



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

VÁSQUEZ PALMA, M. FERNANDA
¿HACIA DÓNDE VA EL DERECHO SOCIETARIO?: UN ANÁLISIS DESDE EL
DERECHO COMPARADO Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR PARA EL DERECHO
CHILENO

Revista Chilena de Derecho, vol. 42, núm. 1, abril, 2015, pp. 57-91
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177039318004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿HACIA DÓNDE VA EL DERECHO SOCIETARIO?: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO COMPARADO Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR PARA EL DERECHO CHILENO

WHERE DO GO CORPORATE LAW? AN ANALYSIS FROM A COMPARATIVE LAW AND PRELIMINARY MOTION FOR CHILEAN LAW

M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA*

RESUMEN: El presente artículo efectúa una amplia revisión de las reformas realizadas en el Derecho societario de la Unión Europea con el objetivo de comprender y delimitar las modificaciones efectuadas en los últimos años, junto a sus fundamentos subyacentes. A partir de este estudio nos abocamos, en la segunda parte de este texto, en el análisis de estas materias en el Derecho chileno con el propósito de comenzar a construir una plataforma que nos orientará sobre los aspectos que debemos valorar de *lege ferenda* en aras de propiciar la ansiada modernización de este derecho.

Palabras clave: Modificaciones, Derecho societario, Unión Europea, Propuesta, Derecho chileno.

ABSTRACT: This article reviews the reforms in company law in the European Union with the aim to understand and define the modifications you made, its underlying fundamentals and the solutions that have been offered in recent years. From this study, we devote ourselves in the second part of this text, in the preliminary analysis of these materials in the Chilean law in order to start building a platform to guide us on the aspects that we value in the future in order to foster a real modernization of the corporate law.

Key words: Modifications, corporate law, European Union, Proposal, Chilean law.

I. INTRODUCCIÓN

La elaboración de un nuevo Derecho de sociedades, calibrando las consecuencias regulatorias de su aplicación, es uno de los campos más auspiciosos para la investigación jurídica actual¹, lo que se debe –en gran medida– a la injerencia que este tema tiene respecto

* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora Asociada Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Directora del Departamento de Derecho Civil, Comercial y Ciencias del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Email: mfvasquez@utalca.cl

** Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación Fondecyt regular N° 1130376, titulado “*La modernización del Derecho societario en Chile: Un análisis sincrónico a partir de las políticas legislativas adoptadas en Derecho comparado*”.

*** Agradecimientos especiales a la Universidad de Mannheim (Alemania), donde la autora realizó una estancia de investigación en octubre de 2013.

¹ Véase en el ámbito europeo: VV.AA. (HOPT, 2007, p. 22; WEBER-REY, 2007, pp. 370-416). En España, véase: VV.AA. (HIERRO, 2005, pp. 133-167; SÁNCHEZ MIGUEL, 2007, pp. 1243-1267; YANES, 2008, pp. 423-443; MARTÍNEZ, 2008, pp. 261-272; EMBID, 2009, pp. 475-476; HIERRO, 2010a, p. 17).

del crecimiento de la economía de una determinada nación. En base a ello, en los últimos años, se han realizado abundantes cambios sobre esta materia en Derecho comparado y todos apuntan hacia un mismo sentido: simplificar y/o flexibilizar la constitución, modificación y disolución societaria²; incorporar la posibilidad de prescindir de límites o barreras en el desarrollo de negocios jurídicos; minimizar las formalidades de la gestión interna societaria; limitar la responsabilidad de los socios³; conferir mayor libertad a las partes; regular de manera óptima los gobiernos corporativos; entre otras.

En nuestra consideración, el proceso de reforma ha resultado ser la natural y necesaria consecuencia de adaptar los marcos jurídicos de las sociedades a la progresiva globalización de los mercados, facilitando con ello su creación y funcionamiento. En este contexto, se ha reclamado la revisión de viejos paradigmas y el establecimiento de nuevas estructuras que permitan a las sociedades disfrutar de formas más flexibles y seguras, y al mismo tiempo agilizar su establecimiento en mercados locales y exteriores de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales.

La Unión Europea, precursora de gran parte de estas modificaciones, ha contribuido por medio de sus políticas, recomendaciones y acciones a una profunda revisión tanto formal como sustantiva de todas las fuentes tradicionales del Derecho de Sociedades, existiendo en la actualidad un marco general que incentiva la adopción de ciertas medidas. Ello ha propendido a una auténtica armonización normativa entre los distintos ordenamientos, y naturalmente, también a una mayor competencia legislativa en ciertas áreas que ligán con el desarrollo de la inversión. Este nuevo escenario nos otorga una oportunidad, en cuanto posibilita revisar los avances introducidos en el Derecho societario desde una óptica comparada, a fin de develar sus fundamentos y objetivos, lo que nos permitirá iniciar, luego, un análisis de la situación chilena que no se agota en las presentes líneas.

Al respecto, debemos tener presente que, si bien nuestro legislador ha dado algunos pasos en pos de la renovación de la legislación societaria, estos esfuerzos pueden calificarse de tímidos, pues aún no ha participado de un proceso general de modernización. Las reformas introducidas recientemente (por ejemplo, leyes 20.190; 20.382; 20.494; y 20.659) no obedecen a una revisión profunda de la institución societaria, sino a soluciones concretas que se han otorgado frente a circunstancias muy puntuales. Nuestro régimen jurídico societario aún se caracteriza por contener normas disgregadas en diferentes cuerpos legales, sin una ordenación coherente ni sistemática, además de poseer variados vacíos y contradicciones normativas. Desde una perspectiva doctrinaria, aún no existen estudios que se aboquen al análisis de esta materia, lo que en sí mismo representa un problema, pues tal vacío nos impide avanzar adecuadamente por la senda de una reconstrucción jurídico-dogmática. En base a lo anterior, parece indudable que una investigación sobre esta temática –como la que aquí se propone– resulta fundamental para develar hacia dónde se dirige el Derecho societario en nuestros días.

En el presente artículo efectuaremos un análisis de la experiencia comparada en reformas societarias, con el objetivo de comprender y delimitar las modificaciones efectuadas,

² Véase: SÁNCHEZ (2007) pp. 1243 y ss.

³ Cfr. ESPINOSA QUINTERO (2010).

sus fundamentos subyacentes y las soluciones que se han brindado en los últimos años⁴. En aras de la brevedad de estas líneas, acotaremos nuestro estudio a dos ámbitos: temporal, en cuanto revisaremos las reformas realizadas principalmente en los últimos 20 años; y espacial, pues nos centraremos en los cambios realizados en la Unión Europea. Siendo conscientes que no podremos abarcar aquí un análisis detallado de cada uno de los fenómenos y legislaciones que revisaremos, procuraremos, en la primera parte (capítulos II y III), efectuar un análisis general que subraye los aspectos esenciales de este proceso; para en la segunda (capítulo IV), abocarnos al estudio crítico de estas materias en el plano chileno. El objetivo final no es otro que comenzar a construir una sólida base que articule los aspectos que debemos valorar de *lege ferenda* en la búsqueda de esta modernización. Concluiremos con algunas reflexiones.

II. FACTORES QUE HAN INCIDIDO EN LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN LA UNIÓN EUROPEA

En este acápite realizaremos un ejercicio descriptivo sobre los fundamentos que consideramos más relevantes del proceso de modernización del Derecho societario en la Unión Europea. Recogeremos, las normativas y directrices que se han dictado a estos efectos, algunos de los informes pronunciados en estas materias y las sentencias que se han dictado en el tema de libertad de establecimiento.

1. FUNDAMENTOS DE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO

La modernización del Derecho societario ha sido una constante desde su mismo origen, lo que se debe a que esta rama del Derecho ha ido siempre dando respuestas a las necesidades económicas y a los posibles abusos financieros, de manera tal que la generación de cambios ha resultado ser la respuesta a ambos factores, tal como pusieron de manifiesto las múltiples codificaciones del Derecho de sociedades en el siglo XIX, así como en nuestros días, la oleada de reformas practicadas luego de casos emblemáticos⁵.

Como adelantamos, desde una perspectiva general, el fenómeno legislativo de la modernización del Derecho societario ha tendido en el último tiempo a la simplificación o flexibilización, no sin antes enfrentar múltiples vicisitudes y controversias. Consideramos que en ello han incidido una sumatoria de factores económicos, jurídicos y tecnológicos⁶, cuyo análisis es vital para lograr una visión completa del fenómeno que aquí subyace.

El primer fundamento de este proceso reside en la necesidad de adaptar el marco jurídico de las empresas a la progresiva internacionalización y globalización de los mer-

⁴ Sobre los beneficios del Derecho de sociedades comparado véase un interesante artículo de: HOPT (2010) pp. 57-59.

⁵ En este devenir ha ocupado un lugar relevante, como motivador influyente de varias de las reformas practicadas en Europa y otras legislaciones, el Derecho societario norteamericano, lo que se atestigua también a partir de algunos de los vocablos utilizados en este campo (*share deal*, *due diligence*, *compliance*, *insider dealing*, *discovery*, *class action*). El caso Enron es el más relevante de este proceso. Véase: HOPT (2010) p. 269.

⁶ Véase HIERRO (2010a) p. 17.

cados, así como al crecimiento económico de un determinado país⁷. En este contexto, el Derecho mercantil internacional ha favorecido una armonización normativa a nivel global, principalmente a partir del trabajo desplegado por algunas instituciones como son la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio de París (CCI), entre otros, de manera que las normas del *soft law* (Leyes Modelos, Recomendaciones, Guías legislativas, etc.) han adquirido un rol protagónico en esta materia⁸. La armonización del Derecho de sociedades ha posibilitado una mayor integración de la empresa a nivel internacional, en base a ello, diversos países han realizado esfuerzos por medio de la desregulación o la tipificación de nuevas figuras.

En un segundo orden de ideas, encontramos los aspectos económicos⁹. Ello se debe a que la formación de una sociedad tiene asociados diferentes costos de instalación y funcionamiento que dependen de la legislación aplicable (*lex societatis*), los que residen no solo en la materialidad misma de su constitución (financiamiento), sino también en los plazos y otros costes administrativos derivados de la normativa que regula a la sociedad en cuestión¹⁰. En función de ello, y dado que estos costos podrán obstaculizar la creación o el adecuado funcionamiento de una sociedad, se ha comenzado a estudiar su minimización, principalmente al comienzo de la actividad que resulta ser la fase de mayor incertidumbre. Se evidencia de lo anterior que los criterios económicos han tomado una fuerza relevante en esta nueva configuración, lo que se debe principalmente a la instrumentalización de la estructura societaria en la formación de empresas¹¹.

Un tercer enfoque lo encontramos en el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad, lo que se traduce en una mayor libertad a las partes y un cuestionamiento sobre la existencia de normas imperativas en algunos tipos societarios. Se ha reclamado el establecimiento de nuevas estructuras que permitan a las sociedades disfrutar de formas seguras y flexibles en los mercados, de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales, lo que liga con una mayor libertad de las partes. Esta tendencia también se aprecia en la creciente utilización de la autorregulación, cuyo significado ha cobrado una intensa utilización en el debate de la tipología societaria, aunque no siempre se ha correspondido con la auténtica realidad que sobre dicho término cabría presumir¹².

Finalmente, no podemos dejar de mencionar los cambios tecnológicos que se han propiciado en los últimos años, los que se han ido incrementando de manera vertiginosa, modificando la forma de entender el Derecho en general y el societario en particular. Esto ha llevado a la electrificación del Derecho societario entre cuyas principales manifestaciones se encuentra un procedimiento electrónico para la constitución, modificación y disolución de las sociedades; convocatoria electrónica para la asamblea o junta de accionistas;

⁷ En relación a consideraciones sobre el fenómeno de la globalización, véase: SÁNCHEZ CALERO (2005) pp. 11-12.

⁸ Sobre la materia, véase: VÁSQUEZ (2012) pp. 365-380.

⁹ Lamentablemente los trabajos que presentan un enfoque multidisciplinarios no son frecuentes, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito norteamericano. Véase BOWMAN (1996); HOPT (2007) p. 22.

¹⁰ GARCÍA TABUENCA, *et al.* (2010) pp. 25-64.

¹¹ GARCÍA TABUENCA, *et al.* (2010) pp. 25-64.

¹² EMBID IRUJO (2002) pp. 1637 y ss.

celebración de asambleas a través de videoconferencias; el ejercicio de los derechos del socio por medios tecnológicos; información de la sociedad a través de las páginas web; presentación de libros de contabilidad por medios electrónicos, entre otras posibilidades.

2. ASPECTOS QUE HAN INCIDIDO EN UNA INCIPIENTE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA

El estudio del Derecho comparado normalmente precede a la convergencia y armonización de las legislaciones, lo que no implica que exista una relación causal entre ambas. Esta idea es aplicable al Derecho de sociedades europeo, el que ha tenido una larga historia con numerosos intentos armonizadores, focalizados en poner en marcha un amplio proyecto de simplificación del acervo comunitario, que a su vez se encuadra en un proceso aún más ambicioso de mejora general del Derecho europeo¹³. De este modo, la Comisión Europea, en adelante la Comisión, ha logrado influir en los ordenamientos nacionales con el objeto de simplificar los procedimientos de fundación y funcionamiento, por medio de instrumentos venidos del *Soft Law* (Recomendaciones, comunicaciones, programas, informes, entre otros)¹⁴, que si bien no tienen vinculación directa, son efectivos en aras de la pretendida y ansiada armonización¹⁵. En las fases iniciales, la Comisión Europea organizó comisiones de estudios de Derecho comparado a fin de realizar estos trabajos, luego esta práctica ha ido desapareciendo, probablemente debido a las restricciones financieras y a otras presiones¹⁶. Nos referiremos a continuación, a los hitos más relevantes de este proceso.

A. Iniciativas de simplificación empresarial

Las propuestas de simplificación empresarial nacen al mismo tiempo que la política comunitaria para la PYME¹⁷, que estableció el primer comité de simplificación administrativa compuesto por funcionarios encargados de evaluar las repercusiones de las disposiciones legislativas o reglamentarias sobre las empresas¹⁸. Estos documentos dieron como resultado una declaración sobre la necesidad de reducir las formalidades administrativas –comunitarias y nacionales– que pesan sobre estas empresas con el objeto de crear un entorno favorable

¹³ Que comprende –entre otras destacadas líneas programáticas– la codificación del Derecho comunitario, la refundición de textos normativos, el análisis del impacto de la normativa comunitaria en sus destinatarios o el coste de su aplicación, entre otros. Véase: BETANCOR (2009).

¹⁴ Sobre el particular, véase VV.AA. (SELDEN, 2004, pp. 1-2; SNYDER, 1994, p. 1999; HIERRO, 2005, p. 167).

¹⁵ Sobre el particular, véase: VV.AA. (SELDEN, 2004; MAZUELOS, 2004, pp. 1-2; SNYDER, 1994, p. 1999; HIERRO, 2005, p. 167).

¹⁶ Véase: HOPT (2007) p. 70.

¹⁷ Esta política comenzó a gestarse en la primera mitad de la década de los años 80, a raíz de la aplicación del Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior y la concepción de las nuevas políticas comunitarias destinadas a crear, sin perjuicio del principio de subsidiaridad, un entorno favorable para la empresa. Sobre esta materia, véase: HIERRO (2005) pp. 135-136.

¹⁸ La primera dificultad que se planteó con esta iniciativa fue la exacta delimitación del vocablo “simplificar”. La Comisión decidió que el término abarcaba todas las medidas establecidas en la Recomendación 90/240/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en los Estados miembros, en la que el Consejo pedía a los Estados miembros que por simplificación administrativa se entendiera la modernización de la organización de los servicios administrativos, en particular, de los que tuviera contacto con las empresas; la normalización y reducción de los formularios, y las declaraciones, entre otras.

tanto para su fundación como para su desarrollo¹⁹. La comisión presentó en 1989 un primer informe al Consejo en el que se recogían las mejores prácticas nacionales de simplificación del entorno empresarial junto a las conclusiones extraídas del estudio comparado de las soluciones nacionales²⁰. Ello condujo a la Decisión 89/490/CEE del Consejo, relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento y desarrollo de las empresas, en particular de las pequeñas y medianas empresas, cuyo objeto era reducir las trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que impedían la creación y el desarrollo de empresas.

Asimismo, propuso que los Estados miembros identificaren urgentemente las formalidades que se requerían para la creación de una empresa y estudiaran los medios para coordinarlos y simplificarlos. A partir de ello, diferentes legislaciones han realizado esfuerzos en esta dirección²¹.

La simplificación de la fiscalidad también ha sido un campo necesitado de reformas, en base a ello, varios Estados miembros han creado una forma de desgravación fiscal para PYME o nuevas empresas²². Francia, Reino Unido y los Países Bajos han introducido exenciones fiscales para que las personas físicas inviertan en empresas en la fase de arranque, a la manera de los *Business Angels* en los Estados Unidos²³. Asimismo, es frecuente que un importante número de Estados miembros eximan a las microempresas de la obligación del IVA, aunque el límite de esta exención es muy variable.

Por este camino, la Resolución del Consejo de 22 de noviembre de 1993, sobre el fortalecimiento de la competitividad de las empresas (PYMES), hizo hincapié en la necesidad que las partes interesadas en el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas cooperasen más estrechamente para conseguir un medio favorable para la creación de empresas, invitan-

¹⁹ Véase Informes de la Comisión al Consejo sobre la realización de los objetos del programa de la Comunidad para las pequeñas y medianas empresas, COM (87) 238, de 20 de julio de 1987 y 2 de marzo de 1988.

²⁰ Véase Informe de la Comisión al Consejo. Medidas tomadas por los Estados miembros a favor de las empresas en la comunidad sobre simplificación administrativa, SEC (1989), 726 final, de 19 de junio de 1989.

²¹ Un buen ejemplo de ello fue el proyecto belga *Auditform*, que tuvo por misión realizar el inventario de todos los trámites y formalidades administrativas que se imponían a las empresas, con el objeto de evaluar su eficacia y las cargas que suponen para aquellas. Francia es también otro ejemplo de coordinación, donde podemos encontrar los Centros de Formalidades de las Empresas (*Centres de formalités des entreprises - CFE*). En Alemania, por su parte, se adoptó una serie de leyes que aceleraban los trámites de autorización en aras de reducir la duración de los trámites de planificación, con la clara intención de brindar una imagen más atractiva, favoreciendo con ello la inversión y la creación de puestos de trabajo. En esta línea, también adoptó una legislación para simplificar los trámites en el seno de la *kleine Aktiengesellschaft*. En Italia estos mecanismos se han traducido en la incorporación de una serie de principios destinados a simplificar los trámites de constitución societaria y a la posibilidad de emprender una actividad económica sin autorización previa explícita de acuerdo al principio de silencio positivo, es decir, si la administración en cuestión no toma ninguna decisión antes de un plazo determinado, se considera que se concede la autorización. De manera similar, en Dinamarca se preparó una propuesta legislativa que pretendía prohibir a las administraciones públicas solicitar información a una empresa si estas podían obtenerse en otro lugar dentro de la administración. Estos sistemas se basan en el principio del punto de contacto o de comunicación único entre las empresas y los poderes públicos a todos los niveles. Finalmente en Bélgica se creó VIZO, Instituto flamenco para los empresarios autónomos.

²² Comunicación de la Comisión sobre la mejora del entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas. (DO N° C 187, de 9 julio 1994, p. 5, punto 6.).

²³ Véase asimismo, la letra b) del artículo 4 de la Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (DO N° L 385 de 31 dic. 1994, p. 14).

do a los Estados miembros a simplificar los procedimientos reglamentarios que afecten a las PYMES²⁴. Luego, se realizaron varias propuestas tendientes a la promoción de la simplificación de los distintos regímenes nacionales de sociedades de responsabilidad limitada.

B. Grupo operativo Best (Business environment simplification task-force)

Como parte de la política comunitaria de empresa, la Comisión Europea recibía del Consejo Europeo de Amsterdam en 1997 la invitación de fundar un grupo operativo para la simplificación del entorno empresarial BEST (*Business Environment Simplification Task-Force*)²⁵. El mandato consistía en examinar la reglamentación jurídica y administrativa tanto de los Estados miembros como de la propia UE para tratar de mejorar su calidad y, al tiempo, reducir la carga administrativa que soporta una empresa de limitada envergadura desde la etapa inicial de su creación. Las diecinueve recomendaciones enlazan, de manera directa o indirecta, con la supresión de barreras administrativas y la colocación de pasarelas hacia la creación y supervivencia de las empresas. Los Estados miembros deberían adoptar iniciativas que facilitasen la creación de empresas y la superación de las fases críticas de su desarrollo²⁶.

La Comisión dictó luego la Recomendación 97/344/CE sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, la que arranca de la política de simplificación reglamentaria, en general, y de las formalidades para la creación de empresas, en especial. Las propuestas acogidas fueron, entre otras, la creación de un punto de contacto o comunicación único entre las empresas y los poderes públicos a todos los niveles; un formulario único de registro donde reunir todas las informaciones que exige cada administración para registrar a una nueva empresa; un número de identificación único para el contacto de la empresa con las diversas administraciones; autorizaciones, licencias y permisos más sencillos y rápidos para emprender una actividad empresarial; y el uso intensivo y la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) a la hora de transmitir, autenticar y difundir la información facilitada.

Alentar el espíritu empresarial minimizando las formalidades y los costes de adaptación que la reglamentación produce en las empresas, sobre todo para las de menor tamaño, es la recomendación global.

C. Iniciativa Slim (simpler legislation for the internal market)

La Comisión puso también en marcha el 8 de mayo de 1996 un proyecto piloto para evaluar cuál era la mejor forma de reducir las obligaciones que la normativa comunitaria imponía a las empresas al que se denominó SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*), con el objeto de simplificar el acervo comunitario relativo al Mercado Interior. Para lograr sus objetivos, esta iniciativa centró su atención en las disposiciones que originaban mayores costes de aplicación y unas cargas administrativas excesivas. Los expertos prepara-

²⁴ Resolución 93/C 326/01 del Consejo, de 1993.

²⁵ El Grupo Operativo BEST –presidido por el profesor Chris Evans OBE– asumió el encargo de elaborar trabajos de simplificación de los procedimientos administrativos y reglamentarios, de cara a reducir la carga administrativa de las PYMES europeas.

²⁶ Decisión 2000/819/CE de 20 de diciembre de 2000.

ron una serie de recomendaciones a estos efectos. Esta labor se articuló en 5 fases entre el año 1996 a 2002²⁷.

El Programa simplificador del acervo comunitario continuó al margen de SLIM para convertirse en una línea de actuación específica integrada ahora dentro de un amplio programa de mejora del marco regulador comunitario denominado “Legislar Mejor”²⁸. El origen de esta nueva política se sitúa en la petición del Consejo Europeo de Lisboa, de 23-24 de marzo de 2000²⁹, en aras de establecer una estrategia para una actuación más coordinada, orientada a simplificar el marco regulador, lo que se completó el año 2002 con la adopción del Plan de acción “Simplificar y mejorar el marco regulatorio”, que distinguía diferentes tipos de acciones.

A partir de lo anterior, se propuso abordar a corto plazo (2003-2005) el tema del gobierno empresarial mediante un sistema mixto de recomendaciones no vinculantes y la elaboración de una nueva directiva para facilitar, por ejemplo, la comunicación eficaz de la sociedad con los accionistas y su papel en la toma de decisiones; aumentar la información proporcionada por los inversores institucionales y para obligar a las empresas cotizadas a la elección entre determinadas estructuras del Consejo de administración. A mediano plazo (2006-2008), se continuaría avanzando con los temas anteriores, además de tratar la cuestión de las pirámides y la introducción de normas para favorecer la transferencia de las formas jurídicas nacionales. Por último, se propondría tratar la posible introducción de un régimen alternativo en la Segunda Directiva sobre el mantenimiento del capital social³⁰.

Con posterioridad, en el año 2007, la Comisión inició un estudio de los costes administrativos asociados a las obligaciones de información establecidas en las Directivas en Derecho de sociedades. En concreto, esto impactó tres áreas en las que podían aplicarse

²⁷ Sobre el detalle de este proceso, véase, HIERRO (2010b) pp. 78-79.

²⁸ El origen se puede encontrar en el Informe Mandelkern, de 13 de noviembre de 2001, disponible en http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm. Sobre la aplicación de la estrategia de legislar mejor, puede consultarse el último informe de evaluación: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico, y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Tercer examen estratégico del programa “legislar mejor” en la Unión Europea, COM (2009), 15 final, de 28 de enero de 2009.

²⁹ La Carta Europea de la Pequeña Empresa se recogió en el Anexo III de las conclusiones de la Presidencia portuguesa en el Consejo Europeo de Santa María da Feira. (Boletín UE 6-2000). Dichas conclusiones, junto con los Anexos, se pusieron a disposición del público en general en la URL: <http://www.portugal.ue-2000.pt/uk/execute/mainFrame.asp?id=3408>

³⁰ A estos efectos, se debe considerar: Directiva 2003/58/CE del Parlamento y del Consejo de 15 de julio de 2003 por la que se modifica la Primera Directiva de sociedades (68/151/CEE) en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas; Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las ofertas públicas de adquisición. Luego, se encuentra la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2003, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; y Propuesta de Directiva de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifica la directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital social», presentada por la Comisión el 29 de octubre de 2004. Finalmente, es preciso analizar la Recomendación de la Comisión de 14 de diciembre de 2004, relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa; o la Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa.

medidas de simplificación: exigencias de información sobre proyectos de fusión y escisión de sociedades; los deberes relativos a los accionistas en particular; y las normas sobre protección de los acreedores³¹, que ha concluido con la adopción de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. INFORMES SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN EUROPA

Son variados los informes que se han encomendado y luego efectuado en pos de la modernización del Derecho societario. Estos aluden a temas relativos a gobiernos corporativos, así como a materias ligadas a la simplificación del Derecho societario. Entre ellos podemos citar, por su relevancia, los siguientes:

A. Informe Cadbury

En 1991 se creó un Comité en el Reino Unido, compuesto por el Consejo de Información Financiera, la Bolsa de Londres y la Profesión contable, con el fin de estudiar los aspectos financieros y de control de las sociedades. En él se trataron temas tan relevantes como la organización y responsabilidad de los administradores, los derechos y obligaciones de los accionistas, y la regulación de las auditorías y de la profesión contable. El objetivo del informe presentado por el Comité era ofrecer una “*visión común de las medidas que hay que tomar en el ámbito de la información financiera y la contabilidad*” dada la existente preocupación sobre las normas de información financiera y contabilidad, es decir sobre el gobierno de sociedades. La vaguedad en las normas contables, las presiones tanto sobre las sociedades como sobre los auditores, la quiebra inesperada de grandes compañías, pero sobre todo la ausencia de un marco claro que garantizara que los miembros del consejo mantendrían el control de sus negocios, impulsaron la tarea de fijar los objetivos, responsabilidades, normas y valores, así como las estrategias para llevar a cabo la actividad propia de las empresas³².

Este informe se realizó bajo la convicción que la economía de un país depende del vigor y la eficacia de sus empresas, pero siempre teniendo en cuenta que estas deben tener asesorías económicas y jurídicas, al mismo tiempo de impulsar la elaboración o configuración de éticas profesionales para sus miembros. De este modo el comité tenía por misión estudiar la situación existente y regular a través de un código deontológico la actividad financiera y contable de las sociedades.

Se muestra claramente que el instrumento legal no es suficiente para esbozar esta regulación, puesto que este aumenta los costes de las sociedades y, por otra parte, una excesiva legislación sobre el tema podría mermar la competitividad y la libertad de las actividades empresariales, así como influir negativamente en sus iniciativas. Frente a ello, se esgrime que la autorregulación podía ser tan efectiva como una ley.

³¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones, COM (2008) 576 final, 29 sep. 2008.

³² Conocido como Cadbury por el nombre del Presidente del Comité, fue el primero de una serie (Greenbury, Hampel, Higgs y Tyson).

*B. Informe Olivencia, los Códigos y el buen gobierno*³³

Nace como consecuencia de la decisión del Consejo de Ministros español que, en su sesión del 28 de febrero de 1987, acordó la creación de una “Comisión especial para el Estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades”³⁴. Con fecha 26 de febrero de 1998, la Comisión emitió su dictamen declarando que, de acuerdo con el encargo recibido, su propósito había sido, por una parte, redactar un informe sobre los Consejos de Administración de las sociedades que apelan a los mercados financieros y, por otra, elaborar un Código ético de buen gobierno de asunción voluntaria por estas sociedades.

El Informe se refiere al movimiento de reforma surgido en los últimos años, cuyo origen se sitúa en el mundo anglosajón, expandiéndose a otros países a partir del fenómeno de la globalidad de la economía y la internacionalización de los mercados. Este defiende un cambio en el modo de organizar el gobierno de las sociedades, fundamentalmente de aquellas cuyas acciones cotizan en los mercados de valores. Entre las razones de esta corriente reformista encontramos una causa de fondo que puede considerarse constante en la naturaleza de las sociedades que apelan a los mercados de capitales: la separación entre propiedad y gestión. Si bien esta separación puede producir ventajas, como la especialización de las funciones financieras y gerenciales, lleva inherente el riesgo de conflictos de intereses. A este riesgo se suma el derivado de la existencia de diversos grupos de accionistas que introducen tensiones internas en la propiedad de las sociedades.

La Comisión Olivencia estableció que la verdadera preocupación reside en las causas y estas radican en el desequilibrio que se produce cuando las sociedades concentran excesivamente el poder de dirección en instancias de gobierno en las que no encuentran la debida representación los intereses de los diversos grupos, y en la falta de transparencia y de fluidez en la información, cuando no en la ocultación o en el falseamiento de esta. De ahí que exigir a quienes controlan el gobierno de las sociedades que den cuenta y razón de su proceder, sea una constante de todo el movimiento reformador. A renglón seguido, se presenta un modelo de Código de Buen Gobierno con 23 reglas en forma de recomendaciones de voluntario cumplimiento, pidiendo a las empresas que, en caso de no adoptarlas, expliquen las razones por las que no lo hacen³⁵.

³³ Esta Comisión, presidida por Manuel Olivencia Ruiz, Catedrático de Derecho Mercantil, contó con un Vicepresidente, designado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siete vocales, elegidos entre expertos vinculados a empresas industriales, comerciales y financieras, así como con un Secretario.

³⁴ Informe sobre el gobierno de las sociedades cotizadas, publicado por la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades el 26 de febrero de 1998 (www.cnmv.es/index.htm).

³⁵ Dentro de las menciones que establece el informe merece la pena destacar las más importantes: a. Que el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formal de las materias reservadas a su conocimiento; b. Que se integre en el Consejo de Administración un número razonable de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional desvinculadas del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos; c. Que en la composición del Consejo de Administración los consejeros externos constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto.

*C. Informe Winter: “Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa”*³⁶

Continuando con esta ilación, el documento más relevante en esta materia es sin dudas el Informe Winter (2001)³⁷. Este aborda cuestiones tan dispares como los instrumentos de creación del derecho societario en Europa, las prácticas de buen gobierno corporativo, los grupos y pirámides de sociedades, la movilidad de las sociedades en el espacio europeo, los procesos de reestructuración, el ejercicio transfronterizo del derecho de voto, la posibilidad de celebración de juntas no presenciales, el desarrollo de nuevos tipos organizativos como la sociedad anónima europea o la sociedad colectiva europea, entre otras. El objetivo último de este estudio fue sentar recomendaciones o propuestas de bases y pautas de actuación en relación al proceso de creación del derecho comunitario en materia societaria. Su influencia se aprecia por la defensa de la vía de la autorregulación o la iniciativa legislativa mitigada³⁸ y el fomento a la adaptación del derecho societario en Europa a las exigencias de la culminación del mercado único para mejorar los procesos societarios y la generalización de prácticas uniformes de buen gobierno corporativo³⁹.

El informe propone que se adopte una nueva clasificación entre sociedades cotizadas, sociedades abiertas, y sociedades cerradas. Así, mientras que para las sociedades cotizadas parece imponerse la exigencia de un cuerpo normativo uniforme y obligatorio para garantizar la protección de los inversores, en las cerradas habría más espacio para la autonomía de la voluntad respecto de la regulación de las relaciones entre la sociedad y sus accionistas, en tanto que para las sociedades abiertas probablemente el punto intermedio será lo más conveniente.

Se recomienda que todas las iniciativas futuras en materia societaria se basen en procesos de consulta previa a los integrantes de la industria, los mercados y los sectores afectados, y que exista un órgano de consulta e información permanente a la Comisión en esta materia. Por otra parte, el informe acentúa la necesidad de adaptar el derecho societario

³⁶ Resulta de interés ver: GARRIDO (2003) pp. 111 y ss.

³⁷ Este informe fue efectuado por una Comisión de expertos designada por la Comisión Europea para la reforma y modernización del derecho societario en Europa. Conocido como «Informe Winter» en honor del Presidente de dicha comisión de expertos, el holandés Jaap Winter. El Informe fue elaborado sobre la base de las observaciones, sugerencias y recomendaciones formuladas por empresas (en torno a un 10% del total), asociaciones empresariales y profesionales (66%), institutos y agencias públicas (8%), universidades (8%), profesionales (7%) y organizaciones no gubernamentales (2,5%) sobre un cuestionario o documento de consulta publicado por la Comisión Winter en abril de 2002. Sobre el tema, véase: AZOFRA (2003).

³⁸ De este informe surgieron posteriores iniciativas entre las cuales cabe destacar la Comunicación de 21 de mayo de 2003 de la Comisión sobre “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial de la Unión Europea. Un plan para avanzar”, así como el Informe sobre la “Evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades” de 26 de junio de 2006. Finalmente, en 2007 nace el Tratado de Lisboa que sustituye la fallida Constitución Europea y el de la Unión Europea. Sobre el tema, véase: SÁNCHEZ LORENZO (2005) pp. 193 y ss.

³⁹ El Informe lo podemos encontrar en VV.AA. (SÁNCHEZ CALERO, 2003, pp. 50 y ss.; GARRIDO, 2003, pp. 111-133). Acerca de la posible evolución en la armonización del Derecho de sociedades comunitarios, véase LUTTER (jul. 2002), pp. 39 y ss.

europeo a las innovaciones tecnológicas⁴⁰. En este ámbito, las medidas propuestas más relevantes consisten en obligar a las sociedades cotizadas a mantener información actualizada sobre la empresa en su respectivo portal o *website* (siendo esta una facultad para los demás tipos societarios), así como la de establecer hipervínculos con las autoridades de supervisión o los registros públicos, la de interconectar los registros públicos a nivel europeo, permitir el acceso y la consulta informáticos y establecer un sistema electrónico centralizado en cada uno de los Estados miembros para el depósito o registro de la información obligatoria.

En cuanto al Gobierno corporativo el informe pone énfasis en el aumento de la transparencia e información, el adecuado funcionamiento de los órganos internos y externos, la participación en las juntas, la libertad de elección, la responsabilidad de los administradores, entre otros factores. También se refiere a la libertad de establecimiento de las sociedades, a un cambio de paradigma relativo al capital social, y a las cadenas de protección de los grupos de sociedades.

Dado que la ejecución de las propuestas que formula conlleva la necesidad de instar y desarrollar un significativo número de iniciativas legislativas, el Informe recomienda a la Comisión que se elabore un Plan de Acción para el Derecho Societario Europeo.

*D. Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (comisión Aldama)*⁴¹

El Consejo de Ministros de España, con fecha 19 de julio de 2002, decidió crear una “Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas”⁴². Esta emitió su informe, conocido como Informe Aldama, el 8 de enero de 2003, declarando que se trata de un paso más en la senda de transformación del mercado de capitales español, que continúa la tradición del Informe Olivencia, puesto que hace suyo lo fundamental de la filosofía del imperio de la ley, la autorregulación y la transparencia⁴³.

La comisión recomienda, la elaboración de un “*informe anual de gobierno corporativo*” por el consejo de administración, previa opinión de la comisión de auditoría y control o, en su caso, de la comisión de nombramientos y retribuciones. Asimismo, para facilitar su publicación y cumplir con el deber de información, la comisión sugiere a las empresas que cotizan en bolsa que instalen una página web, planteando un contenido mínimo de información en relación con el gobierno corporativo que debería facilitarse en la misma. Se considera en ello el importante desarrollo que está adquiriendo en los últimos años el

⁴⁰ En línea con la propuesta de modificación de la Directiva 68/151 (Primera Directiva), en relación a los requisitos de información respecto de los diferentes tipos de compañías, COM (2002) 279, de 3 de junio de 2002 (DOCE C 227, de 24 de septiembre de 2002).

⁴¹ Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, disponible en: http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/Informefinal.PDF

⁴² Bajo la presidencia de D. Enrique de Aldama y Miñón, asistido de un vicepresidente, doce vocales de distinta procedencia y un secretario, de fecha 8 de enero de 2003 (www.cnmv.es/index.htm).

⁴³ Su nacimiento lo podemos situar en Estados Unidos teniendo como protagonista a la Comisión Treadway, la cual emitió el informe COSO (*Committee of Sponsoring Organizations*) en relación con el gobierno corporativo.

“reporting corporativo”. Adicionalmente, otorga relevancia al principio de seguridad y al deber de lealtad en relación con las responsabilidades de los administradores, ya tratado en el informe de Olivencia⁴⁴.

4. SENTENCIAS EN MATERIA DE LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha provocado una tendencia de cambio reciente en lo relativo a la libertad de establecimiento de las sociedades y armonización jurídica⁴⁵. En efecto, las sentencias del TJCE *Centros*, *Ubersee-ring*, *Inspire Art*, y *Hughes de Lasteyrie du Saillant* han subrayado la posibilidad de constituir la sociedad con arreglo al Derecho estatal que los socios tengan por conveniente –determinándose así la legislación aplicable a la sociedad– y luego establecer y desarrollar su actividad en cualquier otro país comunitario. Los efectos de la libertad de elección del ordenamiento jurídico que ha de regir la sociedad se concentran fundamentalmente en el ámbito de la sociedad de responsabilidad limitada, que por haber permanecido sustancialmente al margen de la armonización comunitaria, es el tipo social donde en mayor medida subsisten las diferencias entre los distintos ordenamientos nacionales⁴⁶.

La primera sentencia en esta línea, conocida como “Centros”, data de fecha 9 de marzo de 1999 (C-212/97). Este fallo, además de provocar un cambio radical en la doctrina del ejercicio del derecho de establecimiento de las personas jurídicas, puso de manifiesto algunas lagunas en la armonización del Derecho de sociedades en el marco de la UE, abriendo un interesante debate doctrinal en toda Europa sobre el futuro del Derecho de sociedades comunitario y sobre el alcance conflictual de dicha decisión⁴⁷. Sucintamente el TJCE determinó, con base al párrafo primero del artículo 48 del TCE, que “las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, quedan equiparadas, a efectos de la aplicación del derecho de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”. En el caso en cuestión, se desprende de forma directa que al constituirse la sociedad conforme al Derecho del Reino Unido, aunque nunca hubiera ejercido allí ninguna actividad mercantil, esta tenía derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro por medio de una agencia, sucursal o filial, de manera que Alemania no podía denegar la inscripción de una sucursal de dicha sociedad, por representar ello un obstáculo al ejercicio del derecho de establecimiento que les confiere el TCE.

⁴⁴ Este Informe sigue las principales líneas definitorias del Informe Olivencia, al que a lo largo de todo el texto se refiere salvo en algunos puntos de importancia en los que, basándose en el conocimiento de la realidad e inspirándose en los principios de la libertad empresarial, se aparta. Plantea que la variedad de problemas se aborda mejor desde la flexibilidad de la autorregulación, bajo el principio constitucional de la libertad de empresa.

⁴⁵ Sobre este tema en extenso, véase: SÁNCHEZ LORENZO (2002a) pp. 451-480.

⁴⁶ En los últimos años son numerosas las *private limited companys* que se han constituido en el Reino Unido para desarrollar su actividad en Alemania, desplazando así a la forma social alemana. Véase WESTTHOFF (2006) pp. 525 y ss.

⁴⁷ Sobre esta materia, VV.AA. (SÁNCHEZ LORENZO, 2002b, pp. 115 a 157; SÁNCHEZ LORENZO, 2002a, pp. 451-480; VILLA, 1999, pp. 1 y ss.; SANCHO VILLA, Sept. 2001; y sobre todo GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2001, pp. 79 y ss.; VARGAS, 2012).

Al hilo de esto, dejando de lado otras cuestiones, se ha discutido largamente si la sentencia Centros afecta a la determinación de la *lex societatis*, en particular si con esta decisión el TJCE ha considerado incompatible el modelo de sede real (*Sitztheorie*) y se ha decidido por el modelo de constitución (*Gründungstheorie*). En nuestra opinión, el TJCE ha considerado que el artículo 48 TCE tiene alcance conflictual, en el sentido que el TCE obligaría a los Estados cuyos Derechos se inspiran en un modelo de sede real (como Alemania) a reconocer las sociedades constituidas en otro Estado miembro, lo que no implica que la sede real se siga utilizando como criterio para considerar válida la constitución de una sociedad conforme al Derecho del foro.

Tal como adelantamos, esta tesis fue respaldada posteriormente con la sentencia del TJCE de fecha 5 de noviembre de 2002, asunto C-208/00 (caso *Überseering*). El TJCE consideró que la sociedad podía invocar la libertad de establecimiento para oponerse a la negativa del Derecho alemán a reconocerla como una persona jurídica con capacidad procesal, y que la negativa de los órganos jurisdiccionales alemanes a reconocer la capacidad jurídica y la capacidad procesal de una sociedad válidamente constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro constituía una restricción a la libertad de establecimiento. Se reitera así la doctrina de la sentencia Centros en cuanto a la incompatibilidad de la teoría de la sede (*Sitztheorie*) con el Tratado de la UE.

Por último, debemos citar la sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/01 (caso *Inspire Art*), que vuelve a confirmar la doctrina del caso Centros, pues los supuestos de hechos tienen grandes similitudes. En este caso, la norma objeto de cuestión prejudicial es la *Wep op de formeel buitenlandse vennootschappen* (Ley sobre sociedades formalmente extranjeras) de 1997, que imponía una serie de obligaciones a las sociedades de capital constituidas de conformidad con una legislación distinta de la holandesa y que desarrollaba sus actividades total o casi totalmente en los Países Bajos. Entre estas obligaciones, destaca la imposición de inscripción en el Registro Mercantil neerlandés con la mención *formeel buitenlandse vennootschap* (sociedad formalmente extranjera) y de utilizar esta mención en el tráfico mercantil. A ello se suma el deber de establecer la responsabilidad solidaria de los administradores hasta el cumplimiento de la obligación de inscripción y la obligación de que el capital social sea como mínimo igual al exigido a las sociedades de ese tipo constituidas en los Países Bajos, y que los fondos propios de la sociedad deben coincidir con ese capital mínimo.

El TJCE consideró que estas medidas restringían la libertad de establecimiento de sociedades extranjeras y no estaban justificadas. Se argumenta que si bien la sociedad se constituyó de conformidad con el Derecho de sociedades de un Estado miembro, concretamente el del Reino Unido, con la finalidad de evitar la aplicación del Derecho neerlandés de sociedades por considerarlo más severo, no es menos cierto que las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejerzan por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en el territorio de otros Estados miembros. Con esta sentencia se abre un espacio de competencia jurídica y de armonización entre los ordenamientos de los países europeos.

5. CREACIÓN DE NUEVAS FIGURAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Dentro del panorama societario existente en la Unión Europea encontramos figuras de nueva implantación que intentan adaptarse a los cambios gestados a nivel internacional y que responden a la intención de armonización comunitaria de este Derecho⁴⁸. Buena prueba de ello es la sociedad anónima europea (SAE o SE) que ha supuesto un importante reto en el ámbito internacional. De igual modo, otras figuras como la sociedad privada europea, aunque con una trayectoria mucho menor, también se han convertido en figuras de especial consideración⁴⁹. Las revisaremos a continuación.

A. La sociedad anónima europea

Atendiendo a una exigencia de acceso al mercado interior y crear con ello un entorno favorable al desarrollo y cooperación económica internacional entre las empresas de distintos Estados miembros, la Unión Europea ha dirigido sus mayores esfuerzos hacia aquellas medidas que pueden facilitar la libertad de movimiento y posibilidades de organización de las empresas en el mercado interior, considerando al mismo tiempo las nuevas exigencias de una economía globalizada. En este contexto se enmarca la creación de la Sociedad Anónima Europea cuyo régimen se contiene en dos normas jurídicas distintas: el Reglamento (CE) N° 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en adelante RESE⁵⁰, y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, de 8 de octubre de 2001 (DITSE)⁵¹.

El objetivo de esta sociedad es resolver los problemas prácticos que presentan la realización de operaciones transfronterizas como ocurre con las fusiones internacionales, traslado del domicilio social dentro de la Unión Europea y la constitución de grupos intracomunitarios. A partir de ella, las empresas tienen a su disposición un instrumento para conseguir una “organización y funcionamiento comunitario” y encauzar la difícil cuestión de la implicación de los trabajadores⁵². La normativa no proporciona una definición sobre el tipo de sociedad que regula, en su lugar, se ha establecido que se trata de una sociedad anónima con un capital mínimo de ciento veinte mil euros, facultada específicamente para desarrollar operaciones societarias transnacionales, domiciliada en el mismo Estado en el que se encuentre su administración central, reglamentada por el ordenamiento de ese Estado en todo lo no previsto por sus normas específicas de régimen o sus estatutos, que contempla la implicación de los trabajadores en la sociedad, y en cuyo proceso de constitución están comprendidas, al menos, dos entidades sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados de la Unión

⁴⁸ Se han aprobado además de las Directivas del Mercado de valores, 9 Directivas en Derecho de sociedades que afectan a aspectos importantes de la tutela de la información societaria y de la transparencia –1ª, 4ª, 7ª, 8ª y 11ª Directivas–, de la tutela del capital –2ª Directiva–, y de la regulación de los procesos internos de reestructuración de empresas –3ª, 6ª y 12ª Directivas–. Entre la muy numerosa bibliografía, excelentes síntesis sobre el estado de la cuestión y tareas pendientes pueden verse en VV.AA. (LUTTER, jul. 2002, pp. 39 y ss.; HOPT, 2010, pp. 57 y ss.).

⁴⁹ NAVARRO (2010) pp. 188.

⁵⁰ DO L 294 de 10 de noviembre de 2001, pp. 1 y ss.

⁵¹ DO L 294 de 10 de noviembre de 2001, pp. 22 y ss.

⁵² Son ilustrativos, a este respecto, los 7 primeros Considerandos de la Exposición de Motivos.

Europea⁵³. Desde un enfoque más directo, se ha expresado que la sociedad europea es “una sociedad anónima de régimen mixto, nacional y comunitario, especialmente facultada para realizar operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea”⁵⁴.

Se suma a las Sociedades anónimas nacionales, como opción para las empresas que tengan una “dimensión europea” acotada por los requisitos previstos en las normas de fundación y que más adelante veremos, dejando intactas las legislaciones nacionales de Sociedades que se mueven a impulsos de la armonización o de la política legislativa nacional. Esta figura se adapta a la utilización por grandes empresas surgidas de la integración de sociedades preexistentes, que normalmente acudirían para su financiación al mercado de valores. Por otra parte, su capital social mínimo no debe ser inferior a 120.000 Euros, quedando remitido el desembolso mínimo del valor de las acciones a la legislación del domicilio social de la SE. Desde una perspectiva general y pensando en sociedades de dimensión europea la cifra propuesta no cumple una función relevante y por tanto no impide el acceso a la SE de empresas de dimensiones económicas reducidas. Con todo, cuando la SE ejerza alguna actividad para la que, según la legislación del Estado miembro donde esté domiciliada, se requiera un capital superior, la SE deberá cumplir con dicha exigencia.

La personalidad jurídica se adquiere a partir de su inscripción en el Registro designado por la legislación del Estado miembro donde tenga su domicilio (art. 16.1 RESE)⁵⁵. La determinación del domicilio social de la SE tendrá una importancia fundamental, puesto que uno de los criterios utilizados para colmar las lagunas del Reglamento⁵⁶ es la remisión al Derecho nacional del Estado Miembro del domicilio social. Por otra parte, las cuestiones relativas a la definición del punto de conexión determinante de la “*lex societatis*”, así como los problemas derivados del traslado transfronterizo de sede se rigen –a falta de armonización– por los ordenamientos de los Estados miembros que deberán respetar el derecho material de origen comunitario.

En nuestra opinión, el mayor valor de esta sociedad se centra en favorecer la reorganización y concentración a escala comunitaria, en el sentido de posibilitar que las empresas existentes de varios Estados miembros puedan poner en común su potencial y así aumentar su capacidad competitiva dentro de la Comunidad y frente al exterior. No se ha permitido una constitución abierta a cualquier persona ni por cualquier procedimiento, sino que se ha restringido a quienes cumplan determinados presupuestos subjetivos y de localización y bajo ciertas modalidades fundacionales.

B. La sociedad privada europea

El Consejo Europeo, con fecha 25 de junio de 2008⁵⁷, presentó ante la Comisión la Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE)⁵⁸. Esta nueva

⁵³ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA (2004) p. 34.

⁵⁴ PÉREZ (1970) p. 631.

⁵⁵ Más amplias consideraciones sobre las características de la SE pueden verse en VELASCO (2002) pp. 494 y ss.

⁵⁶ Artículo 9.1c del Reglamento en el que se regula el sistema de fuentes.

⁵⁷ ALONSO (2013).

⁵⁸ (sept. 2013): “Sociedad anónima Europea, Sociedad Cooperativa Europea y Sociedad Privada Europea”, *Centros de estudios y documentación europea de USC*. Disponible en <http://www.usc.es/es/servizos/cede/derecho-sociedades/sociedades.html>

forma de sociedad europea nace con el propósito explícito de facilitar la actividad de las Pymes en el mercado único europeo, lo que representa un alto porcentaje en la Unión Europea. La forma social contenida en esta propuesta, además de coadyuvar a la citada finalidad, según ella misma indica, resulta también susceptible, entre otros muchos aspectos, de servir como forma de sociedad apta para organizar sociedades y empresas de las más variadas características de acuerdo con los sectores de intereses propios de sus socios y según las funciones que la relación societaria debe poder cumplir o satisfacer en este sector de suministro por el Derecho de “tecnología de organización”.

La SPE se presenta como una forma de sociedad de base contractual y de amplio espectro funcional susceptible de acoger elementos personalistas y capitalistas de organización societaria y regulada según normas de Derecho de sociedades sencillas, flexibles e idénticas en todos los Estados miembros por cuya virtud se posibilita que el mayor número posible de materias sean reguladas por los socios en el ejercicio de la libertad contractual, garantizando al mismo tiempo un alto grado de seguridad jurídica a favor de los socios, acreedores, trabajadores y terceros en general. Contiene una forma de sociedad basada en un contractualismo societario casi sin limitaciones ya que, a diferencia de la morfología propia de la sociedad colectiva, la SPE no impone la obligación que los socios sean necesariamente administradores de la sociedad, al tiempo que reconoce el derecho de los socios a la exclusión de su responsabilidad personal por las deudas de la sociedad; es decir, la SPE es una especie de sociedad con responsabilidad limitada de sus socios casi totalmente contractualizada, personalizable o capitalizable, esto es, de máxima flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades de organización societaria precisadas por los socios que la componen.

En base a ello, esta sociedad puede evolucionar mediante el ejercicio de la libertad contractual de los socios como herramienta fundamental y casi única en su construcción y organización, hasta formas complejas de organización societaria. En este sentido, la SPE se concibe como una sociedad no solo flexible sino realmente **elástica**, dúctil y adaptable en la cual cabe la combinación de elementos contractuales y corporativos, así como la combinación de elementos capitalistas y personalistas susceptible, por ello, de canalizar y satisfacer los intereses de organización societaria de casi cualquier realidad de sociedad **externa** con independencia del número de socios, de las necesidades de financiación y de las dimensiones de la empresa constitutiva del objeto social, en el límite del acceso a los mercados de valores.

La SPE se configura como sociedad externa o plenamente personificada. La atribución legal de este nivel de personalidad jurídica presupone la publicidad registral de la sociedad, en función de la cual se exige la constancia del negocio fundacional por escrito y su inscripción en el Registro Mercantil. La sociedad se regirá por su propio régimen legal con exclusión de la aplicación de las restantes formas sociales, salvo los aspectos que resulten aplicables del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada del Estado miembro en el que la SPE tenga su domicilio social. Deberá contener, obligatoriamente, elementos mínimos de identificación externa en función de sus relaciones con terceros, así como con sus socios: denominación, domicilio y nacionalidad.

Otra característica relevante resulta del hecho que todo socio se entiende titular del derecho de información concebido en amplios términos. La tutela de los socios disconformes o perjudicados por ciertas actuaciones, decisiones o resultados de la sociedad,

debidamente catalogados, se articula mediante la atribución a los mismos de un derecho de **retirada** revestido de un contenido legal mínimo imperativo, el cual puede ser ampliado en la escritura de constitución mediante técnicas como la atribución del derecho a la compra forzosa de las participaciones sociales del socio por parte de los demás socios o por la propia sociedad. Cada socio tiene el derecho a la libre transmisión de sus participaciones sociales sin tener que soportar ningún tipo de limitación, restricción ni prohibición.

Consideramos que la gran flexibilidad del régimen jurídico predispuesto para la SPE la hace susceptible de ser adaptada a casi toda necesidad de organizaciones societarias externas de carácter empresarial y profesional, a excepción de aquella que precise acudir al mercado de capitales para captar medios financieros. Por ello, se podría llegar a afirmar de la SPE podría llegar a constituirse en el tipo **general** de sociedad desde el punto de vista tipológico.

III. REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES REFORMAS REALIZADAS EN LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

1. FRANCIA

Francia ha aportado notablemente a la modernización del Derecho societario. Buena prueba de ello la constituye la creación de la Sociedad Anónima Simplificada (SAS) el año 1994, modificada luego en 1999, 2001, y 2008, respetivamente. La creación de esta nueva sociedad tradujo la voluntad del legislador de acercar el derecho de sociedades a la realidad contractual⁵⁹, de modo tal que se concibe con normas flexibles en lo relativo a su organización y funcionamiento, en beneficio de la eficacia relacionada con la concesión de personalidad jurídica y la consecuente restricción en la responsabilidad de los asociados hasta el monto de sus aportes. Este vehículo le permite a las partes escoger el mecanismo más adecuado para la toma de decisiones y estipular libremente el contenido de sus estatutos, lo que permite, a su vez, conjugar intereses muy diversos. Se presenta como una clásica sociedad anónima, pero con la singularidad que puede constituirse por una sola persona y que puede desechar los órganos que la constriñen. En base a ello, no es de extrañar no solo el éxito alcanzado en la práctica empresarial francesa, sino también que se haya convertido en el vehículo más flexible de las sociedades cerradas.

El propósito de esta sociedad era brindar a las empresas una estructura flexible de cooperación, permitiendo la gestión de filiales comunes. En concreto, se pretendía configurar una estructura societaria válida para la cooperación entre empresas de grandes dimensiones y establecimientos públicos del estado que desarrollasen actividades industriales o comerciales y no estuvieran sometidos a las reglas de la contabilidad pública⁶⁰. Esta nueva figura no solo supuso una profunda revisión de todo el ordenamiento jurídico francés a través de la modificación de numerosos textos normativos tales como el Código Civil⁶¹,

⁵⁹ VV.AA. (LE CANNU, 1994, p. 1345; PERIN, 2000, p. 7).

⁶⁰ El nombre de la SAS varió pasando a denominarse *Société par actions simplifiée*, variación denominativa debida en parte a la conveniencia de subrayar el *intuitu personae*, pero, sobre todo, al deseo de evitar que las Directivas comunitarias en materia de sociedades contaminasen a la SAS.

⁶¹ Actualmente, la concepción clásica de sociedad identificada con la noción de contrato, ha sido desplazada progresivamente por otra bien distinta que se equipara a la de acto unilateral o colectivo. En efecto, el artículo

el Código de la seguridad social, el Código monetario y financiero, el Código general de impuestos, el Código rural, el Código de la construcción, el Código de trabajo y muy especialmente el Código de comercio, así como, un gran número de leyes; sino que además, ella sentó sin duda las bases para una normativa mucho más acorde con la práctica actual.

La SAS es la única sociedad en la cual el socio o socios fundadores que la constituyen tienen la posibilidad de organizar libremente el funcionamiento interno de la sociedad. La organización de la misma comprende el diseño y reparto de poderes y de responsabilidades; la organización de la composición de los diferentes órganos y sus modalidades de funcionamiento, con el único límite del establecimiento de un órgano necesario; el reparto de capital social; la distribución de beneficios; y el dominio y control de las cesiones de acciones. Otro aspecto destacable de la SAS reside en la oportunidad que se concede a los socios para definir, en el seno de los estatutos, sus relaciones recíprocas y, en consecuencia, la eficacia concedida a sus acuerdos, denominados usualmente, pactos de accionistas. En ella prima la simplificación de trámites y la flexibilidad, dando primacía al principio jurídico privado de libre configuración negocial⁶².

La última modificación propiciada sobre esta ley (que nace de la nueva Ley de Modernización de la Economía del 2009)⁶³, supuso un nuevo avance de la libertad sobre el orden público, a partir de tres modificaciones: en primer lugar, se suprime la exigencia del capital mínimo, el monto del capital será fijado por los estatutos; en segundo lugar, la SAS plantea que se podrá emitir acciones que resulten de las aportaciones de industria definidas por el artículo 1843-2 del CC, las que con anterioridad estaban prohibidas, los estatutos serán los encargados de determinar las modalidades de suscripción y el reparto de las acciones, estas serán intransmisibles y no podrán exceder de una duración de diez años; en tercer y último lugar, la institución del comisario de cuentas se vuelve facultativa.

Finalmente, debe destacarse el hecho que la SAS se ha convertido en un modelo societario paradigmático de la modernidad, que ha sido imitado por diversas legislaciones, entre ellas la colombiana (SAS) y la nuestra (SpA). Volveremos sobre este punto más adelante⁶⁴.

1832 del CC dispone “La sociedad la instituyen dos o más personas que convienen por un contrato destinar a una empresa común bienes o su industria con el fin de compartir entre sí las ganancias o aprovechar la economía que de ello pueda resultar. En los casos previstos por la ley, puede ser instituida por el acto de voluntad de una sola persona. Los socios se comprometen a contribuir en las pérdidas”.

⁶² Se ha modificado en tres oportunidades. La última reforma (que nace de la nueva Ley de Modernización de la Economía del 2009), supuso un nuevo avance de la libertad sobre el orden público. Sobre este tema, puede consultarse: VV.AA. (ESTEBAN VELASCO, 1994, pp. 433 y ss.; MULLERAT, 1994, pp. 7 y ss.; DE ELÍAS-OSTUA, 2000, pp. 33 y ss.; VIERA, 2000, pp. 631 y ss.; SALGADO, 2001, p. 1515; AZARIAN, 2007).

⁶³ Sobre este tema, puede consultarse: VV.AA. (ESTEBAN VELASCO, 1994, pp. 433 y ss.; MULLERAT, 1994, pp. 7 y ss.; DE ELÍAS-OSTUA, 2000, pp. 33 y ss.; VIERA, 2000, pp. 631 y ss.; SALGADO, 2001, p. 1515; AZARIAN, 2007).

⁶⁴ Desde otra perspectiva, la legislación francesa también ha simplificado las formalidades para la creación de empresas, mediante los *Centres de formalités des entreprises*, cuyo objeto era simplificar algunas formalidades legales, fiscales, sociales y estadísticas que debían cumplir las empresas. Esta estructura se complementa con el Centro de Registro y Revisión de Formularios administrativos (*Centre d'enregistrement et de révision des formulaires administratifs*).

2. ESPAÑA

España ha puesto especial atención en la modernización del Derecho de sociedades. En el año 2003 expidió la Ley 7 que crea la regulación de “Nueva Empresa”. Se trata de sociedades de responsabilidad limitada sometidas a requisitos menos exigentes que los que existían para esta forma asociativa bajo la ley 2 de 1995. Entre las características fundamentales de esta nueva forma asociativa se encuentran las posibilidades de constitución unipersonal o por medio de documento electrónico único, la supresión del libro de registro de socios, la simplificación de los órganos de dirección y la posibilidad de objeto genérico⁶⁵. La sociedad en cita ofrece una ventaja fundamental consistente en la simplificación en su constitución y en el cumplimiento de obligaciones contables de forma que, a través de un único registro, se permite el cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone en materia de información contable y fiscal.

Más adelante se publicó la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles⁶⁶, que constituyó un hito importante en el proceso de modernización del Derecho de sociedades toda vez que regula de forma conjunta las modificaciones estructurales de estas sociedades, incluyendo cuatro figuras: transformación, fusión, escisión y cesión global del activo y del pasivo. Las tres primeras ya aparecían disciplinadas en la Ley de Sociedades Anónimas, constituyendo la última una auténtica novedad en el Derecho español de sociedades. También regula el traslado internacional del domicilio social debido a sus trascendentales efectos para el régimen jurídico de las sociedades mercantiles. Merece destacarse que esta ley pasa a formar parte de la normativa general de las sociedades mercantiles, de manera que se aplica a todo tipo de sociedades.

Seguidamente, con fecha 3 de julio de 2010 se publicó en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la **Ley de Sociedades de Capital**. El Consejo de Ministros aprobó esta nueva Ley que unifica en un solo texto toda la normativa sobre las sociedades mercantiles en España que antes se encontraba dispersa en cuatro normas. Esta nueva ley recoge la normativa referente a las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas cotizadas y las sociedades comanditarias por acciones, asimismo se integran las normas regulatorias de las denominadas Sociedades Europeas. Se busca, de esta manera, coordinar, a través de un solo texto, los distintos tipos sociales, solucionando las imperfecciones y lagunas existentes. Se pretende que este sirva como base del Derecho de Sociedades español, de tal manera que, a través de él, puedan encajarse mejor futuras modificaciones nacidas del seno de la Unión Europea⁶⁷.

3. REINO UNIDO

La *private company* es la auténtica protagonista de la realidad empresarial británica, pues más del 90% de las sociedades de ese país reúnen esa condición, en su mayor parte

⁶⁵ Se incorporan por esta vía al Derecho español la directiva 2005/56/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2004.

⁶⁶ Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, extraído el día 25 de agosto del 2013 de http://www.ediciona.com/portafolio/document/0/5/9/1/separata_07_def_1950.pdf.

⁶⁷ Es preciso mencionar que el presente año 2013 se envió al legislador una propuesta de reforma del Código de Comercio donde se pretende armonizar a las sociedades en general.

cuentan con menos de cinco socios y son, en la mayoría de las ocasiones, gestionadas por estos. Paradójicamente el derecho de sociedades del Reino Unido históricamente ha focalizado casi toda su atención en el modelo societario de la *public company*, obviando a la *private company*, con lo que se ha producido durante mucho tiempo una inconsistencia clara entre la auténtica realidad del tráfico de los negocios y la normativa prevista en las leyes. Debido a que se ha considerado la regulación de esta *company* como compleja y dispersa, en la que el lenguaje utilizado era excesivamente formalista, su minuciosidad extrema y vastísima su reglamentación, se abogó por una nueva consolidación normativa –a la manera de lo realizado en Canadá y Nueva Zelanda– lo que dio lugar a una reforma global del derecho societario cuya modernización, al igual que en los casos anteriores, se ha considerado como uno de los pilares básicos de una economía competitiva. Con todo, la posición del Reino Unido se encuentra obviamente vinculada a los compromisos derivados de la Unión Europea, con la consiguiente obligación de implementar el programa de la Unión Europea para la armonización de los Derechos de Sociedades de los Estados miembros⁶⁸.

En el año 2000 se dicta la *Limited Liability Partnership Act*. La filosofía de esta legislación acentúa las formas asociativas de estatus personalista, sin desmedro de la limitación de responsabilidad, propia de la sociedad de capital. Alberga también una amplia libertad contractual, lo que la hace propicia para acometer cualquier clase de negocio sin que sea factible su inscripción en bolsa⁶⁹. En el año 2003, el legislador estimó como una necesidad apremiante modificar la regulación de cuestiones tales como la actividad auditora, los requisitos de información y transparencia de las grandes sociedades y los poderes de investigación de las administraciones públicas, todo lo cual fue objeto de recientes modificaciones legislativas que son muy distintas de lo que es *Company Law Review*⁷⁰.

En marzo de 2005 se publicó un segundo libro blanco, titulado *Company Law Reform* en el que se abordó de nuevo una importante reforma de ese derecho de sociedades. El nuevo documento pretendía generar un derecho de sociedades sustancialmente más comprensible, moderno, menos costoso, accesible y flexible. Constaba de dos partes, un memorándum explicativo de los principales aspectos de la reforma y un borrador con el clausulado de lo que se esperaba fuese el contenido normativo final de la reforma, que daría una nueva redacción a buena parte de las secciones de la actual *Companies act* de 1985.

Más recientemente y producto de la gran revisión efectuada, se dictó la llamada *Companies Act* de 2006⁷¹. Dicha ley, que en lo territorial se extenderá a la totalidad del Reino Unido, ha sustituido a las previsiones de las *Companies Act de 1985 y 1989*, así como

⁶⁸ Una de las iniciativas de simplificación del entorno empresarial se personifica en la *Deregulation Unit* del Reino Unido, heredera y continuadora de la *Enterprise and Deregulation Unit*, que recibió cobertura legal en 1994 con la *Deregulation and Contracting Out Act*. Además, debemos tener en cuenta que la evolución del Derecho societario inglés en esta última década y concretamente la revisión lanzada por el departamento de Comercio e Industria en el año 1998 que prosiguió en 1999 con la publicación en el mes de febrero del documento de consulta titulado *Modern Company Law for a Competitive Economy: The Strategic Framework*.

⁶⁹ Sobre esta materia, véase: McCahery *et al.* (2008).

⁷⁰ Sobre estas iniciativas concretas pueden consultarse VV.AA. (Villiers, 2005, pp. 520 y ss.; Ferran, 2005, pp. 16 y ss).

⁷¹ Véase en este sentido, “Cambios en el Derecho societario inglés”, *Gaceta de Los Negocios*, 6 de noviembre de 2006.

las *Companies Act* de 2004, salvo algunas excepciones⁷². En lo principal, esta norma aboga expresamente por una mayor flexibilidad.

Algunos de los cambios que propone dicho texto ligan con cuestiones relativas a los administradores, a la responsabilidad de los auditores y al capital. Por lo que respecta a los administradores, sus deberes se regulan separadamente a través de un nuevo Código (*tutory Code*).

4. ITALIA

Al igual que el ordenamiento inglés, el italiano ha sido objeto de una importante y reciente reforma no por medio de nuevas figuras, sino modificando sustancialmente sus estructuras societarias. En materia de sociedades de capital, el artículo 2 de la Ley italiana de sociedades (*Legge* 366/2001 de 3 de octubre⁷³), plantea un amplio reconocimiento de la autonomía estatutaria, que introduce una fuerte simplificación de la disciplina y favorece el acceso a los mercados financieros⁷⁴. Sobre la base de la necesaria flexibilización reclamada por diversos sectores de la Unión Europea⁷⁵, el ordenamiento italiano ha intentado adecuar su Derecho a las necesidades prácticas societarias con un proyecto dirigido esencialmente a simplificar la disciplina de las sociedades de capital y a introducir un sistema de modelos más flexibles y dar mayor cabida a la autonomía estatutaria.

Dichas propuestas se ven plasmadas en el año 2003, a partir de una notable flexibilización del marco de la SA, pero sobre todo en la SRL, hasta el punto de que se pasa de un esquema anterior, que podría definirse como de una pequeña SA, a un nuevo modelo calificable como de sociedad de personas de responsabilidad limitada. Las principales ventajas introducidas al respecto se resumen en una amplia libertad en materia de aportaciones, en la extensión del derecho de separación, la facultad de introducir en los estatutos hipótesis de exclusión y en la posibilidad de derogar, por decisión de los socios o de la administración, el modelo colegial propio de la SA, que hacen caer muchas barreras a las que se sometía con anterioridad la clásica SRL italiana⁷⁶.

La sociedad de responsabilidad limitada asume una posición particular en el panorama de los modelos organizativos de la actividad empresarial que es central en las opciones de política legislativa por su notable potencialidad del nuevo modelo tanto para articular grupos de sociedades, como para la organización de *Joint ventures* entre empresas. Esta nueva sociedad se presenta como un modelo efectivamente autónomo e intermedio entre una sociedad de capital y de personas, puede estar integrada —ya sea desde la constitución o en un momento posterior— por una o varias personas físicas o jurídicas y la naturaleza unipersonal o pluripersonal no incide, en principio, sobre el régimen de la responsabilidad por las deudas sociales. Por otra parte, es posible aportar, del mismo modo que en las sociedades

⁷² Las únicas previsiones relativas a Derecho de Sociedades por acciones que permanecerán en esas leyes citadas será las relativas a investigaciones de la parte 14 de la *Companies act* de 1985, así como a las *comuniti interés companies* de la parte 2 de la *companies act* de 2004.

⁷³ Gazzetta Ufficiale, N° 234, 8 de octubre de 2001.

⁷⁴ MONTALENTI (2004) p. 38.

⁷⁵ Véase en este sentido, BENEDETTELLI (2007) pp. 39-43.

⁷⁶ Véase al respecto ABRIANI *et al.* (2008) pp. 353 y ss.

personalistas, todo aquello susceptible de valoración económica y, por tanto, no solo dinero, créditos y bienes *in natura* sino también prestaciones de carácter personal⁷⁷.

La estructura organizativa de la sociedad de responsabilidad limitada es objeto de una disciplina autónoma peculiar que confiere a dicho tipo societario una fisonomía original, diferenciándolo de las demás sociedades de capital. Una de ellas reside en el carácter personalmente derogable y supletorio de las reglas relativas a las decisiones de los socios y la administración de la sociedad. El legislador ha pretendido prever una libertad de formas, reconociendo una amplia autonomía estatutaria respecto de las estructuras organizativas, procedimientos decisorios de la sociedad e instrumentos de tutela del interés de los socios. El código dicta una disciplina extremadamente simplificada y dúctil, coherente con la estructura más marcadamente personalista de este tipo societario respecto del modelo accionarial.

Los mencionados principios de libertad y flexibilidad de las formas de organización, que caracterizan a la nueva sociedad de responsabilidad limitada, se manifiestan plenamente en la regulación de la administración social. Al respecto, la ley permite —en base a la autonomía contractual— libertad de elección casi absoluta en la configuración de la relación de la administración, individualización de las personas que han de hacerse cargo de la misma y a la determinación de la forma en que estas han de actuar.

5. ALEMANIA

En Alemania las medidas flexibilizadoras han alcanzado, aunque en diversa medida y con distinta extensión, a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, en el primer caso, el interés no deriva tanto de su originalidad como del propio modelo legal alemán de sociedad anónima, paradigma de la rigidez normativa en el ámbito societario y prototipo de la primera etapa de la política de armonización comunitaria⁷⁸. En el segundo, se ha determinado una acusada simplificación de la sociedad limitada alemana, que además de haber dado lugar a un nuevo subtipo societario, en el que se prescinde del capital social mínimo, traslada en buena medida la protección de los acreedores del ámbito societario al concursal⁷⁹.

En este contexto se originó en 1994, un cambio legislativo que incorpora un régimen especial aligerado para las sociedades anónimas no cotizadas, configurando a esta forma societaria como accesible a la mediana empresa (Ley sobre pequeñas sociedades anónimas y desregulación del Derecho de sociedades por acciones)⁸⁰. Por medio de esta normativa se introdujo una especie de sociedad anónima simplificada, denominada *Kleine Aktiengesellschaft*, que se presenta como alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada pero que, a diferencia de esta última, permite acceder al mercado de valores. Se modificó el régimen general de la sociedad anónima eliminando formalidades innecesarias (ejemplo: inscripción), y precisando el ámbito de aplicación de algunas normas. Sin embargo, la relevancia de la reforma de la AktG de 1994, no radicó tanto en el régimen simplificado que

⁷⁷ ABRIANI *et al.* (2008) pp. 360-361.

⁷⁸ Véase VV.AA. (ROJO, 1988, pp. 15-16; ZABALETA, 2010, pp. 112-172).

⁷⁹ SEIBERT (1994) p. 248.

⁸⁰ BGBL, N°52, 9 de agosto de 1994.

introdujo para las sociedades anónimas cerradas, como en constituir el primer paso de un proceso más profundo, pues luego de esta ley se han sucedido varias otras, en el marco de un proceso de revisión del régimen jurídico de la sociedad anónima alemana, que aún no se cierra. Este fenómeno es conocido como “la permanente reforma del derecho de las sociedades por acciones”.

Con posterioridad, la modificación llevada a cabo por la ley para la modernización del Derecho de la sociedad de responsabilidad limitada y para la lucha contra los abusos (2008), implicó una profunda revisión y simplificación de la sociedad de responsabilidad limitada (en adelante SRL)⁸¹. El legislador alemán pretendió con ello hacer más atractiva la anticuada SRL, que no había sido objeto de reforma desde 1980 con la *GmbH-Reform*, y al mismo tiempo mejorar su competitividad frente a la *limited* inglesa que tan implantada se encuentra en Alemania como consecuencia de las Sentencias del TJCE Centros, Übersering, e Inspire Art, ya analizadas. Los aspectos principales de dicha reforma, que también afectan significativamente al Derecho concursal, afectaron esencialmente a una notable simplificación de la fundación de la sociedad. Esta simplificación se hace patente en pequeñas sociedades con un número máximo de tres socios, en las que siempre que se recurra a unos estatutos estandarizados, se suprime el requisito de la escritura pública. Del mismo modo, también se prescinde del requisito del capital mínimo de 25.000 € si la sociedad se constituye con la forma de «*Unternehmergeellschaft*», que es una nueva modalidad de SRL.

Consideramos que la reforma en comento ha ampliado el catálogo de incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador y ha añadido una serie de consecuencias al supuesto conocido como “inexistencia de dirección”, que atañe a la responsabilidad de los socios en los casos en que tras cesar de dimitir los administradores, no se proceda a un nuevo nombramiento de los mismos. Adicionalmente, también se han provocado una serie de modificaciones relativas al régimen legal de protección del capital social que aunque no tienen naturaleza concursal, despliegan sus efectos principalmente en este ámbito⁸².

IV. REFORMAS REALIZADAS EN CHILE Y PROPUESTAS A FUTURO

1. BREVE REFERENCIA AL DERECHO SOCIETARIO CHILENO

El análisis precedentemente efectuado nos invita a reflexionar y evaluar el Derecho societario chileno, analizando sus aspectos más relevantes en aras de develar su situación actual, oportunidades y posibles amenazas. A partir de ello, procuraremos sentar las bases de su optimización con ánimo de potenciarlo en un mundo cada vez más competitivo en esta área. Para ello, lo primero que debemos reconocer es que el Derecho de sociedades chileno dista de ser un cuerpo normativo unitario guiado bajo una lógica legislativa común, lo que se debe, sin lugar a dudas, al devenir histórico de los procesos legislativos, cuyas regulaciones han sido el producto de diversas necesidades puntuales que han afectado a la empresa o sociedad en particular. En tal sentido, en este Derecho se han construido diferentes figuras jurídicas, que responden a objetivos concretos de un momento dado.

⁸¹ Véanse al respecto, SCHMIDT (2009) pp. 399-403.

⁸² Véase, NAVARRO (2011) p. 24.

Este proceso puede resumirse sucintamente en los siguientes hitos legislativos:

- a. Creación y tratamiento de las sociedades en el Código Civil (1855), en esa oportunidad se establecieron sociedades civiles y mercantiles (Art. 2059), y entre sus tipos se encontraban las sociedades colectivas, en comanditas y sociedades anónimas.
- b. El Código de comercio estableció y reguló a las sociedades comerciales (colectivas, en comandita, y anónima) en el año 1867;
- c. En 1923 se crean las sociedades de responsabilidad limitada;
- d. En 1981 se dicta la ley 18.046 sobre sociedades anónimas;
- e. En 1997 se crea la ley 19.499 que establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades y modifica el Código de Comercio y otros cuerpos legales;
- f. En el año 2003 se dicta la ley 19.587 que autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada;
- g. En el año 2007 se dicta la ley 20.190 que crea las sociedades por acciones, admitiendo la posibilidad de que se cree unipersonalmente;
- h. En el mismo año 2007, se dicta ley 20.179, sobre sociedades de garantía recíproca;
- i. En el año 2009 se publica la ley 20.382, sobre perfeccionamiento a los gobiernos corporativos de las empresas;
- j. en el año 2011 se dicta ley 20.494 que agiliza trámite para el inicio de actividades de nuevas empresas;
- k. en el año 2013 se dicta ley 20.659, que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales⁸³.

De las leyes en referencia se advierte que las reformas han apuntado a la modificación parcelada de este Derecho. Ello no es inocuo si consideramos que en la actualidad el Derecho societario no se concibe como un sistema unitario, sino más bien, como un conjunto de normas dispares lo que repercute en algunas incoherencias que no cuentan con una explicación consistente, así por ejemplo, mientras el art. 2053 del CC define a las sociedades como un contrato, la LSA y el art. 424 del CCo., definen a las sociedades anónimas y por acciones, respectivamente, como una persona jurídica. Por su parte, si bien el art. 2053 requiere de dos o más personas para constituir una sociedad, el art. 424 del CCo., acepta la constitución unipersonal de la sociedad por acciones. Por su parte, ciertas materias solo están tratadas en la LSA como ocurre con la fusión, división y transformación de sociedades; los deberes y responsabilidades de socios y accionistas; entre otros, lo que evidencia claros vacíos y ambigüedades. Esta situación no es inocua, estimamos que debe ser perfeccionada prestando atención a las materias estructurales de este Derecho de una forma transversal, tal como proponemos más adelante. Para comprender estos cambios, veremos a continuación las principales modificaciones legislativas realizadas en los últimos años, desde sus objetivos:

⁸³ A estas reformas debemos agregar varias otras que han incidido y reformado la Ley de Sociedades Anónimas, entre ellas destacan las leyes: 18.496, de 1986; 19.860, de 1987; 19.705 de 2000; 19.769, de 2001; 19.806, de 2002.

2. REFORMAS RELATIVAS A LA CREACIÓN DE NUEVAS FIGURAS SOCIETARIAS O EMPRESARIALES

Ley 19.587, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 11 de febrero de 2003, sobre Empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL). Esta ley posibilita que toda persona natural pueda constituir una empresa individual de responsabilidad limitada. La EIRL es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera sea su objeto. Podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas (Art. 2°). La constitución de estas empresas es análoga a la de las sociedades de responsabilidad limitada (Ley. 3918).

El citado cuerpo normativo se ocupa de un vacío existente hasta esa fecha, en tanto posibilita a las personas naturales constituirse unipersonalmente como una empresa y gozar de personalidad jurídica, sin tener que formar una sociedad. El fundamento de esta figura jurídica se basa en gran medida en la protección del patrimonio personal de los empresarios, incentivando con ello la inversión, al posibilitar a estos un instrumento ágil y eficaz para la compartimentación del riesgo derivado de distintas actividades empresariales, haciendo innecesario el recurso a expedientes indirectos. La EIRL rehúye definirse como sociedad y lo hace, en cambio, como persona jurídica, dicha caracterización surgió a partir de la negativa, en ese entonces, de reconocer a la sociedad unipersonal⁸⁴ de manera que hoy, considerando el avance provocado a partir de la creación de la sociedad por acciones, debiera analizarse si su auténtica naturaleza jurídica es la de una sociedad unipersonal, uniformando esta materia en aras de brindar una mayor coherencia normativa⁸⁵.

En efecto, en el año 2007 se crea la sociedad unipersonal a partir de la ley 20.190 de mercado de Capitales II (MK2), bajo el nombre de “Sociedades por acciones”. La ley en comento toma algunos postulados de las legislaciones precedentes, principalmente se advierte la cercanía con las *Limited Liability Companies* norteamericanas (LLC) introducidas en EE.UU. en el año 1977 y de la Sociedad por Acciones Simplificada colombiana (SAS)⁸⁶, o la Sociedad Anónima Simplificada Unipersonal (SASU) con un solo accionista que existe en Francia desde 1994⁸⁷. Su fundamento reside⁸⁸ en brindar mayor flexibilidad a la forma societaria en la industria de los capitales en riesgo, muchas veces suplida por medio de artificiosos mecanismos legales que buscaban superar dichas dificultades por medio de pactos privados, paralelos a la estructura estatutaria de la sociedad anónima cerrada, con la consecuente pérdida de transparencia y aumento de los costos. Adicionalmente se consideró el hecho que la sociedad anónima cerrada respondía a ciertos principios de protección de minoritarios que no la hacen adecuada a esta industria, y a su vez, la sociedad de personas impone altos costos de transacción y una lógica no orientada al movimiento fluido de capi-

⁸⁴ Véase VV.AA. (ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, 2000, p. 95; ROJO, 2009, p. 53).

⁸⁵ En detalle, véase: VÁSQUEZ (2013) pp. 115-136.

⁸⁶ Véase: REYES (2009).

⁸⁷ Con justa razón, Andrés Jara Baader señala que la SpA chilena no es novedosa, sino un mero compendio de proyectos legislativos foráneos, reducidos y sistematizados. JARA (2007) pp. 382-383.

⁸⁸ Sobre los objetivos de la ley, véase: www.bcn.cl

tal. De la mano de lo anterior, se refuerza en este tipo social el predominio de la autonomía de la voluntad, cuyas virtudes han trascendido de los principios inspiradores.

En base a la particular fisonomía de este tipo societario, parte de la doctrina le ha negado el carácter de sociedad *stricto sensu*⁸⁹. No concordamos con esta posición pues lo que en realidad acontece, es que existe cierta resistencia a la admisión de esta innovación dentro del Derecho societario, sin embargo, y tal como hemos tenido ocasión de apreciar más atrás, todo indica que aquel camina en esta dirección. Finalmente, debemos recordar que de forma inexplicable, el Art. 17 de esta ley incorporó al Código de Comercio la regulación de esta sociedad (Arts. 424 a 446 CCo.)⁹⁰, de manera que la codifica, apartándose de la tradicional tendencia legalista que hasta ese momento había operado para los nuevos tipos societarios.

La posibilidad de constituir la sociedad por una sola persona produjo un quiebre en las arraigadas concepciones dogmáticas que miraban a la sociedad solo desde un prisma contractual, negando existencia a las sociedades que no tuvieran el carácter de contrato plurilateral. La abstracción que realiza el legislador en este tipo societario tuvo como principal finalidad incentivar la participación de los inversionistas en el capital de riesgo, acompañado de una disminución en los costos legales y financieros. Esto se debe a que son mínimas las exigencias con carácter obligatorio establecidas por el legislador para la formación y funcionamiento de este tipo social, lo que en definitiva posiciona a la SpA, como una mejor opción en relación a otro tipo de sociedad, todo esto, basado principalmente en las nuevas necesidades del mercado en cuanto a su agilidad y dinamismo⁹¹.

Finalmente, debemos agregar a la sociedad de garantía recíproca que nace con la ley 20.179, publicada el 20 de junio de 2007, por la cual se establece un marco legal para la constitución y operación de las instituciones de garantía en general y de las sociedades anónimas de garantía recíproca (IGR) en particular⁹². El artículo 1° de esta ley reconoce dos tipos de IGR, ambas de carácter esencialmente privado aunque de naturaleza y orientación funcional distinta: las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca y las Cooperativas de Garantía recíproca, constituidas con sujeción a las normas aplicables a las cooperativas de ahorro y crédito para desarrollar el mismo giro de la SGR, previa autorización del Departamento de Cooperativas del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Las Sociedades de Garantías Recíprocas se rigen por la ley 18.046 en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado. La particular fisonomía que el legislador le asigna a la SGR implica que esta puede constituirse con una vocación estrictamente mutualista para afianzar, como ya se dijo, las obligaciones contraídas por sus accionistas en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales. En tales casos las sociedades de garantía recíproca no presentan mayores diferencias en cuanto al capital social y a la responsabilidad de los socios

⁸⁹ Sobre el tema, véase: VV.AA. (PUGA, 2011, pp. 716-717; HAMILTON, 2000, pp. 24-25; JARA 2007, pp. 382).

⁹⁰ Para un análisis detallado de esta figura, véase: VÁSQUEZ (2013) pp. 458-494.

⁹¹ En base a ello, a esta sociedad se le ha denominado como un nuevo “producto financiero”. Véase. PUGA (2011) p. 717.

⁹² En Iberoamérica ya son más de 20 Estados que poseen legislación referente a este tipo de sociedad las que se origina principalmente debido a la reforma que se realiza en la ley española de 1994, entre los que podemos señalar Portugal, Argentina, Venezuela, Brasil, Uruguay, El Salvador, Nicaragua, en Honduras, Guatemala, República Dominicana, Bolivia y Paraguay se están produciendo los primeros impulsos legislativos.

por deudas sociales; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina un carácter mutualista que las aleja de la concepción recién apuntada, en donde la persona del accionista constituye un elemento esencialmente fungible de la sociedad de capital⁹³.

3. REFORMAS RELATIVAS A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Este tipo societario, regulado en la Ley de sociedades anónimas de 1981, ha sufrido varias modificaciones en estos últimos años. Las más relevantes se han introducido a partir de las leyes N° 19.705 de 2000, que tuvo por finalidad mejorar y actualizar a nivel internacional nuestra normativa sobre mercado de capitales; N° 20.190 de 2007, que crea la sociedad por acciones e introdujo modificaciones en la LSA; y Ley 20.382 (2010), que formula modificaciones a los gobiernos corporativos, con el objetivo de incorporar a la legislación chilena los cambios que en materia de auditoría externa e interna se habían llevado a cabo por medio de *Sarbanes Oxley* de 2002, a propósito de los escándalos *Enron* y *Worldcom*. Con ello se pretendía, además, alcanzar altos estándares internacionales y, a su vez, cumplir los compromisos adquiridos por Chile en el proceso de integración a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). De manera general, la normativa se enfoca en aumentar la información que deben entregar las sociedades, tanto a sus propios accionistas como a las entidades fiscalizadoras, asegurar una adecuada supervisión de los mercados, permitir mayor fluidez de las operaciones, y proteger a los accionistas minoritarios⁹⁴. Finalmente, es relevante agregar el Reglamento de la ley de SA contenido en el Decreto Supremo N° 702 publicado el 6 de julio de 2012⁹⁵, que complementa y desarrolla la Ley de Sociedades Anónimas en diversas materias, principalmente relativas a la responsabilidad de los administradores, cesiones de acciones, fiscalización de la administración, transformaciones, fusiones y liquidación de sociedades.

4. REFORMAS EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN SOCIETARIA

Considerando que los trámites de constitución de una sociedad son diversos, ha puesto en los últimos años un foco de atención legislativo en la simplificación de la constitución societaria. Al respecto, se han creado dos normas relevantes: La ley 20.494, que agiliza trámites para el inicio de actividades de nuevas empresas (publicada en el D.O. el 27 enero de 2011) y la ley 20.596, que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales (publicada en el D.O. el 8 febrero de 2013)⁹⁶.

⁹³ Sobre el tema, véase: JEQUIER (2012) pp. 71-128.

⁹⁴ Cuatro son los principios que subyacen a la formulación de esta ley: 1. Transparencia; 2. Corrección de asimetrías de información y reducción de costes de información y coordinación; 3. Fortalecimiento de los derechos de los accionistas minoritarios; 4. Autodeterminación. Véase tramitación de la ley en: www.bcn.cl

⁹⁵ De acuerdo al artículo 1° “Este reglamento será aplicable a las sociedades anónimas reguladas por la Ley N° 18.046 y aquellas a las cuales en forma supletoria se le apliquen las disposiciones de dicha ley, en la medida que no se oponga a la legislación especial que las rige”.

⁹⁶ El Reglamento se fijó mediante el Decreto Supremo N° 45 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el 28 de marzo de 2013. El artículo segundo transitorio del Reglamento, sin embargo, estableció su entrada en vigencia en forma gradual para cada forma societaria, la primera fue la sociedad de responsabilidad limitada.

La ley 20.494 introduce modificaciones en la Ley de Rentas Municipales, en el Código Tributario y en la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, introduciendo una serie de medidas que apuntan a:

- a) Reducir el costo de constitución de una empresa como persona jurídica, al disminuir los costos de publicación en el Diario Oficial y facilitar el trámite mismo de publicación.
- b) Reducir el tiempo de espera para el timbraje de documentos tributarios en el SII, al optar por facturación electrónica o prescindir de la verificación de actividades en terreno de manera previa.
- c) Reducir el tiempo de espera a nivel municipal frente a la solicitud de una patente municipal. Se otorga una patente provisoria, sin perjuicio de la fiscalización posterior, y eventual clausura si no se cumple con los requisitos correspondientes.

Por su parte, la ley 20.659 tuvo como antecedente, además del informe de *Doing Business* 2010, la estimación del ejecutivo que en el procedimiento de constitución de sociedades no se habían aprovechado las ventajas que proporcionan las nuevas tecnologías de la información, apreciación que se plasma en el mensaje con que se inició la tramitación del proyecto de la ley en cuestión, de fecha 29 de octubre de 2010⁹⁷. El modelo se dirige principalmente a facilitar la constitución de sociedades en sectores que actualmente funcionan fuera del sistema, como microemprendimientos que se mantienen en el mercado informal⁹⁸. En lo fundamental, se posibilita que la constitución, disolución o modificación de una sociedad (excluidas las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas sujetas a normas especiales), se pueda realizar por medio de la suscripción de un formulario electrónico que comprenda todos los campos obligatorios que se establecen para dicha forma societaria y que esta se incorpore de inmediato y en forma gratuita a un Registro electrónico. El régimen propuesto se entiende alternativo y no sustitutivo del actualmente vigente⁹⁹.

5. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS EFECTUADAS Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR DE MEJORA

Del estudio realizado se aprecia un importante esfuerzo en pos del progreso del Derecho societario principalmente en base a fundamentos económicos. Quizás esta es la razón que permite explicar el porqué las reformas realizadas pueden observarse como reducidas y parceladas manifestaciones en la materia, pues no logran un cambio estructural de la institución, ni menos aún, una modernización legislativa conjunta. En este estado de cosas, y al igual como ha ocurrido con la mayoría de las legislaciones antes revisadas, nos parece absolutamente recomendable y necesario comenzar a discutir, de manera conjunta y transversal,

⁹⁷ Historia de la Ley N° 20.659, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. En http://www.leychile.cl/consulta/portada_hl?tipo_norma=xx1&nro_ley=20659&anio=2013 [visitado el 16/07/2013].

⁹⁸ De acuerdo a los antecedentes del SII, para el año 2008, de las 900.375 empresas registradas en el SII, un 69% correspondía a personas naturales constituidas como empresarios individuales y el restante 31% a sociedades. En el caso de las microempresas este porcentaje alcanzaba al 80%, en las pequeñas al 42%, en las medianas al 13%, y en las grandes empresas al 3%.

⁹⁹ Véase: http://legislativo.votainteligente.cl/proyecto/ley/show/id_proyecto_ley/7486.

temas que no se han analizado hasta ahora, cuya mejora parece muy necesaria en estos tiempos, observando los fundamentos analizados al inicio de este texto.

El primero consiste en realizar un estudio integral del sistema normativo societario chileno en diversos aspectos, lo que nos permitiría observar con una perspectiva adecuada los cambios que debieran efectuarse, en aras de lograr con ello una armonización normativa. Uno de estos aspectos debiera centrarse en la noción societaria junto a sus elementos estructurales, con la finalidad de revisar esta paradigmática definición y determinar cuáles de sus elementos continúan siendo esenciales. En tal contexto, corresponde revisar el carácter contractual de la sociedad, el elemento personal en relación al número de voluntades requeridas para formar una sociedad (pudiendo considerarse la posibilidad de extender la unipersonalidad a otros tipos societarios); los aportes de los socios y en qué medida se podrían permitir contribuciones de industria u otro tipo en otros tipos societarios; el capital social y la necesidad de su instauración en los inicios de la formación societaria; la noción de beneficios y el carácter lucrativo; entre otras.

Asimismo, es altamente recomendable revisar las tipologías societarias y determinar cuántas de estas figuras resultan atractivas o responden a necesidades en la actualidad, y cuáles de ellas debieran reformularse de acuerdo a los nuevos vientos, o sencillamente derogarse. En esta línea, también debe estudiarse una materia que normalmente no ha despertado mayor interés en la doctrina, como es la distinción entre sociedades civiles y comerciales, qué ha de entenderse por mercantilidad y si existe fundamento para mantener un sistema de constitución diversos entre sociedades civiles y mercantiles.

Por otra parte, en relación a los tipos, debe analizarse si resulta pertinente mantener a las sociedades anónimas reguladas bajo una misma norma o, debemos, por el contrario, plantear una nueva distinción que mire principalmente a rasgos medulares, como ocurre con la necesidad de conferir una mayor autonomía de la voluntad a las partes y, consiguientemente, dejar reservada las normas imperativas a sociedades que se vinculan con intereses públicos, como ocurre con las sociedades anónimas y especiales que cotizan en la bolsa de valores. En este mismo sentido, el fortalecimiento del principio de la autonomía de la voluntad nos obliga a repensar en qué otras materias y sociedades son factibles mayores libertades a los socios.

Otra materia que debiera estudiarse es la personalidad jurídica de las sociedades y la responsabilidad limitada de los socios. Aquí existe una extraña configuración que resulta contradictoria, en la medida que si bien el Art. 2053 del CC, otorga personalidad jurídica a todas las sociedades, la separación patrimonial de los socios en relación a la sociedad, solo se observa en las sociedades de capital y en la sociedad de responsabilidad limitada. Sobre este punto, debe considerarse que en Derecho comparado no todas las sociedades gozan de personalidad jurídica, y las que lo hacen, disponen de normas tutelares que protegen a los acreedores.

En relación a la constitución societaria, debemos evaluar las recientes reformas realizadas, principalmente aquella llevada a cabo por medio de la ley 20.659, con la finalidad de determinar ajustes en la misma. En tal sentido, existen algunos temas sensibles de notable importancia, como ocurre con la necesidad de crear un registro unificado; reparar algunos vacíos del sistema en relación al llenado de formularios electrónicos; madurar la idea de si este sistema es atendible para todas las sociedades enunciadas en la ley (Art. 2°) o debiera restringirse a sociedades de menor envergadura económica; entre otras.

Finalmente, debiera propenderse a la construcción de un sistema armónico y coherente, a partir de la creación de normas comunes en ciertas materias, como son, las reestructuraciones societarias, la electronificación del Derecho y el adecuado ejercicio de los derechos societarios, entre otros.

Cada una de las materias enunciadas da lugar en sí misma a un estudio particular que nos proponemos realizar a continuación de este texto, como parte del proyecto de investigación del que forma parte esta temática, de manera que —en consideración de los objetivos previstos inicialmente y las líneas permitidas en este artículo— los dejamos presentados y esbozados preliminarmente.

V. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir del presente texto, hemos determinado y analizado las principales políticas y reformas efectuadas en la Unión Europea en materia de Derecho societario, analizado sus ejes estructurales y sus fundamentos subyacentes. De lo expuesto podemos concluir que las reformas han apuntado a la simplificación de la constitución societaria, tanto por vía formal como sustantiva; optimizar materias de buen gobierno corporativo y su posible extensión a otros tipos sociales; transformaciones y migraciones societarias; tipificación de nuevas figuras societarias; entre otras. Entre los elementos que deben destacarse de este proceso se encuentra el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico, que unida a una clara tendencia desreguladora generalizada, no hace más que corroborar la necesaria adecuación del Derecho societario a las exigencias que demanda la práctica societaria, en ocasiones muy alejada de la legalidad. Estas modificaciones han posibilitado la revisión del Derecho de sociedades desde una perspectiva integral, cuestión que aún no acontece en el Derecho societario chileno, lo que estimamos constituye una deuda que debe revertirse.

En Chile una de las principales trabas a las que históricamente viene enfrentando el Derecho societario es el exceso de regulación y su falta de homogeneidad que unida a constantes reformas que nacen con vocaciones concretas y parciales, no hace más que crear una notable desorientación y dispersión respecto de variadas materias. Por otra parte, es frecuente que en Chile se importen varios de los modelos creados en Derecho comparado, sin una especial reflexión jurídica sobre esta materia, descuidando así los fundamentos subyacentes que motivan la modificación en particular.

Considerando que modernizar no equivale a modificar la legislación, sino que este término consiste en avanzar hacia las fronteras del conocimiento de manera consciente y decidida; es preciso, de *lege ferenda*, efectuar una reforma al Derecho societario chileno en su conjunto, en aras de optimizar el marco jurídico que actualmente mezcla resabios decimonónicos con intentos modernizadores parcelados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABRIANI, N., *et al.* (2008): sección I del capítulo VI, “Disposiciones generales. Aportaciones. Participaciones”, en VV.AA. *Derecho italiano de sociedades. (Manual breve)*, (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch) pp. 354-372.

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José (2013): “Sociedad privada europea: normas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3966830>
- AZARIAN, H. (2007): *La société par actions simplifiée. Création. Fonctionnement. Évolution* (París, Ed. LexisNexis, Litec).
- AZOFRA, Fernando (2003): “El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, N° 4: pp. 31-44.
- BETANCOR, A. (2009): *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios* (Madrid, Ed. Passim).
- BENEDETTELLI, M. (2007): “L’autonomia negoziale fra lex contractus, lex societatis, e lex mercatus nel mercato comunitario delle regol”, *RdS*, N° 2: pp. 39-43.
- BOWMAN, S.R. (1996): *The Modern Corporation and American Political Thought: Law, Power and Ideology* (Pensylvania, University Park).
- Centros de Estudios y Documentación Europea de USC (sept. 2013): “Sociedad anónima Europea, Sociedad Cooperativa Europea y Sociedad Privada Europea”. Disponible en <http://www.usc.es/es/servizos/cede/derechosociedades/sociedades.html>
- DE ELÍAS-OSTUA, R. (2000): “La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una alternativa para las sociedades cerradas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° 32: pp. 33-66.
- EMBID IRUJO, José Miguel (2002): “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y tipología de las sociedades de capital”, en Baño León, J.M., y Climent Barbera, J. (Coords.), *Nuevas perspectivas del Régimen local. Estudios en homenaje al profesor José María Boquera Oliver* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch) pp. 1629-1650.
- EMBID IRUJO, José Miguel (2009): “El presente incierto del Derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 272: pp. 453-482.
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo (2010): “El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, N° 1: pp. 245-284.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (1994): “La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación internacional y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital”, *Revista de Derecho societario*, N° 3: pp. 434-507.
- FERRAN, Eilis (2005): *Company Law reform in the UK: A progress Report*, *Lax working paper* N° 27, University of Cambridge - Faculty of Law; European Corporate Governance Institute (ECGI): pp. 16-35.
- GARCÍA TABUENCA, Antonio; CRESPO, José Luis; SANZ TRINGUERO, María (2010): “El coste económico en la creación de sociedades”, en Hierro, Santiago (dir.), *Simplificar el Derecho de Sociedades* (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 25-64.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2001): “La sentencias “Centros”: el status quaestionis un año después”, *Noticias UE*, N° 195: pp. 79-96.
- GARRIDO, José María (2003): “El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”, *Revista derecho de sociedades, RdS*, N° 20: pp. 111-133.

- HAMILTON, R.W. (2000): “Corporate Governance in America 1950-2000: Major Changes but Uncertain Benefits”, *The Journal of Corporate Law*: pp. 24-35.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago (2005): “El soft law del Proyecto Nueva Empresa, ¿Un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades”, *Revista de Derecho Societario*, N° 25: pp. 133-167.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago (2010a): “Una introducción a la simplificación del Derecho de sociedades”, en Hierro, Santiago (dir.), *Simplificar el Derecho de Sociedades* (Madrid, Marcial Pons) pp. 17-22.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago (2010b): “La política comunitaria de simplificación del Derecho de sociedades”, en Hierro, Santiago (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades* (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 65-110.
- HOPT Klaus J. (2007): *Corporate Governance: Vergleichende privatrechtliche Forschung im Aktien-und Kapitalmarktrecht* (Jahresbericht der Max – Pnak-Gesellschaft).
- HOPT, Klaus J. (2010): “Derecho de sociedades comparado”, en Anibarro, Santiago (Coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores* (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 57-88.
- JARA BAADER, A. (2007): “Sociedades por acciones, Ley N° 20.190”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2: pp. 381-384.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2012): “La sociedad anónima de garantía recíproca en Chile; precisiones y propuestas para un nuevo sistema de garantías”, *Revista de Derecho UCN*, Año 19 N° 1: pp. 71-128.
- LE CANNU, Paul (1994): Un nouveau Lie de savoir faire contractual; *La societe por actions simplifie, defrenou*, n° 35933: p. 1345.
- LUTTER, Marcus (jul. 2002): “Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 210: pp. 39-52.
- MARTÍNEZ, Dolores (2008): “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático de la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 30: pp. 239-278.
- MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso (2004): “La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”, en Instituto de Estudios de Europeos, Universidad San Pablo CEU, *Documento de trabajo*, Madrid, N° 2, disponible en: <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/La-sociedad-europea.pdf>
- MAZUELOS, A. (2004): “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 8. Disponible en: [file:///C:/Documents%20and%20Settings/Doctorado-11/Mis%20documentos/Downloads/MazueloBellido_reci8_%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Doctorado-11/Mis%20documentos/Downloads/MazueloBellido_reci8_%20(1).pdf)
- MCCAHERY *et al.* (2008): *Corporate Governance of Non-listed Companies* (Oxford University Press).
- MONTALENTI, Paolo (2004): “La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales”, *Revista derecho de sociedades, RdS*, N° 22: pp. 35-54.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón (1994): “La sociedad por acciones simplificada (La ley francesa N° 94-1 de 1994)”, *Derecho de los Negocios*, Año 5, N° 51: pp. 7-14.

- NAVARRO MATAMOROS, Linda (2011): “Tendencias del Derecho Societario Actual”, Trabajo elaborado en el marco del Proyecto número. 08734/ PPC/08, Fundación Séneca-Región de Murcia. Agencia Regional de Ciencia y Tecnología: pp. 21-42.
- NAVARRO MATAMOROS, Linda (2010): “Intentos de flexibilización y nueva tipificación en el derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, N° 1: pp. 188-226.
- PERIN, P. L. (2000): *Societe por actions simplife* (París, Joly editions).
- PÉREZ ESCOLAR, R. (oct.-dic. 1970): “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *Revista Derecho Mercantil*, Madrid, N° 118: p. 631-655.
- PUGA VIAL, J. E. (2011): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- REYES VILLAMIZAR (2009): *SAS La sociedad por acciones simplificada* (Bogotá, Ed. Legis).
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, Juan Antonio (2000): *Lecciones de Derecho Mercantil*, en Jiménez Sánchez, G. (coord.) (Madrid, Editorial Tecnos, 6ª ed.).
- ROJO, Ángel (1988): “La sociedad anónima como problema”, *Revista Derecho Mercantil*, N° 187-188: pp. 7-34.
- ROJO, Ángel (2009): “El Empresario”, en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil vol. I* (Navarra, Ed. Thomson Reuters, 7ª ed.) pp. 41-75.
- SALGADO, M. B. (2001): “La société par actions simplifiée: la estructura más flexible de derecho de sociedades francés”, *Revista Derecho Mercantil*, N° 241: pp. 1515-1538.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco (2003): “Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil, RDBB*, año 22, N° 89: pp. 50 y 56 (396-400).
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco (2005): *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada* (España, Ed. Universidad de Granada).
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002a): “El Derecho al establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 1 (Madrid, Ed. MacGraw-Hill) pp. 451-484.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002b): “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*: pp. 115-157.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2005): *Derecho Privado Europeo* (Granada, Ed. Comares).
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas (2007): “La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de sociedades”, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Tomo II. (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 1243-1268.
- SANCHO VILLA (Sept. 2001): “La Teoría de la Sede y el Derecho Comunitario: a propósito de la sentencia Centros”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Disponible en: <http://www.reei.org>
- SCHMIDT, K. (2009): “La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del Derecho concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, N° 10: pp. 399 a 407.

- SEIBERT, U. (1994): “Gesetzterntwurf: Kleine AG un Aktienrechtsderegulierung”, *ZIP*, N° 3: pp. 240-265.
- SNYDER, F. (1994): “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, en Martin, S. (ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel* (Dordrecht-Boston-London) pp. 197-225.
- STELLA RICHTER Jr., M. (1996): *Trasferimemo del cOltrollo e rapporti tra soci* (Milano, Giuffrè Editore).
- VARGAS VASEROT, Carlos (2012): “El Derecho de sociedades comunitario. En el umbral de la Constitución Europea”. Disponible en http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n13/observa1.pdf
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2012): “La influencia del Derecho mercantil internacional sobre el Derecho privado patrimonial”, *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho privado* (Santiago, Ed. AbeledoPerrot-Thomson Reuters) pp. 365-380.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2013): *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho comercial* (Santiago de Chile, Ed. LegalPublishing-Thomson Reuters).
- VELASCO SAN PEDRO, Luis (2002): “La nueva sociedad anónima europea. Último hito del derecho de sociedades de la UE”, *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, N° 199: pp. 485-516.
- VIERA GONZÁLEZ, J. (2000): “La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la ley N° 587/1999, de 12 de julio sobre innovación e investigación”, *Rev. Derecho de Sociedades*, N° 14: pp. 631-642.
- VILLA, Diana (1999): “La dudosa compatibilidad con el Derecho comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia Centros Ltd.”, *La Ley. Unión Europea*, N° 6: pp. 1851-1860.
- VILLIERS, C. (2005): “Revisión del derecho de sociedades en el reino unido durante los años 2003 y 2004”, *Revista derecho de sociedades, RdS*, N° 25: pp. 519-526.
- WEBER-REY, D. (2007): “Effects of the better Regulation Aproach on European Company Law Corporate Governance”, *European Company and Financial law Review*, vol. 3: pp. 370-416.
- WESTTHOFF, O. (2006): “Die Verbreitung der englischen limited mit Sitz in Deutschland”, *GmbHR*, N° 10: pp. 525-540.
- YANES, P. (2008): “Simplificación del entorno empresarial y posible Neorregulación del acervo comunitario en materia de sociedades, contabilidad y auditoría”, *Revista de Derecho Societario*, N° 29: pp. 423-443.
- ZABALETA DÍAZ, Marta (2010): “La simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la competencia de los mercados y de la competencia entre ordenamientos: el caso alemán”, en Hierro, Santiago (dir.), *Simplificar el Derecho de Sociedades* (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 112-172.

