

La norma imperativa en el régimen de la persona jurídica privada

Lisandro A. Hadad

Sumario

Para aquellos que ejercemos el derecho de sociedades y propugnamos un avance de la autonomía de la voluntad dentro de éste, el orden público y la norma imperativa generan consecuencias prácticas negativas.

La falta de previsión sobre el alcance de la norma imperativa, trae aparejada inseguridad jurídica, valor supremo en materia comercial. Las relaciones jurídicas comerciales son mayormente, a largo plazo y sobre bases contractuales ya preestablecidas por los contratantes que se van reproduciendo en el tiempo. La propia economía del negocio hace que los contratantes respeten lo pactado para que su relación comercial pueda continuar en el futuro, sin necesidad de norma imperativa que rija las relaciones entre los éstos.

El nuevo artículo 150 del Código Civil y Comercial ha comenzado a desandar el camino, brindando un régimen de prelación de normas para las personas jurídicas privadas del cual podremos extraer algunas certezas y conclusiones.

Introducción

Desde las publicaciones de Coase⁵³, el derecho comenzó a preocuparse efectivamente por los efectos de las normas jurídicas sobre el comportamiento de las personas, por los incentivos que generan y por la adecuada o inadecuada asignación de los recursos que establecen⁵⁴.

⁵³ COASE, Ronald; *The problem of the social cost*, "J. L. & Econ.", 1960, vol. 3.

⁵⁴ AGUILA-REAL, Jesús Alfaro, "Los costes de transacción", *Estudio jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinado por Juan Luis Iglesias Prada, España, Civitas, 1996, vol. 1, ps. 1 y 2.

La falta de previsión sobre el alcance de la norma imperativa, trae aparejada inseguridad jurídica, valor supremo en materia comercial. Las relaciones jurídicas comerciales son, generalmente, a largo plazo y sobre bases contractuales ya preestablecidas por los contratantes que se van reproduciendo en el tiempo. La propia economía del negocio hace que los contratantes respeten lo pactado para que su relación comercial pueda continuar en el futuro, sin necesidad de norma imperativa que rijan las relaciones entre los éstos.

El nuevo artículo 150 del Código Civil y Comercial ha comenzado a desandar el camino, brindando un régimen de prelación de normas para las personas jurídicas privadas del cual podremos extraer algunas certezas y conclusiones.

Entendemos que la presente norma otorga claridad en cuanto a la inexistencia de la norma de orden público, y en cuanto a la existencia de la norma imperativa, aunque mantiene el debate acerca del alcance de dicha imperatividad dentro del marco regulatorio para la persona jurídica privada.

La inexistencia de la norma de orden público

El citado artículo nos resuelve un debate antaño acerca de la existencia de la “norma de orden público” en el derecho de sociedades. La ausencia a la llamada “norma de orden público” por parte del artículo 150 del Código Civil y Comercial hace entender la inexistencia de la misma, ya que si el legislador hubiera sido partícipe de su existencia, la hubiera referenciado dentro de dicha pirámide normativa.

Si bien es verdad que el nuevo artículo 150 no nos soluciona el debate acerca del orden público en el derecho societario, entiendo que si toma postura en cuanto a que el problema del orden público es solamente un problema de interpretación y aplicación de las leyes en virtud de la calidad de las mismas. La norma es imperativa o no lo es. Cuando la norma es imperativa, lo puede ser en virtud de que ella protege el orden público, por lo tanto será una norma imperativa protectoria del orden público, que es distinto a ser una norma de orden público.⁵⁵

Consecuentemente, notamos que el problema del orden público, es un problema de redacción de la norma. Cuando el legislador logre la clara redacción acerca de la imperatividad o no de ésta, el problema del orden público desaparecerá.

⁵⁵ COLOMBRES, G., “El orden público en el Código de Comercio”, en J.A., 1964-II-23, sec. Doct., p. 24.

Como primera conclusión de la lectura del artículo 150 del nuevo código, podemos afirmar y terminar de este modo con un debate de décadas, la norma de orden público en el derecho de las personas jurídicas privadas no existe.

La existencia de la norma imperativa

El derecho comercial nace como un derecho creado por los comerciantes y para los comerciantes⁵⁶. El profesor Galgano lo refiere del siguiente modo “el *ius mercatorum*, por tanto, nace como un derecho creado directamente por la clase mercantil, sin mediación de la sociedad política; nace como un Derecho impuesto en nombre de una clase, y no en nombre de la comunidad...”⁵⁷

Continúa el referido autor explicando que “la expresión *ius mercatorum* antes de referirse a una parte del Derecho, significa un modo particular de crear el Derecho. Se llama *ius mercatorum* porque está creado por la clase mercantil, y no porque regula la actividad de los mercadores”⁵⁸.

Este derecho que nació creado por los comerciantes ha perdido su esencia, escenario que Justino Duque describe del siguiente modo: “quienes desean fundar una sociedad anónima no se satisfacen con la utilización de arcanas fórmulas contenidas en formularios impresos de antemano, escrituras mágicas y ofrendas propiciatorias en forma de tasas, sino que desean, a través de una constante comunicación con el asesor técnico-jurídico, dar forma adecuada a sus intenciones para organizar, de una determinada forma la dotación

56 “Es un concepto generalmente aceptado que el Derecho Mercantil nace y se desenvuelve como un derecho especial o de excepción frente al Derecho común o Civil, conservando, aún en nuestros días, esta característica”, VÍTOLO, R.; id. p. 9. “Finalmente, para resumir la enorme cantidad de definiciones vinculadas a la concepción del Derecho Mercantil –cuya enumeración sería casi inagotable– podríamos afirmar, en una concepción moderna ya tomada de la idea visionaria de Mossa, y acotada por nosotros, que el Derecho Mercantil es el Derecho de la economía organizada, y que la empresa es la persona económica que el Derecho Mercantil regula.” VÍTOLO, R., *Sociedades Comerciales, Ley 19.550, comentada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, ps. 10/11.

57 GALGANO, Francesco; *Historia del Derecho Mercantil*, Laia, Barcelona, Laia, 1980, p. 47. En este sentido Vítolo manifiesta que “al encarar el análisis de la materia mercantil, podremos observar en forma clara y precisa, cómo este Derecho especial o de excepción ha sido influido por los acontecimientos históricos; sobre todo desde su concepción, puesto que ya su nacimiento obedece a una necesidad histórica, cual fue la de regular el intercambio económico y el tráfico mercantil, ante la insuficiencia de las normas existentes en materia de Derecho común. VÍTOLO, R., op. cit. p. 11.

58 GALGANO, F.; op. cit., p. 49.

y la gestión de su empresa adaptándola a las diversas circunstancias que concurren en la fundación de la sociedad”⁵⁹.

Muy a pesar de su origen, el legislador en la redacción del art. 150 y a diferencia del no tratamiento que le da a la norma de orden público, reafirma la existencia de la norma imperativa dentro del derecho comercial, pero no brinda certeza sobre el alcance de la misma.

El inciso a) del artículo 150 C.C.C. otorga el primer orden de prelación a la norma imperativa de las leyes especiales, y en su defecto, a las normas imperativas del Código Civil y Comercial, aduciendo de este modo a la norma imperativa dentro de la ley societaria.

Es claramente otra definición por parte de los autores de la reforma, esto es, la existencia de la norma imperativa en el derecho de sociedades, aunque sin precisar adecuadamente su alcance, situación que trae aparejado determinados costos los cuales entendemos no han sido evaluados por el legislador.

Los costos de las normas imperativas

No es nuestra intención ingresar al insoluble debate sobre las normas imperativas en el derecho de sociedades, sino que la intención del presente es tener conciencia de los costos que genera la existencia de las mismas, y la indefinición de su alcance.

El teorema de Coase enuncia un principio normativo que la legislación imperativa y paternalista vulnera, este es “estructurar la ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados”⁶⁰. Este principio debería ser una guía para los legisladores, y se inspira en el principio económico de que el intercambio privado puede asignar eficientemente los derechos legales. De más está decir, que la norma imperativa viola este principio normativo impidiendo con su existencia determinados acuerdos privados que pueden generar un excedente cooperativo. En un decir más simple, la norma imperativa impide la creación de ganancia para los socios al limitarles su campo de acción.

Desde otra visión, pero también en búsqueda de la eficiencia, Thomas Hobbes entendía que los individuos raras veces serían lo suficientemente racionales para convenir una división del excedente cooperativo, aunque no

⁵⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, *Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas en Derecho de Sociedades Anónimas*, Civitas, 1993, t. I, p. 20.

⁶⁰ COOTER, R. y ULLEN, T., op. cit., p. 128.

existiesen impedimentos legales para su negociación. La condición natural de los mismos, los llevaría a pelear, a menos que un tercero más fuerte los obligara a ponerse de acuerdo.

Esta concepción lleva al principio de que se “debe estructurar la ley de tal modo que se minimice el daño causado por las fallas de los acuerdos privados”⁶¹. Con lo cual, la ley debería diseñarse de tal modo que impida las amenazas coercidas y elimine la capacidad destructiva del desacuerdo.

Primero debe incentivar a que las partes negocien, de modo tal que en caso de que no acuerden, perderán el excedente cooperativo. Para minimizar el daño resultante de la falta de acuerdo, Hobbes entiende que la ley debe asignar el recurso a quién más lo valore.

Ahora bien, claramente conforme el artículo 150 C.C.C., la ley societaria contiene normas imperativas. La introducción de esta clase de normas y el rol del Estado de una función paternalista acarrea determinados costos que no podemos dejar de evaluar.

El primero de ellos es la posibilidad de que la norma imperativa sea una norma errónea, con la cual tengamos que convivir con ella hasta la próxima reforma judicial, y recordemos que nuestra legislación no era modificada desde hace más de veinte años.

Los legisladores pueden no ver su misión de maximizar la eficiencia de la corporación. 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.

Así lo reproducen Easterbrook & Fischel cuando afirman “*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*”, lo que traducido sería: “Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los calculos adecuadamente. Podrán estar equivocados, pero estarán menos equivocados que los académicos y los legisladores que están decidiendo sobre el dinero de otro”⁶².

Otro de los costos que trae aparejado un régimen imperativo de la norma, es el aumento de la litigiosidad, ya que se produce una disociación entre la regulación y las necesidades prácticas de los agentes.

⁶¹ COOTER, Robert, The Cost of Coase, “*Journal of Legal Studies*”, 1982, vol. 11, p. 1.

⁶² EASTERBROOK, F. & FISCHEL, D., *The Corporate Contract*, “89 *Columbia Law Rev.*”, 1989, p. 1442.

El argumento es lógico, pues el derecho inadaptado genera altos costos de transacción que las partes ganarán si logran debilitarlo o suprimirlo. Las reglas ineficientes serán litigadas una y otra vez hasta que se aproximen a las expectativas de las partes⁶³.

El reemplazo del recurso técnico sociedad por otros instrumentos brindados por la legislación es otro costo de la norma imperativa. Este es uno de los mayores costos que acarrea la disociación entre la ley y la realidad negocial. Directamente el no uso de uno de los inflexibles tipos sociales para utilizar otro recurso legal en la realización de un emprendimiento comercial.

Dentro de los costos de las normas imperativas, encontramos la reducción de la innovación contractual, esto es, reduce el incentivo para generar nuevos contratos o cláusulas contractuales, las cuales son una de importancia económica incalculable a fin de disminuir los costos de transacción⁶⁴.

La falta de definición genera falta de seguridad jurídica

La falta de definición acerca del alcance de la norma imperativa genera altos costos que tienen que ver con la falta de seguridad jurídica brindada a las partes y al mercado. Como ya manifestamos en el presente, el artículo 150 C.C.C. afirma la existencia de la norma imperativa de la ley especial, pero no establece su alcance.

En materia de regulación contractual, el nuevo código establece la aplicación de las normas jurídicas de los contratos bilaterales a los plurilaterales en su artículo 966. Con lo cual, es de aplicación para los contratos plurilaterales, el artículo 962 titulado “Carácter de las normas legales”: las normas relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible. Nuevamente nos encontramos con una redacción no feliz, ya que subordina la autonomía de la voluntad de las partes a la norma indisponible, sin determinar concretamente su indisponibilidad.

⁶³ RUBIN, Paul H., *Why is the common law eficiente?* “The Journal of legal studies”, vol. 6, N° 1, 1977, p. 54.

⁶⁴ Las innovaciones contractuales en forma de nuevas cláusulas o nuevos tipos contractuales o nuevas instituciones desarrolladas por la autonomía de la voluntad, son pues, desde el punto de vista del desarrollo económico, tan importantes como las innovaciones técnicas que permiten una reducción en los costes de producción. O MATTHEWS, R. C., *The Economics of Institutions and the Sources of Growth*, “Econ. J. 96”, 1986, p. 99 y ss.

Lo cierto es que desde la regulación específica para las personas jurídicas, como desde la regulación específica en materia contractual, el legislador establece la existencia de la norma imperativa en una sección y de la norma indisponible en otra sección, pero nunca define las mismas. La dificultad se nos planteará en identificar aquellas normas imperativas que no están expresamente escritas, es decir aquellas normas imperativas las cuales el legislador no estipuló expresamente su imperatividad⁶⁵.

Este escenario acarrea ineludiblemente problemas en la práctica societaria y, consideramos también, disminución de eficiencia y utilidad a nivel a social.

El punto central a definir es si la norma imperativa es el mecanismo óptimo para proteger al contratante. Manifestar que el contratante no está óptimamente protegido, por lo tanto hacen falta normas imperativas, es como decir “el mercado no protege óptimamente a los contratantes, luego han de eliminarse las causas que provocan la suboptimalidad”⁶⁶, es decir, la falta de protección óptima.

Esta reflexión acerca de la norma imperativa como mejor protección del contratante, es una falacia⁶⁷. En términos económicos es lo que la doctrina llama “la falacia del Nirvana”, utilizada por los intervencionistas para justificar la intervención del Estado en el desarrollo de la economía de cada país, argumentando que el mercado no es perfecto y que por lo tanto para corregir dicha imperfección debe ser regulado por el Estado, partiendo de la utopía de que el Estado tiene conocimientos perfectos sobre la materia⁶⁸.

65 En este sentido, COLOMBRES, G., id. p. 92. “Algunas aparecen en el análisis del texto legal, otras en cambio deben ser desentrañadas con mayor dificultad en la tarea de interpretación en una labor que pertenece fundamentalmente a la dogmática y no a la ciencia del derecho, pero a la que también ésta contribuye, aunque no directamente.”

66 AGUILA-REAL, J., ib, p. 42.

67 En este sentido DUPRAT, D., *Tratado de los Conflictos Societarios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, p. 64, manifiesta “Existe un paradigma en nuestra sociedad en que cuanto mayor es el grado de regulación imperativa del sistema societario, mejor será para sus integrantes, como para las personas que puedan llegar a ser afectadas por la actividad social y para el mercado en general. Mayor regulación imperativa, mayor seguridad, menos conflictos. Esta fórmula es falaz y desdeña la actuación del principio de la autonomía de la libertad contractual en el ámbito societario.”

68 DEMSETZ, Harold, *Information and Efficiency: Another point of view*, “J. L. & Econ. 12”, 1969, p. 2 y ss. El autor desarrolla este concepto para referirse al error lógico de comparar situaciones reales con utópicas. La falacia del Nirvana es el principal argumento para la intervención del Estado en la economía. Por ejemplo, se dice que el mercado no es perfecto y que hay situaciones que deben ser intervenidas por el Estado. Este razonamiento, a prima facie, parece correcto. El mercado no es perfecto y

Conclusiones

El nuevo código remarca la existencia de la norma imperativa para el régimen legal de las personas jurídicas privadas, como así también la existencia de la norma indisponible para el régimen legal de los contratos.

En ninguna de las dos ocasiones refiere acerca del alcance de dicha limitación a la autonomía de la voluntad que tan importante consideramos para el ejercicio del derecho de sociedades. Con lo cual, brinda un marco sin contenido. Esto es, antes de la norma surgida de la autonomía de la voluntad de las partes, prima la norma imperativa que deberemos determinar cuál es.

Quedará en los agentes del derecho y en la jurisprudencia hacer del derecho de sociedades un derecho más flexible y más contractual favoreciendo la libertad de la empresa. De eso se trata la cuestión, de que las empresas puedan adaptar su organización jurídica a sus necesidades específicas siempre que consideremos a la sociedad como una técnica de organización de las empresas, dado que las empresas deben hallar en el derecho útiles necesarios para su desarrollo y no trabas. La ley debe poner a disposición formas sociales lo más flexibles posible pero que garanticen la seguridad jurídica de los asalariados, de los acreedores, de los clientes y de la sociedad en general⁶⁹.

no alcanza la situación ideal, por lo tanto, debemos permitir que el Estado intervenga para obtener dicha situación ideal. Este razonamiento parte de una premisa errónea, la cual es, considerar al Estado como una institución infalible que puede corregir los resultados que el mercado espontáneamente arroja. Esta situación es utópica.

⁶⁹ Informe Marini, ps. 12 y 22 citado por PAILLUSEAU, J., “La modernización del derecho de las sociedades comerciales. Una nueva concepción del derecho de sociedades comerciales”, La Ley, 1997-E, 1408. AR/DOC/20193/2001, p. 1408