociedad puede cometer cuasidelitos societarios con la indisimulada intención de perjudicar (*vid.*, art. 1072 Código Civil). Exactamente igual a cualquier otro sujeto de derecho.

La sociedad a través de sus accionistas reunidos en asamblea podrá ejecutar actos jurídicos de objeto prohibido, actos que perjudiquen derechos de terceros, actos que se opongan a las buenas costumbres y actos que posean causa inmoral. Estos actos son reputados nulos como si no tuviesen objeto. Así lo expresa el artículo 953 del Código de Vélez.

Incluso la sociedad podría valerse del engaño, del ardid, del dolo, de la violencia, de la intimidación, del error, de la falsa causa y de la simulación absoluta o relativa ilícita; entre otros vicios de la voluntad para ejecutar el acto jurídico ilícito derogatorio.

El aumento de capital diseñado con el propósito de cometer estas tropelías –daños a terceros vía licuación de participaciones sociales- es una clara forma ilícita de derogar derechos patrimoniales de los accionistas. La duda que se nos presenta es si estos derechos de propiedad pueden ser calificados como *inderogables* para que la acción de nulidad se torne imprescriptible bajo el canto de sirenas de que estas maniobras dolosas ofenden un orden público.

Aún cuando el juez WILLAMS entendió –y explicó sus razones- para aceptar que el plazo de caducidad del artículo 251 LSC incluía tanto las nulidades absolutas como las relativas; la doctrina mayoritaria rechazó parcialmente esta tesis aceptando que el plazo de caducidad sólo abarcaba nulidades relativas y que las absolutas quedaban bajo la órbita del Código Civil. Así, *la violación de la ley*, tal como lo indica el artículo 251 LSC no es toda violación; sino alguna. Es decir, aquellas que no den pie a una nulidad absoluta.

La pregunta es, si las nulidades absolutas están ligadas a la imprescriptibilidad por razones de orden público no logramos ver cómo la acción de nulidad por derogación (ilícita) de derechos patrimoniales puede quedar sin plazo de prescripción: ¿dónde está el orden público?

Incluso hemos visto que los derechos que ampara el orden público son claramente irrenunciables. Siendo funciona así observamos que el orden público no encaja con el aumento de capital. Nadie puede negarle al accionista damnificado el derecho a transar, negociar y hasta renunciar a sus legítimos derechos creditorios. Si esto funciona así: ¿dónde están los derechos *inderogables*?

Es notorio pero el artículo 4030 del Código otorga a la víctima de error, dolo o falsa causa, la posibilidad de promover acción de nulidad (relativa) dentro del plazo de dos años contados desde que el vicio fuese conocido. De esta forma el legislador concedió a la víctima de error, dolo o falsa causa una suerte de imprescriptibilidad *de facto*, puesto que será carga del demandado probar el conocimiento efectivo del vicio; ciertamente una prueba diabólica. Aún así, frente al dolo, el legislador no concedió la imprescriptibilidad. ¿Porqué razón deberíamos concederlo en el ámbito de las nulidades societarias?

Insistimos con esto: los derechos patrimoniales y privados pueden ser derogados por dos vías:

(i) por mutuo acuerdo y (ii) por la acción ilícita de terceros. En este último supuesto nace para el acreedor el legítimo derecho a reclamar la nulidad del acto amparándose en el derecho que le reconoce la norma imperativa. Omitido el derecho de crédito (el reclamo) el sistema hace prevalecer la certidumbre de los negocios mediante el instituto de la prescripción liberatoria aún cuando el acto jurídico derogatorio tenga objeto o causa ilícita. Esta conclusión tiene demasiado peso propio.

El aumento de capital con miras a perjudicar derechos de terceros fundado en una causa extrasocietaria, o en una falsa causa y ejecutado el acto con dolo no puede escapar a estos principios basales de nuestro régimen jurídico. Es tan relevante para el Derecho el respeto y la protección de los derechos patrimoniales; como también que el titular del derecho de crédito ejerza las acciones legales en tiempo oportuno. Es cierto, el plazo de caducidad del artículo 251 LSC no satisface un mínimo de justicia y equidad frente al cuasidelito societario; ahora bien pregonar desde la tribuna que los derechos patrimoniales de los accionistas son *inderogables* al amparo de un inexplicable orden público societario, no nos convence, y a esta altura, debemos decirlo, huele a naftalina.

Orden público societario... ¿estás ahí?

X. Prescripción y deber de diligencia

Queremos insistir con este punto. El instituto de la prescripción como el de la caducidad sienta sus bases en el deber de diligencia del titular del derecho de crédito. La prescripción liberatoria (como la caducidad) no sería otra cosa que una sanción legal para el titular de un derecho que omite ejercerlo en tiempo eficaz. Visto desde el lado del deudor, la prescripción no sería otra cosa que un consuelo para quien no fue pescado a tiempo. Aún cuando esto luzca antipático, lo cierto es que el sistema jurídico castiga al acreedor moroso premiando al deudor a través del instituto de la prescripción. Entendámoslo bien, el instituto de la prescripción no es otra cosa más que esto que decimos³⁵.

Observamos que si los derechos de crédito son titulizados (por incorporarse el acreedor a un contrato societario) los plazos de prescripción se reducen estrepitosamente si lo comparamos con el plazo decenal ordinario del código de comercio (*vid.*, art. 846). Notamos que los reclamos que deriven del contrato social y de las operaciones sociales están sujetos a un plazo de prescripción de tres años. O sea, por el sólo hecho de incorporarnos a una sociedad perdemos siete años (*vid.*, art. 848.1 del Cod. Com.). Este es uno de los costes transaccionales que debe soportar quien adhiere a un contrato societario.

Y diremos más, si el acreedor pretende atacar un acto colegiado aquel habrá perdido 9 años y 9 meses si comparamos el plazo de caducidad del artículo 251 LSC con el plazo de prescripción del artículo 848.1 del Cod.Com. El legislador societario ha sido muy mezquino a la hora de fijar el plazo de caducidad. Ha sido precisamente esta actitud mezquina la que empujó la interpretación jurisdiccional de que las asambleas nulas por vicio en el objeto, en la causa o en la forma escapan al régimen de caducidad para regirse por la prescripción del código civil.

Coherente con la reducción de los plazos para ejercer las acciones, la ley es muy severa puesto que exige a quienes adhieren al contrato plurilateral de organización estar activos y participativos en la vida societaria; vale decir, obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios. No olvidemos que la *affectio societatis* – como elemento esencial del contrato – se traduce en colaboración activa en la

³⁵ *Vid.*, VAN THIENEN, Pablo – DI CHIAZZA, Iván. *Una compleja trama societaria (capitalización de aportes irrevocables, privación del derecho de preferencia, nulidad absoluta de asamblea, caducidad y prescripción)* Working Paper N°9 CEDEF Law & Finance.

vida del ente.

El plazo de caducidad y prescripción son inversamente proporcionales al deber de diligencia. O sea, a mayor plazo menor diligencia y a menor plazo mayor diligencia.

En efecto, el plazo de caducidad del artículo 251 LSC opera como un incentivo para que los socios actúen de una manera prudente, activa y diligente en la defensa de sus derechos patrimoniales y en defensa de las normas que hacen al correcto funcionamiento de la sociedad. Los jueces no pueden salir en auxilio de quienes pretenden ver en la estructura societaria un juego infantil, o una mera formalidad sin demostrar la más mínima participación en la vida societaria.

A nuestro modo de ver la cosa el titular de participaciones de interés en una anónima o limitada no está llamado a ser ignorante de sus derechos y obligaciones, ni puede estar ajeno al estándar de diligencia exigible a todo aquel que tiene a su cargo el cumplimiento de deberes propios: *cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias dañosas (vid., art. 902)*. Incluso el socio o accionista no está ajeno al principio consagrado en el artículo 1198 del Código Civil donde los contratos deben celebrarse obrando las partes con *cuidado y previsión*.

La doctrina del *orden público societario* y de la *inderogabilidad de los derechos del socio* termina siendo abono para la negligencia y tierra fértil para la desidia.

XI.

Los derechos de los socios son derogables

Hemos iniciado estas reflexiones acudiendo a la doctrina del caso Abrecht y su potencial expansión al ámbito contractual de la sociedad. Sin duda, partir de una noción publicista de la ley de sociedades produce como efecto necesario ahogar la autonomía contractual. Cuanto mayor sea el orden público involucrado en la ley 19.550 y por ende la imprescriptibilidad de las acciones en defensa de derechos inderogables, menor será el espacio para disponer de esos derechos.

Consideramos interesante aproximarnos a la autonomía contractual desde la perspectiva de las nulidades societarias. Que los derechos de los socios puedan ser catalogados como inderogables por estar involucrado un orden público societario es un argumento demasiado fuerte como para ponerlo en entredicho. Sin embargo a media que uno analiza la cuestión societaria y patrimonial advierte que vale la pena remover estos dogmas para poner las cosas en su justo lugar.

Está claro que si los tribunales están revisando sus postulados considerando prescriptible la acción de impugnación de un aumento de capital, la enseñanza que debemos sacar de ello es que la derogación de los derechos del socio es cuestión bastante cierta; aún cuando la derogación sea consecuencia de un acto simulado, doloso y fraudulento.

La doctrina de la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible frente a la derogación de derechos por aumento de capital está cediendo frente a la reciente jurisprudencia de los casos "*Khal, Amalia c. Degas SA*" y "*Quercia, Antonio c. Rumbo Esperanza SRL*"³⁶. El primero sometió la acción de impugnación al plazo de prescripción de cuatro años del artículo 847.3 del Código de Comercio. El segundo lo sometió al plazo bianual del artículo 4030 del Código Civil³⁷.

³⁶ Vid., VAN THIENEN, Pablo – DI CHIAZZA, Iván. Nota 36.

³⁷ Ídem voto de Alberti en *Abrecht c. Cacique Camping SA*. Es interesante señalar el caso *Block*. Aquí el juez *a quo* expresó que: *la caducidad de la acción invocada por los demandados será rechazada por no resultar aplicable la norma citada (art. 251 LSC), al tratarse de una nulidad imprescriptible o, cuanto menos, sujeta al plazo de 10 años del artículo 4023 del C. Civil*. Nos preguntamos: ¿siendo la nulidad absoluta por lesionar el

La sana doctrina está advirtiendo que ya no hay espacio creíble para la tesis de los derechos inderogables de los accionistas, y menos aún, aceptar un orden público societario inexistente.

orden público, corresponde la confirmación del acto por prescripción? La respuesta negativa se impone. Para nosotros el fallo de 1° instancia posee una seria *contradictio*.