

La sociedad anónima simplificada: control de daños.

Por Edward Veras-Vargas*

“Todo lo que no es tradición, es plagio”

Eugenio d’Ors

Introducción.

La incorporación de la sociedad anónima simplificada (en lo adelante SAS) al “menú” que ofrece nuestra legislación societaria, es sin duda el más importante y trascendental cambio introducido por la Ley 31-11, al texto de la Ley 479-08 sobre sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada. Sin embargo, el hecho de que haya utilizado los adjetivos “importante” y “trascendental” en la oración anterior, no significa, en modo alguno, que haya querido darle una connotación positiva a la normativa que organiza esta tipología societaria en República Dominicana.

Mucho se ha dicho acerca de la deficiente técnica legislativa y sobre la viciosa redacción de los artículos que van desde el 369-1 hasta el 369-10 (párrafos incluidos) de la Ley 479-08, agregados por la Ley 31-11, que son los que regulan las SAS en República Dominicana. No obstante, es poco lo que se ha publicado acerca de los males de fondo que afectan los artículos citados. Las observaciones y valoraciones contenidas en algunos trabajos divulgados a través de la revista *Gaceta Judicial* (Cfr. Taveras, José Luis: “Nace el Frankenstein Societario”, *Gaceta Judicial*, año 14, No. 290, enero de 2011, pp. 12-33 y Taveras, José Luis: “Frankenstein Junior. La historia continúa...”, *Gaceta Judicial*, año 14, No. 291, febrero 2011, pp. 12-23) podrían quedarse cortas, al compararlas con el resultado de un análisis sobre las consecuencias jurídicas indeseadas que en breve se manifestarán, como secuela del vigoroso entusiasmo con que los juristas criollos han acogido las SAS, y del “gen litigioso” formado por el defectuoso “ADN” de las disposiciones legales llamadas a regularlas.

A escasos momentos del inicio de esta breve intervención, para nadie es un secreto que tenemos una opinión negativa acerca las SAS, cuyas supuestas o reales bondades no cuentan aún con defensores en escenarios académicos o en foros acreditados. Muy por el contrario, a tal punto es fea la “muchacha”, que nadie se ha motivado siquiera a reclamar su “paternidad”, condición que sin duda sería aflictiva e infamante.

Siendo la SAS una tipología societaria pretendidamente inspirada en instrumentos legales de factura francesa, todo estudio al respecto debe referirse al proceso legislativo de su incorporación a la legislación positiva de ese país. No nos ocuparemos de ver qué suerte ha corrido la figura en Colombia (único

* El autor es abogado en ejercicio y profesor universitario.

otro país latinoamericano que la ha acogido), pues todos los trabajos que analizamos sobre el particular se pretenden sustentar en publicaciones de doctrinarios galos. De ese modo, con ese paragón, podemos dedicar una parte del trabajo a comparar el proceso legislativo nacional con el del país que ha inspirado esta nueva normativa, en una primera parte a intitularse “El proceso de adopción legislativa de las SAS” (I).

Contar con el referente francés constituye, en todos los casos, una valiosa oportunidad para averiguar ahora, sin tener que esperar a que pase el tiempo, las previsibles consecuencias de la aplicación de una norma que hemos adoptado después de que ha madurado en Francia. A pesar de lo anterior, debemos tener en cuenta también que el legislador nacional no se ciñó por completo al modelo francés – o a algún otro conocido por nos - al tratar las SAS, sino que introdujo modificaciones muy peculiares, situación que complica nuestra labor, pero que sobre todo expone a nuestros abogados a lidiar con una serie de “mutaciones” de origen desconocido, cuyas implicaciones jurídicas finales constituyen un gran acertijo. Por eso dedicaremos la segunda parte del trabajo a “Las consecuencias indeseadas del régimen jurídico de las SAS” (II).

Como se vio, nuestro estudio no aspira a cumplir con un propósito descriptivo, sino analítico. A juicio del lector quedará determinar si se cumplió o no con esa meta.

I. El proceso de adopción del régimen legal de las SAS.

Todo proceso legislativo debe ser precedido de una serie de discusiones entre los principales actores interesados en los temas debatidos, objeto del proyecto regulatorio. Durante esos intercambios de ideas, los legisladores deben identificar cuáles son los intereses encontrados, en aras de lograr la aprobación de un texto justo, que los concilie y que permita perseguir el ideal del bien común, debiendo esto último ser el norte de todas las personas investidas con el mandato para ejercer una función pública.

Si bien, en el caso de la República Dominicana, todo indica que la redacción de la Ley 31-11 (que modifica la Ley 479-08) es el fruto de una labor de *lobby* desplegada por instituciones de la sociedad civil comprometidas con la agenda de asociaciones empresariales, y excitadas por los temores infundados de despachos jurídicos hegemónicos opuestos a la Ley 479-08, lo cual implica que la realidad legislativa actual no es producto de un quehacer congresual independiente respecto de presiones externas; es menester ceñir nuestro análisis a parámetros objetivos, que nos permitan colocar en paralelo nuestra realidad normativa, respecto de la regulación de las SAS en Francia.

Los referentes objetivos que serán tomados en cuenta, son el debate entre la libertad y la regulación (A) y el proceso de delineación de las SAS (B). Veamos de inmediato cada uno de ellos...

A. El debate entre libertad y regulación.

En el derecho societario francés, la tendencia a abandonar la desregulación, con su consustancial libertad contractual, para abrazar entonces un ordenamiento jurídico suficiente y responsable (algunos autores hablan incluso de “sobrerregulación”), y el posterior retorno hacia la “libertad” (al cumplirse el ciclo), ha sido una cuestión paulatina que ha tomado más de dos siglos. En nuestro país, por el contrario, los cambios han tenido lugar de forma muy abrupta, pasando de normas antiguas, oscuras e insuficientes, como las del Código de Comercio de 1884 (copia textual del francés de 1807) y el Código Civil de 1884 (más fiel al código napoleónico de 1804 que el actual Código Civil francés), hasta lograrse la aprobación de una normativa vanguardista, a nivel del “primer mundo”, en materia de sociedades comerciales (Ley 479-08, del 11 de diciembre de 2008), seguida de dos aplazamientos para la aplicación de sus aspectos más relevantes, y de una contrarreforma (Ley 31-11, del 1º de febrero de 2011). La situación narrada nos lleva a afirmar –categóricamente- que la Ley 479-08 fue reformada antes de darle oportunidad de ser conocida y aplicada a plenitud, o de madurar a través de su utilización por parte de la población en general, pero sobretudo por los abogados que tienen una práctica relevante en esta rama del derecho.

Harto es sabido por todos que la ley francesa de sociedades, del 24 de julio de 1966, marcó el paso entre una insuficiente reglamentación de los principales procesos societarios, hacia un ordenamiento tan completo que muchos tildaron de inflexible, exageradamente invasivo, e innecesario. Autores de nombradía señalan que la regulación original, del código civil de 1804 y del código de comercio de 1807, era muy pobre (Merle, Phillipe: “Droit Commercial. Sociétés Commerciales”, 6e. Edition, Dalloz, Paris, 1998, p. 21). Por tanto, podemos hacer perfectamente un paralelismo entre la situación de la legislación societaria dominicana, al día 10 de diciembre de 2008, y aquella vigente en Francia al día 23 de julio de 1966.

El paso hacia los preceptos jurídicos responsables y adecuados no fue fortuito, ni en Francia ni en República Dominicana. Desde el nacimiento del Código de comercio napoleónico en 1807, los franceses esperaron 80 años, hasta el 24 de julio de 1867, para realizar cambios que apenas superaban aspectos meramente cosméticos, de su normativa en materia de sociedades comerciales. Luego de esa fecha, y hasta el 24 de julio de 1966, uno de los pocos puntos relevantes es que - el 7 de marzo de 1925 - intervino una ley que incorporó las sociedades de responsabilidad limitada (S.A.R.L.) al derecho positivo francés (pues ya eran de uso muy frecuente en Alsacia y Lorena, que fueron territorios alemanes entre 1871 y 1918, cuando volvieron a encontrarse bajo la soberanía de Francia), y posteriormente una serie de cambios de insignificante trascendencia. Las disposiciones vigentes antes del 24 de julio de 1966 *“envejecieron mal y rápidamente, y se suscitaron numerosos retoques de forma dispar, en particular*

a consecuencia de escándalos político – financieros (Decretos leyes de 1935 a 1938). Las dificultades de interpretación se multiplicaron y los practicantes reclamaron una reforma de envergadura” (Merle, Phillipe; Op. Cit., p. 22).

El clamor por una reforma al régimen de las sociedades comerciales en República Dominicana sólo se diferencia de la situación francesa previa a 1966 por su dilatada duración, por la indiferencia de nuestros legisladores hacia ese tema (hasta el pasado reciente), y por la persistencia de los sectores convencidos de la pertinencia de la reforma, que vieron frustrados varios intentos previos de concretarla. Tanto en la Francia de inicio de la década de los años 1960's, como en el país desde la década de los años 1990's, la doctrina clamó incesantemente por una evolución legislativa que dejara atrás la decrepita y anacrónica normativa que en ese entonces estaba en vigor. En República Dominicana, la labor de concienciación de la doctrina caló en importantes actores, reguladores y promotores de inversión, convenciéndolos de la inutilidad de promover una cultura de negocios del Siglo XXI, con una decimonónica legislación societaria, ya que las sociedades son –por ejemplo- los vehículos de las inversiones y las emisoras de los títulos valores comercializados en el mercado bursátil.

Para quienes han seguido sistemáticamente, así sea en la distancia, el derecho societario francés, una lectura somera de la Ley 479-08 les permitió advertir que el legislador dominicano abrevó consistentemente en la Ley francesa del 24 de julio de 1966 y su Decreto de aplicación, al momento de redactar el mencionado canon legal. Salvo por detalles respecto de los cuales se inspiró en otras fuentes, o hizo aportes originales, con los que podemos estar o no de acuerdo, en la mayoría de los casos debemos reconocer la coherencia de estas ligeras desviaciones del modelo galo, con los fines procurados por el legislador vernáculo, en la parte restante de la legislación referida.

Visto lo anterior, es justo apuntar lo que opina la más reputada doctrina francesa acerca de la ley del 24 de julio de 1966, opinión que podría aplicarse *mutatis mutandi*, y sin temor a equivocarnos, a la Ley 479-08: los legisladores franceses de 1966, *“a fin de evitar las carencias anteriores, fueron muy meticulosos y dejaron muy poco a la voluntad individual”* (Merle, Phillipe; Op. Cit., p. 23). Se trató de la consagración legislativa de reclamos y tendencias anteriores: i. Reforzamiento de la seguridad de los terceros; ii. Mejoramiento de la protección de los socios; y iii. Las incriminaciones penales (Cfr. Merle, Phillipe; Op. Cit., p. 23).

Por tanto, la Ley de sociedades francesa, del 24 de julio de 1966, buscaba suplir, con una extensa normativa legal, todo aquello que los estatutos sociales no regulasen en la vida de una sociedad en particular, sin importar su tipología. Estando legalmente reglados los principales aspectos del *negotium*, pasó a un plano secundario el *instrumentum*, al igual que se impidió la posibilidad de derogar u obviar disposiciones legales imperativas, creadas en aras de proteger los intereses de los terceros y de los socios, con el fin de instaurar el mínimo de

las garantías aceptables para los socios e inversionistas, y lo que nos atrevemos a llamar como “orden público societario”. Eso mismo puede afirmarse sobre la Ley 479-08, en su redacción original.

La “sociedad por acciones simplificada” vio la luz en Francia mediante la Ley No. 1-94, del 3 de enero de 1994. Es el fruto de un proyecto de ley cuyo objetivo principal era dotar a las empresas de un instrumento asociativo para programas de colaboración conjunta. Bien es sabido que en un *joint venture* o sociedad en participación, cuando tiene lugar entre sociedades, resulta conveniente que éstas limiten su exposición al riesgo, pues las consustanciales amenazas asumidas en el proyecto asociativo podrían arrastrar, a las participantes, hacia el abismo de una responsabilidad solidaria e ilimitada, más allá de sus aportes al negocio conjunto (Cfr. Merle, Phillipe; Op. Cit., p. 641). Que una sociedad anónima participe de otra sociedad que no sea anónima –por ejemplo- puede alterar el control que ella tiene sobre los activos aportados a esa sociedad, complicar la labor de fiscalización de los administradores y alterar el grado de exposición del ente social, ante los riesgos inherentes a la explotación (Cfr. Richard, Efraín Hugo: “Derecho Societario”, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 706-707).

De las opciones ofrecidas por la legislación francesa, hasta ese momento histórico, todas las tipologías societarias tenían serios inconvenientes que militaban contra la viabilidad de utilizarlas como filiales para una inversión conjunta: en las sociedades anónimas, la rigidez de sus estructuras administrativas y de control, reguladas por leyes de aplicación imperativa (Cfr. Cozian, M.; Viandier, A. et Deboissy, F.: “Droit des sociétés”, 14eme. Edition, Litec, Paris, 2001, p. 403); en los grupos de interés económico, al igual que en las sociedades en nombre colectivo, la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros, más allá de su aporte, así como la limitación de los medios y colaboración que pueden ponerse en común a través de ese instrumento (Cfr. Guyon, Yves: “Droit des affaires”, Tome I: Droit comercial général et des sociétés; 12eme. Edition, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 516).

Esta falta de flexibilidad de las sociedades anónimas se intentó compensar mediante pactos para-sociales, que derogaban o sorteaban las disposiciones conminatorias que la Ley introducía en los estatutos sociales. A finales de la década de los años 1980’s, se hizo notorio que, a los fines de organizar estructuras que sirvieran de vehículo corporativo a los planes asociativos inter-empresariales, muchas empresas francesas optaban por constituir sociedades en el extranjero, muy frecuentemente las sociedades anónimas holandesas, lo cual fue considerado en Francia como una forma de “evasión jurídica” (Cfr. Guyon, Yves, Op. Cit., pp. 515 – 516 et Merle, Phillipe; Op. Cit., pp. 641-642).

Las escasas reglas de aplicación imperativa contenidas en la ley que introdujo en Francia a las SAS, dejaba la situación de los socios –en su mayor parte- a la redacción de los estatutos. Esto último es quizás la consecuencia de la importancia dada por esa primera legislación, del 1994, a la práctica francesa de

la redacción de los acuerdos para-estatutarios, que fueron vistos como una fórmula para suplir externamente las consecuencias de la “sobre-regulación” de las sociedades anónimas. Los dos aspectos comúnmente regulados en los pactos para-estatutarios, fueron abrazados por la citada ley francesa No. 1-94: la organización del poder y el control de la “geografía” del capital (Cfr. Guasch, Gilles: “La société par actions simplifiée”, Mémoire, Université Paul Cézanne Aix Marseilles 3, 1997, p. 5).

De ahí que muchos doctrinarios franceses manifestaran que esta ley marcaba una tendencia de fondo del derecho societario francés hacia la libertad contractual, y por ende hacia la “sociedad contrato” (Cfr. Lefevre, A.: “Le droit des sociétés reviendra –t- il contractuel? Perspectives d’une société par actions simplifiée”, RS 1994, p. 207). Nótese que entre el 24 de julio de 1966 y el 3 de enero de 1994 hay casi 28 años. Ese tiempo le tomó al legislador francés pasar de una postura comprometida con una regulación estricta, que supliera omisiones y reemplazara voluntades (en el buen sentido de la palabra), hacia una ligera apertura que permitiera acceder a la nueva SAS - con todas las limitaciones originalmente contempladas- a las sociedades comerciales que estuvieran vinculadas entre sí mediante proyectos asociativos. En nuestro país bastaron poco más de dos años y un mes (sin restarle dos aplazamientos legislativos) para “madurar” y determinar “reflexivamente” que convenía incorporar a nuestra legislación un instrumento mucho más desregulado que aquel actualmente existente en Francia.

La legislación gala evolucionó todavía más, en sentido favorable a esa nueva tendencia liberal. Es así como la Ley No. 99-587, del 12 de julio de 1999, sobre la innovación y la investigación, amplió considerablemente el ámbito de las SAS, abriéndolas a todas las personas físicas y morales, hecho que fue causa de gran agitación en el derecho francés de las sociedades. Posteriormente, la Ley 2008-776, del 4 de agosto de 2008, eliminó el requisito del capital mínimo, posibilitando que una SAS francesa tenga un capital tan bajo como de un euro (Cfr. Tomasini, Laëtitia: “La société par actions simplifiée: une structure pour tous?”, consultado en la web <http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article546>, el 12 de julio de 2012, a las 11:00 a.m.).

Si bien la República Dominicana mantuvo restricciones en cuanto al monto mínimo del capital (Art. 369-6 de la Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11), ya veremos que ni el modelo dominicano, ni tampoco el francés, nos ofrecen motivos suficientes como para celebrar.

Dicho todo lo anterior, procede ahora que nos dediquemos a analizar el proceso de delineación de la SAS en Francia y en República Dominicana, para determinar si el resultado fue, o no, el mismo producto final.

B. El proceso de delineación de la SAS.

Usamos al arbitrariamente el término “delineación” para designar el proceso a través del cual la SAS adquiere su fisionomía, dibujándose en el entendimiento de cada uno de nosotros. Trataremos de realizar ese ejercicio con la realidad legislativa de cada una de las jurisdicciones contempladas en este trabajo.

De entrada, debemos reconocer que la Ley 31-11 introdujo en la Ley 479-08 una sociedad que, en términos formales, aparenta ser distinta de la sociedad anónima. Una deliberación simplista se conformaría con reconocer que la ley establece que el paso de SAS hacia SA, y viceversa, requiere de una transformación, para concluir que se trata “sin lugar a dudas” de dos tipologías societarias distintas. Sin embargo, estamos convencidos de que, dejando fuera la semántica, no existen diferencias relevantes entre las SAS locales y las SA, contrario a lo que ocurre en la legislación francesa.

La ley francesa No. 1-94, del 3 de enero de 1994, optó por crear una forma de sociedad mitad original, porque ella toma una parte de su reglamentación del derecho de las sociedades anónimas, al tiempo que deja de lado una parte notable de éste. Su denominación era originalmente, en el primer proyecto de ley, “sociedad anónima simplificada”, pero fue cambiada pronto, en un segundo proyecto que sí se convirtió en ley, por el de “sociedad por acciones simplificada” para evitar la aplicación de las directivas de la Unión Europea sobre las sociedades anónimas (Cfr. Cozian, M.; Viandier, A. et Deboissy, F.; Op. Cit., p. 404 et Guasch, Gilles; Op. Cit., p. 6).

Pero parece ser que el cambio en la denominación de la sociedad (“sociedad anónima simplificada” c. “sociedad por acciones simplificada”) en el proyecto de ley que devino en derecho positivo francés, obedece también a otros criterios. Por ejemplo, la sociedad anónima no es la única sociedad por acciones del derecho francés. Existe también la sociedad en comandita por acciones, cuya administración se encuentra exclusivamente a cargo de los socios comanditados, que se encuentran colocados ante la sociedad y los terceros como socios en nombre colectivo: ellos son los únicos que pueden administrar, tienen que ser comerciantes, soportan la responsabilidad por el pasivo social solidaria e indivisiblemente más allá de su aporte, etc. ... Por tanto, una “sociedad por acciones simplificada” implicaba para el derecho francés la posibilidad de una tercera tipología de sociedad por acciones, distinta tanto de las sociedades anónimas como de las en comandita por acciones, y no una especie de “sociedad anónima familiar” o destinada a la pequeña y mediana empresa, pero que usa como derecho supletorio el derecho común de todas las sociedades por acciones: el de las SA (Cfr. Guyon, Yves; Op. Cit., p. 517). Algunos doctrinarios franceses comparten esta impresión, cuando afirman:

“Contrario a lo que el calificativo dejaría pensar, no se trata de una ‘pequeña’ sociedad anónima, estilo familiar, sino de una forma de concentración y de reagrupamiento de sociedades.

Podemos decir que la realidad profunda que se encuentra detrás de la SAS, es de hecho permitir obtener, por la vía estatutaria, lo que sólo se podía hacer hasta ahora mediante pactos entre accionistas.

La simplificación tiene lugar en relación a las disposiciones imperativas del derecho común de las sociedades, porque los socios serán obligatoriamente empresas importantes, en condiciones de defender sus intereses por sí mismas” (Chaput, Yves: “Droit des Sociétés”, 1ere. Edition, Presses Universitaires de France, Paris, 1993, p. 284).

“De entrada, nos hemos interrogado sobre la denominación de esta nueva sociedad. Nos hemos preguntado si no sería preferible hablar de sociedad contractualizada o de sociedad personalizada.

Estos adjetivos presentaban la ventaja de revelar mejor los objetivos perseguidos. Pero ellos no fueron retenidos en razón de su carácter ligeramente provocador, porque las sociedades no son únicamente contratos y porque las sociedades anónimas o por acciones son sociedades en las cuales la persona de los asociados no es, en principio, tomada en consideración, incluso si el anonimato ha reculado estos últimos años. Hemos preferido el adjetivo ‘simplificada’ que, mucho más neutro, estaba llamado a satisfacer las aspiraciones de los practicantes, que juzgaban a menudo el derecho de las sociedades por acciones inútilmente complejo” (Guyon, Yves; Op. Cit., p. 516).

Lo que desaparece en su primera regulación francesa, para estas sociedades, son las reglas imperativas sobre la dirección y la administración de las sociedades anónimas, así como las reglas que de ordinario regulaban el poder deliberativo de los asociados, reunidos en asamblea general (Cfr. Chaput, Yves; Op. Cit., p. 284). Algunos podrían cuestionar que haya citado un trabajo del 1993, que no toma en cuenta la apertura dada por la legislación francesa a las SAS, en años posteriores; pero para esos lectores me permito afirmar que la apertura de la SAS hacia personas físicas, y la eliminación en Francia del requisito de capital mínimo, no modifica ni afecta en nada la naturaleza de la entidad, sino que más bien la convierte en un vehículo al alcance de más inversores.

Por tanto, lo que debe retenerse de la SAS francesa son tres características: la gran flexibilidad que tiene la sociedad, para darse a sí misma una forma de

administración que sus fundadores juzguen adecuada; la posibilidad de regular el poder deliberativo de los socios reunidos en asamblea general, de suerte y manera que se puede atenuar la regla capitalista en virtud de la cual se tienen tantos votos como acciones; y por último, la posibilidad de implementar restricciones a la negociabilidad de las acciones, que convierten a su tenedor en un verdadero prisionero de los títulos que representan su participación accionaria. Por esto afirman algunos, en Francia, que la “sociedad por acciones simplificada” tiene la particularidad de introducir elementos propios de las sociedades de personas (*intuitu personnae*) dentro de una sociedad de capital.

En el derecho francés, la inclusión de estos elementos de las sociedades de personas, en la regulación de las SAS, nos pareció innecesaria. Las sociedades de responsabilidad limitada (S.A.R.L.) introdujeron en ese derecho, desde el 1925, una sociedad ecléctica, que toma lo mejor de los “dos mundos”: de un lado la responsabilidad limitada al aporte de las sociedades capitalistas, y de otro lado una participación social que no está representada en títulos libremente cesibles (sociedad cerrada), pudiendo además regularse el poder político de los socios a lo interno de la sociedad, y planificarse salidas en caso de la muerte o incapacidad de un socio, que han sido incorporadas a la legislación dominicana (Ver Arts. 96 y 97 de la Ley 479-08, modificada por la Ley 31-11). La Ley francesa del 24 de julio de 1966, a su vez, prácticamente dirigió a las PYMES hacia ese vehículo societario. Por tanto, quizás lo más atinado habría sido, en Francia, modificar la regulación de las S.A.R.L. para hacerlas más flexibles, en vez de crear las SAS.

En la República Dominicana, la regulación de las SAS tiene menos sentido aún, pues no comparte aquellos puntos que la legislación francesa (en sus diferentes estadios) ha convertido en los elementos distintivos de esa sociedad. Por ejemplo, la legislación nacional no prevé ni la posibilidad de incorporar a los estatutos una cláusula que consagre que las acciones sean inajenables para los socios por un período de hasta 10 años (Cfr. Art. L-227-3 del Código de Comercio francés); tampoco prevé la posibilidad de regular mecanismos tendentes a la exclusión de socios y a la suspensión de sus derechos no pecuniarios (Cfr. Art. L-227-16 Código de Comercio francés); entre otras disposiciones que definen la naturaleza misma de estas sociedades.

La presencia en la legislación francesa sobre las SAS de esos elementos, ha llevado a autores como Yves Guyon a afirmar, de manera categórica, que las SAS son sociedades personalizadas, de asociados y no de accionistas, y a dudar acerca de la pertinencia de su clasificación de *sociedad por acciones*, pues en hecho la juzgan más cercana a la S.A.R.L. y a la en comandita (Cfr. Guyon, Op. Cit., pp. 523-526). De lo anterior se deduce que si en la República Dominicana no se contempla la posibilidad de incorporar las cláusulas que le atribuyen esas características, en los estatutos de una SAS, entonces nuestra SAS es radicalmente distinta en su esencia de la SAS francesa, al no contar con el carácter *intuitu personnae* en la dimensión que le fue otorgado a su cuasi

homónima francesa. Por demás, el Art. 369-2 de la Ley 479-08 (agregado por la Ley 31-11) establece que los estatutos determinarán libremente su estructura orgánica (de la SAS) y demás normas que rijan su funcionamiento. Como la posibilidad de prohibir la cesión de acciones, durante un período que en Francia puede ser hasta de 10 años, o de excluir a un socio, son asuntos que nada tienen que ver con la marcha o el funcionamiento de los negocios sociales, ni con la gobernabilidad de la entidad, entonces es claro que no puede apelarse a la libertad contractual para incorporarlos, pues el legislador nacional omitió esa parte del modelo francés, al momento de abrazar las disposiciones que en Francia se refieren a esos aspectos.

Por consiguiente, es claro entonces que el legislador dominicano ha excluido los rasgos distintivos que convierten en Francia a la “sociedad por acciones simplificada” en una sociedad de naturaleza jurídica distinta a las sociedades anónimas, para convertirlas en una especie de “modalidad” de sociedades anónimas. En ese sentido, el Art. 156 de la Ley 479-08, modificado por la Ley 31-11, nos da la razón cuando establece que “*las sociedades anónimas podrán adoptar expresamente la **modalidad**¹ de sociedad anónima simplificada*”. Ante esta situación, es pertinente cuestionarse porqué resulta necesaria una transformación societaria en la República Dominicana, para pasar de SA a SAS, o viceversa, si la última no es más que una **modalidad** de la primera, y ambas comparten la misma naturaleza jurídica. Para quien le parezca tonto el cuestionamiento, podemos añadir otra interrogante: acaso es necesaria una transformación para pasar de ser una sociedad anónima de suscripción privada y devenir en una de suscripción pública, o viceversa.

Visto que el legislador dominicano optó por convertir la SAS en una **modalidad** de sociedad anónima, y no en una sociedad por acciones que confiere un lugar privilegiado al *intuitu personae*; es claro entonces que, partiendo del supuesto de que todos conocemos el régimen que gobierna la SA en República Dominicana, la manera más fácil de comprender el régimen jurídico de la SAS es resaltando sus principales diferencias con la SA:

- En cuanto al capital mínimo, mientras las SA requieren que sea de RD\$ 30 millones (Art. 160, Ley 479-08, modificado por la Ley 31-11), en las SAS es de RD\$ 3 millones (Art. 369-6 Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11).
- Respecto a la forma de administración, mientras que las SA requieren la designación de un Consejo de Administración de al menos 3 miembros (Art. 208 Ley 479-08), las sociedades anónimas simplificadas pueden darse una administración tan diversa como las imaginaciones de los redactores de los estatutos lo sea, con tal de que al menos se designe un administrador (Párrafo I del Art. 369-2, y Art. 369-3, de la Ley 479-08, ambos agregados por la Ley 31-11).

¹ El resaltado no es del texto original.

- Mientras las SAS sólo podrán emitir acciones en forma nominativa (Arts. 369-4 y 369-6, párrafo II, de la Ley 479-08, agregados por la Ley 31-11), las SA podrán emitir las de forma nominativa, a la orden o al portador (Arts. 305 y 310 de la Ley 479-08, modificados por la Ley 31-11).
- Las SAS dejan a la redacción de los estatutos la supervisión o no de las cuentas sociales por un comisario de cuentas (Art. 369-8 de la Ley 479-08, modificado por la Ley 31-11), mientras que en las SA es obligatoria la designación de uno o más comisarios de cuentas (Arts. 241 y siguientes de la Ley 479-08). Sin embargo, cuando la SAS emita títulos de deuda en forma privada, estará obligada a designar un comisario de cuentas (Art. 369-4, párrafo, de la Ley 479-08, modificado por la Ley 31-11).
- Mientras en la SA las decisiones más importantes estarán a cargo de las asambleas generales de los accionistas, como consecuencia de reuniones presenciales o no (Arts. 187 y ss. de la Ley 479-08), en la SAS, los estatutos son los que determinan cuáles decisiones deben ser adoptadas “colectivamente” por los socios, y es posible además adoptar decisiones mediante consultas escritas en la forma organizada por los propios estatutos (Art. 369-5 Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11), de manera similar a como lo establecen los Arts. 111 y siguientes de la Ley 479-08 para las S.A.R.L.
- La sanción por la violación de las cláusulas de *préemption*² y *agrément*³ en las SA, es la inoponibilidad de la cesión accionaria a la sociedad (Como la ley no la sanciona con la nulidad, entonces se aplica la solución francesa para ese estadio de su legislación, como por ejemplo: Versailles, 29 sept. 1994, R.J.D.A. 1995, p. 25, No. 30); mientras que para el caso de la SAS, la sanción es la nulidad de la cesión (Párrafo III del Art. 369-6, agregado por la Ley 31-11 a la Ley 479-08).
- Mientras la violación a los estatutos de la SA no es causa de anulación de sus actos (Arts. 370 y ss. Ley 479-08), en las SAS se establece un régimen de nulidades muy severo, donde la violación del pacto social es causa de nulidad de tales actos, en principio. Se trata de un caso excepcional, en que la violación de un contrato podría ser considerado como causa de nulidad de otro contrato o acto jurídico (Art. 369-5, Párrafo II, de la Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11).

Como pudo verse, a través de las normas que regulan la SAS en República Dominicana, no se crea ninguna estructura de gestión nueva, ni se dota a ese tipo

² Oferta previa.

³ Aceptación.

de sociedad de características que pudieran ser consideradas como novedosas o capaces de constituir los caracteres de una sociedad con rasgos distintivos originales, que la diferencien de la sociedad anónima, contrario a lo que ocurre en Francia. Esto nos lleva a preguntarnos cuál es la utilidad, para los hombres de negocios de nuestro país, de contar con dos modalidades de sociedades anónimas con diferencias tan irrelevantes entre sí, que no sea constituir la SAS en refugio contra los temores infundados que generan la resistencia al cambio y las disposiciones imperativas previstas por la Ley 479-08 para proteger los derechos de los terceros y de los socios de las restantes tipologías societarias, que por demás fueron debilitadas a causa de la contrarreforma operada por medio de la Ley 31-11.

Tratado al menos someramente el tema de la delineación de la SAS, podemos pasar a la segunda parte de este trabajo, dedicado a los efectos indeseados de su régimen jurídico.

II. Efectos indeseados del régimen jurídico de las SAS.

El porcentaje que representan las sociedades por acciones simplificadas en Francia, con relación al resto de las sociedades que ofrece su “arsenal” societario, fue hasta el año 2006 apenas inferior al de las sociedades anónimas: alrededor del 3.5%. En cambio, desde que se eliminó el requisito del capital mínimo de las SAS francesas, hubo una explosión en la cantidad de estas sociedades, que en 2009 ya alcanzaban el 14% del total de las sociedades galas, consolidándose en un lejano segundo lugar respecto de las “reinantes” sociedades de responsabilidad limitada (Cfr. Tomasini, Laëtitia, Op. Cit., p. 3).

Por tanto, es claro que cuando se compilen las estadísticas dominicanas, dentro de unos años, las SAS deberán de ocupar también el segundo lugar en las preferencias de los inversores locales, pues serán por mucho la pseudo tipología societaria que, debido a razones subjetivas, elegirán para transformarse todas las SA, cuando existan obstáculos jurídicos que le impidan continuar siéndolo.

Mientras más proliferen las SAS en estos 2/3 de isla, más ostensibles serán los efectos indeseados que se derivan de la aplicación del régimen jurídico que les ha dado el legislador nacional, tanto por la insuficiencia de la normativa (A), como por los defectos que la aquejan (B), temas de los que nos ocupamos en las próximas líneas.

A. Efectos relacionados con la insuficiencia de la normativa.

La inmensa mayoría de los análisis jurídicos realizados al régimen de las SAS en Francia, tienden a alabar la “flexibilidad” o “plasticidad” de esta sociedad, que reivindica el carácter contractual de las sociedades y permite a los socios hacerse un traje a la medida de sus necesidades.

De las SAS francesas, y de la amplitud de la libertad contractual que concede a sus socios, se ha dicho:

- Que son un *“isrote de libertad dentro de un océano de reglamentación”* (Guyon, Yves; Op. Cit., p. 526).
- Que son *“una nueva forma especial de sociedad (...) cuyo objetivo es escapar del derecho de las sociedades para favorecer la libertad contractual”* (Hannouin, C.: “La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique”, Mél. A. Sayag, Litec, Paris, 1997, p. 283).
- *“La libertad estatutaria vuelve a ser compatible con la limitación de la responsabilidad (...) lo cual es un retorno a los orígenes de la sociedad por acciones”* (Guyon, Y.: “L’élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées [loi du 12 juillet 1999, art. 3]”, RS 1999, p. 505).
- La *“SAS está colocada bajo el doble sello de la simplificación y de la contractualización”* (Hovasse H., Bientôt: “La société par actions très simplifiée”, Dr. Sociétés, juin 2008, p. 6).

Sin perjuicio de lo antes dicho, debemos agregar que los propios autores citados, y otras muchas voces autorizadas, también expresan sus reparos con relación al carácter desmedido de esta libertad, y de este retroceso –en el caso francés– respecto la política reguladora en materia de sociedades, que establecía un marco regulatorio mínimo que servía de soporte ante el eventual silencio o la imprevisión del pacto social.

En ese punto, recordamos lo dicho más arriba: la falta de regulación de las sociedades comerciales dio lugar a quejas por parte de los juristas franceses y dominicanos, antes de las reformas del 24 de julio de 1966 (Francia) y del 11 de diciembre de 2008 (República Dominicana), respectivamente. Posteriormente, en Francia, hubo quejas por la “excesiva regulación” y la “falta de libertad” que caracterizaban el régimen de las sociedades comerciales, lo que denota los vaivenes o los ciclos del derecho positivo galo, respecto de los mismos valores contrapuestos: libertad vs. regulación o control.

La situación dominicana actual es peor que la situación francesa, pues el legislador nacional optó por conceder a los estatutos sociales una libertad más extensa que aquella concedida por el legislador francés. Me explico: Mientras el legislador francés establece que los estatutos establecerán la forma en que la SAS será dirigida (Ver Art. L 227-5 del Código de Comercio francés), el dominicano encarga a los redactores de los estatutos determinar libremente la “*estructura orgánica*” de la SAS, y las “*demás normas que rijan su funcionamiento*” (Art. 369-2 Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11).

Por tanto, comparar la extensión de la libertad contractual en ambas jurisdicciones no es una tarea difícil: es como comparar una piscina con el océano.

Como indicábamos anteriormente, así como en su momento se hizo apología de ese retorno a la libertad contractual, también se expresaron reparos en contra de la amplitud de esa libertad, como en los casos que se citan a seguidas:

“... El adjetivo ‘simplificada’ no significa que la nueva sociedad sea en sí misma simple. Muy por el contrario, al dejar una gran iniciativa a la voluntad de los accionistas, ella los obliga a un esfuerzo de imaginación mucho mayor que dentro de las estructuras más constringentes. Los primeros utilizadores de la sociedad por acciones simplificada experimentaron el vértigo del vacío, como lo habían sentido en 1968 los primeros fundadores de los Grupos de Interés Económico” (Guyon, Yves: “Droit des affaires”, Tome I: Droit commercial général et des sociétés; 12eme. Edition, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 516).

“Si bien la SAS ofrece en efecto un vasto espacio a la libertad, ella no comporta en contrapartida más que un dispositivo mínimo de seguridad para los terceros, la sociedad y sus miembros” (Tomasini, Laëtitia; Op. Cit., p. 3).

“... La SAS es comparable a un vehículo de competición: ella permite el rendimiento, pero no garantiza la seguridad requerida por los ahorrantes no profesionales” (Guyon, Yves: “Droit des affaires”, Tome I: Droit commercial général et des sociétés; 12eme. Edition, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 518).

“Asimilable a un ‘fórmula uno’ del derecho, la SAS no debe ser puesta en manos de usuarios inexpertos” (Guyon, Yves: “L’elargissement du domaine des sociétés par actions

simplifiées [loi du 12 juillet 1999, art. 3]”, RS 1999, p. 105).

“La SAS es, de alguna manera, a la SA, lo que en otro dominio el traje hecho a la medida es al prêt –à- porter” (Bertrel, J.-P.: “La SAS: bilan et perspectives”, Dr. Patr. Sept. 1999, No. 74, p. 40).

La lectura de las metáforas anteriores nos permite extraer, como idea central, que si bien la doctrina le atribuye ciertas ventajas a la estructura de la SAS, también expresa una profunda preocupación por el vacío que rodea a estas sociedades, en que la ley se ha replegado para cederle el paso al contrato (Cfr. Tomasini, Laëtitia, Op. Cit., p. 26).

Si ese temor se manifiesta en Francia, país en cuya legislación se ha dado un espacio limitado a la libertad estatutaria de las SAS, qué decir de la República Dominicana, donde ya vimos que se pone a cargo de la voluntad de las partes asuntos tan generales como la *“estructura orgánica”* de la sociedad, y asuntos tan delicados como las *“normas que rijan su funcionamiento”*.

Además de lo anterior, debemos resaltar los temores que asaltan a algunos doctrinarios, en el sentido de que jamás habrá uniformidad en el derecho aplicable a las SAS, debido a que los pactos sociales serán infinitamente diversos en cuanto a la administración y las decisiones colectivas, y que por esto sería quimérico aspirar a que el derecho supletorio de las SA se ajuste adecuadamente a todas las situaciones que estatutariamente puedan establecer los fundadores de las SAS, en la práctica. En ese sentido, afirma Yves Guyon que *“De entrada, la originalidad de esas estructuras hará a veces difícil la trasposición a las SAS de las disposiciones de las sociedades anónimas que le continúan siendo aplicables”* (Guyon, Yves: *“Droit des affaires”, Tome I: Droit commercial général et des sociétés; 12eme. Edition, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 520).*

El tema de la redacción de los estatutos de estas sociedades implica, a su vez, otras fuentes de complicaciones. Hay quienes afirman que el futuro de las SAS está en las manos de sus utilizadores, pues un mal uso de las libertades ofrecidas por la ley conducirá a su *“erosión”* legislativa, como ocurrió con la sociedad anónima, mientras que una actitud prudente y responsable tendería a conservarla (Guyon, Yves: *“Droit des affaires”, Tome I: Droit commercial général et des sociétés; 12eme. Edition, Ed. Economica, Paris, 2003, p. 526).*

Si genera aprensiones en Francia, el hecho de que se deje en las manos de los profesionales del derecho aspectos tan importantes, cuya malversación podría generar una contrarreforma, imaginemos lo que podría pasar en República Dominicana, con la preparación de nuestros abogados y la indiferencia de nuestros poderes públicos. La superficialidad con que suelen ser manejados los temas del derecho societario, en el ejercicio profesional dominicano, en medio de

una cultura jurídica aferrada a la mecánica repetición de modelos, más que terreno fértil para el ejercicio de la libertad contractual, constituye un grave peligro para empresas y patrimonios.

La redacción de los estatutos de la SAS tiene entonces una mayor trascendencia que la redacción de los estatutos de cualquier otro tipo de sociedad. Por tanto, el recurso al modelo obtenido en un libro de formularios o bajado de un sitio en la web, no será nunca una decisión inteligente en estos casos, no sólo por su falta de originalidad, sino además porque no puede explotar la libertad contractual conferida por la norma quién se aferra a los estrechos límites de un formulario pre-concebido o “enlatado”.

El problema de la falta de previsibilidad constituye el talón de Aquiles de las SAS, pues éstas no son más que un cuadro prácticamente vacío (Cfr. Massart, T.: “La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus”, Bull. Joly 2008, § 136, p. 632). Por tanto, no podemos dejar de insistir acerca de los peligros de las SAS para las personas no advertidas e informadas (Cfr. Schiller, S.: “Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales”, LGDJ, 2002, préf. F. Terré, spéc., No. 449 et s.).

Hacer uso de la libertad que ofrece el régimen jurídico de las SAS es sin duda una misión compleja (Cfr. Randdoux, D.: “La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, SAS”, JCP éd. N 1994, p. 69, spéc. No. 14), y los fundadores deberán de elegir cuidadosamente las cláusulas y los órganos de gobierno corporativo a implementarse.

Mientras los órganos sociales de decisión y administración sean creados más “a la medida” de la necesidad de los socios, más se alejará la SAS del ámbito de la seguridad del derecho supletorio, y más posibilidad habrá de incurrir en errores de redacción, todo lo cual incrementa las posibilidades de litigios, de bloqueo de los órganos sociales y de que los dirigentes sociales comprometan su responsabilidad (Cfr. Randdoux, D.: “La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, SAS”, JCP éd. N 1994, p. 69, spéc. No. 14). ¿Aumentará este contencioso también las demandas en responsabilidad civil profesional contra los abogados y notarios? Esa parte está por verse...

Por tanto, ni los fundadores de SAS deben aventurarse a redactar unos estatutos sin una asistencia legal competente, ni tampoco cualquier notario o abogado debe atreverse a la redacción de esas cláusulas sin contar con el entrenamiento adecuado y la experiencia suficiente en esta rama del derecho. Como la ignorancia es osada, el pronóstico es sencillo: habrá una cantidad importante de asuntos contenciosos derivados de la negligente redacción de los estatutos de las SAS, lo cual pondrá en riesgo las inversiones de los socios, los puestos de trabajo de los trabajadores de la empresa, y afectará los derechos de los acreedores sociales. Decir lo contrario es intentar negar lo que somos como nación, como clase profesional, y como hombres de negocios, respectivamente.

El autor colombiano Francisco Reyes Villamizar coincide en parte con estos planteamientos, cuando afirma: *“Es bueno advertir que el sistema parte de la base de una negociación adecuada de las cláusulas entre los accionistas fundadores. Vale decir que los acuerdos de inversión que se procure alcanzar por medio de esta forma asociativa requieren de una detenida negociación entre los participantes. No hacerlo, da lugar a que se aplique una reglamentación que podría resultar demasiado laxa e implica dificultades interpretativas por los vacíos que podrán presentarse. Se ha dicho con acierto que en aras de alcanzar la flexibilidad que caracteriza a esta clase de estatutos societarios, debe sacrificarse en gran medida el carácter detallado de la regulación normativa”* (Reyes Villamizar, Francisco: *“La Sociedad Anónima Simplificada”*, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2010, p. 82).

B. Efectos relacionados con los defectos de la normativa.

Los defectos formales y de fondo de los artículos que van desde el 369-1 hasta el 369-10 de la Ley 479-08, agregados por la Ley 31-11, sino constituyen por su cantidad (y por su carácter ostensible) un record, compiten ardua y cerradamente por ese dudoso honor.

Como ya dijimos, no es este el espacio para resaltar la horrible redacción ni la deficiente técnica legislativa de esta sección que la “inefable” Ley 31-11 agregó al texto de la Ley 479-08. Tampoco aspiramos a ver todos los defectos de fondo. Lo que hemos realizado es una selección, si se quiere arbitraria, de las situaciones jurídicas que a nuestro juicio implicarán mayores inconvenientes dentro de nuestra cultura jurídica y del quehacer cotidiano de los tribunales.

Uno de estos ejemplos es el carácter potestativo de la designación o no de un comisario de cuentas, en la SAS dominicana, a menos que la sociedad emita títulos de deuda de manera privada (Art. 369-4, párrafo, de la Ley 479-08, modificada por la Ley 31-11). Mientras el legislador francés, aún consciente de haber introducido un fortísimo componente del carácter *intuitu personnae* en el marco de las sociedades por acciones simplificadas, optó por mantener la obligatoriedad de la designación del comisario de cuentas en dichas sociedades (Arts. L. 227-9 y L. 227-10 del Código de Comercio Francés), consciente de que a la postre constituyen sociedades de capital y no de personas; por su lado, el legislador dominicano ha optado por darle la elección a los socios de establecer estatutariamente si la sociedad designará o no comisario (s) de cuentas (Art. 369-8 de la Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11).

Continuando nuestro análisis, debemos recordar que el comisario de cuentas previsto en nuestra legislación vigente, no es el eunuco de la decrepita regulación que estuvo en vigor hasta diciembre de 2008. Sin que ninguna norma regulara su formación profesional, limitado a acceder a las cuentas sociales durante el trimestre que precediera a la celebración de la asamblea ordinaria

anual (con la finalidad de presentar un informe de cuyo contenido la ley jamás se encargó), la nula importancia del comisario de cuentas era objeto de desdén por los practicantes del derecho societario dominicano.

Hoy en día, la importancia del comisario de cuentas se deduce de la fortaleza del régimen legal que norma su función, establecido para satisfacer cabalmente la necesidad de supervisar la regularidad de las cuentas sociales, en beneficio de los socios y de los terceros, pero sobretodo de estos últimos. Siendo la SAS dominicana una sociedad de capital pura (al no tener el *intuitu personae* en el grado que lo tiene la SAS francesa), y como la responsabilidad de los socios por los pasivos sociales está limitada a sus aportes, es claro entonces que el comisario de cuentas viene a jugar un rol importantísimo en la protección de los intereses de los acreedores sociales. Si en la SAS los socios no gozaran de la responsabilidad limitada a sus aportes, entonces no tendría sentido establecer la obligatoriedad de la designación del comisario de cuentas, como parte de los mecanismos de control de las cuentas sociales, pues los socios responderían con sus bienes, en caso de que los activos de la sociedad resultasen insuficientes como para cubrir los pasivos sociales.

Vale la pena recordar, además, que no existe ninguna razón válida para que el legislador prefiriera proteger al tenedor de un título de deuda (caso previsto en el Art. 369-3 de la Ley 479-08, modificada por la Ley 31-11), sobre algún otro acreedor social, por la causa que fuera. Por tanto, la designación del comisario de cuentas jamás debió quedar a como algo discrecional, a determinar por los estatutos de la SAS, máxime cuando no existen diferencias ostensibles entre ésta y la SA, en la República Dominicana. Por tanto, convertir en opcional la designación del comisario de cuentas en una sociedad que no se corresponde con el arquetipo de las sociedades de personas, ni se prestaría para servir de vehículo de negocios de una empresa pequeña, es un desatino y constituye una oportunidad para que negocios de mucha relevancia escapen del marco de transparencia que aspiró a instituir la Ley 479-08, en su redacción original.

Podrían afirmar también, quienes no concuerden con este examen, que las SRL dominicanas tampoco están obligadas a designar comisarios de cuentas (Art. 160 Ley 479-08, modificada por la Ley 31-11). Sin embargo, es menester aclarar que mientras en la SAS la facultad de decidir ese punto es estatutaria, lo cual hace muy difícil modificar la decisión en el futuro, en las SRL la opción es de la asamblea de los socios. De igual modo, en la SRL, uno o más socios que cuenten con una participación igual o mayor al 10% del capital social, podrán demandar en designación de un comisario de cuentas por ante el juez de los referimientos, en cualquier momento y sin tener que alegar causa alguna (Art. 160, párrafo I, Ley 479-08, modificada por la Ley 31-11), derecho que no tienen los accionistas de la SAS en la República Dominicana.

La opacidad de las operaciones de las SAS dominicanas, llamadas por su tamaño, y por las intenciones de los contra-reformadores, a encarnar el vehículo

corporativo de importantes empresas, se traducirá en graves perjuicios para los socios minoritarios y los terceros, que gozarían de mayores oportunidades de protección con la SA y con la SRL.

Pasemos ahora a otro aspecto que juzgamos problemático en el régimen legal de las SAS dominicanas: el régimen de las nulidades. Hemos afirmado, en múltiples ocasiones, que el eje fundamental de las SAS no es otro que dejar a la redacción de los estatutos sociales la suerte de asuntos nodales relacionados con su existencia y operación. Los estatutos sociales son un contrato. Los fundadores otorgan su consentimiento a los términos del contrato cuando suscriben su texto. Cuando interviene una cesión de acciones, el cesionario de dichas acciones se adhiere de pleno derecho al texto estatutario, pues los derechos y obligaciones derivados de la condición de accionista se encuentran incorporados al título que representa las acciones, y se transfieren junto con él.

Por tanto, las disposiciones de los estatutos sociales vinculan a todos los socios de la SAS, sin importar que sus acciones sean la compensación de aportes hechos durante el proceso constitutivo o de un aumento de capital, o bien de su adquisición a título gratuito o a título oneroso, de manos de otra persona en cuyo beneficio se hayan emitido previamente, compensando aportaciones.

Como en todo contrato, los estatutos sociales pueden establecer obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (Art. 1126 Código Civil). El incumplimiento de este tipo de obligaciones da lugar al surgimiento, en beneficio del acreedor de la obligación incumplida, de varias soluciones diferentes: en el caso de las obligaciones de dar, el acreedor tiene la facultad de reclamar la entrega de la cosa y una indemnización por incumplimiento (Arts. 1136 al 1141 del Código Civil); y en el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, el acreedor no tiene –en principio– la facultad de solicitar que se condene al deudor para que haga o no haga la acción que es el objeto de su obligación, sino que tiene la potestad de reclamar una indemnización por incumplimiento del contrato (Art. 1142 Código Civil).

Hemos afirmado todo lo anterior, en vista de que el Art. 369-5, párrafo II, de la Ley 479-08 (agregado por la Ley 31-11), acogiendo y sacando de contexto la parte *in fine* del Art. L. 227-9 del Código de Comercio francés (que tiene un ámbito de aplicación mucho más limitado que el texto dominicano) estableció que “*las decisiones tomadas en violación a las disposiciones estatutarias⁴ o de la ley que fueren aplicables, podrán ser anuladas por decisión judicial⁵ a demanda de todo interesado*”.

Se trata de una disposición en virtud de la cual, el incumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, tendría como consecuencia la nulidad de la decisión orgánica que viole la disposición estatutaria. Se trata de una

⁴ El resaltado no es del texto original.

⁵ Idem.

sanción totalmente diferente a la originalmente prevista para el incumplimiento de las obligaciones en el Código Civil, y un caso extrañísimo en que la violación de un contrato es causa de anulación de otro acto jurídico.

Podría afirmarse, en defensa de esta novedad legislativa, que como las sociedades no sólo tienen una realidad contractual, sino que además son personas morales, y que, en el caso de las SAS, como el pacto social es la fuente de la legitimidad de los órganos de administración o decisión colectiva, entonces una violación a las normas que organizan el funcionamiento de la entidad engendraría –indudablemente- la nulidad del acto afectado por este defecto. No obstante, ese régimen de nulidades es totalmente distinto al régimen organizado para las sociedades en general, a partir de los artículos 370 y siguientes de la Ley 479-08, y no se ha justificado en lo absoluto la adopción de un régimen de nulidades especial para las SAS.

El régimen previsto para la nulidad de todas las demás sociedades comerciales y sus actos, consagrado en el articulado de la Ley 479-08 antes citado, es una adaptación de los artículos que van desde el L. 235-1 al L. 235-14 del Código de Comercio francés. Una de las líneas maestras de ese régimen, del cual parece apartarse el régimen de las nulidades de las SAS dominicanas, es que las nulidades sólo pueden resultar de una violación expresa de las disposiciones imperativas de ley o de las que rigen la nulidad de los contratos (Art. 370 de la Ley 479-08).

Como se pudo notar, el texto general sobre las nulidades, aplicable para todas las sociedades comerciales, es contradicho por el texto particular de las SAS. Por tanto, se impone fijar posición sobre este aspecto, que incidirá sin dudas en el ámbito de las contestaciones acerca de la validez o nulidad de las deliberaciones de los órganos de las SAS.

La sanción de los actos violatorios de los estatutos tiene - en Francia - un precedente, tanto para las SA como para las SAS. Ese modelo francés no fue acogido por el legislador dominicano en el caso de las SA, pero sí fue seguido para nuestras SAS. Se trata de la sanción por la violación de las cláusulas de aceptación o de oferta previa de venta de acciones, en los estatutos sociales.

En el caso de las SAS, el Código de Comercio francés establece, en su artículo L. 227-15, que toda cesión de acciones realizada en violación de las cláusulas estatutarias, es nula. La norma francesa se refiere a las cláusulas que constituyan en inajenables las acciones (Art. L. 227-13 del Código de Comercio francés, que no tiene equivalente en República Dominicana) y a aquellas que sometan la cesión de acciones a la aprobación de algún órgano de la sociedad (Art. L. 227-14). Esta última disposición es calcada en el párrafo III del Art. 369-6 de la Ley 479-08, agregado por la Ley 31-11, pero refiriéndose a las cláusulas de aceptación y oferta previa, previstas en el párrafo II de ese mismo artículo. De igual modo, la legislación francesa establece, en relación a las sociedades por

acciones en general, en la parte *in fine* del Art. L. 228-23 del Código de Comercio, que toda cesión de acciones hecha en violación de una cláusula de *agrément*, que figure en los estatutos, es nula.

Esta última disposición fue introducida en Francia por una Ley del 2 de julio de 1998. Se criticó esa norma por el fortísimo carácter *intuitu personnae* que se llevaba al seno de las sociedades por acciones que la incorporaban, pero a la vez se valoraba positivamente la posibilidad de fortalecer el carácter cerrado -contractualmente convenido- de las sociedades de capital, usando este tipo de cláusulas. Antes de esa fecha, la sanción a la violación de estas cláusulas era la inoponibilidad de la cesión de acciones a la sociedad emisora de los títulos (Versailles, 29 sept. 1994, R.J.D.A. 1995, p. 25, No. 30; Vide ut supra).

Sin embargo, la lógica de la anulación de una cesión de acciones, en caso de irrespeto de una cláusula que limite su libre negociabilidad, no es la misma que aquella de la anulación de la sociedad, o de un acto posterior a su constitución, pues la primera responde a la idea de una renuncia parcial al derecho de negociar dichos títulos.

Como ya hemos aseverado, es la primera vez que nuestro derecho societario consagra la violación de una cláusula estatutaria como causa de nulidad de una decisión de la sociedad. El ámbito de aplicación de la disposición legal analizada serían las decisiones adoptadas por los órganos de deliberación de la sociedad, y que conciernen a su funcionamiento interno. Nunca se aplicaría a los contratos intervenidos con asociados, o con un tercero.

En este momento vale la pena, entonces, averiguar cuál ha sido la suerte de la aplicación en las SAS francesas del texto similar al Art. 369-5, párrafo II, de la Ley 479-08. Si bien las disposiciones tienen, como ya se vio, ámbitos de aplicación disímiles, ambos coinciden en sus efectos. Por tanto, lo que ha fallado la jurisprudencia francesa sobre casos de nulidad de actos deliberativos de SAS, por violación a los estatutos, puede ser tomado como referente en el derecho dominicano, sin reservas de ninguna índole.

La corte de casación francesa, a través de su cámara comercial, tuvo la ocasión de conocer de una acción en nulidad de un acto deliberativo de una SAS, por violación del reglamento interno de funcionamiento de la sociedad, que era de aplicación obligatoria, conforme fue pactado en los estatutos sociales. Veamos lo que fue decidido:

“En un fallo del 18 de mayo de 2010 (Cass. com. 18 mai 2010, 09-14.855, Sociedad Francesa de Gastronomía c/ Sociedad Larzul), la cámara comercial confirma la decisión de los jueces del fondo que se habían negado a pronunciar la nulidad de las deliberaciones de un consejo de administración de una SAS. Ésta había en efecto

estatuído que su composición –y notoriamente la participación paritaria de los dos accionistas- no estaba asegurada conforme a las disposiciones del reglamento interno. De cuatro miembros, el consejo había pasado a tres, como consecuencia de una dimisión⁶.

En esta última sentencia, los jueces constatan que en la especie no fue violada ninguna disposición imperativa del Código de Comercio. La consideración de la corte de casación es la siguiente: ‘bajo reserva de casos en los cuales se haya hecho uso, abierto por la disposición imperativa, de mejorar convencionalmente las reglas establecidas por ésta, el no respeto de las estipulaciones contenidas en los estatutos y el reglamento interior, no está sancionado con la nulidad’ ” (Teyssot, Raphaël: “L’efficacité des clauses statutaires dans les sociétés par actions simplifiées”, Option Finance, 28 fév. 2011, pp. 1-2).

Este precedente parece indicar que la corte de casación francesa, no obstante las disposiciones legislativas que regulan las SAS establecer que la violación a los estatutos es una causal de nulidad de los actos deliberativos de sus órganos de gobierno, decidió apartarse de este régimen tan extraño y peculiar, y continuar apegada al régimen de derecho común de las nulidades, instituido para todas las sociedades comerciales.

Salta entonces a la vista la inutilidad de haber adoptado un texto francés que la propia corte de casación francesa decidió ignorar, probablemente por lo extrañas de sus implicaciones. Sin embargo, permanece una preocupación importante: si los estatutos de las SAS son los que organizan los procesos deliberativos y el gobierno corporativo de la entidad, y las nulidades sólo resultan de violaciones a disposiciones imperativas de la ley, entonces es virtualmente imposible lograr la anulación de decisiones que sean adoptadas en violación de esas cláusulas estatutarias. ¿Cómo lograr entonces que se respeten los estatutos, sabiendo que las cláusulas imperativas tienen un dominio tan limitado en materia de SAS?

Los remedios tradicionales del derecho de los contratos han sido considerados: establecer cláusulas que organicen la ejecución forzosa de ciertas obligaciones de dar, prever el perjuicio que sufriría un socio en caso de que otro violara una disposición estatutaria en su contra, de hacer o de no hacer; o prever sanciones, a título de cláusula penal, para todos los que violen los estatutos (Cfr. Teyssot, Raphaël; Op. Cit., p. 2). Todas estas soluciones podrían dar satisfacción individual a un accionista afectado por una decisión tomada irregularmente, pero no podrían servir para revertirla. Es por ello que se considera además la técnica

⁶ En consecuencia, uno de los socios se quedaría en desventaja, al tener un solo representante en la administración, EVV.

de prever contractualmente la nulidad, como consecuencia de la violación a los estatutos (Cfr. Teyssot, Raphaël; Op. Cit., p. 2).

Esta última técnica luce atractiva, pues es la voluntad de las partes la que establece, como sanción, la ineficacia del acto deliberativo que desconozca cláusulas estatutarias. Sin embargo, en cierto modo la fórmula considerada nos deja el mismo problema que se le critica al Art. 369-5, párrafo II, de la Ley 479-08: la nulidad no está prevista como sanción a la violación de un contrato, sino de disposiciones imperativas de la ley. En este punto se iniciaría nuevamente un círculo vicioso, que en nuestra cultura jurídica sólo podría romperse mediante la intervención del legislador, para desterrar de nuestro derecho positivo ese esperpento llamado “sociedad anónima simplificada”.

Santo Domingo, D.N.

Sábado 14 de julio de 2012.