

“IMPORTANCIA Y PROBLEMAS DE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA CENTROAMERICANA”

Prof. FERNANDO MORA
Asistente Derecho Mercantil

“La coopération internationale, tellement nécessaire en face de la concurrence internationale venant surtout des grandes entreprises en dehors de la Communauté, sera donc stimulée par la création d'une Société Européenne. C'est un important stimulant pour la création d'une S. E. Pour réaliser l'économie d'échelle jugée nécessaire pour maintes raisons, on demande de nous, les juristes, que nous en procurions les instruments. La S. E. pourrait fournir un tel instrument”.

PIETER SANDERS

Es probable que una de las causas que permitieron a los miembros del Proyecto de Reforma Jurídica de la Universidad de Costa Rica preparar el Proyecto Revisado de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional en Centroamérica (que adelante llamaremos “el Proyecto”), en la forma básica tan comprensiva y flexible en que ha sido publicado⁽¹⁾, fuera el hecho de que todos afrontamos esa tarea sin preconceptos políticos sobre el tema. Por ello el resultado se puede garantizar como un producto de alto valor técnico y elaborado sobre concepciones prácticas de la vida de los negocios en Centro América y teniendo siempre presentes las necesidades de la zona con miras al mayor éxito de la integración económica.

(1) “Revista de Ciencias Jurídicas”, n. 12, Editorial Universitaria, Costa Rica, 1968, Pág. 25 y siguientes.

Pero como claramente lo expuso el Dr. Boris Kozolchyk en introducción al Proyecto ⁽²⁾, con éste se pretendió orientar, en tanto a aquellos aspectos que parecieron esenciales y sobre una ase esquemática relativamente simple, el problema de la creación, nivel centroamericano, de una sociedad anónima multinacional.

Hoy, en vista de la amplia acogida que tanto en el ambiente jurídico, como económico, como de la práctica comercial, ha tenido nuestra elaboración de bases, creo oportuno insistir en forma un poco más detallada sobre el tema, convencido como estoy, de que un instrumento jurídico de esta clase facilitará en innumerables aspectos el desarrollo del M.C.C., como se verá de la problemática que adelante plantearé.

En una mesa redonda celebrada en la Universidad de Costa Rica el 28 de octubre de 1967, sobre el tema en estudio, el autor insistía en la necesidad de estructurar una sociedad multinacional en la manera más perfecta posible, evitando así, desde un principio, el nacimiento de un ente que, por defectuoso, resultara un fracaso, y habiendo comparado el autor esa estructura con un carro que era preciso hacer avanzar, uno de los eminentes participantes a la mesa consideró que no se debería cargar, en todo caso, excesivamente el carro porque existía el peligro de no poder hacerlo avanzar del todo. Reconociendo el poco buen gusto de mi metáfora y la inmensa razón del peligro apuntado, insisto en que antes de arribar al final del camino con la mitad del material necesario, es preferible esperar a reunir las fuerzas indispensables para mover todos los elementos que garanticen una viabilidad del ente y su futuro éxito.

Pero el ente no ha sido aún construido y a su construcción tiene este nuevo contributo del autor. Idea similar fue lanzada en Europa por primera vez hace veinte años y aunque aun hoy no existe la Sociedad Europea, a través de pacientes construcciones doctrinarias, congresos, seminarios y mesas redondas, el M.E.C. se encuentra a las puertas de alcanzar la tan deseada meta de una sociedad por acciones multinacional. Para los juristas centroamericanos la tarea se presenta, al menos en ciertos aspectos, más sencilla. Para empezar, podemos usufructuar todo el material que sobre el tema se ha elaborado en Europa y, guardando las distancias

(2) Idem, Pág. 24.

y reconociendo las diferencias entre los dos fenómenos —el del M.E.C. y el del M.C.C. podemos evitar buena parte del camino, que ya ha sido recorrido en Europa.

Revisando la última publicación (ver nota 1) de la labor que sobre la materia realizó nuestro grupo de trabajo, llevada a cabo por el Dr. Kozolchyk, encuentro muchos aciertos pero observando el conjunto logro ahora ver aspectos que probablemente por la masa del trabajo, no fue posible verlos entonces y que aquí puntualizaré.

Este trabajo, en consecuencia, se dividirá en dos partes. La primera comprenderá una presentación de ventajas y desventajas de una Sociedad Centroamericana y en general, cuáles parecen ser los fines que con tal sociedad se pretende alcanzar así como la problemática que crea. La segunda será un comentario, a la luz de la primera parte, de aquellas bases del Proyecto que se considere necesario revisar.

Primera Parte

1.—Fines o ventajas de una sociedad anónima multinacional a nivel centroamericano. Se hace un poco difícil, como se verá de las explicaciones próximas, establecer en este caso una clara división entre los fines y las ventajas. En general, todo aquello que se pueda llegar a considerar como fin automáticamente se considerará también una ventaja y toda ventaja que se pueda alcanzar será también un motivo teológico de la institución. Repito. Esto en nuestro caso, sin querer hacer de lo anterior una generalización filosófico-etimológica. En consecuencia, hablaremos de fines o ventajas indistintamente.

2.—Previamente a considerar el tema propuesto veamos por un momento como podría denominarse esta sociedad nueva. En el M.E.C. el fenómeno ha sido llamado Sociedad Europea o Societas Europea. La denominación S.E. plantea el problema de que no indica la verdadera esencia o naturaleza del fenómeno que se pretende denominar. Pero obviando lo anterior, el uso del mismo sistema en el M.C.C., nos daría la denominación "Sociedad Centroamericana" cuyas siglas serían "S.C.", de segura confusión con las de la Sociedad en Comandita, "S. en C.". Además de que, como se dijo para la S.E., no indicaría, la expresión S.C., la naturaleza

del fenómeno a denominarse. Por otra parte la expresión Sociedad Multinacional, siglas S.M., es una buena alternativa, pero no sujeta a críticas, entre otras, la de no expresar, tampoco, la naturaleza del fenómeno denominado, por lo menos en algunos aspectos. Probablemente la denominación más apropiada, ampliamente descriptiva y comprensiva vendría a ser "Sociedad Anónima Centroamericana", siglas "S.A.C.". Sin embargo, debe tenerse presente que la denominación aditiva usada por nuestro grupo de trabajo fue Sociedad Anónima Multinacional, bastante comprensiva del fenómeno pero carente de una indicación geográfica, de utilidad, pienso yo, en un plano internacional más amplio que la zona de integración.

3.—¿Qué es una sociedad anónima centroamericana? En primer término, una sociedad anónima centroamericana no es una ley uniforme de sociedad anónima con carácter nacional, es decir, que se venga a insertar junto a los otros tipos nacionales de sociedad, pues de lo contrario es casi seguro que, en lugar de ser un instrumento útil no vendría a ser sino un nuevo elemento de dispersión y germen de nuevos problemas y complicaciones de dudoso valor en el afán integrativo económico de Centro América. Tampoco es, la sociedad anónima centroamericana (S.A.C.), un tipo de sociedad anónima que, inserta en la legislación de cada una de las cinco repúblicas del M.C.C., venga a sustituir los ya existentes reglamentos sobre la materia, pues, de lo contrario, fuera de que se hace imposible, como se verá, alcanzar por ese medio, los fines acordados a la S.A.C., la confusión —y probablemente el daño— que se crearía a las S.A. ya existentes sobre la base legislativa actual, sería enorme. La sociedad anónima centroamericana no es tampoco una estructura normativa internacional a nivel centroamericano con aplicación y ámbito jurisdiccional a nivel nacional puesto que, de lo contrario, a la vuelta de poco tiempo, por una interpretación jurisdiccional diversa, estaría convertida, prácticamente, en cinco tipos de sociedad distintos, uno para cada uno de los componentes del M.C.C.

Sin perjuicio de precisar luego, de acuerdo con el desarrollo de este estudio, un poco más lo que es la S.A.C., por ahora hemos de considerarla como una estructura normativa internacional o más propiamente sopranacional, por cuanto tanto su fiscalización cuanto el control jurisdiccional deben, necesariamente, confiarse a órganos a nivel centroamericano y no nacional.

4.—¿Qué se pretende con la creación de la S.A.C.? ¿Qué fines se persiguen con esta singular figura que originalmente (la S.E.) pareció a la doctrina europea una especie de experimento de laboratorio, meramente de valor especulativo y que hoy es reconocida como una necesidad impostergable para el M.E.C.? ¿Qué ventajas podría traer al M.C.C. una tal sociedad? Se ha hablado de paso magnífico hacia una mayor unificación legislativa; se ha dicho que es un excelente instrumento —por su potencialidad— para una concurrencia efectiva en mercados extrazonales; en fin, se ha afirmado que es un medio excelente para aglutinar, a nivel centroamericano, los factores de la producción.

5.—En líneas generales, se puede afirmar que las finalidades o ventajas de una sociedad anónima centroamericana son de tres tipos: a) psicológicas, b) económicos, y c) políticos. Las ventajas psicológicas son patentes: no se puede negar que, si bien extranjero no es en Centro América sinónimo de enemigo, como sí lo es en Europa (fenómeno que también ahí tiende a desaparecer), sí existe una cierta desconfianza hacia una estructura societaria que no se conoce bien y que, en suma, es extranjera. Una sociedad anónima centroamericana, sin duda, borraría esas barreras permitiendo, por ejemplo, un gran impulso, por medio de un sistema societario comúnmente conocido, a la formación de sociedades entre entidades (públicas o privadas, individuales o colectivas) de los diversos países del M.C.C.; la S.A.C. permitiría un aumento en la velocidad del fenómeno del cambio y en su volumen, así como la circulación o movilidad económica en el plano de las empresas, en general, puesto que se aminoran los temores y las desconfianzas, ya que el nuevo tipo de sociedad sería conocido, en condiciones iguales, en todos los países centroamericanos.

6.—Las ventajas económicas de la S.A.C. son múltiples y, dejando el campo abierto a los economistas, me atrevo a enumerar: incremento en el nacimiento de "holdings" dentro de la zona, con carácter internacional; facilitamiento de la fusión de sociedades nacionales; incremento en la concentración de grupos de sociedades de los diversos países del Mercado; mayores facilidades para el cambio de sede dentro de los países del Mercado, un medio ideal para una mayor circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

7.—Vista la sociedad anónima centroamericana en el campo político se comprende que puede inducir importantes cambios estructurales y otros. Reservándose para el momento oportuno el problema de la inversión de capital extrazonal dentro de la zona de integración, la S.A.C. impulsaría la creación de filiales de las grandes sociedades europeas o norteamericanas dentro del M.C.C., permitiendo a países diversos crear filiales comunes; facilitaría la obtención de capitales en los países del mercado común, especialmente por medio de una colocación en bolsa, bolsa que, indudablemente ayudaría a crear; probablemente llevaría a un mejoramiento de las sociedades nacionales con miras a presentar un plano de organización y liquidez que les permita optar a la nueva forma social; representaría un paso adelante de incalculable importancia, hacia una mayor unificación legislativa y hacia un mejor coordinamiento centroamericano en ese campo; sin duda alguna permitiría llevar a una circulación productiva una masa compacta, y actualmente estática, del ahorro centroamericano.

Como se ve, las ventajas puntualizadas en un campo, fácilmente podrían trasladarse a otro desde que el contenido del fenómeno es un continuo entrelazarse de medios y fines, pero así, rápidamente enumeradas, dan un índice que permite comprender la importancia de una tal institución.

8.—La elaboración del Proyecto hizo patentes una cantidad de problemas que previamente será necesario resolver y los más importantes de los cuales sometimos a detenida consideración, procediendo luego a una decisión mediante voto de mayoría. Sin embargo, en la publicación citada de las labores del grupo de estudio se incluyó en algunos casos el argumento del voto de minoría. Trataré ahora de pasar revista rápida —dentro de los límites de este artículo— a los problemas más gruesos que una sociedad anónima centroamericana plantea.

9.—En primer lugar está el problema de la forma. ¿Qué forma, entre las diversas de sociedad comercial, otorgar al nuevo tipo de sociedad. O se considerará esta sociedad centroamericana como una estructura genérica susceptible de ser canalizada a través de cualquiera de los tipos tradicionales de sociedad comercial? ¿Porque, qué nos impide crear una Sociedad de Responsabilidad Limi-

tada Centroamericana, o una Cooperativa Centroamericana? Pienso que si se pretende alcanzar efectivamente las finalidades propuestas, especialmente en cuanto tienden a la creación de estructuras económicas potentes, capaces de introducirse en el mercado internacional con efectiva capacidad competitiva, la única figura en condiciones de servir de vehículo a tales planes, es la sociedad anónima, cuyo dinamismo y versatilidad se prestan en manera óptima a tales fines. Por supuesto, no se tratará de una sociedad anónima similar a ninguno de los tipos de sociedad anónima nacionales, existentes en los países del mercado común, sino que será un nuevo tipo con controles estrictos y, de ser posible, con un sistema de administración lo más flexible que la seguridad de terceros y la protección de las minorías accionarias, lo permitan.

10.—Luego, es necesario decidir a que tipo de empresa, en cuanto al volumen, vendrá dedicado este nuevo tipo de sociedad. ¿Podrá ser usado indiferentemente por el empresario pequeño, medio y grande? O, ¿más bien, debe impostarse solamente para la gran empresa y la media, haciendo a un lado la pequeña? El jurista del M.E.C. ha discutido ampliamente el problema, en especial porque en un principio la S.E. fue ideada como estructura para la empresa de volumen de capital a gran escala. Y, aunque hoy prácticamente se ha convenido en que debe ser acequible también a la media empresa, Alemania —sostenedora, por otra parte, de la idea— insiste en pensarla como vehículo para la grande empresa exclusivamente. Para nosotros el problema no se presenta tan espinoso porque el sistema ideado, de control de factibilidad (ver bases 7ª y 8ª) en cada caso, parece descartar el problema de decidir que empresas pueden optar a la nueva forma social. Sin embargo, creo conveniente el establecimiento de un mínimo de capital por debajo del cual se considere infundado el permitir el uso de la nueva sociedad, especialmente cuando el bajo monto indique la existencia de una actividad más bien doméstica que con vocación internacional.

11.—Por otra parte, pareciera proporcionar iguales resultados una nueva sociedad anónima nacional, uniforme en todos los países del M.C.C., que una única sociedad anónima centroamericana, sopranacional. Además de que el tipo nacional uniforme no plantea los problemas de soberanía que sí crea el otro tipo. Pero es en este aspecto donde más necesario se hace impulsar desde un prin-

cipio una sociedad bien apercibida porque, de no ser así, en poco tiempo habrá sufrido variadas y contradictorias adulteraciones capaces de inducir peligrosas preferencias a establecerse en unos países y no en otros. Es absolutamente indispensable estructurarla desde un principio, esta sociedad anónima centroamericana, de modo que salga del ámbito de la jurisdicción nacional, por razones obvias para beneficio de los empresarios y casi, diría, como *conditio sine qua non*, de viabilidad.

12.—La S.A.C., ha de ser una sociedad con tratamientos privilegiados —por ejemplo en el sector de tributos— o más bien a de ser de un tratamiento igual a los demás tipos de sociedad? El asunto es sumamente delicado y sería conveniente oír al respecto la opinión de los economistas. En principio planteo un serio obstáculo a una sociedad privilegiada y es el de que el, o los, privilegios, serían un atractivo incentivo para simular lo que al final del número 10 llamé “vocación internacional”. Sin embargo, si se pretende impulsar la inversión popular, entre otros casos que podrían llevar a igual conclusión, es de mérito pensar en una sociedad privilegiada —al menos durante cierto tiempo— que atraiga al inversionista.

13.—En el M.E.C. ha sido objeto de discusión el de si la nueva S.E. debería ser una sociedad de segundo grado (sociedad de sociedades) o no. La doctrina europea ha concluido que no existe ninguna razón fuerte para hacer de la S.E. una sociedad de segundo grado. Entre otras cosas, ha dado lugar a esta alternativa el hecho de que, prácticamente desde un principio, en Europa se pensó en eliminar la constitución sucesiva para la S.E., especialmente porque, en general, es un sistema poco usado y complicado, lo que podría hacer pensar en la constitución simultánea sólo entre sociedades. En cambio, entre nosotros, al menos por ahora, la discusión no existe desde que específicamente se ha previsto la constitución sucesiva porque se pretende, por medio de ella, penetrar, permear, absorber, el ahorro del inversionista microscópico (Ver la base 20). No es que la única vía para arribar a ese inversionista microscópico sea la constitución continuada o por suscripción pública porque el mismo efecto se obtiene a través de la constitución simultánea y el posterior aumento de capital a colocar. Pero a efectos de una clara viabilidad pareciera más conveniente, en este caso, la constitución continuada.

14.—De lo dicho hasta ahora se deduce que el problema del acceso al nuevo tipo societario, de gran discusión entre los juristas del M.E.C., pareciera superado por nuestro Proyecto.

Los juristas europeos han discutido el sujeto al que podría ser accesible la S.E., (¿sólo sociedades, sólo empresas establecidas, sólo empresas de cierta envergadura, sólo los Estados europeos, o cualquier sujeto, bajo condiciones de capacidad de ejercicio, pueden tener acceso a la S.E.?); el tipo de negocio para que se debe emplear la sociedad europea (¿sólo negocios de interés europeo, o de “vocación” europea, sólo negocios de gran envergadura que requieran un determinado mínimo de capital, o cualquier tipo de negocio?); o si más bien, la S.E. debe ser una sociedad abierta a todo sujeto, a todo negocio, diversa de los otros tipos solamente por su acentuado control administrativo y un control jurisdiccional único y soprana-cional. Todos los problemas anteriores parecen, repito, superados por nuestro Proyecto, desde que, con claras finalidades, se ha pensado en permitir a la S.A.C. la constitución sucesiva dirigida al inversionista particular, o microscópico, como lo hemos llamado.

15.—El problema de la “apertura” —si el nuevo tipo de sociedad puede o no ser accesible al capital extrazonal— representa también un punto álgido del tema. Francia, especialmente, a causa del incremento cada vez mayor de la inversión de capital estadounidense en su esfera económica, y los consiguientes problemas que esto le acarreó, se ha opuesto siempre a una S.E. abierta a la inversión extrazonal, aunque últimamente parece estar cediendo en ese terreno, especialmente por el beneficio que, por otra parte, esa inyección de capital representa para el M.E.C. — No quisiera entrar en este campo, más propio de los economistas y planteo simplemente el conflicto.

16.—¿Puede ser la S.A.C. unipersonal? O más bien, ¿puede ser fundada una S.A.C. por un único sujeto? Este problema de alcance universal y hoy en día de gran discusión doctrinaria en Europa, debería resolverse expresamente para la sociedad anónima centroamericana. El mito de las palabras —sociedad— y el dogma clásico de la indivisibilidad del patrimonio y la consecuencia de ello, la consideración del mismo como garantía común de los acreedores del sujeto ha inducido en la doctrina jurídica europea la tradi-

ción de no admitir el patrimonio de afectación, que se ha considerado indirectamente logrado a través de la sociedad unipersonal. Este tabú tradicional parecía haber recibido el primer gran golpe cuando el principado de Liechtenstein en 1924, bajo la influencia de Pisko y Wieland, introdujo en su Código Civil la empresa individual de responsabilidad limitada. Pero en realidad la innovación no tuvo eco y no sobrepasó las fronteras del Principado. Ahora, a propósito de la S.E., se oye hablar de nuevo de la admisión de la sociedad unipersonal como posibilidad únicamente para otra sociedad pero con responsabilidad ilimitada de ésta con respecto a las obligaciones contraídas por su sociedad-robot, (Ver intervención de De Martini en las "actas" del Convenio de Villa Pignatelli, Nápoles, 26 y 27 de marzo de 1967) mientras se mantenga la unipersonalidad. El hecho de haber admitido la rotura del principio de la indivisibilidad patrimonial especialmente con el fideicomiso y todas sus formas aproximativas, hace de la América Latina, en general, un terreno apto para la admisión a su vez de otros tipos de destinación patrimonial. (El caso más claro de esta apertura de criterio en este campo es el del Código de Comercio de Costa Rica, de 1964, que sin antecedente mayor —salvo algunas disposiciones de las leyes bancarias en cuanto a las comisiones de confianza— creó dos tipos absolutos de patrimonio de afectación: el fideicomiso y la empresa individual de responsabilidad limitada, y un tipo intermedio o parcial: la venta de establecimiento mercantil o industrial (artículos 482 y 485, especialmente). Nada obsta para que se admita ya no la sociedad unipersonal fundada por una sociedad y con responsabilidad ilimitada de ésta de las obligaciones de aquella, sino la S.A.C. unipersonal fundada aún por un sujeto individual y bajo el sistema de responsabilidad limitada.

17.—La sociedad anónima centroamericana debe fundarse con un capital totalmente pagado o no? La doctrina del M.E.C. a seguido la orientación de obligar al pago total del capital. Sin duda alguna, un capital totalmente pagado al inicio de la actividad de una sociedad, es una enorme garantía de éxito. Pero estando entre los fines de la S.A.C. el recoger el ahorro microscópico inactivo, no hay duda que la posibilidad de compra de acciones a pagos no sólo hace más factible alcanzar ese fin, sino que implica un encauzamiento productivo del ahorro futuro. Por otra parte, un efectivo control de factibilidad previo a la constitución, según se ha orga-

nizado en el Proyecto, garantiza que el capital efectivamente versado sea suficiente no sólo a garantizar la viabilidad de la nueva empresa en sus primeros momentos de ejercicio, sino también suficiente a garantizar que un incumplimiento en masa por parte de los deudores de la sociedad por concepto de compra de acciones, desemboque en una crisis de financiamiento.

18.—El centro de la estructura jurídica de la S.A.C., como se puede deducir de lo visto y como se reafirmará en las próximas páginas, es el control de constitución y funcionamiento de la sociedad. El interés público existente de por medio en la sociedad anónima en general, no es tema que hoy admita discusión. Y mayor asidero adquiere ese interés público en un tipo de sociedad como el que ahora pretendemos dar al movimiento de integración, afirmación que se justifica ampliamente ya con lo visto en páginas anteriores. Pero este interés público inserto en la S.A.C. y que justifica la creación de un órgano de control como ha sido estructurado en el Proyecto (Ver, entre otras, las bases 8 y 63), no debe, simplemente, concretarse a hacer del control un problema de garantía formal, sino que debe llevar a un control que garantice a los terceros, tanto el cumplimiento de ciertos deberes por parte de la sociedad, (como por ejemplo la publicidad de los informes que se consideren necesarios) como una absoluta veracidad en los documentos emitidos en ejecución de tales deberes.

El control, tentativamente podemos dividirlo en:

- a) control de constitución.
- b) control de viabilidad.
- c) control de veracidad.

El control de constitución atañe a todos los aspectos sustantivos y adjetivos de la constitución de la sociedad y tendería a eliminar, de ser posible, toda impugnativa de la sociedad causada por vicios formales o sustanciales. Esto en vista de las consecuencias peligrosas que una impugnativa de tal género puede acarrear en el mercado centroamericano de capital y en un eventual mercado de valores cotizados en bolsa. El control de viabilidad garantizaría que el capital disponible sea suficiente para iniciar su actividad la

empresa con amplias perspectivas de lucro. Este control implicaría la presentación de planos económicos detallados de costo y mercado, entre otros y permitiría al órgano respectivo garantizar al inversionista no sólo la absoluta inexistencia de un fraude, cuanto la seriedad con la que su inversión será administrada inicialmente. El control de veracidad debería comprender no sólo el referente a la existencia de los aportes en efectivo —probablemente custodiados por el Banco Centroamericano, al menos en cuanto a empresas de inversión multinacional—, a la efectiva existencia de los aportes in natura, así como su justiprecio, sino también el control de veracidad del contenido de todos los actos que la S.A.C. deba dar a la publicidad. A estas alturas, en especial para un tipo de sociedad como el que tenemos en mente, se hace imprescindible no sólo garantizar al inversionista una información mínima adecuada, sino también el contenido de verdad de esa información. Este último tipo de control debe ir aún más allá y fiscalizar la veracidad contable y la efectiva situación patrimonial de la sociedad.

19.—Por otra parte, a fin de garantizar una uniformidad del nuevo tipo social, evitando que al cabo del tiempo la S.A.C. no sea una, sino cinco diversas formas de sociedad, no hay duda de que el órgano de control debe ser uno solo para toda la zona de integración. Se hace además necesario, establecer al menos la posibilidad de recurrir en apelación a un órgano —necesariamente único— de carácter jurisdiccional, contra las resoluciones que en el ámbito administrativo dicte el Organó de Control.

20.—El nuevo tipo de sociedad nos permitiría iniciar en centroamérica un sistema de publicidad amplia y efectiva, que luego, según el resultado, podría servir de modelo a probables reformas de la sociedad anónima nacional. La publicidad hace presente un problema a resolver: ¿debe ser centralizada o descentralizada? Pareciera más conveniente un tipo central actuando a través de una gaceta que a propósito publicaría el Organó de Control y por medio de un registro de la S.A.C., también en manos del Organó de Control. El territorio centroamericano no es tan grande como para no permitir una rápida difusión de la Gaceta Centroamericana y un buen servicio de información telefónica del Registro permitiría un contacto casi inmediato entre los empresarios y aquél. Amén de que se podría pensar en una transcripción del Registro Centroamericano

a los registros nacionales que adquiriría un valor relativo: a condición de no constar cosa diversa en el Registro Central. Sobre la garantía de veracidad de la publicidad, ya dijimos en el número 18.

21.—Los juristas del M.E.C. han construido la Societas Europea bajo la forma, única, exclusiva, de la constitución simultánea, con expresa eliminación de la constitución sucesiva. Dos razones, principalmente, son la causa de esa posición. Una es el hecho que la S.E. ha sido prácticamente concebida como un vehículo de organización de capital en gran escala a fin de competir con armas suficientes en el mercado internacional; ha sido considerada instrumento para ser manipulado por el empresario ya existente, individual o social y, aunque en definitiva, se ha aceptado que su uso estará abierto a todo sujeto jurídico, individual o colectivo, cuando se ha pensado en el primero no se estaba pensando en el inversionista no empresario. La otra razón consiste en el hecho de que el sistema de constitución sucesiva no ha sido efectivamente usado por considerársele excesivamente complejo como medio para alcanzar un fin que se podría alcanzar por vías más simples. En cambio en Centro América, el sistema de constitución sucesivo se ha empleado en importantes casos y, principalmente, se revela como el instrumento apto para emplearse precisamente en la percepción del ahorro del inversionista microscópico. Por ello pareciera recomendable la regulación de la S.A.C. como sociedad susceptible de constituirse simultánea o sucesivamente según se pretenda recurrir o no, al ahorro público.

22.—¿Sobre qué criterios se creará la “organización” de la S.A.C.? Una sociedad anónima con las ambiciones y finalidades de la S.A.C. necesariamente debe estar organizada sobre la base de una administración flexible, veloz, sin entramientos. La S.A.C. debe ser un tipo social ágil, capaz de competir con éxito en la concurrencia internacional formado por estructuras de poder bien equilibradas, pero que no se frenen recíprocamente. La tendencia contemporánea, principalmente llevada a la práctica por las nuevas leyes sobre sociedad anónima alemana (1945) y francesa (1944), trasladan el mayor poder al Consejo Directivo y al Órgano de Vigilancia, debilitando la Asamblea General, órgano este último excesivamente pesado y difícil de poner en movimiento para permitir una administración ágil y flexible. Es también el movimiento actual

—en concordancia con lo anterior— sacar en lo posible la actividad de vigilancia de la influencia del Consejo de Administración y, de ser posible, otorgarla al poder público. Como consecuencia de un traslado tal de poder se hace necesario ampliar aún más las garantías a las minorías. Sobre las bases anteriores sería ideal construir la “organización” de la S.A.C.

23.—Así como la interpretación administrativa de la S.A.C. debe ser centralizada con el fin de evitar una diversificación de criterios, así también, la interpretación jurisdiccional —como ya en parte lo hemos afirmado— debería centralizarse en una Corte Centroamericana. En este aspecto, al menos, los juristas del M.E.C. han terminado por estar de acuerdo, porque una interpretación nacional implica necesariamente el desembocar, en poco tiempo, en la existencia de tantos tipos de S.E. cuantos miembros forman el M.E.C.

24.—El problema de la jurisdicción única plantea de inmediato otro aspecto: el de las fuentes jurídicas aplicables en caso de conflicto. Crear un órgano jurisdiccional central pero hacerle aplicar, según diversos criterios —sede de la sociedad, o país en que se encuentran sus establecimientos, etc.— el derecho nacional, implica arribar por vía indirecta, a donde no se quería arribar por la vía directa de una jurisdicción descentralizada. Por ello las fuentes aplicables deben ser también uniformes, eliminándose toda posibilidad de romper esa uniformidad por aplicación subsidiaria de las leyes nacionales. Se debería aplicar el estatuto de la S.A.C. y los demás tratados de integración en cuanto puedan ser aplicables, recurriéndose al espíritu del estatuto, a los trabajos preparativos, a su relación de motivos y en fin, a los principios generales de derecho comunitario que se puedan ya encontrar en el estado actual del desarrollo de ese derecho.

25.—Los anteriores son únicamente los más notorios problemas que se hace necesario discutir y resolver a fin de llegar a la creación de la S.A.C. Existen luego problemas de gran envergadura por ejemplo en la elección de la base jurídica a que se debe acudir para llevar a estado normativo el nuevo tipo de sociedad ⁽³⁾,

(3) Prof. David Gantz, “El Status Legal del CAUCA y de los organismos centroamericanos a la luz de la formación de la política aduanera”, Rev. de Ciencias Jurídicas, n. 12, Universidad de Costa Rica, Pág. 75 y ss.

o en la resolución de los inevitables problemas fiscales que se suscitarán, temas éstos, que dejen en manos de los internacionalistas y los especialistas de derecho tributario, en materia de derecho comunitario.

En la parte siguiente de este trabajo pasaré una rápida revisión a las bases del Proyecto que me parezca de interés comentar o en las que un más detenido estudio del tema me haya hecho cambiar de criterio u orientar éste diversamente.

Segunda Parte

Comentario a las bases.

26.—En esta parte se me presenta la siguiente alternativa metodológica: comentar únicamente el "Proyecto", no solamente según fue elaborado por nuestro grupo de trabajo sino, inclusive, solamente conforme al texto publicado por la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica (ver nota 1) o bien volver atrás y hacer un comentario coordinado tanto del "Proyecto" como de las "Bases de la Ley Uniforme" que sirvieron a aquél como punto de referencia. El segundo método me llevaría por ejemplo a comentar la base 4) de la Ley Uniforme, (que eliminamos posteriormente en el Proyecto) para confrontarla con lo que he dicho en este trabajo sobre la posibilidad de permitir la constitución unipersonal de la S.A.C., puesto que, claramente, esta posición pone en crisis el concepto clásico de la sociedad como contrato, posición a la que se adhiere la base 4) citada. Al menos pone en crisis el concepto para los casos de constitución unipersonal. Sin embargo, no creo que este método último sea el más conveniente, en primer lugar porque implica innecesariamente repetir un trabajo que ya hicimos en el grupo de estudio y en segundo término porque llevaría, como en el caso ejemplificado, a discusiones de tipo doctrinario que, por el estado controvertido en que actualmente se encuentran, no servirían sino para complicar y dividir el ambiente de la nueva institución. (En el fondo es más importante crear el instrumento que la economía solicita, aunque no se acomode a las teorías de laboratorio). En consecuencia se seguirá el primer método, regresando al Proyecto de Ley Uniforme caso por caso y sólo cuando se considere necesario.

27.—Del comentario a la base uno se puede deducir que el uso de la S.A.C. quedaría reservado sólo para empresas de “carácter multinacional” Que sea este “carácter multinacional” es cosa aún sumamente vaga y oscura. El Comentario aparentemente hace consistir ese carácter multinacional en el hecho de que la sociedad realizará “operaciones” multinacionales las que a su vez se caracterizarían por la “participación del público centroamericano como inversionista y en el manejo de la sociedad”. Esta expresión “operaciones multinacionales” y la otra, “carácter multinacional” tienen la vaguedad que aún hoy siguen teniendo en Europa, para la S.E., las equivalentes “vocación europea” e “implicación europea” (4); vaguedad que por otra parte, en la “Introducción al Proyecto, se hizo constar con las siguientes palabras: “De las interrogantes anteriores se desprende que el concepto de la sociedad anónima multinacional es relativo y en ninguna forma sujeto a nociones preestablecidas en la legislación, doctrina, o costumbre mercantil, de la región. En otras palabras es un concepto cuyo contenido aún no establecido debe ser llenado por una patente necesidad jurídica y económica” (5). Si hacemos recaer el carácter multinacional en el hecho de una formación de capital a escala centroamericana (¿sería a escala centroamericana el capital formado por dos países? ¿en qué porcentaje?; ¿bastaría, para un capital de medio millón de pesos centroamericanos, 499.900 suscritos en un país y los otros cien en otro?) reducimos enormemente la utilidad de la nueva institución, que como se vio al principio de este trabajo, se presta a múltiples finalidades, todas de gran interés en el proceso integrativo. Igual error se cometería si se identificara el carácter multinacional con el concepto “operación de alcance centroamericano”, que por otra parte sigue siendo vaga y ambigua como la anterior. La misma expresión multinacional, en un principio adoptada por nuestro grupo

(4) Principalmente los alemanes se mantienen firmes en su criterio de que la S.E. debe tener, como dice el Prof. De Martini, un cierto índice de “europeísmo” que se podría encontrar por ejemplo, en los siguientes casos: holding internacional, filial común internacional, ser el resultado de una fusión internacional, tener sus acciones cotizadas en varios países del Mercado Común, ser una sociedad dirigida a investigaciones a favor de empresas de diversos países del Mercado Común; “si potrebbe anche pensare —continua el Prof. De Martini— ad implicazioni più generiche, quali la istituzione di succursali in più stati, la partecipazione a società di più paesi, il commercio internazionale di prodotti, ecc...” (Relación del Prof. Angelo De Martini, ordinario de derecho comercial de la Universidad de Pisa, al *Convegno* de Villa Pignatelli, ver bibliografía).

(5) Rev. de Ciencias Jurídicas, Cit., Pág. 27.

de trabajo en cuanto reflejaba el interés (pero en un sentido amplísimo) centroamericano en juego, a escala internacional, me aparece ahora, a la luz de todo lo que he antes afirmado, inapropiada. En el fondo, lo que hemos pretendido es sentar las bases de un nuevo tipo de sociedad anónima centroamericana, capaz de operar en todos los países del área sin el perjudicial carácter de sociedad extranjera y organizada en la más perfecta forma posible a fin de que sirva como vehículo para alcanzar determinados objetivos sicológicos, económicos y políticos, que ya puntalicé al inicio de este artículo (ver números 5, 6 y 7). El acceso a la nueva forma social debe ser libre, previo cumplimiento de los requisitos de constitución y de las garantías del caso, con la única sujeción a un mínimo de capital a establecerse en los futuros trabajos sobre esta materia, con el fin de eliminar la puesta en marcha del mecanismo que al efecto venga creado, para empresas de envergadura ínfima, incapaces de insidir efectivamente en el plano económico internacional o de constituir acciones de interés en bolsa.

28.—La base 9) de la Ley Uniforme fue eliminada porque, como se dijo en aquella ocasión y según reza en el Comentario, in fine, “no hubo acuerdo final con respecto a la conveniencia de adoptar el remedio procesal propuesto en el Proyecto, puesto que no se pudo establecer con certeza, cuáles serían los preceptos afectados o las prohibiciones involucradas en los diversos países”. En definitiva, al momento de la discusión de esta base, no llegó nunca a quedar claro qué se había querido decir con “acción para declarar el abuso de la personalidad jurídica en los casos de sociedades simuladas”. Y de ahí que mientras uno de los miembros del grupo pensó que podía referirse a una regulación del superamento de la personalidad jurídica, criticando entonces el caso a la luz de la doctrina del common law denominada “piercing the corporate veil” (“lifting the corporate veil” o “disregard of legal entity”), que va más allá del simple y único caso de simulación, otros participantes vieron en la base 9) un problema de abuso de poder por parte de los representantes de la sociedad, considerando que entonces la “acción por abuso” debería cobijar otros casos además del de sociedad simulada. Creo en realidad, que la base 9) debe examinarse a la luz de la base 4), “la sociedad es un contrato plurilateral de organización”. Considerada así la sociedad y teniendo presente que

el Proyecto de Ley Uniforme, base 3), concede a las sociedades que crea, la personalidad jurídica, es indudable que en la base 9), cuando vuelve a hablarse de personalidad jurídica y concretamente de su abuso, no se hace referencia a la personalidad jurídica actuando, es decir, ejercida por los representantes, sino al uso —más bien abuso— de la ficción formal a través de la que la ley permite la creación de nuevos sujetos jurídicos, nuevas personas jurídicas. Es claro entonces que la base 9) pretendía crear una acción sancionatoria única y exclusivamente al incumplimiento substantivo —ya que formalmente la constitución aparecería siempre plurilateral— de la base 4). De ahí que la acción se haya querido reservar únicamente al caso de simulación, que aquí debe entenderse como simulación de la plurilateralidad del contrato. Sin duda, en las discusiones del grupo de trabajo el punto de vista que más se acercó al meollo de lo que la base 9) quería indicar fue aquél que vio en la acción por abuso de la personalidad jurídica quizá un trasplante de la doctrina anglosajona consistente en “rasgar o levantar el velo de la sociedad” puesto que, precisamente esta doctrina del “lifting the corporate veil” se relaciona directamente con el problema del abuso de la personalidad jurídica y en esencia sostiene que la separación de sujetos, como centros de imputación jurídica, entre sociedad y socios subsiste en tanto en cuanto no se use como medio de fraude e inequitativo. Sin embargo, en los sistemas anglosajones, en los que prácticamente la “corporation” no arriba al problema de la “unipersonalidad”, fuera de los casos “to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, defend crime”, o provocar “unjust or undesirable consequences inconsistent with the purpose of the concept of corporate personality”, no se aplica el “piercing the corporate veil”. En consecuencia esta teoría no es aplicable a la simulación si ésta no produce alguno de los efectos que acabo de enumerar. Y la base 9), según lo entiendo, pretende concretamente una acción de nulidad para un abuso del instrumento de la personalidad jurídica en caso de constitución en que ha sido simulada la plurilateralidad.

Ahora bien. Fuera de que doctrinariamente es dudoso que se pueda hablar de simulación porque la voluntad de quienes comparecen a la fundación se dirige efectivamente a la creación del ente, el que se quiere que surta sus efectos, lo cierto es que, si como he apuntado antes (ver número 16) sería conveniente pensar

en la S.A.C. también como entidad de creación unipersonal —quizá como se ha querido para la S.E.: creación unipersonal pero únicamente accesible a una persona jurídica colectiva— la base 9) no tendría aplicación o la tendría restringida a los casos de fundación de conveniencia (que la base llama simulada) si no se admite también la creación unipersonal para personas físicas (6).

29.—En cuanto a la base 11), que se refiere a nulidad por vicio constitutivo creo conveniente decir ahora que si se ha pensado en crear un Organó de control que intervendría en la fase de constitución, debería más bien pensarse en cerrar el camino a toda declaración de inexistencia o nulidad del acto constitutivo. Al menos esta sigue siendo una fuerte tendencia con respecto a la S.E. Temiendo precisamente las graves consecuencias tanto para terceros, como para la suerte de la nueva institución misma, que podría acarrear una declaratoria de inexistencia, propuse a los colegas del grupo de trabajo que en caso de constatarse causas de inexistencia debería establecerse no una declaratoria de inexistencia sino una disolución. No me escapa la incongruencia de la solución porque no veo como, en estricta lógica, pueda disolverse algo que no existe. Sin embargo la finalidad era prevenir gravísimas consecuencias que se producirían con la inexistencia, máxime si se toma en cuenta que la sociedad que hemos tenido en mente excede en mucho a cualquier tipo de sociedad imaginable en la actualidad como operante en Centro América. Pienso ahora que la normatividad a establecer debería tender a organizar en tal forma el órgano de control, que se pueda más bien eliminar toda acción de nulidad contra el acto constitutivo salvo los casos de fraude.

30.—En cuanto a la sociedad irregular el comentario de la base 12) es muy claro y sólo he de insistir en que la regulación de este tipo de sociedad no implica su aceptación como figura normal, sino todo lo contrario, su rechazo. Por ello el otorgamiento de personalidad jurídica que las Bases de Ley Uniforme quisieron darle a la figura de sociedad anónima uniforme, me parece excesivo, tanto en ese caso como en el de la S.A.C. Pero hay en esta base 12) del Proyecto un aspecto que, luego de mayor meditación, creo debería revisarse y es el referente a la responsabilidad solidaria de

(6) Sobre las citas de derecho anglosajón ver el amplio estudio de Pietro Verrucoli, "Il Superamento della personalità giuridica delle società di capitali, nella common law e nella civil law", Ed. Giuffrè, Milano, 1964.

quienes se ostenten como socios. Paso ahora a la construcción del problema.

Se puede decir que hay sociedad anónima centroamericana cuando ésta sea inscrita en el Registro correspondiente, previo cumplimiento de todos los requisitos y trámites de ley que se establezcan y luego de la aprobación del Organó de Control. Antes de ello habría un negocio colectivo pero no la S.A.C. Ese negocio colectivo será, sin duda una sociedad, pero ¿qué clase de sociedad?

Cuando en la base se dijo "personas que se ostenten como socios" se quiso afirmar dos casos: a) responden solidariamente (y en forma ilimitada sin duda) quienes sin ser socios aparenten serlo y en esta calidad proyecten administrativamente la sociedad al público (pues no tiene sentido que se responsabilice a un sujeto por el hecho de afirmar él ser socio cuando no acompaña su dicho con cualquier hecho que pueda crear la apariencia de ser real la afirmación); y b) responden solidariamente los socios que efectivamente siéndolo, también actúen de modo que los terceros, por la apariencia, adquieran la convicción de que aquellos en realidad son tales socios. En ambos casos, sin embargo, es necesariamente un requisito que tales sujetos realicen actos de administración. En este sentido entiendo la expresión "personas que se ostenten como socios". No parece muy bien fundado el caso a) y desearía fuese sometido a discusión ya que involucra un problema penal de defraudación. Pero en general, replanteado así el tema, en una sociedad irregular de este tipo encontraríamos socios que por no haber tomado parte en la administración, responderán limitadamente al pago, de su aporte y que, de haber ya efectuado éste no responderán de nada, y socios que, habiendo tomado parte en la administración responderán solidaria e ilimitadamente de todas las obligaciones sociales. En este caso, en cuanto al régimen de responsabilidad, el fenómeno existente se asemejaría a una sociedad en comandita. Y ahora me pregunto: ¿Bajo qué normativa sería considerada esta sociedad en comandita? ¿A qué jurisdicción estaría sometida? Estas preguntas y algunas otras que oportunamente plantearé, habría que contestarlas con claridad si no se quiere embrollar el derecho comunitario.

31.—De suma importancia es el capítulo de aumento y disminución de capital en toda sociedad, pero para una sociedad del

tipo de la S.A.C. reviste aún una trascendencia mayor. Debe sobre todo mirarse al principio de la intangibilidad del patrimonio y procurarse al máximo una equivalencia entre el capital y el patrimonio. Y con miras a la actuación de estos principios de garantía principalmente para los terceros es que se impone una detallada enumeración y regulación de la casuística. Pero también debe procurarse un medio flexible al máximo que permita a la empresa disfrutar plenamente y conforme a sus necesidades, de sus propios recursos y del crédito. Por tanto examinaré detenidamente la base 16.

32.—El Proyecto de Ley Uniforme (base 16) establecía la prohibición de aumento de capital a través de emisión de nuevas acciones mientras la emisión anterior no estuviera totalmente pagada, siguiendo la doctrina más autorizada en la materia ⁽⁷⁾. Mientras la sociedad tenga a mano recursos consistentes en saldos de la emisión última no es principio de buena administración —usando las palabras de Ferrara— buscar capitales en otra parte, “con probable perjuicio para los socios puestos en la alternativa de aumentar su débito hacia la sociedad o renunciar a la opción” ⁽⁸⁾. Creo que debería reconsiderar el punto sin perder de vista que la prohibición debe cesar cuando con el aumento se persigue la obtención de determinados bienes en especie o la incorporación de otra sociedad, pues en estos casos, como la doctrina admite, no existen los peligros que ella misma apunta.

33.—El inciso b) de la base 16) del Proyecto de Ley Uniforme, fue eliminado. El aumento de capital por compensación ha sido consagrado en las legislaciones más modernas, entre otras, en la nueva ley de sociedades anónimas francesa. Sin embargo, sigo considerando —como lo expuse en el grupo de trabajo— que este modo de aumento de capital por corresponder al grupo de los llamados “aumentos contables”, se presta a peligrosos fraudes a la buena fe de terceros. Si una sociedad tiene como capital \$ 100.000, como utilidades \$ 80.000 y como deudas \$ 50.000 no hay duda que le resultaría más beneficioso convertir las deudas en acciones con-

(7) Francisco Ferrara, “Gli imprenditori e le società”, Giuffrè, Milano, 1962, n. 238; René Roblot “Les sociétés commerciales”, Pichon et Durand, París, 1968, n. 1543; Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, “Cours de Droit Commercial”, Ed. Montchrestien, París, 1967, n. 817.

(8) Ferrara, op. cit., pág. 481.

cedidas a sus ex-acreedores, aumentar su capital a \$ 150.000 y disponer de \$ 50.000 que de otra manera habrían salido de su poder. Pero si la sociedad con \$ 100.000 no tiene utilidades y sí los mismos \$ 50.000 de deudas su aumento de capital a \$ 150.000 es absolutamente ficticio a pesar de que se diga que ha salvado el 50% de su activo. Se podría argumentar que los acreedores, antes de admitir la conversión controlarían la situación económica de la sociedad. Pero todos sabemos que los terceros suelen guiarse por la fachada que la sociedad les presenta y que la sociedad puede, si así lo desea, presentar números alegres. Quizá el único argumento a favor del aumento de capital por compensación nazca del hecho de que el Organó de Control fiscalizaría todo aumento de capital a fin de evitar fraudes y dar a la situación real de la sociedad una veraz publicación. Indudablemente este tema queda abierto a una amplia discusión.

34.—Como consta de la publicación citada, ⁽⁹⁾ mi criterio a la base 17), cómo aparece en el Proyecto, fue contrario. En primer lugar la disminución del valor nominal de las acciones o la disminución de su número no son causas sino medios de disminución del capital ⁽¹⁰⁾. En consecuencia se puede decir que no se ha establecido una efectiva base que dé las pautas a seguir en la redacción de las normas en cuanto a disminución de capital. De todos conocidos es el sano principio establecido en protección de terceros de las equivalencias de capital social y patrimonio social y también son de común conocimiento las razones que lo fortalecen. Cuando la sociedad tiene pérdidas crónicas que la han llevado a “comerse” su capital y a no poder restituirlo es preciso bajar ese capital para ponerlo al nivel del patrimonio social. He aquí una primera causa o razón de disminución de capital. Esta reducción es contable y los acreedores no ven empeorada su situación. En cambio, para los socios la medida es de urgencia porque de lo contrario, como es bien sabido, mientras no se cubra la pérdida no pueden aquellos percibir utilidades. La tesis es muy discutible, pero ha sido admitida por las legislaciones más modernas.

35.—El caso que recomendé de disminución por estar el patrimonio bajo el mínimo legal, por tener como supuesto un míni-

(9) Ver nota 1.

(10) Juglart et Ippolito, op. cit., pág. 554 y s.

mo que no se sabe aún si será aceptado como necesario en la probable reglamentación, omito comentarlo y lo dejo para mejor oportunidad. Paso brevemente a ver la reducción por excedente. Que en un momento dado una sociedad puede encontrarse con que su capital es excesivo, es un hecho. Que en tal caso debe darse a los socios la posibilidad de recuperar el excedente inactivo e improductivo, es lógico. Claro está que en la S.A.C. todas estas operaciones deberán ser minuciosamente vigiladas y calificadas por el Organo de Control a fin de evitar fraudes.

36.—Con el fin de orientar el vocabulario técnico del derecho comunitario creo que debería aprovechar esta oportunidad para separar la figura del “promotor”, de la del “fundador”, propiamente tal, regulándose debidamente sus derechos y deberes, como fue recomendado en la base 21) del Proyecto. Y en tal sentido cabría pensar en la posibilidad de completar la base 37) con lo referente a bonos no sólo de fundador sino también de promotor, figuras que actualmente confundimos en la palabra fundador.

37.—La base 28) del Proyecto de Ley Uniforme está prácticamente dividida entre la base 23) y la 32): la primera afirma la calidad de título valor de la acción y la segunda condiciona el ejercicio de los derechos de socio a la tenencia del título. Esta doctrina, de la legitimación inherente al título que haya seguido las leyes propias de su circulación y actuable con la tenencia, sin que sea necesario comprobar que se tiene el derecho, es la más aceptable —aunque discutida— si se quiere proteger e impulsar la circulación de las acciones.

38.—La base 32) establece la nominatividad obligatoria de las acciones. En el M.E.C. Italia desearía ver aplicado este principio en la S.E. ya que lo tiene internamente: salvo Sicilia y Cerdeña, que por razones de desarrollo quedaron exentas, en Italia las sociedades por acciones sólo pueden tenerlas nominativas. Este principio, establecido por razones particulares del control de propiedad de las sociedades, durante el período de la última guerra, actualmente y por razones fiscales principalmente, ha sido mantenido bajo el argumento de que lo contrario —acciones al portador— sería inconstitucional por violación del principio de igualdad ante ley. De los dos problemas más difíciles de resolver en cuanto a la S.E. uno es éste de la nominatividad obligatoria de todas las accio-

nes. De lo que he relatado se deduce que la nominatividad obligatoria podría colocar, por razones obvias, a la S.A.C. en posición de desventaja frente a las sociedades anónimas nacionales. Por lo tanto es prudente someter este principio a amplia discusión que permita establecer el balance entre el pro y el contra.

39.—Considero que es innecesario argumentar que tiene derecho a voto (base 35) infine) quien además de aparecer inscrito en el registro correspondiente de la sociedad, presente en la oportunidad que la ley diga, el título mismo.

40.—Sobre las bases referentes a la administración de la sociedad considero superfluo hablar porque la concebimos, en el Proyecto, conforme a los lineamientos clásicos en que la Asamblea es el órgano máximo de la sociedad y asume todas las facultades que expresamente no hayan sido acordadas a los otros órganos, y le corresponde elegir el consejo de administración y el comité de vigilancia. En un tipo de sociedad masiva, como es probable que sean una buena parte de las nuevas sociedades, sabemos bien que el absentismo a las asambleas es de proporciones descomunales, bastando a un bloque el 10% ó 15% del paquete accionario para dominar la asamblea. Por otra parte, si para las decisiones graves se establece un quórum alto se corre el riesgo de no resolver nunca esos problemas a no ser a base de acciones representadas, método cuyo peligro sobra puntualizar. En conclusión, una minoría compacta puede fácilmente hacer con la sociedad lo que le plazca, nombrando a su placer los administradores y el comité de vigilancia de estos. Y en este caso no se podría acusar de negligencia a los demás accionistas de la minoría (que en realidad suelen ser la inmensa mayoría) porque no puedo imaginarme a un guatemalteco haciendo los gastos de viaje y demás, para venir a Costa Rica a la Asamblea General de una sociedad en la que posee, una acción de cien quetzales. Ya sobre este tema hablé en la primera parte de este artículo (ver número 22) y sobra insistir. Si posteriormente se decidiera darle a la S.A.C. una administración ágil, una vigilancia efectiva y una protección de las minorías actuante, es probable que ataque de nuevo el tema. Por ahora creo suficiente el planteamiento que he hecho.

41.—Me parece que hemos cometido un grave error al eliminar el derecho de los socios de separarse de la sociedad bajo

ciertos supuestos. La sociedad anónima, en general, igual que la empresa aunque no esté organizada bajo ese tipo social y aun cuando no esté, del todo, organizada como sociedad, no sólo interesa a los particulares sino que, bajo gran número de aspectos, es de interés público ⁽¹¹⁾. Pero a los particulares se les debe garantizar un mínimo, al menos, de derechos individuales frente a este interés público. El sujeto privativo no puede ser, bajo ningún supuesto, obligado a situaciones más gravosas que las que pactó y que concuerrieron a la formación de su voluntad. La nueva ley de sociedades francesa, de 1966, artículo 153, consagra ese principio en la siguiente forma: "L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée a modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, toutes clause contraire est réputée non écrite. Elle ne peut, toutefois, augmenter les engagements des actionnaire, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'action régulièrment effectué". Comentando Roblot ⁽¹²⁾ esta disposición, considera: "Le droit de faire partie de la société ne peut être subordonné á l'obligation pour l'actionnaire de faire un sacrifice pour rester associé. L'assemblée générale extraordinaire ne peut, en modifiant les statuts, augmenter les engagements des actionnaires, par exemple leur imposer un nouveau versement pour augmenter le capital ou bien transformer une société anonyme en société en nom collectif". Como se ve de la cita anterior, la nueva ley francesa cierra toda posibilidad a un tipo de variación de los aspectos esenciales del acto constitutivo social como es el cambio de tipo de sociedad. Esta teoría puede resultar excesiva pero se pretende no obligar al socio a tener que recoger el valor de su acción, en dinero, y conforme a los libros, perdiendo, por ejemplo, el aumento de valor de la hacienda por aviamiento. Otra solución, que aunque perjudicial para el socio —por lo que acabo de afirmar— permite al menos el derecho de retirarse de la sociedad a aquél y a ésta realizar los mutamentos necesarios para su supervivencia, es la que otorga el derecho de retiro bajo circunstancias taxativamente establecidas. Bajo los supuestos anteriores podría reconsiderarse la base 56) del Proyecto de Ley Uniforme y admitir el derecho de retiro al menos en los tres casos clásicos. cambio de objeto, cambio del tipo social y prórroga del plazo social.

(11) Las disposiciones del Código de Comercio de Honduras que tienden a mantener la integridad patrimonial de la empresa, obedecen sin duda a este criterio.

(12) René Roblot, op. cit., n. 1241.

se podría pensar aún en el caso del cambio de sede social al extranjero, pero para esta causa se debería estudiar aun la conveniencia, más bien, de prohibirla. En cuanto al inciso a) de la base 56) propiamente debe dar lugar a una acción judicial. Para el inciso e) de la base 56) he de confesar que no veo claramente por qué debería dar lugar al derecho de retiro. Espero que quien preparó el Proyecto de Ley Uniforme —creo ver en él la mano o al menos la inspiración doctrinaria de un conocido e insigne maestro del derecho mercantil— oportunamente lo motive.

42.—La eliminación del supuesto de “transformación” creo que obedece a un lapsus que se debe corregir. Es difícil pensar en la transformación de la S.A.C. en sociedad de responsabilidad limitada nacional, por ejemplo. Es difícil e inadmisibile, en defensa de los terceros inversionistas que adquieren acciones confiando en las garantías de que se pretende rodear el nuevo tipo de sociedad. Sin embargo no es difícil ni inadmisibile la transformación de sociedades nacionales en sociedades anónimas centroamericanas. Todo lo contrario: se debe regular apropiadamente este tipo de transformación y promoverlo.

43.—Todos los aspectos señalados, como en un principio lo dije, representan sólo una parte pequeña pero básica, de la múltiple problemática que nuestro tema propone. Si en el futuro el proyecto de una sociedad anónima centroamericana resulta reconocido como de importancia para el proceso integrativo, como espero que lo sea, se podría entrar en detalles. Por ahora sería de fundamental importancia promover, entre industriales y comerciantes de la zona, uno o varios seminarios en los que se pueda plantear a estos el panorama de la nueva sociedad in vitro, como la hemos elaborado, de modo que ellos enfoquen el tema desde su punto de vista práctico. Pocas intervenciones clasificaron más los conceptos que sobre la S.E. tenían los juristas europeos, que los de los dirigentes de la FIAT y la OLIVETTI, en el Convenio de Villa Pignatelli (ver bibliografía). Creo que todos estamos de acuerdo en que la labor de laboratorio, por perfecta que sea, en nuestra materia requiere siempre una fuerte dosis de realidad y esta realidad nos la darán quienes operan en el campo de los negocios y de la industria. Retorno con esto a las palabras de Sanders que encabezan este estudio.

Incluyo a continuación la bibliografía más importante escrita en Europa sobre el tema y publicada, en sus idiomas originales o a través de traducciones, en ediciones francesas o italianas.

- 1) Pieter Sanders, "Naar een Europese N.V.?" (Vers une S.A. européenne?) Zwelle, Tjeenk Willink, 1959, Revue Internationale de Droit Comparé, 1960; reseña en francés, pág. 474, a la producción que cito enseguida.
- 2) Pieter Sanders, "Vers une société anonyme européenne?", Riv. Soc., 1959, pág. 1163, traducción al francés de la producción pronunciada el 22 de octubre de 1959 al Instituto de Altos Estudios Económicos de Rotterdam.
- 3) Jean Rault, "Pour la création d'une société commerciale de type européen", Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1960, pág. 741.
- 4) Alberto Beneduce, "Per una disciplina europea delle società per azioni: il bilancio", Rivista di Diritto Commerciale, t. 1º, pág. 186.
- 5) Michele Vasseur, "Per una società di tipo europeo", Riv. Dir. Comm., 1964, t. 1º, pág. 83, con excelente bibliografía.
- 6) Jean Hémard, reseña en francés a "Die europäische Actiengesellschaft in der E. W. G." ("La société par actions européenne dans la communauté économique européenne" colección "Travaux du Séminaire Juridique de l'Université de Fribourg, t. 27.), Rev. Internat. Droit Comp. 1965, pág. 813.
- 7) Amilcare Lanza, "Attività e tendenze della C. E. E. in tema di società", Riv. Soc., 1966, pág. 1034.
- 8) Gustavo Minervini, "Alcuni problemi connessi alla creazione di una società di tipo europeo", Riv. Soc., 1966, pág. 984.
- 9) Marcel Carteron, "Vers une société de type européen", reseña sobre el Congrès International de Deauville (13-15 abril — 1967—, Rev. Internat. Droit Comparé, 1947, pág. 942.
- 10) Enrico Biamonti, "Il Congresso di Deauville sulla società di tipo europeo o di diritto europeo", Riv. Soc., 1967, pág. 725.
- 11) De Genaro, "Studi per la creazione della società commerciale europea", Riv. Soc., 1967, pág. 689.
- 12) "Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea" Riv. Soc., 1967, pág. 699.
- 13) Giuseppe Guarino, "Per una società di Diritto Comunitario", Riv. Diritto Comm., 1967, pág. 268.
- 14) "La società commerciale europea", atti del Convegno di Villa Pignatelli, Napoli, 26-27, mayo, 1967. Ed. Giuffrè, Napoli, 1968.
- 15) Pieter Sanders, "La société commerciale européenne", Riv. Soc., 1968, pág. 232.