

Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas

DICTAMEN DE LA COMISIÓN CIVIL Y MERCANTIL DEL COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA.

Elaborado por el Dr. Álvaro Hernández Aguilar

Coordinador de la Comisión Civil y Mercantil del Colegio de Abogados y Abogadas.

Proyecto de Ley Exp. 23.077

“LEY DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS”

## I. Antecedentes

En los últimos años el mercado empresarial costarricense continúa aún vinculado al tradicional modelo societario de la sociedad anónima. Corresponde a una modalidad societaria tradicional que está prevista para grandes y pequeñas empresas con una serie de estructuras formales que generen mucha “burocratización administrativa” costes de transacción y problemas de implementación para pequeñas y medianas empresas que pretendan acceder al mercado, que en muchos casos para las personas no justifican sus requerimientos y no tiene sentido su exigencia y responsabilidades.

Basado en lo anterior, la propuesta al modelo societario sugerido, ofrece como finalidad incluir la existencia constitución y regulación de la Sociedad por Acciones Simplificada (“SAS”) en el ordenamiento jurídico costarricense.

La función del derecho societario en la actualidad es la de emitir normas que se ajusten a los intereses económicos de los empresarios, los cuáles están dadas en modelos que la misma ley crea, cuya finalidad es buscar una finalidad en el equilibrio jurídico de las partes interesadas. Así las cosas, para los empresarios esto significará menores costos de contratación, porque al adoptar el modelo legal no tendrán que sufragar con gastos propios de la negociación del contrato societario.

Es evidente que el mundo económico imperante de la época, exige adecuación a las maniobras y tendencias de vanguardia practicadas por países desarrollados, tales posturas exigen apertura de mercados, eliminación de fronteras comerciales, facilidades para el inversionista extranjero, producción organizada a gran escala y celebración de sociedades de menores exigencias formales y requerimientos. Descrito brevemente este escenario, resulta conducente deducir que una regulación flexible y ágil en materia societaria favorecerá tales procesos. Nadie parece discutir la utilidad de la organización societaria como una herramienta para fomentar la inversión. Según el profesor Daniel Roque Vitolo, “un buen régimen de gestión societaria es crucial para una eficiente administración de los mercados de capitales y del sistema de inversión. Al mismo tiempo, la organización societaria asegura que todos los participantes en el mercado sean conscientes del amplio espectro de

intereses legales y económico en los cuales sus intereses legales y económicos en los cuales sus intereses se desarrollan..”<sup>1</sup>

Como bien es sabido, Costa Rica cuenta con un modelo societario sustentado hoy día en esos dos sistemas societarios descritos. En ambas en principio se parte de la propuesta que los socios solo responden por los montos de sus acciones. Sin embargo, en el caso de la anónima paulatinamente el presidente o gestores del órgano de gobierno han venido adquiriendo mayor protagonismo en su responsabilidad patrimonial al responder ante acreedores o terceros por ilícitos legales –acción social e individual de responsabilidad- además de las gestiones propias del levantamiento del velo o fraude de ley reforzadas con la reciente implementación de la Ley Concursal. Lo relativo a las sociedades de responsabilidad limitada, dado el escaso número en el mercado, y las inconsistencias de la negociabilidad de las acciones, han ido perdiendo aplicabilidad en el país y son hoy día de escaso margen.

De manera que el único sustento societario operativo en Costa Rica es el de la sociedad anónima, que aplica a pequeñas y grandes empresas bajo un mismo escenario jurídico, particularmente en relación a la pequeña empresas donde tanto las acciones y la gobernabilidad están sujetas a varios requisitos legales previstos en esa modalidad societaria. Bajo esa circunstancia partimos de que si es importante una reforma con una nueva persona jurídica societaria, pero que no constituya una marginación de la anónima para entidades de mayor tamaño, donde es más fácil la investigación y acreditación de eventuales fraudes o demás ilícitos legales. La responsabilidad limitada es un beneficio que la ley atribuye a las sociedades de capital. En la anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada, la cuota del capital social representa la medida de la responsabilidad que asume cada uno de los socios. Frente a ellas los dos modelos restantes de base personal –colectiva y comandita-. En estas dos sociedades de base personal, la responsabilidad de los socios es personal e ilimitada, aunque con la salvedad a la que tal responsabilidad es posterior a la que corresponda a la persona jurídica, que habrá de responder siempre, de forma principal, con su patrimonio.

Uno de los mayores debates contemporáneos del derecho privado, se ocupa del estudio del mayor o menor grado de flexibilidad de la legislación que regula a las sociedades. En este sentido, la tendencia actual apunta a **simplificar la normatividad** en beneficio de un mayor campo de acción a los socios y la autonomía general privada. Con ello se pretende regular que la inclusión de la pequeña y mediana empresa en el eje central del sector de la economía. a través de la instalación de estructuras societarias menos complejas, y sujetas, a un menor rigorismo jurídico. A pesar de que parte de la doctrina comercial argumente que el instrumento idóneo para asociarse son los contratos de colaboración empresarial, para nosotros es claro que, las sociedades comerciales flexibilizadas, constituyen una

---

<sup>1</sup> ROQUE VITOLLO, Daniel. Corporate Governance en la nueva dinámica societaria. Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios, Gobierno corporativo, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 18.

de las primeras opciones para el hombre de negocios. Así lo expresan autores que han dedicado su estudio al derecho societario, "Las sociedades son un instrumento de organización e integración del capital, al servicio del desarrollo económico".

Es aquí donde se observa la intención del legislador en el proyecto propuesto por integrar a las pequeñas y medianas empresas en este tipo societario, ofreciendo flexibilidad, simplicidad y autonomía de la voluntad social. La simplificación del derecho de sociedades, han sido un tema latente en la agenda del legislador, inicialmente europeo y luego en países latinoamericanos como los casos de Colombia, México y Argentina. Por su relevancia económica es vistoso políticamente y, además recurrente, tanto en la época de bonanza como en tiempo de crisis, al que periódicamente se ha prestado cierta evanescente atención. Todo parece indicar que la simplificación ha llegado para asentarse en nuestros ordenamientos. La causa de que así sea, no debe hallarse únicamente en la situación de grave crisis económica que en la actualidad azota a todas las economías desarrolladas, sino en una serie de fenómenos económicos, jurídicos y tecnológicos, que se iniciaron en derecho comparado hace ya algún tiempo y que ahora han comenzado a desplegar efectos.<sup>2</sup>

En el derecho europeo La Comisión Europea no podría permanecer al margen de este fenómeno y ha convertido a la simplificación del Derecho de sociedades en una de las principales áreas de actuación, integrada, a su vez, dentro de su política general de mejora de la tradicional legislación tradicional, uno de los mayores principios básicos consiste en plantearse y calcular, antes de adoptar una medida legal, el coste económico para el empresario supone cumplir con una nueva disposición del ordenamiento societario. Un aspecto esencial de la política de simplificación ha sido reducir el coste tanto material como temporal del proceso de fundación con objeto de que los requisitos legales para la constitución de la sociedad no se convirtieran en un elemento disuasorio de nuevas iniciativas empresariales.

La simplificación del Derecho de sociedades no sólo se circunscribe a la fundación de la sociedad, sino que se extiende al resto de las instituciones societarias. La organización interna y el funcionamiento de los órganos sociales no podrán ser ajenos al proceso de simplificación. La aplicación de las nuevas tecnologías y a la adopción de fórmulas más ágiles y racionales de organización afectan por igual a la junta general de socios y a la administración de la sociedad—según veremos más adelante—. También afecta a ámbitos tan aparentemente alejados de su conocimiento como el

---

<sup>2</sup> La simplificación es uno de los grandes ámbitos de la más amplia política de mejora de la regulación, entendida como la fijación de un punto de equilibrio entre la regulación y la competitividad. Los índices que miden los índices de competitividad, de las naciones incluyen el criterio de la calidad institucional. Uno de los más conocidos es el informe del Banco Mundial sobre la facilidad de hacer negocios (*Doing Business*), que recoge la opinión de ciertos actores económicos importantes sobre cuestiones nucleares para la actividad económica.

Derecho de separación del socio en las sociedades de capital<sup>3</sup>, la disolución de la sociedad y la fusión societaria.

La Sociedad Anónima por Acciones Simplificadas corresponde un nuevo tipo de sociedades que se constituye como persona jurídica de manera más fácil y económica de forma más simplificada. Incluso podría corresponder a un solo socio personal o persona jurídica y actúa generalmente a través de reunión de sus miembros, despojándose de estructuras organizativas como los órganos permanentes típicas de otras sociedades de mayor jerarquía. Por otra parte en las denominadas "SAS" la responsabilidad de los socios y socias está limitada a sus acciones. A su vez las "SAS" unipersonales de un solo socio, no estaría facultada para constituir o formar parte de otra "SAS".

Las "SAS" busca dar solución a la problemática referente a los altos costos notariales, derechos, etc., a los tiempos de duración de los trámites y a lo que implica tomar una decisión vital como es conseguir socios para constituir legalmente una empresa en Costa Rica. Ofrece como propósito la posibilidad de construir micros y empresas en general que en el caso de México factures menos de cinco millones de pesos por año, sin que en Costa Rica exista tope al efecto lo cual resulta un tanto desacertado ante eventuales fraudes empresariales más allá del levantamiento de velo y del fraude.

A nivel comparado los objetivos que se persiguen a nivel doctrinal y en el derecho comparado serían los siguientes:

- Eliminar la informalidad
- Simplificar el proceso de constitución de micro y pequeñas empresas
- Fomentar el crecimiento de este tipo de empresas para que en el futuro adoptan formatos más sofisticados de operación y administración
- Constituir un nuevo régimen societario formado por uno o más accionistas (personas físicas o autónomos)
- Instaurar un proceso de constitución administrativa con todos los efectos legales adecuados correspondientes.

La disminución de los costes económicos asociados a la creación de empresas contribuye a la creación de un entorno económico propicio en el que las ideas y proyectos surjan con más espontaneidad y se conviertan en las iniciativas empresariales indispensable para el devenir económico. Es importante saber aprovechar las oportunidades del entorno ofreciendo bienes o servicios competitivos hace que las empresas más eficientes supervivan las que menos cesen en su actividad. Para que este

---

<sup>3</sup> La ampliación del Derecho de separación del socio –receso societario en Costa Rica- determina como sistema de disolución a la opresión que la mayoría puede llegar a ejercer sobre un socio minoritario es una cuestión ampliamente debatida en la literatura jurídica de la sociedad. Dentro de ésta, no hay que desdeñar la importancia que tiene la adopción de un mecanismo de salida para el minoritario a la hora de, sino reducir, sí de reconducir la litigiosidad societaria como señalan países de nuestro entorno.

engranaje funcione correctamente es imprescindible la adecuada compaginación de ideas y recursos y la inexistencia de trabas innecesarias., junto con la formación y educación de la imaginación y creatividad y de los fundamentos de la gestión empresarial. En las circunstancias de la actual fase recesiva y a fin de aumentar las oportunidades y competitividad de la economía costarricense, toma renovada actualidad cualquier iniciativa dirigida a continuar el proceso generado con la ley propuesta facilitando la creación de nuevas empresas y realizar la insustituible contribución del empresario.

## **II. Disposiciones generales (Artículos 1 al 4)**

La propuesta legal otorga al momento de su inscripción la condición de persona jurídica según patentiza el art. 1. relacionado con el ordinal 2. En el ordenamiento jurídico costarricense, el concepto de sociedad es inseparable del de personalidad jurídica. Así sucede en todos los casos en que los promotores o promotor, de la entidad fundan la sociedad con la idea de participar a través de ella en el mercado de bienes y servicios. La atribución de personalidad jurídica supone la modificación de las reglas tradicionales de atribución de responsabilidad y de legitimación procesal. Formada la persona jurídica no se requiere ya la participación de sus promotores, sino que la nueva realidad opera en el tráfico independientemente del patrimonio y condición jurídica de quienes la formaron. La persona jurídica evita a acreedores e inversores el deber de negociar con todos y cada uno de los titulares de una entidad inscrita, pues traslada la decisión de contratación al ámbito interno de la organización. Una vez adoptada la decisión de contratar, las únicas partes del contrato serán el tercero y la propia persona jurídica, quien devendrá responsable en primer término de las deudas contraiga. La persona jurídica, en definitiva, abarata los costes de contratación, pues simplifica enormemente situaciones subjetivamente complejas, de allí que la previsión de atribución jurídica lleve aña la presión de normas de gobierno.

Por otra parte, lo determinante de su estatus de SAS, lo determina su constitución como sociedad mercantil independientemente de las actividades previstas en su objeto social, Lo anterior determina, que el objeto social proviene de la propia SAS –primer párrafo del artículo 1 del proyecto de ley- independientemente de que algunas situaciones no correspondan al área mercantil. Con ello, se viene prestando atención a una desmodificación de identificar de manera clara el objeto social, pues con solo el hecho de que sea una SAS, su naturaleza será siempre comercial y no es necesario identificar su actuación o actividades detalladas, aunque como veremos más adelante, si la parte lo considera necesario, lo puede realizar.

A su vez el artículo 2 determina que una vez inscrita la SAS, se le reconoce la personalidad jurídica antes descrita y formará parte de una persona jurídica distinta a sus actuaciones. Las situaciones que sucedan antes de la inscripción afectará directamente a los socios.

En el artículo 3 se consagra la "Limitación de responsabilidad", al monto de sus aportes efectivos. Corresponde a un beneficio que la ley atribuye a las sociedades de capital. En la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, la cuota del capital social representa la medida de la responsabilidad que asume cada uno de los socios. Frente a ella, en las sociedades de base personal, la responsabilidad de los socios es personal e ilimitada, aunque con la salvedad a la que se ha la que ya se ha hecho referencia, conforme a la cual tal responsabilidad es posterior a la que corresponda a la persona jurídica, que habrá de responder siempre de forma principal, con su patrimonio.<sup>4</sup>

Según el artículo 3 (la limitación de responsabilidad) no es absoluta pues puede desaplicarse en casos de levantamiento del velo o fraude de ley.

Finalmente el artículo 4 determina la imposibilidad de emitir acciones que se negocien en el mercado de valores o bolsa de valores. ARTÍCULO 4: *...Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificadas no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores ni negociarse en Bolsa.* Lógicamente que ello consiste en evitarla "dispersión accionaria" que genera el negociar en una bolsa, donde está abierto el camino que para que ingresen socios sin ningún control.

### **III. Constitución y prueba de la sociedad (Arts 5 al 8)**

Resulta importante recalcar que la modalidad de creación esta figura societaria puede ser por contrato o por acto unilateral que conste en escritura pública o documento privado electrónico, que será presentado en forma física o digital por Notario Público o el representante legal de la sociedad e inscrito en la Sección de Personas del Jurídicas del Registro Nacional.

Interesante señalar que en inciso 4) del artículo 5 se alude al plazo. Si se indica perfecto, de lo contrario, se tendría como una sociedad de plazo indefinido. En su inciso 5) se refiere al objeto social: Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial y/o civil, lícita, dentro o fuera del país. Resulta elocuente, que cualquiera de ambas modalidades son diferentes. Si se describen, deberá aclararse y completarse cada actividad, y en caso de que no se aluda a estas, se entenderá que podrá utilizare cualquier actividad comercial o civil –lícita-. De manera que lo más relevante para el promotor de la sociedad, sería dejar posibilidad a la segunda, a efecto de no quedar vinculado a actividades que resulten vinculantes según su declaración.

---

<sup>4</sup> C. PAZ-ARES, "La responsabilidad del socio colectivo", op.cit. p. 170: (...) la responsabilidad personal de los socios de las sociedades de personas tienen una función de suplir la falta de un patrimonio de garantía protegido por las normas de integridad del capital".

El párrafo 7) refiere a la forma de administración. Se indica que debe cumplirse con el nombre y estado civil, profesión u ocupación, número de documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse, cuando menos, una persona física o jurídica como representante legal, nacional o extranjera pudiendo ser socio o no, y que deberá necesariamente tener cualquier tipo de firma digital. Bajo esta propuesta, lo que resulta debatible es la posibilidad que **resulte ser socio o no**. En países como México, se exige que sea socio. Es importante señalar que el o los accionistas en una sociedad por acciones simplificada, S.A.S., no podrán tener el control o administración de otras sociedades mercantiles en México.

Algo importante resulta del último párrafo en su parte 8: "Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes inscribibles o cuya transferencia requiera el otorgamiento en escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse e inscribirse de igual manera. Lo que significa en estos casos, es que de aportarse bienes inscribibles en la constitución, deberá formalizarse la constitución de la sociedad, también mediante escritura pública.

#### IV. Control de legalidad (arts 6 al 8)

El art. 6 contempla la exigencia de cumplimiento de los requisitos legales. Se consigna que el registrador no deberá inscribir documentos donde se constituya , se haga nombramiento, actos o reformas, si se omite alguno de los requisitos el registrador dará 3 días para cumplir. Señala además que los documentos sólo podrán impugnarse por ausencia de requisitos esenciales o requisitos de fondo, de acuerdo con la ley. La acción de nulidad o inexistencia del documento de constitución, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo. Obviamente que es para proteger a terceros de buena fe que contrataron con la sociedad.

En el artículo 7 se alude a la sociedad de hecho. Se configura en aquellos casos, que mientras no se efectúela inscripción de documento privado o público, se entenderá para todos los efectos que la sociedad es de hecho y relativa. En efecto si se tratare de varios socios todos responderán de forma solidaria e ilimitada de las obligaciones de la sociedad de hecho; y si se tratare de una sola persona, está responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Conforme advertía PAZ-ARES "Sociedad Mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica" en URÍA.MÉNENDEZ, *Curso de de Derecho mercantil*, I, op,cit, pp567 a 568. "(...) el nacimiento de la persona jurídica no significa, en rigor, que surja un nuevo sujeto de derecho, sino simplemente que se modifican las relaciones jurídicas de las personas físicas que forman parte del grupo. En lugar de someterse a las normas del Derecho común, (a la doctrina de la comunidad *pro indiviso* de los derechos en el lado activo y de las obligaciones directas individuales o colectivas en el lado pasivo) se sujetan a las normas del derecho especialidades se produce como consecuencia de la unificación de su actuación y del aislamiento del patrimonio común, de acuerdo con las reglas legales y contractuales de cada sociedad.

Lo relativo a la prueba de la existencia de la sociedad, operaría mediante certificación emitida por el Registro Nacional en donde su vigencia por no estar disuelta o liquidada la sociedad.

#### V. Reglas especiales sobre el capital y las acciones (Arts. 9 al 15)

En el art. 9 se establece como plazo máximo para la cancelación de acciones un período de 2 años contados a partir del fecha de suscripción del documento de constitución y en el acto o contrato podrán establecerse las reglas pertinentes. Señala el citado art. 9: “ *En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los estatutos podrán contener disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites.*”. A su vez en la parte final del citado artículo se refiere a las disposiciones sobre gobierno corporativo y protección de socios minoritarios establecidas en la legislación para sociedades de capital le serán aplicadas a las (SAS).

El art. 10 dispone que el capital social de la sociedad estará conformado por acciones comunes u ordinarias así como nominativas. Se prohíben las acciones al portador. En los estatutos se expresarán los derecho de votación que le corresponda cada clase de acción, con la indicación expresa de voto singular o múltiple. A su vez se alude diversas clases de acciones

Por su parte el art. 11 determina lo siguiente: Todas las acciones de cualquier clase en que se divide el capital social de la sociedad por acciones simplificada podrán ser objeto de usufructo o ser fideicomitidas bajo cualquier modalidad lícita, sea mediante acto inter vivos, testamentaria o mortis causa, lo cuál deberá constar en el título de la acción y en el libro de registro de accionistas. Para efectos civiles y comerciales, las acciones de cualquier clase del capital de la sociedad por acciones simplificada son títulos valores, nominativos de participación, y en ningún caso serán tratadas o consideradas como bienes muebles, ya sea de forma individual o colectiva.

Esta aclaración que nos ofrece la propuesta legal bajo estudio, resulta tremendamente ilustrativa y de gran interés práctico en materia de usufructo. Ello por cuanto en Costa Rica ha existido una gran discusión sobre si las acciones se pueden o no transmitir inter vivos. Ello en virtud de lo previsto en el artículo 335 del Código Civil: “*Por cualquiera de los modos por se adquiere el dominio de los bienes, puede adquirirse derecho de usufructo sobre ellos; pero el usufructo de bienes muebles o de una colectividad comprensiva de bienes muebles o inmuebles sólo podrá constituirse por testamento, una vez constituido así, es transmisible como el usufructo de bienes inmuebles*”. **Según lo descrito, al consignarse en la propuesta legal que las acciones en SAS, son títulos valores sin que pueda considerarse como bienes muebles, excluye la propuesta testamentaria del Código Civil por cuanto las acciones no serían muebles sino títulos valores.**

El art. 12 refiere a las "Restricciones de la negociación de acciones". Se autoriza que en los estatutos se prohíba realizar acciones de la sociedad siempre que la vigencia de esa prohibición no exceda de 10 años contados a partir de la emisión. Esta restricción o términos de la voluntad, pueden prorrogarse por períodos no mayores de cuatro años y por voluntad unánime de todos los socios, todo lo cual debe figurar en el registro de socios.

Algo sumamente importante lo constituye el caso referido sobre el "derecho a la primera opción" en caso de venta de acciones de las SAS. Actualmente en el caso del derecho societario de la anónima, corresponde a un derecho que por ley es vigente, en el sentido de informar a los socios sobre la venta de acciones de otros socios para invocar el denominado –suscripción de derechos preferentes-. En la actualidad, la propuesta de las SAS, aplica ese instituto o modelo societario, sólo si está regulado en los estatutos y sea declarado por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas. El plazo para ejercer la primera opción no podrá ser en ningún caso inferior a un mes. No cabe duda que corresponde a una concepción muy moderna, pues solo aplica la suscripción preferente si está pactada, de lo contrario no aplica.

Por su parte el art. 13 referida a la transferencia de acciones consigna: "*Los estatutos podrá someter toda negociación de acciones o de cualquiera de sus clases a la autorización previa de la asamblea de socios, adoptada por el voto favorable de uno o varios accionistas que representen la mitad más uno de las acciones presentes en la respectiva reunión, o a la mayoría que se pacte en el acto contrato de constitución. Es importante destacar que se trata de una propuesta facultativa al utilizar la frase "podrán someter".* De manera que si no se indica nada al respecto en los estatutos, esas autorizaciones no tendrían que cumplirse, pues no sería necesario cumplir con ellas al corresponder a una facultad o prerrogativa de la sociedad las citadas autorizaciones.

Por su parte el art. 14 determina que la transferencia o negociación efectuada contra la ley o los estatutos a las restricciones de negociación, determina la nulidad de pleno derecho e ineficacia, aún ante terceros de buena fe. Tal circunstancia también operaría en los casos previstos en el art. 25 referidos al cambio de control en caso de que se haya contemplado en los estatutos la obligación de informar al representante legal acerca de cualquier operación que implique un cambio de control en la sociedad accionista. El incumplimiento del deber de información a que alude el presente artículo por parte de cualquiera de las sociedades accionistas, acarrearía la exclusión como socia de la SAS, mediante decisión adoptada por la asamblea de socios, adoptada con el voto favorable de uno o varios accionistas que representan la mitad más uno de las acciones presentes en la respectiva reunión. Finalmente el art. dispone que en las votaciones se excluirá el voto del accionista que fuere objeto de estas medidas.

## **VI. Organización de la sociedad (Arts. 16 a 22)**

El art. 16 determina que en los estatutos de las SAS se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas y mandatos que rijan su

funcionamiento. Y que a falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones serán ejercidas por la Asamblea de socios, y las de administración y representación por el representante legal inscrito en el Sección de Personas Jurídicas del Registro Nacional. Durante el tiempo en que la sociedad cuente con un solo accionista común, éste podrá ejercer las atribuciones que la Ley confiere a los diversos órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal.

Se aprecia que el art citado concede amplias facultades y simplificaciones para la organización de la sociedad.

En el art. 17 se regula lo de la Asamblea socios. Se consigna que el órgano supremo de la sociedad SAS corresponde a la citada asamblea. En el ordinal 18 se prevé lo de la renuncias a convocatorias. El art 19 consigna que cuando se trate de la elección de órganos de representación u otros colegiados, los accionistas podrán fraccionar su voto. Quedan a salvo las disposiciones del voto acumulativo del Código de Comercio, en lo que resulte aplicable.

Art. 20 refiere a la administración en cuyo caso no existe obligación a tener Junta Directiva u órgano colegiado de administración o representación, salvo previsión estatutaria en contrario. En estos casos de ausencia de órgano colegiado, la totalidad de las funciones de administración y representación le corresponderán al representante legal designado en los estatutos o por la asamblea de socios a quienes se le aplicarán las formalidades del mandato civil prevista en ese código.

En el citado art. se consigna que en caso de pactarse en los estatutos la creación de Junta Directiva u órgano colegiado de administración o representación, podrá integrarse por uno o varios miembros con suplencias, pudiendo ser socios o no. Los cargos pueden desempeñarse por medio de representantes, y los nombramientos son revocables.

El art. 21 refiere al tema del representante legal, que podrá estar a cargo de persona física o jurídica, nacional o extranjera, socio o no, designada en la forma y limitaciones y libre denominación prevista en los estatutos. A falta de disposiciones estatutarias, se entenderá que el representante legal podrá celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o relacionados con el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección corresponderá a la asamblea de socios o accionista único.

Lo relativo a la responsabilidad de administradores aparece regulado en el artículo 22 que remite residualmente a todo lo dispuesto al efecto en el Código de Comercio. Determina a su vez, que la personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores de una SAS, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.

Lo relativo a las obligaciones de administración en el derecho europeo ha alcanzado efectos muy importantes. El empresario individual o colectivo debe dotarse de una

estructura organizacional adecuada a la naturaleza y tamaño de la empresa para la verificación constante del desempeño de la gestión y posible previsión de crisis económica en sentido amplio. Por ejemplo el art. 2086 del Código civil italiano determinó como definición de empresario: quien opera en esas condiciones, tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y tamaño de la empresa, también en relación con la detección oportuna de la crisis empresarial y la pérdida de continuidad de la empresa, así como tomar las acciones inmediatas para la adopción e implementación de una de las herramientas previstas por la ley para la superación de la crisis y la recuperación de la continuidad del negocio. Con ello, el código civil italiano absorbe así los nuevos criterios de conducta y organización que debe seguir el empresario individual o corporativo.

Como es sabido el deber de diligencia previsto en números artículos de nuestro Código civil y comercial, determina el criterio para evaluar si la conducta del empresario en caso de cumplimiento de obligaciones sociales. La regla de diligencia constituye un instrumento regulador flexible para el cumplimiento de cualquier obligación, pues al modelo general de diligencia del buen padre de familia, del hombre medio específico de *diligencia profesional*. Al criterio general de diligencia de buen padre de familia, se suma –separadamente- en el ejercicio de la actividad profesional, la diligencia de la actividad profesional ejercida. No son conductas paralelas del buen profesional al de buen padre de familia. De hecho, cualquiera que sea el campo en el que opere el profesional o empresario, la evaluación de la debida diligencia puede realizarse verificando si, en la prestación del servicio, se han observado *las normas técnicas* específicas del sector o mercado en que operan, según el desarrollo que tengan en ese momento histórico. Se ha introducido una perspectiva nueva del principio de responsabilidad financiera empresarial. Ya no puede concebirse como una simple sujeción a la acción acreedores y terceros contratantes. De hecho en el mundo empresarial en que nos encontramos, determina que la administración de la SAS, tiene la carga de salvaguardar funcionalmente la garantía de activos ofrecida en sus negocios. En el cumplimiento de la obligación, de la diligencia exigida al empresario, debe hoy evaluarse en relación con la observancia satisfactoria de los citados deberes de conducta. Éstos cumplen la función de orientación de la gestión del empresario y puede decirse que constituyen las *armas técnicas* a cuya aplicación el empresario está obligado a asumir. Administrar y cumplir la relación obligatoria o la serie de relaciones obligatorias que se derivan del desempeño de la actividad económica. Los deberes del empresario SAS, se concretan por tanto, en un conjunto articulado, pero estrechamente relacionado, de medidas de conservación y compromisos, destinados a salvaguardar la eficacia y eficiencia de la garantía patrimonial en el mundo de los negocios.

## **VII. Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad (23 a 30)**

El art. 23 determina que las “reformas estatutarias” se aprobarán por la asamblea de socios, con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad una de las acciones comunes presentes, en la respectiva reunión, salvo

disposición en contrario. Por su parte el art. 28 introduce la figura de la escisión por primera vez en nuestra legislación societaria.

#### VIII. Resolución de disputas (Art. 35) y conclusiones.

1. De manera muy sorprendente y sorpresiva, el proyecto pretende que todo conflicto o contienda que ocurran respecto a la sociedad por SAS se desarrolle a través de un **ARBITRAJE OBLIGATORIO de manera vinculante**. No compartimos esta propuesta por cuanto las controversias por conflictos societarios son muy típicos de la jurisdicción civil o mercantil, según el país que se trate. Efectivamente en países como Argentina así como en otras legislaciones de Europa como Italia y Francia y desde luego en USA, el aspecto de conflictos corresponden a la vía judicial son absolutamente justificados, sin que se pretenda con esto poner en tela de duda la fortaleza y potencialidades de la jurisdicción arbitral.

Mostramos total oposición a esta propuesta, dado que muchas veces ciertos criterios sobre resolución de disputas societarias requieren en ocasiones incluso de pronunciamientos de altos tribunales e incluso del recurso de casación. Se trata de una materia cuyo crecimiento y complejidad es evidente dado los requerimientos que nos ofrece el mundo económico. Tómese en cuenta a su vez, que las SAS, corresponden a un nuevo modelo societario, donde muchas veces lo que se determine en forma jurisdiccional. No resulta lógico pensar en una labor arbitral para todas las disputas proveniente de las SAS.

*Art. 35. Todas las diferencias y disputas ocurran respecto a la sociedad por acciones simplificada entre sus socios, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluidas del retiro, exclusión o la impugnación de resoluciones de asamblea de socios o actos de órganos colegiados con fundamento en cualquiera de las causas legales, se resolverán por medio de arbitraje de derecho.....".* No apreciamos ninguna vinculación para que una materia tan importante desde el punto de vista económico, empresarial, societario, laboral, tributario, concursal, etc, sólo quede reservada a los **ÁRBITROS** con la injustificada exclusión de la operatoria de la labor jurisdiccional brindada por la Constitución Política a los jueces.

De manera que sugerimos, que corresponda a la **labor jurisdiccional**, el conocimiento de esta materia, salvo pacto de partes de vincular su conflicto en la vía arbitral. Conforme advertía Eugenio Brioux "la justicia es gratuita, lo que cuesta son los medios para llegar a ella".

2. Sugerimos además que las SAS deban tener un monto máximo, para la aplicación de este régimen especial que promueva efectivamente a las PYMES. En efecto, países como México se determina como micro y pequeña empresa, por lo que **los ingresos de este tipo de entidades en 2020 no podrá rebasar el importe de \$5,671,800.02 pesos**. Este tope aumenta cada primero de enero anualmente y se publica en el Diario Oficial de la Federación cada diciembre. Asimismo, **se debe tomar en cuenta que si se supera el monto de ingresos tope de la S.A.S, se deberá transformar a otro régimen**

**societario.** En caso de no llevar a cabo dicha transformación, el o los accionistas responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubiesen incurrido.”

La ausencia de un monto patrimonial determinará en el futuro la desaparición de la Sociedad Anónima, tal y como ocurre en Colombia donde el 95% de las sociedades, corresponden a sociedades simplificadas (SAS).

3. En todo lo demás sugerimos que corresponde a una proyecto de ley que debe **aprobarse** y que ofrece una serie de ventajas para el país en general. Requerimos introducir un breve *excursus* para afrontar lo debatido con la propuesta legal examinada. El llamado “problema tipológico” todavía aún no resuelto dentro de los grandes temas del derecho societario y que esta ley ayudará a resolver. Las dos principales formas de una sociedad de capitales, anónima y limitada están caracterizadas por una acusada y mal llamada “polivalencia funcional”, hallándose tradicionalmente en una relación en su perspectiva histórica nunca ha decidido eliminar. Persiste en el interior de las sociedades capitalistas el sistema dualista, de origen alemán y gran raigambre en nuestros sistemas jurídico, con descarte del sistema monista propio de los países anglosajones (*public company*) frente a la *private company británica* o la *close corporation* norteamericana, quienes al igual que la propuesta legal tienen cerrado el sistema de acceso a las bolsas de valores. Ante este panorama lancemos, al respecto, una cuestión de gran importancia teórica, como el de reemplazar el clásico sistema dualista SA y SRL, que tantas dificultades ocasiona en nuestro societario, por un sistema unitario que divida a las sociedades de capital en dos grandes bloques: sociedades abiertas cotizadas en bolsa y sociedades cerradas.



**Dr. Álvaro Hernández Aguilar**

**Coordinador la Comisión Civil y Mercantil**

