

Normas imperativas y reglamentarias en el derecho societario”

David A. Kulman

Sumario: La imperatividad en el derecho privado es el resultado de un proceso de contrastes, entre la libertad contractual y la necesidad de preservar intereses comunes a las personas, sin eliminar derechos fundamentales. Eso plantea que la existencia de normas imperativas es de primer y segundo orden. Las primeras derivan de principios fundamentales, que anteceden al poder estatal y poseen imperatividad por su contenido y por su origen. Son normas que pueden emanar de la voluntad individual o de la autoridad siempre que reflejen aquellos principios esenciales. En este marco la libertad contractual se reconoce como norma de primer orden con fuerza imperativa, dado su carácter de derecho fundamental a la par de cualquier norma jurídica. Por otro lado, las normas imperativas de segundo orden tienen carácter reglamentario y surgen como límites legítimos a la libertad individual, fundamentados en la necesidad de establecer una determinada forma de ordenación jurídica; sin embargo, su imperatividad no es innata, sino adquirida y debe justificarse mediante una conexión clara entre el bien jurídico protegido y la consecuencia normativa. Esta exigencia responde al principio de legalidad y al principio de razonabilidad de las normas. El derecho societario, como rama del derecho privado, contiene tanto normas de primer orden como reglamentarias. Sin embargo, padece de una formulación deficiente, basada en mandatos vagos o ambiguos que no autorizan a desplazar legítimamente la libertad contractual; a causa de que aún persiste una lógica autoritaria en el derecho privado, donde las normas se imponen sin justificación adecuada, asimilando su fuerza a la voluntad estatal.

I) INTRODUCCIÓN.

El estudio sobre la imperatividad de las normas requiere una visión integral que las vincule con el conjunto de fuentes del derecho ya que su justificación, validez y eficacia no dependen exclusivamente de su origen formal, sino de la legitimidad según el sistema normativo en el que se insertan, de la competencia de la autoridad que las emite y de los principios generales del derecho que las sustentan. Esto plantea un proceso de contrastes entre la libertad por un lado y por el otro, la protección de intereses comunes cuyos efectos sobre la libertad se encuentran condicionados tanto por su justificación como por su formalidad. En el primer caso su defensa responde a la protección de la naturaleza humana y sus intereses, expresada en los principios jurídicos a partir del cual se formulan las reglas (legales o contractuales); y en el segundo, con la estructura formal de legitimidad que se establece. En un caso nos enfrentamos a la justificación del derecho y en el otro a su validez y eficacia.

A lo largo de la historia, las revoluciones han marcado el tránsito del Estado absolutista al Estado constitucional, lo que implicó una transformación no solo en el plano político, sino también en lo jurídico. Este cambio no se limitó a una nueva forma de gobierno, sino que alteró básicamente la manera de justificar la validez y eficacia del derecho. Se dejó atrás un modelo basado en la autoridad concentrada de un monarca con poder absoluto del que derivaban las reglas de forma caprichosa, para dar paso a otro en el que la soberanía reside en la nación, organizada a través de una Constitución que legitima y justifica el límite al poder y promueve la garantía de los derechos fundamentales.

Sin embargo, dentro de la ciencia jurídica durante el último siglo, ha prevalecido una doctrina formalista que otorgaba mayor importancia a la validez y eficacia de las normas que a su justificación. Incluso cuando esta última resultaba necesaria, se la derivaba de la propia estructura formal del sistema jurídico, ya sea a través de una norma fundamental o regla de reconocimiento, como proponen Kelsen y Hart, aunque también en razones sociológicas, como es el interés público dentro de una concepción social del derecho.

Sin embargo, la teoría de los derechos humanos vino a cuestionar y desplazar esas nociones, promoviendo una visión sustantiva del derecho. En este marco, aquella teoría no solo defiende a la persona en sí misma, sino también sus intereses, ya sean mediatos o inmediatos, presentes o futuros, individuales o universales. Este enfoque recupera una dimensión antropocéntrica del derecho,

articulando su justificación con valores fundamentales que trascienden la mera validez formal o entidades intermedias.

Es en este último sentido que se formulan las siguientes conclusiones sobre normas imperativas, demostrando la justificación de su validez y eficacia.

II) NORMAS IMPERATIVAS.

En los sistemas jurídicos modernos propios de los Estados constitucionales, las reglas que conforman el derecho pueden originarse tanto en la autoridad como en la voluntad de los particulares, ambos son fuentes eficaces de reglas imperativas. La libertad contractual explica su fundamento para esto a partir de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales, lo que permite situar a la persona que se manifiesta a través de su libre albedrío, como causa y límite de la vida civil. Por eso, la libertad contractual constituye una fuente del derecho de aplicación apriorística, cuya vigencia debe ser desplazada o vencida por la norma imperativa reglamentaria. Por eso la libertad, en tanto fundamento de la organización política, no solo precede al Estado, sino también a la autoridad que crea las leyes, otorgándole legitimidad sustancial.

Este enfoque permitió superar el esquema absolutista, en donde la voluntad del príncipe era causa y medida de todo el sistema jurídico y dio lugar a un modelo de orden constitucional que reconoce a la persona y sus intereses como fundamento y límite del derecho. Este cambio se apoya en una concepción antropocéntrica moderna del derecho, que asume incluso que la persona no delega potestades legislativas para que sean ejercidas en su contra, lo que deriva en el problema sobre la legitimidad de las leyes.

Dado que incluso en los sistemas constitucionales pueden emerger formas de tiranía que debilitan la libertad contractual como fuente jurídica, es necesario reafirmar los derechos fundamentales para evitar ese riesgo. La fuente de las normas imperativas no debe residir exclusivamente en la autoridad, sino en su correspondencia con los derechos fundamentales, que operan como test de legitimidad sustancial, de forma tal que la libertad contractual que es la manifestación de aquellos es la regla y la norma imperativa que reglamenta la excepción.

El problema es la concepción positivista del derecho que en el sistema contemporáneo ha desplazado a la persona como justificación de la existencia y validez de las normas, debilitando así el principio de libertad contractual, admitiendo como imperativas y válidas cualquier reglamentación formal del ordenamiento jurídico.

Como respuesta a esta problemática, es indispensable reconocer -al menos en el ámbito del derecho privado- la existencia de una categoría de reglas que existen con anterioridad a la reglamentación, lo que doy en llamar normas de primer orden, cuya aplicación e interpretación deben ser preferentes en todo tiempo y circunstancia, en virtud de su naturaleza fundamental; pero de forma complementaria y por razones de orden y sistematicidad, deben reconocerse una segunda categoría, normas orientadas a reglamentar las relaciones intersubjetivas.

a) Norma imperativa de primer orden.

Esta categoría está integrada tanto por normas dictadas por la autoridad cuyo contenido son derechos fundamentales o bien porque lo son en el ejercicio de la libertad contractual; en un caso es imperativa por el contenido y en el otro porque emana de un fundamento previo y superior al poder constituido. Por eso las reglas imperativas (normas o voluntad) pueden emanar tanto de la autoridad como de la libertad de los particulares. La diferencia radica en que, cuando provienen de la autoridad, su contenido debe reflejar o enunciar un principio fundamental, mientras que, cuando derivan de la autonomía privada, su condición de primer orden se mantiene con independencia del contenido específico que adopten; en ese sentido ambas son de primer orden y siempre imperativas (p.ej.: el derecho de impugnar una decisión social posee naturaleza imperativa de primer orden tanto si consta en una cláusula contractual como si proviene de una norma positiva).

Por esa carga axiológica y en virtud del principio de razonabilidad, exige que el contenido de las reglas imperativas (norma o libertad) deban estar justificadas en un principio fundamental, que provenga de una adecuada formulación por la ciencia jurídica a través de un proceso de selección encaminado a identificar aquello que mejor describe la esencia humana, para servir como fuente del derecho.

Desde una posición personal, considero que las fuentes del derecho se clasifican en principios, reglas y valores: *i)* Los *principios* son enunciados del “ser” sobre el significado ontológico del ser humano, alcanzado mediante el conocimiento racional derivado de la observación de la persona, por eso los principios son enunciados axiológicos sobre derechos fundamentales y representan el núcleo intocable de la dignidad humana y la autonomía individual; *ii)* Las *reglas* que conforman un grupo de carácter nomológico. En esta categoría se incluyen tanto las normas emanadas de la autoridad (leyes, reglamentos, decretos) como aquellas que surgen de la voluntad de los particulares (contratos, estatutos, pactos). Ambas son manifestaciones legítimas del derecho, pero su validez y aplicación están subordinadas a su compatibilidad con los principios; y *iii)* Los *valores* que operan como axiomas de interpretación de las reglas; no son fórmulas deónticas, sino criterios nomológicos orientadores del razonamiento jurídico, por eso ayudan a resolver lagunas, armonizar conflictos normativos y orientar la interpretación de reglas. Entre ellos pueden incluirse la justicia, la equidad, la solidaridad, la buena fe, entre otros.

Por eso tanto la voluntad individual como la norma dictada por la autoridad que describe un derecho fundamental, son -en paralelo- de primer orden imperativo por su justificación sustancial con relación a un principio fundamental y el dilema entre ambas no produce el vencimiento de una sobre otra porque ambas tratan sobre principios, los que son inconmensurables. Es un error suponer que la norma de primer orden emanada del poder público posee, por sí sola, preferencia interpretativa frente a la proveniente de la voluntad. Proceder de ese modo implica una vulneración del orden constitucional primario, el cual se funda en la protección de los derechos individuales, lo que no fue entendido del mismo modo por los art. 1 y 2 CCyC, apegado a una pirámide formalista que admite la supresión de principios partiendo del proceso de ponderación.

La ciencia jurídica aún no ha logrado interpretar de manera adecuada el rango normativo de la libertad contractual y como consecuencia por efecto de las cosas, abundan las aberraciones cometidas en el derecho privado a lo largo de nuestra historia jurídica al considerarla como un elemento periférico, irrelevante, no vinculante e incluso como una simple condición de validez de los actos jurídicos, por lo tanto puede ser gobernada a discreción por cualquier autoridad. Superar esta concepción requiere que la ciencia jurídica abandone los esquemas jerárquicos rígidos y recupere una visión sustancial del derecho, en la que la autonomía de la voluntad sea comprendida como fuente legítima de normas de primer orden, dotadas de fuerza imperativa en el derecho privado por su vinculación directa con los principios que definen el núcleo de los derechos fundamentales. Solo así podrá corregirse el rumbo histórico de exclusión y subordinación que ha padecido el derecho privado y restaurarse su función como espacio privilegiado de autorregulación individual en un marco de justicia sustantiva. Al mismo tiempo eso permitirá crear una barrera ante las arbitrariedades de la norma, admitiendo que se tratan de formulaciones prioritarias por su carácter de primer orden fundamental, de carácter absoluto y con vigencia operativa en cualquier circunstancia.

En este sentido, una norma solo será imperativa de primer orden cuando se funde directamente en un principio fundamental que exprese la dignidad humana o cualquier otro valor esencial del ser humano. En conjunto con la libertad contractual, dichas normas conforman un grupo dotado de operatividad en cualquier circunstancia, cuya interpretación debe ser siempre de carácter restrictivo.

b) Norma imperativa de segundo orden.

No obstante, existen casos en los que, los efectos derivados de la libertad contractual se ven legítimamente limitados por razones orden fundamental, con el fin de preservar una adecuada organización de las relaciones privadas. De esta tensión surge su contrapartida: las normas imperativas de carácter reglamentario.

Esto reconoce distintos planos de interacción entre la norma y la voluntad dentro del sistema jurídico, en contraposición al enfoque del Código que organiza las normas conforme a una estructura jerárquica que subordina sin más la voluntad individual a interés intermedios promovidos por la intervención del gobierno en uso del poder de imperio proveniente de la potestad pública (art. 959 y 150, en coordinación con los arts. 1 y 2 CCyC). Ese enfoque del Código parte del supuesto de que cualquier norma desplaza al libre albedrío, sin advertir que la autoridad no constituye fundamento

suficiente para justificar dicha imposición, según lo establece la teoría de la justificación material de las normas, que se expone.

Si la libertad contractual posee rango constitucional por su carácter de derecho fundamental, anterior a cualquier forma de organización política y los preceptos que la componen son expresión directa de esa prioridad ontológica, toda norma que pretenda imponérsele debe superar aquel valor constitucional.

Para evitar ese esfuerzo se continúa utilizando un lenguaje normativo basado en órdenes y obediencia, asimilando su imperatividad al poder del príncipe, donde los derechos eran meras concesiones estatales. Esta concepción errónea supone que las personas deben ajustarse a comportamientos predeterminados proveniente de la mera voluntad del soberano, reduciendo el sistema jurídico a un conjunto de mandatos que buscan controlar conductas, carente de fundamentación.

Lo correcto es lo inverso y por eso se exige un nuevo modo de formulación normativa reglamentaria que autorice legítimamente vencer el valor constitucional que posee la libertad contractual. Para ello, es necesario retroceder y analizar las motivaciones del legislador, exigiendo que fundamente adecuadamente el sentido de los términos empleados. Recordemos que las normas reglamentarias están dispuestas para regular e incluso limitar derechos fundamentales, de modo tal que la razonabilidad de sus disposiciones debe verificarse en dos planos: por un lado, según la forma en que el legislador resguarda el interés protegido al sancionar la norma y por otro, en función del valor que un magistrado le asigna a la restricción impuesta, a partir del bien jurídico descripto por el legislador.

En este punto es donde adquiere relevancia la teoría de los principios, los cuales han sido objeto de diversas manipulaciones, debido a que, desde la doctrina jurídica y la filosofía, se han promovido formulaciones que resultan extremas e incluso arbitrarias, que allanaron el camino hacia la sumisión de la libertad contractual a cualquier idea de norma reglamentaria imperativa.

Las normas reglamentarias carecen de imperatividad congénita porque, como son sancionadas como respuesta a hechos concretos percibidos por el legislador que deben ser protegidos en función de la preservación armónica de las personas, según un determinado tiempo y lugar, su imperatividad es adquirida. Por ello, el contenido de estas normas se construye a partir sólo de la percepción subjetiva de la realidad que tenga el legislador. En este punto es cuando se debe afirmar que, los derechos fundamentales no son materia de normas reglamentarias ya que aquellos no se fundan en hechos, sino en principios jurídicos objetivos y superiores; en suma su ordenación, no está sujeta a la discrecionalidad legislativa; ahora bien, una misma proposición normativa puede ser en parte de primer orden y en parte de segundo, pero de ningún modo se fusionan como de primer orden.

El derecho societario se compone de ambas categorías normativas, pero durante el siglo XX se utilizó un lenguaje normativo en términos de orden, obediencia o persuasión que desnaturalizó a la libertad contractual frente a las normas reglamentarias. Sin embargo, esta postura arrastraba un defecto de origen: la creencia de que podía legitimar la imperatividad normativa por analogía con el poder del príncipe, según el cual los derechos de los súbditos eran meras concesiones o reconocimientos del Estado y su sola voluntad bastaba para imponer deberes jurídicos. Esta concepción trasladó al ámbito privado una lógica autoritaria incompatible con el fundamento de los derechos individuales como límites al poder; por eso se exige a las normas reglamentarias, una adecuada construcción justificante entre lo que reglamenta y la consecuencia que encuentra para contrarrestar la conducta contraria.

Mucho de ese enfoque de dictar normas como mandatos aún persiste y al dictarse leyes en el ámbito del derecho privado, se tiende a imponer un determinado modo de proceder, lo cual resulta inadecuado frente a la complejidad y la espontaneidad propias de las relaciones humanas, que no responden a esquemas de premios o castigos como ocurre en ciertas comunidades de animales. El derecho ha sido reducido frecuentemente a un conjunto de preceptos destinados a controlar conductas. Esta concepción fue respaldada por ciertas corrientes filosóficas que definieron al derecho como un sistema de mandatos obligatorios, una visión que ha perdurado hasta nuestros días.

El razonamiento respecto de la potestad legislativa debe invertirse en relación con lo que históricamente ha ocurrido, porque no es la autoridad la que crea el derecho, sino que es el derecho - anterior al Estado- el que delega en la autoridad las competencias. Sin embargo, para evitar reproducir los errores del pasado, este principio no debe quedar sometido a la lógica que justificaba la discrecionalidad legislativa, esto es, la idea de que el soberano parte de una potestad preconcebida para sancionar normas y completar el sistema, lo que induce cualquier legalidad. De lo contrario, los derechos fundamentales volverían a restringirse a partir de simples enunciados válidos en términos puramente formales, como sucede en muchos casos actualmente. Por ello, es necesario adoptar una nueva forma de formulación normativa. Esta requiere retroceder al momento de la sanción de la norma, con el objeto de analizar las motivaciones que llevaron al legislador a incorporar determinados hechos a su contenido y exigir que fundamente el sentido y alcance de los términos empleados para reglamentarlos. Parte del problema que afectó a los derechos individuales radica en el modo en que se interpretaron esas motivaciones, apelando a la protección de seudos principios que revisten el carácter de un orden superior al individuo y fue entonces cuando los derechos humanos comenzaron a degradarse, atrapados en un concepto vicioso y relativista de razonabilidad.

Cuando las personas se organizan en sociedad, delegan en el Estado ciertas potestades, pero ello no implica someterse como vasallos. En consecuencia, al dictarse leyes, los intereses de los ciudadanos deben estar garantizados por dos principios fundamentales: El principio de legalidad, que debe ser coherente con un sistema republicano. Esto implica rechazar toda acumulación de poder que permita al mismo órgano crear, interpretar y aplicar la ley. De lo contrario, el gobierno termina justificándose a sí mismo, como ocurre cuando dicta leyes en forma de mandatos y luego delega en organismos de su propia estructura la facultad de reglamentarlas o interpretarlas. En este contexto, la existencia de normas abiertas, imprecisas, ambiguas o formuladas con términos vagos diluye el Estado de derecho, ya que traslada el poder normativo a quienes no han sido elegidos para legislar, sin control ciudadano. El principio de razonabilidad, que exige del legislador, al sancionar una norma, se someta a una instancia valorativa en relación con los hechos que percibe y el bien que pretende proteger. Esta valoración debe reflejarse en el lenguaje normativo mediante una conexión axiológica entre los antecedentes (motivos) y los consecuentes (efectos jurídicos), sin necesidad de relatos extensos, pero sí con claridad suficiente para evidenciar su imperatividad.

La razonabilidad de una norma reglamentaria se verifica cuando ella misma enuncia los fundamentos de su fuerza obligatoria. No obstante, la práctica ha llevado a buscar tales fundamentos en los antecedentes parlamentarios, en interpretaciones de la administración, en sentencias judiciales o en la doctrina, lo que implica una delegación impropia del juicio de legalidad y razonabilidad.

Una norma reglamentaria, para ser verdaderamente imperativa, debe bastarse a sí misma. Esto implica que debe contener una respuesta expresa frente a la conducta contraria que pretende regular. Si no lo hace, no genera efectos reales sobre la libertad individual y mucho menos puede hacerlo por medio de deducciones posteriores realizadas por autoridades judiciales o administrativas, las cuales, en la práctica, tienden a favorecer la conservación del sistema y solo se apartan de él como *ultima ratio*.

Por ello, la finalidad, el bien jurídico protegido y su valor axiológico -sea intrínseco o extrínseco- deben estar presentes en el propio texto legal o en un subsistema jurídico que funcione como marco de desaprobación de la conducta contraria, lo cual permite su control de legalidad y razonabilidad por parte de los particulares. Sin entrar en debates especulativos como ocurrió en nuestra experiencia jurídica desde mediados del s. XX muchos de los cuales están llenos de falacias, dicho subsistema puede estar constituido, por ejemplo, por un régimen de invalidez o sanción que permita confrontar con el bien protegido según su condición de principios constitucional.

En caso contrario, cuando se interpreta una norma reglamentaria supuestamente imperativa pero no puede establecerse de manera expresa una conexión entre el bien jurídico protegido y su consecuente normativo, lo correcto es concluir *in limine* que dicha norma carece de imperatividad y sólo se agota en su mera formulación lingüística. En consecuencia, no surge ningún poder de imperio que desplace a la libertad contractual.

Otro defecto de la ciencia jurídica entre quienes promueven la publicización del derecho privado, es acudir a los principios del derecho público para vencer a los principios fundamentales individuales, dictando normas que tienen incidencia en el derecho privado, pero cuyo imperio se descarta, por incompetencia sustantiva.

Fundar las normas reglamentarias no es una opción interpretativa, sino una exigencia del estado de derecho, de lo contrario pierde todo poder de imperio trasladando al legislador la responsabilidad por su falla en identificar adecuadamente el bien a proteger y articularlo con una consecuencia jurídica válida, sin el cual no se puede estructurar adecuadamente el art. 150 CCyC.

En tales circunstancias, la regla general debe operar a favor de la persona y ninguna autoridad -ni administrativa ni judicial- está facultada para sustituir con su interpretación lo que el legislador no supo formular con claridad y fundamento.

Esta situación es distinta del análisis de proporcionalidad entre medios y fines, donde ya existe un contenido normativo mínimamente válido, sino lo que se cuestiona es el grado de adecuación entre la causa y la consecuencia. Pero si esa conexión ni siquiera se verifica, no hay margen legítimo para el control judicial sustitutivo, sino simplemente no hay norma imperativa reglamentaria. Por esta razón, una de las principales falencias de la legislación societaria radica en su carencia de efectos reales, producto de normas difusas y carentes de imperatividad. Esto se debe, en gran parte, al hábito arraigado de sancionar leyes en forma de simples mandatos, sin una estructura normativa completa.

Por todo eso el sujeto debe conocer de manera cierta los efectos jurídicos derivados de su decisión de cumplir o no cumplir con la norma. Para ello, los hechos que la norma describe deben estar claramente determinados, descartando la idea de que una disposición resulta obligatoria por el solo hecho de enunciar un mandato.

En el ámbito del derecho comercial, si se pretende atribuir imperatividad a una norma reglamentaria, resulta indispensable modificar el modo en que se formulan. Estas deben contener, con claridad, las condiciones de aplicación y una consecuencia jurídica, entendida como una privación de efectos a la voluntad contraria, expresada en términos inequívocos. De lo contrario, frente a cualquier duda, ambigüedad, vaguedad o defecto determinativo, prevalece la voluntad de los particulares y ningún órgano del gobierno -administrativo o judicial- puede limitarla en forma intuitiva o supletoria, interpretando lo que la norma quiso establecer. Esa falta de determinación impide incluso, todo desplazamiento legítimo de la libertad contractual.

Las normas no se formulan del mismo modo en todas las ramas del derecho. En particular, en el derecho privado es inadmisibles que el consecuente normativo se interprete como coerción, amenaza, sanción o cualquier otra forma de consecuencia conminatoria. Su eficacia imperativa no reside en el castigo, sino en la capacidad de neutralizar los efectos jurídicos que una conducta produce siguiendo la libertad contractual.

Si se incurre en el defecto y se considera que la norma actúa como castigo impuesto por una autoridad, entonces ésta accede a un abanico amplio de opciones legitimadas por el uso de mandatos abiertos, acompañada por su posición dentro del monopolio estatal del poder. Pero si se invierte esta presunción -como impone nuestro sistema republicano representativo, fundado sobre derechos anteriores a la organización estatal- entonces toda imperatividad debe entenderse como excepcional, sujeta a interpretación restrictiva, que solo puede establecerse por ley formal de forma razonable en el modo explicado.

Es fundamental recordar que el gobierno no surge con potestades para crear o eliminar derechos y mucho menos puede hacerlo mediante reglamentaciones. Incluso sus funcionarios carecen de potestades delegadas para este fin.

En este marco, en derecho privado el individuo es titular de derechos fundamentales y además es titular del derecho subjetivo de autodeterminación a decidir lo que hace de lo que resultan decisiones con preferencia de aplicación e interpretación. Este poder de decisión no puede ser limitado arbitrariamente por el orden jurídico, ya que toda norma reglamentaria se encuentra subordinada y sólo encuentra aptitud para restringir todo aquello, según una justificación razonable que acredite la legitimidad de la limitación.

Así, en el ámbito del derecho privado, solo una norma emanada del Congreso -en ejercicio legítimo de su competencia para dictar normas en la materia y sin delegaciones- puede desplazar válidamente la libertad individual en el ámbito de los negocios jurídicos. No obstante, para que ello sea válido, dicha norma debe surgir de un régimen especial en el que se identifique con claridad el bien jurídico protegido, cuya entidad sea suficiente para justificar la restricción de la libertad. Solo bajo esas condiciones la norma adquiere carácter imperativo, aunque permanece sujeta al control de razonabilidad expuesto *supra*.