

ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO

David A. Kulman

SUMARIO

El orden público societario es un principio que se impone a partir de la protección al orden social en general o a las instituciones fundamentales del Estado, que reflejados en las cuestiones del derecho societario están vinculadas con la protección de los principios que rigen la existencia del sujeto de derecho y la protección de ciertos derechos de los socios o los terceros que aparecen como indisponibles. El orden jurídico posee una clasificación de las normas entre *imperativas* y *subsidiarias*. Dentro de las primeras se distinguen las normas de *orden público* y las normas *dispositivas*, de las cuales éstas últimas se distinguen de las primeras porque los derechos que nacen de una norma imperativa, pueden ser disponible por el sujeto involucrado.

De esta forma, las normas de orden público serán tales en la medida que el derecho que confieren se encuentran al margen de la autonomía de la voluntad, ya sea de una manera general y anticipada al nacimiento del derecho efectivo, cuando con posterioridad a esa existencia el sujeto carece de atribuciones para consentir, renunciar o transar esa situación.



I. Introducción

El derecho societario como rama del derecho privado y particularmente del derecho mercantil, está compuesto por un conjunto de normas y principios nacidos de un singular proceso de evolución histórico. De esta manera, las normas que lo componen se vuelven un especial objeto de estudio dentro del contexto del orden público.

La dogmática jurídica colabora con este entendimiento porque se ve en la tarea de realizar una sistematización de las normas e interpretaciones de ellas con el fin de esclarecer su contenido; en tanto se refiere al estudio del derecho vigente en un determinado sistema jurídico y con relación a condiciones de lugar y de tiempo, explicando el contenido de las normas jurídicas a partir de diversos criterios de interpretación.

Con estos parámetros, para el análisis de las normas que integran un sistema jurídico, resulta necesario establecer los principios fundamentales que las ordenan, no solo desde un punto de vista formal, sino material, tratando de establecer a partir de ellos una clasificación que permita esgrimir la presencia de un *orden público*.

El orden público ha sido admitido en los sistemas jurídicos como un modo de expresión y de preservación de intereses superiores de una comunidad y que merecen ser protegidos en un determinado tiempo y bajo determinadas condiciones. Su origen se lo ubica en el derecho romano a partir de la clásica distinción del “*ius publicum*” y el “*ius privatum*”, en donde el primero representaba al *populus, civitas* o *Estado*, mientras que el segundo pertenecía al particular que en determinados casos y dentro de ciertos límites podía satisfacer exigencias particulares, encaminadas a un bien común, más no intereses individuales.

Esta primacía del “*ius publicum*” entendido como el derecho emanado de los órganos de la *civitas* en cuanto expresaban la voluntad del *populus*, se diferenciaban del “*ius privatum*” —además del contenido— por el origen o la diversidad de sus fuentes. Con el Cód. Civil de Napoleón de 1804 se incorporó este principio en el art. 6 mencionando que “no se puede derogar por convenciones particulares las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres”. Ésta norma constituyó el punto de partida de la moderna recepción legislativa del concepto de orden público.

En nuestra legislación éste principio fue recibido en el art. 21 C.C. desde el Cód. Francés, tal como lo menciona su nota. En esta norma se establece que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Diversas han sido las teorías que se formularon en relación a la definición del orden público, pero clara es la idea que resulta imposible establecer una regla absoluta para distinguir cuáles son las leyes cuya obser-

vancia interesan al orden público y cuáles no; la determinación debe ser hecha con relación a cada ley en particular y una conducta determinada, por lo que es inaccesible un criterio general, tal como enseña Salvat.

No obstante ello, de una manera uniforme fue ganando espacio la idea que el orden público está emparentado con el conjunto de principios o condiciones fundamentales de una comunidad jurídica, sea de índole moral, político, económico o religioso y que tiende a la preservación de su organización social. De esto se sigue que el orden público representa una caracterización extremadamente compleja y que ha dado lugar a la formulación de diversas doctrinas, pero puede decirse, en general, que hoy el orden público se identifica con lo que interesa al orden social en su conjunto o a las instituciones fundamentales del Estado y que por tal merecen protección por encima del resto de los intereses particulares.

Con relación a la calificación de orden público, en la generalidad de la doctrina se sostiene que no puede depender del puro arbitrio legislativo acordar a una norma jurídica tal carácter, pues de lo contrario quedaría en manos del legislador extender sus poderes de forma indebida a expensas de derechos y libertades de los ciudadanos. Por lo tanto es el juez quien determinará o ratificará si una ley es de orden público, aún cuando la misma lo dijera expresamente¹.

No obstante, en la actualidad es común tal designación por el legislador, es decir, aún se ven casos en que las leyes incluyen expresamente la mención que ellas son de orden público y que por lo tanto son inderogables por los particulares; ello ha llevado a sostener que no será el mismo legislador quien debe calificar a la norma como tal, sino que será el juez en último caso quien podrá decir cuándo una ley es inderogable para los particulares y como tal incluirla dentro de las leyes imperativas, una de cuyas especies es indudablemente la ley de orden público².

II. Clasificación de las normas

Tal como ha quedado visto, la relevancia de los principios de orden público se encuentra vinculada con la naturaleza de la norma a la que

¹ LLAMBÍAS, Jorge J., "Código Civil - Anotado", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, tº2-B comentario art. 21.

² RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho civil", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, tº I, Parte General.

accede, de donde se sigue que, frente a una norma cuya existencia está suficientemente justificada por un proceso formal de creación y en base a una autoridad competente, el contenido de cierta norma puede ser tenida como esencial en razón de resguardar el orden social en su conjunto y a las instituciones fundamentales del Estado.

No todas las normas de un sistema jurídico sean de orden Nacional, Provincial o Municipal están expuestas a ser tenidas como de orden público, pero aquello sólo puede ser aprehendido a partir de una sistematización de las normas conforme a un particular criterio de justificación suficiente: la autonomía de la voluntad.

Volviendo sobre el art. 21 C.C. que incorpora el orden público dentro de nuestro sistema, éste establece que la vigencia de este principio está determinada por la indisponibilidad de ciertas leyes a partir de las convenciones hechas por los particulares, o como bien expresa la norma, a partir de estas convenciones no se puede dejar sin efecto la ley en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres.

Tal definición conlleva la necesidad de poder establecer una categoría de normas cuya vigencia u observancia no esté comprometida por las convenciones de los particulares o como también se llama, por la intervención de la autonomía de la voluntad.

La exaltación del concepto de libertad por parte de filósofos como Rousseau y Kant llevó en el siglo XIX a la correlativa exaltación de la idea de la autonomía de la voluntad, cuyo origen sin embargo se puede rastrear en el derecho romano³. Este principio fue incorporado en el art. 1197 C.C. cuando expresa que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma”, cuya fuente se ubica en el art. 1134 del Cód. Francés tal como lo menciona su nota. Esta libertad que encumbra a la voluntad de los particulares implica la disposición que tienen tanto para contratar, como para establecer las modalidades bajo la cuales se regularán sus relaciones, como así también implica la capacidad para modificarlas e incluso darle fin, pero siempre atendiendo a los límites que el art. 21 C.C. establece.

Esto determina que la autonomía de la voluntad no es absoluta, ni aún en los sistemas más tolerantes, porque en eso siempre está presente la

³ LLAMBÍAS, Jorge J., “Código Civil - Anotado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, nota al art. 1197.

protección de intereses superiores a los particulares que pueden quedar afectados por el desempeño de las convenciones y que bien a dejado a salvo el art. 21 C.C.

Como se dijo, el orden público tiene relevancia en la medida que se pueda contrastar el acto particular con una determinada norma cuya observancia resulta sustancial para el interés general y las instituciones fundamentales del Estado, para eso es necesario entender qué normas resultan susceptibles de contener principios de orden público y como tal ser fuente de éste.

Ahora, no toda clasificación es relevante sino sólo aquella que representa el antagonismo entre el orden público como límite a la autonomía de la voluntad. En la doctrina, en una primera clasificación general sobre las normas se tiene la distinción entre normas imperativas y normas supletorias.

La norma *imperativa* es la que excluye o suprime la voluntad particular remarcando la superioridad de la norma imperativa, de tal modo que la regulación se impone a los interesados de manera obligatoria, sin poder modificarlas ni sustraerse a sus efectos.

Las normas *supletorias*, en cambio, son aquellas que toleran de manera expresa o tácita la iniciativa de la voluntad, limitándose el régimen a reconocer los efectos de ésta. Las normas supletorias son entendidas como una regulación complementaria que se tiene previsto para el caso concreto y para cuando la voluntad de los particulares no se haya pronunciado o no regule un tema determinado, entonces, para evitar que determinadas conductas no queden omitidas dentro del ordenamiento, el sistema prevé un régimen subsidiario.

El ámbito propio de las normas supletorias es la materia contractual, donde el principio general es el de la autonomía de la voluntad de las partes, quedando éstas excluidas como normas susceptibles de contener principios de orden público, desde el momento en que pueden ser alteradas por convenciones particulares.

La ley societaria, en este sentido, no muestra cuáles de las prescripciones pertenecen al grupo de las normas imperativas, pero utiliza un método que permite su distinción. Al incorporar una concepción inversa admite en cada caso los permisos concretos dentro del cual se consiente que

funcione la voluntad contractual, se distinguen de este modo, las normas imperativas por oposición a las supletorias expresamente indicadas.

En el camino de poder ubicar a las normas de orden público, el art. 18 C.C. ayuda a la clasificación de las normas imperativas estableciendo que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”. Pero en esto se tiene dicho que la norma no impone una clasificación de las normas imperativas, sino que destaca la modalidad en que puede funcionar, es decir, la norma imperativa se puede presentar tanto como una *prohibición*: describiendo un comportamiento negativo o que impiden la realización de algo; o también la norma imperativa puede presentarse como un *mandato*: estableciendo una determinada conducta o la prescripción para la existencia de un terminado acto, por lo cual también se las conoce como normas preceptivas.

Distinto es el caso del art. 19 C.C. que avanza en la distinción de las normas imperativas y llevan a definir la presencia de normas de orden público. Allí se menciona que “la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”.

Con relación al sentido de esta norma se dijo que trata dos cuestiones. Por un lado hace referencia a la renuncia general de las leyes y por el otro se refiere a la renuncia a los derechos que ellas confieren. La primera destruye toda eficacia a la renuncia general de las leyes, pues es claro que en una organización política como la nuestra de amplia afirmación a la libertad, es un principio de orden público que todos los habitantes gocen de los beneficios que las leyes les acuerdan. El reconocimiento de la validez de una renuncia general a esos beneficios importaría tanto como la renovación de la muerte civil proscripta de nuestra legislación, es decir, salirse del ordenamiento jurídico⁴.

La segunda cuestión que incluye la norma —menciona este autor— se refiere a la renuncia de ciertos derechos en particular conferidos por las leyes, o que tuvieran por fuente un hecho o acto jurídico determinado. La renuncia en sentido amplio debe entenderse al acto jurídico por el cual al-

⁴ LLAMBÍAS, Jorge J., “Código Civil - Anotado”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1979, nota al art. 19.

guien se desprende de un derecho propio, cualquiera sea la índole de éste. Pero tal renuncia queda autorizada en el marco del art. 19 C.C. cuando las ventajas que proporcionan sólo miran el interés individual del titular, implícitamente el precepto prohíbe la renuncia de derechos que no han sido conferidos para la satisfacción del interés individual del titular, sino en orden a la función que éste debe cumplir, pues lo contrario equivaldría a autorizarlo para que a su arbitrio se desentendiera del desempeño de funciones que hacen al orden público.

A partir de la disponibilidad o facultad que otorgan las leyes en relación a la renuncia o abdicación de ciertos derechos, las normas imperativas deben distinguirse entre normas de *orden público* y normas *dispositivas*.

Alguna parte de nuestra doctrina tiende a identificar la norma de orden público con aquella imperativa, pero cierto es que no toda norma imperativa es de orden público. Es decir, toda ley de orden público es imperativa y no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, con lo cual, en esto se define la característica más importante de la ley de orden público.

Aún cuando las normas imperativas contengan una imposición sobre el cumplimiento de las leyes, los efectos que nacen de algunas de ellas pueden incumbir solo a intereses particulares, lo que introduce la presencia de la autonomía de la voluntad con relación a ellas.

Según lo visto respecto a la renuncia de las leyes, esto se encuentra prohibido por el art. 19 C.C., pero la voluntad de la partes pueden intervenir en la disponibilidad de las facultades conferidas por ellas, en tanto no estén prohibidas. Para comprender el efecto de la autonomía de la voluntad frente a las normas imperativas es necesario establecer las condiciones bajo las que opera, pudiendo discernir la aplicabilidad de ésta voluntad conforme la pertinencia de la norma.

Las conductas de los sujetos dentro de un sistema jurídico son relevantes en tanto tenga por resultado producir efectos jurídicos. Es decir, sean susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones (art. 896 C.C.). Ahora bien, esto es así en tanto exista una norma como fuente exclusiva de efectos jurídicos porque, así como los hechos por sí solos no pueden producir efectos jurídicos si el ordenamiento jurídico no les adjudica tales conse-

cuencias, la ley por sí sola, sin la existencia de acontecimientos que integren el supuesto jurídico, carecen también de virtualidad necesaria para producir efectos⁵.

De esto se sigue que existen efectos jurídicamente relevantes que nacen de un *factum* previsto por la norma, que en nuestro caso debe ser imperativa y que traen aparejado la existencia de un determinado efecto jurídico dispuesto hacia un sujeto, y esto es así porque, no puede haber derecho subjetivo sin un sujeto titular⁶.

Volviendo con la clasificación de las normas imperativas, éstas se distinguen según la posibilidad de intervención de la autonomía de la voluntad como modalidad de regulación, ya sea alterando las condiciones de la norma o bien los efectos por ella previstos. La permanencia de las normas de *orden público* exige que su existencia o efectos se encuentren al margen de la disponibilidad de los individuos, la discrecionalidad de los sujetos queda al margen del régimen normativo de orden público ya sea porque no pueden alterar las condiciones sobre las que versa la norma en cuanto la conducta impuesta o prohibida, como de los efectos que nacen de aquellos actos jurídicos realizados en ese contexto.

La referencia que se hace sobre la composición de los actos jurídicos para comprender la clasificación de las normas imperativas no es casual, sino que resulta necesario para percibir que —aún frente a normas imperativas— la existencia de un *factum* puede ser objeto de la autonomía de la voluntad, salvo que la norma expresamente lo excluya.

La norma imperativa es de orden público cuando prohíbe la renuncia general de las leyes, o bien, prohíbe la renuncia a los derechos conferidos por ella a consecuencia de la existencia de un hecho jurídico que define la presencia de un determinado efecto y que es prioritario proteger, porque no miran al interés individual o se encuentre prohibida su renuncia.

Nuestro sistema jurídico se asienta en el principio de la autonomía de la voluntad y el libre albedrío en la regulación de las relaciones humanas en el derecho privado, así lo consagra el art. 19 C.N. cuando expresa: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, de modo tal que el principio en

⁵ BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, tº I, pág. 19.

⁶ BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, tº I, pág. 27.

el derecho privado y particularmente en el derecho societario, es la habilidad del sujeto para regular sus relaciones jurídicas y más aún, renunciar a los derechos o facultades nacidos en su favor a consecuencia de un antecedente jurídico válido tenido como *factum* jurídico.

En relación a las normas de orden público, la imperatividad de las mismas restringe la intervención de la voluntad en la alteración de sus preceptos, ya sea en cuanto a lo mandado o lo prohibido, pero si se tratan de ciertos efectos nacidos de aquellas relaciones cumplidas en función de la norma imperativa, que sean dispuesto por el particular cuando sólo afecta su interés y no resulta prohibida, deja el ámbito de la norma de orden público.

Esto lleva a la formación de la otra clase de normas imperativas: las normas *dispositivas*.

Partiendo de los concepto esgrimidos anteriormente, las normas dispositivas se denominadas así en cuanto implican el ejercicio de una facultad de dominio sobre un determinado derecho, son aquellas que participan del género de normas imperativas pero de cuyos efectos pueden disponer los sujetos.

La presencia de un acto jurídico válido que ha dado como resultado el nacimiento, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones es un efecto que, salvo una prohibición expresa de la norma, es susceptible de ser objeto de la autonomía de la voluntad de los particulares en cuanto sólo afecte su interés.

Esta discrecionalidad del sujeto es una característica esencial de la norma dispositiva, la cual exige la presencia de un negocio válido que sea a su vez el antecedente sobre el cual se pronunciará la voluntad. En tanto esto sea posible, entonces se tratará de una norma imperativa, pero no de orden público, del que se podrá disponer a su vez mediante otro acto jurídico, ya sea de manera efectiva o al menos pueda tratarse de un derecho o una facultad susceptible de ser disponible porque carece de una prohibición expresa o porque no afecta intereses de terceros.

No interesa la efectiva conducta del sujeto en relación a la disponibilidad de sus derechos para estar frente a una norma dispositiva, basta la aptitud en grado de probabilidad para que se configure su condición. Entonces, para que proceda esta disposición del sujeto de los efectos que surgen de una norma imperativa, requiere para su ejercicio los siguientes

elementos: a) Que el *factum* jurídico que se origina a partir de una norma imperativa, sea válido, es decir, que se hayan observado los requisitos para su existencia; y b) Que los efectos jurídicos devenido del *factum* sean susceptibles de ser disponibles, ya sea porque interesa sólo al particular y porque no se encuentra prohibido por el ordenamiento.

III. El Orden público en el derecho societario

Dentro de la ley societaria se encuentran admitidas tanto las normas imperativas, como las normas supletorias. Además, las normas imperativas se distinguen en aquellas de orden público y las dispositivas.

Pero en esto hay que distinguir una dualidad de conceptos del derecho societario. En un sentido amplio se lo puede definir como el conjunto de normas que regulan los contratos asociativos, dentro de los cuales se ubican la Ley de sociedades comerciales (ley 19.550), la Ley de Cooperativas (ley 20.337), la Ley de Sociedades de garantía recíprocas (ley 24.467), Ley de Sociedades del Estado (Ley 20.705), Ley de Consorcios de cooperación (ley 26.005), La Sociedad Civil (art. 1.648 C.C.), Administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (ley 24.241), entre otras. Pero en un sentido estricto, el derecho societario puede considerarse circunscripto al régimen sólo de la ley de sociedades comerciales (ley 19.550), pero que por su amplitud de conceptos, las conclusiones en este tema pueden ser aprovechados por la totalidad de las otras normas.

Utilizando las conclusiones sobre la clasificación de las normas de derecho civil y la presencia del orden público en éste régimen, en la ley de sociedades la aplicación concreta da como resultado las siguientes situaciones:

a) Normas subsidiarias

De acuerdo a la caracterización que se hizo sobre este tipo de normas, en el régimen societario se presentan bajo la modalidad permisiva, autorizando la intervención de la voluntad de los particulares y modificando ciertas y determinadas cuestiones que contempla la norma.

Un ejemplo de ello se observa en el art. 15 L.S. cuando expresa “Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial esta se sustanciará por procedimiento-sumario salvo que se indique otro”. Tal

procedimiento no resulta absoluto y puede ser modificado por acuerdo de las partes o por disposición del juez. En el art. 55 2º párr., se observa otro modo de expresión de este tipo de normas. Lo mismo pasa con el art. 76, 78 2º párr., 79, 80 3º párr., y todos aquellos otros casos en que se formulen dispositivamente una determinada conducta, pero que a la par admita una modificación.

b) Normas dispositivas

Este tipo de normas han quedado definidas como un subtipo de las normas imperativas, pero entre las cuales la voluntad de los particulares juega a favor de la disponibilidad de los derechos contenidos en aquellos preceptos, ya sea de manera efectiva o eventual.

Lo relevante en esto para que proceda la aplicabilidad de ésta clase de normas es advertir la existencia de un *factum* válido. La necesidad de establecer la habilidad de la voluntad para disponer de los efectos nacidos de un determinado acto jurídico, lleva a que ese acto se verifique, es decir, que exista válidamente conforme a la norma, porque sobre él trata la disposición que eventualmente realizará el sujeto.

Esta disposición que puede tomar el sujeto es posible cuando ha nacido el derecho de manera concreta y efectiva a favor del sujeto, pero no luce tan claro cuando se está frente a una afectación de ese derecho que aún no ha nacido y ya es afectado, lo que provocaría una restricción o afectación anticipada y cuya disponibilidad o renuncia por el sujeto implicaría una presunción de renuncia general de las leyes, prohibido por el art. 19 C.C.

Si bien el art. 19 C.C. prohíbe la renuncia general a las leyes y por ende prohíbe que terceros afecten derechos de un sujeto de manera absoluta y anticipadamente al nacimiento del *factum*, ello tiene importancia siempre que no puedan renunciarse esos derechos conferidos por las normas de manera anticipada y con tal que no miren sólo al interés individual y que no esté prohibida su renuncia una vez que haya nacido el derecho de modo efectivo. Si es así, entonces se afecta el orden público. Si habiendo nacido el derecho subjetivo a favor del sujeto y éste es afectado, si bien ese derecho entra dentro de su ámbito de disposición patrimonial, pero si la norma ha prohibido expresamente su renuncia, entonces se encuentra afectado el orden público.

En este contexto surge esta clase de normas y en donde, si la voluntad puede pronunciarse válidamente antes o luego del nacimiento del derecho en concreto, provocando alguna alteración voluntaria de disposición sobre esos derechos, porque la norma no lo prohíbe expresamente, entonces no se afecta el orden público. Si ello es posible, entonces no estamos frente a una norma de orden público, pero si la renuncia está prohibida de manera anticipada, o con posterioridad, o en ambos casos, entonces la violación de la prohibición concreta afecta el orden público.

También puede suceder que la afectación no se dé a una prohibición concreta de la norma, sino que la valoración de la renuncia o la violación del derecho sea contrario a la moral o a las buenas costumbres, en tal caso, como esos factores han sido protegidos por la legislación, se puede considerar comprometido el orden público.

El concepto que se sigue en relación a la clasificación de las normas, carecen de toda equivalencia con el régimen de nulidades. Frente a un hecho que se presume de inválido, la teoría de las ineficacias del derecho societario deberá conjugar la categoría de las normas que se tratan con condiciones fácticas que aporta la realidad que se analiza y con ello advertir la categoría de invalidez que recaerá, pero no existe un correspondencia *ab initio* entre las diversas categorías de normas con las diversas categorías de nulidades, o mejor dicho, con las diversas modalidades de *invalidez* entendido en sentido amplio.

A modo de ejemplo esta clase de normas se observa en el art. 67 L.S. cuando obliga a dejar en la sede social copias de los estados contables con no menos de 15 días de anticipación a su consideración. Ellos es una imposición y está prohibida su renuncia anticipada, pero nada obsta que, habiéndose omitido la carga, el sujeto en cuyo favor se constituyó el derecho, renuncie a sus efectos.

Expresado de otro modo, el art. 69 L.S. también contiene una norma dispositiva, allí se menciona que “El derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable y cualquier convención en contrario es nula”. En esto hay que distinguir dos momentos, el primero está relacionado con el hecho que se haya producido el *factum* sobre el cual el socio puede renunciar o disponer de su derecho, en este caso en particular, perfectamente puede renunciar al derecho, ya sea expresa o tácitamente, siempre que no afecte otra norma, la moral o la buenas costumbres o

afecte intereses de terceros. Paralelamente, si no existe una disposición o renuncia, pero existe un abuso de terceros sobre esos derechos, el principio es el mismo en relación a la ausencia de orden público.

En el segundo caso, es decir, cuando aún no ha existido el *factum*, la renuncia es improcedente y el abuso es sancionable por estar presente el orden público. Es de orden público si implica una renuncia o limitación anticipada al derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto.

El art. 133 es otro ejemplo claro de norma dispositiva, acá un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los socios, a *contrario sensu* se entiende que si no media autorización, es imperativo no competir con la sociedad, pero no es de orden público desde el momento que se puede disponer del derecho. No es propósito del presente tratar toda la ley, sino exponer aquellos artículos que mejor reflejan el concepto que se tiene sobre cada categoría de normas.

c) Normas de orden público

Esta clase de normas son cardinales en la formación y calificación de un sistema jurídico. La presencia de principios absolutos y permanentes hace a la estabilidad del régimen. La exclusión de la autonomía de la voluntad frente a ciertos principios que forman un determinado régimen, contribuye a la estabilidad y asegura la presencia de un Estado de derecho.

En todos los casos en que se ha tratado el orden público societario se ha remarcado la protección al orden social en general o a las instituciones fundamentales del Estado, que reflejados en las cuestiones del derecho societario están vinculadas con la protección de los principios que rigen el nacimiento del sujeto de derecho por su implicancia en la creación de efectos jurídicos, como así también en la protección de los terceros que se vinculan con este nuevo ente.

La presencia de un régimen disciplinado de normas destinado a reglamentar el nacimiento y funcionamiento de las sociedades comerciales, determina que las pautas a seguir no puedan ser alteradas libremente, porque con ello se afectaría el equilibrio que debe existir entre los diver-

sos intereses que se originan a consecuencia de la presencia de una persona jurídica.

Una ley es de orden público cuando con un sentido de equidad ampara el interés general de la sociedad para la realización de una idea de justicia o de equidad. El orden público que surge de la ley o de la naturaleza intrínseca de sus disposiciones, tiene una misma finalidad: corregir abusos de derecho a evitar injusticias en la organización social y para lograr dicha finalidad las normas jurídicas que gozan de esa jerarquía son de aplicación obligatoria, e independientes de la voluntad de las partes; más aún, sustituyen esas voluntades⁷.

Los procesos de clasificación de las leyes permitieron ver que existe en nuestro derecho una prohibición a la renuncia general de las leyes (art. 19 C.C.), esto está vinculado con la necesidad de sancionar todas aquellas situaciones en las cuales se proscriben anticipadamente derechos de los individuos en tanto estén conectados en expectativa con una determinada relación jurídica.

La dualidad entre derechos objetivo y derecho subjetivo colaboran con la comprensión de lo que se expresa. El primero está conformado por las normas jurídicas vigentes en un determinado lugar y tiempo, en cambio el segundo se conforma con la facultad que poseen los sujetos de exigir de otro una determinada conducta. De este modo el derecho subjetivo se constituye en el poder que se le atribuye a la voluntad por aquel ordenamiento jurídico para la satisfacción de intereses humanos.

Ese derecho subjetivo, en tanto se presenta como expectativa de poder exigir a otro la efectiva satisfacción de un derecho que puede aún no existir de manera concreta pero cuya potestad está latente, no puede ser derogado por ninguna convención de los sujetos que se vinculan, de manera general e indeterminada. Aquello lesiona los principios del art. 19 C.C. según sea el rango de norma que se trate. Lo contrario sería como admitir la posibilidad de la muerte civil de las personas, al poder disponerse la renuncia a aquella prerrogativa.

La presencia de la autonomía de la voluntad no hace desaparecer la cualidad de orden público de la Ley de Sociedades, su existencia como

⁷ SC Buenos Aires, del 19/02/1974, ED, 55-660.

sistema jurídico responde a una necesidad de ordenar los efectos que nacen de ciertos contratos organizativos y en cuyo interés se encuentra vinculado al orden social en general o las instituciones fundamentales del Estado, de suerte que, admitir la ausencia absoluta de principios rígidos—como son los de orden público— a expensas de la intervención dominante de la autonomía de la voluntad, trae consigo la anarquía jurídica de quienes promueven la creación de esas formas asociativas.

Es por eso que la Ley de Sociedades “es” una ley de orden público porque en ella se encuentran garantizados intereses supremos ya sea de la misma sociedad, los socios, los terceros o el sistema jurídico en general entendido como una parte integrante de las instituciones del Estado de derecho que deben ser protegidos.

De manera residual a lo que se expuso frente a las otras clases de normas, queda por ver cuáles deben ser tenidas como normas de orden público en la Ley de Sociedades.

El derecho societario, durante el tiempo que demandó su evolución, ha puesto de manifiesto durante diferentes épocas, diversos intereses que resultaron de relevancia para disponer su reglamentación. Fue en Francia a partir del s. XVI que comenzó a legislarse sobre la publicidad de las sociedades, al respecto se recuerda la Ordenanza de Roussillon de 1563 y la de Blois de 1577. En ellas se imponía la inscripción de las compañías ya hechas o que se deban hacer, bajo pena de falsedad y los que tengan tales sociedades carecían de acción de uno contra otro sino se había hecho el referido registro.

La seguridad en el tráfico comercial y particularmente los efectos que los acuerdos sociales tenían frente a terceros y entre los socios, impuso inmediatamente a la aparición de las sociedades comerciales en la Edad Media, la necesidad de establecer una inscripción de aquellos contratos.

La inscripción tenía un doble efecto. Ya en aquel entonces permitía verificar el cumplimiento de las normas en cuanto a la constitución de las sociedades y también otorgaba a los interesados un medio para acceder al conocimiento del negocio constitutivo de la sociedad. Fue por ese motivo que la inobservancia de la inscripción era castigada severamente.

Incorporado este régimen al Cód. de Comercio Francés de 1807, la inobservancia de esta inscripción sancionaba de nulidad a la sociedad y no podían ser opuestas a terceros por los socios. Esta sanción fue entendida

por la doctrina de ese tiempo como una nulidad impuesta en interés general relacionado con el orden público y con la defensa del crédito, por eso se la consideraba como una nulidad absoluta y de orden público.

Fue la “autorización” otro factor de interés para el delineamiento de las normas de orden público. La existencia de las sociedades comerciales, fue objeto de un largo proceso de evolución de su autorización para funcionar.

Inicialmente las *Compañías* nacían al amparo del gobernante el cual les otorgaba una “concesión” para funcionar, acto del poder público llamado *octroi* destinado a regular una actividad del derecho privado, dado que por aquel tiempo no resultaba posible ejercer libremente la industria.

Por “concesión” se entendía al acto mediante el cual el poder público daba vida a una *Compañía* y en el cual el contenido del documento otorgado con este fin (*octroi*) no se basaba solamente en un fundamento jurídico. El *octroi* o “concesión” era constitutivo de la persona jurídica y era una ley que se circunscribía a la órbita del derecho privado, por el cual el Estado creaba a la *Compañía* privilegiada, lo cual además, caía de lleno dentro del derecho público.

Fischer recuerda que la “concesión” imprimía a la sociedad anónima el carácter de una persona jurídica con un fuerte matiz de Derecho público, por eso la materia del régimen de las *Compañías*, a pesar de haberse generalizado bastante en Francia, no se codificaba ni era estudiada tampoco por la doctrina; ni los escritores del siglo XVII ni los del siglo XVIII se ocupaban de la *Compañía* como institución de Derecho privado; sólo estudiaban la *societe collective*, la *societé en comandite* y la *societé en participation*. La revolución vino a introducir también, un cambio en esta materia porque con la caída de la monarquía absoluta cayó el sistema del *octroi*, y con éste desaparece la idea de la *Compañía* como una institución de Derecho público⁸.

En la segunda mitad del siglo XIX, sin embargo, el sistema de la “concesión” pierde cada vez más terreno en lo que se refiere a la libertad, a tenor de lo cual las sociedades podían nacer libremente, con plena perso-

⁸ FISCHER, Rodolfo, “Las sociedades anónimas – Su régimen jurídico”, Ed. Reus S.A., Madrid, 1934, pág. 34.

nalidad jurídica, a condición de que se sometieran a la observancia de las normas dictadas para su constitución⁹.

Pero éste nuevo sistema de constitución no deviene casual en el derecho comparado sino como un acontecer producto de la libertad de industria que se imponía —obra de la Revolución Francesa— y que en este punto en particular se sucede a partir de 1791 en donde las *Compagnias* eran libremente creadas, concepto que se fue desarrollando juntamente con la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la sociedad como “contrato”.

Dentro de este contexto aparece el Cód. de Comercio francés de 1807 regulando la *compagnie o société anonyme* estableciendo para la constitución una amalgama entre los dos sistemas, el sistema antiguo o el de privilegio y el moderno representado por el de la libertad absoluta, éste nacido como reacción al antiguo sistema pero cuyos resultados, al poco tiempo, demostraron la propagación de especulaciones fraudulentas, por lo que, el Cód. de Comercio francés de 1807 aparece —originariamente— regulando un sistema construido sobre la base de ambas experiencias.

Pero éste sistema tampoco duró mucho en el derecho comparado, comenzando el recambio en Francia —cuna de la codificación—. La vigencia del nuevo sistema lo fue con la ley del 24 de julio de 1867 (art. 21) la cual declara: “En adelante, las sociedades anónimas podrán formarse sin la autorización del gobierno”, mientras que en Gran Bretaña se dio en 1844¹⁰, y luego en el resto de Europa librando de toda autorización del Estado a la constitución de las sociedades anónimas y que en nuestro derecho no sucedió sino hasta la sanción de la ley 19.550/72.

Este relato sirve para comprender la importancia que tuvo para la evolución del derecho societario el control constitutivo y la imposición de los requisitos constitutivos del instrumento. Así lo entendió Vélez en la nota al art. 45 C.C. cuando expresaba “abandonar estas facultades a las voluntades individuales sería introducir una grande incertidumbre sobre el estado de derecho, a más de los abusos que podrían cometer las voluntades fraudulentas”.

⁹ ASCARELLI, Tullio, “Sociedades y Asociaciones Comerciales”, Ed. EDIAR S.A., Bs. As., 1947, pág. 253.

¹⁰ RIPERT, Georges, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, Ed. T.E.A., Bs. As., 1954, tº II, pág. 216.

La existencia del principio de la autonomía de la voluntad hizo que, frente a la evolución de la norma societaria, las normas rígidas fueran perdiendo espacio, no por su ausencia y eliminación porque el sistema en sí debe presentarse como completo y autosuficiente, sino porque en determinados casos se fue abriendo el juego a la voluntad. El orden público en el derecho societario ha quedado conjugado, según los factores que conserva en la actualidad y que son traídos de su largo proceso de evolución, en tres aspectos: i) Una inscripción registral, ii) Una tipicidad contractual y iii) Una renuncia general de las leyes.

i) La inscripción registral está determinada por la necesidad de establecer una correcta y completa publicidad en lo que colabora con la regularidad del negocio. Pero no todas las normas vinculadas con el proceso constitutivo son de ésta naturaleza en tanto pueden ser subsanadas hasta la sentencia judicial de nulidad (art. 17). Esto implica que sólo las normas que deben ser observadas imperativamente y sin intervención de la voluntad, deben ser incluidas en este grupo y aquella se encuentra en los principios del art. 7 L.S., es decir, al producirse la inscripción registral ésta genera una presunción *iure et de iure* de regularidad.

Esto no implica que los contratos de sociedad estén obligados a inscribirse, sino que, habiendo optado por la inscripción, sólo la registración les otorga la cualidad de regularidad, algo indisponible para los sujetos, ya sea derogando los efectos registrales o creando otro análogo.

ii) Los requisitos tipificantes cumplen los mismos efectos. En el contexto del art. 17 L.S. se niega otorgar validez a una constitución ajena al *numerus clausus* de los tipos societarios, también sucede esto cuando se omite cualquier requisitos típico en el negocio constitutivo ya sea en ocasión de su nacimiento, o luego de constituida la sociedad.

Detrás de un contrato de sociedad entran en juego un cúmulo de relaciones con intereses contrapuestos como son los de la sociedad como nuevo sujeto de derecho, el de los socios y el de los terceros; de modo que el control por parte de la norma en la organización del negocio constitutivo es esencial para mantener y conceder un equilibrio a las relaciones jurídicas. La ley de sociedades ha consagrado el principio de "tipicidad" para ayudar a eso, imponiendo una estructura no modificable para la formación de sociedades.

Solo la existencia de un *numerus clausus* de tipos societarios, unido a un régimen jurídico mínimo de organización inmodificable que integre

cada uno de ellos, puede asegurar una estricta justicia ideada para una época determinada, en donde cada partícipe de este complejo de relaciones jurídicas que implica la existencia de una sociedad comercial, pueda ejercer la defensa de sus intereses en igualdad con el resto. Sólo esto puede reafirmar la seguridad en un Estado de derecho, mediante la confianza en las relaciones jurídicas, horizonte al que aspira todo sistema de justicia.

La presencia o el cumplimiento de los requisitos esenciales tipificantes deben existir efectivamente en el negocio constitutivo de la sociedad, y además deben permanecer inalterados durante la vida de la misma. De lo contrario, el vicio se concreta y como el acto “nulo absoluto” no es susceptible de confirmación (art. 1047 *in fine* C.C.), el cumplimiento posterior, la reparación o la enmienda del vicio, no lo subsana, colocando al interesado sólo en la posición de denunciarlo para que la nulidad sea declarada.

En reiteradas ocasiones se ha dicho que la ley de sociedades es en esencia una estructura de orden público, en cuya consecuencia sus principios están impuestos más allá que el contrato de sociedad reconozca en su articulado las normas de esta categoría. Esto implica la protección tanto de las normas atinentes a la tipicidad vinculadas a la constitución, como a sus modificaciones.

El interés de la norma no siempre es extinguir una sociedad ante tales omisiones, porque tampoco se alza en verdugo indolente de algunas anomalías, es por eso que en determinadas circunstancias en las cuales el acto resulta atípico, la norma opta por imponer una sanción de inoponibilidad a los terceros, bregando por la continuidad del ente cuando su sustancia puede ser protegida por otro medio. Las normas por tipicidad pueden estar relacionados con: * *Sociedad Colectiva*: Se considera como elemento tipificante de la sociedad, la responsabilidad que los socios contraen por las obligaciones sociales. La misma es subsidiaria, ilimitada y solidaria con la sociedad. Aunque la ley admite una distribución interna diferente de la responsabilidad, su pacto no es oponible a terceros. * *Sociedad en Comandita Simple*: Son elementos tipificantes la existencia de dos categoría de socios, el socio comanditado quien responde por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva, y el socio comanditario, quien responde solo con el capital que se obliguen a aportar. * *Sociedad de Capital e Industria*: Ésta también se tipifica al reconocer dos categoría de socios, el socio capitalista y el industrial. En cuanto al primero debe responden ante las obligaciones sociales de modo subsidiario, ilimitado y solidario; en tanto que el socio industrial, responden hasta la

conurrencia de las ganancias no percibidas. * *Sociedad de Responsabilidad Limitada*: Se tipifica porque, su capital se divide en cuotas; Los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que suscriban; También la administración y representación de la sociedad corresponde a una gerencia. * *Sociedad Anónima*: La tipicidad se cumple cuando su capital se representa por acciones; Son típicos los principios relativos a la naturaleza y demás características de las acciones; Los socios adoptan sus decisiones en asambleas distinguidas por su competencia, pero el contenido de cada una no constituyen una tipicidad, sino un imperativo: así en la asamblea ordinaria su competencia la define el art. 234 L.S. y la asamblea extraordinaria, el art. 235 L.S.; La administración está a cargo de un directorio; La fiscalización privada es ejercida por medio de una sindicatura en la medida que se obligatoria o si se hubiere organizado un Consejo de vigilancia. * *Sociedad anónima con participación Estatal Mayoritaria*: las sociedades anónimas que se constituyan cuando el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarias en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el 51 % del capital social. * *Sociedad en Comandita por Acciones*: La tipicidad se define en la existencia de dos categoría de socios, el comanditado quien responde por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva y el socio comanditario el cual limita su responsabilidad al capital que suscriben; Sólo los aportes de los comanditarios se representan por acciones.

iii) La renuncia general de las leyes en el marco del art. 19 C.C. atenta contra el orden público. Trasladado esto al derecho societario tiene que ver con la abdicación de derechos, pero sólo de aquellos que resultan indisponibles para los sujetos (art. 21 C.C.).

En el orden jurídico societario, sea el previsto por la ley de sociedades comerciales o en otro tipo de norma asociativa, los principios de orden público se presentan bajo las mismas características: la protección de un orden superior a las individualidades. Esto no significa destruir la autonomía de la voluntad, sino que importa establecer un límite a ella, en orden a la preservación de un mínimo que se presenta como inalterado.

Ayuda a discernir ese mínimo, el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad. Ella tiene restringido la disposición de derechos absolutos previsto por una norma para un determinado tiempo y bajo ciertas circunstancias, ya sea de manera anticipada o con posterioridad. Si esos

derechos no tienen esa entidad, entonces poco importa si se renuncia o se limita de manera anticipada, porque se trataría de un derecho que puede ser dispuesto por el sujeto acaecido el *factum* al concernir sólo intereses individuales.

Lo renunciable o la afectación de un derecho subjetivo está relacionado con un pronunciamiento tácito o expreso del sujeto involucrado, como así también puede provenir de la afectación o restricción de esos derechos por parte de un tercero. En ambos casos resulta dirimente para establecer si aquella afecta el orden público, el hecho que el sujeto pueda disponer de manera expresa o tácita al derecho adquirido, si ello es posible por un acto concreto, entonces la restricción al derecho luego de acaecido el *factum* o con anterioridad, no afecta el orden público.

El derecho societario es un régimen que regula —en gran medida— relaciones patrimoniales, y como tal, esos derechos son disponibles por los sujetos, lo que demuestra que no todo es protegible bajo el argumento del orden público, aún frente a la gravedad de la lesión. Si el sujeto puede consentir, renunciar o transar esa situación, si es así entonces no hay orden público afectado.