

## UNA LUZ QUE ILUMINA AL DERECHO COMERCIAL: ORDEN PÚBLICO MERCANTIL

*Eduardo Antinori*

*“Los Principios Jurídicos son como el aire en que jurídicamente se vive,  
cuya existencia no se advierte mientras no está en cuestión  
(Federico de Castro y Bravo)*

a. Desde la época en que allá por el siglo XVI comenzaron a crearse las Compañías Comerciales que tenían por fin realizar grandes negocios, tal vez los más grandes hasta ese momento soñado por las personas, cuales eran atravesar los mares para abastecerse de riquezas: oro, especias, esclavos, etc. hasta ahora han transcurrido varias centurias.

En aquellos tiempos, para realizar dichos emprendimientos, crear un ente y dotarlo de personalidad jurídica resultó insuficiente. La necesidad de la empresa requería además de otro componente, que el ordenamiento jurídico les limitara la responsabilidad a los inversores. De ahí, que dado que esa empresa requería de grandes y onerosas inversiones, y que la actividad (mal que nos pese a los americanos) representaba un beneficio para la comunidad de origen, el Príncipe o la Corona, que también se beneficiaba, la declaraba de interés público, y solo por ello, le confería el “privilegio” de la limitación de la responsabilidad.

Huelga decir, que toda otra actividad artesanal, industrial o comercial de la época, como la misma solo beneficiaba a su titular, no contaba con dicho privilegio, y por tanto su responsabilidad era ilimitada.

Los tiempos cambiaron, y lo que hace siglos nació como un privilegio, primero en Europa (Francia 24-07-1867) se eliminó el requisito de la autorización estatal para constituir esas compañías, y un siglo posterior este sistema llegaría a nuestro país.

Actualmente, limitar la responsabilidad ya no solo que no necesita una concesión graciosa del Estado, sino que se logra sin necesidad de realizar grandes inversiones, y para desarrollar cualquier actividad e inclusive sin necesidad de asociarse con otra persona.

Desde hace tiempo, y gradualmente cada vez con mayor fuerza y fervor hemos reclamado libertad contractual, nos hemos llenado la boca proclamando que nuestras sociedades son contratos y que la antes la Autonomía hoy Libertad Contractual es un pilar básico del derecho y que resulta necesario para el comercio, el desarrollo de los negocios y el interés general. (Nótese que he utilizado la primera persona plural).

Resultado, sea a través de la libertad de constitución de una S.R.L. o una S.A., hemos logrado que las Autoridades de Control flexibilizara sus criterios controladores (ej. relación objeto-capital, ¿para qué? si con lo que se responde ante terceros es el patrimonio; autorización de sociedades extranjeras, ¿para qué? si lo importante es que vengan a invertir dólares en el país, etc., etc.). Queremos relativizar el recorte de control a toda sociedad no accionaria que imprime el artículo 6 de la L.G.S. luego de la reforma del año 2015.

Y hoy celebramos que existen las S.A.S., y ponderamos un sistema ágil, sencillo, versátil que nos sirve para hacer negocios, aún en forma unipersonal, con una organización jurídica libre, y con la única obligación de aportar dos Salarios Mínimos Vital y Móvil, o sea, con nada de inversión inicial.

Una mirada introspectiva, unilateral y egoísta, podría hacer que no nos alcancen los adjetivos para felicitar al sistema actual, pues permite hacer negocios de la más variada especie con cero riesgo económico, perdón, cero no, con dos Salarios Mínimos.

Tal vez se pensará, que quien participa de los negocios sabe que el riesgo es inevitable, y que como profesional del comercio debería tomar los recaudos necesarios previo a otorgar crédito para no ser defraudado.

¿Ello es realmente así?

Lo que personalmente veo hoy en día, es que los únicos que tienen la capacidad técnica (por la multiplicidad en cantidad y especialidad de profesionales a su servicio que puede pagar) son las entidades financieras. Inclusive, éstas, por su capacidad económica pueden abstenerse de otorgar créditos y al día siguiente seguirán abriendo sus puertas.

Pero de tales instrumentos y posibilidades carecen los pequeños y medianos empresarios, pues los proveedores de cosas y servicios si no proveen onerosamente mueren por inanición, y el riesgo que asumen excede al propio de los negocios. Y un sistema que no ampara y protege el crédito, hace que éste desaparezca, y la suerte del comercio entonces está sellada. ¿Acaso es posible comerciar sin crédito en algún lugar del mundo?

¿Será necesario que escriba algo respecto los acreedores involuntarios? También debemos cargarles responsabilidad alguna a los trabajadores por no cerciorarse de la consistencia patrimonial empresarial al momento de solicitar y/o aceptar un trabajo.

Sin dudas, estoy convencido que veo y ubico el sistema de la concesión de personalidad en un extremo, y el hoy día en otro.

Y debo reconocer que no coincido con ninguno.

Pero como hombre de derecho, es la realidad, y ello me obliga a pensar como el ordenamiento jurídico puede regular y proteger tan nobles y necesarios derechos: 1.- el asociarse para ejercer una actividad mercantil y obtener lucro, y de ser posible inmensas ganancias dinerarias; 2.- que ese lucro no sea en detrimento de otros derechos, es decir, que no sea en pos de vulnerar el derecho de propiedad y/o laboral ajeno, para decirlo de una forma amplia e imprecisa tal vez.

**b.** Estoy convencido que la solución la tenemos en nuestro ordenamiento jurídico vigente. No se trata de coartar, restringir ni mucho menos prohibir nuestra querida y necesaria libertad contractual. Pero deberemos velar para que quien ejerza el comercio gozando del privilegio de la limitación de la responsabilidad, deberá honrar el mismo.

Ello en atención, que de ese privilegio no goza nadie que no ejerza una actividad bajo el ropaje de una S.A., S.R.L. o S.A.S. Carecen de ese privilegio, el empresario individual, los profesionales, el Estado mismo y hasta las amas de casa cuando contratan una empleada doméstica.

**c.** En primer lugar no debemos confundir personalidad jurídica con limitación de la responsabilidad.

Sabido es que existe un derecho constitucional de asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), también que el ordenamiento otorga personalidad a quienes se reúnan respetando mínimos requisitos de forma (arts. 141 C.C. y C.; 1, 2, 11 L.G.S.). Por tanto, la personalidad de las sociedades no está en discusión.

Entonces es muy sencillo, celebro un contrato de sociedad, y adopto un tipo previsto en la Ley y automáticamente consigo ambos efectos, tengo personalidad y limito la responsabilidad de los socios. Luego, en caso que mis negocios inmediata o mediatamente fracasen, solo responderé con lo aportado.

Entiendo que ello hoy es así, pero no puede seguir siendo así.

Verdaderos e ilustres maestros del Derecho Comercial, día a día nos brindan soluciones, que aún no entiendo como no son aplicadas con el rigor que ellos aconsejan y la realidad exige. Tales como la aplicación de la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica, las sanciones a socios y administradores por infracapitalizar una sociedad, la extensión de responsabilidad por el actuar sin la diligencia del buen hombre de negocios, etc., etc.

Mi propuesta es un paso anterior a estas soluciones. Y advierto, no es una por otra. No desecho ni me privo de tremendas elaboraciones jurídicas, solo que modestamente entiendo que entrarán en aplicación si la situación traspasa mi propuesta.

A esta altura va mi confesión. No se trata de privar el ejercicio del comercio bajo la limitación de la responsabilidad, ni mucho menos eliminarla de nuestro derecho societario. Sino lograr que se la honre, y ejerza conforme a derecho.

Así como en la actualidad en nuestros hogares poner rejas y llaves lamentablemente resulta insuficiente para impedir el actuar delictivo, y necesitamos de alarmas, cámaras, sensores, etc. para evitar los robos; entiendo que de la misma forma debemos extremar los recaudos para que quienes quieren ejercer el comercio inescrupulosamente no puedan o cuando menos les resulte más difícil hacerlo.

**d.** Parto de la premisa que las S.R.L., S.A. y S.A.S. no solo son instrumentos jurídicos lícitos sino también indispensables para la actividad mercantil.

La limitación de la responsabilidad debe seguir existiendo, pero el objeto lícito no es lo único que le debe ser exigible.

La pregunta a responder es: Cuando una sociedad con limitación de responsabilidad tiene patrimonio insuficiente para responder a sus acreedores, ¿deben los socios responder en forma personal por esas deudas?

Respuesta: NO. A menos qué, haya jurídicamente honrado el privilegio que el ordenamiento jurídico le confirió de limitar la responsabilidad.

*Aclaración:* la respuesta no es fácil ni sencilla. Quien quiera encontrarla a partir de un simple análisis literal de las normas, acabará donde hoy estamos, en una cantidad infinita de acreedores defraudados, ex empleados imposibilitados de cobrar los montos que la Ley laboral le reconoce, y unos Tribunales de Concursos y Quiebras abarrotados de expedientes, que a pesar del costo económico que le significa al Estado ya todos sabemos cómo termina esa película.

Parto de la base que uno de los artículos más importantes a honrar y cuidar en la vida societaria, es el artículo 1° de la Ley 19.550. Y en lo que a este tema nos convoca, se honra el mismo, cuando efectivamente se utiliza la sociedad para “producir y/o distribuir bienes y servicios”. Sé que no será opinión compartida, pero veo y encuentro ahí, la verdadera causa del contrato de sociedad.

Por tanto, quien efectivamente no utiliza la sociedad para tales fines, no honra el privilegio.

Como dije, la solución no es susceptible de interpretación literal de las normas. Requiere de la indagación de las conductas de la sociedad.

Exige pensar, no solo quejarse.

Será responsabilidad de los abogados mostrarlo, probarlo; y de los jueces evaluarlo, discernirlo y sentenciarlo.

A problemas complejos, soluciones complejas.

Entendemos que todo parte de dos aspectos a re considerar y en la forma como se está aplicando hasta ahora, a saber: la interpretación jurídica y el modelo dogmático en la aplicación del derecho.

Respecto a la interpretación jurídica de las normas, no podemos menospreciar el impacto que sobre ello produjo la ley 26.994. En lo que a este tema atañe, consideramos esencial el artículo 2 C.C. y C., con el excelente complemento que les reportó los artículos 9, 10 y 11 del mismo cuerpo.

El primero de los nombrados impone que la ley debe ser interpretada atendiendo los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Enseña Rodolfo Vigo: *“El modelo dogmático alentó un saber jurídico que se asimilara a los saberes matemáticos, de ese modo se pretendía que fuera meramente cognoscitivo o especulativo, desligado el campo del obrar humano, sin compromiso ético o axiológico, que suministrara saberes de certeza absoluta o sin excepciones, y cuya obtención no transitara por un camino controversial sino pacífico y lineal”*<sup>1</sup>.

Ya el viejo art. 16 C.C. incluía el recurso de atender a los “principios generales del derecho”, pero a diferencia de entonces, el art. 2 C.C. y C. ya no le otorga un carácter supletorio a los principios. Así lo ha dicho la Comisión: *“deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio sino que son normas de integración y de control axiológico”* (Fundamentos, III, 4, 2).

Así, hasta antes de la Reforma del 2015 podríamos discutir posiciones filosóficas jurídica respecto si los Principios Generales eran fuentes formales del derecho. Pero a tenor de lo normado en el citado art. 2 C.C. y C. queda claro que los mismos integran el ordenamiento jurídico.

*“La dilucidación del sentido y alcance de una norma jurídica requiere tener en cuenta los principios jurídicos; son ellos lo que posibilitarán una interpretación que responda a los requisitos permanentes de los justos y natural y a las exigencias históricas de los justos positivos”*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> VIGO, R., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 27.

<sup>2</sup> VIGO, R., ob. cit., p. 127.

El nuevo C.C. y C. nos impone el deber de realizar interpretaciones y aplicaciones integrales del ordenamiento jurídico, entendiendo por tal, no solo las normas del derecho específicas de la materia a interpretar.

Los Principios Generales no solo son aquellos que inspiraron las normas y se encuentran ínsitos en ellas, sino además, todos los que surjan de una interpretación jurídica.

En la obra antes mencionada, Vigo cita a Esser: *“El centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según los principios”*. Y también a Perelman *“para realizar la síntesis entre la equidad y la ley, se le permite flexibilizar esta última, merced a la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los principios generales del derecho y por la toma en consideración de tópicos jurídicos”*.

Más moderada es la posición de Albaladejo: *“Los PGD son las ideas fundamentales que informan nuestro Derecho positivo contenido en las leyes y costumbres y, en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico”*<sup>3</sup>. En honor a la honestidad intelectual, existe doctrina que relativizaría o tal vez discreparía con nuestra posición<sup>4</sup>.

Lo que se propone e impulsa desde esta ponencia, es abandonar una cómoda e injusta aplicación de la Ley, en este caso la societaria, y más específico aún, la aplicación de la limitación de la responsabilidad cual si fuera un principio absoluto.

Este principio será aplicable en tanto y cuanto, su aplicación no transgreda Principios Generales del Derecho con raigambre constitucional, y esa dilucidación deberá interpretarse a partir de las conductas y omisiones de la persona a quien beneficia.

La Ley 19.550 no es la única que debe aplicarse ante situaciones en que se limitó la responsabilidad y existan acreedores económicamente insatisfechos. Los operadores jurídicos estamos habilitados a una aplicación integral del derecho, a tenor del art. 1 C.C. y C.

Debe tenerse en cuenta que la limitación de la responsabilidad, además de ser un privilegio, es una excepción en materia de responsabilidad. Pues, como principio general, por las obligaciones se responde en forma ilimitada.

*“El principio de la responsabilidad ilimitada por parte del deudor –sea éste persona de existencia física o jurídica– constituye pilar básico de nuestro*

---

<sup>3</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1985, t. I, vol. I, p. 112.

<sup>4</sup> COVIELLO, N “Doctrina General del Derecho Civil”, Valleta. Bs. As., 2007, p. 92 y ss.

*derecho patrimonial sobre el cual se ha construido todo el sistema obligacional previsto por el Código Civil”<sup>5</sup>.*

Hay que diferenciar relaciones civiles de las patrimoniales. Comienza a gestarse en esta última, con base en ciertos principios (como el de la responsabilidad) un Orden Público específico a estas relaciones económicas o patrimoniales. Emanados de principios constitucionales, tales como: trabajar y ejercer toda industria lícita, asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), trabajar (art. 14 bis C.N.), igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), derecho de propiedad (art. 17 C.N.), razonabilidad (art. 28 C.N.), etc. emerge como un Principio General del Derecho, que por ostentar la máxima jerarquía legal, no existe norma alguna que pueda contradecirlo.

En concordancia con nuestra propuesta, de interpretar cada conducta mercantil a la luz no solo de la LGS sino de todo el ordenamiento jurídico, especialmente los Principios Generales del Derecho que son las directrices del Orden Público Mercantil, para determinar si esa conducta transgrede a este último, lo que devendría en ilegal. Ello nos dice Luis Díez-Picazo: *“La idea de orden público económico... Se presenta como una aplicación de la idea genérica de orden público al caso concreto del quehacer económico... Para nosotros, pues, el orden público económico está constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a los cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad”<sup>6</sup>.*

El Orden Público Mercantil está constituido por los Principios Constitucionales con contenido patrimonial y los Principios Generales del Derecho. Ambos reconocidos expresamente en nuestro C.C. y C. Los primeros con la constitucionalización del derecho privado dispuesto en el artículo 1 C.C. y C.; y los segundos, incorporados en el Título Preliminar del C.C. y C., especialmente en sus arts. 9, 10, 11 y 12 C.C. y C. Aunque nuestro C.C. y C. no reconozca expresamente el Orden Público Mercantil, sí lo hace receptando estos principios y a la vez ordenando que la Ley sea interpretada en forma coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 C.C. y C.).

*“Alcanzan significado de principios generales sólo los que tienen valor integrante efectivo (Constitución Política Real); aquellos que al cambiar determinan que las leyes, aunque no se alteren sus textos, tomen nuevo carácter y sentido”<sup>7</sup>.*

<sup>5</sup> NISSEN, R., *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, La Ley, Bs. As., 2017, t. I, p. 65.

<sup>6</sup> DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1983, vol. I, p. 44.

<sup>7</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*, Marisal. Madrid, 1968, p. 116.

En esencia, la L.G.S. debe ser aplicada de tal manera que el resultado sea consistente con todo el ordenamiento jurídico general, y como toda ley, nunca jamás deberá contradecir las normas y principios constitucionales. Cuando ello suceda, estos prevalecerán por sobre la LGS.

## **Conclusión**

El principio general en materia de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, es la ilimitación de la responsabilidad por las obligaciones contraídas.

Por tanto, la limitación de responsabilidad a más de una excepción al citado principio, es un verdadero privilegio conferido por el legislador a ciertas personas jurídicas.

A partir de la sanción del C.C. y C. se impone en cada caso interpretar y aplicar integralmente del ordenamiento jurídico, es decir, no solo las normas del derecho específicas de la materia a interpretar. Sino ello, en función con los Principios Generales del Derecho, entendidos como aquellos que inspiraron las normas y se encuentran ínsitos en ellas, sino también, todos los que surjan de una interpretación jurídica integral.

La limitación de la responsabilidad, será aplicable en tanto y cuanto, su aplicación no transgreda Principios Generales del Derecho con raigambre constitucional, y esa dilucidación deberá interpretarse a partir de las conductas y omisiones de la persona a quien beneficia.

Hay que distinguir relaciones civiles de las patrimoniales. Comienza a gestarse en esta última, ciertos principios (como el de la responsabilidad) un Orden Público específico a estas relaciones económicas o patrimoniales. Emanados de principios constitucionales, tales como: trabajar y ejercer toda industria lícita, asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), trabajar (art. 14 bis C.N.), igualdad ante la Ley (art. 16 C.N.), derecho de propiedad (art. 17 C.N.), razonabilidad (art. 28 C.N.), etc. emerge como un Principio General del Derecho, que por ostentar la máxima jerarquía legal, no existe norma alguna que pueda contradecirlo.

El Orden Público Mercantil está constituido por los Principios Constitucionales con contenido patrimonial y los Principios Generales del Derecho. Ambos reconocidos expresamente en nuestro C.C. y C. Los primeros con la constitucionalización del derecho privado dispuesto en el artículo 1 C.C. y C.; y los segundos, incorporados en el Título Preliminar del C.C. y C., especialmente en sus arts. 9, 10, 11 y 12 C.C. y C. Aunque nuestro C.C. y C. no reconozca expresamente el Orden Público Mercantil, sí lo hace receptando estos principios y a la vez ordenando que la Ley sea interpretada en forma coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2 C.C. y C.).



En cada caso en concreto en que se haya vulnerado un derecho patrimonial, sea porque exista un acreedor impago o un trabajador al que se le ha conculcado algún derecho laboral, ***deberá analizarse e interpretarse en concreto si la conducta de la persona jurídica ha transgredido el Orden Público Mercantil.*** Cuando ello suceda, los socios no podrán invocar la limitación de su responsabilidad personal.

Podrán darse supuestos en que no obstante existir acreedores societarios de cualquier índole impagos, y si se produjo por vicisitudes mercantiles entendibles (ej. riesgo empresario, contingencias económicas, uso apropiado en tiempo y forma de los mecanismos societarios, etc.) ello puede que no resulte incompatible con la vulneración del Orden Público Mercantil. En tales situaciones, la limitación de la responsabilidad deberá aplicarse a rajatabla si así lo permite el tipo societario adoptado.