

CONTRATO DE SOCIEDAD Y ACUERDOS SOCIETARIOS: INTRODUCCIÓN

Joe Navarrete

Magister en Finanzas y Derecho Corporativo. Universidad ESAN

Abogado. UNMSM

1. EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Los contratos, como cualquier otra norma jurídica, no cuentan entre sus cualidades con el atributo de la “completitud”. En otros términos, todo contrato es incompleto por naturaleza. Resulta imposible que las partes, como seres humanos que son, tengan o puedan tener la capacidad de prever todos los supuestos que pudieran presentarse en el desarrollo de la relación contractual. Aquí debe tenerse en cuenta que no sólo resultaría muy costoso el imaginar todos los supuestos que pudieran presentarse en el desarrollo de dicha relación, costos que llegarían a ser prohibitivos, sino que existe una imposibilidad total de contar con la capacidad de prever todas las futuras vicisitudes que pudieran presentarse.¹

El Contrato de Sociedad como todo contrato no escapa a lo señalado con anterioridad. Incluso, podría decirse que en este tipo de contrato las consecuencias de la incompletitud son más relevantes para llevar a cabo la satisfacción del programa contractual o, en términos más “societarios”, el interés social.

Una de las razones para fundamentar lo señalado con anterioridad es tomar en cuenta que en el Contrato de Sociedad nos encontramos ante un contrato de duración. Asimismo, hay que tener en cuenta que nos encontramos ante un contrato en el cual a fin de que se puedan satisfacer los intereses de las partes es necesario que se desarrolle de manera conjunta determinada actividad.

- a) La calificación del Contrato de Sociedad como un contrato de duración busca poner de relieve que a fin de que el interés de las partes, es decir, el interés de los socios, pueda ser satisfecho es necesario que la relación contractual se prolongue en el tiempo. No pasa lo mismo, por ejemplo, en los contratos de compraventa de ejecución inmediata de prestaciones o en los contratos de permuta en cuyos casos el interés de las partes se satisface de manera inmediata. En tal sentido, al igual que en los casos de un arrendamiento o de un suministro periódico, los cuales también son ejemplos de contratos de duración, a fin de que el interés de las partes se satisfaga y se cumpla el programa contractual es necesario que la relación se prolongue a lo largo del tiempo.²
- b) De otro lado, el Contrato de Sociedad crea una organización, una “sociedad” entre las partes, a fin de que se desarrolle determinada actividad (objeto social, en el

¹ Incluso hay quien ha señalado que “(s)i todos los contratos son incompletos, el contrato de sociedad es incompleto por excelencia” (ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2005, disponible en www.indret.com, p. 3).

² No obstante aquello, la duración de la relación contractual no es una característica exclusiva del Contrato de Sociedad. Tal como se señaló, en el caso de arrendamientos o de suministros periódicos también nos encontramos en supuestos en los cuales la relación contractual ha sido establecida para perdurar en el tiempo.

caso de las Sociedades).³ El desarrollo de dicha actividad es lo que hace que el mismo se torne, en palabras de Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL⁴, de una “extraordinaria complejidad” y que sean “difícilmente previsible” sus vicisitudes.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior se hace necesario el establecimiento de determinados órganos dentro de la organización, los cuales serán los encargados de tomar las decisiones, y los procedimientos respectivos de cómo se tomarán las mismas ante alguna situación no prevista de manera expresa en los Estatutos de la Sociedad.

Todo lo anterior no hace más que proveer un mecanismo de reducción de costos de transacción al momento de celebrar el Contrato de Sociedad haciendo que aquellos aspectos que no se puedan tomar en cuenta de manera *ex ante* puedan ser tratados, por determinados órganos, según la importancia del asunto, y mediante determinado procedimiento, de manera *ex post*.

En tal sentido, podría señalarse que el Contrato de Sociedad, y en general todo contrato que regule la “vida” de una organización es, en sentido lato, más que un contrato un mecanismo para contratar. O en otras palabras, como lo ha señalado ALFARO ÁGUILA-REAL, un “mecanismo de recontractación”. Bajo dicho marco, los acuerdos societarios se encargan de dotar del dinamismo necesario a la organización jurídica creada en el Contrato de Sociedad. Aquellos se encargan de llenar o rellenar dichos instrumentos constitutivos con las disposiciones necesarias para que los socios puedan “seguir” regulando sus intereses. Al respecto, DONATI⁵ señala que la deliberación de la asamblea general de socios constituye siempre, en el actual régimen legislativo, la llave maestra de la vida social, directamente decisiva en las relaciones internas para con los demás órganos y para con los socios, y, por lo común, indirectamente en las relaciones externas para con los terceros.

2. JUNTA, VOLUNTAD SOCIAL Y DERECHOS RESIDUALES

Desde una perspectiva legal clásica, la junta de socios, a través del voto, es el órgano encargado de formar la denominada “voluntad social”.⁶ En palabras de los autores españoles Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA⁷, “(l)a voluntad social se manifiesta a través de los acuerdos o decisiones adoptados por la Junta, en los que se produce una fusión de voluntades individuales de los socios.” En

³ Las razones de la creación de la referida organización serán tratados en el Capítulo Séptimo de la presente Tesis.

⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, en *Indret*, Revista para el Análisis del Derecho, 4/2005, disponible en www.indret.com, p. 3.

⁵ DONATI, Antígono, Sociedad Anónimas. La invalidez de las deliberaciones de las Asambleas, Traducción del Lic. Felipe de J. Tena, México: Porrúa Hnos. y Cia., 1939, p. 5.

⁶ BAUMS, Theodor y Rainer SCHMITZ, Shareholder Voting in Germany, en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, p. 3, acceso el 20 de noviembre de 2009.

⁷ URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, Órganos Sociales. La Junta general de accionistas, en URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ, Curso de Derecho Mercantil, Segunda Edición, Thomson – Civitas, 2006, p. 921.

estos casos, serán los socios reunidos en Junta los que se encargarán de formar la voluntad social a través del voto.

En tal sentido, a través de la regla de la mayoría los acuerdos serán tomados teniendo en cuenta el asunto a tratar. El voto se manifiesta como un agregado de preferencias individuales. Además, la regla de la mayoría proporciona una mayor facilidad al momento de poder tomar una decisión dentro de la empresa. La renegociación (se entiende entre todas las partes del Contrato social, es decir de todos los socios) podría ser difícil de organizar, sobre todo en aquellas sociedades en las que existen grandes cantidades de socios, y podría dar un poder de veto peligroso a cualquier socio, sin importar la incidencia que su decisión pueda tener en una votación final.⁸

Antes de ahondar en lo referido, me parece oportuno revisar una cuestión previa: ¿por qué deben ser los socios los que se encarguen de formar la “voluntad social”? A continuación daré respuesta a aquello:

- a) Una primera respuesta a dicha interrogante sería decir que al ser los socios los que se encargan de aportar los recursos necesarios para que la Sociedad opere deberán ser estos los que se encarguen de formar la voluntad social. Ahora, si bien aquello puede ser cierto no son los socios necesariamente los únicos que dotan de “operatividad” a la empresa. Por ejemplo, junto con el capital (partamos del supuesto que todo el capital es proveído por los mismos) está el trabajo, el cual también es sumamente importante para que la empresa opere. En tal sentido, parecería razonable que también los trabajadores se encarguen de tomar las decisiones dentro de la empresa. Ahora, existe la posibilidad, la cual es una realidad latente en muchos casos, en la que los mayores financistas de los proyectos de la Sociedad no son los socios sino sus acreedores (bancos, inversionistas individuales, etc.). En aquellos casos, la pregunta sería por qué no se encargan aquellos de tomar las decisiones dentro de la empresa.
- b) La respuesta a la pregunta señalada con anterioridad, está dada por tener presente que los socios son los beneficiarios residuales de las ganancias de la empresa.⁹ Mientras que todos los demás “intervenientes” en la empresa (prestamistas, trabajadores, consumidores, Estado, etc.) tienen pretensiones fijas frente a la misma no pasa lo mismo con los socios. En tal sentido, son los accionistas los únicos cuya pretensión frente a la empresa es variable y su satisfacción dependerá de que se haya satisfecho de manera previa las pretensiones de los demás. Por ello, a través del voto son los socios los que deben decidir cómo actuar, ya sea que las actuaciones se produzcan de manera directa (en sociedades de pocos socios) o a través de los administradores (en

⁸ En sentido similar, véase: BAUMS, Theodor y Rainer SCHMITZ, Shareholder Voting in Germany, en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, p. 4, acceso el 20 de noviembre de 2009.

⁹ FAMA, Eugene F. y Michael C. JENSEN, Agency problems and residual claims, en *Foundations of Organizational Strategy*, Harvard University Press, 1998, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=94032, acceso el 12 de junio de 2009.

sociedades de muchos socios)¹⁰, ya que los aciertos o errores de dicha actuación harán que los mismos puedan satisfacer sus intereses o no.

- c) Adicionalmente, si partimos del supuesto que los contratos no son completos, debemos indicar que el voto es una manera adecuada de poder completar dicho contrato incompleto. En tal sentido, requerir el voto o la aprobación de la Junta en aquellos casos de cambios en la política de la empresa (como un cambio de objeto social o apertura de sucursales o líneas de negocio) tiene como finalidad salvaguardar a los derechos de los socios, a fin de que los mismos no sean expropiados por los administradores ni por los socios mayoritarios (dependiendo ante qué estructura de propiedad nos encontremos). En palabras de los profesores Theodor BAUMS y Rainer SCHMITZ, "(l)os derechos de voto son para los accionistas lo que los *covenants* son para los bonistas: limitando la discrecionalidad de los administradores, aquellos sirven como un medio de protección contra el riesgo moral."¹¹ Riesgo moral, que no sólo recae en los administradores sino también en el caso de los accionistas mayoritarios respecto de los minoritarios.
- d) La principal desventaja de poseer acciones de una empresa, es lugar de deuda, es que el tenedor de acciones es un acreedor residual. Esto significa que, en caso de quiebra, la empresa tiene que pagar primero a todos los tenedores de deuda, antes que pagar a los tenedores de acciones. La ventaja de detentar acciones que sus tenedores se benefician directamente de los incrementos de las rentabilidades de la empresa o del valor de los activos, porque los valores confieren a sus poseedores estos derechos. Los poseedores de deuda no comparten estos beneficios porque reciben pagos fijos.¹²

3. JUNTAS Y REDISTRIBUCIÓN DEL EXCEDENTE

El conflicto más importante al que se enfrentan las partes dentro de un contrato, debido a su carácter incompleto, es el *problema de la redistribución del excedente*. Dicha situación se ve exponencialmente incrementada en aquellos casos, como en el contrato de sociedad, en el cual el carácter incompleto del contrato es mucho mayor. En tal sentido, junto con el riesgo de incumplimiento existente en todo contrato, el riesgo de oportunismo por parte de una o más de los socios (los cuales son partes contractuales, al fin y al cabo) o de los administradores, resulta peligroso incluso para el desarrollo mismo de las Sociedades.

Por ejemplo, en el caso de Sociedades de capital disperso o donde existan típicos conflictos mayoritario(s)-minoritario(s), el problema radica en que una vez

¹⁰ GROSSMAN, Sanford J. y Oliver D. Hart, The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, en The Journal of Political Economy, Vol, 94, Nº 4, 1986, p. 693 y ss; BAUMS, Theodor y Rainer SCHMITZ, Shareholder Voting in Germany, en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, p. 3, acceso el 20 de noviembre de 2009.

¹¹ BAUMS, Theodor y Rainer SCHMITZ, Shareholder Voting in Germany, en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf, p. 4, acceso el 20 de noviembre de 2009.

¹² FERNÁNDEZ-BACA, Jorge, Mercado Financieros. Instituciones e Instrumentos, Lima: Universidad Del Pacífico, 2009, p. 32.

maximizados los recursos o las utilidades (se entiende que si el mayoritario es un ser racional buscará maximizar la utilidad de la Sociedad) éste tiene los incentivos y los medios necesarios, a través del voto debido a la estructura capitalista de la sociedad anónima, para poder apropiarse de dicho excedente no distribuido de manera *ex ante* entre los socios. Tal como se ha escrito, “(p)odría decirse que, al fin y a la postre, los problemas redistributivos no afectan la eficiencia: quién obtenga más o menos de entre los contratantes del excedente que produce el contrato es mera cuestión interna de las partes del contrato, que ellas mismas resolverán según les convenga”.¹³

No obstante aquello, dicha situación se presente como indeseable (incluso para el propio mayoritario) debido a que en la medida en que la apropiación de los beneficios por parte del mayoritario se realice de una manera desproporcionada, ya sea que expropie todo al minoritario o gran parte de lo que le corresponda, los (futuros y posibles) minoritarios no tendrían incentivo alguno para invertir en la sociedad debido a que no contaría con un mecanismo *ex post* a fin de salvaguardar sus derechos. En tal sentido existirá una inversión *sub óptima* en la Sociedad. En resumen, “si hay riesgo apreciable de que no se vaya a respetar el reparto pactado en el contrato, las partes no invertirán, o invertirán menos”¹⁴. A efectos de poder contrarrestar dicha situación existen normas específicas de protección a los minoritarios, referidas básicamente a obligaciones previas de información, así como mecanismos de solución de conflictos, tales como el derecho de separación o la posibilidad de impugnar acuerdos.

A aquello hay que sumarle el efecto del contexto en el cual se encuentre la empresa ya que en un contexto institucional débil y con una estructura de propiedad muy concentrada, como el nuestro por ejemplo, “el desafío fundamental de una política de buen gobierno es la protección de la integridad de las inversiones de los minoritarios frente al riesgo de expropiación o riesgo de distribución asimétrica del valor creado dentro de la compañía, y para llevar a cabo este cometido no puede depositarse toda la confianza en los consejos, que ineludiblemente estarán muy mediatizados por las instancias dominicales o de control.”¹⁵

¹³ SÁEZ LACAVE, M^a Isabel, Las bases económicas del derecho de la junta de socios, en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, abril de 2008, en www.indret.com, acceso el 22 de julio de 2008, p. 4.

¹⁴ SÁEZ LACAVE, M^a Isabel, Las bases económicas del derecho de la junta de socios, en *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, abril de 2008, en www.indret.com, acceso el 22 de julio de 2008, p. 4.

¹⁵ PAZ ARES, Cándido, El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor, Bogotá: Bolsa de Valores de Colombia, 2004, p. 36. En tal sentido, señala el profesor (pp- 36-37) que “(e)l énfasis ha de ponerse en otros mecanismos que favorezcan la vigilancia por fuerzas externas del mercado. Ello obliga, en el campo de los derechos de los accionistas, a concentrar la atención en las siguientes cuestiones: (i) reforzamiento de los deberes fiduciarios de los administradores y accionistas de control en casos de conflicto de interés (operaciones vinculadas, explotación de oportunidades de negocio de la compañía, uso de activos sociales, etc.); (ii) elevación de la tutela de los minoritarios en las transacciones de transferencia del control (por ejemplo, reconociendo a su favor derechos de venta conjunta —tag along— o suprimiendo barreras a las opas) y en situaciones donde hay riesgo de dilución del valor de sus participaciones (por ejemplo, reforzando el derecho de suscripción preferente en nuevas emisiones, etc.); y (iii) promoción de la participación de los minoritarios en los procesos de decisión y control de la de la compañía, previendo sistemas de representación de la minoría en el Consejo, residenciando en la esfera de competencia de la Junta general materias relevantes (por ejemplo, la disposición de activos sustanciales), neutralizando la fuerza matemática de los accionistas de referencia (a través, por ejemplo, de la obligación de abstención o de proceder a votaciones separadas en transacciones que puedan plantear conflictos de intereses) y articulando medidas que pueden favorecer la implicación activa de los inversores institucionales —fundamentalmente, los fondos de pensiones— en los órganos de la sociedad. En el campo de la transparencia, los aspectos

Uno de los mecanismos para reducir aquellas situaciones de oportunismo están determinadas por las juntas de socios. Las referidas juntas, en busca de evitar dicha situación, cumplen diferentes funciones según la estructura de propiedad de la sociedad, es decir si esta se encuentra en manos de pocos o de muchos socios.

- a) En el primer caso, es decir en las sociedades de capital concentrado, el principal riesgo frente al socio (se entiende que no hay un mayoritario preponderante) es el de aprovechamiento de los administradores sobre el excedente que pueda producirse en la ejecución y desarrollo del Contrato de Sociedad. Los abusos de los administradores pueden ser de la más variada índole tales como el destino de los recursos adquiridos por la empresa (por ejemplo, uso del auto de la empresa o de las instalaciones para temas personales), contratación de personal allegado al administrador (por ejemplo, familiares o la contratación de una secretaria “bonita” en lugar de una más eficiente) o uso de los recursos de la empresa en actividades que en el corto, mediano o largo plazo no produzcan la maximización del interés del accionista (incentivos a actividades no vinculadas con la empresa a fin de incrementar el prestigio social del administrador). Todas estas situaciones no contempladas en el Contrato de Sociedad.
- b) En segundo lugar, respecto de sociedades con capital concentrado, la misión de la junta no es la vigilancia de los administradores (los cuales suelen ser los propios socios) sino en realizar el control necesario sobre los mayoritarios. En estos casos, la existencia de separación entre propiedad y control, tan cara a la doctrina norteamericana, es casi inexistente. “Parece entonces justificado deducir que la junta de socios en este entorno de propiedad concentrada pudiera tener encomendada la función de reducir la tasa de beneficios privados del control, beneficios sociales que pueden apropiarse los socios de control a costa de los minoritarios (...).”¹⁶

Ahora, es verdad que existen otros mecanismos a fin de resguardar los intereses de los socios tales como el otorgamiento de opciones sobre acciones a favor de los administradores, establecimiento de Directorios o Comités de Vigilancia, incluida la participación de miembros “independientes”, venta de acciones, mecanismos de listado en Bolsa (los cuales permitirán contar con mayor información pública sobre la Sociedad), el derecho de suscripción preferente¹⁷ o mecanismos de toma de control de sociedades (Ofertas Públicas de Adquisición), entre otras.

seguramente más importantes conciernen a (i) la información sobre la estructura de propiedad, incluida la que versa sobre pactos parasociales y sobre el grado de disparidad entre derechos económicos y políticos — participaciones cruzadas, “piramidizaciones” y demás técnicas que, formal o materialmente, alejan la compañía del estándar “una acción, un voto”—; (ii) la revelación pública de las operaciones vinculadas y transacciones sobre títulos de la compañía llevadas a cabo por insiders; y (iii) los estándares contables, el timing de la información financiera y las prácticas de auditoría. Es cierto que muchas de estas cuestiones merecerían un tratamiento en la legislación societaria, pero entretanto llega el momento de la reforma legislativa, será bueno ir ganando o allanando el terreno en el plano de las recomendaciones.”

¹⁶ SÁEZ LACAVE, M^a Isabel, Las bases económicas del derecho de la junta de socios, en InDret, Revista para el análisis del Derecho, abril de 2008, en www.indret.com, acceso el 22 de julio de 2008, p. 8.

¹⁷ En nuestro medio, RODRIGO PRADO, Luis Carlos, El Derecho de Suscripción preferente, en Tratado de Derecho Mercantil, Lima: Gaceta jurídica, pp. 777-818, ha enfocado al derecho de suscripción preferente como un mecanismo de reducción de los costos de agencia antes mencionados.

4. TIPOS DE NORMAS ANTE CONFLICTOS INTRA-SOCIETARIOS

En toda Sociedad, y en todo contrato, admitiendo la tesis planteada en el presente trabajo, existen circunstancias que no se pueden prever respecto de la relación jurídica creada. Es por ello que suele decirse que los contratos son siempre imperfectos debido a que la misma naturaleza de aquellos implica que no se puedan prever anticipadamente todas las futuras contingencias y/o problemas futuros.

Ahora bien, si dicha situación suele generar problemas en aquellos contratos en los cuales (i) la satisfacción del interés puede ser inmediata y en los que (ii) la referida satisfacción puede ser realizada por el otro sujeto de la relación, mayores son los problemas que se generan en los casos en los que el intereses (a) no se satisface de manera inmediata y (b) para la realización del mismo es necesaria la participación y/o colaboración *continua* de las demás contrapartes, como en el caso del contrato de Sociedad.

La situación descrita en el párrafo anterior suele generar problemas y conflictos entre los socios, conflictos derivados de la visión propia de cómo hacer negocio y las actividades necesarias para que el objeto social o de inversión pueda ser realizado. Por ello, nada tiene de extraño que las normas del Derecho de Sociedades, que son al fin y al cabo normas de una parte del derecho contractual, tal como ha sido planteado en el presente trabajo, cuente con un conjunto de normas e institutos destinados a que la existencia de tales problemas no tenga como consecuencia que *ex ante* los (futuros) socios pierdan los incentivos para contratar entre ellos. En tal sentido, podemos encontrar normas que *resuelven un conflicto concreto* entre los socios y normas que *deshacen la relación colectiva*.¹⁸

5.1. NORMAS QUE RESUELVEN UN CONFLICTO CONCRETO

Dentro del primer grupo, en general, podemos encontrar aquellas normas que se encargan de señalar cómo y quiénes toman las decisiones, cuál es la formalidad necesaria, en caso exista alguna, para que las decisiones tengan validez o eficacia, cómo se organiza en general la Sociedad, lo cual incluye líneas de mando u otros mecanismos. Asimismo, podemos encontrar las normas sobre la “recontratación” a la que hacíamos referencia hace un momento, es decir normas sobre los acuerdos sociales. También cabe incluir dentro de este tipo de normas a aquellas que permiten a los socios demandar la nulidad, anulabilidad o ineficacia de los acuerdos sociales, es decir, en general, la forma, modo y requisitos del ejercicio del derecho de impugnación.

5.2. NORMAS QUE DESHACEN LA RELACIÓN CONFLICTIVA

Además, existen las normas que deshacen la relación conflictiva dentro de la Sociedad, las cuales no son más que mecanismo de salida ante un problema que subjetivamente se manifiesta como irresoluble. Dentro de dichas normas encontramos aquellas referidas a (i) la disolución de la Sociedad, la cual representa la medida más extrema ante la irresolubilidad de un conflicto intrasocietario, (ii) la exclusión del socio, la cual no sólo se presenta en aquellos casos en los cuales

¹⁸ La diferenciación ha sido tomada del trabajo del profesor Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, Conflictos Intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de excusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada), en Revista de Derecho Mercantil, Nº 222, Año 1996, p. 1080.

existe un conflicto que haga inviable la vida societaria sino también por un tema de mera conveniencia como por ejemplo en los casos de disolución sin motivo, y (iii) el derecho de separación del socio, mediante el cual el socio puede salir de la sociedad debido a determinadas causales.

La existencia de las segundas normas implica que las primeras no han tenido la efectividad esperada. Implica que el problema se ha tornado irresoluble de la manera objetiva (disolución) o subjetiva (exclusión del socio¹⁹ o derecho de separación).

Teniendo en cuenta lo anterior, los acuerdos sociales constituyen una de las formas de resolver los posibles conflictos intrasocietarios al ser un mecanismo de recontractación mediante el cual los socios pueden encontrar la mejor manera de organizarse teniendo en cuenta que se encuentran ante un contrato por definición indeterminado y abierto.

5. LOS ACUERDOS SOCIETARIOS COMO ACTOS COLEGIALES

Habiendo señalado lo anterior, debe quedar claro que el acuerdo societario como acto colegial es una figura independiente, la cual responde a una lógica particular derivada de diversos factores, tales como la existencia de un órgano que se encarga de la expedición del mismo, la manera de formación del mismo o la amplitud de sus efectos. En dicho sentido, y sin que sea este el lugar propicio para ahondar en el desarrollo del acto colegial como negocio jurídico (lo cual sobrepasa el fin de estas líneas), la propia estructura del negocio jurídico como acto colegial determina una peculiar configuración del mismo, tanto en lo que se refiere a su régimen de celebración como de ineficacia, por poner dos ejemplos. En el último, sentido, por ejemplo, el maestro Enrique Elías señalaba lo siguiente:

“(L)as reglas generales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico para velar que las manifestaciones de voluntad se ajusten al mismo –nulidad y anulabilidad del acto jurídico- resultan por sí solas insuficientes para el caso de las sociedades, debido a que la formación de la voluntad en estas personas jurídicas se produce a través de un mecanismo complejo que opera con reglas muy concretas, así como por los múltiples intereses en juego cuando se discute la nulidad de acuerdos societario: interés de los accionistas, de los terceros relacionados con la sociedad y el interés general de brindar seguridad al tráfico mercantil.²⁰

¹⁹ Por ejemplo, respecto de la exclusión como una de las vicisitudes del Contrato de Sociedad se ha dicho que “(b)ien mirado, la exclusión es una sanción o un remedio particular del derecho de sociedades para dar respuesta a los problemas específicos de incumplimiento que se originan en el seno de una organización, y que en esencia constituyen infracciones del deber de lealtad de los socios. En los casos de las relaciones obligatorias, se habilita la manera para que el cumplidor pueda salirse de la relación si el otro incumple; en el caso de las relaciones societarias, la relación también se rompe, pero sólo para el que incumple. En este sentido, se trata de un remedio de naturaleza contractual adaptado a la idiosincrasia de las relaciones societarias: es la manera de prevenir y desterrar comportamientos indeseables, que constituyen el contenido del incumplimiento del socio, dado que las sanciones de carácter crudamente sinalagmático son poco o nada aptas para gobernar los incumplimientos en las relaciones societarias (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. 16).

²⁰ ELIAS, Enrique, Derecho societario peruano, la Ley General de Sociedades del Perú, Tomo I, Segunda edición, Trujillo: Editora Normas Legales, 2000, p. 371.

Hace un tiempo un autor nacional se refería al estudio de la promesa unilateral señalando que la misma era la “cenicienta” del Derecho Civil²¹. Cosa similar puede decirse respecto del acto colegial y de alguna otra no poca variedad de actos o negocios jurídicos a los que la doctrina nacional no les ha tomado la referida importancia y sobre los que se pueden presentar un sin número de interrogantes. Por ejemplo, a la promesa unilateral habría que agregar los (i) actos familiares, tales como el matrimonio (por ejemplo, respecto de este “acto jurídico”, para seguir a la nomenclatura del Código Civil, no se ha planteado la discusión de si el mismo es un acto jurídico o un negocio jurídico, con las importantes consecuencias de aplicación de normas de manera directa o por analogía, como si se ha hecho en otras latitudes), la declaración de paternidad o los negocios que fijan el régimen patrimonial de los cónyuges, (ii) el testamento como acto *mortis causa* por excelencia y, en lo que respecta a la presente exposición, (iii) el acto colegial.

El acto colegial es una construcción teórica tomada del Derecho Público. En él nace y en él se produce sus principales desarrollo. Es sólo posteriormente, una vez que la noción ha tomado forma en el Derecho Público, en que la misma es tomada por el Derecho Privado y utilizada en aquellos actos en los cuales existe una organización jurídica de por medio que se encarga de desarrollar una actividad de dirección principalmente.

En tal sentido, la noción de acto colegial tiene peculiaridades propias que hacen que el mismo no pueda ser “tratado” como los demás negocios jurídicos. Así como no es posible que las normas sobre contratos tengan una aplicación mecánica respecto de las normas de los negocios jurídicos unilaterales, como por ejemplo el negocio de apoderamiento, tampoco es posible realizar una aplicación mecánica de las normas y sobretodo de los principios que inspiran la regulación de las normas de contratos o de negocios unilaterales como el negocio de apoderamiento.

Por otro lado, la estructura del acto colegial responde a la peculiar regulación de los intereses involucrados, los cuales en las organizaciones duraderas suelen presentar variados aristas, por lo que debe considerarse a la misma no sólo el producto de una disquisición mental sino, y sobre todo, una figura creada o descubierta, si cabe el término, en la propia realidad económica y tendiente a resolver un problema práctico, el cual como ya se señaló es el de poder servir de mecanismo de recontractación entre los socios (con bajos costos de transacción).

²¹ HUANCO PISCOCHE, Henry, La cenicienta del Derecho Civil: La promesa de pago y el reconocimiento de deuda, en *Advocatus* N° 17, 2007-II.