

Las normas imperativas en el Derecho de Sociedades Anónimas

Mandatory rules in Corporate Law



Joe Navarrete¹

RESUMEN: El presente trabajo da cuenta de algunas razones de la existencia de normas imperativas en el Derecho de Sociedades Anónimas. En particular, se analiza los antecedentes históricos, la función del tipo social y la responsabilidad limitada de los socios. Posteriormente, se analizan algunas disposiciones de la Ley General de Sociedades a fin de dar cuenta del carácter imperativo de algunas de sus normas.

PALABRAS CLAVE: sociedades anónimas, imperatividad, tipo social.

ABSTRACT: This paper aims to present some reasons to the existence of mandatory rules in the Corporation Law. In particular, the historical background, the function of the enterprise forms and the limited liability of the partners are analyzed. Subsequently, some provisions of the General Companies Law are analyzed in order to account for the mandatory nature of some of its regulations.

KEY WORD: corporations, mandatory, enterprise forms.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2013). Magister en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN (2014). Asociado Senior en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados.

1. Introducción

Las sociedades son constituidas por los socios como entidades para el desarrollo de actividades económicas y con el fin de poder obtener beneficios, ya sean de carácter económico o de otra índole, los cuales serán aprovechados principalmente ya sea por los socios o por los miembros de otros grupos de interés de la sociedad (trabajadores, consumidores, acreedores, etc.), según cual fuera la visión de gobierno corporativo que tenga una sociedad determinada. La obtención de dichos beneficios viene representada por el incremento del valor de la sociedad o, en términos económicos, en el incremento del valor de la empresa. Al respecto, PAZ-ARES señala que “el valor de la empresa depende de su capacidad para generar beneficios; que la capacidad para generar beneficios depende de su capacidad para reducir los costes; y, en fin, que la capacidad para reducir costes depende de la tecnología: de la tecnología física (que reduce costes de producción), pero también de la tecnología contractual (que reduce costes de transacción). En consecuencia, resulta fácil de comprender que la reducción de los costes de transacción -o costes de definir, vigilar y hacer cumplir el sistema de contratos en que se descompone la empresa- determina el incremento del valor de la empresa.”¹

Teniendo en cuenta lo anterior, un grado adecuado de “tecnología contractual” incrementará el valor de la empresa al poder reducir los costos de transacción existentes entre los factores de producción y los demás intervinientes en el ciclo productivo, administrativo y financiero, así como los costos de agencia asociados a dichos aspectos.

Ahora bien, a nivel jurídico, la tecnología contractual puede ser provista tanto por el Estado (normas jurídicas de fuente pública)

como por los propios particulares (normas jurídicas de fuente privada).

- a) En el primer caso, tiene suma importancia la caracterización que establezca el Estado respecto de determinada norma jurídica como norma imperativa o como norma supletoria, ya que de la adecuada o inadecuada dosis de imperatividad dependerá el desarrollo de la actividad económica y, tal como se dijo, del incremento del valor de la empresa.
- b) Por otro lado, en el segundo caso, si la tecnología contractual provista por el Estado no se adecua de manera total a las necesidades particulares de cada sociedad, siempre que las normas hayan sido establecidas como supletorias, será la tecnología provista por los propios privados la más idónea para que la sociedad pueda incrementar su valor. Caso contrario, de haberse establecido la imperatividad de las normas, los privados tendrán serias limitaciones para poder crear la regulación que más convenga a sus intereses.

Al respecto, Jesús ALFARO ÁGUILA REAL nos presenta un ejemplo cuando señala que “[d]ado que el legislador diseña el mismo órgano de administración para la Telefónica y para el concesionario de automóviles Vaguada Auto SA, corresponde a la autonomía privada, a la autonomía estatutaria y reglamentaria, dotarse de un órgano de gobierno adaptado a las peculiaridades y necesidades propias de cada empresa. **La legislación de sociedades anónimas no puede hacerlo salvo dictando una regulación dispositiva y, para hacerlo**

1 PAZ ARES, Cándido, Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores (Reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica), The Third Meeting of the Latin American Corporate Governance Roundtable, Abril 2002, OECD-IFC, p. 5.

los particulares, no necesitan una habilitación legal. Basta con que no haya una prohibición. No puede invertirse la relación entre regla y excepción y considerar prohibido lo que no está expresamente permitido porque, al actuar así se trastocan valoraciones fundamentales del Derecho Privado.” 2 (Énfasis agregado).

En el presente artículo trataré sobre la imperatividad de las normas en el Derecho de Sociedades y en especial en respecto de las sociedades anónimas, al ser este último tipo social el más importante en nuestra vida jurídica y económica.

2. **La imperatividad de las normas de la Sociedad Anónima**

En nuestro ordenamiento dos son las formas “principales” de sociedades de capitales reguladas, la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada.³ Ambos tipos de sociedades “deberían” responder a exigencias diversas para aquellos que deseen constituir una sociedad. Por ejemplo, la sociedad anónima, debería responder a las necesidades de iniciativas empresariales de mayor envergadura y de un accionariado difundido, con acciones libremente transables en el mercado. De otro lado, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, debería responder a iniciativas empresariales más modestas, con pocos socios y menores capitales comprometidos.

No obstante, en nuestro ordenamiento societario, la no existencia de capitales mín-

imos requeridos para la constitución de dichas sociedades y la existencia de un sub-tipo de sociedad anónima, pensado en iniciativas empresariales de menor envergadura como es la sociedad anónima cerrada (y más recientemente la sociedad anónima simplificada) han hecho que dicha diferenciación no tenga mayor incidencia al momento de decidir qué tipo de sociedad elegir. Aquello, correspondería a un total contrasentido, ya que “si algún sentido tiene contar con una doble forma social, es porque una y otra se destinan, al menos de forma prevalente a dar cobertura a “tipos” distintos de realidad. La Anónima debiera reservarse preferentemente para la gran sociedad de carácter “abierto”, que acude al ahorro público para financiarse, por el contrario, la Limitada adquiere todo su sentido como vestidura para iniciativas empresariales de tamaño pequeño y medio, de carácter “cerrado” en cuanto a la entrada y salida de socios, y que no aspiran a recurrir al mercado de capitales.”⁴

Ahora bien, lo referido con anterioridad, es decir **la elaboración de los modelos de sociedades de capitales en abstracto para diversos tipos de realidad y necesidades trae aparejado, también, la elaboración de un régimen de mayor o menor rigidez al momento de regular el estatuto legal de dichos tipos societarios, lo cual implica, al fin y al cabo una mayor o menor posibilidad de que los privados puedan incidir en la elaboración de los estatutos iniciales, las modificaciones a los mismos y la existencia de convenios societarios.** Respecto de la sociedad

2 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Imperialismo y Dogmática Jurídica, en Revista de Derecho Mercantil, N.º 233, Año 1999, pp. 925 y ss.

3 Dejo fuera del análisis a la sociedad en comandita por acciones debido a la poca incidencia práctica que la misma tiene en nuestro sistema societario actual.

4 EMBID IRUJO, José y Fernando MARTÍNEZ SANZ, Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de Sociedades de Capital, en Revista de Derecho de Sociedades, N.º 7, 1996, p. 13.

anónima“(l)os rasgos esenciales de su régimen jurídico derivan de la función prevalente de la SA en el modelo legal como un instrumento para la reunión de capital entre un número potencialmente amplio y cambiante de inversores (instrumento de financiación con recurso al mercado de valores) y como una técnica jurídica para organizar el ejercicio de la actividad social y empresarial de ese conjunto amplio y cambiante de socios conforme a determinados criterios de ordenación de intereses y exigencias funcionales (técnica de organización del poder o estructura organizativa).”⁵

Al respecto, varios son los autores que al tratar a la sociedad anónima conciben a la misma como un tipo de sociedad en la cual existe una vocación de sus normas hacía la imperatividad.⁶ Al respecto, analicemos algunos posibles motivos de dicha tendencia a la imperatividad:

1.1. Explicación histórica

Una explicación histórica, como muchas veces en el Derecho, podría ayudarnos a entender el porqué de una tendencia a considerar como imperativas a las normas aplicables a la sociedad anónima. Por ejemplo, tal como lo relata Joaquín GARRIGES⁷, la sociedad anónima en toda su evolución ha sido marcada por la intervención del Estado, en mayor o en menor medida. Respecto de dicho tipo

social el autor español señala que en su evolución legislativa deben diferenciarse tres períodos los cuales corresponden a su vez a tres sistemas. Aquellos son los siguientes:

a) Sistema del “octroi”. A través del mismo el Estado crea a la sociedad anónima mediante el sistema del *octroi* (acto de incorporación y de concesión de derechos de soberanía). Como filial suya que es, el Estado se reserva una constante intervención y tutela en la vida del nuevo organismo, al que, por otra parte, concede privilegios incompatibles con el concepto puro de la sociedad mercantil privada.

b) Sistema de autorización gubernativa. El sistema antes señalado desaparece de manera paralela al de la monarquía absoluta. En tal sentido, es con el Código de Comercio francés de 1807 que se crea un régimen de previa autorización gubernativa, dada por la administración pública y siempre revocable. En tal sentido, el Código francés marca el inicio del sistema general de la concesión.⁸

5 ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Sociedad Anónima: Principales aspectos y problemas de su regulación*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 2, 1994, p. 133.

6 GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Mercantil*, México: Porrúa, 1984; BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 11ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Volumen I, Madrid: Tecnos, 2002; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Sociedad Anónima: Principales aspectos y problemas de su regulación*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 2, 1994; EMBID IRUJO, José y Fernando MARTÍNEZ SANZ, *Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de Sociedades de Capital*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 7, 1996.

7 GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Mercantil*, México: Porrúa, 1984, pp. 410-412.

8 HOPT, Klaus J., *Comparative Company Law*, en REIMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (Editores), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 1164.

- c) Sistema de disposiciones normativas. El mismo tiene su inicio con la ley francesa del 24 de julio de 1967, que liberó a las sociedades anónimas de la concesión previa del Estado, sometiéndola, en cambio, a normas coactivas sobre los diversos aspectos de la regulación societaria.

En tal sentido, dicha evolución histórica de la sociedad anónima explicaría por qué la imperatividad de las normas que regulan su funcionamiento. Sobre el particular, GARRIGUES, al comentar las disposiciones de la antigua Ley General de sociedades anónimas española de 1951, señalaba, que la misma se acogía al tercer sistema antes señalado, debido al carácter básicamente “coactivo”, según las palabras del autor español, del régimen de dicha Ley.

No obstante, y a pesar del devenir histórico antes referido, la autonomía de los particulares no ha aflorado en toda su expresión en lo que se refiere a la sociedad anónima. Por ejemplo, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA han señalado al referirse al antes mencionado “Sistema de Disposiciones Legislativas” que “(b) ajo este régimen, son los socios quienes libremente deciden dar vida a la sociedad, sin que venga exigido acto alguno de concesión o de autorización por parte de los poderes públicos, **pero con sujeción a unos requisitos legales de carácter básicamente imperativo que regulan tanto la fundación como la estructura y el funcionamiento social** y que se someten a un control de legal-

idad y publicidad registral.” 9 (Énfasis agregado).

Como bien lo señala ANGELICI, debe recordarse que la “tradicción romanística, luego reinterpretada en una prospectiva giusnaturalista, la *societas* se caracteriza sobre todo por su significado contractual, esto es de derecho privado, y por su función de instaurar relaciones centradas sobre la personas de las partes. Característica más bien ausente en la fenomenología del origen de la sociedad por acciones: donde de un lado se relevaba una marcada impronta publicista, con la concesión de derechos de monopolio a su vez pérdida de poderes soberanos, y donde por otro lado la centralidad del capital y la tendencial libre transmisibilidad de las participaciones, además de una estructura de gestión de tipo burocrático, colocaba solamente sobre el fondo, hasta el límite de la irrelevancia, la persona de los “socios”.¹⁰

1.2. El tipo social y su función

Ahora bien, el régimen “imperativo” de las normas de las sociedades de capital y en especial de la sociedad anónima no sólo deriva de la explicación histórica antes referida sino también de la función que dicho tipo societario está llamado a cumplir en el ordenamiento societario. En España ESTEBAN VELASCO señala que “(l)os rasgos esenciales de su régi-

9 URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, La Sociedad Anónima: Principios Fundamentales, en URÍA-MENÉNDEZ, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Segunda Edición, Madrid: Thomson – Civitas, 1999, p. 806.

10 ANGELICI, Carlo, Discorsi di diritto societario, en Negozianti e imprenditori, 200 anni dal Code de commerce, Milano: Mondadori Università – Sapienza Università di Roma, p. 143.

men jurídico derivan de la función prevalente de la SA en el modelo legal como un instrumento para la reunión de capital entre el número potencialmente amplio y cambiante de inversores (instrumento de financiación con recurso al mercado de valores) y como un técnica jurídica para organizar el ejercicio de la actividad social y empresarial de ese conjunto amplio y cambiante de socios conforme a determinados criterios de ordenación de intereses y exigencias funcionales (técnica de organización del poder y estructura organizativa).¹¹

Los tipos sociales constituirían diversas respuestas legislativas a los problemas de la disciplina que surge en la realización de la actividad empresarial de manera colectiva.¹² Al respecto, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley General de Sociedades establece que *“toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley”*. La referida disposición se encarga de positivizar lo que en Italia ha sido denominado por Francesco GALGANO como el “cierre del sistema”. En virtud de dicha disposición, todas las formas de organización que deseen adoptar los particulares a través de una sociedad deberán ser de manera necesaria una de las formas sociales (o tipos) señalados en la Ley General de Sociedades; no permitiéndose por tal motivo la adopción de sociedades atípicas ni la combinación de las características legales de dos o más tipos societarios. En buena cuenta lo que existe en nuestro ordenamiento es, al

igual que en caso de los derecho reales, un principio de *numerus clausus* respecto de la creación de tipos societarios. Al respecto, CAMPOBASSO¹³ señala que “los tipos de sociedad constituyen en efecto un número cerrado y no son admisibles sociedades atípicas dado que el contrato de sociedad está destinado a producir efectos no solo frente a las partes sino también frente a terceros. Exigencias de tutela de estos últimos y, más en general, del ordenado desenvolvimiento de la vida económica inducen por esto al legislador a prohibir la posibilidad de constituir tipos de sociedad nuevas o desconocidas.”

BROSETA PONT¹⁴ comenta que “[l]a “atipicidad” en *Derecho de sociedades* tan sólo puede admitirse respecto de la posibilidad de apartarse del régimen legal dispositivo previsto para cada sociedad (a través de pactos entre los socios inscritos en el Registro Mercantil), siempre que eso no suponga desvirtuar el tipo (p. ej.: no cabría articular una sociedad colectiva con responsabilidad limitada de los socios por deudas sociales), pero la “atipicidad” no puede ir tan lejos como para crear por la voluntad de las partes tipos sociales no previstos por el legislador”.

Sobre el particular, la Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala en su artículo 28 lo siguiente:

“Artículo 28. Autonomía de la voluntad.

11 ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Sociedad Anónima: principales aspectos y problemas de su regulación*, en *Revista Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Volumen 2, 1994, p. 133.

12 CAMPOBASSO, Gian Franco, *Manuale di diritto commerciale*, Torino: UTET, 2002, p. 129.

13 CAMPOBASSO, Gian Franco, *Manuale di diritto commerciale*, Torino: UTET, 2002, p. 134.

14 BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 11^a edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Volumen I, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 268-269.

En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, **siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.**” (Énfasis agregado).

Al respecto, lo señalado por BROSETA PONT y el propio régimen positivo societario español permiten comprender que la referencia a las limitaciones del tipo societario no sólo viene dada por la imposibilidad de crear nuevos tipos societarios sino también, y es lo que más interesa para efectos del presente trabajo, en lo que respecta a la posibilidad de apartarse del “modelo” previsto por el ordenamiento jurídico. Lo anterior debido a que será dicho modelo el que determine el contenido mínimo o la imperatividad de la regulación de determinado tipo societario, y en especial respecto de la sociedad anónima. Es en este momento en el que se habla de elementos o principios configuradores del tipo social, los cuales en el caso de la sociedad anónima serían los siguientes: (i) responsabilidad limitada, (ii) organización corporativa (separación entre propiedad y administración) y (iii) representación de las participaciones en acciones.

En la misma línea, el profesor Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL refiere respecto de la realidad societaria en España que la mayoría de los círculos académicos “presenta una cierta tendencia a limitar – sin apoyo legal expreso–no ya libertad de

los jueces, sino la libertad de los particulares. A partir de los “principios configuradores” o del “modelo legal” imponen límites a los particulares que no están en la ley.”¹⁵

Sobre el particular, podemos apreciar lo señalado por Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL en las palabras de José EMBID IRUJO y Fernando MARTÍNEZ SANZ, los cuales nos decían respecto de la ya derogada Ley de sociedades anónimas española que “[e]l reconocimiento en el art. 10 LSA del principio de autonomía estatutaria debiera servir, pues, más que para indagar la posibilidad de introducir cláusulas alternativas o sustitutorias a las normas legales, para introducir en los estatutos cláusulas complementarias respecto a lo dispuesto en la Ley”¹⁶.

Ahora bien, dentro de los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica el alemán representa por excelencia el modelo más extremo de rigidez y formalismo para la regulación de la sociedad anónima como tipo social. Al respecto, la “Aktiengesellschaft” (la cual vendría a ser la sociedad anónima o sociedad por acciones) tiene una estructura basada exclusivamente en el “Estatuto Legal”, es decir el establecido por la Ley alemana de sociedades anónimas (la “Aktiengesetz” de 1965), no pudiendo ser modificada por los socios al momento de la constitución de la misma a través de los Estatutos salvo que haya una autorización expresa de la Ley en tal sentido (Parágrafo 23.5 AktG).¹⁷ Al respecto, la ley alemana de sociedades anónimas, nos dice lo siguiente:

15 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Imperialismo y Dogmática Jurídica, en Revista de Derecho Mercantil, N.º 233, Año 1999, pp. 925 y ss.

16 EMBID IRUJO, José y Fernando MARTÍNEZ SANZ, Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de Sociedades de Capital, en Revista de Derecho de Sociedades, N.º 7, 1996, p. 17.

17 BAUMS, Theodor y Rainer SCHMITZ, Shareholder Voting in Germany, en www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, p. 3, acceso el 20 de noviembre de 2009.

“Artículo 23. Aprobación de Estatutos.18

[...].

5. Los estatutos sólo pueden apartarse de lo dispuesto en esta Ley cuando se admita expresamente. Son lícitas las disposiciones complementarias de los estatutos, salvo que esta Ley contenga una regulación exhaustiva.”

1.3. La responsabilidad limitada de los socios

Adicionalmente, respecto al fundamento de la dispositividad o imperatividad de las normas del Derecho de Sociedades GARRIGUES ha encontrado dicho fundamento en el régimen de responsabilidad de los socios. Es decir, todo estriba en saber si los socios responden por las deudas sociales con su patrimonio o si no lo hacen.¹⁹ En tal sentido, el autor español señala en cuanto al **régimen interno** de la sociedad que “[c]uando los socios responden ilimitadamente gozan de libertad para pactar a su arbitrio sus derechos y obligaciones dentro de la sociedad. El aspecto interno y el externo de la sociedad están separados por una línea tajante (WIELAND), rigiéndose el primero principalmente por prescripciones de Derecho Dispositivo (**la responsabilidad ilimitada de los socios garantiza a los terceros contra los pactos que tienen que**

disminuir el patrimonio social), por el contrario, el principio de responsabilidad limitada del socios somete a cierta rigidez toda la esfera vital de la sociedad, sin distinción entre aspecto interno y externo y con exclusión de las normas de Derecho dispositivo, puesto que el patrimonio social, y no el de los socios, es el único responsable frente a los acreedores, recibe por este hecho una disciplina legal férrea que obliga a los socios a la efectiva aportación e impide la disminución del fondo social en perjuicio de los acreedores (principio de la estabilidad el capital social).”²⁰

En tal sentido, acogiendo la explicación del maestro español, la responsabilidad de los socios, limitada o ilimitada, según sea el caso, no sólo sirve a fin de poder establecer la calificación de determinada sociedad como una sociedad de personas o de capitales sino también a fin de determinar la libertad con la que cuentan los socios al momento de querer regular sus relaciones y la estructura de la sociedad.

Tal como explica María Isabel SÁEZ LA-CAVE, “a finales del siglo XIX las formas organizativas de las sociedades de capital se hacen accesibles para quienes deseen beneficiarse de las ventajas de la responsabilidad limitada y de la libre transmisibilidad de las acciones, pero como se consideran una suerte de privilegios que entrañaban serios riesgos para terceros, el legislador articula la or-

18 EMBID IRUJO, José Miguel, Ley alemana de Sociedades Anónimas, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 39.

19 Para una exposición de las “ventajas” de que las sociedades de capital se estructuren bajo la responsabilidad limitada de sus socios puede verse: EASTERBROOK, Frank H. Y Daniel R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press: London, 1991, pp. 41-62 (Capítulo 2: Limited Liability”); SALVADOR CODERCH, Pablo y otros, Derecho de daños y responsabilidad limitada en las sociedades de capital. En torno a Meyer v. Holley et al. (537 U.S. 280 (2003)), en www.indret.com, acceso el 25 de julio de 2008. En nuestro medio con una exposición basada en sustancia en la explicación de los profesores EASTERBROOK, Frank H. Y Daniel R. FISCHER puede verse el trabajo de BULLARD GONZALES, Alfredo, ¿Cómo vestir un santo sin desvestir a otro? La responsabilidad Limitada de las sociedades y los accidentes, en *Derecho & Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, Lima: Palestra Editores, 2003.

20 GARRIGUES, Joaquín, Curso de Mercantil, México: Porrúa, 1984, pp. 324-325.

ganización social como una estructura muy rígida, metálica casi, con el objeto de reducir al mínimo los efectos externos negativos de tal limitación. La receta que se ensaya es imponer a las corporaciones una regulación muy exigente e imperativa, diseñada por el legislador, y en la que la libertad contractual prácticamente no tiene cabida.²¹

Ahora bien, en España no sólo se ha señalado que la sociedad anónima responde a un modelo de imperatividad de fondo sino también respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, lo cual confirmaría que **la prohibición o la rigidez de los modelos está basada principalmente en la limitación de la responsabilidad de los socios a los aportes que los mismos hayan realizado**. En tal sentido, el profesor PAZ-ARES ha señalado sobre la sociedad de responsabilidad limitada que “lo más específico del paradigma es que presupone la existencia detrás del texto legal de un arquetipo de sociedad limitada expresivo de una ordenación objetivamente equilibrada de las relaciones entre socios y garante de la funcionalidad del orden societario, un arquetipo que naturalmente opera como guía de la comprensión y de la producción del derecho e interpone una barrera infranqueable a la autonomía privada.”²²

3. **La supletoriedad o imperatividad en la Ley General de Sociedades**

1.1. **Limitaciones en relación con los “as-**

pectos sustantivos” de la forma

A fin de analizar la vocación supletoria o imperativa de la Ley General de Sociedades en relación con los denominados “aspectos sustantivos” de la forma, veamos algunas disposiciones de dicho cuerpo normativo:

a) **Sociedad Anónima**

El artículo 55, numerales 1 al 11, de la Ley General de Sociedades establece el contenido obligatorio que debe tener el Estatuto Social en este tipo social. Adicionalmente a dicho contenido obligatorio, el referido artículo 55 también establece que “*el estatuto puede contener: a. Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad. [...].*”

b) **Sociedad Colectiva**

El artículo 277, numerales 1 al 8, de la Ley General de Sociedades establece el contenido obligatorio que debe tener el Pacto Social en este tipo social, las cuales deben ser complementadas con las demás disposiciones señaladas en la Sección Primera del Libro Tercero de la Ley General de Sociedades. Adicionalmente a dicho contenido obligatorio, el referido artículo 277 también establece el Pacto Social “*podrá incluir también las demás reglas y procedimientos que, a juicio de los socios, sean necesarios o conveni-*

²¹ SÁEZ LACAVE, María Isabel, Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho Español, en InDret, Revista para el análisis de Derecho, 3/2009, disponible en www.indret.com, p. 6.

²² PAZ-ARES, Cándido, en Tratado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, Madrid: C.G. Notariado, 1997, p. 164.

entes para la organización y funcionamiento de la sociedad, así como los demás pactos lícitos que deseen establecer, **todo ello en cuanto que no colisione con los aspectos sustantivos de esta forma societaria.**" (Énfasis agregado).

c) Sociedad en Comandita

El artículo 280 de la Ley General de Sociedades (aplicable a la sociedad en comandita simple y a la sociedad en comandita por acciones) establece que el Pacto Social debe contener las reglas particulares a la respectiva forma de sociedad en comandita que se adopte, las cuales se encuentran contenidas en el Título I y II de la Sección Segunda del Libro Tercero de la Ley General de Sociedades, y ***"además puede incluir los mecanismos, procedimientos y reglas, así como otros pactos lícitos, que a juicio de los contratantes sean necesarios o convenientes para la organización y funcionamiento de la sociedad, siempre que no colisionen con los aspectos sustantivos de la respectiva forma de sociedad en comandita."*** (Énfasis agregado).

d) Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada

El artículo 294, numerales 1 al 6, de la Ley General de Sociedades establece el contenido obligatorio que debe tener el Pacto Social en este tipo social. Adicionalmente a dicho contenido obligatorio, el referido artículo 294 también establece que el Pacto Social ***"podrá incluir también las demás reglas y procedimientos que, a juicio de los socios sean***

necesarios o convenientes para la organización y funcionamiento de la sociedad, así como los demás pactos lícitos que deseen establecer, siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria." (Énfasis agregado).

e) Sociedad Civil

Finalmente, el artículo 303, numerales 1 al 11, de la Ley General de Sociedades establece el contenido obligatorio que debe tener el Pacto Social en este tipo social. Adicionalmente a dicho contenido obligatorio, el referido artículo 303 también establece que el Pacto Social ***"podrá incluir también las demás reglas y procedimientos que, a juicio de los socios sean necesarios o convenientes para la organización y funcionamiento de la sociedad, así como los demás pactos lícitos que deseen establecer, siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria."*** (Énfasis agregado).

Luego de revisado el articulado de la Ley General de Sociedades puede concluirse que, de manera general, salvo para la sociedad anónima, uno de los límites a la autonomía privada señalados por dicho cuerpo normativo de manera expresa se deriva del propio tipo societario que los privados hayan decidido escoger. Dichos límites vendrían representados por los "aspectos sustantivos de la forma".

Bajo lo anterior, la Ley General de Sociedades no ha establecido que en la regulación que los socios puedan dispensar a sus relaciones dentro de la sociedad anónima se deba tener en cuenta los "aspectos sustantivos de la forma". Tal como habíamos dicho, los "aspectos sustantivos" de la forma estaban ligados con la configuración del tipo social y de las funciones que el mismo está llamado

a cumplir en un ordenamiento jurídico determinado.

Dichas exclusión de la referencia a los “aspectos sustantivos” de la forma, tiene todo el sentido ya que, en nuestro país, en la cual las estructuras de propiedad dentro de las sociedades anónimas no suelen ser abierta, muchos de los postulados teóricos para la existencia de mayor imperatividad (por ejemplo, la protección del accionista minoritario o la protección de los accionistas respecto de los administradores) vinculados con la forma societaria o con la función del tipo social caen por su propio peso.

Por ello, en mi opinión el modelo donde deberían existir las mayores restricciones (razonables desde luego) es aquella en la que se considere que el accionariado se encuentra lo suficientemente disperso para que exista la necesidad de ingresar al campo de la imperatividad. Es decir, sólo deberían aplicarse dichos criterios en aquellos casos en los que nos encontremos ante sociedades anónimas abiertas que cuenten con accionariado difundido o hayan realizado una oferta pública de acciones. Caso contrario, deberá existir plena libertad para poder pactar respecto de las relaciones de los socios en la sociedad anónima.

1.2. **Limitaciones en relación con la normativa del mercado de valores**

Ahora bien, un límite adicional a la libre actuación de los privados viene dado en aquellos casos en los que las normas del mercado de valores entran a tallar para las sociedades anónimas.²³ Buen ejemplo de aquello, es lo señalado en el párrafo final del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo N.º 093-2002-EF, el cual establece que “Cualquier limitación a la libre transmisibilidad de los

valores mobiliarios contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo, carece de efectos jurídicos”, cláusula que sería totalmente legítima en aquellos casos en los que la sociedad no pretenda realizar una oferta pública, según lo señalado por el artículo 101 de la Ley General de Sociedades el cual señala que las “*limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad*”.

En estos casos, como en el referido respecto de las sociedades anónimas abiertas, la imperatividad viene dada por la necesidad de proteger a determinado tipo de sujetos, los cuales serían en este caso, los inversionistas.

1.3. **Limitaciones específicas**

Ahora bien, señalado todo lo anterior, queda por hacer una pregunta ¿por qué no todas las normas de la Ley General de Sociedades aplicables a la sociedad anónima son supletorias? En otros términos, si es que al menos de manera expresa no se ha establecido limitaciones para el actuar de los privados vinculados con los aspectos sustantivos de la forma, ¿por qué tenemos normas imperativas en la Ley General de Sociedades para la sociedad anónima?

En mi opinión, considero que si la Ley General de Sociedades ha considerado que es necesaria la existencia de un conjunto

²³ El primer párrafo del artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo N.º 093-2002-EF, establece que “La finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista.”

mínimo de normas indisponibles para las partes (socios) referidas a:

(1) La protección de intereses individuales de los socios (por ejemplo, el artículo 200 de la Ley General de Sociedades señala que es “*nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio*”) o terceros (por ejemplo, necesidad de formalidades previamente establecidas a fin de que los acreedores puedan hacer valer sus derecho en caso de reducción de capital vinculadas con el derecho de oposición regulado en el artículo 219 de la Ley General de Sociedades que señala que el “*acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado*”); o,

(2) El funcionamiento y organización de la sociedad, como por ejemplo el artículo 83 de la Ley General de Sociedades que señala que es “*nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles*”.

En particular considero que la existencia de normas imperativas encuentra su justificación en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico desea proteger (i) a alguna parte en específico de la relación jurídica o (ii) a los terceros.²⁴ La primera justificación gira en torno al paternalismo (es decir a que las partes, o una de aquellas, no puede decidir en un supuesto específico lo que más le conviene derivado de su menor capacidad económica, ignorancia, etc.).

La segunda en torno a las externalidades (es decir a que los intervinientes en el acto de autonomía privada estarían creando externalidades negativas frente a terceros no soportando todo el costo social que su accionar implica).

Es evidente que la protección a una de las partes o a terceros, no debería implicar en ningún momento una intromisión ilegítima en el accionar del privado, debiéndose en cada caso examinarse la razonabilidad de la limitación impuesta. En palabras de Massimo BIANCA “(l)a libertad negocial permanece de cualquier modo un valor constitucional y sus limitaciones deben ser socialmente justificadas resolviéndose en la lesión de un derecho fundamental de la persona.”²⁵

En base a lo anterior considero que sería útil tener una disposición que establezca de manera expresa que salvo que se haya establecido de manera expresa que determinada regulación es imperativa, esta se debe considerar como dispositiva. Lo anterior, si bien no debería ser necesario debido a la existencia del principio de libertad consagrado constitucionalmente en el artículo 24, literal a), de la Constitución Política del Perú (“*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”), si sería bastante útil ya que permitiría que los interpretes y aplicadores del derecho (privados, contrapartes, registradores públicos, entidades estatales, etc.) tengan una lectura pro-libertad respecto de la regulación establecida en la Ley General de Sociedades.

24 AYRES, Ian y Robert Gertner, Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias, en Themis, Revista de Derecho. Segunda Época, N° 47, 2003, p. 196.

25 BIANCA, Massimo, Diritto Civile III, Il Contratto, Milano: Dott. A. Giuffrè Editores, 1998, p. 32.

4. Palabras finales

Tal como he resaltado en páginas anteriores, la regulación imperativa representa una limitación a los “poderes creadores de los particulares”, limitando innecesariamente la necesidad de innovación y experimentación que muchas veces necesitan las sociedades (sea cual fuera el tipo social escogido). En tal sentido, los particulares dejan de tener la posibilidad de organizarse como lo consideren más conveniente y, por ende, se les dificulta la finalidad, sea cual fuera está, que impulso a los organizadores de la sociedad a reunirse a fin de realizar una actividad en común. “Limitar legítimamente la libertad de decisión de los particulares requiere de un juicio estricto de necesidad, adecuación y proporcionalidad, juicio que no deviene superfluo porque el legislador esté lleno de buenas intenciones.

Es incompatible con la Constitución la imagen jurídica de ciudadanos incapaces de saber lo que les conviene y actuar para conseguirlo. Si el Estado dicta normas imperativas para regular las relaciones entre particulares, parece obvio que desconfía de la autodeterminación de los particulares para tomar la correspondiente decisión. No la remite, sino que la impone. Ha de justificar, pues, por qué.”²⁶

Además, debe recordarse que una regulación imperativa lleva consigo que si la opción del legislador es equivocada se imponen costes a los particulares, lo cual reduce el valor de la empresa. Aquello sumado a que los procesos legislativos no siempre responden a las exigencias del mercado en su conjunto sino a las necesidades de cierta parte del mercado (o con mayor precisión a cierta parte de los intervinientes del mercado).

Teniendo en cuenta aquello no podemos dotar del mismo ropaje jurídico a todas las formas de organización social, sobre todo en los casos de las sociedades -en las - que - los socios -

gozan de la responsabilidad limitada, sino que se debe permitir a los particulares que puedan organizarse de la manera que consideren mejor. Aquello contribuiría al incremento del valor de la empresa.

26 ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, Imperialismo y Dogmática Jurídica, en Revista de Derecho Mercantil, N.º 233, Año 1999, pp. 925 y ss.