

La prelación normativa del artículo 150 del Código Civil y Comercial

*Coautores: Marcelo G. Barreiro, Carolina Ferro, María Carla Scampini,
Tamara Madero, María Gimena García, Martín Arecha, Mario Roseblit,
Raque Winik, Romina Pastore, Mónica Caminos, Lucas Ramírez Bosco,
Darío De León, Alejo Onorati y Gustavo Cultraro*

Sumario

Normas imperativas y normas indisponibles no son sinónimas. Por eso, en virtud del esquema instaurado por el Código Civil y Comercial en su artículo 150, aplicable a las sociedades en materia de orden de prelación de normas, debe prevalecer en primer lugar la norma imperativa del microsistema societario por sobre la imperativa que establezca el Código unificado; pero cuando exista una norma de orden público en el sistema del Código, ésta prevalece sobre las normas imperativas de la ley especial. Si se diese el supuesto de que converjan normas de orden público de ambos sistemas, habrá de analizarse los principios y los valores jurídicos en juego de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, tal y como establece el artículo 2 del Código unificado al fijar las pautas interpretativas básicas dirigidas al juez.

Introducción

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en concreto unificó el cuerpo normativo codificado del derecho privado a partir de la derogación de los decimonónicos código civil y código comercial que nos rigieron hasta el año 2015, ha traído varios interrogantes. Uno de ellos, sin duda, es aquél que nos plantea si hay un ordenamiento general para la actividad mercantil inspirado en principios propios que se sigan diferenciando de aquellos que se deben aplicar para una cuestión civil³⁷.

³⁷ Sobre el punto ver, entre otros: “La esfumación del derecho mercantil”, en *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia societaria y concursal*,

Bueno es recordar que no había duda alguna de que ambas ramas del derecho privado eran autónomas hasta antes de la unificación y, por tanto, este dilema tenía rápida respuesta, no sólo porque se reconocía relevancia jurídica a la diferente posición funcional que asumía el sujeto comerciante o empresario, sino porque cada conjunto normativo presentaba los rasgos típicos de la autonomía que la Teoría General del Derecho reconoce para una rama del derecho a los fines de considerarla como una unidad sistemática independiente que presenta normas con rasgos que les son propios y peculiares³⁸. Como ya enseñaba Fontanarrosa³⁹, en tres sentidos puede hablarse de autonomía de una rama del derecho: a) *autonomía científica y didáctica*, en cuanto el estudio de esa rama pueda constituir una materia especial de investigación y enseñanza; b) *autonomía jurídica*, en cuanto a los normas atinentes a esa materia que pasan a formar un sistema que presenta rasgos peculiares y distintivos; y c) *autonomía legislativa* en cuanto las leyes atinentes a esa materia deben ser coordinadas en un cuerpo separado de normas. Pero además, cuando una rama del derecho es autónoma reconoce un propio orden de prelación normativa ante las lagunas del derecho, y ante el conflicto de normas.

Por otro lado, tampoco debemos olvidarnos del fenómeno de la descodificación del derecho privado entendido, en palabras de Peirano Facio⁴⁰, como la promulgación de leyes especiales que se sancionan para atender nuevas o específicas situaciones sociales que el Código no ha querido o podido contemplar, o – en un segundo sentido – se alude a la proliferación de normas que sustraen del Código conjunto completos de relaciones que se somete a principios independientes o contradictorios con los que el mismo Código sustenta.

Sea como sea, a partir del dictado del nuevo código unificado, puede concluirse que el derecho mercantil (o empresario) ha perdido – sólo parcial-

publicación anual del Instituto Argentino de Derecho Comercial, director Martín Arecha, D&D, Buenos Aires, 2015, p. 99. También “La subsistencia del Derecho Comercial en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en coautoría por Marcelo G. BARREIRO y Daniel TRUFFAT, en publicación anual del IADC, 2016, D&D, director Martín Arecha, en prensa.

38 AFTALIÓN, VILLANOVA Y RAFFO en *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, p. 809 y ss.

39 FONTANARROSA, *Derecho Comercial Argentino, Parte General*, p. 30, Zavalía.

40 PEIRANO FACIO, “La descodificación en el derecho actual”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de “*Anales*”, Año XI, Segunda época, n° 33 (citado por Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. *Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, t. 1, p. 15).

mente – su autonomía legislativa, pero mucho se seguirá discutiendo sobre la eventual pérdida de autonomía sustancial o científica.

Los lineamientos del Código unificado. Los sistemas y microsistemas

Es claro que la codificación del siglo XXI poco tiene que ver con la del siglo XIX, culminación del racionalismo iluminista, que amén de buscar la reafirmación de los nacientes estados nacionales, pretendía compendiar en un único cuerpo todo el derecho aplicable⁴¹. En este sentido los redactores del nuevo Código unificado⁴² destacaron tanto el rol supletorio de las normas establecidas en materia contractual, como la premisa de que se buscó no modificar otras leyes (sistemas normativos autosuficientes), excepto en lo estrictamente necesario.

Esta óptica del enfoque adoptado por los redactores nos lleva a tener en cuenta que estamos en presencia de lo que se llamó “*plurijuridismo*” que se expresa mediante la coexistencia de ordenamientos normativos “*generales*” (Códigos) y “*especiales*” (leyes microsistémicas) que pugnan por delimitar sus campos de actuación y que actúan como un emergente de los intereses sociales que reclaman protección y que se encuentran fuera de los Códigos de Derecho Privado⁴³. Irti⁴⁴ sostuvo *que cuando esos intereses encuentran reconocimiento legislativo, dan lugar a cuerpos normativos “autosuficientes”, que exigen que sus “lagunas” deban ser primariamente integradas mediante el recurso a sus propios principios, y de manera “residual” por aplicación de las normas codificadas.*

Noemí Nicolau⁴⁵ nos recuerda que *sistema jurídico* es un todo ordenado e interrelacionado para la realización de un determinado objeto: la justicia; y citando a Ferrater Móra, lo define como un “conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento del sistema es

41 Lo que a poco de andar se verificó como un imposible, sobre todo con la legislación creciendo de modo aluvional, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX.

42 Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión de Reformas.

43 Carlos A. HERNÁNDEZ, en “Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo en el ámbito del Derecho Privado”, Bahía Blanca, sesión del 3 de abril de 2006, (<http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/docs/Plurijuridismo.pdf>).

44 Natalino IRTI, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 97), citado por Hernández.

45 Noemí NICOLAU, “*La Tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado*”. (www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/63/97).

función de algún otro elemento, no habiendo ningún elemento aislado”; un todo orgánico autosuficiente, que es completo y se explica a sí mismo⁴⁶. Por su lado, Nicolau refiere también a la existencia de *subsistemas*, es decir, de *ramas* en las que también es posible encontrar diversas partes relacionadas entre sí para la realización más concreta de la justicia particular (para el comerciante, el obrero, el delincuente, el administrado), y *microsistemas* que resultan pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular, para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado). Se llega así a una *superhiperespecialización* que conduce a enfocar una porción cada vez más diminuta del mundo jurídico, aislándola del contexto que muchas veces pretende ser emplazado en el lugar del sistema generándose así una tensión entre el sistema, tradicionalmente plasmado en la codificación, y el microsistema, materializado en leyes especiales.

La prelación normativa en el código unificado. Sus implicancias jurídicas en materia societaria

La libertad es uno de los valores fundantes de la organización política y jurídica del Estado Argentino, reconocido y protegido expresamente por nuestra Constitución Nacional. En el plano económico privado este valor fundante se traduce en la noción de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y así el artículo 958 sienta al respecto el principio rector al establecer que “Las partes son libres para celebrar un contrato y fijar su contenido”. Sin embargo, esa libertad contractual reconocida no es absoluta sino que debe ejercerse “dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”, pues aún siendo la libertad un valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, no es el único; así existen otros valores – también reconocidos en nuestra Carta Magna - que también son esenciales y fundantes en nuestra organización política y jurídica, como por ejemplo el bienestar general o el bien común, la igualdad, la propiedad, la justicia, la legalidad, etc. De allí que nuestro Código unificado contiene muchas normas que hacen expresa referencia a la calificación de las normas como “indisponibles” o “imperativas” y también al “Orden Público”. Definir los términos utilizados por el nuevo código torna particular relevancia toda vez que los artículos 150, 963 y 1709 establecen un orden o prelación normativo en función al carácter de normas aplicables a una situación o relación jurídica determinada.

⁴⁶ Lo que hoy se encuentra reafirmado con la redacción del capítulo preliminar, en especial los tres primeros artículos.

Efectivamente, sucederá a menudo que una circunstancia fáctica o jurídica es aprehendida por dos órdenes normativos distintos (el Código Civil y Comercial y un microsistema). Referido a la concurrencia de dos normas jurídicas (una de la ley especial y otra del propio código) que regulen el mismo hecho u acto jurídico, el texto del nuevo Código Civil y Comercial establece en cuatro artículos soluciones diferentes a la prelación normativa. Así se advierte que:

a) El artículo 150 (*Libro Primero: Parte General -; Título II: Persona Jurídica-; Capítulo 1: Parte General; Sección 2º: Clasificación*) dispone que las personas jurídicas se rigen: 1. Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; 2. Por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; y 3. Por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

b) El artículo 963 (*Libro Tercero: Derechos Personales; Título II: Contratos en general; Capítulo 1: Disposiciones generales*) dispone que en materia de contratos el orden de prelación es: 1. normas indisponibles de la ley especial y de este Código; 2. normas particulares del contrato; 3. normas supletorias de la ley especial; 4. normas supletorias de este Código.

c) El artículo 1709 (*Libro Tercero: Derechos Personales; Título V: Otras fuentes de las obligaciones; Capítulo 1: Responsabilidad Civil; Sección 1º: Disposiciones Generales*) dispone que en materia de responsabilidad civil el orden de prelación es: 1. por las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; 2. la autonomía de la voluntad; 3. las normas supletorias de la ley especial; y 4. las normas supletorias de este Código.

Como punto de partida en un intento de definir estos conceptos debemos señalar que los tres conceptos tienen –por lo menos- un elemento común: constituyen un límite a la libertad contractual, es decir, al principio autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Advertiremos que mientras el artículo 150 hace mención a “normas imperativas”, los artículos 963 y 1709 refieren a “normas indisponibles”; y ninguno de ellos hace referencia a las normas de “orden público”. Vemos entonces que el primer interrogante a analizar es si hay diferencias entre una norma *imperativa* y una norma *indisponible*; el segundo, analizar si éstas son una categoría más del llamado *orden público*⁴⁷.

47 OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales: “Orden Público*. Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por voluntad de los individuos ni, en su caso, por aplicación de normas extranjeras”.

La noción de *orden público* es una idea política que importa un límite a la libertad de los particulares, dado que el Estado puede intervenir en las relaciones privadas de aquellos, en observancia a los principios y valores fundamentales sobre los que se erige nuestro Estado de derecho. En este concepto convergen valores de orden político, filosófico, económico y moral que hacen a la existencia y conservación de la organización política y social de una nación. Pero este concepto no se limita al Derecho Público o al Político; se extiende también al Derecho Privado para proteger aquellos principios o valores fundantes de nuestra organización política y jurídica. Los artículos del Título Preliminar del nuevo código constituyen un claro ejemplo de normas de “orden público”.

Por su lado podemos decir que son *normas imperativas* aquellas en las que existe un interés público de proteger intereses particulares, como límite que fija el Estado a la autonomía contractual en función a una finalidad tuitiva de un interés particular en la que radica el interés público. A su vez, podemos decir que son *normas indisponibles* aquellas en las cuales los particulares no pueden “disponer” de los derechos u obligaciones en ellas reguladas.

Es evidente que las nociones de *orden público e imperatividad* están íntimamente relacionadas con la noción de *indisponibilidad o irrenunciabilidad*. Por tanto, toda norma en donde se contemplan cuestiones de “orden público” es indisponible de forma absoluta, por lo que también las acciones que nacen a partir de su violación, son imprescriptibles. En cambio, las normas imperativas son relativamente indisponibles, toda vez que el interés público comprometido en ellas establece derechos que no pueden ser derogados de antemano; pero en cambio, la afectación concreta al interés del particular que nace si se viola dicha norma, sí es de carácter disponible dado que tal afectación sólo concierne a sus derechos privados y en modo alguno afectan a aquellos principios o valores fundantes de nuestra organización política y jurídica.

Por ello las normas imperativas no son indisponibles a priori y en abstracto mas no a posteriori y ante un caso concreto. Este principio se recoge en el artículo 13 del Código Civil y Comercial cuando se señala que “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.”

A simple vista parecería que en el artículo 150 la utilización del adjetivo *imperativas*, para referirse a una clase de normas jurídicas, tendría igual significado que el adjetivo *indisponibles* que se utiliza para calificar a determinado tipo de normas en los artículos 963 y 1709, y - por tanto - concluir que habría entre ambos adjetivos una sinonimia que sería producto de una confusión en la técnica legislativa pero que se están refiriendo al mismo concepto. Avalaría esta inferencia la interpretación dada por la Dra. Aída Kemelmajer de Car-

lucci, coautora del nuevo Código, en su presentación efectuada en la ciudad de La Plata en el año 2015⁴⁸, cuando expuso (al analizar la diferencia entre normas imperativas frente a supletorias) que para individualizar una norma imperativa hay que analizar el artículo 962 del Código que establece que *las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. Las imperativas prevalecen sobre cualquier acuerdo en contrario que los particulares hayan celebrado, pues ellos no pueden acordar un régimen distinto*. Esta posición considera entonces que no hay diferencias entre normas imperativas y normas indisponibles, pues define a las normas imperativas como indisponibles entendiendo por tales a las normas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Sin embargo, un análisis más detenido de la cuestión nos permite concluir que si hay diferencias. No toda norma imperativa es indisponible, sino que sólo lo será cuando se trate de una norma imperativa de orden público, como se expondrá al abarcar el segundo interrogante.

Efectivamente, el segundo interrogante nos lleva a analizar si las normas imperativas son sinónimo del llamado orden público o si son una categoría más dentro de ese concepto; y a tal fin, resulta de mucha utilidad la postura de Van Thienen⁴⁹ quien, con especial referencia a las nulidades absolutas, a las normas imperativas y a los derechos inderogables de los socios, describe claramente como el orden público nos enfrenta a dos escuelas: (i) la que adhiere a la tesis amplia de Borda, donde orden público es sinónimo de interés general o interés común y, por tanto, toda norma imperativa es de orden público; (ii) la que adhiere a la tesis restringida de Lambías donde el orden público es un conjunto de principios superiores, incluso, al propio orden jurídico, y por tanto, hay una distinción entre las normas imperativas y el orden público. Aunque parecería que los redactores del nuevo Código refieren a la tesis amplia de Borda, nosotros entendemos que debe prevalecer la tesis restringida y concluir que hay una clara distinción entre las normas imperativas y de orden público, y que en particular, en el derecho de la sociedades, conviven en la ley 19.550: (i) normas imperativas; (ii) normas de orden público y (iii) normas supletorias o dispositivas. Esto nos conduce a analizar a cuál concepto se refiere entonces el Código cuando en el artículo 150 refiere a normas imperativas y cuando en el artículo 963 a normas indisponibles.

48 Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, en *La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, (http://www.juslapampa.gov.ar/Consejo/images/Power_-_Dra._Kemelmajer.pdf)

49 Pablo Augusto VAN THIENEN, en “*Orden público societario: ... ¿estás ahí?*”

Del análisis de la ley 19.550 encontramos normas de orden público que protegen derechos de interés de la comunidad en su conjunto, como resultan ser aquellas referidas a la publicidad de las reorganizaciones societarias o a las de reducción de capital social; este interés determina que sean indisponibles. Estuvieron también comprendidas las referidas a la tipicidad societaria y a la organización de la sociedad, pero la nueva redacción impuesta por la Ley 26.994 determina ahora que su violación ya no da lugar a la nulidad absoluta –salvo que afecte el vínculo de un socio que sea considerado esencial–, sino que la consecuencia será que en estos casos no produce los efectos de su tipo social. Por su parte, en las normas imperativas sólo subyace un fin de protección de derechos privados particulares de los propios socios, sin afectación de terceros, como por ejemplo resultan la de acción ordinaria de goce de voto, 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 imperativa, etc. Su violación da lugar a una nulidad relativa, confirmable y prescriptible pudiendo solo interesado solicitar la nulidad del acto.

Retomamos entonces, que aún en materia societaria el orden público está íntimamente ligado a lo imperativo y a lo irrenunciable, lo ajeno a ese orden (o sea el interés privado) está íntimamente ligado a lo renunciabile y transable; aún cuando el interés privado esté tutelado por normas imperativas. Si bien no podrá ser renunciabile anticipadamente pero si posteriormente dejada de lado por él o los interesados a través de distintos formas: (i) por renuncia, (ii) por acuerdo de partes, (iii) por voto en la asamblea o (iv) por el no ejercicio del derecho de impugnación. Este mismo criterio fue sostenido por la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal⁵⁰, cuando refirió que nuestra ley societaria contiene muchas normas imperativas que, pese a serlo, no necesariamente se fundan en la necesidad de evitar la violación del orden público⁵¹; y así, si bien toda norma de orden público es también imperativa, ello no significa que toda norma imperativa deba también ser considerada de orden público. Los llamados derechos inderogables de los accionistas y las normas que establecen los recaudos de funcionamiento de los órganos societarios, dejando de lado los supuestos de inexistencia del acto orgánico, están receptados en normas sin duda imperativas, pero no de orden público,

⁵⁰ CNCom, Sala C, in re “Mendonca Stella Maris y otros c/ Óptica Alemana S.A. s/ ordinario” (Expediente n° 5446.04), 26/02/2013.

⁵¹ Cita el fallo la doctrina sentada, entre otros, Rafael MANÓVIL en “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251 de la LS en un fallo que marca un hito”, comentario al fallo de la Cám. Com., Sala D, 1/3/96, ED, 168-545).

dado que se dirigen –por razones de política legislativa inspiradas en el interés público (que no es lo mismo que el orden público)- solo a tutelar a sujetos indeterminados pero no al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituida en una comunicada jurídica. Y no cambia este concepto la condición de que no sean disponibles para los interesados. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la violación de normas de orden público que no podría ser purgada por el solo transcurso del tiempo, la violación de una norma meramente imperativa sólo apareja como consecuencia el nacimiento de una acción individual a favor del afectado, que la ley le confiere para permitirle que exija el reconocimiento de su derecho en los términos de la norma vulnerada. Pero esta indisponibilidad de la norma es *a priori* y, al ser establecida por la ley en interés concreto del afectado, debe concluirse que son disponibles a posteriori, y así, por caso, en una impugnación de decisión asamblearia, el vicio queda purgado de no ejercerse la acción prescripta por el artículo 251 de la LSG, dentro del plazo legal fijado. Por tanto, lo imperativo como distinto de orden público, importa que no sea posible modificar el régimen de antemano, porque en esa instancia previa hay una indefinida cantidad de sujetos involucrados cuyo interés conforma el interés público en cuya protección actuó el legislador mediante el establecimiento de normas imperativas, cuya eventual vulneración puede ser consentida o confirmada por el legitimado directo.

Por su parte, en casos de violación del orden público (como por ejemplo, las cuestiones que tienen que ver con los principios basilares establecidos en el Título Preliminar del Código unificado) las cuestiones no pueden ser resueltas a la luz de la normativa societaria porque está involucrado el orden público, como fue reconocido en el leading case “Abrecht c. Cacique Camping, S.A.”⁵², cuando se sostuvo que correspondía aplicar el plazo de prescripción previsto en el art. 4030 del derogado Código Civil (dos años) para la acción de nulidad de los actos jurídicos viciados por violencia, intimidación, dolo, error, o falsa causa.

Corolario

Como conclusión, podemos afirmar:

1. Normas imperativas y normas indisponibles, no son sinónimos.
2. Dentro del microsistema del derecho societario, coexisten tres categorías de normas: *supletorias o dispositivas* (aquellas que pueden ser de-

⁵² CNCom, Sala D, 1/3/96 (ED, 168-545).

jadas de lado por voluntad de las partes); *imperativas* (aquellas que si bien no pueden ser dejadas de lado por voluntad de las partes - al menos a priori-, su incumplimiento o violación, apareja la nulidad relativa, confirmable y prescriptible, sólo en cabeza del interesado, y el nacimiento de una acción individual solo a favor de este último) y *de orden público*, aquellas que, además de no poder ser dejadas de lado por voluntad de las partes, su incumplimiento o violación, apareja una nulidad absoluta, inconfirmable e imprescriptible, pudiendo cualquier interesado solicitar la nulidad del acto. A esta categoría, la podríamos llamar también, norma indisponible.

3. En virtud del esquema instaurado por el Código Civil y Comercial en su artículo 150, el que resulta de aplicabilidad en materia de orden de prelación de normas, debe entenderse que: (i) en primer lugar se aplica el microsistema societario por sobre el código; (ii) pero cuando exista una norma de orden público del Código ésta resulta aplicable por sobre las normas imperativas de la ley especial; y (iii) cuando se da la colisión de dos normas de orden público, una del microsistema y otra del texto codificado, habrá que sopesar la importancia del interés público en juego en cada caso, sin aplicar en esa circunstancia ningún orden de prelación en función de lo establecido en textos legales, sino que se deberá establecer cuál de esos intereses jurídicamente protegidos es más elevado de acuerdo con los “*principios y los valores jurídicos*” que en artículo 2 del Código impone como pauta interpretativa básica.