

## **SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS: UNA ALTERNATIVA ÚTIL PARA LOS EMPRESARIOS LATINOAMERICANOS\***

Francisco Reyes Villamizar\*\*

*En los últimos años Latino América ha sido partícipe de una apertura económica a nivel mundial. Los distintos países de nuestro continente han tenido grandes progresos en inversión y por tanto en nuestras economías. Sin embargo ¿nuestra legislación societaria ha evolucionado con igual rapidez?*

*El autor responde con una negativa está interrogante, señala que en América Latina aún tenemos un largo camino por recorrer. No obstante propone el aprendizaje y la posibilidad de trasplantar normas de aquellos sistemas más desarrollados en estos aspectos, como algunas países europeas, en específico sobre la normativa de sociedades por acciones simplificadas.*

\* El presente artículo fue publicado originalmente, bajo el mismo título, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 237. 2009.

\*\* Abogado. Magister en Derecho por la Universidad de Miami. Socio de Francisco Reyes y Asociados – Abogados.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas América Latina ha experimentado cambios estructurales de gran significación. Los países de esta región han cumplido un activo proceso de liberalización del comercio y de modernización de sus instituciones económicas. Los beneficios derivados de los acuerdos multilaterales de libre comercio con los Estados Unidos<sup>1</sup>, la Unión Europea<sup>2</sup> y otros países podrían ser un factor determinante para el desarrollo futuro de esta región.

Asimismo, la inserción en un contexto global podría permitir a los empresarios locales el acceso al mercado bursátil internacional. Para que este proceso pueda ser exitoso, es indispensable que se ajuste también la infraestructura normativa de los países del área<sup>3</sup>. En verdad, la existencia de un régimen legal apropiado constituye un elemento crucial para el funcionamiento adecuado de un sistema de libre intercambio de bienes y servicios<sup>4</sup>. Los esfuerzos dirigidos a facilitar el comercio mediante el ajuste de las normas jurídicas, de modo que pueda atenuarse la cultura paternalista local, en la que prevalecen las formalidades legales, deberían constituir una prioridad para los países del área<sup>5</sup>. Así, sería útil que se actualizaran los códigos de derecho privado, ciertas leyes anacrónicas y otras normas, costumbres y prácticas empresariales. Para el efecto, siempre es conveniente tener en cuenta los desarrollos

legislativos recientes, logrados en varias partes del mundo<sup>6</sup>.

Se sabe que la denominada "globalización" ofrece a los países en vía de desarrollo oportunidades importantes, incluidos los beneficios relacionados con el acceso a mercados de mayor dimensión. Pero debe reconocerse también que ella implica, de modo correlativo, la necesidad de establecer regulaciones relativamente homogéneas<sup>7</sup>. Para ello, suele ser preciso importar instituciones jurídicas que han tenido éxito comprobado en otras naciones.

Los problemas relacionados con el trasplante de normas jurídicas han sido reconocidos desde hace tiempo por los estudiosos del derecho comparado. Alan Watson ha analizado algunos factores que determinan el fracaso o el éxito de un trasplante de esta naturaleza, al identificar, entre otros, los problemas relativos a las similitudes que podrían existir entre diversos idiomas, la apropiada adaptación respecto de la legislación pertinente, así como las relaciones históricas y políticas entre el país de origen y el país receptor<sup>8</sup>.

El indispensable proceso de adaptación abarca la búsqueda de un lenguaje común, que permita comprender de modo adecuado los puntos de contacto que suelen existir entre instituciones legales heterogéneas. Las dificultades que se originan en la traducción de términos legales

<sup>1</sup> A finales de 2005, Perú suscribió un acuerdo comercial con los Estados Unidos. Colombia también firmó un tratado bilateral similar en el 2006. Ambos tratados están en proceso de ratificación. (La información sobre los tratados de libre comercio entre los Estados Unidos, Colombia y Perú está disponible en la página web de la Oficina de Representación Comercial de los Estados Unidos (Office of the United States Trade Representative). En: [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov).)

<sup>2</sup> En noviembre 18 de 2002, Chile y la Unión Europea firmaron un acuerdo de cooperación entre los dos países en relación con asuntos políticos, comerciales, económicos, financieros, científicos, tecnológicos, sociales y culturales. (Artículo 2 del "Acuerdo de Cooperación entre la Unión Europea y la República de Chile". En: [www.sice.oas.org](http://www.sice.oas.org).)

<sup>3</sup> Este proceso de modernización de la infraestructura jurídica comenzó hace más de dos décadas. (MENDES, Antonio. "Update on Laws Affecting Business". En: "Proceedings of the Fifth Annual Seminar on Legal Aspects of Doing Business in Latin America: The Door Opens". 1992. p. 1.)

<sup>4</sup> En todas las regiones de América Latina, se han iniciado importantes procesos de reforma legislativa. "Luego de varias décadas de inactividad, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos están experimentando drásticos procesos de reforma y transformación." (THOME, Joseph R. "Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America". En: *Wisconsin Law Review*. 2000.)

<sup>5</sup> Según Stephen Zamora, en México existe, en la práctica, una inveterada tendencia a favorecer el uso de formalidades en la contratación comercial. (ZAMORA, Stephen; COSSIO, Jose Ramon; PEREZNIETO, Leonel; ROLDAN-XOPA, Jose y David LOPEZ. "Mexican Law". 2004.)

<sup>6</sup> Algunos autores consideran que este proceso de adaptación puede contribuir a mejorar las perspectivas económicas de un país. En aquellos sistemas donde los ingresos son más escasos y los recursos financieros resultan insuficientes para lograr el índice de crecimiento deseado, el reto consiste en encontrar fuentes domésticas e internacionales de capital. Tal proceso implica a menudo que las prácticas de gestión empresarial o gobierno corporativo deban adaptarse, para así responder a las exigencias que se plantean cuando se acude a fuentes externas de financiación. (BEDICKS, Heloisa y M. Cecilia ARRUDA. "Business Ethics and Corporate Governance in Latin America". En: *Business and Society* 44. 2005.)

<sup>7</sup> Este ha sido el camino seguido por la Unión Europea, en donde la expedición de directivas comunitarias ha permitido la armonización de varias parcelas del Derecho, incluidos múltiples aspectos del Derecho Societario. "Las directivas tienen como objetivo general la armonización del Derecho Societario de los Estados miembros." (OLIVER, M.C. "Company Law". Decimosegunda edición. 1994.) La necesidad de algún grado de armonización resulta evidente si se tiene en cuenta la dimensión mundial de los mercados de valores. "La distinción entre mercados financieros locales e internacionales se torna difusa cuando se considera que las compañías de un país quedan facultadas para emitir valores en el extranjero y los inversionistas del exterior pueden comprar acciones emitidas por sociedades locales, bien directamente o por medio de otros valores negociables, tales como los ADR." (LEFORT, Fernando. "The past and the future of domestic financial markets in Latin America")

<sup>8</sup> WATSON, Alan. "Legal Transplants: An Approach to Comparative Law". Segunda edición. 1993.

suelen resolverse por medio del empleo de los denominados equivalentes funcionales, vale decir, la utilización de conceptos que superan la simple búsqueda de significados literales, para desentrañar el verdadero sentido dentro del contexto geográfico y cultural en que las palabras y expresiones serán empleadas<sup>9</sup>.

Mary Ann Glendon se refiere a los peligros que se derivan de las simples comparaciones normativas. Según esta autora, “la mera comparación de reglas legales puede desorientar peligrosamente cuando se refiere a sistemas jurídicos con instituciones legales diferentes, esquemas de procedimiento distintos o clasificaciones disímiles de las reglas del derecho. Así, por ejemplo, las resultas de un proceso judicial en dos naciones cuyas reglas procesales sean diferentes, pueden ser sustancialmente distintas, aún cuando las normas sustantivas sobre el particular sean idénticas”<sup>10</sup>.

Las simples diferencias idiomáticas generan, no pocas veces, equívocos y confusiones interpretativas. Los falsos sinónimos, tan frecuentes entre idiomas de raíces comunes, se hacen patentes en el campo del derecho comparado. En el ámbito específico del Anglosajón, es fundamental estar prevenido sobre este riesgo. Debido a que una parte significativa de la lengua inglesa tiene origen en el Latín (o más propiamente en el Francés), no es infrecuente encontrar expresiones jurídicas que, a pesar de compartir raíces idiomáticas con las lenguas romances, tienen un significado técnico distinto en los países anglosajones. No en vano afirma Rotman que, “si bien las traducciones jurídicas requieren precisión y certidumbre, se hace indispensable

también acudir a abstracciones cuyo significado suele derivarse de contextos culturales y sociales cambiantes. Tales contextos pueden ocasionar un cierto grado de ambigüedad que se hace más notorio en aquellos casos en que los sistemas legales y culturales son radicalmente diferentes. La traducción de un texto proveniente de un país civilista en el idioma de otro país perteneciente a la misma tradición jurídica, resulta menos complicada que la traducción del mismo texto al idioma de un país de la tradición anglo-americana”<sup>11</sup>.

Para Guillermo Cabanellas existen múltiples peligros y dificultades relacionados con la importación de normas extranjeras por parte de los países latinoamericanos. La advertencia es particularmente relevante en aquellos casos en que la influencia proviene de una interpretación errada de normas o instituciones legales norteamericanas, que cuando proviene de la transposición de códigos y leyes de proveniencia continental-europea. El autor hace énfasis en los problemas que surgen de las traducciones de términos complejos, de la falta de equivalencias conceptuales y de las diferencias estructurales entre estos sistemas<sup>12</sup>.

Un factor determinante para el éxito de los trasplantes jurídicos lo constituye el proceso de adaptación a las realidades económicas, culturales y sociales del país receptor. La importación de normas y regulaciones se facilita indiscutiblemente si ambos países –el de origen y el receptor– pertenecen a la misma tradición jurídica. En el caso de Latinoamérica, ha existido dependencia respecto del sistema de las codificaciones

<sup>9</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada”. Tercera edición. 2006. Según Mary Ann Glendon, el enfoque funcional significa que las normas e instituciones jurídicas deben liberarse de las categorías conceptuales correspondientes a sus sistemas de origen, de manera que puedan ser vistas a la luz de los objetivos sociales que por medio de ellas se pretenden alcanzar. (GLEDON, Mary Ann. “Comparative Legal Traditions, Texts, Materials and Cases”. Segunda edición. St. Paul: West Publishing Group. 1994.)

<sup>10</sup> Según la misma autora, otro ejemplo que puede considerarse “es la importante distinción aún vigente en el *Common Law* entre las reglas y acciones en Derecho (*law*) y en equidad (*equity*), cuyo entendimiento resulta tan difícil para los abogados formados en países caracterizados por el sistema jurídico romano-germánico, donde tal distinción es inexistente.” (Ibid. p.101.)

<sup>11</sup> ROTMAN, Edgardo. “The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects”. En: *Indiana International Comparative Law Review*. 1996. Otros autores han hecho presente también la importancia de tener en cuenta el origen histórico de las instituciones jurídicas respecto de las cuales versa la traducción. (MIROW, Matthew C. “Latin American Legal History: Some Essential Spanish Terms”. En: *la Raza Law Journal* 43. 2000.) Destacados autores llegan incluso a afirmar que el trasplante de disposiciones jurídicas norteamericanas en los países de la América Hispana es virtualmente inviable, debido a que los valores del *Common Law* son diversos de los que resultan de nuestras tradiciones sociales, religiosas y culturales. Para Eduardo Favier-Dubois, “una institución jurídica que funcione de modo adecuado dentro de la crematística individualista y protestante, no podrá tener el mismo funcionamiento en un medio de tradición grupal y solidaria como el de los países de la América Latina.” (FAVIER-DUBOIS, Eduardo. En: “Doctrina Societaria y Concursal 181”. 2002. p. 825).

<sup>12</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS. En: *Derecho Societario en Estados Unidos*. p. 3. De igual manera sucedió con la adopción de un “Derecho Societario americanizado” en Rusia. La nueva legislación rusa es paradigmática respecto de los problemas que surgen en las denominadas “reformas transculturales”. El actual Código ruso de Sociedades está altamente influenciado por la legislación norteamericana. En apariencia, sus redactores no se basaron en gran medida en las tradiciones jurídica y cultural rusas. Adicionalmente, en la época en que se redactó el código, no se produjo un apoyo sustancial al proyecto de ley por parte de las instituciones financieras y jurídicas rusas. Es por ello por lo que un código societario innovador y muy moderno como el ruso termina a la postre convertido en letra muerta. La moraleja de la experiencia rusa es que cuando se consulten las normas jurídicas de otros países como fuente de reformas legislativas, se deben acoger solo aquellos elementos que podrían resultar eficientes en el contexto histórico y cultural correspondiente. (SMIDDY, Linda O. “Corporate Reform in France: The Influence of Culture”. *Vermont Law Review*. 27. 2003)

decimonónicas. Este hecho ha dado lugar a que se miren con confianza los trasplantes procedentes de Francia y España<sup>13</sup>. Tal dependencia es, aún hoy, muy significativa en varios campos del privado<sup>14</sup>.

La adopción de modelos provenientes de países de mayor desarrollo económico en América Latina puede justificarse mediante múltiples argumentos, que van desde los análisis de “costo-beneficio” hasta motivaciones más complejas, como la idea de que la propuesta de un nuevo estatuto legal adquiere mayor legitimidad si proviene de un país en el que existe un sistema jurídico prestigioso<sup>15</sup>. Por ello es por lo que aquellas naciones que se encuentran en medio de procesos de transformación política, suelen acudir a modelos legislativos de prestigio para darle credibilidad a sus nuevas normas. De acuerdo con Jonathan Miller, “la mayoría de los países están en imposibilidad de insertarse en el comercio internacional o de acceder a inversión extranjera sin antes ajustar sus regímenes jurídicos frente a las pautas internacionales...”<sup>16</sup>.

A pesar de las dificultades que surgen de la adopción de modelos extranjeros, debe reconocerse la creciente necesidad de importar preceptos de origen foráneo. Voces autorizadas como la de McCahery plantean la hipótesis según la cual el rezago legislativo es factor de subdesarrollo económico. En su criterio, los legisladores de cada país deben tener en cuenta

las soluciones legislativas adoptadas en países extranjeros. La consecuencia de no hacerlo podría consistir en la pérdida de competitividad del sistema económico correspondiente ante los países que, de modo oportuno, introduzcan las reformas legales pertinentes<sup>17</sup>.

Hace más de cincuenta años, Phanor Eder señalaba la necesidad de armonización en el ámbito específico del derecho de sociedades. En su criterio, la legislación societaria presentaba marcadas similitudes en el mundo entero. La razón de estas semejanzas podía encontrarse en la existencia de fenómenos económicos idénticos y en la presencia de problemas semejantes sujetos a soluciones comparables. Sin embargo, Eder afirmaba que el mayor desarrollo industrial y financiero de algunos países haría que los de menor crecimiento “fueran guiados en su legislación por las naciones más avanzadas, así como por las pautas y conceptos proferidos por las autoridades de tales países”<sup>18</sup>.

Las discrepancias terminológicas y la identidad cultural latinoamericana no deberían ser óbice para que puedan efectuarse trasplantes normativos hacia los países del área. Estos, según se afirmó, resultan indispensables, si se pretende hacer realidad la inserción de los empresarios locales y de los sistemas económicos de la región en mercados más amplios<sup>19</sup>. La carencia de una comparación apropiada con ordenamientos jurídicos más

<sup>13</sup> Para una explicación sobre el movimiento codificador del siglo XIX en Latinoamérica, puede verse el texto de Boris intitulado “La contratación comercial en el Derecho Comparado”. pp.130-133. 2006. Este autor describe la llamada familia codificada latinoamericana, que abarca tres códigos básicos redactados por grandes juristas: Dalmacio Vélez Sársfield (1800-1875) en Argentina, Andrés Bello (1781-1865) en Chile, y Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) en Brasil.

<sup>14</sup> Sobre la codificación en América Latina, ver, entre otros, MERRYMAN, John Henry y David Scott CLARK. “Comparative Law: Western European and Latin American Legal System, Cases and Materials”. 1978. pp. 208-220. Schlesinger advierte sobre la llamada influencia exógena, que es particularmente notoria en los casos en que los legisladores han recurrido a la importación “al por mayor” de normas jurídicas extranjeras. “La mayor parte de los códigos en este momento vigentes en América Latina son el resultado de extensos estudios comparados y de la adopción ecléctica de modelos europeos.” (SCHLESINGER, Rudolf; HERZOG, Peter y Hans BAADE. “Comparative Law: Cases, Texts, Materials”. Sexta edición. Foundation Press. 1998.) El mismo autor también añade que este proceso implica el peligro –evidente en América Latina– de que ciertas instituciones extranjeras puedan ser copiadas sin la suficiente adaptación a las condiciones locales (Ibidem).

<sup>15</sup> Jonathan Miller ha analizado las diversas motivaciones que, en su criterio, sirven de base a los trasplantes jurídicos en América Latina. En la opinión de este autor, deben distinguirse las siguientes modalidades: (i) El trasplante que permite el ahorro de costos: la motivación proviene de la necesidad de reducir gastos y ahorrar tiempo al usar un modelo extranjero que se refiere al mismo asunto; (ii) el trasplante dictado desde el exterior: los incentivos están dados por el deseo de complacer a Estados, personas o entidades extranjeras; (iii) el trasplante como medio de inversión individual: está motivado por la presencia de individuos o instituciones residenciados en el país receptor, cuyo interés principal es el de que el trasplante les permita obtener beneficios políticos o económicos personales o institucionales; (iv) el trasplante generador de legitimidad: la razón subyacente al trasplante legal es el prestigio del modelo extranjero. El prestigio puede provenir, bien de la institución jurídica específica o de todo el ordenamiento jurídico. Del estudio de Miller puede inferirse que el Gobierno, las fundaciones y los organismos internacionales que alientan la realización de trasplantes legales deberían tener en cuenta estas modalidades tipológicas para entender en mejor forma cómo las circunstancias locales podrían incidir en el cumplimiento de sus propios objetivos. (MILLER, Jonathan. “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”. En: The American Journal of Comparative Law 52. 2003.)

<sup>16</sup> Ibid. p.1.

<sup>17</sup> McCAHERY, Joseph; VERMEULEN, Erik P.M., HISATAKE, Masato y Jun SAITO. “The New Company Law. What Matters in an Innovative Economy?” Law Working Paper No 75/2006. European Corporate Governance Institute. 2006. p.2.

<sup>18</sup> EDER, Phanor. “Company Law in Latin America”. En: Notre Dame Lawyer. 27. 1951.

<sup>19</sup> En el siglo pasado, tanto los Estados Unidos como la Unión Europea se vieron enfrentados al dilema de reemplazar los sistemas tradicionales del Derecho Societario –de raigambre tradicionalmente nacionalista o local– por leyes societarias de índole supranacional (o en el caso norteamericano, federal). (CATÁ BACKER, Larry. “Comparative Corporate Law, United States, European Union, China and Japan”. 2002.)

avanzados ha impedido en los últimos años un avance significativo de los regímenes societarios de Latinoamérica. Debe reconocerse que en esta región la estructura jurídica en estas materias se encuentra notoriamente menos desarrollada en comparación con los regímenes progresistas prevalecientes en las denominadas economías de mercado<sup>20</sup>.

Por supuesto que el proceso de recepción de regulaciones exitosas adoptadas en otros países ha continuado en América Latina. Sin embargo, el ritmo al cual avanza la actualización de las normas jurídicas comerciales podría acelerarse, de manera de hacerle frente a las nuevas realidades del mercado. Para el efecto, habrá de ponerse especial cuidado en el proceso de traducción y transposición, a fin de evitar que las normas sean rechazadas como cuerpo extraño dentro del sistema jurídico al cual se incorporan.

La propuesta de trasplantar normas sobre sociedades por acciones simplificadas tiene la enorme ventaja de provenir de sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición civilista. Ellas han sido puestas en práctica en varios países europeos, donde esa forma asociativa ha alcanzado un éxito considerable. Así, instituciones de raigambre y origen inculcablemente anglosajón pueden también recibirse luego de haber pasado por el filtro de su incorporación en los países de Europa continental. Uno de los mayores beneficios de este filtro está dado por la traducción de conceptos complejos hacia lenguas romances como el francés o el español. Así, se evita la dificultad antes aludida de traducir directamente del inglés.

Al margen de tales indudables ventajas, habrá de considerarse también la diferencia que existe entre el contexto europeo y el latinoamericano. Por ello, siempre será relevante que se produzca un proceso de adaptación a las realidades jurídicas y económicas de los países de América Latina y, en especial, a las condiciones específicas de

cada una de las naciones del área. A pesar de las evidentes similitudes culturales entre las naciones hispano y luso-americanas, deben reconocerse ciertas diferencias en sus estructuras jurídicas e institucionales. Estas son relevantes en el momento de efectuar adaptaciones de figuras jurídicas importadas.

Con todo, para los efectos de esta breve introducción, es factible hacer tabla rasa de tales especificidades, para presentar características generales, que conforman un sustrato común en las naciones de América Latina. En el ámbito específico de las sociedades existen elementos homogéneos relacionados, en primer lugar, con la obvia pertenencia a la tradición jurídica romano-germánica y, por otra, con la estructura misma de los sistemas económicos latinoamericanos, caracterizados por una marcada concentración de capital.

## II. EL CONTEXTO ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO LATINOAMERICANO

La naturaleza disímil de la mayoría de los problemas de mandato (*agency problems*), que ocurren en sistemas societarios caracterizados por alta concentración de la propiedad, difiere en buena medida de aquellos presentes en mercados de capitales altamente desarrollados y provistos de gran liquidez. Como resultado del alto nivel de concentración de capital en América Latina, el control societario suele ser ejercido con exclusividad por los accionistas mayoritarios<sup>21</sup>. Lefort ha sostenido que, como resultado de la estructura de capital en las sociedades latinoamericanas, el aspecto central en los regímenes societarios en América Latina es la posible divergencia de intereses entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios<sup>22</sup>. Vidal se refiere también a la inmensa concentración de capital en las compañías de América Latina: "en América Latina, en promedio, los cinco principales

<sup>20</sup> Algunos autores incluso llegan al extremo de clasificar a las legislaciones societarias latinoamericanas dentro de la misma categoría que le ha sido asignada a las regulaciones africanas sobre la materia. "Otros sistemas de gestión societaria también son objeto de estudio. Las formas de gestión de Latinoamérica, India y África merecen ser discutidas en su propio Derecho." (Ibid. p. XXXVIII). Otro ejemplo de esta categorización puede ser encontrado en el reciente libro intitulado "The Anatomy of Corporate Law," escrita por Kraakman y otros prestigiosos autores. A pesar del análisis comparativo e internacional adoptado en esta importante obra, sus explicaciones están referidas únicamente a los sistemas jurídicos europeos, americanos y al sistema japonés. (KRAAKMAN, Reiner; DAVIES, Paul; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki y Edward ROCK. "The Anatomy of Corporate Law". 2004.)

<sup>21</sup> La concentración de propiedad es una situación tan generalizada en el mundo que sólo unos pocos sistemas se caracterizan por una verdadera separación entre la titularidad del capital y el control de gestión. "Las comprobaciones empíricas recientes demuestran que, incluso en las grandes empresas, la dispersión en la titularidad de las acciones es un fenómeno excepcional, altamente limitado a los Estados Unidos y la Gran Bretaña." (COFFEE, John C. "The Future as History: The Prospects for Global Corporate Governance and its Implication". En: Northwestern University Law Review 93. 1999.)

<sup>22</sup> LEFORT, Fernando. "Ownership Structure and Corporate Governance in Latin American Countries- An Empirical Overview". En: White Paper on Corporate Governance in Latin America ( Anexo C).

accionistas mayoritarios de una sociedad son propietarios del 80% de las acciones que forman su capital<sup>23</sup>.

La misma situación se presenta también en las denominadas sociedades de familia, en las que los miembros de un mismo entorno familiar son titulares de la mayoría del capital en un gran número de sociedades<sup>24</sup>. Estos miembros de familia suelen gozar de poder suficiente para influir sobre las políticas de la administración e, incluso, si fuere necesario, reemplazar a los administradores<sup>25</sup>.

Desde el punto de vista técnico, la estructura de la organización societaria en la región puede catalogarse dentro del llamado “modelo tradicional.” Este se basa, a diferencia de estructuras de capital disperso, en derechos de propiedad, de modo que aquellos accionistas que suministran los recursos acceden directamente a la administración de la sociedad<sup>26</sup>. Tradicionalmente se ha afirmado que este modelo se adecua a las disposiciones jurídicas que gobiernan el régimen de las sociedades anónimas en América Latina. Conforme a estas regulaciones, los accionistas se reúnen por lo menos una vez al año para aprobar las cuentas de la administración y los estados financieros; en estas sesiones se elige a los miembros de junta directiva y los accionistas se ocupan de todos los asuntos generales relativos a la marcha del negocio. La junta directiva media entre los accionistas y el gerente de la sociedad.

Este último, una vez designado por la junta directiva, dirige las operaciones que están dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad. La junta directiva también supervisa la actividad de los gerentes y demás ejecutivos, para proteger los intereses de los accionistas<sup>27</sup>. Con todo, según se verá más adelante, estas regulaciones jurídicas distan significativamente de ser modelos ideales ante las realidades empresariales contemporáneas, cuya dinámica demanda reglas flexibles y adecuadas a situaciones en las que prevalece un marcado acento personalista.

**Tabla N° 1: Concentración de capital en América Latina<sup>28</sup>**

Pais	Muestra (2002)	% de accionistas principales (2002)	% de los 3 principales accionistas (2002)	% de los 5 principales accionistas (2002)
Argentina	15	61%	82%	90%
Brasil	459	51%	65%	67%
Chile	260	55%	74%	80%
Colombia	74	44%	65%	73%
México	27	52%	73%	81%
Perú	175	57%	78%	82%
<b>Promedio</b>	<b>168.3</b>	<b>53%</b>	<b>73%</b>	<b>79%</b>

La OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) también reconoce el alto grado de concentración del capital en las sociedades anónimas abiertas<sup>29</sup>. También ha aceptado que el control familiar es la estructura que prevalece en las pequeñas y medianas empresas que no negocian sus acciones en las

<sup>23</sup> “Corporate Governance in Latin America: Beyond Sarbanes-Oxley”. En: Claves de Gobierno Corporativo, Confecámaras. 2005. Esta situación tiene cierta correlación con el hecho demostrado de que “América Latina se caracteriza por tener la distribución del ingreso más inequitativa del mundo.” (OCAMPO, José Antonio y Juan MARTIN. “Globalization and Development, A Latin American and Caribbean Perspective”. Economic Commission for Latin America and the Caribbean. 2003. p. 109.)

<sup>24</sup> Bedicks ha demostrado que el control familiar “sigue siendo la regla general en la mayoría de las pequeñas y medianas sociedades cuyas acciones no se encuentran inscritas en bolsas de valores.” (BEDICKS, Heloisa y M. Cecilia ARRUDA. Op.cit. p.218.). El control familiar es considerado como uno de los mayores obstáculos para una reforma apropiada de las pautas de gestión societaria (*corporate governance*) en América Latina. “Algunas de las mayores objeciones a estas reformas provienen también de las familias que controlan a las grandes sociedades. Desde el punto de vista de estas familias, el mejoramiento de los Derechos de los inversionistas externos es ante todo una reducción del poder de control (...). Así, pues, aquello que los reformadores ven como una protección conferida a los inversionistas, es visto por las familias como una verdadera “expropiación de los empresarios”. No sorprende, por tanto, que en todos los países –desde América Latina hasta Asia y Europa– las familias se hayan opuesto a la reforma legislativa.” (LA PORTA, Rafael; LOPEZ DE SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei y Robert VISHNY. “Investor Protection and Corporate Governance”. En: Journal of Financial Economics 58. 2000.)

<sup>25</sup> BUCHHOLZ, Rogene. “Business Environment and Public Policy, Implications for Management and Strategy”. Cuarta edición. 1992.

<sup>26</sup> Ibid. p. 243.

<sup>27</sup> Esta descripción coincide con la definición dada por Rogene Buchholz (Ibidem.) En sentido análogo, Mark J. Roe señala que, “En algunas naciones, ciertas familias acomodadas prefieren esa estructura de capital para sus empresas. Las compañías pasan de generación en generación; las normas de gestión societaria acaban por coincidir con la coordinación de meras relaciones familiares.” (ROE, Mark J. “The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization. Discussion Paper No. 339”. En: Harvard Law School. 2001. p. 10.) El mismo autor agrega que la estructura familiar tiene sus ventajas funcionales, puesto que los accionistas en estas compañías pueden destinar la mayoría de los ingresos para sus familias. (Ibidem.)

<sup>28</sup> Fuente: ECONOMATICA y 20 solicitudes para la emisión de ADRs. En: LEFORT, Fernando. Ibid. p. 53.

<sup>29</sup> Ver: OECD. “White Paper on Corporate Governances”. 2004. La concentración de capital y la existencia de sociedades anónimas cerradas parece ser la regla general en América Latina. En Brasil, por ejemplo, entre 6.000 sociedades sólo 120 “son abiertas y tienen sus acciones inscritas en la Bolsa de Valores de Sao Paulo (Bovespa). Por lo demás, algunas de las sociedades anónimas consideradas como abiertas podrían, más bien, clasificarse como cerradas (...). Este es el caso de las grandes sociedades de los sectores financiero y energético, controladas por el gobierno y de los grupos familiares y compañías privatizadas que se encuentran bajo control de inversionistas extranjeros. Ello obedece a la pequeña cantidad de acciones que son, en realidad, libremente negociables. Desde el punto de vista de la gestión societaria, estas compañías parecen ser cerradas, porque los miembros de sus juntas directivas son impuestos por los accionistas mayoritarios.” (VIEGAS, Leonardo. “Brazil: Corporate Governance – Challenges and Opportunities”. En: Corporate Governance of Non-listed Companies in Emerging Markets”. 2006.)

bolsas de valores de la región<sup>30</sup>.

Y es que los bloques de control –a pesar de las dificultades a las que dan lugar en múltiples aspectos–, pueden resultar útiles si se considera la gran eficiencia que ofrecen para el control de la administración<sup>31</sup>. “Claramente identificados y activamente comprometidos, los accionistas mayoritarios pueden constituir una gran fortaleza para la sociedad, al asegurar un control activo sobre la administración y convertirse en fuente de financiación inmediata para la empresa, particularmente en situaciones críticas.”<sup>32</sup> La Corporación Financiera Internacional (IFC) reconoce actualmente que “muchas de las discusiones mundiales sobre gestión societaria se concentran en los conflictos administrativos entre las mayorías y los demás accionistas.”<sup>33</sup> Este enfoque también permite analizar temas tan importantes como el de las sociedades de familia.<sup>34</sup> De hecho, la Corporación Financiera Internacional acepta la importancia de “reconocer los beneficios que, en términos de estabilidad y dirección, se derivan de tener un grupo comprometido de accionistas mayoritarios en el centro motriz de una compañía.”<sup>35</sup>

En realidad, las regulaciones locales y los organismos internacionales de cooperación deben concentrarse en el problema de mandato, derivado del conflicto entre los accionistas mayoritarios y minoritarios, para aminorar las operaciones en las que medie conflicto de intereses y eventuales beneficios personales por parte de los socios mayoritarios<sup>36</sup>. No obstante, parece que la propuesta básica de convergencia ha tenido que ver, por lo general, con la tensión existente entre accionistas y administradores<sup>37</sup>. Además, desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta que en América Latina la mayoría de las empresas se constituyen como sociedades anónimas cerradas<sup>38</sup>. Los mercados bursátiles de Latinoamérica son pequeños en comparación con los de las economías de mercado desarrolladas. Por lo tanto, se debe reconocer que el problema del mandato en la gestión societaria en América Latina no sólo hace referencia en gran medida a los conflictos entre accionistas mayoritarios y sus contrapartes, sino también a la situación específica que surge de la naturaleza cerrada de la mayoría de las empresas<sup>39</sup>.

<sup>30</sup> Bedicks señala otras características regionales que fueron identificadas por la OCDE: (i) Privatización; (ii) Concentración de propiedad, control definido, y necesidades de capital; (iii) Importancia de los grupos empresariales; (iv) Reestructuración del sistema financiero; (v) Regionalización e importancia de las empresas multinacionales; (vi) Mercado de capitales doméstico limitado y creciente interés en acceder a los mercados de valores internacionales; (vii) Esquemas obligatorios de administración de fondos de pensiones, y (viii) Tradicionalismo jurídico (Ver nota al pie 6, p. 222).

<sup>31</sup> Ver: OECD. “White Paper on Corporate Governances”. 2004.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> IFC and Corporate Governance, Latin America. En : www.ifc.org.

<sup>34</sup> El control familiar es un hecho en América Latina. México, por ejemplo, todavía muestra una alta concentración de poder económico en muchos grupos familiares (la familia Garza Sada en Monterrey, las familias Slim y Servitje en el Distrito Federal, entre otras). Estas familias han tenido gran influencia en múltiples ámbitos económicos, debido a su presencia con participaciones mayoritarias en sociedades de los sectores financiero e industrial. (ZAMORA, Stephen; COSSIO, Jose Ramon; PEREZNIETO, Leonel; ROLDAN-XOPA, Jose y David LOPEZ. Op. cit. p. 537.)

<sup>35</sup> IFC and Corporate Governance. Ver nota al pie 33.

<sup>36</sup> Un enfoque adecuado respecto de estos asuntos puede contribuir al desarrollo de los mercados de valores en países con economías emergentes. En efecto, los inversionistas se mostrarán renuentes a invertir si no están seguros de que los demás accionistas no incurrirán en maniobras tendientes a la expropiación de las sumas invertidas. Para estos propósitos existen expedientes ampliamente conocidos tales como el pago de remuneraciones excesivas a los administradores, la provisión de importantes vacantes de las sociedades, mediante la designación de amigos y familiares, la realización de operaciones caracterizadas por los conflictos de interés, la utilización de información privilegiada, la desviación y apropiación indebida de recursos, etc. En otras palabras, los inversionistas no efectuarán efectivos desembolsos de dinero, si no están protegidos contra los problemas derivados del mandato (*agency problems*). (PAREDES, Troy A. “A Systems Approach to Corporate Governance Reform: Why Importing U.S. Corporate Law Isn’t the Answer”. William and Mary Law Review. 2004).

<sup>37</sup> McCahery y Vermeulen consideran que el marco de la organización societaria para las sociedades anónimas cerradas –como aquellas que prevalecen en América Latina– ha fracasado en abordar los principales asuntos que pueden surgir en esta clase de compañías. De acuerdo con estos autores, en las sociedades anónimas cerradas “el enfoque cambia de la relación entre la administración y los accionistas hacia la relación entre los grupos de accionistas. Desde este punto de vista, un marco societario efectivo debe brindarles a los participantes aquellos mecanismos que sirvan para proteger a los accionistas del mal comportamiento de los otros accionistas.” (MCCAHERY, Joseph A. y Erik P.M. VERMEULEN. “Understanding (Un)incorporated Business Forms”. En: Topics in Corporate Finance. 2005.)

<sup>38</sup> “En algunas sociedades de responsabilidad limitada se acoge un tipo de naturaleza híbrida. Así, estas compañías van desde verdaderas sociedades colectivas hasta un tipo societario tan parecido a las sociedades anónimas que, prácticamente, no es posible diferenciarlas...” (EDER, Phanor J. “Limited Liability Firms Abroad”. University of Pittsburgh Law Review. 13. 1952.)

<sup>39</sup> El problema de la representación (*agency problem*) que se da en las sociedades anónimas abiertas no reviste la misma gravedad en las sociedades cerradas, debido a que la propiedad y el control no están típicamente separados. Los problemas de los accionistas en las sociedades cerradas aluden, más bien, a aquellos conflictos entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, y entre los accionistas-administradores y los no-administradores. (ROMANO, Roberta. “The Genius of American Corporate Law”. AEI PRESS. 1993.)

### III. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO SOCIETARIO EN AMÉRICA LATINA

En aras de evaluar la necesidad de reformas al derecho societario latinoamericano, es relevante tener en cuenta la tradición jurídica de la región. Esta obvia consideración, tan sencilla como lo puede parecer, trae consigo varias implicaciones que deben ser tenidas en cuenta. Una característica fundamental de la estructura jurídica societaria de Latinoamérica, que no debe subestimarse, es el carácter codificado de las instituciones jurídicas de derecho privado, en comparación con el sistema del precedente judicial del *Common Law*. Aunque existen múltiples códigos societarios en los Estados Unidos se puede afirmar que la verdadera protección de inversionistas y accionistas minoritarios surge, en mayor medida, del proceso jurisdiccional. Según Rudolf Schlesinger, después de la evolución de la legislación estatal sobre sociedades se hizo patente que “la legislación de los estados, bajo la cual se organizan las sociedades, no daba la protección suficiente para los accionistas y los acreedores. Tal protección se tuvo que lograr por fuera de las leyes estatales, mediante decisiones judiciales en *equity*, que impusieron a los administradores y socios mayoritarios deberes fiduciarios por medio de la legislación federal sobre valores de los años treinta y cuarenta del siglo pasado. Como consecuencia de lo anterior –y en contraste

con el método seguido tradicionalmente en los países de tradición civilista–, los más importantes mecanismos usados en los Estados Unidos para proteger a los inversionistas no se encuentran en las leyes de sociedades, sino que existen como un cuerpo separado de reglas de derecho<sup>40</sup>. Además, algunos autores llegan incluso a afirmar que “la ley de los EE.UU. protege realmente a accionistas minoritarios en la medida en que hace énfasis en directores independientes, derechos de voto directos, y deberes fiduciarios<sup>41</sup>”.

Con fundamento en la tradición europea continental y, especialmente, la herencia francesa del código napoleónico<sup>42</sup>, la antigua dicotomía del derecho privado aún subsiste en la mayoría de los países latinoamericanos<sup>43</sup>. Esta dicotomía es particularmente inconveniente en el campo específico de los contratos y las sociedades, debido a la existencia de dos cuerpos normativos para regular la mayoría de negocios jurídicos privados<sup>44</sup>. La determinación del régimen sustantivo aplicable es, usualmente, de difícil aprehensión, pues se caracteriza a menudo por definiciones estrictamente subjetivas<sup>45</sup>. El problema relativo a la dicotomía del derecho privado ha sido extensamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>46</sup>. La falta de sólidos criterios objetivos para determinar la naturaleza civil o comercial de un negocio y, en particular, de una sociedad, crea dificultades para establecer

<sup>40</sup> SCHLESINGER, Rudolf; HERZOG, Peter y Hans BAADE. Op.cit. p. 803. En cuanto a la función judicial, por lo general limitada, de los sistemas Romano-Germánicos, se ha dicho que “en los sistemas de Derecho Civil, el papel y la influencia del precedente judicial, por lo menos hasta hace poco tiempo, ha sido insignificante...” (Ver APPLE, James G y Robert P. DEYLING. “A Primer on the Civil-Law System”) Por otro lado, se ha sostenido que ciertas jurisdicciones de Derecho Civil han evolucionado hacia una función judicial más creativa. “Aunque la tradición continental niega la posibilidad de que los jueces puedan crear Derecho y plantea que las decisiones judiciales no tienen carácter vinculante, los sistemas jurídicos contemporáneos de tradición romano-germánica están cada vez más abiertos a reconocer la ineludible dependencia de la legislación escrita frente a los jueces y supeditada a los funcionarios administrativos que la interpretan y aplican.” (Ver GLENDON, Mary Ann. Op. cit. p. 63)

<sup>41</sup> KRAAKMAN, Reiner; DAVIES, Paul; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki y Edward ROCK. Op. cit. p. 60.

<sup>42</sup> El profesor Matthew Mirow califica de “simplista” una caracterización de los sistemas legales latinoamericanos bajo la premisa de que son aquellos que están basados en el Código de Napoleón (MIROW, Matthew. “The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America”. En: *Denver Journal of International Law and Policy*. 33. 2005.) “Las exitosas codificaciones de Derecho Privado constituyeron a menudo ejercicios de Derecho comparado. En el centro de estos intentos estaban el Código de Napoleón y las glosas europeas que rápidamente se hicieron alrededor del texto principal. Esto no quiere decir, sin embargo, que los países latinoamericanos hubiesen simplemente traducido el mencionado código, artículo por artículo” (Ibid. p. 183) También Jorge Esquirol sostiene con cierta ironía que “las sociedades latinoamericanas no son europeas, solamente sus juristas pretenden serlo”. (ESQUIROL, Jorge L. “Fictions of Latin American Law”. En: *Utah Law Review*. 425. 1997.)

<sup>43</sup> “La distinción entre Derecho Civil y Comercial está profundamente arraigada en los países de Europa continental...” (DORRESTEIJN, Adriaan; MONTEIRO, Tiago; TEICHMANN, Christoph y Erick WERLAUFF. “European Corporate Law”. 1994.) Esta dicotomía crea generalmente problemas interpretativos. “Como resultado de esta diferenciación, mientras que los contratos de naturaleza comercial (por ejemplo, contratos entre comerciantes o entre un comerciante y un consumidor) están regulados por las disposiciones del Código de Comercio, los principios básicos de obligaciones y contratos están consagrados en el Código Civil”. (ZAMORA, Stephen; COSSIO, Jose Ramón; PEREZNIETO, Leonel; ROLDAN-XOPA, Jose y David LOPEZ. Op.cit. p. 551.)

<sup>44</sup> Luego de la expedición del Código Civil italiano de 1942, se ha producido una tendencia hacia la unificación del Derecho Privado. Para Galgano, la dicotomía sólo tiene sentido en el pasado. Hoy carece de toda finalidad. (GALGANO, Francisco. “Derecho Comercial”. Colombia: Temis. 1999.)

<sup>45</sup> De acuerdo con Stephen Zamora, “a diferencia del Código de Comercio Uniforme adoptado por los Estados Unidos, que en general se aplica a los comerciantes y a los no comerciantes, el Código de Comercio [de México] sólo se aplica a “los actos de comercio”, que se definen como ciertas actividades realizadas entre comerciantes o entre un comerciante y un no comerciante.” (ZAMORA, Stephen ; COSSIO, Jose Ramon ; PEREZNIETO, Leonel ; ROLDAN-XOPA, Jose y David LOPEZ. Op.cit. p. 541).

<sup>46</sup> Incluso en aquellos casos en los que los autores de códigos civiles y comerciales adoptaron fronteras que consideraban bastante claras para diferenciar uno y otro, la realidad de los negocios se encargó de demostrarles su fracaso. (Ver: KOZOLCHYK, Boris. p. 193).



la ley sustantiva aplicable. Esta dicotomía no se refleja necesariamente en las normas procesales, pues en muchos países de América Latina no hay diferencia entre tribunales civiles y comerciales, como sí la hay en ciertos ordenamientos jurídicos como el francés. Esta diferencia, le resta sentido a la discusión sobre la conveniencia de preservar la dicotomía del derecho privado en América Latina. En verdad, tanto el procedimiento civil como el comercial (en los escasos países en que existe) tienden a ser igualmente ineficientes, por no contar con reglas procesales expeditas<sup>47</sup>.

Aunque en varios países latinoamericanos se ha tratado de unificar estas disciplinas mediante la redacción de proyectos de ley,<sup>48</sup> las legislaciones locales no se han decidido, en general, a adoptar códigos unificados para el derecho privado, en los que las obligaciones y los contratos puedan ser reguladas homogéneamente<sup>49</sup>. Tal vez la única notoria excepción en este panorama lo constituye el código civil del Brasil del 2002 (Ley 10.406).

Tanto la codificación como la dicotomía del privado se convierten en un obstáculo para la modernización de los regímenes societarios del área latinoamericana. Lo primero debido a las conocidas dificultades que representa la reforma de estatutos sistemáticos de derecho civil o comercial. La reforma de códigos siempre se enfrenta a la enorme dificultad de mantener la armonía de las novedades que se introducen con el cuerpo jurídico que ya existe. Cualquier inconsecuencia suscita dificultades interpretativas y puede dar lugar a la desarticulación de lo ya existente. Además, la existencia de códigos siempre constituye un buen pretexto para oponerse a los intentos de reforma normativa.

La dicotomía del derecho privado, por su parte, aparece como una reminiscencia del sistema subjetivo del derecho comercial, cuyos orígenes pueden encontrarse en el medioevo. La idea de que el régimen mercantil es más expedito por el hecho de ser administrado por comerciantes asociados en guildas, de modo que sus procedimientos y

formas de resolución de conflictos resultan más adecuados a las necesidades del comercio, no deja de ser una referencia histórica, sin arraigo en las realidades contemporáneas. En el ámbito de las sociedades, el ejercicio de diferenciar la naturaleza jurídica del sujeto con base en la simple redacción de la cláusula del objeto social, constituye un anacronismo difícil de defender en la época actual.

Por las razones anteriores, se justifica proponer, como se hace en el proyecto sobre sociedades por acciones simplificadas, un sistema jurídico societario no codificado en el cual se unifican las dos vertientes del privado en torno a un régimen unificado. Así las cosas, el criterio de “mercantilidad” aplicable a estas especies asociativas es típico o formal. Vale decir, que la sola forma o tipo escogido para la sociedad es suficiente para que el sujeto se considere comerciante, independientemente del objeto al cual se dedique.

#### IV. LA TENDENCIA A SIMPLIFICAR EL RÉGIMEN SOCIETARIO

Uno de los debates más conocidos en el derecho societario contemporáneo es el relativo a la mayor o menor flexibilidad de las normas que regulan a las compañías<sup>50</sup>. Aunque la tendencia actual apunta hacia la creciente reducción de preceptos imperativos, lo cierto es que aún hoy se reconoce la necesidad de mantener ciertas normas de orden público para regir las relaciones entre accionistas, administradores y terceros. Tal necesidad es particularmente apremiante tratándose de aquellas sociedades cuyas acciones se negocian en mercados públicos de valores. La protección de accionistas y suscriptores de títulos de deuda, así como de los terceros interesados, demanda garantías específicas que no suelen alcanzarse por medio de mecanismos meramente convencionales. De ahí que la sociedad anónima abierta no pueda ni siquiera explicarse como un contrato adhesivo. Según lo afirma Yves Guyon, la autonomía contractual de todos los accionistas –incluso los fundadores– se enfrenta a restricciones de estipulación tan significativas, que

<sup>47</sup> Hace más de 50 años, Phanor Eder sostuvo correctamente que “en los países en donde no hay jueces especializados para comerciantes, no se percibe cuál podría ser la justificación actual para mantener la diferencia entre Derecho Civil y Comercial en Latinoamérica”. EDER, Phanor. “Company Law in Latin America”. En: Notre Dame Lawyer. 27. 1951.

<sup>48</sup> Ver VALENCIA ZEA, Arturo. “Proyecto de Código de Derecho Privado”. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro. 1980.

<sup>49</sup> Sorprendentemente, todavía muchos autores latinoamericanos promueven la dicotomía del Derecho Privado bajo argumentos teóricos e históricos. De acuerdo con Roberto Mantilla Molina, “unir el Derecho Comercial con el Civil no es viable. Sin embargo, puede ser conveniente eliminar algunas diferencias que todavía existen entre ellos”. (MANTILLA MOLINA, Roberto. “Derecho Mercantil”. Vigésimo sexta edición. 2003.) De manera similar, el autor mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez hace énfasis en la independencia del Derecho Comercial respecto al Derecho Civil. “La unidad subyacente entre el Derecho Civil y el Comercial es innegable; pero su separación no es caprichosa ni arbitraria, pues obedece a razones profundas, básicamente relacionadas con la necesidad de atender las demandas del comercio, ante el cual el Derecho Civil ha probado ser insuficiente e inútil, debido a su naturaleza formal y ritualista”. (Ibidem.)

<sup>50</sup> Desde hace varias décadas se ha planteado la necesidad de “desregular” el régimen societario aplicable a las compañías de menores dimensiones. Para una discusión sobre el particular, puede verse DE KLUIVER, Harm-Jan. “Europe and the Private Company, An Introduction”. En: The European Private Company 33. p. 199.

la ley termina por suplir parte importante de las cláusulas del contrato social<sup>51</sup>.

Muy diferente es la situación de sociedades de carácter cerrado<sup>52</sup>. En éstas debe prevalecer una amplia libertad de estipulación, de modo que las relaciones jurídicas entre los asociados correspondan a sus necesidades específicas<sup>53</sup>. Joseph McCahery afirma que la existencia de preceptos imperativos en este ámbito no sólo limita las posibilidades empresariales, sino que además restringe la creatividad y el surgimiento de nuevas estructuras jurídicas que puedan adaptarse a las cambiantes necesidades del tráfico<sup>54</sup>. La creciente utilización de convenios de sindicación de acciones para definir la conducta futura de accionistas pertenecientes a bloques definidos constituye una demostración empírica de la importancia del componente convencional en la estructura societaria. Sin duda los suscriptores de estos acuerdos "parasociales" intentan asegurar su inversión y defenderse ante futuras pérdidas de valor derivadas de conductas oportunistas de otros accionistas o de los administradores sociales. Los regímenes contemporáneos tienden a ser tolerantes respecto de estos convenios, debido a su comprobada utilidad en la regulación de asuntos cruciales de la organización societaria<sup>55</sup>.

Lo propio ocurre con la simplificación de las especies asociativas *cerradas*, en las que comienza a prevalecer la autonomía contractual sobre las pautas impuestas por normas de obligatoria observancia. En los sistemas estadounidenses, la amplia posibilidad de estipulación que se permite bajo las leyes estatales de sociedades de capital facilita la constitución de compañías mediante pautas de considerable amplitud. Estas han comenzado a ser imitadas incluso por países de tradiciones jurídicas romano-germánicas<sup>56</sup>.

## V. ALGUNOS MODELOS EUROPEOS

Varios países de Europa continental han avanzado hacia esquemas asociativos de mayor disponibilidad, con el fin de ponerse a tono con las orientaciones contemporáneas. Estas reformas se han dirigido, de modo esencial, a modificar la inflexibilidad de los tipos societarios cerrados, de modo de atraer la formalización de nuevas empresas y favorecer la actividad económica<sup>57</sup>.

### A. Alemania

La legislación alemana de sociedades fue reformada en 1994 para introducir un sistema jurídico más avanzado que el que existía hasta

<sup>51</sup> El mismo autor expresa lo siguiente: "Sea que la sociedad se considere como un contrato, una institución o una técnica de organización de la empresa, está sometida a numerosas reglas de orden público". (GUYON, Yves. "Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, Traité des contrats". Cuarta edición. Paris: L.G.D.J. 1999.)

<sup>52</sup> Según Stephen Bainbridge, una de las distinciones fundamentales del Derecho Societario es la que existe entre sociedades inscritas en bolsa (publicly held corporations) y sociedades cerradas (closely held corporations). (BAINBRIDGE, Stephen. "Corporation Law and Economics". Foundation Press. 2002.)

<sup>53</sup> Por lo demás, sólo la posibilidad de una libérrima estipulación contractual permite establecer protecciones adecuadas para los accionistas minoritarios frente a la posibilidad de expropiación por parte de los mayoritarios. De hecho, como resultado de la relativa falta de protección de las minorías en los países latinoamericanos, muchos inversionistas extranjeros en la región han dejado de adquirir pequeños porcentajes del capital de una sociedad, por invertir en grandes bloques, de manera de acceder al status de accionistas mayoritarios. "Muchos de los capitales de la primera generación (invertidos en América Latina) quedaban conformes adquiriendo posiciones minoritarias de una empresa; las inversiones más recientes exigen, al menos, una posición mayoritaria. Cuando la mayoría no es posible, los inversionistas están buscando mecanismos de votos y otros métodos para obtener un control de hecho." (GRIKSCHIT, Alyssa A. "Private Equity in Latin America: Strategies for Success". En: [http://www.goodwinprocter.com/publications/grikschit\\_a\\_6\\_05.pdf](http://www.goodwinprocter.com/publications/grikschit_a_6_05.pdf)). No hay duda de que un efectivo control en el comportamiento de las mayorías puede también ser beneficioso para la sociedad en sí misma e incluso para los mismos socios mayoritarios. "Restricciones legales a la posibilidad de que los accionistas mayoritarios expropien a los minoritarios debe reducir los costos de capital externo para la sociedad". (KRAAKMAN, Reiner; DAVIES, Paul; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki y Edward ROCK. Op. cit. p. 22.)

<sup>54</sup> MCCAHERY, Joseph y Erik P.M. VERMEULEN. "Corporate Governance and Innovation: Venture Capital, Joint Venture and Family Businesses". 2006. Por lo demás, la existencia de demasiados preceptos imperativos puede tener por efecto la rigidez de los modelos contractuales y la reducción de la creatividad empresarial en la redacción de estructuras jurídicas novedosas. Es verdad que la inflexibilidad normativa da lugar a cierta homogeneidad en la forma como se redactan los estatutos de las sociedades.

<sup>55</sup> La legislación brasileña constituye una prueba fehaciente de la creciente aceptación de los convenios de sindicación de acciones en las sociedades anónimas. La reforma introducida al régimen societario por la Ley 10.303 de 2001, permite que los acuerdos de compra y venta de acciones, preferencia para adquirirlos, ejercicio del Derecho de voto o del poder de control resulten vinculantes para la compañía, siempre que hubieren sido depositados en la sede social (artículo 118). La doctrina jurídica brasileña ha interpretado estas normas con la mayor amplitud al expresar que el objeto del acuerdo de accionistas "puede corresponder a cualquier circunstancia, por insignificante que sea, sobre el ejercicio de los Derechos de socio, es decir, de la actuación del accionista frente a la compañía". (FORTES BARBOSA FILHO, Marcelo. "Sociedade Anônima Atual". Atlas. 2004.)

<sup>56</sup> Así, se conoce, por ejemplo, la "Carta Europea de la Pequeña Empresa," adoptada por el Consejo Europeo en junio de 2000, por medio de la cual, "los Estados miembros se comprometieron a forjar un marco jurídico y administrativo que propicie la actividad empresarial a través de una puesta en marcha menos costosa y más rápida ...". (MORA ALARCÓN, José Antonio y Luis Miguel MORA ALARCÓN. "Sociedades de responsabilidad limitada y de Nueva empresa". 2003. p. 351). Más adelante, en febrero de 2002, la conferencia de Ministros Europeos de PYME celebrada en Aranjuez insistió en la necesidad de establecer fórmulas societarias sencillas y mejor adaptadas a la realidad de las empresas más pequeñas". (Ibid. p. 352.)

<sup>57</sup> Con razón afirma McCahery lo siguiente: "en la medida en que el crecimiento del empleo y la posibilidad de innovación

entonces en materia de compañías cerradas. La expedición de la denominada "ley de sociedades por acciones de pequeñas dimensiones y de desregulación de los derechos de accionistas"<sup>58</sup> introdujo un tipo societario para las pequeñas y medianas empresas, cuyo sentido práctico es innegable si se le compara con la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)<sup>59</sup>. Se trata de un régimen jurídico aplicable de modo exclusivo a compañías de carácter cerrado, es decir, sólo a aquellas sociedades cuyas acciones no se negocian en mercados públicos de valores. Es por ello por lo que algunas de las formalidades y preceptos orientados a la protección de inversionistas pueden obviarse. Esta característica convierte a las *kleine AG* en una alternativa apropiada para emprendimientos de carácter familiar<sup>60</sup>.

Conviene remarcar cómo, a partir de la introducción de la figura de la sociedad por acciones de pequeñas dimensiones (*kleine AG*), los pequeños empresarios alemanes han renovado su interés por las sociedades por acciones (*AG*). Ciertamente, ellas han representado para aquellas empresas con potencial de crecimiento la forma asociativa que más se adecua a sus particulares necesidades<sup>61</sup>. El atractivo de la *kleine AG* reside en la mayor facilidad para adquirir capital propio sin recurrir a

alternativas tradicionales de financiamiento, tales como el crédito bancario. En esta forma asociativa también se libera la estructura administrativa, de manera que el empresario puede deslindarse de la tradicional dependencia respecto de la junta directiva, como principal órgano administrativo de la sociedad<sup>62</sup>.

Aunque muchas de las características propias de la sociedad por acciones se mantienen en la regulación de este tipo, la *kleine AG* puede constituirse y subsistir con un solo accionista<sup>63</sup>. Entre las ventajas que puede traer la constitución de una *kleine AG* se encuentran la simplificación de las normas que regulan la convocatoria y realización de la asamblea de accionistas y la mayor autonomía frente a la utilización de las ganancias sociales<sup>64</sup>. Sin embargo, la legislación alemana conserva aún ciertos requisitos imperativos y formalidades que, muy seguramente, serán suprimidos en futuras reformas legislativas<sup>65</sup>.

La introducción de la *kleine AG*, al igual a como ocurre con otras formas híbridas de sociedad, corresponde a la necesidades de flexibilización del régimen societario. Se trata de modificaciones de gran trascendencia, motivadas, en parte, por la competencia inter-estatal de legislaciones societarias, a las que ha dado lugar la nueva

dependen en muchos países del desarrollo de sociedades cerradas, resulta crucial proveer un entorno legal que facilite la creación de nuevas empresas y que estimule su financiación mediante inversiones de capital privado." (MCCAHERY, Joseph y Erik P.M. VERMEULEN. Op. cit.) El mismo autor señala que las formas asociativas flexibles deben cumplir un papel preponderante en el desarrollo de un mercado de capitales sólido. (MCCAHERY, Joseph y Erik P.M. VERMEULEN. "Limited Partnership Reform in the United Kingdom: A Competitive, Venture Capital Oriented Business Form". En: European Business Organization Law Review 5. 2004.)

<sup>58</sup> "Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts"

<sup>59</sup> La doctrina se ha pronunciado favorablemente sobre la introducción de la *kleine AG* a la legislación alemana. Para algunos tal reacción legislativa no es sino un cambio de rumbo frente a disposiciones demasiado rígidas (SCHMIDT, Karsten. "Gesellschaftsrecht". Cuarta edición. 2003. p. 772.); para otros, el término *kleine AG* no constituye una nueva forma societaria sino, más bien, la introducción de un criterio político-jurídico que conduce a la renuncia parcial a las formalidades del régimen jurídico de las sociedades por acciones. (HÖLTER, Wolfgang; DEILMANN, Barbara y Jens BUCHTA. "Die kleine Aktiengesellschaft". Segunda Edición. Beck Juristischer Verlag. 2002. p. 2.)

<sup>60</sup> La *kleine AG* se considera simplificada, en razón del reducido número de accionistas que forman parte de ella, debido a que sus acciones no se inscriben en bolsa de valores. La dimensión de la sociedad, medida en términos del capital aportado, no determina la calidad de *kleine AG*. (SCHMIDT, Karsten. Op.cit. Loc. cit.)

<sup>61</sup> En las *kleine AG*, se podrá efectuar la separación entre el consejo de administración, la junta directiva y la asamblea de accionistas. Es por ello por lo que esta forma asociativa puede ser utilizada como un paso intermedio hacia la sociedad por acciones abierta (DEHMER, WiB. 1994. pp. 753 y 760).

<sup>62</sup> HAHN, DB. 1994. pp. 1659 y 1651.

<sup>63</sup> La *kleine AG* se acomoda muy adecuadamente a las condiciones de las empresas familiares. Claro que si se produjera un crecimiento significativo en el corto plazo y la necesidad de captar mayores recursos de capital, sería necesario adquirirlo por medio de la participación en el mercado de valores. Para ello, se requeriría migrar hacia el régimen de la sociedad por acciones abierta (DEHMER, WiB. 1994. pp. 753 y 760). Es interesante observar cómo Alemania fue uno de los primeros países de Europa Continental en admitir la unipersonalidad societaria. En efecto, desde 1981, se permitió la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con la participación de un único socio (ADRIAN DORRESTEIJN et al., EUROPEAN COMPANY LAW 20. 1995.)

<sup>64</sup> La *kleine AG* se ha establecido en los últimos años como una alternativa a la forma societaria tradicional y dominante en Alemania que no es otra que la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH). Así, mientras que en 1990 existían tan solo 2685 AGs, en 1995, se incrementó el número de estas sociedades a 3780; en 1996 a 4430; en 1997 a 4548 y en 1998 a 5468. (DEUTSCHE BUNDESBANK, Kapitalmarktstatistik von Februar 1999, Beiheft zum Monatsbericht. pág 2; HANSEN, AG Report. 1999. p. 67).

<sup>65</sup> El art. 3 § 1 euro EG v. 9.6.1998 introdujo en la legislación alemana la figura del capital mínimo. Según el artículo 7 de la Ley de Sociedades por Acciones (AktG), "el capital de una AG no podrá ser menor de 50.000 euros." La exigencia de capitalización mínima en las sociedades por acciones de pequeñas dimensiones (*kleine AG*) constituye una de sus mayores deficiencias (HÖLTER, Wolfgang; DEILMANN, Barbara y Jens BUCHTA. "Die kleine Aktiengesellschaft" Op. cit. 107.)

jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, ya reseñada. La comparativa rigidez de las normas societarias alemanas ha dado lugar a que los empresarios migren masivamente hacia otros países donde son acogidos por regímenes más favorables. Así, está comprobado empíricamente que los inversionistas alemanes tienden cada vez con mayor frecuencia a constituir sociedades en el Reino Unido bajo la forma de la compañía privada de responsabilidad limitada (*private limited company*)<sup>66</sup>.

## B. España

El régimen societario español también fue objeto de una importante reestructuración para hacerla más favorable para los pequeños y medianos empresarios. Aunque la legislación de sociedades de responsabilidad limitada había sido objeto de una modificación general en 1995, las presiones competitivas forzaron al legislador español a expedir una nueva norma para reducir las formalidades y disminuir el ámbito de preceptos imperativos para las sociedades de pequeñas dimensiones. Fue así como en 2003 se expidió la ley 7 sobre sociedades de Nueva Empresa. Se trata de compañías de responsabilidad limitada sometidas a requisitos menos exigentes de los que existían para esa forma asociativa bajo la ley del 95.

Entre las características fundamentales de esta nueva forma asociativa está la posibilidad de su constitución unipersonal, la posibilidad de constitución por medio del Documento Único Electrónico, la supresión del libro de registro de socios, la simplificación de los órganos de dirección y gestión y la posibilidad de objeto genérico<sup>67</sup>. Por lo demás, la sociedad de Nueva Empresa ofrece la ventaja fundamental consistente en la simplificación en el cumplimiento de obligaciones contables. En efecto, la contabilidad en esta forma asociativa puede llevarse, en los términos que señale el reglamento, “de acuerdo con el principio de simplificación de los registros contables de forma que, a través de un único registro, se

permita el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia de información contable y fiscal” (Artículo 141)<sup>68</sup>.

Como puede apreciarse la solución legislativa española es diferente de la alemana –y también de la francesa–, por cuanto simplifica el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada y no el de la sociedad por acciones o anónima. Esta escogencia da lugar a menores ventajas comparativas, dado el hecho de que el régimen continúa sujeto a una estructura de capital menos flexible que la propia de las especies asociativas por acciones. Además, el legislador español ha mantenido diversas restricciones, cuya presencia hace poco conveniente el tipo, si se le compara con las normas de los otros países mencionados. Así, por ejemplo, se establece la exigencia formalista según la cual la sociedad de Nueva Empresa no puede constituirse ni funcionar con más de cinco socios<sup>69</sup>. De igual forma, se introducen reglas relativas a cifras mínimas y máximas de capital (artículos 135 a 137) y se imposibilita la participación de socios que no tengan la calidad de personas naturales.

## C. Francia

El ordenamiento francés, cuyo régimen societario podría considerarse hasta hace unas décadas como uno de los sistemas tradicionales de Europa continental, ha evolucionado favorablemente hacia pragmáticas concepciones. Claro que este cambio de orientación no se ha dado por generación espontánea. Su origen puede encontrarse en las directivas comunitarias, inspiradas, sin duda, en el interés de actualizar las normas legales de cada país para ponerlas a tono con orientaciones progresistas y de vanguardia. Otro aspecto que ha incidido en la actualización de la legislación societaria francesa es la relativa libertad de establecimiento de las sociedades dentro del territorio de la Unión Europea. La naciente competencia entre las legislaciones societarias europeas ha comenzado a mostrar resultados concretos a partir de ciertas interpretaciones jurisprudenciales desarrolladas

<sup>66</sup> En el ámbito estadístico, la compañía privada de responsabilidad limitada propia del sistema societario británico (*Private limited company*) alcanzó el 15% de participación en el mercado alemán en el año 2005. A partir de la expedición de la sentencia *Inspire Art* hasta finales del 2005 se llegó a un número de 20.000 nuevas Ltd (británicas) constituidas por empresarios alemanes (NIEMEIER, ZIP 2006, 2237, 2250. Actualmente se debate un proyecto de ley “Zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung des Missbräuches” (MoMiG), que pretende convertir a la GmbH en una forma societaria más competitiva frente a la Ltd británica. “La constitución de una sociedad con responsabilidad limitada será en Alemania esencialmente rápida y fácil” (ZYPRIESS, Pressemitteilung v. 23.5.2007).

<sup>67</sup> Según lo ha sostenido la doctrina, en el artículo 132 de la Ley 7 de 2003, “se establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones estatutarias. Esta decisión obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad. Además, un objeto social así definido permite facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución de la Nueva Empresa”. (MORA ALARCÓN, José Antonio y Luis Miguel MORA ALARCÓN. Op. cit. p. 354.)

<sup>68</sup> *Ibid.* p. 371.

<sup>69</sup> Se trata, como se ha afirmado con acierto, del establecimiento de un “*numerus clausus ab initio*”. (*Ibid.* p. 354.)

por la Corte Europea de Justicia en materia de nacionalidad y establecimiento de sociedades. En particular, luego de la célebre sentencia de Centros v. Erthvers-og<sup>70</sup> los empresarios del antiguo continente disponen de la opción de escoger la legislación societaria más conveniente a sus intereses<sup>71</sup>.

Aparte de la incidencia del programa de armonización de las leyes societarias, Francia ha aportado también sus propios desarrollos al derecho societario. Uno de los avances más sugestivos de los últimos tiempos ha sido el de la denominada *sociedad por acciones simplificada* (SAS). Esta subespecie asociativa, creada mediante ley del 3 de enero de 1994 y modificada más adelante en 1999 y 2001, se ha convertido en una opción asociativa de reveladoras ventajas para los empresarios de ese país<sup>72</sup>. Las características *simplificadas* del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a las pautas contractuales que sus asociados escojan<sup>73</sup>. Así, las reglas legales de la sociedad anónima serán aplicables sólo en la medida en que no se hubiere pactado cosa distinta en los estatutos sociales. Es decir que tienen, por lo común, carácter meramente dispositivo. No en vano ha sido denominada por Cozian y otros autores como *sociedad-contrato*<sup>74</sup>. Es precisamente esta característica la que permite conjugar los

elementos beneficiosos de las sociedades de capital, con un acentuado *intuitus personae*, que hace muy propicia su utilización para negocios familiares o para otros emprendimientos de pequeñas y medianas dimensiones<sup>75</sup>.

Como es normal dentro de las tendencias más avanzadas, la sociedad por acciones simplificada puede ser constituida y funcionar con un solo accionista. Nada diferente podría esperarse, luego de cumplidos más de quince años de vigencia de la duodécima directiva comunitaria, en materia de sociedades de capital unipersonales. Esta circunstancia también la hace particularmente idónea para la organización de grupos de sociedades, debido a que facilita una estructuración simple y ligera de filiales íntegramente controladas. La legislación brasileña, desde la expedición de la Ley 6.404, ha permitido la existencia de las denominadas "subsidiarias integrales," en las que evidentemente el único accionista es la sociedad matriz<sup>76</sup>.

Las anteriores razones, sumadas a la tradicional estrechez de los moldes societarios previstos en las legislaciones latinoamericanas, recomiendan la introducción de una modalidad asociativa nueva. Las disposiciones procuran continuar el ejercicio de actualización normativa que se ha

<sup>70</sup> Sentencia C-212 del 9 de marzo de 1997.

<sup>71</sup> Bajo la antigua doctrina de la sede real, el criterio decisivo para establecer la legislación aplicable a una compañía lo constituye el asiento principal de sus negocios, determinado por el territorio en que se encuentre su oficina principal. Esta doctrina contradice, en forma notoria, la de los *asuntos internos* (*internal affairs doctrine*) prevaleciente en los Estados Unidos, por cuya virtud las normas que rigen el funcionamiento interno de una sociedad son las del Estado previsto como domicilio principal en sus estatutos. Esta divergencia doctrinaria, que a primera vista puede parecer inocua, dificultaba sobremanera la posibilidad de que los empresarios europeos seleccionaran a su arbitrio las normas jurídicas más deseables para la regulación de los asuntos internos de la sociedad. La referida sentencia ha permitido que los europeos también avancen hacia un mercado de leyes de sociedades. (REYES VILLAMIZAR, Francisco. "Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada". Tercera Edición. Bogotá: Legis. 2006. pp. 42 y 43.) Para McCahery, tanto el caso de Centros como los de *Uberseering* e *Inspire Art* podrían dar lugar a una competencia entre las distintas naciones europeas en relación con las normas societarias expedidas por sus órganos legislativos. ("Limited Partnership Reform in the United Kingdom". En: *European Business Organization Law Review* 5. 2004.)

<sup>72</sup> "La ventaja esencial de esta nueva forma consiste en escapar casi por completo a las reglas de orden público que gobiernan las asambleas de accionistas y los órganos de administración y de dirección de las sociedades anónimas. La sociedad presenta, en consecuencia, una gran flexibilidad para su organización y funcionamiento, en beneficio de la eficacia relacionada con la concesión de personalidad jurídica y la consecuente restricción en la responsabilidad de los asociados hasta el monto de sus aportes." (GUYON, Yves. Op.cit. p.116.)

<sup>73</sup> Mediante esta forma asociativa, el legislador francés procuró relevar a los empresarios que la utilicen de la rigidez normativa propia de la regulación de las sociedades anónimas. "La vida de la sociedad anónima está regulada por un Derecho de orden público de una gran rigidez, que define en el mayor detalle la composición, los poderes de los órganos de dirección, el status de sus accionistas, los procesos de convocación y realización de asambleas de accionistas y sus modos de deliberación. El carácter imperativo del funcionamiento de la sociedad anónima se denunció como un freno al desarrollo de las empresas y a la conformación de grupos de sociedades. Ante la imposibilidad de redactar los estatutos según sus propias necesidades, los asociados son condenados a recurrir a convenios de accionistas donde la validez jurídica es frecuentemente incierta. Dentro del contexto internacional, donde las sociedades pueden establecerse libremente y las exigencias jurídicas se limitan al mínimo, las sociedades francesas sufrirían de una minusvalía en relación con sus competidoras europeas." (MASQUELIER, Frédéric y Nicolas Simon DE KERGUINIC. "Société par actions simplifiée, création, gestion, évolution". Cuarta edición. Dalloz-Sirey. 2005.

<sup>74</sup> COZIAN, Maurice ; VIANDIER, Alain y Florence DEBOISSY. "Droit des sociétés". Decimotava edición. Litec. 2005. p. 365.

<sup>75</sup> Es por ello por lo que Guyon advierte que "esta forma asociativa no debe ser utilizada sino por sujetos que se conozcan, se tengan confianza y compartan objetivos precisos (...). Ella facilita también la organización de grupos..." GUYON, Yves. Op.cit. p.117. En palabras de Cozian, "la intención del legislador es, en efecto, de asegurar el carácter cerrado de la sociedad, de conformidad con el elemento *intuitus personae* que se supone caracteriza las relaciones de los asociados entre sí". (COZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain y Florence DEBOISSY. Op.cit. p. 366.)

<sup>76</sup> Según el artículo 251 de la Ley 6.404, "la compañía puede ser constituida, mediante escritura pública, teniendo como único accionista a una sociedad brasileña". Y más adelante se agrega en la misma norma que, "Una compañía puede convertirse en subsidiaria integral mediante la adquisición por una sociedad brasileña de todas sus acciones ..."

venido cumpliendo hace décadas en los países de América Latina.

Para el caso colombiano, conviene enfatizar en que el gran avance de la reforma societaria de 1995 consistió en la admisión de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, debido a la flexibilidad de la normativa mediante la cual ella se introdujo. Con todo, debe admitirse que, transcurrida más de una década luego de la mencionada reforma legislativa, se justifica hoy dar un paso adicional que reconozca las nuevas realidades empresariales. Es por ello por lo que la regulación que se propone recoge las tendencias más avanzadas en materia de derecho societario, a fin de introducirlas en el ámbito jurídico local, mediante un proceso de adaptación en el que deben efectuarse las necesarias concordancias tanto frente a las reglas contenidas en el código de comercio, como en relación con las de la ley 222 de 1995.

## VI. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY SOBRE SOCIEDADES SIMPLIFICADAS

Como se ha dicho reiteradamente, uno de los principios que inspiran al proyecto de ley es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción del contrato social. El concepto de sociedad-contrato representa la idea cardinal bajo la cual se establece toda la regulación de la sociedad por acciones simplificada. Se trata de permitirle a las partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales han de gobernarse las relaciones jurídicas que surgen de la sociedad. Así, las normas contenidas en la norma propuesta tendrían un carácter eminentemente dispositivo, de manera que podrían ser reemplazadas por otras previsiones pactadas por los accionistas.

Claro que, a falta de pacto expreso de las partes, se proponen reglas aplicables de modo supletorio. Son ellas, en primer lugar, las contenidas en el texto mismo del proyecto; en segundo término, las propias de las sociedades anónimas contenidas en el estatuto correspondiente. La invocación de estas últimas ocurre por vía de remisión, de modo que, en lo no previsto expresamente para las sociedades por acciones simplificadas, habrán de aplicarse los preceptos que gobiernan el funcionamiento de las sociedades anónimas.

Es bueno advertir que el sistema parte de la base de una negociación adecuada de cláusulas entre las partes. Vale decir, que los acuerdos de inversión que se procuren alcanzar por medio de esta forma asociativa, requieren una detenida negociación

entre las partes. No hacerlo da lugar a una reglamentación que podría resultar demasiado laxa e implicar dificultades interpretativas por los vacíos que podrían presentarse. La doctrina extranjera advierte sobre estos riesgos. Se ha dicho con acierto que, en aras de alcanzar la flexibilidad que caracteriza a esta clase de estatutos societarios, debe sacrificarse en alguna medida el carácter detallado de la regulación normativa. Es por ello por lo que si las partes se proponen variar la estructura de gestión de la compañía ante lo que está previsto supletoriamente en la norma, deben pactarlo de manera detallada en el contrato social. De no hacerlo, asumirán el riesgo de incurrir en conflictos futuros<sup>77</sup>.

Dentro de las innovaciones más relevantes que se proponen en el proyecto debe resaltarse la posibilidad de creación por acto unipersonal, la constitución por documento privado, el carácter constitutivo de la inscripción en el registro mercantil, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales –incluidas las derivadas de impuestos y obligaciones laborales–, la posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, amplia libertad en la organización de la sociedad, abolición de la revisoría fiscal obligatoria, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias –incluidas las reuniones de segunda convocatoria–, la posibilidad de renunciar al derecho a ser convocado a reuniones de la asamblea, regulación específica de la teoría del abuso del derecho en determinaciones de asamblea –incluidos los abusos de mayoría, minoría y paridad–, votación por principio de simple mayoría, libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, plazo amplio de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, amplia efectividad de acuerdos de accionistas –incluida la posibilidad de hacer valer la ejecución específica de las prestaciones pactadas–, supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades, posibilidad de arbitramento para resolver todos los asuntos, incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva.

De otra parte, el texto recoge la orientación del régimen francés en el reconocimiento del elemento *intuitu personae* que podrían asumir estas formas asociativas. Para este efecto, se permite estipular estatutariamente restricciones a la libre negociación de las acciones que van

<sup>77</sup> BAINBRIGE, Stephen. "Corporation Law and Economics". Foundation Press. 2002.

más allá del simple derecho de preferencia, como son las relativas a la autorización previa de las enajenaciones de acciones, la exclusión de accionistas por disposición estatutaria o por cambio de control respecto de una sociedad accionista, así como la imposibilidad de transferir acciones durante un término máximo de diez años. En materia de disolución, se procura atenuar el impacto de la causal de disolución por pérdidas mediante la concesión de un término de enervamiento de dos años, que se cuenta a partir de la fecha en que se reúna la asamblea de accionistas para reconocer el hecho que origina la causal. De igual forma, se flexibiliza el proceso liquidatorio, al sujetarlo al trámite previsto para la liquidación del patrimonio de sociedades de responsabilidad limitada, vale decir, sin que sea necesario agotar el trámite de presentación y aprobación de inventario a que alude el artículo 233 del código de comercio. Se propone regular, por primera vez en la legislación colombiana, la operación de enajenación global de activos, con el propósito de someterla a aprobación de la asamblea y otorgarles a los accionistas ausentes y disidentes un derecho de retiro equivalente al que existe en las operaciones que se cumplen por vía de fusión o escisión. Por lo demás, se contempla un procedimiento abreviado para aquellos procesos de fusión en los que una sociedad por acciones

simplificada sea absorbida por otra sociedad que detente más del 90% de las acciones de ésta.

La simple lectura del articulado permite verificar que no se trata de un simple retoque cosmético de la legislación vigente. La propuesta apunta a una transformación radical de muchas de las estructuras legales vigentes con el fin de ponerlas a tono con las concepciones contemporáneas y, sobre todo, con las necesidades de los empresarios. Se trata, en esencia, de facilitar la creación y el funcionamiento de nuevas sociedades, de favorecer la innovación empresarial y de mejorar la competitividad del sistema económico. En nuestros sistemas jurídicos es necesario avanzar con prontitud hacia nuevos horizontes normativos. En una era de comunicaciones inmediatas, donde la información y el conocimiento están al alcance de la mano, no es sensato esperar –como casi siempre ha ocurrido–, a que transcurran décadas antes de introducir reformas indispensables, cuya eficacia se ha demostrado en varios países extranjeros. Por el prurito de defender concepciones dogmáticas y anacrónicas, podría retrasarse la puesta en práctica de un sistema societario que, de adoptarse con rapidez, promete resolver buena parte de las inquietudes y dificultades que deben enfrentar los empresarios de hoy.