

**DERECHO SOCIETARIO
Y NORMAS DE ORDEN PÚBLICO**

Prof. Dr. Gastón Certad M.^()*

(Recibido 24/07/07; aceptado 10/03/08)

(*) Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A.
e-mail@gcertad.ucr.oc Tel. 0000-0000.

RESUMEN

Este ensayo pretende arrojar un poco de luz, dentro del derecho de las sociedades mercantiles, acerca de un término difícil de definir, vago cuanto elemental, como el de orden público. Incursiona en el análisis, somero dada la naturaleza del ensayo, de la cláusula general del orden público en tema de sociedades, su relación con los denominados “pactos parasociales”, así como en los presupuestos lógico-jurídicos usados por los jueces para individuar el concepto de orden público en el derecho de sociedades. Ya al final, se trata también el tema, no menos espinoso, de la fuente del orden público.

Palabras clave: Orden público, sociedades mercantiles, pactos parasociales, principio de libre contratación, fuentes.

SOMMARÍO

Questo saggio aspira a chiarire, al interno del diritto delle società commerciali, un concetto difficile da definire, incerto quanto elementale, come é quello dell'ordine pubblico. Tratta e analizza, suscitamente in attenzione alta natura di questo saggio, lla clausola generale dell'ordine pubblico in tema di società e il suo rapporto con i cosiddetti “patti parasociali”, così come i presupposti logico-giuridici usati dai giudici per individuare il concetto di ordine pubblico nel diritto delle società. Poi, alta fine, tratta anche il tema, anch'esso assai difficile, delle fonti dell'ordine pubblico.

Parole chiavi: ordine pubblico, società commerciali, patti parasociali, principio di libera contrattazione, fonti.

SUMARIO

1. Las disposiciones contrarias al orden público
2. El orden público y el derecho societario
3. La cláusula general del orden público en materia societaria: la asamblea y el procedimiento deliberativo
4. El orden público y los denominados “pactos parasociales”
5. Presupuestos lógico-jurídicos generalmente utilizados por la jurisprudencia para individuar el concepto de orden público en el derecho de sociedades
6. El orden público y su fuente
7. Conclusiones

1.- El orden público ha sido considerado por mucho tiempo, sobretudo por la doctrina francesa,⁽¹⁾ un concepto difícil de definir, un concepto “tan vago cuanto fundamental”.⁽²⁾

La doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XIX fue de la idea de que el orden público debía individuarse partiendo del sustantivo (orden) y del adjetivo (público) que lo caracterizan.⁽³⁾

El contraste con los principios de orden público se buscaba en los conflictos con las normas de derecho público. Esto quiere decir, entonces, que el concepto de orden público inderogable se lo individuaba con referencia a las leyes, al interno del ordenamiento positivo y no como un concepto desvinculado del derecho positivo. Esto tuvo como efecto desviar la atención de la doctrina civilista hacia el concepto de “buenas costumbres” y ello porque la referencia a las buenas costumbres, es decir, a una fuente de valoración meta legal y, muchas veces, super legal, se convertía en el único apoyo positivo para todas aquellas ideologías, cristianas o laicas, que le negaban al ordenamiento jurídico una función exclusiva en las valoraciones de legitimidad. La consecuencia de esta desviación fue la de apartar el concepto de orden público y de utilizar en su lugar la cláusula *extra ordinem* de las buenas costumbres.⁽⁴⁾

La profunda evolución social y económica que caracterizó el final del siglo XIX y el principio del siglo XX llevó a un cambio en el modo mismo de concebir las buenas costumbres, identificándolo con un moral mas inmanente y más socializante respecto a la precedente identificación con una moral individual y trascendental.⁽⁵⁾

(1) BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, 1962.

(2) MALAURIE, J., *L'ordre public et le contract*, Reims, 1953, p. 3.

(3) FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1970, pp. 6 ss.

(4) FERRI, G.B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, en Enciclopedia del Diritto, XXX, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1980, p. 1045.

(5) FERRI, *op. cit.* en nota 3, pp. 68 ss.

La recuperación del concepto de orden público, opacado por las buenas costumbres y desvinculado de la subordinación a la ley, se dio en Europa en la década de los 30 del siglo pasado, con el florecimiento del nacional socialismo y el fascismo, haciéndolo coincidir con los valores del nuevo orden corporativo. Un orden público entendido en sentido dinámico, que asume el rol de catalizador de la funcionalidad de los intereses generales del Estado y de su política. Para Betti, el orden público debía conformarse a la nueva concepción dinámica y positiva del estado moderno.⁽⁶⁾

2.- En el derecho societario contemporáneo se recurre más de lo que podría creerse a la cláusula del orden público. Sus aplicaciones envuelven, amén del principio de tipicidad de las sociedades y al régimen de responsabilidad, también a otros aspectos de la disciplina, entre los cuales destacan, sobretodo, la asamblea de socios y su funcionamiento.⁽⁷⁾

El orden público es, entonces, un principio que atraviesa transversalmente el derecho societario y, por las implicaciones que determina, constituye un fuerte límite a la autonomía privada.

Una respetada sentencia de la Casación italiana ha dicho que “*por enseñanza común las derogaciones a la disciplina legislativa encuentran su límite en la inderogabilidad de las normas de orden público*” y que “*entre ellas se hallan, en general, las disposiciones relativas a las garantías predispuestas en el interés social para la validez de las deliberaciones*”.⁽⁸⁾

(6) EMILIO, *Teoria generale del negozio giuridico*, U.T.E.T., Torino, Italia, 1952, p. 398.

(7) Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada para el procedimiento de la asamblea en las sociedades de capital, véase GRIPPO, G., *L'assemblea nelle società per azioni* en Trattato di diritto privato dirigido por Pietro Rescigno, XVI, Impresa e lavoro, tomo II, U.T.E.T., Torino, Italia, 1985, pp. 363 ss.

(8) Sentencia n. 3484 del 30 de noviembre de 1959, cit. por GIORDANO, Domenico, *Le limitazioni all'autonomia nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, p. 175.

Por otra parte un tribunal romano dijo que “*desde el momento en que el legislador atribuye a las sociedades de capital la personalidad jurídica, además de la correlativa y total separación del patrimonio del ente de los de los socios, les impone una estructura típica cuya integridad está preservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disponer o, como quiera que sea, de disminuirla con actos de autonomía privada*”.⁽⁹⁾

La consecuencia jurídica de este orden de ideas es el aplastamiento de la autonomía privada en relación al dictado normativo, lo que equivaldría a negar la autonomía privada en las sociedades mercantiles; y esto no obstante que los ordinales 18 y 104 prevean que la escritura constitutiva (es decir, el principal acto de autonomía privada en materia societaria) contenga, en síntesis, las normas relativas al funcionamiento de la sociedad y “cualquier otra convención que hubieran consentido los fundadores”.

Preguntémosnos: ¿qué sentido tiene admitir la posibilidad de que los socios puedan adecuar el reglamento normativo a sus necesidades concretas si luego el ordenamiento impone, para las sociedades con personalidad jurídica, una estructura típica cuya identidad debe ser protegida (por los mismos socios) para tutelar a terceros y a la colectividad? La necesidad de protección es individuada en el orden público, ¿pero este límite puesto por el sistema para su propia protección en qué consiste exactamente? ¿Es un límite que se llena sólo con las fuentes legales o es un límite meta legal?

3.- En el derecho societario contemporáneo existe una tendencia generalizada a recurrir a la cláusula del orden público con la finalidad de limitar la autonomía privada, considerando nulas todas aquellas cláusulas del pacto constitutivo mediante las cuales los socios tratan de adaptar a sus concretas necesidades la reglamentación de la *fattispecie*, sobretudo en lo tocante a la estructura organizativa de la sociedad propiamente dicha y a la asamblea de socios y su funcionamiento.⁽¹⁰⁾

(9) Apelación del 24 de noviembre de 1991 cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota anterior, p. 177.

(10) GRIPPO, *op. cit.* en nota 7, pp. 363 ss.; SERRA, A., *Assemblea. L'assemblea: procedimento*, en Trattato delle società per azioni, U.T.E.T., vol. 3, II, Torino, Italia, 1993, pp. 51 y 53.

Existen algunas dudas que, hasta donde tenemos conocimiento, no han sido resueltas por nuestra jurisprudencia. Una de ellas es si pueden los socios prever, en el pacto social, un quórum constitutivo o un quórum deliberativo o de votación, o ambos, más amplio(s) que los establecidos en el artículo 171 para las asambleas generales –sobretudo las extraordinarias– en segunda convocatoria⁽¹¹⁾ (norma esta que consideramos la más nefasta de todo el conjunto normativo regulador del contrato de sociedad en el código), y ello en base a que el propio legislador sí ha contemplado una ampliación de ambos quórum para la primera convocatoria de esas asambleas en el numeral 170 cuando afirma “salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada”.⁽¹²⁾

Dice el 171: “Si la asamblea ordinaria o extraordinaria se reuniere en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes”.

El problema planteado enviste directamente la interpretación de este artículo y en particular la configuración de dicha norma como disposición de imperio o no.

Lo que sucede es que el ordenamiento jurídico rara vez dice expresamente cuándo una norma es imperativa o no, y en las hipótesis en que los datos textuales no son seguros, el intérprete está obligado a

(11) El problema parece circunscrito a las solas asambleas extraordinarias, pues en cuanto a las ordinarias la tendencia de la doctrina es a invalidar toda modificación para evitar que, por ese medio, se impida la adopción de acuerdos esenciales para la vida normal de la sociedad, como la aprobación del balance y el nombramiento de los directores o consejeros y del fiscal, perjudicando de esta manera la eficiencia de la empresa social, tesis que apoya mayoritariamente la doctrina italiana y autores como COTTINO, DI SABATO, GRAZIANI, GRIPPO, MONTAGNANI, SANTONI, etc.

(12) Hemos notado una tendencia general en la doctrina nacional y extranjera, que compartimos, a excluir la validez de las cláusulas estatutarias que prevén el consentimiento unánime de los socios o mayorías tan elevadas que equivalen casi a la unanimidad en materia de deliberaciones de asambleas generales de socios. En Italia, comulgan con esta tesis, GALGANO, MIGNOLI, PELLIZZI, etc.

recorrer la insidiosa vía de los principios, corriendo así el riesgo, cuando el principio no se apoye en sólidas bases lógicas y esté anclado a seguros arneses positivos, de abrir una peligrosa brecha a la libertad creadora de la mente y del derecho.

El Registro Público, desde hace tiempo, ha venido sosteniendo que esta norma es de orden público y que, por ende, no puede ser variada por los socios en el pacto social –lo que la hace inderogable–, tesis esta muy similar a la sostenida por la jurisprudencia italiana a mediados del siglo pasado. Se concluiría, entonces, que cualquier cláusula que pretenda modificar los quórum establecidos en esa norma resultaría ilegítima por estar en contraste con principios de orden público. Esta posición parece surgir de la idea que la presencia de un quórum constitutivo o declarativo distinto al normativo contrastaría con la necesidad de asegurar el normal funcionamiento del órgano deliberativo y, por su medio, la vitalidad misma de la sociedad, lo que equivale a deducir del conjunto normativo un (dudoso) principio de “funcionalidad de la asamblea” que fundamentaría la nulidad de todas aquellas cláusulas que prevean un quórum diferente al legal.⁽¹³⁾

El razonamiento de los jueces de la Suprema Corte italiana puede ser sintetizado en los siguientes términos: En la sociedad la asamblea desempeñaría un rol esencial, tanto porque ella es el principal órgano de decisión de la sociedad cuanto porque a ella el legislador le confía la tarea de aprobar el balance, esto es, el documento contable más importante de la vida de la sociedad, cuyos resultados afectan no sólo a los socios sino también a terceros. De este orden de ideas hacen deducir la existencia de un principio general de esencialidad del funcionamiento de la asamblea, principio que encuentra su apoyo normativo en la norma que impone la convocatoria de la asamblea general por lo menos una vez al año (art. 155). Si se reconociera, siguen razonando los magistrados italianos, la autonomía estatutaria en tema de quórum para la asamblea, se le daría eficacia a dos manifestaciones de voluntad, ambas contenidas en el pacto constitutivo, que vendrían sustancialmente a eliminarse: por un lado la determinación de darle vida al ente social, por el otro, la fijación de modalidades que obstaculizarían el funcionamiento de los órganos vitales del ente mismo. En resumen: la jurisprudencia italiana de comentario, en nombre de la

(13) Sentencia de Casación n° 2669 del 26 de octubre de 1964 y sentencia del Tribunal de Cassino del 20 de marzo de 1992 cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8, p. 185, notas 22 y 23.

“esencialidad” de la función de la asamblea, ha considerado, al igual que nuestro Registro, normas de orden público las disposiciones relativas a los quórum de la asamblea general.

Lo sugestivo de esa posición nos llevó a nosotros durante algún tiempo a hacer las siguientes consideraciones: por las materias que una asamblea general ordinaria normalmente conoce, indicadas en el ordinal 155, es obvio que se trata de temas indispensables para el desarrollo normal de la actividad social, sobretodo, las enumeradas bajo los literales a) y c) de esa norma. No sucede igual con la asamblea extraordinaria cuyas materias, indicadas en el artículo 156 y que se resumen, prácticamente, a variaciones al pacto social de la sociedad, son de más delicadas. Así las cosas, si fuere convocada una asamblea ordinaria y no se alcanzare en la primera convocatoria el quórum de constitución previsto en el artículo 169 (mitad de las acciones con derecho a voto), parece lógico y consecuente, ante la trascendencia de los asuntos a tratar en ese tipo de juntas para el buen desempeño de la actividad empresarial, que el legislador estimule la segunda convocatoria bajando el quórum de formación a su más mínima expresión –una acción–. En ese sentido, y limitadamente a las asambleas ordinarias, nos parecía que la disposición *sub examine* era intocable y que buena razón tenían nuestro Registro y los jueces italianos de calificarla de orden público. Por el contrario, si se convocare una asamblea extraordinaria y no se alcanzare en la primera convocatoria el quórum de constitución previsto en el artículo 170 (tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto), aplicarle a la segunda convocatoria los quórum extremadamente reducidos señalados en el numeral 171, sobretodo el de formación, sería sumamente peligroso (un solo accionista podría decidir las reformas al pacto social señaladas en el orden del día de la convocatoria). Nos parecía entonces que, en lo relativo a las asambleas extraordinarias, los quórum indicados en la norma de comentario sí podían ser modificados por los socios, al no tratarse para nosotros de una norma inderogable por las razones apenas apuntadas.

Ahora bien; que la función de la asamblea de socios sea importante en las sociedades de capital es una consideración que creemos que podemos acoger sin dificultad; pero que semejante consideración sea luego vestida con el hábito del orden público nos parece ahora, después de recapacitar, una barbaridad consecuencia del yerro de no haber anclado el principio del orden público a algún valor.

Si este es el error lógico, aun más grave es el error en el cual se incurrió en el uso concreto del principio, convertido en instrumento para afirmar la inderogabilidad de normas respecto a las cuales no estamos en grado de llegar a un análogo resultado mediante la hermenéutica de los datos normativos.

Así, el orden público termina siendo un principio *extra ordinem* utilizado fuera de todo control.

Con sólo volver nuestra atención a las normas que en nuestro código regulan las asambleas de cuotistas en la sociedad de responsabilidad limitada caemos en la cuenta que la necesidad de mantener inalterados los quórum de las asambleas de accionistas en segunda convocatoria no responde a razones de orden público. El artículo 94 prevé para la s.r.l. esta asamblea –que nosotros llamamos ordinaria–⁽¹⁴⁾ sólo en primera convocatoria. Consideramos que el acto constitutivo, con fundamento en el inciso 19 del artículo 18, puede prever válidamente una segunda convocatoria con quórum establecidos consensualmente. Nótese que también que esta asamblea de la s.r.l., al igual que la ordinaria de la s.a., aprueba el balance, nombra a los administradores y se debe reunir por lo menos una vez al año, y ello no obstante, para estas sociedades, a pesar de ser idénticos los asuntos que sus asambleas “ordinarias” conocen y los intereses que los respaldan, la ley misma admite variaciones estatutarias a su funcionamiento. Esta sociedad puede, en nuestra opinión, aumentar y disminuir los quórum previstos en primera convocatoria, así como podrá reglamentar libremente, respetando siempre el principio mayoritario, el funcionamiento de la asamblea ordinaria en segunda convocatoria.

Ahora bien; si damos como buena la necesidad de evitar que a causa de la imposición de quórum constitutivos o deliberativos se verifique una situación de parálisis del órgano deliberativo con la consiguiente eventual imposibilidad de aprobar, vgr., el balance, ¿cómo puede sostenerse que para la s. a. la cláusula estatutaria contrasta con un principio de orden público si, para la s.r.l., en presencia de una análoga situación y de una identidad en los intereses tutelados, es el mismo ordenamiento jurídico el que lo admite de manera expresa?

(14) CERTAD, Gastón, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2005, pp. 206 ss.

Ante semejante razonamiento nos parece evidente la conclusión de que la cláusula del orden público ha sido utilizada, una vez más por nuestro Registro Nacional, y también por los Jueces italianos, de manera impropia como instrumento para limitar arbitrariamente la autonomía privada en materia societaria.

Por último hacemos la observación de que el aumento de los quórum, sobretodo el constitutivo, es adoptado generalmente como garantía para los socios minoritarios (o sea, para la realización de un interés mercedor de tutela jurídica), de donde no nos parece justo truncar esos cambios argumentando el peligro de que la sociedad, con ellos, se paralice en su normal funcionamiento. Le recordamos al paciente lector que hasta la fecha nadie ha puesto en tela de duda la validez de un contrato social perfeccionado por sólo dos socios, o por dos grupos claramente identificados de socios, con igual número de acciones que, en caso de diferir de criterio sí generaría la paralización del funcionamientos de la asamblea primero y de la propia sociedad después!

Si la sociedad –como anuncian los jueces italianos– no pudiera funcionar por culpa de una modificación de los quórum de la asamblea fijados por la ley, es señal de que los socios deben esforzarse en buscar un consenso mayor, y si esto no fuere posible, ello querrá decir que el acuerdo entre ellos ya no existe; y, entonces, bienvenida sea la disolución de la sociedad por imposibilidad de realizar el objeto que persigue (art. 201 inciso b). La sociedad es, hasta que se demuestre lo contrario, cosa de los socios y no de la colectividad; los acreedores sociales y los terceros encuentran tutela suficiente en las normas sobre la integridad del patrimonio y del capital social y en las que regulan el procedimiento de liquidación.

4.- Provenientes del derecho anglo-sajón, la utilización de los denominados “pactos parasociales” o “*shareholders agreements*”⁽¹⁵⁾ se ha

(15) Dentro de ellos aparecen los llamados “sindicatos de voto” que son contratos concertados fuera del pacto social mediante los cuales algunos socios de una sociedad se empeñan a concordar preventivamente el comportamiento que deben asumir en una asamblea y a uniformar el voto con una línea de conducta común para conferir, a todos los socios sindicados, la consistencia de un grupo homogéneo.

La literatura en este tema es bastante amplia en Italia: COTTINO, Gastone, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958; FARENGA, Luigi, *I contratti parasociali*,

incrementado últimamente como una vía de solución satisfactoria para tantos problemas que plantea, continuamente, el funcionamiento de las sociedades de capital. El problema es que nuestro código no se refiere a ellos, ni siquiera los menciona, y entonces la pregunta que surge es acerca de su validez y eficacia; y para agravar aún más la situación, no tenemos conocimiento de que nuestra jurisprudencia se haya referido a ellos.

Tales pactos, convenios o contratos responden a la necesidad de recolectar y coordinar las fuerzas para un más incisivo ejercicio de los derechos sociales, tanto de parte del grupo de control, que de esa manera reforzará su poder asegurándose una más sólida línea de administración, cuanto de los socios minoritarios, que podrán utilizar al máximo los instrumentos que el ordenamiento predispone para una acuciosa obra de control y de contraste al grupo mayoritario.

La característica principal de tales pactos, cuyo contenido puede asumir los más variados objetos, es la de ser una convención que se coloca formalmente fuera del acto constitutivo y del estatuto de la sociedad pero que produce reflejos sustanciales sobre la organización creada con el contrato social, esto es, representan un interesante muestra de la autonomía privada en materia societaria, sea que revista la forma de una cláusula derogatoria del pacto constitutivo (como en el caso de cláusulas que inciden sobre los quórum de las asambleas o sobre su funcionamiento) o cuando, ejerciendo su libertad contractual, los socios creen una estructura organizativa intermedia entre ellos y la sociedad destinada a influir diversamente sobre el contrato social.

Por esas razones, la jurisprudencia italiana ha recurrido al “salvavidas” de la cláusula general del orden público, al igual que hizo, según vimos, con las cláusulas sociales que pretender modificar los quórum de las asambleas o su funcionamiento, para atacar la procedencia de los pactos parasociales y, en especial, de los sindicatos de administración y de los sindicatos de bloqueo. Prueba de ello es la sentencia de apelación Roma del 24 de enero de 1991: “*Desde que el legislador le atribuye a las sociedades de capital la personalidad jurídica, así como la correlativa y total separación del patrimonio del*

Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1987; RESCIO, G.A., *I sindacati di voto*, en Trattato della società per azioni, dirigido por Colombo y Portale, Vol. III, t. I, U.T.E.T., Torino, Italia 1994, pp. 483 ss.; SANTONI, Gerardo, *Patti parasociali*, Morano Editore, Napoli, Italia, 1986; SEMINO, G., *Il problema della validità dei patti parasociali*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

ente de los de sus socios, les impone a estos una estructura típica cuya integridad es conservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disponer, o bien de reducirla, con actos de autonomía privada".⁽¹⁶⁾ Por su parte una sentencia de Casación dijo que "*las normas que disciplinan la estructura y el funcionamiento de las sociedades regulares, dada la incidencia de su actividad en la vida comercial e industrial del país, ... no son de interés privado sino de orden público*";⁽¹⁷⁾ mientras otras declararon la nulidad de "*todo pacto entre socios que establezca un conjunto organizativo o funcional del organismo societario, distinto al establecido por el legislador... como nulo es el pacto con el que vengán decididos por los socios en lugar que por a asamblea, los criterios de nombramiento de los administradores*".⁽¹⁸⁾

La validez del pacto de sindicato accionario de voto "*debe ser establecida con vista en las situaciones concretas y puede ser excluida, por violación a normas y principios imperativos, cuando a través del pacto mismo la asamblea resulte permanentemente vaciada de función y contenido o cuando se suprima la libertad de voto con la posibilidad de formación de mayorías ficticias o cuando el voto resulte vinculado a intereses en contraste con el interés social o a favor de personas en conflicto de intereses con la sociedad misma*". Siguen discutiendo los Magistrados Italianos: "*ciertamente no obstante poder ser derogadas algunas de las normas concernientes el desarrollo de la asamblea, es inderogable la disciplina estructural del instituto que coloca a ésta como órgano soberano de la sociedad...no podría, correlativamente considerarse válido un pacto que por número de adherentes al sindicato accionario, por la indeterminación y la generalidad de las obligaciones a las que se extiende el vínculo de los adherentes mismos y por su duración sirva para reducir la asamblea a un mero simulacro*".⁽¹⁹⁾

(16) Cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8, p. 197.

(17) N° 136 del 25 de enero de 1965, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(18) N° 3181 del 17 de abril de 1990; n° 5778 del 22 de diciembre de 1989; n° 326 del 18 de enero de 1988, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(19) Cas. N° 1581 del 23 de abril de 1975; cas. n° 1290 del 23 de abril de 1969, cit por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

Por su parte, el Tribunal de Monza, Italia, en uno de sus fallos estipuló que “*el vicio relativo al procedimiento de formación de las mayorías y a la expresión del voto en la asamblea se cubre con situaciones adosadas a normas de orden público que envuelven el mismo ordenamiento del ente corporativo o intereses generales y superiores de la colectividad de los socios; intereses, que no siendo como tales disponibles, no pueden ser objeto de compromisos*”.⁽²⁰⁾

En síntesis, la jurisprudencia italiana ha dicho que mediante los pactos de sindicato se vendrían a crear mayorías ficticias en la asamblea y un vacío de la asamblea que quedaría reducida a un mero simulacro.

Lo cierto es que la jurisprudencia de la península en tópicos de pactos parasociales, de la que venimos discurriendo, distinguió entre sindicatos con eficacia “obligatoria”⁽²¹⁾ y sindicatos con eficacia “real”,⁽²²⁾ asumiendo respecto a los primeros una posición más permisiva que respecto a los segundos. Pues bien; la jurisprudencia, ante la obligatoriedad del pacto que no le permite al socio separarse de las determinaciones del sindicato, se orientó en el sentido de declarar nulas tales convenciones por contrariedad al orden público.⁽²³⁾

Observamos que el instrumento adoptado por los jueces italianos para reprimir esos acuerdos entre los socios es, una vez más, y tal como lo hicieron respecto a las cláusulas modificativas de los quórum de asamblea, según se vio, la cláusula general del orden público. Nos parece que esta es, otra vez más, una visión seguramente anacrónica del concepto de orden público.

(20) 14 de marzo del 2000, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

(21) Que son todos aquellos pactos en los que los socios, habiéndose obligado a votar conforme a la decisión tomada al interno del pacto, ejercitan directamente el derecho de voto en la asamblea.

(22) Que son todos aquellos contratos en los que los parasocios, con el fin de excluir la posibilidad concreta de un incumplimiento de los empeños asumidos en el pacto, transfieren a terceros, en el momento mismo de su adhesión al pacto, la tarea de votar en el sentido indicado en el sindicato; finalidad que se cumple mediante el otorgamiento de un mandato irrevocable a una sociedad “fiduciaria” para que vote según como fue acordado en el pacto, endosándole “por poder” sus acciones a dicha sociedad (art. 700) o bien depositándolas ante ella.

(23) Tribunal de Milán, 28 de marzo de 1990, cit. por GIORDANO, *op. cit.* en nota 8.

Nos preguntamos, ¿pero esos pactos verdaderamente contrastan con el principio del orden público, o el recurso a esta norma constituye sólo un “salvavidas”, un *slogan* usado “irresponsablemente” para entorpecer la libertad contractual de los sujetos?

La verdad es que el recurso al orden público hecho por la jurisprudencia itálica para proteger un pretendido principio de salvaguarda y tutela de las normas que regulan el funcionamiento y las atribuciones del órgano deliberativo, a nosotros nos parece arbitrario; circunstancia ésta que emerge de manera diáfana del control societario y de la copropiedad de paquetes accionarios, casos en los que se produce una situación del todo análoga a la de los sindicatos de voto que deliberan mayoritariamente y, ello no obstante, ningún cuestionamiento ha sido hecho jamás por la jurisprudencia de ese país, ni de ningún otro que nosotros conozcamos!

Una vez más el principio del orden público es usado por los jueces como cláusula general para comprimir la autonomía privada!

El otro argumento utilizado por los juzgadores italianos para declarar la ilegitimidad de los sindicatos de voto es el del vaciado de la asamblea que quedaría así reducida a un mero simulacro (en dicha hipótesis, se arguye, las decisiones se tomarían fuera de la asamblea y dentro del pacto de sindicato).

Sobre el particular creemos oportuno señalar que no existe ninguna norma que le imponga a los socios crear ideas sólo en la asamblea, ni otra que les imponga no oír la opinión de los demás socios o de aquellos con los que tengan una mayor familiaridad para intercambiar una idea o ponerse de acuerdo para su comportamiento en la asamblea;⁽²⁴⁾ es más, el artículo 172 induce a concluir exactamente lo contrario.

Lo anterior nos permite afirmar que el procedimiento de la asamblea, tal y como está disciplinado por el legislador, se reduce a una serie de reglas formales que no se refieren nunca a la posición sustancial del socio respecto a la concreta deliberación.

(24) FARENGA, op. cit. en nota 15, p. 336; ROSSI, S., *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, pp. 441 ss.

5.- La jurisprudencia, sobretodo italiana, como hemos tenido oportunidad de ver en este opúsculo, recurre frecuentemente a la cláusula general del **orden público**, limitando de esa manera la autonomía privada en materia societaria.⁽²⁵⁾ La consecuencia concreta de semejante actitud es la de afirmar, bajo el perfil jurídico, una especie de inmutabilidad del modelo legal.

A nosotros nos parece que la jurisprudencia le da un contenido concreto a la cláusula del orden público “zigzagueando” entre una concepción normativa y una concepción extralegal, bajo el empuje de un inconsciente temor a abrirse a la autonomía privada. En esas primeras sentencias⁽²⁶⁾ los jueces italianos se remiten a un concepto de orden público funcionalmente orientado por la persecución de las finalidades del Estado.

Por el contrario, la jurisprudencia parece moverse desde una concepción normativa de orden público (es decir, de un concepto de orden público deducible de todas las normas de derecho positivo) cuando el análisis parte de una exégesis del dato normativo, como por ejemplo, en la hipótesis de la inderogabilidad del quórum de ley de las asambleas de la s.a. en segunda convocatoria; aquí se ha afirmado que las reglas que sirven a la función de la asamblea son de orden público.⁽²⁷⁾

El asunto se nos presenta aún más grave si consideramos que el recurso al orden público es en realidad el expediente utilizado cada vez que la inderogabilidad de la norma no puede ser afirmada con seguridad del solo examen de los datos normativos. De esta manera

(25) Yerro del que también participa activamente nuestro Registro Nacional.

(26) Véase sentencia de Cass. n° 136 del 25 de enero de 1965 cit. en nota 17. *“las normas que disciplinan la estructura y el funcionamiento de las sociedades regulares, dada la incidencia de su actividad en la vida comercial e industrial del país, esto es, en una esfera de intereses generales de la colectividad, no son de interés privado, sino de orden público”.*

(27) Cass. n. 3486 del 30 de noviembre de 1959, cit. en nota 8 *“... por enseñanza común, las derogaciones a la disciplina legislativa encuentran un límite en la inderogabilidad de las normas de orden público”* y que *“entre ellas están, en general, las disposiciones relativas a las garantías predispuestas en el interés social para la validez de las deliberaciones”.*

resulta sencillo afirmar que aquella determinada disposición es inderogable por ser contraria a una disposición que codifica un principio de orden público.

Sin embargo, los jueces también recurren al orden público cuando falta expresamente una norma o cuando, aun en presencia de una expresa disposición normativa, del reconocimiento del dato legislativo esa “imperatividad” no puede deducirse, o es desmentida por situaciones análogas.⁽²⁸⁾

6.- Para que la cláusula general del orden público pueda absolver correctamente su función es importante evitar, por un lado, que ella se convierta en un inútil duplicado de la norma imperativa misma o de las buenas costumbres y, por el otro, lo que sería más grave aun, que una aplicación descontrolada de la misma termine en el arbitrio. Para ello, se hace necesario fijar los presupuestos a partir de los cuales debe moverse todo razonamiento en tema de orden público, empezando de la individuación de los principios de referencia, precisamente los que han venido a faltar en la aplicación jurisprudencial hasta aquí examinada.

El concepto de orden público ha sido identificado tanto como una norma no expresa derivada por sucesivas abstracciones del conjunto de las leyes vigentes, cuanto como un elemento separado del sistema normativo y, por ende, de alcance, más amplio. En ambos casos el resultado ha sido que el orden público ha terminado confundéndose bien con las normas imperativas, bien con las buenas costumbres.

¿Cuál es entonces el contenido efectivo del orden público? ¿Es conceptualmente autónomo de las normas imperativas y de las buenas costumbres, o no?

Normalmente el legislador utiliza la elipsis “contrario(a)s al orden público y a las buenas costumbres”,⁽²⁹⁾ y porque estas últimas se colocan en el terreno meta jurídico de la moral parece casi lógico atribuirle al orden público un ámbito más bien normativo.

(28) Nos preguntamos ¿cómo puede dar origen a una prohibición, por contraste con un principio general de orden público, lo que el ordenamiento jurídico mismo expresamente admite en *fattispecie* análogas?

(29) El párrafo segundo del artículo 28 de nuestra Constitución Política dice: “Las acciones privadas que no **dañen la moral o el orden público**, o que

Pareciera que lo primero que debemos resolver es si el orden público se coloca en el plano de las normas y del ordenamiento jurídico o más bien fuera de él, y sea por lo tanto, como las buenas costumbres, una cláusula *extra ordinem*.

Ahora bien; si consideramos el orden público como una cláusula general que tiene su fuente de conocimiento fuera del ordenamiento jurídico, surge inmediatamente el problema de individuar la fuente, es decir, ese conjunto de principios que dotan de contenido concreto a la cláusula, fuente que, según la historia y la filosofía del derecho, sólo podríamos encontrar en el derecho natural o en el Estado. De acuerdo a la primera hipótesis, el orden público terminaría perdiendo su propia autonomía en cuanto absorbido por las buenas costumbres; de acuerdo a la segunda, el orden público coincidiría con los valores del Estado, sea un Estado Laico, un estado socialista, el Estado de la revolución nacionalsocialista, etc.

De las dos hipótesis sólo el enganche a los valores del Estado le garantizaría al concepto de orden público una existencia autónoma respecto a las buenas costumbres, pero quedaría irresoluto el problema de la individuación de los principios del Estado en los que debe inspirarse el orden público.

También aquí se nos presenta una doble alternativa: o el orden público es una cláusula general en el sentido de concepto desligado del sistema normativo vigente pero anclado a algunos principios (todos a determinar), o es una cláusula *extra ordinem*, en el sentido de concepto desligado de la ley y de esos mismos principios, caso en el cual el orden público tiende más a parecerse a una verdadera y propia actividad creadora de normas que a una cláusula general, solución que nos parece del todo inaceptable por ser contrastante con el concepto mismo de orden y acercarse demasiado al de anarquía!

no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley". El artículo 3 de nuestro Código Civil reza: "*El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten **contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo***". Por su parte, el artículo 18 *ibídem* estatuye que "*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidos cuando **no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros***".

Si consideramos el orden público como una cláusula general que halla en las leyes o en el ordenamiento jurídico, conjuntamente, los elementos que le permiten especificarlo, se nos presenta entonces el problema de individuar cuáles leyes son en sí la expresión del concepto de orden público. Sin embargo, se podrá definir una ley como ley de orden público sólo en cuanto se dé en ella la presencia del orden público. Y es evidente entonces que el concepto de orden público tiene que ser externo a la norma y a ella lógicamente preexistente.⁽³⁰⁾

No hay duda que el concepto de orden público adquirió en nuestro país un significado y un alcance nuevo y diferente con la entrada en vigencia de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 que, amén de ser una constitución rígida⁽³¹⁾ es una constitución por principios. Fundamentalmente en los derechos y garantías individuales (Título IV, artículos 20 a 49), pero también en los derechos y garantías sociales (Título V, arts. 50 a 74) que contemplan más detalladamente las distintas relaciones en las que se sustancia el ordenamiento jurídico de las relaciones políticas, civiles, ético-sociales a las económicas, están encerrados los principios de nuestra sociedad que sirven para conformar el orden público.

Y precisamente porque estamos ante elementos fundamentales, ellos constituyen un núcleo inmodificable, de modo que cualquier incidencia en ellos determinaría la alteración del sistema comprensivamente diseñado en la Carta Magna.⁽³²⁾

(30) FERRI, G.B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, voz en Enciclopedia del Diritto, XXX, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1980, p. 1047.

(31) Las normas constitucionales están sustraídas a la abrogación o derogación por parte de leyes ordinarias. La rigidez de la constitución conlleva a la necesidad de recurrir, para una modificación del texto constitucional, al procedimiento “agravado” previsto por las normas de revisión de la constitución (Título XVII, arts. 195 y 196). La ley ordinaria que choque con la normativa constitucional se halla en una situación de ilegitimidad.

(32) Y no pueden ni siquiera ser modificados con el procedimiento de revisión constitucional el que, si bien dirigido a adecuar las prescripciones constitucionales a las cambiadas necesidades, debe siempre respetar los connotados trazos del pacto constitucional.

Si esta es la función reconocida a los principios constitucionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es a ellos a los que debe anclarse el principio general del orden público.

Y si los principios generales del ordenamiento del Estado encuentran en la misma Constitución Política su principal referente, entonces, el concepto de orden público, como principio general, encuentra su contenido dentro de esos principios constitucionales.

7.- Hemos concluido en estas líneas que la cláusula general del orden público absuelve la función de adecuación de la autonomía privada a los principios fundamentales del ordenamiento normativo.

Como correctamente alguien ha dicho, el orden público, como límite a la actuación contractual, no sirve para individuar una supremacía del interés público sobre el interés privado con la consecuencia de que éste deba ceder frente aquel, sino que expresa, más simplemente, la necesidad de que los sujetos de derecho privado con sus convenciones, no destruyan aquellos valores fundamentales en los que se funda el orden social y que realicen sus relaciones respetando aquellos valores y aquellos principios que el Estado considera esenciales y caracterizadores de la organización social en un determinado momento histórico.

El orden público, entonces, no es un límite a los derechos fundamentales del individuo, en función de intereses superiores de la comunidad estatal, sino que pone límites a la autonomía de los sujetos, en función al respeto de los valores fundamentales en que se basa y que caracterizan al ordenamiento jurídico.

El orden público, correctamente entendido, desarrolla la tarea de controlar que la autonomía privada se exprese de manera correcta y que el principio de libertad, insito en el concepto de autonomía, sea tal no sólo bajo el perfil formal sino también bajo el perfil sustancial.

Llegados a este punto tenemos que individuar ahora cuáles son, en el sector del derecho comercial, esos principios fundamentales contenidos en la Constitución.

A nosotros nos parece que Nuestra Carta Magna los individua de manera suficientemente clara. Ellos son, limitándonos sólo a los principales, la libertad de iniciativa económica (arts. 46 y 50), y sus límites

la libertad (art. 26), la dignidad humana (art. 33) y la utilidad social, y la propiedad privada (art. 45).

Visto lo anterior es evidente que el error principal en que ha incurrido la doctrina es el de referirse a un concepto de orden público económico, es decir, a un concepto de orden público aplicable a relaciones económicas, cuyos principios se infieren en relación a la legislación de un determinado sector como el bancario, el de los seguros y el bursátil.

El orden público no puede deducirse de una legislación de sector porque anclar un principio general a un dato normativo equivale a construir sobre la arena.

Seguramente una norma puede codificar un principio de orden público, pero no es necesariamente verdadero lo contrario: de una norma no puede deducirse un principio general. Así, el orden público terminaría aplastándose sobre la ley perdiendo de tal manera su carácter “general” (y su idoneidad para durar en el tiempo) por quedar ligado al carácter temporal y variable del dato legislativo.

El orden público entra en el dato normativo desde afuera y no podemos entonces individualarlo partiendo de él, porque en el elemento legislativo encontramos la norma imperativa pero no el orden público.

Así las cosas, la cláusula del orden público opera como límite a la autonomía privada en función de garantía. Como hemos dicho, ella absuelve la función de impedir que los sujetos, con sus convenciones, destruyan aquellos valores de solidaridad, seguridad y garantía, que el ordenamiento jurídico considera fundamentales en la sociedad costarricense.

Sin embargo, mientras a la ley se le atribuye la función de darle concreta actuación a los principios, removiendo los obstáculos que se presentan para evitar su realización, la cláusula del orden público opera en una dimensión meramente negativa.

De todo esto descienden los siguientes corolarios:

Que el juez no puede sustituir al legislador prohibiendo lo que el legislador nunca ha prohibido;

Que si no es posible afirmar con certeza que una cláusula del acto constitutivo de una sociedad contrasta, por aspectos esenciales (y no marginales), con el orden público, esto es, con aquellos principios que el ordenamiento considera esenciales, la cláusula deberá considerarse totalmente válida; y

En la relación entre autoridad y libertad, todo lo que no está prohibido debe reputarse admitido.

Tenemos entonces que, tanto los problemas examinados de la modificación de los quórum de segunda convocatoria en asamblea extraordinaria de una s.a. como el de la validez y eficacia de los pactos parasociales o de los sindicatos de voto, como el de cualquier otro pacto en donde no sea posible encontrar una lesión (evidente y por aspectos no marginales) a los intereses comunes, deben retenerse lícitos.