

## POR LA ELIMINACIÓN DEL “SALVO PACTO EN CONTRARIO”

*Lisandro A. Hadad*

### SUMARIO

El derecho de sociedades, como parte del derecho de los contratos, se entiende como una serie de cláusulas contractuales que el propio legislador proporciona a las partes con la idea de que ellas mismas las hubieran pactado siempre y cuando los costos de transacción al realizarlo hubieran sido bajos<sup>1</sup>.

El derecho privado debe guiarse en búsqueda del valor eficiencia<sup>2</sup>, entendiéndose ésta conforme lo explicado por Polinsky como la maximización de los beneficios totales y/o en la minimización de los costes totales de una transacción contractual<sup>3</sup>.

Resulta contradictorio que las instituciones que derivan del triunfo de liberalismo tengan arraigado una influyente falta de autonomía para regular su propia normativa.

Nuestra legislación en materia societaria contiene un sistema de imperatividad de fondo que se representa en las normas que contienen el “salvo pacto en contrario”, resabio este del paradigma institucional que debe ser modificado para otorgar mayor lugar a la autonomía de la voluntad de las partes, transformando de este modo la excepción en la regla general.



---

<sup>1</sup> AGUILA-REAL, Jesús Alfaro, “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *www.indret.com*, n° 308, Barcelona, Octubre del 2005, p. 3.

<sup>2</sup> PAZ-ARES, Cándido, Principio de eficiencia y derecho privado, p. 1.

<sup>3</sup> POLINSKY, A. M., Introducción al análisis económico del derecho, traducción español, Barcelona, 1985, p. 19.

## ¿Qué es y qué regula de derecho de sociedades?

A fin de determinar qué clase de derecho societario queremos, es que debemos acordar en primer lugar qué es y qué regula el derecho societario desde una visión ius filosófica, para luego fundamentar la mayor amplitud del rol de la autonomía de la voluntad o autonomía privada por parte de los agentes del derecho<sup>4</sup>.

El derecho de sociedades forma parte del derecho privado en general, y más específicamente forma parte del derecho de los contratos. Se entiende éste, como una serie de cláusulas contractuales que el propio legislador proporciona a las partes con la idea de que ellas mismas las hubieran pactado siempre y cuando el costo de transacción al realizarlo hubiera sido bajo<sup>5</sup>. El derecho societario propuesto por el Estado, es normativa vigente a la que las partes pueden acudir sin tener que negociar y de este modo ahorrar costos transaccionales<sup>6</sup>. En virtud de ello, es que las partes en general optan por utilizar en forma “gratuita” el derecho otorgado por el Estado haciendo más eficiente el proceso de formación contractual.

El derecho privado debe guiarse en búsqueda del valor eficiencia<sup>7</sup>, entendiéndose ésta conforme lo explicado por Polinsky como la maximización de los beneficios totales y/o en la minimización de los costes totales de una transacción contractual<sup>8</sup>.

Ahora bien, resulta contradictorio que las instituciones que derivan del triunfo de liberalismo tengan arraigado semejante falta de autonomía para regular su propia normativa, y mucho más, cuando esta normativa es al sólo efecto de ganar dinero. Esto es lo que sucede en nuestra ley de

---

<sup>4</sup> La expresión autonomía privada ha sido acuñada, en las últimas décadas, por la moderna doctrina, pues aquella tradicional ha preferido utilizar la expresión autonomía de la voluntad, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas. Conforme Leyva Saavedra, José, *Autonomía Privada y Contrato*, en: LEYVA SAAVEDRA (dir.), *Tratado de contratos*. Lima, 2012, vol. I, cap. I, en prensa.

<sup>5</sup> AGUILA-REAL, Jesús Alfaro, ob. cit., p. 3.

<sup>6</sup> EASTERBROOK, Frank H. – FISCHER, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, London, England, p. 34.

<sup>7</sup> PAZ-ARES, Cándido, *Principio de eficiencia y derecho privado*, p. 1.

<sup>8</sup> POLINSKY, A. M., *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción español, Barcelona, 1985, p. 19.

sociedades cuando regula dieciséis artículos en los cuales establece el “cómo es”, salvo que las partes pacten lo contrario.

El profesor Garrigues lo explica del siguiente modo “estudiando esa evolución desde el punto de vista jurídico podemos comprobar el hecho, a primera vista desconcertante, de que las mismas instituciones jurídicas creadas al amparo del dogma liberal sirvieron de vehículo para la negación o la limitación de la libertad. Tomemos como banco de prueba el instrumento preferido por el capitalismo liberal: la sociedad por acciones...”<sup>9</sup>.

Si analizamos qué es lo que debe regular todo derecho societario con independencia de los bemoles de cada regulación positiva, es que nos encontraremos con que salvo el otorgamiento de la personalidad jurídica al ente creado y la tipificación social en nuestro derecho, lo demás se podría obtener mediante la concertación entre las partes contratantes. La delegación de la administración al órgano en cuestión, la propiedad compartida de las acciones, el régimen de transferencia de éstas y hasta la limitación de la responsabilidad podría pactarse. Notemos que la responsabilidad limitada no es más que una cláusula contractual<sup>10</sup> que se introduce en cada contrato entre la sociedad y sus acreedores, y que como tal, puede ser dejada de lado o renegociada como sucede con el otorgamiento de fianzas, avales personales, etc. como sucede cada vez que abrimos una cuenta corriente en alguna entidad financiera.

Si bien nuestro sistema legal ha optado por preestablecer los tipos sociales que las partes pueden adoptar, la función del mismo es otorgar un cauce de seguridad jurídica para el desarrollo de la actividad de los particulares mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad<sup>11</sup>.

### **Más autonomía privada y menos “salvo pacto en contrario”**

Indefectiblemente el contrato de sociedad es hoy para nuestro derecho un contrato de los llamados nominados que brinda nuestra legislación. Con lo cual, si las partes quieren que el contrato celebrado tenga los

<sup>9</sup> GARRIGUES, Hacia un nuevo derecho mercantil, p. 250.

<sup>10</sup> PAZ-ARES, Cándido, La infracapitalización. Una aproximación contractual. Revista de derecho de sociedades, año 1994, p. 5.

<sup>11</sup> MARSILI, María Celia, Sociedades Comerciales, El problema de la Tipicidad, Rubinzal-Culzoni, p. 136.

elementos caracterizantes y específicos otorgados por la ley, es que deberán concluirlo conforme lo estipulado por ésta. La presente no es más que una limitación a la autonomía de la voluntad o a la libertad de contratar de las partes.

Estando todavía hoy vigente la discusión sobre la existencia del orden público en el derecho de sociedades<sup>12</sup>, consideramos que salvo el interés del Estado por la seguridad jurídica y la estabilidad de los vínculos jurídicos, los intereses particulares están protegidos por normas societarias imperativas, que como tales, salvaguardan derechos de partes de interés.

Deberíamos preguntarnos qué lugar tendrían las normas de orden público y su consiguiente nulidad absoluta e imprescriptible en la legislación societaria, si el Estado tiene interés en otorgar al comercio seguridad y estabilidad jurídica. Dentro de esta reflexión, no podemos dejar de traer a colación lo manifestado por Gervasio Colombres cuando dice “lo primero que es menester decir del concepto jurídico de orden público es que no ha sido logrado”<sup>13</sup>.

Como bien dice Otaegui hay un cierto orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> En este sentido: MANOVIL, Rafael Mariano; Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción. Ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, Córdoba, 1992. MATTA y TREJO, Guillermo; Normatividad Societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias. Ponencia presentada en el V Congreso Argentino de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, Córdoba, 1992.

<sup>13</sup> COLOMBRES, Gervasio, El orden público en el Código de Comercio, en JA, 1964-II-23, sec. Doct.

<sup>14</sup> Otaegui expresa “La naturaleza del orden publico de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden publico es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea estatutaria o consuetudinaria. Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sea los derechos constitucionales generales (Constitución Primera Parte), a los que se sumaron los derechos constitucionales de segunda generación o sea los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sea los derechos sociales (C. Nacional art. 41, 42). Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad, la propiedad, la seguridad y la justicia, y la vida. No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad deben respetar al orden y la moral pública... Hay un cierto orden público

Existen si normas imperativas relacionadas con los elementos comunes de cada contrato como son el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa; normas imperativas en relación a los elementos específicos del contrato de sociedad como ser el contenido del instrumento constitutivo del artículo 11; normas imperativas con relación al tipo social específico y por último, normas imperativas en lo que hace a la ejecución del contrato de sociedad<sup>15</sup>.

La norma imperativa a diferencia de la norma de orden público tutela derechos individuales, con lo cual, no son más que normas protectoras de derechos privados<sup>16</sup>. En lo que respecta a la violación de esta clase de normas, la doctrina manifiesta que si el accionista cuyo derecho fue violentado no impugna la decisión en el plazo legal, no existe ningún interés superior que la ley deba proteger<sup>17</sup>. Consecuentemente, debemos considerar que la no impugnación de la decisión violatoria de un derecho es un modo de ejercer ese derecho o disponer de él.

Ahora bien, claramente surge el interrogante de por qué la ley nos permite disponer de él mediante la falta de impugnación y no en forma previa. Evidentemente, es porque tenemos un resabio institucional en nuestra ley que debemos replantearnos, resabio institucional que deviene de un perjuicio paternalista al considerar el Estado que los arreglos a que llegan las partes no garantizan relaciones equilibradas, por lo tanto toma una conducta intervencionista previa estipulando normas que las partes deben cumplir en forma obligatoria.

¿Es el legislador más capaz que un empresario de regular su propio contrato?

Los legisladores pueden no ver su misión de maximizar la eficiencia de la sociedad. Incluso aún, si quisieran legislar normas eficientes, no tendrán los incentivos necesarios, por lo cual nunca será igual de eficiente que si la misma es realizada por las partes.

---

laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario”. Citado por Efraín Richard en Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año IV, n° 1, febrero 2013, La Ley, ps. 28 y 29.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri - LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, Libertad de contratar, normas imperativas y orden público en la ley 16.060. [www.derechocomercial.edu.uy](http://www.derechocomercial.edu.uy)

<sup>16</sup> MANOVIL, Rafael Mariano, ob. cit., p. 11.

<sup>17</sup> MANOVIL, Rafael Mariano, ob. cit., p. 12.

Así lo reproducen Easterbrook & Fischel cuando afirman que deberíamos confiar en los dueños del dinero para realizar los cálculos en forma correcta. Podrán estar equivocados, pero serán más precisos que los académicos y los legisladores, que están decidiendo sobre intereses ajenos<sup>18</sup>.

La práctica societaria y su jurisprudencia, y los numerosos estudios sobre las herramientas jurídicas para la defensa de los intereses de los socios en forma individual y de los socios en su actuación como minoría, son una clara demostración que el legislador no ha podido proteger adecuadamente los intereses en juego. No podemos hacer oídos sordos a esta realidad, y tal vez debiéramos preguntarnos si no nos hemos equivocado en la regulación otorgada.

Consecuentemente, y considerando que los dueños del dinero siempre harán los cálculos en mejor forma que los académicos o legisladores, el principio que debiera primar en materia derechos sociales individuales es la autonomía de la voluntad, y la mejor manera de comenzar un proceso hacia un derecho más contractual es eliminando el resabio institucional del “salvo pacto en contrario” y hacer de de la excepción, el principio general.

---

<sup>18</sup> EASTERBROOK & FISCHEL, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Rev.*, pág. 1442, 1989, “you should trust those who wager with their own Money to do the calculations correctly. They may be wrong, but they are less likely to be wrong than are academics and regulators, who are wagering with other people`s money”.