

Pacto de quórum y autonomía de la voluntad

Orden público: ¿estás ahí?

El caso “Bartolomé Cruz y Arenales SA”: una luz de alarma.

Pablo Augusto VAN THIENEN

Sumario: I. EL CASO ANOTADO PREOCUPA Y ALARMA. - II. LOS HECHOS DEL CASO. - III. LOS INCENTIVOS PERVERSOS DEL FALLO: LA DOCTRINA DEL SOCIO ARREPENTIDO. - IV. EL ARTÍCULO 243 LSC. SU NATURALEZA JURÍDICA Y OPERATIVA. - V. LA NULIDAD ABSOLUTA DICTADA EN EL CASO. - VI. ORDEN PÚBLICO: ¿ESTÁS AHÍ? - VII. EL ORDEN PÚBLICO NOS PERTURBA: ¿BORDA O LLAMBÍAS? - VIII. EL ORDEN PÚBLICO Y LA SOCIEDAD COMO CONTRATO. - IX. LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO SON SIEMPRE IMPERATIVAS. LAS NORMAS IMPERATIVAS NO SON SIEMPRE DE ORDEN PÚBLICO. - X. ORDEN PÚBLICO: IMPERATIVIDAD E IRRENUNCIABILIDAD. - XI. ORDEN PÚBLICO: IMPRESCRIPTIBILIDAD. -XII. LOS ERRORES CONCEPTUALES. - XIII. LA OTRA VÍA. - XIV. CONCLUSIONES.

I.

El caso anotado preocupa y alarma.

La sala D de la Cámara Nacional Comercial dictó veredicto en el caso “Monsalve Guillermo Osvaldo v. Bartolomé Cruz y Arenales SA” sentando la siguiente doctrina: *el régimen de quórum para la formación de asambleas ordinarias es inderogable por los socios, no pudiendo éstos torcer el quórum constitutivo expresamente fijado por la ley*”. Pero esto no es todo, el tribunal hace un esfuerzo intelectual respetable para justificarse y convencernos de que la violación del artículo 243 LSC importa una lesión al orden público. El tribunal nos lleva -como cordero al matadero- a una nulidad absoluta e insanable. Siendo esto así, la imprescriptibilidad de la acción se impone.

A pesar del esfuerzo intelectual desplegado por el tribunal y el derecho comparado traído como evidencia, adelantamos que sus argumentos no logran convencernos, en lo más mínimo.

No hay duda que el caso “Bartolomé Cruz y Arenales” debe ser tenido en cuenta por aquellos operadores que ejercen la práctica profesional dentro de la compleja trama societaria-empresarial. Este precedente nos llena de incertidumbres y nos conduce a un callejón sin salida: *las normas de la ley 19.550 son imperativas e inderogables*.

Con este precedente la sala D busca limitar y coartar al máximo la autonomía de la voluntad y la libertad de configuración contractual dentro del ámbito societario imponiendo un criterio que nos atrasa de manera alarmante, y enquistada nuestra ley de sociedades con una mirada exageradamente tuitiva, olvidando que el derecho societario está diseñado para quienes deciden arriesgar sus capitales asociando sus mutuos intereses en búsqueda de un fin común: maximizar la renta.

Orden público: ¿estás ahí?

II.

Los hechos de caso.

Se trata de una “maniobra” societaria llevada a cabo por el socio de control (a su vez director) para evitar que los socios minoritarios aprueben en asamblea ordinaria la promoción de la acción social de responsabilidad y consecuente remoción del cargo. Los minoritarios serían titulares del 8%

del capital social y votos de la sociedad. Estando el socio mayoritario vedado de ejercer su voto por conflicto de interés (241 LSC), los minoritarios tomaron el control de la asamblea votando por unanimidad del “capital presente” no sólo promover la acción social de responsabilidad contra el director-accionista sino; además, removerlo de la presidencia.

Sin embargo, el artículo 20 de los estatutos sociales expresamente ordenaba lo siguiente: “...*La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida con la presencia de accionistas que representen la mayoría de acciones con derecho a voto. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por el setenta y cinco por ciento de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión...*”

Invocando esta cláusula estatutaria el accionista-director sostuvo que la decisión social de promover acción social de responsabilidad y remoción fue nula por violentar expresas disposiciones de la ley estatutaria (art. 251 LSC). La sola ausencia del socio de control de la asamblea ordinaria bloquearía la decisión por “falta de quórum”. Sin embargo la decisión se tomó igual con el voto unánime de los presentes que representaban tan sólo el 8% del capital con derecho a voto. Con base en el artículo 20 de los estatutos sociales el accionista de control promovió acción de nulidad asamblearia por violación de los estatutos.

Los socios minoritarios repelieron la acción y reconvinieron al actor por nulidad del artículo 20 de los estatutos sociales. Los socios minoritarios argumentaron que dicha cláusula estatutaria estaba viciada de nulidad y que dicha nulidad era absoluta e insanable por violentar el artículo 243 LSC que impone un régimen de quórum que los socios no pueden disponer. En opinión de los socios minoritarios el artículo 243 LSC es un dispositivo *imperativo-inderogable*; siendo su nulidad absoluta y por lo tanto la acción imprescriptible.

El tribunal de primera instancia desoyó los argumentos de los socios minoritarios considerando la acción prescripta; sin embargo, la sala D entendió que debía involucrarse en el análisis de esta cuestión atento las normas en disputa y los intereses en juego: *el régimen de quórum asambleario*.

La trama es simple, pero a la vez compleja, pues se trata de revisar una cláusula fundacional del estatuto societario de Bartolomé Cruz y Arenales SA; o sea, una cláusula que contó con el consenso y la aprobación expresa del 100% de los socios, y por lo tanto del 100% del capital social. Pero no sólo ello, el régimen de quórum constitutivo asambleario fue ratificado durante años por todos los socios prestando cada uno de ellos su expreso consenso al pacto.

Eso sí, no obstante la conducta desplegada durante años de convivencia pacífica observamos la siguiente patología: llegado el conflicto conviene hacernos los distraídos borrando con el codo lo que se escribió con la mano. Este es, sin duda el aspecto más frágil, criticable y preocupante de la doctrina del fallo. O sea, el daño subyacente de una doctrina peligrosa.

Orden público: ¿estás ahí?

III.

Los incentivos perversos del fallo: la doctrina del socio arrepentido.

La sala D nos enseña dos cosas: “*a nadie se le puede reprochar que se arrepienta de llevar cabo lo que es reprochado por ley*” y “*es lícito venir contra los propios actos cuando el contrato es absolutamente nulo por haber sido celebrado contra una prohibición de la ley*”.

Con este precedente la sala D no sólo alienta sino que incentiva conductas oportunistas

violatorias de la buena fe contractual, norma de convivencia y previsibilidad de los negocios cuidadosamente consagrada en el artículo 1198 del Código de Vélez. Es importante que tengamos presente que el fenómeno del arrepentido sólo se presenta frente al fenómeno de la nulidad absoluta, más no cuando estamos en presencia de nulidades relativas consentidas y confirmadas.

Rechazamos de plano la doctrina del fallo, sus fundamentos filosóficos y argumentos jurídicos por las siguientes razones: En primer término negamos que el régimen de quórum constitutivo previsto por nuestro legislador para las asambleas ordinarias sea un régimen imperativo-no disponible. En segundo término que en el régimen de quórum constitutivo para las asambleas ordinarias previsto por nuestro legislador esté involucrado el orden público, el orden social, la moral o las buenas costumbres. Y en último término que el artículo 243 LSC sea una norma de orden público que gatille la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible.

Semejante mirada sobre una norma que simplemente regula un aspecto funcional de la reunión de socios de una mercantil no sólo contradice el espíritu de la ley, sino que pone en jaque la delicada arquitectura de la ley 19.550. A partir de este "*razonamiento garantista*" nos preguntamos: ¿Qué normas de la ley son imperativas no disponibles? Sin duda la respuesta a esa pregunta la encontramos en el interés jurídico concreto tutelado por la norma. Así las cosas no vemos que en el régimen o sistema de quórum asambleario esté involucrado un interés superior al interés propio de los asociados, ni de la sociedad como entidad jurídica, quedando ambos intereses fuera de toda vinculación al orden público. Sobre este concepto escurridizo volveremos más adelante.

La doctrina del "socio arrepentido" dotando al artículo 243 LSC del carácter de norma de orden público indisponible, habilita a los socios sacar los pies del plato borrando con el codo lo que consintieron oportunamente. Con este precedente se los habilita a hacer oídos sordos de los artículos 1197 y 1998 del Código de Vélez. Con el velado argumento de que la autonomía de voluntad encuentra sus límites precisos en el artículo 21 del mismo Código, la sala D alienta conductas oscuras dándole a los socios disconformes la posibilidad de tirar por tierra lo que ellos mismos consintieron al celebrar el contrato asociativo "... *obrando con previsión y cuidado ...*" (*sic*). Y lo cierto es que en el ámbito contractual-mercantil la regla del artículo 21 del Código Civil necesita ser interpretado restrictivamente pues nos enfrentamos a personas que deciden arriesgar sus capitales acordando regir sus mutuos derechos y obligaciones, y el funcionamiento del ente societario, conforme las pautas más eficaces y eficientes a sus intereses personales y colectivos.

Agravar el quórum constitutivo para la formación de asambleas ordinarias en una anónima puede ser un grave problema, puede ser un incordio, puede incluso ser una traba al giro ordinario del negocio; pero jamás puede calificar como algo que lesione el orden social, ni la moral; y menos las buenas costumbres.

Agravar el quórum societario no es más ni menos que un aspecto funcional del ente y por lo tanto un aspecto patrimonial de precisos contornos particulares, absolutamente disponible y transable.

Agravar el quórum para la constitución de asambleas ordinarias es materia negociable, transable y disponible aún a costa de lograr la inmunidad de los socios de control. Y en esto, no observamos ningún pecado capital y menos la excomunión de la autonomía de configuración contractual.

Tal como será explicado más abajo, llama la atención pero el pacto de bloqueo vía quórum agravado, ahora cuestionado por la minoría, es un pacto que los beneficia a ellos en forma exclusiva dándoles el control total de la asamblea.

Orden público: ¿estás ahí?

IV.

El artículo 243 LSC. Su naturaleza jurídica y operativa

Descartado de plano el orden público dentro de esta norma, esta afirmación nos obliga a justificarnos. Veamos: Para nosotros el artículo 243 LSC sólo regula un aspecto funcional del órgano de gobierno de la sociedad anónima buscando el legislador un equilibrio de poderes entre mayorías y minorías. Precisar en la ley de manera quirúrgica una política de quórum (para la asamblea ordinaria) fijando el techo de capital con derecho a voto para que la asamblea funcione, tiene por único objetivo hacer un mínimo balance de poderes dentro de un modelo societario pensado para nuclear grandes capitales con socios minoritarios dispersos, atomizados y descoordinados¹. Con la regla del quórum el legislador pretendió garantizar un funcionamiento mínimo del ente societario en materias que hacen al giro ordinario del negocio: (i) aprobación de los estados contables, (ii) política de reservas o dividendos, (iii) honorarios de directores, (iv) aprobación de la gestión; entre otras cuestiones expresamente indicadas en la ley. Fijando un “techo” se permite a los socios dinamizar el órgano de gobierno evitando situaciones de bloqueo. Lo que resulta muy dudoso es que ese techo sea inamovible e invariable por imperio legal no pudiendo los socios modificarlo y adecuarlo a sus mutuos intereses personales y colectivos. ¿Cuál sería la gravedad institucional de aumentar el quórum incluso al extremo del 100% del capital con derecho a voto? Son los dueños del capital quienes arriesgando el capital ejercen el derecho de opción y eligen de manera adulta y diligente gobernarse por un pacto estatutario expreso.

Nos llama profundamente la atención que el mismo legislador societario en igual situación omitió regular el quórum mínimo para el tipo SRL dejando en manos de los socios diseñar la estructura operativa del órgano de gobierno. Nos preguntamos: ¿Y el orden público? ¿Acaso hay un orden público para las anónimas y no lo hay para las de responsabilidad limitada? Tampoco hemos encontrado ninguna norma específica de remisión a las normas de la SA. Si bien es cierto que la reunión de socios en la SRL puede ser por vía epistolar, también es viable la reunión en asamblea.

Si profundizamos el análisis observaremos con atención que para las asambleas extraordinarias nuestra ley autoriza elevar el quórum por expreso pacto estatutario; incluso hasta el extremo de la unanimidad, esto es, pudiendo el estatuto exigir la presencia del 100% del capital social con derecho a voto, o el 100% del capital social emitido y en circulación. Ninguna duda cabe que semejante cláusula importa dotar a una sola acción con el derecho de “veto” no dando quórum. Respecto de la extraordinaria el legislador ve esto con buenos ojos, aun cuando pueda sonarnos abusivo. Imaginemos un aumento de capital por encima del quíntuplo indispensable para financiar un proyecto. Imaginemos una fusión o escisión. En estos casos nuestro artículo 244 es permeable y tolerante. Un socio, o una minoría compacta, controlarían la asamblea extraordinaria por simple ausencia u omisión. ¿Y la ordinaria?

Nos preguntamos por qué el bloqueo de la asamblea sería contrario al orden público en la ordinaria y no lo sería tanto en la extraordinaria.

Mientras en la extraordinaria el quórum legal es del 60% del capital con derecho a voto (para la primera convocatoria) y 30% (para la segunda convocatoria) pudiendo los estatutos fijar uno mayor (para la primera convocatoria) o uno menor (para la segunda convocatoria); para las asambleas ordinarias el quórum constitutivo será la mayoría del capital con derecho a voto (en primera convocatoria) y cualquiera sea el número de esas acciones presentes (en segunda convocatoria).

La diferencia entre ambas asambleas es que en la extraordinaria el legislador autorizó

¹ Vid., Pablo VAN THIENEN – Iván DI CHIAZZA. “OPA. Salida del régimen de oferta pública. Teoría de los juegos y dilema del prisionero”. Working Paper N° 25. www.cedeflaw.org

expresamente a los socios aumentar o disminuir el quórum, cosa que omitió deliberadamente respecto de la ordinaria. Para algunos, esa omisión debe ser interpretada como una expresa prohibición. ¿Es realmente así?

Aun cuando aceptemos que el artículo 243 LSC impone una prohibición respecto de agravar el quórum para las asambleas ordinarias, descartamos de manera ferviente que dicha prohibición imperativa sea indisponible. Para nosotros imperatividad normativa no significa, ni es análogo, a indisponibilidad. Sobre esto volveremos más adelante.

Para nosotros, mientras el legislador diseñó una cláusula supletoria o dispositiva respecto del quórum para las asambleas extraordinarias, no hizo lo mismo para la ordinaria. Ahora bien, que haya previsto un imperativo normativo para el quórum de la ordinaria no significa que ese mandato legal no pueda ser dejado de lado por las partes haciendo gala de la autonomía de configuración contractual o autonomía de la voluntad. Dicha norma regula aspectos operativos sobre el funcionamiento del órgano de gobierno y, finalmente, el balance de poder entre minorías y mayorías, tema disponible, negociable y transable. Está claro que el interés jurídico tutelado detrás de esta norma prohibitiva es, en esencia, particular y patrimonial.

Es evidente que nuestro legislador comprendió al quórum como materia transable, negociable y disponible; de lo contrario no se logra comprender cómo una misma situación puede ser transable y disponible y al mismo tiempo no negociable e indisponible. Nos explicamos: si el quórum es materia indisponible por estar involucrado el orden público, no se entiende cómo ese orden público puede estar presente en la asamblea ordinaria y al mismo tiempo ausente en la asamblea extraordinaria. Esto es, en sí mismo, una contradicción que demuestra la flaqueza argumental del fallo de la sala D. En igual sentido observamos con sorpresa que ese orden público estaría presente en el quórum de la asamblea ordinaria y al mismo tiempo ausente de la reunión de socios de una SRL.

Y no se puede justificar la presencia del orden público por el mero hecho de que la asamblea ordinaria trata materias que hacen al giro ordinario del negocio y por lo tanto al normal funcionamiento del ente jurídico. Aún amparados en ese argumento, el orden público se desvanece pues el normal funcionamiento operativo del ente societario es materia absolutamente ajena al orden público, la moral o las buenas costumbres.

Orden público: ¿seguís ahí?

V.

La nulidad absoluta dictada en el caso.

Se trata de una nulidad absoluta de carácter contractual. O sea, no se trata de declarar la nulidad de un acto societario colegiado (251 LSC) sino la nulidad de una cláusula fundacional estatutaria. Vale decir, aquella disposición normativa aceptada por todos sin reparos al momento de la creación del ente societario. Todos los socios, incluido la misma sociedad convivieron pacíficamente durante muchos años con este pacto estatutario confirmando su eficacia y validez normativa. Ni el directorio, ni el síndico, ni el órgano de control societario atacaron, cuestionaron o discutieron esta cláusula (presuntamente) nula; y lo más grave, no lo hicieron dentro del plazo que debieron hacerlo.

O sea, el expediente transitó sobre los carriles del artículo 847.3 del Código de Acevedo que habilita atacar los actos nulos; entre ellos una cláusula contractual. Pero a los efectos de denunciar la ilegalidad del pacto el Código reconoce al particular interesado un plazo de prescripción para obtener la impugnación del acto ilícito y de esta manera volver las cosas al estado de legalidad. El plazo de prescripción para denunciar en tribunales la nulidad del pacto ya había fenecido y esto fue lo que finalmente entendió el juez *a quo*. Sin embargo, la alzada comprendió otra cosa: la gravedad institucional del caso impone la máxima pena: la nulidad absoluta. Ergo, el vicio es inconfirmable, la

acción de nulidad imprescriptible y los legitimados activos mucho más amplificados; hasta incluso el mismo tribunal debe dictarla de oficio, si la detecta y la detectó.

El nudo gordiano del caso “Bartolomé Cruz y Arenales SA” es el siguiente: definir si estamos en presencia de una norma imperativa–indisponible (*nulidad absoluta*); o en presencia de una norma imperativa–disponible (*nulidad relativa*). Esta es la cruz del problema.

Todos sabemos que la LSC contiene grupos de normas que pueden ser calificadas como: (i) imperativas–indisponibles, (ii) imperativas–disponibles y (iii) dispositivas-supletorias. Lo que necesitamos descubrir es a qué grupo corresponde o pertenece cada norma de la LSC, incluso el artículo 243 LSC. Si miramos con atención y acercamos la mirada al artículo 243 observaremos que este dispositivo normativo comparte dos grupos bien precisos. Esta norma es imperativa y dispositiva-supletoria, dependiendo del caso regulado. Veamos:

“La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número”.

Bien interpretado este dispositivo observamos lo siguiente: respecto del quórum la norma luce estrictamente “imperativa”, mientras que, respecto de la mayoría salta a la vista su carácter dispositivo-supletorio. O sea, autorizando nuestro legislador incrementar la mayoría por expreso pacto estatutario queda claro que respecto de las mayorías nuestra ley admite la fórmula de *pacto en contrario*. Desde este ángulo podríamos decir que respecto del quórum constitutivo (para las asambleas ordinarias) nuestra ley optó por una fórmula mucho más severa: el quórum es fijo y no deja espacio al pacto en contrario.

Dicho esto vale formularnos la siguiente pregunta: ¿pueden los socios disponer del quórum de la asamblea ordinaria?

La respuesta afirmativa se impone por su propio peso, pero con una salvedad: siendo la norma del tipo imperativa–disponible, ésta sólo puede devengar una nulidad relativa. Con esto queremos decir que el vicio formal o sustancial puede ser subsanado por dos vías jurídicas: (i) por el mero transcurso del tiempo (saneamiento del vicio por efecto de la prescripción), o por (ii) confirmación de acto.

Decimos que el artículo 243 LSC es una norma imperativa-disponible pues el interés tutelado no pertenece al mundo del orden público sino, al terreno del interés particular y patrimonial de los socios y de cómo ellos deciden diseñar sus normas de gobierno corporativo.

Ahora proponemos al lector detenernos un poco en el artículo siguiente, o sea, el 244 LSC para tener una mirada más amplia del asunto.

Esta norma admite expresamente la fórmula de *pacto en contrario* tanto para el quórum como para las mayorías en la asamblea extraordinaria. Una lectura apresurada e irreflexiva de este dispositivo nos podría llevar a la confusión de que así como la ley admite en forma expresa el pacto en contrario para el quórum en la extraordinaria, lo niega de plano y en forma retunda para la ordinaria. Sin embargo este razonamiento puede ser equivocado. Bajo la arquitectura de los artículos 243 y 244 nuestro legislador nos enseña que el quórum es libremente disponible para ambas asambleas con la salvedad de que en la asamblea extraordinaria exige un consenso menor al 100% de los votos; mientras que para la asamblea ordinaria impone el acuerdo unánime del 100% de los votos. Esto quiere decir que mientras el quórum de la asamblea extraordinaria puede ser agravado con el voto

favorable de la mayoría absoluta de los votos presentes; agravar el quórum en la asamblea ordinaria impone el voto unánime del capital social con derecho a voto.

El riesgo que asumen los dueños del capital al agravar el quórum sin la exigencia del voto favorable del 100% del capital con derecho a voto es que, bastará la disidencia de un voto para que quede habilitada la acción de nulidad (art. 251 LSC). Lo notorio es que si el agravamiento del quórum se incorpora a los estatutos vía reforma por decisión de asamblea extraordinaria, el plazo para atacar la nulidad de dicha reforma será de 3 meses de caducidad (251 LSC); mientras que si la cláusula se incorpora al momento de la fundación del ente societario el plazo para atacar la nulidad será de 4 años (847.3 Cód.Com).

Es interesante pero, salvo expresa queja del socio disidente, la incorporación de la cláusula en el acto fundacional deja al socio sin acción pues habría consentido y confirmado el vicio al incorporarse a la sociedad suscribiendo el contrato o estatuto, y por sus propios actos. Tengamos presente que la doctrina del “socios arrepentido” no funciona para las nulidades relativas cuando el vicio ha sido confirmado.

Y esto que afirmamos no es descabellado. Un ejemplo basta para botón de muestra: las cláusulas estatutarias consideradas nulas por la propia ley (artículo 13 LSC) están sujetas a prescripción liberatoria; siempre. Es un error creer que dichas cláusulas son *nuloabsolutas* por el hecho de estar la sanción de nulidad reconocida expresamente en la ley. El artículo 13 LSC es un claro ejemplo de nulidades relativas manifiestas, más no, de nulidades absolutas².

En este orden de pensamiento observamos lo siguiente: el artículo 243 LSC contiene respecto del quórum para la asamblea ordinaria una nulidad relativa no manifiesta; y por ende, confirmable, transable y disponible. Y eso fue lo que ocurrió en el caso que estamos analizando.

Orden público: ¿dónde estás?

VI.

Orden público en el artículo 243: ¿estás ahí?

Todavía, no lo hemos encontrado.

En oportunidad de escribir sobre el orden público en la ley de sociedades hemos expresado lo siguiente: “sabemos que los artículos 3, 19, 21, 502, 794, 872 y 953 del Código Civil reconocen de manera expresa o implícita un orden público; lo que no sabemos a ciencia y verdad es el alcance de esa noción. Ya no se trata de saber que un año luz equivale a 9.460.000.000.000 kilómetros de distancia; para nosotros se trata de conocer algo mucho más complejo y oscuro: la noción de orden público. Y esta noción se torna mucho más esquiva cuando queremos encontrarla en el ámbito societario”³.

¿Existen normas de orden público en la ley de sociedades?

En el terreno del derecho mercantil y específicamente dentro del derecho de los contratos no habría suficiente espacio para el orden público (salvo los contratos en masa) poniéndose en entredicho la aplicación de esta noción a nuestra rama específica: el derecho societario. Para saber si un acto jurídico es nulo de nulidad absoluta debemos entrar en contacto con la noción de “orden público” y, desde aquí, analizar si corresponde atacar con la máxima sanción legal aquellos negocios jurídicos que atentan contra el régimen de quórum constitutivo de una mercantil. Por lo tanto, como primer paso, corresponde capturar aquel concepto escurridizo.

² Vid., Pablo A. VAN THIENEN – Iván DI CHIAZZA. “Precio y valor real en contrato de opción sobre acciones”. Working Paper N°23. www.cedeflaw.org

³ Vid., Pablo A. VAN THIENEN – Iván DI CHIAZZA. “Orden público societario: ¿estás ahí?”. Working Paper N°20. www.cedeflaw.org

Repasemos un poco que ha sucedido con el orden público en la ley 19.550 y su reforma del 83. La comisión reformadora derogó expresamente del artículo 251 LSC la referencia a *norma de orden público*. Este dato nos permite sacar una primera conclusión: la remisión al orden público genera demasiada incertidumbre en el delicado ámbito de las nulidades societarias siendo aconsejable su derogación⁴. Otro ejemplo que no puede pasar inadvertido por el lector es que esa misma comisión reformadora eliminó la nulidad *absoluta* del artículo 271 LSC. O sea, la comisión reformadora tomó nota de que la celebración de contratos entre partes relacionadas no es un acto *nulo absoluto* por más fraudulento, leonino o abusivo que sean los términos de intercambio contractual. Estos ejemplos pueden ser útiles como pauta de interpretación de la ley societaria: el interés jurídico tutelado por el artículo 271 LSC no es de orden público. ¿Y el artículo 243?

Actuar de manera infiel y en interés contrario violando en forma descarada el principio de lealtad implica lesionar el interés social, más no el orden público. Esta forma de pensar lo ha sostenido en reiteradas oportunidades el tribunal mercantil en pleno, incluso la sala D, y es perfectamente aplicable al caso que estamos comentando. La conducta abusiva de un socio de control que pretende ampararse en una norma estatutaria para mantenerse inmune de la acción social de responsabilidad y remoción del cargo, parece abusiva, repugnante a la buena fe y lesiva del interés social; pero lejos está esta conducta reprochable de lesionar el orden público, la moral y las buenas costumbres; y menos aún, que ese orden público se encuentre reflejado en el sistema de quórum asambleario previsto en el artículo 243.

A esta altura del análisis nos inclinamos por pensar que el orden público “sacado de la galera” por la alzada en el caso que estamos anotando, vino a operar como cláusula de salvaguarda para tutelar el interés de los dueños del 8% del capital, buscando decapitar al director-controlante que obró en interés contrario. Ahora bien, a los efectos de desbanicar a un director infiel los socios minoritarios de la sociedad Bartolomé Cruz y Arenales SA contaban en su haber con otra opción: la acción oblicua conocida como acción social minoritaria de responsabilidad prevista en el artículo 275 *in fine* de la LSC. Este camino no fue transitado, siendo la opción más pícara solicitar la nulidad del artículo 20 de los estatutos sociales.

Insistimos: Orden público, ¿estás ahí?

VII.

El orden público nos perturba: ¿Borda o Llambías?

Las palabras del profesor Gervasio COLOMBRES adquieren hoy plena vigencia: *“Lo primero que es menester decir del concepto jurídico de orden público es que no ha sido logrado. Múltiples fueron las tentativas hechas para precisarlo. Se recurrió a afanasas teorizaciones que quedarán en el mejor de los casos como inútiles incursiones intelectuales. Pero si éste fuera el único saldo de tantos intentos frustrados, en él mi observación se agotaría. Sin embargo, ello no es así. La cuestión es más grave, porque la presencia por demás asidua de la idea de orden público en el derecho contemporáneo, ha comportado para la dogmática jurídica una perturbación demasiado seria como para que pueda ser olvidada. A sus conjuros el progreso científico padeció la más cruel lesión que le fuera dado soportar; lesión a la certeza jurídica que parece ser la moda de nuestro siglo legislativo, judicial y científico. Sentencias judiciales, libros doctrinarios, tribunas políticas, discusiones parlamentarias, textos legales, donde quiera se pretendía condenar de alguna manera el derecho de nuestra época; allí aparecía el orden público en su concepción imposible, vaga y difusa”*⁵.

Estas palabras nos suenan tan actuales como el “Cambalache” de Santos Discépolo.

⁴ A pesar de ello la comisión reformadora de la ley de sociedades volvió a incorporar esta noción dentro del texto refundido del nuevo artículo 251. Muestra elocuente de nuestra posiciones pendulares en este tema agregando confusión e incertidumbre.

⁵ Vid COLOMBRES., Gervasio. *El orden público en el código de comercio*. JA-1964-II.

Veamos algunas de las incursiones intelectuales mencionadas por el profesor Colombres:

Para MARTINEZ RUIZ el *orden público involucra el conjunto de principios superiores inherentes a la organización del Estado y la familia, rectores del orden moral y buenas costumbres, que la voluntad individual debe respetar con prohibición de convenir cuanto pueda transgredirlo*⁶. ¿Dónde queda ubicado el artículo 243?

MOSSET ITURRASPE, citando a CARBONIER, nos enseña que *el orden público es el querer vivir de la Nación y que por esta razón el Estado reprime las convenciones particulares dirigidas a atentar contra sus intereses esenciales*. Para este autor existe un orden público de protección donde se enrojan las normas tuitivas del consumidor, del inquilino, del arrendatario rural, de los usuarios, del trabajador; entre otras disposiciones legales⁷. ¿Dónde está el querer vivir de la Nación en el artículo 243?

El profesor Guillermo BORDA entendió al *orden público como aquellas cuestiones que responden a un interés general o colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en los cuales sólo está involucrado un interés particular*⁸. ¿Dónde está el interés general o colectivo tutelado en el artículo 243?

DE LA FUENTE adhiere a la definición desarrollada por BORDA por considerar que dicha definición es amplia cubriendo y abarcando todos los supuestos donde hay un interés público involucrado más allá de los intereses superiores que hacen a la esencia de la sociedad. Este autor explica que la concepción de BORDA es la receptada por Vélez que contrapone a la noción de orden público la noción de interés particular. Por lo tanto el orden público es sinónimo de interés general por opuesto a interés particular o individual. Todo lo que no es interés particular es de orden público. DE LA FUENTE cita como ejemplo de ello los artículos 19 párrafo 2º, 21 y 872 del Código Civil⁹. Y nos preguntamos: ¿dónde está el interés general amparado en el artículo 243?

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

Es por ello que tanto SALVAT como LLAMBÍAS jerarquizan la noción de orden público expresando que es el conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral, y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social¹⁰. Ergo, califican como normas de orden público las que establezcan la vigencia de aquellos principios. Esta visión restringida es seguida por BUDANO ROIG, CAPITANT y LAURENT; entre otros destacados civilistas¹¹.

El orden público nos enfrenta entonces a dos escuelas: (i) la tesis amplia de BORDA donde orden público es sinónimo de interés general o interés común y, (ii) la tesis restringida de LLAMBIAS

⁶ Vid., MARTINEZ RUIZ. *El orden público y sus características generales*. JA-92-739.

⁷ Vid., MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Ed., Rubinzal – Culzoni. Tomo II.2001. Pág., 113 y sgtes.

⁸ Vid., BORDA, Guillermo. *Concepto de ley de orden público*. LL, 58-97.

⁹ Vid., DE LA FUENTE, Horacio. *El orden público y el control constitucional de las leyes*. LL, 29.11.2004.

¹⁰ Vid., SALVAT. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.I – 168. LLAMBÍAS. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T.I-158

¹¹ Vid., BUDANO ROIG, Antonio. *Imperatividad y orden público*. ED, 117-873

donde el orden público es un conjunto de principios superiores, incluso, al propio orden jurídico¹².

Parece que esos principios de rango superior justifican sacrificar la libertad de las convenciones o los derechos individuales por algo superador y unificador de la comunidad integrante del Estado. Esta forma de entender al orden público está expresamente reconocido en el Código de Vélez: *las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público... ¿y el artículo 243?*

La dificultad por capturar conceptualmente la noción de orden público con un criterio universal ha generado algunas alternativas: las de quienes, por una parte, agrupan por categoría las disposiciones que revisten ese carácter, la de quienes intentan nuevos elementos que permitan precisar el perfil de tan imprecisa noción, y la de quienes contribuyen a enunciar supuestos y enriquecer el concepto. En esta última opción se enrolan quienes al referirse a la preponderancia y supremacía de un interés público y a la consiguiente interferencia de normas imperativas en el derecho privado, invocan exigencias de bien general, concepciones morales, seguridad del tráfico, tutela de la familia, de los económicamente más débiles, como elementos condicionantes de un derecho privado forzoso que aún así, continúa siendo derecho privado¹³. ¿Qué relación tiene el quórum de la asamblea ordinaria frente a todos estos principios?

Sólo la búsqueda de un orden superador puede justificar poner un límite a la fórmula consagrada en el artículo 1197 del Código Civil. Esto significa que, salvo orden público, la autonomía negocial adquiere la fuerza de imperativismo normativo. Dicho esto, las normas de imperativo legal que sólo tienen por objeto proteger intereses privados de carácter patrimonial pueden ser interpretadas y suplidas por normas de imperativo contractual. Por lo tanto para nosotros, el imperativismo legal cede frente al imperativismo contractual; tal el supuesto del artículo 20 de los estatutos sociales del caso que estamos analizando.

Decididamente nos enrolamos detrás de la doctrina LLAMBÍAS pues somos contractualistas hasta la médula y creemos en la autonomía de configuración contractual aun en el específico ámbito del derecho de las sociedades.

Orden público: ¿estás ahí?

VIII.

El orden público y la sociedad como contrato

Está claro que el orden público es la contracara del artículo 1197 del Código Civil. Ergo, si estamos convencidos de que existen entre nosotros normas de funcionamiento del ente amparados por el orden público observamos y notamos (con profunda preocupación) que los alcances de esta doctrina pone en jaque algo mucho más profundo y delicado: la imposibilidad de pensar la ley 19.550 desde una perspectiva contractual. Y este es el verdadero problema de fondo; o sea, cómo pensamos y sentimos la ley de sociedades. El profesor y catedrático español CÁNDIDO PAZ ARES ya lo había detectado en su tierra natal. Fue él quien sostuvo que debemos repensar la ley de sociedades como un cuerpo de normas imperativas-supletorias dándole mayor aire y espacio a la autonomía de la voluntad como factor de creación de derecho.

En cambio, entre nosotros y congruentes con su época, los profesores HALPERÍN y

¹² *La doctrina y jurisprudencia se plantean dudas casi insuperables acerca del concepto de orden público, sus clases, fuentes y efectos jurídicos; y no han logrado precisar las diferencias que existen entre conceptos afines, como ser: orden público, leyes de orden público, imperatividad e irrenunciabilidad. Vid., DE LA FUENTE, Horacio. Ob.cit.*

¹³ Puede consultarse STIGLITZ, Rubén. *Objeto, causa y frustración del contrato*. Ed., Depalma. Bs As. 1992. Este autor cita a ENECCERUS y VON THUR quienes al examinar los límites de la autonomía privada y alude a los existentes respecto a la configuración interna de las relaciones crediticias, expresamente menciona a las normas imperativas que tienen por objeto defender la parte que la ley estima más débil. *Vid., nota 89, página 48.*

ZALDÍVAR concibieron nuestra ley de sociedades desde una perspectiva institucionalista. Todavía hoy, en el siglo XXI seguimos pensando la ley 19.550 con una mirada pensada para la década del 70 del siglo pasado. Alarmante!!

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

Aun cuando a esta altura de la evolución del derecho mercantil la oxidada teoría del institucionalismo se encuentra en franca retirada, llama la atención que la jurisprudencia mercantil vernácula, más alguna doctrina minoritaria aislada, pero con sólido predicamento entre nosotros, continúe insistiendo con la noción de *orden público* haciéndonos creer que la ley 19.550 es un cuerpo legal sustentado en normas de ese calibre y que la sociedad anónima es mucho más que un contrato plurilateral de organización.

Esta corriente minoritaria de opinión insiste en que salvo pacto en contrario expresamente autorizado por el legislador, no hay espacio para la libertad de configuración contractual. Por lo tanto cualquier acto jurídico tendiente a derogar estas normas imperativas (incluso el régimen de quórum) deben caer bajo las garras de la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible.

Basta analizar la doctrina del fallo que estamos comentando para advertir con profunda desazón cómo la sala D (por unanimidad) se ha visto obnubilada intelectualmente por esta doctrina minoritaria; sin siquiera preguntarse cuál es el interés jurídico tutelado detrás del artículo 243 LSC y sin cuestionarse cuál es una mirada moderna del Derecho de la empresa. Con esta postura añosa, vetusta y que huele a naftalina, esta doctrina judicial busca hacer añicos la autonomía de la voluntad dentro del ámbito societario. Y, peor, con esta doctrina el tribunal multiplica la incertidumbre en los operadores a la hora de configurar los derechos y obligaciones de los socios; o la forma en cómo los inversores quieren configurar las normas de gobierno corporativo; entre ellas, el régimen de quórum para la asamblea ordinaria.

De la mano de esta inderogabilidad, tal como lo sostuvo la sala D, se preanuncia el orden público.

Orden público: ¿estás ahí?

IX.

Las normas de orden público son siempre imperativas. Las normas imperativas no son siempre de orden público.

La noción de orden público está íntimamente ligada a dos institutos: (i) la *imperatividad* de las normas y (ii) la *irrenunciabilidad* de los derechos. Ahora bien es preciso hacer una aclaración previa: mientras las normas de orden público son necesariamente imperativas; las normas imperativas no son necesariamente de orden público. Cualquiera sea la escuela donde nos enrolemos no hay duda que el artículo 18 de la ley 19.550 es una clara disposición imperativa de orden público tendiente a proteger un interés general, reafirmando la moral media de nuestra comunidad: prohibir la formación de sociedades con objeto ilícito¹⁴. En igual sentido podríamos coincidir en que el artículo 17 de la ley 19.550 es una norma imperativa de orden público pues castiga con nulidad a las sociedades atípica. Está claro que el interés tutelado con este dispositivo es evitar la constitución de sujetos de derecho no

¹⁴ Ídem para las sociedades con objeto lícito pero con actividad ilícita. El interés general tutelado lleva a la nulidad absoluta de la sociedad pudiendo ser liquidada a pedido de parte o de oficio. Se aplican a estos casos el artículo 1047 del Código Civil.

reconocidos por el Estado. Lo mismo podríamos afirmar del artículo 20 de la LSC¹⁵.

El catedrático español EMBID IRUJO es muy claro al respecto: *el único límite a la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho societario radica en que no se pueden constituir sociedades atípicas*¹⁶. Compartimos plenamente esta visión moderna, madura y sensata del derecho societario. Y seamos honestos: la ley de sociedades española no es muy distante de la nuestra.

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

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

Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas¹⁷. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos imperativos de orden público¹⁸.

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

¹⁵ Puede consultarse OTAEGUI, Julio. *Invalidez de actos societarios*. Ed., Ábaco de Rodolfo de Palma. Bs As 1978.

¹⁶ *Vid.*, *Autonomía de la voluntad, estatuto social y derecho de las sociedades de capital*. RDCO. 1999. 32-205. En nuestro entorno comienzan a surgir de manera reciente algunas posturas doctrinarias tomando nota de esta realidad. El lector interesado puede consultar GAGLIARDO, Mariano. *Autonomía contractual vs estatutos*. ED, 184-189; ESCUTI, Ignacio. *Libertad societaria e interpretación progresista*. LL, 2006-C-1292; BAKMAS, Iván. *Sociedades anónimas y orden público*. LL, 2001-E-1397; ODRIOZOLA, Carlos. *La sociedad anónima actual*. ED, 24 de febrero de 2004, mismo autor. *Limitación a la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿por qué no?* ALEGRÍA, Héctor. *El futuro del derecho societario*. Academia Nacional de Derecho. 2002. Córdoba.

¹⁷ Ilustra esto que decimos el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónima española que niega a la autonomía de la voluntad derogar normas que hagan a los principios configuradores del tipo.

¹⁸ Respecto del régimen de limitación de responsabilidad considerado elemento tipificante de las sociedades de capital, creemos que nada impide a los accionistas de una SA o socios de una SRL constituirse en codeudores solidarios, liso, llano y principales pagadores respecto de los pasivos sociales en la etapa de liquidación social voluntaria.

Ahora bien, surge palmario que en los artículos 96, 186, 188, 194, 206, 220.2, 234, 235, 239, 243, 275, 294 entre tantos otros dispositivos de la ley 19.550 subyace un fin tuitivo de intereses particulares. Si estamos de acuerdo con esta forma de interpretar la ley parece que el orden público comienza a desencajar. Si los intereses en juego son, en esencia, derechos privados y patrimoniales de los accionistas y normas de funcionamiento del ente donde lo que se tutela son equilibrios de poder y donde poco y nada tiene que ver la seguridad del tráfico, ni la protección de los débiles, ni los principios configuradores del tipo no hay mucho espacio para el orden público y menos para la inderogabilidad de las normas; aun cuando sean claramente imperativas.

Sin duda el sistema de quórum fijado en la ley busca tutelar intereses particulares de los socios atomizados y dispersos en una SA, operando como norma de equilibrio de poder entre los socios de control y los socios externos. En este sentido el legislador diseñó una norma imperativa tuitiva de los socios minoritarios y del regular funcionamiento del ente; sin embargo, no observamos en este dispositivo normativo nada que se asemeje al orden público.

Orden público: ¿estás ahí?

X.

Orden público: imperatividad e irrenunciabilidad

Mientras el orden público está íntimamente ligado a la imperatividad y a la irrenunciabilidad, lo ajeno a ese orden (o sea el orden o interés privado) juega otro partido: está íntimamente ligado a la renunciabilidad.

Lo ajeno al orden público puede estar ligado a normas imperativas o a normas supletorias; y ambas clases de normas tienen en común que pueden ser dejadas de lado a través de una declaración unilateral de voluntad (el renuncia) o declaración común de voluntad (el contrato). En ambos casos habrá un acto voluntario lícito. El titular del derecho protegido por la norma imperativa opta por ceder esa tutela en interés de un acuerdo común. Y eso es lo que ocurrió en el caso que estamos analizando. Los socios minoritarios consintieron ceder la protección que les concede la ley en el artículo 243. Esa concesión, fue a cambio de otros beneficios; por ejemplo, formar parte de la sociedad "Bartolomé Cruz y Arenales SA" embarcándose en un emprendimiento común.

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

En el contexto del contrato plurilateral las normas imperativas tienen por finalidad tutelar derechos políticos y económicos de los socios con miras a lograr un equilibrio de poderes entre mayorías compactas y minorías dispersas. Ese es el claro ejemplo del régimen de quórum en la ley 19.550. Está claro que estas normas tuitivas de derechos patrimoniales nada tienen que ver con el régimen societario o con el principio de la tipicidad. Un ejemplo puede ser útil para dar cuenta de esto que decimos: las asambleas unánimes (con el voto afirmativo del 100% del capital social emitido) pueden lícitamente obviar normas imperativas tuitivas de intereses particulares. A los jueces de la Nación sólo les interesa intervenir frente a la derogación de derechos sin que el accionista (beneficiario de la norma imperativa) haya prestado su consentimiento mediante el voto o mediante un acuerdo contractual expreso.

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

entramado de relaciones societarias.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es precisamente esta combinación entre imperatividad e irrenunciabilidad la que restringe al máximo la autonomía contractual pues la norma de orden público se impone.

Orden público: ¿estás ahí?

XI.

Orden público: Imprescriptibilidad

Aquí entramos de lleno al tema más urticante de las nulidades. Junto con la imperatividad y la irrenunciabilidad de las normas de orden público aparece en escena la severidad de la sanción. La protección del interés público o del orden público deriva en dos efectos: (i) limitar al máximo la autonomía de la voluntad y, (ii) lograr la imprescriptibilidad de la acción para solicitar la impugnación del acto; aún *...en protección de la ley.*

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

Tan trascendente para el interés del Estado es la protección de este orden que dicha nulidad

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

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

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

Los actos *nulorelativos* son ilícitos por violación de normas imperativas mientras que los *nuloabsolutos* son ilícitos por violación de normas imperativas (de orden público). Es interesante analizar el artículo 243LSC desde esta perspectiva. Sin duda este dispositivo contiene dos intereses tutelables: por un lado el funcionamiento del ente a partir de la reunión de sus socios en asamblea, y por el otro, el interés del socio de gozar de cierta protección legal que le asegure y garantice ese funcionamiento. Está claro y evidente que el legislador buscó, para la asamblea ordinaria, asegurar cierto mínimo operativo del ente social permitiendo que los accionistas en asamblea ordinaria resuelvan los temas vinculados con el giro ordinario del negocio. Nuestro legislador optó por salirse de la cancha dejando en poder de los socios diseñar el modelo más óptimo a sus intereses particulares y colectivos, cuando el quórum es de la asamblea extraordinaria.

El artículo 243 LSC regula un aspecto funcional de la asamblea societaria donde poco y nada tiene que hacer el orden público.

Orden público: ¿estás ahí?

XII.

Los errores conceptuales

Resulte útil poner en evidencia los errores conceptuales de la premisa mayor del fallo sobre el cual se construyó su lógica. O sea, si la premisa mayor es errónea, la conclusión seguirá igual suerte. Vemos:

1. *“El quórum fijado por la ley 19.550 para la primera convocatoria, como igualmente lo normativamente previsto para el caso de segunda convocatoria, es inalterable por los estatutos, tratándose de asambleas ordinarias”.*
2. *“La asistencia requerida por el primer párrafo del citado art. 243 no puede ser aumentada ni disminuida, siendo también inalterable por los estatutos lo prescripto por el párrafo segundo de esa norma, ya que se trata de provisiones legales no disponibles por*

las partes o, como se dijo, de carácter imperativo e inderogable”.

3. *“Con relación a las asambleas “ordinarias” el art. 243, primer y segundo párrafo, de la ley 19.550, no prevé la posible modificación estatutaria que, por el contrario, sí se prevé expresamente para el quórum de primera o segunda convocatoria en el caso de asambleas “extraordinarias” (art. 244, primer y segundo párrafo). Ese distinto tratamiento, que se encuentra en la letra de la ley, primera fuente de su interpretación (...), evidencia con claridad la intención del legislador de dar una respuesta legal diferenciada, contraria a la posibilidad de quórum estatutarios en las asambleas “ordinarias” a los efectos de su constitución”.*
4. *“La facultad de la sociedad para dirigir sus propios asuntos no rige allí donde la ley dicta normas imperativas”.*
5. *“El negocio, como fuente normativa, está subordinado a la ley. Es ésta la que confiere a los individuos el poder en que consiste la autonomía privada y regula su ejercicio. Es recurriendo a la ley como podrá resolverse el problema de la validez del negocio jurídico, porque en la ley está la fuente de su validez. La superioridad de la ley respecto del negocio jurídico se revela en la mayor eficacia o en la prioridad del mandato en la fuente legislativa respecto del contenido del negocio. De tal suerte, una norma negocial no puede derogar una norma legislativa, a menos que esta última lo consienta y prevea la derogación”.*

No vale la pena aclarar que el contrato siempre debe subordinarse a la ley, pero sí es vital aclarar que dicha subordinación dependerá del interés jurídico tutelado por la norma. Hay normas inderogables y otras que, por el interés particular tutelado, pueden ser derogadas a instancia de los particulares. Si este no fuera el pensamiento correcto llegamos a la absurda conclusión de que las únicas normas susceptibles de ser interpretadas o adecuadas a los intereses particulares serían las meramente “supletorias” o “dispositivas”, quedando entonces para la autonomía de la voluntad un derecho residual, una mínima expresión de creatividad, arbitraria y antojadiza del legislador de turno. ¿Es este el espíritu de nuestro Derecho de fondo, e incluso de nuestra Carta Magna?

Todos sabemos, y no nos podemos hacer los distraídos, que el único límite infranqueable a la autonomía de la voluntad es el orden público, más no las normas imperativas. Esta forma de ver el orden público en todas partes nos huele a moda progre, propia de estos tiempos.

Orden público: ¿estás ahí?

XIII.

La otra vía.

El camino acertado no era la sanción de nulidad absoluta, accediendo a un reclamo perimido por el tiempo, sentando las bases para alentar conductas disvaliosas en términos contractuales; sino dejar que las partes resuelvan su conflicto sobre las bases de lo acordado en el artículo 20 de los estatutos sociales coronando la autonomía de la voluntad. Lo cierto es que bajo la fórmula del artículo 20 el poder de bloqueo parece simétrico para ambos lados. Bastaba la ausencia de los minoritarios o la ausencia de los mayoritarios para que la asamblea ordinaria quede trunca por falta de quórum. Sin duda, hasta que dio a luz este conflicto entre socios, el 100% del capital con derecho a voto estuvo conteste en presenciar las asambleas, en una suerte de consenso colectivo tácito.

Mientras la minoría necesita de la mayoría para aprobar la acción de responsabilidad, la mayoría necesita de la minoría para aprobar no sólo los balances, sino además, la gestión, la política

de dividendos y reservas, los honorarios de directores, un aumento de capital dentro del quintuplo y todos los temas relacionados con el giro ordinario del negocio. Eureka!! Descubrimos con sorpresa que la “sartén por el mango” la tiene la minoría. El director-accionista de control dueño del 92% del capital jamás podrá contar con la aprobación de su gestión, o con la aprobación de los balances, o aprobar dividendos, si no cuenta con el consenso de la minoría, consenso que vendría dado por la presencia de éstos en la asamblea ordinaria. Por lo tanto, quienes hoy critican la cláusula 20 del estatuto, son los principales beneficiados por esta fórmula de quórum.

La otra vía posible era, reafirmar la validez del pacto en los términos del artículo 1997 y 1198 del Código de Vélez, incentivando a las partes transitar el camino de la negociación privada evitando forzar un orden público inexistente avalando una conducta abusiva de una minoría oportunista. Sin duda el remedio será peor que la enfermedad.

Orden público ... no te hemos encontrado.

XIV.

Nuestras conclusiones

Somos conscientes de que nos enfrentamos a una situación de abuso de poder por parte del accionista de control (y director), pero, también podríamos sostener que el accionista de control invocó el artículo 20 de los estatutos como medida de protección frente a la agresión de los minoritarios, no lo sabemos.

Cualquiera sea la verdad de los hechos creemos disvalioso que un tribunal del foro mercantil acuda al orden público como cláusula de salvaguarda, y peor aún, a la doctrina del “socio arrepentido”.

Resulta disvalioso que el tribunal patee el tablero de la autonomía de configuración contractual bajo el argumento de que el quórum de la asamblea ordinaria es inderogable por razones de orden público.

Resulta muy disvalioso que el tribunal no tome nota de los efectos económicos adversos de su doctrina, provocando desconcierto y desorientación en los operadores de derecho. A partir de este lamentable precedente los operadores deberán hurgar en lo más profundo e íntimo de cada norma societaria a fin de aprehender el orden público involucrado detrás de ella. Y lo cierto es que detrás de las normas societarias no está en juego el orden público; cuanto menos, en la mayoría de sus disposiciones.

Resulta profundamente disvalioso este precedente pues ante la incertidumbre de opción y el costo que significa correr el riesgo de la nulidad absoluta, insanable e imprescriptible, los operadores se abrazarán al texto literal de la norma, coartando la autonomía de configuración contractual. O sea, este fallo nos invita a tener vuelo rasante mutilando nuestra capacidad de crear Derecho.

Resulta lamentable y disvaliosa la doctrina del fallo pues los socios minoritarios tenían entre sus manos otros caminos para desplazar al socio de control en posición de abuso. Entre ellos, la acción oblicua o acción social minoritaria de responsabilidad. Éste es, precisamente, el mecanismo “*ad-hoc*” diseñado por la ley 19.550 para evitar conductas abusivas cuando se presenta el fenómeno del director atrincherado detrás de los votos de control¹⁹.

¹⁹ Llama la atención pero los socios minoritarios tenían habilitada la acción oblicua cualquiera hubiera sido la tenencia accionaria, pues para conductas desleales o dolosas del director, el artículo 275 *in fine* no exige portar el 5% del capital social como requisito de legitimación. Frente a conductas abusivas, desleales, en interés propio violatorias del deber fiduciario de lealtad la ley autoriza a cualquier accionista promover la acción oblicua. El lector interesado puede consultar Pablo A. VAN THIENEN – Iván DI CHIAZZA. “Responsabilidad del director por decisiones de negocios. La regla del Business Judgment y el caso Walt Disney, Co”. Working Paper N°40. www.cedeflaw.org

Resulta profundamente insana y disvaliosa la doctrina del caso “Bartolomé Cruz y Arenales SA” pues alienta a las partes desandar lo firmado, sacar los pies del plato, o correr el arco cuando un pacto resulta, ahora, contrario a mis intereses. La verdad que bajo el reñido argumento del *orden público* se lesiona algo mucho más profundo, importante y trascendente para el desarrollo de una Nación civilizada: el respeto a lo pactado.

Esperamos, con razonable optimismo, que estas reflexiones sean de utilidad y que nos ayuden a repensar el Derecho societario.