

LA AUTONOMIA PRIVADA, EL GOBIERNO SOCIETARIO Y EL DERECHO DE SOCIEDADES

Visión general

Pablo Andrés Córdoba

INTRODUCCIÓN - EL GOBIERNO SOCIETARIO

GRAN PARTE DE LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA empresarial colombiano, que se concretan en su falta de aptitud hacia el crecimiento y la renovación y, sobre todo, en la creación de instrumentos eficaces para salir de sus crisis¹, descienden de la carencia de un sistema adecuado de gobierno empresarial o gobierno societario, es decir, el conjunto de reglas e instituciones dirigido a conciliar el interés de los empresarios o profesionales de la gestión y el interés de los accionistas, y en general de los inversionistas, en vigilar y supervisar el ejercicio de dicho manejo, especialmente cuando se trata de decisiones estratégicas de la empresa.

Las empresas colombianas no han sido ajenas por cierto, salvo pocas excepciones, a la incapacidad de consolidarse por medio de la nueva inversión y de alianzas más allá del mercado nacional, entre otras razones por su tardanza en reaccionar a los movimientos económicos internacionales, el abuso de los administradores en la utilización de los recursos empresariales² y la falta de certeza que se origina en su impunidad, así como la carencia de una adecuada sucesión generacional para lograr un manejo profesional de los órganos de dirección de las empresas nacionales³.

¹ Las crisis del sector empresarial coadyuvan en la crisis social de un país: en el caso colombiano la empresa ha sido incapaz de generar soluciones frente al problema del desempleo y, por el contrario, desde hace varios años la desocupación se ha incrementado, al punto que Colombia en la actualidad, según la CEPAL, es el país latinoamericano con la mayor tasa de desempleo.

² Los administradores de las empresas en general son personas que manejan dineros que otros invierten en la actividad empresarial. Sería importante que algún día se examinara la participación del deficiente gobierno societario en la actual crisis económica colombiana, pensando por ejemplo en el aumento de los concordatos y las liquidaciones obligatorias, para referirnos al

sector real; y en los problemas generados tanto en el sistema financiero privado como público. Es cierto que durante la década de los años 90 la empresa nacional enfrentó fenómenos desconocidos para ella como producto de la apertura, pero no se puede desconocer que en muchos casos el problema real consistió en una crisis originada en la falta de profesionalismo de los administradores al momento de enfrentar dichos factores externos y de proyectar los entes económicos hacia el futuro, pues desde el punto de vista empresarial todo cambio, al tiempo que genera incertidumbre, es propicio para nuevas oportunidades que bien aprovechadas producen crecimiento.

³ En especial en las empresas que inicialmente son de familia y que luego de un im-

No hay duda que la crisis tiene que ver mucho con aspectos fundamentales del sistema económico, por la imperfección de nuestro mercado de capitales y laboral, pero sin lugar a dudas las falencias de nuestro sistema de gobierno corporativo en las empresas nacionales tienen un papel fundamental en la actual coyuntura. Indudablemente los sistemas de vigilancia de la gestión empresarial, tanto internos como externos, fueron inoperantes para prevenir la crisis actual, pues basta leer los diarios para darnos cuenta que el papel de los revisores y del mismo Estado siempre fue el de denunciar la pérdida y el deficiente manejo, pero jamás el de prevenir⁴.

El tema del gobierno societario, que como ya dijimos busca conciliar el interés de los *managers* o empresarios, que manejan o controlan las empresas, y el interés de los accionistas e inversionistas, en que el control que ejercen los primeros sea eficiente y profesional, involucra necesariamente los órganos societarios de supervisión y gestión, las asambleas de accionistas y juntas de socios y por ende la protección de las minorías, la participación de los inversionistas institucionales, el monitoreo y supervisión del sistema empresarial (industrial y financiero) por parte del Estado y la información que éste puede exigir y recibir en el ejercicio de dicha función, y finalmente las acciones dispuestas en el ordenamiento jurídico, ante autoridades administrativas y jurisdiccionales, para proteger los intereses involucrados en la empresa⁵.

De otra parte es necesario enunciar en esta introducción un punto fundamental en la discusión del Gobierno Societario, como es la separación, más o menos radical, del control de la empresa, entendido en sentido genérico, y la propiedad de los recursos invertidos en ella. Sin lugar a dudas, del sistema de Gobierno Societario depende en gran parte la capacidad de los administradores de expandir la empresa y de lograr la protección del interés de los inversionistas de obtener

portante crecimiento requieren un manejo profesional e independiente de los vínculos entre las personas. No se debe olvidar que el tejido empresarial colombiano tiene como una de sus partes fundamentales a la empresa y/o sociedad comercial de familia, es decir aquella cuyos recursos, estructura y dirección provienen fundamentalmente de un grupo de personas vinculadas entre sí por lazos de parentesco. Una gran cantidad de estos entes económicos desapareció por la incapacidad de desligar la gestión de las relaciones familiares, es decir, no se entregó el manejo de las empresas a profesionales de la administración (no en el sentido de tener un título académico) cuando la economía de mercado así lo exigió.

⁴ Para mayor claridad es necesario decir que cuando hablamos de control interno nos referimos al control que de la gestión se hace desde adentro de la sociedad comercial, por ejemplo la revisoría fiscal (en Colombia) o el consejo de vigilancia del sistema alemán de organización de la sociedad anónima y algunas sociedades limitadas; y cuando nos referimos a control externo hacemos alusión principalmente a la supervisión estatal por

parte de los entes predispuestos para ello como las superintendencias en Colombia. No obstante, la palabra control en sentido genérico también hace referencia al manejo empresarial en sí por parte de los administradores o *managers*. Sobre esta materia puede verse ANTONIO PIRAS. "L'organizzazione dei controlli interni ed esterni", en *Diritto delle società per azioni: Problemi, esperienze, progetti*, PIETRO ABBADESSA Y ANGEL ROJO (eds.), Milán, Giuffrè, 1993. De otra parte, es preciso decir que obviamente existen casos que demuestran un control y supervisión eficaces, pero sin duda en la generalidad la realidad demuestra lo contrario, por ejemplo en el sector financiero, en el mismo sector real (se debe meditar sobre un cambio importante de la misión de la Superintendencia de Sociedades) y en el sector cooperativo.

⁵ Así por ejemplo, se debate acerca de la organización de la sociedad anónima en Europa desde hace décadas, como el proyecto modificado de quinta directiva de 1972 y el debate, que existe desde 1949, sobre una sociedad anónima europea.

una utilidad sin sacrificar el eficiente manejo de las empresas bajo su responsabilidad⁶.

Dicha separación entre la propiedad y el control de las empresas es esencial respecto del gobierno de éstas, pues de allí deriva el debate acerca de los intereses que debe privilegiar la administración en el ejercicio de su labor⁷.

Es importante decir que el tema del gobierno societario es bastante debatido en el derecho comparado⁸, especialmente desde la década de los años 80, y que por ello comporta, de alguna manera, una novedad en el derecho de sociedades. Dicho debate se ha presentado predominantemente respecto de la sociedad anónima abierta, en la que se presentan las características de una separación entre el control y la propiedad de la empresa, y de la negociación de sus títulos en el mercado público de valores, sin que por esta razón se pueda concluir que el tema no es predicable de las formas empresariales distintas a las sociedades anónimas que reúnen las anteriores características. No se puede olvidar que la estructura empresarial de cada país es fundamental para determinar la perspectiva del debate, pues es normal que éste se presente casi exclusivamente respecto de las sociedades con títulos inscritos en las bolsas de valores en sistemas como el estadounidense y el inglés, cambiando obviamente la orientación en el caso colombiano, en el cual existe un incipiente mercado bursátil incapaz de irrigar recursos suficientes a las empresas⁹.

No obstante la importancia de todos los aspectos enunciados y que se relacionan con el gobierno de las sociedades, en particular la anónima, es menester abordar la relación existente entre éstas y el Estado, es decir, la actitud del ente estatal frente a la empresa organizada como sociedad anónima, ya sea para permitir, proteger, regular, sancionar o simplemente ser indiferente. Este aspecto es clave en materia del debate del gobierno societario, pues nos referimos fundamentalmente al campo que dicha relación le entrega en el curso de la historia a la autonomía privada dispositiva de los particulares para organizar la creación y

⁶ Por eso es importante la discusión acerca de los intereses que deben tener en cuenta los administradores en el manejo de las empresas: o solamente el de los accionistas de obtener una utilidad, ya sea mediante el pago de dividendos o por el incremento del valor de sus títulos en el mercado de valores, o junto con el de los accionistas, el de los demás sujetos involucrados directa o indirectamente en la empresa: trabajadores, acreedores, los consumidores y el orden económico general.

⁷ Es decir, si los administradores son simples mandatarios de los accionistas y/o de la sociedad, caso en el cual priman únicamente los intereses del mandante, o deben observar los intereses de los demás intervinientes en la empresa por primar la teoría del órgano. Realmente esta discusión es interesante básicamente en las sociedades en las cuales existe una separación entre la propiedad y la gestión de los negocios. Este debate adquiere mayor interés en nuestro ordenamiento jurídico con ocasión de la Carta Política de

1991 y en especial por el artículo 333 de la misma.

⁸ Si bien el tema es nuevo en el ámbito nacional, es conveniente decir que el esquema de gobierno societario es natural de cada país y que por lo mismo importar instituciones que tienen una operatividad importante en otros sistemas empresariales sin una previa adaptación a nuestra manera de ser es un grave error. Ello no obsta para que no pensemos en el tema: hoy más que nunca en su historia Colombia requiere una reforma importante de su esquema y organización empresarial, sin que le sea permitido alejarse del principal debate que en la actualidad existe, no solamente en el derecho de sociedades sino también en el denominado derecho de empresa, acerca de la *corporate governance* o gobierno societario.

⁹ Ello quiere decir que nos encontramos ante una oportunidad de oro para pensar nuevamente la separación entre el sector bancario o financiero y el sector industrial.

el manejo de las compañías mercantiles, y a la influencia que ejerce sobre la capacidad de autoorganización de la empresa que el Estado entrega a los particulares¹⁰.

Así, examinando el mencionado aspecto, debemos determinar si el derecho de sociedades ha sido ajeno o no a los principales cambios filosóficos, políticos y económicos que han tenido lugar en el sistema capitalista, y la manera como éstos se reflejan en la autonomía estatutaria de la sociedad anónima, es decir, la capacidad de los empresarios de crear sus propias reglas organizativas y de funcionamiento del ente empresarial frente a las normas que al respecto ha dictado el ordenamiento jurídico, algunas imperativas y otras supletivas¹¹.

No hay duda, este tema de la autonomía contractual en el derecho de sociedades tiene una mayor importancia respecto de las denominadas sociedades de capitales, en particular la sociedad anónima, por constituir, junto al contrato, el principal instrumento que a lo largo de la historia aportó el derecho al sistema capitalista. Por esta razón en el presente escrito dejaremos de lado las demás clases de sociedad y nos concentraremos en la sociedad anónima, por ser el tipo societario que sirve mejor a los intereses de la gran empresa, por lo tanto la materia de su gobierno un mayor interés, y por la amplitud que tienen los particulares para organizar tanto su creación como su manejo.

Como es obvio la relación entre el Estado y la empresa, y dentro de ella la existente entre la autonomía privada y el derecho de sociedades, ha tenido una evolución en la cual los paradigmas que han guiado a la humanidad han jugado un papel fundamental, pues éstos constituyen los supuestos de fondo que inspiraron e inspiran aún la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas referidas a las sociedades comerciales.

Así, en la historia del derecho de sociedades encontramos tres paradigmas que han orientado la comprensión de este sector del derecho comercial, siendo el primero de ellos el referido al Estado liberal burgués, el segundo al Estado social de derecho y el tercero al Estado neoliberal.

Estos paradigmas se relacionan mucho con la autonomía privada pues, como veremos, en el primer modelo la libertad contractual será la reina, en el segundo ella casi desaparecerá y en el tercero resucitará, lo que confirma que dichos supuestos compiten entre sí y realmente tienen una simetría casi perfecta a lo largo de la historia del derecho de sociedades.

El péndulo en el predominio de los paradigmas hace dudar a los juristas acerca de la división en derecho público y derecho privado, pues se presentó una avalancha de principios del primero que invadieron el segundo, lo que hace pensar en una constitucionalización del derecho privado en razón de su materialización por una conexión permanente con los derechos fundamentales dispuestos en la Carta Política¹².

¹⁰ Nos referimos básicamente a la autonomía o libertad contractual que el Estado entrega a los particulares en la constitución o en la configuración jurídica de los estatutos sociales, obviamente entendiendo que en nuestro sistema la sociedad es un contrato (art. 98 C. Co.) y que por ello en principio las normas del derecho comercial al respecto son principalmente de naturaleza supletiva (art. 4º C. Co.).

¹¹ En el caso colombiano los cambios introducidos por la Constitución Política de 1991.

¹² Por esa razón no nos deben sorprender los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia empresarial, pues simplemente éstos se encuentran enmarcados en la Carta de 1991 y por ello en el Estado social de derecho. Mal podrían los jueces, en la actual estructura constitucional, fallar

No hay duda, el tema es interesante. La autonomía privada contra la autonomía pública en el derecho de sociedades: un argumento importante para ilustrarnos acerca de nuestra crisis empresarial, de la falta de competitividad de nuestro derecho de sociedades para atraer la mayor creación de empresas en territorio colombiano, olvidando que hoy más que nunca los Estados compiten con sus leyes para tener economías dinámicas, y en general para entender qué actitud deben adoptar tanto las normas como los juristas que las crean e interpretan de frente a nuestra realidad actual, pues realmente el interrogante consiste en determinar si es mejor dejar a los particulares que crean empresas la fijación de las reglas fundamentales del gobierno y funcionamiento de éstas, con una mínima intervención estatal, o si por el contrario debe prevalecer la óptica de una fuerte presencia del Estado como controlador de la iniciativa económica.

Para ilustrar el contenido, nos referiremos en primer lugar a la historia de la sociedad anónima, a la actitud del Estado y del sistema capitalista frente a ella, abordando después la relación autonomía privada-derecho de sociedades frente a la evolución de los paradigmas ligados al Estado liberal clásico, al Estado social de derecho y al Estado neoliberal, todos ellos con particular referencia al contrato como mecanismo jurídico para crear sociedades.

I. BREVE HISTORIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

SE LE ENTREGA UN LUGAR ESPECIAL A LA SOCIEDAD anónima por constituir el principal tipo de sociedad para la organización de la gran empresa; ello debido a su aptitud para atraer grandes sumas de capital, por tener una estructura que permite diferenciar el gobierno de la empresa de la propiedad sobre la misma y por ser el principal instrumento que aportó, junto con el contrato, el derecho al capitalismo durante toda su historia.

En la evolución histórica de la sociedad anónima se pueden encontrar tres períodos, siendo el primero el correspondiente a la época antigua, el segundo el de las grandes compañías, en el que se funda el verdadero y propio derecho accionario, y el tercero el de la regulación en derecho positivo.

A. ÉPOCA ANTIGUA

LA DOCTRINA, EN CUANTO A LA HISTORIA de la sociedad anónima, es clara al decir que no es correcto hacer una conexión, por lo menos directa, con instituciones antiguas y afines que no constituyen su antecedente¹³. No obstante, tal conclusión no puede ser aplicada cuando encontremos en dichas instituciones la semilla de algunas características que son de la esencia de la actual sociedad anónima, como por ejemplo el tema de la responsabilidad limitada de los accio-

teniendo en cuenta otros intereses por encima de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución como expresión de dicho Estado social. Las consideraciones económicas, políticas e incluso técnico-jurídicas ceden a dicho imperativo. Al respecto puede verse la sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, que

es el comienzo de dicha perspectiva de la interpretación del derecho privado en clave constitucional.

¹³ ANTONIO BRUNETTI. *Tratado del derecho de las Sociedades*, Buenos Aires, Uteha, pp. 1 y ss. Expresamente manifiesta este autor que en el origen de la sociedad anónima no existe relación con la *societas* romana.

nistas, la innata vocación de separar el control de la sociedad de la propiedad de la misma, su disposición para abordar importantes y grandes actividades empresariales, etc.

Así las cosas, observamos de todas maneras en la *societas publicanorum* el antecedente de cierta participación capitalista por parte de algunos socios respecto de los cuales se atenúa el carácter personal de la sociedad y se predica una responsabilidad limitada, teniendo la vocación de que el inversionista no sea el directo administrador de los negocios o actividades de la sociedad¹⁴.

B. NACIMIENTO DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA¹⁵

ES NECESARIO TENER EN CUENTA, CUANDO se analiza la evolución jurídica de cualquier institución, los aspectos sustanciales de la misma, más aún cuando estamos frente a figuras que se relacionan mucho con la economía y que por lo mismo no deben estar sujetas a un análisis simplemente formal, sino que por el contrario es menester ir a lo esencial de ellas para poder extraer conclusiones que aporten conceptos nuevos para entender la realidad actual.

En el desarrollo histórico de la sociedad anónima es conveniente destacar a las *maone*, que constituyeron el primer paso hacia las sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII, creadas por un grupo de ciudadanos que proveían al Estado de recursos para sufragar las costosas expediciones encaminadas a la conquista de una colonia, obteniendo a cambio de su inversión la administración y usufructo del territorio conquistado. Así, el crédito otorgado por los particulares al Estado era dividido en iguales cuotas que daban derecho a participar de los beneficios económicos obtenidos de la colonia, constituyendo los poseedores de los títulos una sociedad hasta la extinción del débito¹⁶.

Para ahondar un poco en el tema de las compañías coloniales podemos decir que se trataba de grandes empresas formadas por la confluencia de ingentes capitales que tenían por objeto la importación y exportación de bienes con las Indias Orientales.

El nacimiento de estas compañías tiene un marcado origen en el descubrimiento de tierras transoceánicas, lo que influyó mucho en la creación y desarrollo de la sociedad anónima con posterioridad al Descubrimiento.

Así las cosas, las nuevas tierras despertaron una sed de riqueza sin antecedentes, ánimo de lucro que desbordaba las capacidades individuales y que llevó a la necesidad de buscar asociaciones mayores en las que las compañías de Indias Orientales fueron las pioneras¹⁷.

¹⁴ En la *societas publicanorum* recordemos como existía un administrador, *manceps*, y unos participantes capitalistas que corresponden, más o menos, a los modernos socios comanditarios en las compañías comanditarias. Sobre la *societas publicanorum* puede verse VINCENZO ARANGIO RUIZ. *La società in diritto romano*; P. TALAMANCA. Entrada "Società in Diritto Romano", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè; JUAN IGLESIAS. *Derecho Romano: Historia e instituciones*, 11ª ed., Madrid, 1993.

¹⁵ Este segundo período es el más interesante pues la estructura jurídica adoptada por los empresarios se explica por la función económica que se pretendía desarrollar en ese momento de la historia.

¹⁶ SCIALOJA. *Sull'origine delle società commerciali. Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, p. 240, citado por BRUNETTI, p. 2. En últimas, la mencionada sociedad cuidaba de la administración de la colonia.

¹⁷ De las compañías de Indias Orientales podemos decir que las que más sobresalieron

Estas compañías se caracterizaban, principalmente la holandesa, por estar dividido y representado el capital en cuotas negociables que servían a la especulación, razón por la cual la compañía holandesa alcanzó una gran proporción y por ende estuvo expuesta al abuso de poder por parte de sus administradores, ello en primer lugar por la dispersión de los inversionistas, lo que permitía que los directores fueran ajenos a cualquier control por parte del órgano máximo, y en segundo lugar por el inmenso poder que en su momento tuvieron los administradores¹⁸.

Así mismo, las compañías coloniales se distinguían por no contar con estatutos, pues su fundación era de derecho público, por medio de un acto soberano denominado *oktroi*, razón por la cual su organización y manejo obedecía al capricho de los que más adelante irían a ser sus administradores. De otra parte, algunos opinan que en ese entonces los inversionistas no contaban con el beneficio de la responsabilidad limitada, pero la doctrina mayoritaria se fundamenta en que el mismo acto de derecho público que autorizaba su creación incluía como uno de sus atractivos para atraer la inversión privada la limitación de la responsabilidad a lo invertido¹⁹.

Con independencia de los abusos por parte de quienes manejaron las compañías coloniales, es importante entender que las mencionadas sociedades, que son el antecedente directo de la sociedad anónima, constituyeron instrumentos de canalización del ahorro y en general de los capitales improductivos a actividades empresariales con buenas perspectivas en cuanto a la producción y obtención de utilidades²⁰.

En cuanto al gobierno de dichas empresas tenemos que quienes gestionaban la empresa eran los mayores inversionistas y por tanto éstos detentaban un mayor poder en el seno de su órgano máximo y de la administración.

No obstante lo anterior existió una tendencia, importante en la evolución del derecho de sociedades en general, de entregar mayor poder a la asamblea de accionistas²¹ y de concebir a los administradores como representantes o mandatarios del cuerpo organizado de los socios²².

ron fueron la holandesa del 29 de marzo de 1602, la cual tenía dividido su capital en acciones de seis y medio florines cada una y que vivió hasta 1703. Esta compañía nació de la fusión de ocho compañías marítimas de pequeña dimensión, pero con la característica de que sus participantes tenían voluntad de especulación y una responsabilidad limitada. Otra muy importante fue la inglesa de Indias Orientales de 1612, la cual tenía un capital total, dividido en acciones, de 744.000 libras esterlinas y cada acción valía 50 libras, siendo disuelta en 1873. Finalmente, también se creó una Compañía Holandesa de Indias Occidentales en 1621, en la cual el Estado tuvo una pequeña participación. Sobre este tema puede verse BRUNETTI. *Op. cit.*, p. 9 y GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 43 y ss.

¹⁸ Dichos abusos conllevaron, respecto de la Compañía Holandesa de Indias Orienta-

les, que el Gobierno la interviniera ocho años después de su fundación (febrero de 1610).

¹⁹ Dentro de la primera corriente se encuentra BRUNETTI. *Op. cit.*; en la segunda, ESTEBAN VELASCO. *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

²⁰ Además es conveniente tener en cuenta que en el siglo XVII los medios del Estado no eran suficientes para sufragar las continuas guerras y las colonizaciones, razón por la cual se necesitó de la iniciativa y ahorro de los privados.

²¹ Es una tendencia que se revirtió hace mucho tiempo por la difusión del accionariado y por la toma del poder por parte de los *managers*. Esto se puede constatar en el derecho comparado, en el cual se comprueba que cada vez más la asamblea general de accionistas, por lo menos de las grandes sociedades anónimas, ya no detenta las competencias fundamentales y más importantes de los entes societarios.

²² Es importante tener en cuenta la distin-

De otra parte, examinado la historia de la sociedad anónima encontramos importante la actitud del Estado frente a la misma, posición que se deriva fundamentalmente de la reacción del ente estatal frente al surgir y moda instaurada por dicha clase de sociedad.

Por tal razón, es imperativo examinar la historia de la sociedad anónima desde el punto de vista de la libertad de constitución de dicha forma asociativa reconocida o no por el Estado, distinguiendo tres sistemas fundamentales que serán mencionados a continuación.

C. ACTITUD ESTATAL FRENTE A LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Se puede hablar de tres períodos importantes en la relación del Estado con la sociedad anónima:

– *El sistema del privilegio.* La sociedad anónima nace como una institución de Derecho Público mediante un privilegio concedido por el *oktroi*. No obstante ello, la organización interna de la sociedad era prácticamente de Derecho Privado pues el acto gubernamental solamente tenía un alcance relativo a la constitución de la compañía.

– *El sistema de la concesión.* Se entendió la utilidad de la sociedad anónima para la nación y sus habitantes, aceptándose que dicha forma asociativa naciera de la libre asociación, eso sí reservándose el Estado la facultad de autorizar tanto la constitución de la compañía como los estatutos de la misma, quedando la sociedad vigilada en forma permanente por el Estado.

– *El sistema de la reglamentación positiva.* Lo único que rige es la constitución del Estado, que solamente emite normas de carácter general a las que se encuentran sometidas todas las sociedades.

Esa fue la forma mediante la cual se llegó a la codificación de 1807, resaltando el punto importante en la evolución de la sociedad anónima consistente en que ésta surgió como una creación del derecho público, pues en su origen solamente podía darle vida el Estado²³.

De todas maneras y a pesar de los avances antes, del siglo XVIII la sociedad anónima era todavía incompleta, pues en ella se manifestaba aún un carácter personal importante, en el que el concepto de responsabilidad limitada no era una regla general y en la mayoría de los casos la asamblea no era un órgano deliberante sino de gestión.

Realmente todavía no se había llegado a concebir la sociedad anónima como unión de capitales, derivando así la principal característica, consistente en la separación del capitalista de la empresa, pues la despersonalización no fue muy

ción entre órgano máximo y administración, independientemente de que algunos administradores fueran o no inversionistas, pues lo que interesa es la separación ya existente entre propiedad y manejo de la empresa.

²³ De todas maneras es conveniente afirmar que antes de la codificación de 1807 la revolución condenó la sociedad anónima por considerarla un privilegio. En el Code de Commerce es importante citar los artículos 33 y 34 que se refieren a la responsabilidad limitada del accionista y al concepto de acción, respectivamente; el artículo 37 que

retorna al sistema de la concesión por temor al fraude y mal gobierno de la sociedad anónima, lo que influyó mucho a los códigos italianos de 1865 y 1882, tal como lo afirma BRUNETTI. *Op. cit.*, p. 19. Dicho autor narra la forma como en 1863 (ley del 23 de mayo) se suprimió la autorización previa para las sociedades cuyo capital no excediera los 20 millones de francos, y cómo finalmente por la ley del 24 de julio de 1867, en su artículo 21, fue abolida la autorización gubernamental para todas las sociedades.

clara al principio, entre otras razones por la limitación en la aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica en ese entonces.

En conclusión, las principales características de la sociedad anónima, entendida como una compañía de capitales, surgieron con el transcurso del tiempo, no en forma espontánea, pero lograron su consolidación y mayor desarrollo en la era del capitalismo, como entraremos a examinar en el próximo punto²⁴.

II. SOCIEDAD ANÓNIMA - GOBIERNO SOCIETARIO - ECONOMÍA CAPITALISTA

PARA ANALIZAR ESTE PUNTO ES MENESTER partir de la base de la conexión existente entre la evolución de la sociedad anónima y su gobierno con el desarrollo mismo de la economía capitalista, no solamente para determinar y acertar ciertos datos históricos, sino para lograr el entendimiento de las razones por las cuales se ha pasado de un sistema imperativo del derecho accionario a uno de mayor libertad y viceversa.

No existe duda acerca del hecho consistente en que la sociedad anónima fue y es el principal mecanismo entregado por el Derecho para organizar jurídicamente la gran empresa capitalista, razón por la cual es necesario entregar una visión de dicho tipo societario relativa a su función en el sistema económico.

Aquí es pertinente tener en cuenta la distinción de los conceptos empresa y sociedad, designando la primera palabra una actividad económica organizada o la unión de los factores de la producción, siempre bajo una idea organizadora²⁵; la segunda expresión se refiere más al empresario colectivo, es decir, al titular de la empresa o, mejor, al empresario en sí.

De todas maneras, la sociedad es una de las formas o alternativas que entrega el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la actividad empresarial, ejercicio que normalmente, en el marco de las sociedades que son titulares de grandes empresas, es desarrollado por personas idóneas, quedando el accionista o capitalista limitado a su actuación en el seno del órgano del empresario-sociedad, entendiéndose asamblea general, llegando a una apatía total sobre la forma como marcha la empresa e incluso ignorando quién la dirige²⁶. En realidad la asamblea general de accionistas tendrá oportunidad de examinar la labor de los expertos solamente en contadas ocasiones, aprobando su gestión o reprobándola, lo que es poco probable, sin contar con toda la información necesaria, prácticamente a ciegas.

Esta situación se refleja actualmente en el funcionamiento de las sociedades cuyos títulos se encuentran inscritos en bolsa, en las cuales los inversionistas-especuladores adquieren un determinado número de acciones y no se interesan sino por la valoración de ellas en el mercado bursátil, olvidando aspectos tales como de qué sociedad son los títulos, quién administra a la misma, etc., lo que proviene de una apatía del accionista en las materias del gobierno de la empresa

²⁴ P. SOMBART. *Il capitalismo moderno*, Florencia, 1925, p. 273.

²⁵ Hoy en día las ideas y los conocimientos son más importantes que los bienes de capital propiamente dichos; ello hasta el

extremo de hablar de una economía de la innovación o de las ideas.

²⁶ FRANCESCHELLI. *L'imprenditore nel nuovo codice civile*, Turin, 1943, p. 23.

y que hace necesaria una nueva reflexión profunda por parte de la doctrina acerca de las utilidades y el *animus societatis* como requisitos de existencia del contrato de sociedad que da origen a una compañía con acciones inscritas en bolsa²⁷.

Aludiendo entonces a la separación entre la propiedad y el manejo de la empresa societaria es conveniente decir que la misma se produce principalmente en la sociedad anónima cuyos títulos están inscritos en el mercado bursátil (sin descartar las demás sociedades anónimas que no reúnen dicha condición) y no en las denominadas sociedades de personas, en virtud principalmente de las exigencias, cada vez mayores respecto de aquellas, de una mayor especialización del trabajo y de las funciones en el seno de la empresa, y por consiguiente de una mayor diferenciación entre labores estrictamente técnicas y funciones meramente administrativas, produciéndose de contera la separación de los accionistas de la vida de la empresa correlativamente con la lejanía de los *managers* respecto de la propiedad de la misma.

Esta separación de la propiedad y el manejo de la empresa se acrecentó en el sistema capitalista por la capacidad de la sociedad anónima, entendida aquí como un instrumento jurídico, para movilizar cada vez mayores cantidades de capital y hacerlo circular mediante títulos sin el cumplimiento de formalidades o procedimientos que no obstaculizan así la circulación de la riqueza²⁸.

De todas maneras es conveniente examinar la evolución de la sociedad anónima y su gobierno respecto del Estado, no solamente entendida dicha conexión respecto del control externo por parte del segundo sobre el manejo de la primera, sino también como determinante de los paradigmas que inspirarán el fondo del entendimiento y desarrollo del derecho de las sociedades anónimas en la perspectiva de la autonomía privada.

III. CAPITALISMO CLÁSICO - DERECHO DE SOCIEDADES - AUTONOMÍA PRIVADA

ES PRECISO ENTENDER, CITANDO A RIPERT, que “... *los efectos de una revolución aparecen mucho más tarde que los acontecimientos revolucionarios*”, para asimilar que la revolución de 1789 no trató posiblemente de instaurar el capitalismo, pero sí destruyó el antiguo orden que se le oponía instaurando un régimen que aseguró su triunfo²⁹.

²⁷ Por esa razón es que el tema del gobierno de la sociedad anónima adquiere especial relieve respecto de las sociedades cotizadas, pues en éstas es muy difícil encontrar los elementos de existencia tradicionales del contrato de sociedad, tales como las utilidades, respecto de las cuales su obtención se logra por la especulación bursátil y no por la distribución o pago del dividendo, y el conocido *animus societatis* porque el inversionista público adquiere las acciones en la bolsa, ignorando muchas veces que otras personas son accionistas-socios de la compañía. Sobre este tema puede verse, con

particular referencia a las sociedades cotizadas, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA *et al.* *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid/Barcelona, Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

²⁸ ADOLF BERLE y GARDINER MEANS. *The Modern Corporation and Private Property*, Nueva York, MacMillan, 1933, reimpresión Buffalo, New York, 1982.

²⁹ Georges RIPERT. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 10.

Realmente, la revolución en el año de 1791 afirmó la libertad de industria y de comercio³⁰, adicionalmente suprimiendo con posterioridad las asociaciones libres y voluntarias, pero en realidad no constituyó un nuevo orden en remplazo del anterior.

Lo que sucedió es que, a pesar de no haber querido instaurar voluntariamente un nuevo sistema, de las condiciones creadas por la revolución surgió y se desarrolló un nuevo orden, principalmente por la maravilla que produjo en la generalidad el concepto de libertad en la propiedad, considerada sagrada, y en la formación del contrato, dos conceptos que serán los pilares fundamentales del Estado liberal clásico y del nacimiento de lo que más tarde será denominado sistema capitalista.

Pero no podemos caer en la tradicional concepción, en el sentido de que la libertad política es un sinónimo del régimen capitalista: nada más alejado de la realidad, pues de verdad nada puede estar más apartado de la democracia que el autoritarismo económico emanado del capitalismo. En realidad la revolución, sin proponérselo, instauró o creó un ambiente jurídico favorable al surgimiento del capitalismo³¹, haciendo coincidir el nacimiento de éste con la libertad política, todo bajo la tutela de los principios de la revolución de 1789.

Lo esencial del régimen capitalista instaurado indirectamente por la revolución de 1789 consiste en la libertad de los privados de apropiarse y organizar libremente la empresa, llegando por añadidura dichos sujetos a influir en la vida social, económica y política de entonces, produciendo entonces una situación en la que el régimen capitalista se manifiesta en su mayor intensidad.

Así las cosas, el derecho de sociedades, y dentro de éste la sociedad anónima y su gobierno, no pasó inadvertido a esta influencia emanada del ejercicio de la libertad, especialmente la contractual, propia del Estado liberal clásico. Nada entrega más libertad a los agentes económicos que intervienen en la vida de la sociedad anónima que considerar a la sociedad como un ente moral que nace de un contrato, el cual no está excluido de la norma general de la autonomía contractual.

Por ello la autonomía y libertad de los contratantes respecto de las sociedades comerciales era la reina, no era un poder concedido sino natural o innato al contratante³², siendo mal vista cualquier intervención del Estado, aun por medio de leyes, para regular la actividad económica realizada por un empresario organizado en forma de sociedad anónima.

Ante esta posición podemos deducir que en el ámbito de la sociedad anónima los únicos intereses en juego tenidos en cuenta por la ley eran los de los contratantes, es decir, los de los accionistas, sin que fuera lícito pensar en la protección de esferas diferentes a las de las partes del contrato de sociedad.

³⁰ Ley 2ª del 17 de marzo de 1791, citada por Ripert.

³¹ Libertad de industria y comercio, autonomía contractual en su máxima expresión, el derecho de propiedad, la especulación, etc.

³² Todo lo contrario a lo que ocurrió al inicio cuando la sociedad anónima surgió del derecho público, entre otras razones por las necesidades mismas del Estado de reunir capitales grandes para sufragar las expediciones al nuevo mundo. Solamente con la

Revolución Francesa y la codificación de 1807 la sociedad anónima es considerada como una institución de derecho privado, exactamente un contrato, para organizar la empresa de grandes dimensiones, en el que la voluntad de las partes es determinante. Sobre este punto véase GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 43 y ss.; GEORGES RIPERT. *Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno*, cit., p. 38.

Todo esto generó el desecho de consideraciones respecto del bienestar social, pues éste se alcanza más fácilmente mediante la protección de la autonomía contractual, lo que supone la razón por la cual el Estado está llamado a ser un simple espectador³³.

Pero este capitalismo, caracterizado por la alianza entre poder económico y poder político, debida en gran parte a su nacimiento común, estuvo vigente durante todo el siglo XIX, lo que contribuyó a que dicha alianza produjera un sistema normativo adecuado para el éxito y la supervivencia de ambos poderes, pues partía de la premisa de la permisividad y de la creación de una mentalidad basada en la posesión de la riqueza³⁴.

De todas maneras a comienzos del siglo XIX se presenta un paso fundamental: se generalizan los derechos políticos, es decir la democracia, y éstos se extienden a la mayoría de la población, surge el socialismo como contraposición del capitalismo y esto se refleja en el ordenamiento jurídico que contiene normas que permiten la intervención del Estado por medio de una mayor actividad de los parlamentos, lo que conduce a que se acepten las injerencias del poder estatal, las que al principio son acogidas e incluso consideradas necesarias.

Esa injerencia del Estado fue aceptada principalmente porque el anterior escenario se agotó, y por ello fue solamente temporal, pues la época de la abundancia llegó a su fin y el sistema generó grandes desigualdades que los conceptos absolutos de propiedad privada y libertad contractual no pudieron solucionar; en pocas palabras, el capitalismo que se desarrolló a partir de la revolución hizo crisis, y de la época de la riqueza se pasó a la de la escasez, conllevando, como veremos más adelante, una necesaria intervención del Estado para salvar la economía y la nación, promulgando leyes que afectan de manera directa e indirecta la actividad empresarial y por tanto el derecho de sociedades, principalmente referido a la sociedad anónima.

³³ Nuestro derecho de sociedades todavía se funda en la noción de contrato, exactamente plurilateral, para el nacimiento y funcionamiento de las sociedades comerciales. En nuestro ordenamiento jurídico no existen sociedades sin contrato, lo que supone en cierta medida la vigencia de la tendencia, al menos desde el punto de vista del derecho positivo, contractual clásica inspirada en los principios de la revolución del 89. No obstante, la naturaleza contractual o institucional de la sociedad comercial, es decir, si esta nace o no de un contrato o es una institución, no es determinante a la hora de fijar los criterios o los intereses que deben ser tenidos en cuenta en su regulación por parte del ordenamiento jurídico. Simplemente, si se trata de un contrato, se regulará más imperativamente el negocio que da vida a la sociedad. En el fondo la discusión importante es regresar un poco a la teoría de la empresa y acoger o no una tendencia que privilegie los intereses de los accionistas o los de todos los que se relacionan con el ente económico. La verdad es que hoy, indiscutiblemente, se acepta que la

empresa tiene una función social que no se agota en sus propietarios, y lo que se discute es el mecanismo más apto para desarrollar esa función: privilegiando a los accionistas y por esa vía el conglomerado social, o favoreciendo más directamente a todos los interesados, trabajadores, consumidores, acreedores, etc.

³⁴ No debemos olvidar que el derecho comercial nació como rama del derecho en la edad media, como un producto de clase, es decir, un derecho creado por y para los mercaderes de entonces, vinculando con sus reglas incluso a los extraños a su clase que hicieran negocios con ellos. Ese derecho se creó a espaldas de la sociedad política y solamente después conquistó, por medio de su poder económico, el poder político de entonces en el ámbito del común de la edad media. Ante esto no podemos decir que solamente con la Revolución Francesa de 1789 el poder económico se unió con el poder político para ejercer la dominación en la sociedad de entonces. Puede verse FRANCESCO GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bolonia, Il Mulino, 1980.

Para finalizar el presente acápite es conveniente decir que el derecho de sociedades que se presentó durante este período estuvo dominado por la libertad contractual, en primer lugar por la consideración absoluta de la sociedad como un contrato, y en segundo lugar por estar inserto en una comunidad jurídica en donde regían los paradigmas instaurados por el capitalismo clásico, es decir, el derecho de propiedad y la autonomía contractual. Esto, como es obvio, trajo como consecuencia la liberación del gobierno de las sociedades anónimas, es decir, los administradores tuvieron la mayor libertad para actuar, ello por ausencia, por principio, de una intervención importante del Estado, que no existe como control externo de la gestión, y de los accionistas, que tuvieron como única finalidad la multiplicación de sus inversiones en las sociedades independientemente de la forma como éstas fueran manejadas, entre otras cosas por ser sus intereses los preponderantes sin consideración alguna, incluso por parte del legislador, de los demás intereses presentes en la estructura de la sociedad anónima.

IV. EL CAPITALISMO - LA INSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA - AUTONOMÍA PRIVADA³⁵

VIMOS CÓMO DURANTE LA PRIMERA FASE DE la vida de la sociedad anónima no se generaron resistencias en contra de ella, y que por el contrario toda la comunidad jurídica estaba convencida de los importantes servicios que dicha figura le había prestado al capitalismo y en general a las ideas liberales, pues había sido hasta ese entonces un instrumento, no sólo jurídico sino también económico y político, para generar desarrollo por medio del incremento de la producción.

No obstante dicha situación, todo modelo se agota y produce también efectos nocivos, y en el caso de la sociedad anónima encontramos que su gobierno, influido por los principios del capitalismo clásico, generó injusticias grandes, no sólo económicas, que afectaron gravemente el conglomerado social y económico de la época³⁶.

Así las cosas, se crearon grandes monopolios que afectaron fuertemente el mercado y la libertad contractual que era esencial en el capitalismo clásico, pues se concentró de tal manera la riqueza que prácticamente la mayoría de agentes económicos no disponían de sus intereses en forma libre sino condicionados por la fuerza excesiva de las sociedades anónimas con las cuales contrataban.

De otra parte, se disoció totalmente la administración o manejo de las empresas y la propiedad de las mismas, lo que tiene una importancia grande no sólo para los agentes económicos sino para la sociedad en general, pues ello puso en posición privilegiada a los directores respecto de todos los demás ciudadanos³⁷.

³⁵ Sobre el institucionalismo puede verse un escrito célebre de un industrial alemán anterior a la Segunda Guerra Mundial, WALTER RATHENAU, traducido al italiano como "La realtà della società per azioni", en *Rivista delle Società*, Milán, Giuffrè; también sobre el institucionalismo puede verse PIER GIUSTO JAEGER. *L'interesse sociale*, Milán, 1964, p. 14; RIPERT. *Op. cit.*, pp. 93 y ss.

³⁶ F. DAMALAS. *La crise du capitalisme et le*

problème de l'économie dirigée, París, 1946, p. 156.

³⁷ No solamente los directores contaban con el poder económico en razón de ser representantes de los accionistas más pudientes, sino que además influían bastante en la vida política de entonces, todo en razón de que, en pocas palabras, detentaban en forma encubierta la dirección de la economía.

La anterior situación fue determinante para que el Estado comenzara a reglar la autonomía contractual y por ello, como dice Ripert, "... la lucha ha sido dirigida contra esta libertad en nombre de la libertad misma".

El liberalismo clásico partía de la libertad contractual en general y por tanto en la constitución de la sociedad anónima los contratantes tenían autonomía para organizar la empresa y su gobierno de conformidad con sus intereses; ello era justo en razón de que el negocio era discutido y pactado libremente por las partes. No obstante lo anterior, lo cierto es que pronto los principios de este liberalismo hicieron crisis, especialmente en razón de que se comprobó que las sociedades anónimas no solamente comprometían los intereses de los accionistas sino también los de la nación y por tanto era esencial sentar reglas mínimas sobre su gobierno.

Adicionalmente, se concluyó que de nada sirve tener unos principios inspiradores de la libertad si ésta en la esfera de la realidad no se logra en el campo negocial. No es lógica una situación en la que el contrato es la disimulación del predominio e imposición del más fuerte, quedando la idea de libertad en un simple sofisma³⁸.

Por lo anterior se produjo una avalancha de normas imperativas en el derecho de los contratos y por tanto en el ámbito del derecho de sociedades, hablando Jossierand de la "publicización del contrato"³⁹ que se presenta para proteger a las partes débiles del mismo⁴⁰.

La imperatividad del derecho de sociedades se fundamenta en la necesidad de proteger a los débiles en el marco contractual que se desarrolla alrededor de la sociedad anónima, entre otras razones para lograr una igualdad real y no ideal, pues la situación anterior permitía que ciertos agentes económicos estuvieran privilegiados frente a la generalidad de ciudadanos⁴¹.

La primera versión de las restricciones a la autonomía privada se fundamentó en la separación entre la propiedad y el control de las empresas, pues ante esa situación es lógico que los accionistas, más aún en aquellas sociedades anónimas que cotizan en bolsa, se encuentren desprotegidos ante el abuso de los gerentes en el gobierno de la empresa, esto en razón de que la asamblea de accionistas no es el órgano más adecuado para lograr un control efectivo de la gestión, a lo que se suma la dispersión del accionariado que produce un órgano meramente deliberativo cuya reunión es difícil y costosa.

Así, se produjeron normas relativas a los deberes y responsabilidad de los administradores, normas que fueron expedidas fundamentalmente para las so-

³⁸ Por ejemplo, lo que sucede con las grandes sociedades anónimas que imponen a sus clientes y aun a sus trabajadores el contenido de los contratos.

³⁹ JOSSEIRAND. *La publicisation du contrat*, Etudes Lambert, 1938, T. III, p. 143, citado por RIPERT. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., p. 40.

⁴⁰ En el derecho de empresa se admite que esa es la coyuntura que permite o crea las condiciones necesarias para el nacimiento del derecho del trabajo, el cual busca fundamentalmente restablecer la igualdad de las partes sacando el arrendamiento de servicios del derecho privado para pasarlo a un

derecho público de carácter imperativo. Este es uno de los principales logros en la evolución jurídica del derecho, pues prácticamente todo el contrato de trabajo, o mejor la relación laboral, se encuentra dictada imperativamente por el legislador.

⁴¹ En la actualidad dicha imperatividad se dirige fundamentalmente a la protección de los accionistas minoritarios en el derecho de sociedades y de los trabajadores de la empresa en el derecho laboral. Realmente cada vez es más clara la necesidad de armonizar estas dos ramas del derecho para lograr una regulación más eficiente y justa.

ciudades anónimas, en las que la gestión no la realizan los accionistas⁴² y que pretenden lograr una protección de éstos estableciendo la imposibilidad de limitar la responsabilidad de los administradores, incluso por medio de cauciones prestadas con pólizas de compañías de seguros, o presumiendo la culpa o el dolo en conductas que afecten a la sociedad, a los accionistas e incluso a terceros, etc. lo que condujo entonces a una creciente imperativización del derecho de sociedades, especialmente respecto de las normas que regulan el gobierno de las compañías mercantiles⁴³.

En realidad se debió abandonar la libertad ilimitada para pasar a un sistema de economía dirigida⁴⁴, modelo que prevaleció aun después del restablecimiento de la democracia afectada por la Segunda Guerra Mundial, coyuntura que sirvió para determinar que el capitalismo clásico y la democracia sí tuvieron un nacimiento común con la revolución de 1789 pero no se suponen el uno al otro.

Todo lo anterior constituye el presupuesto para entrar en una fase en la cual el esquema contractual entra en crisis respecto de la sociedad anónima, además de que no es clara la participación en el contrato de sociedad de quienes adquieren unas acciones en bolsa, pues en primer lugar no conocen a los demás accionistas o contratantes y ni siquiera tienen oportunidad de indagar acerca del objeto y la administración de la sociedad⁴⁵.

Esto se confirma con la existencia de una categoría de accionistas que es denominada como nómadas⁴⁶, pues permanece poco tiempo como asociada y constituye un factor fundamental para la circulación rápida de la riqueza en la economía, la que se fortalece considerablemente con la introducción de las acciones al portador⁴⁷, logrando entre otras cosas no solamente la representación de una participación en el capital y por tanto en el patrimonio de la sociedad anónima, sino también deslindar la participación de la persona del accionista; es decir, el título accionario es autónomo e independiente de la persona de su propietario.

Así las cosas, la calidad de socio dejó de tener un carácter *intuitum personam* para convertirse en *intuitum pecuniae*, es decir, la condición de accionista deviene

⁴² A pesar de ello, equivocadamente el ordenamiento societario colombiano insiste, en los artículos 23 y siguientes de la Ley 222 de 1995, en dictar normas para todas las clases de sociedades. No puede equipararse un administrador de una comanditaria simple al administrador de una sociedad anónima inscrita en bolsa.

⁴³ Se limita así la autonomía estatutaria que exonera a los administradores de responsabilidad por vulnerar sus deberes básicos de diligencia y lealtad o la posibilidad de desarrollar las denominadas "píldoras venenosas" para evitar una OPA que posiblemente conlleve su remoción.

⁴⁴ Es una política que data del final de la Primera Guerra Mundial y que fue muy tenue al principio, pero que se fortaleció con ocasión de la gran depresión y de la miseria que produjo la Segunda Guerra Mundial. Un caso en el que capitalismo y democracia no están totalmente conjugados es el de China.

⁴⁵ Eso es claro cuando se observa que quien compra acciones de una sociedad anónima cotizada en bolsa celebra un contrato, que no es el de sociedad propiamente dicho, de suscripción de acciones regulado en lo fundamental en los artículos 384 y siguientes del Código de Comercio colombiano.

⁴⁶ V. LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne*, Grenoble, 1937, citado por RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., p. 94.

⁴⁷ Casi podemos decir con BRUNETTI, p. 38, en la obra citada, que con la introducción de las acciones al portador se inauguró, o mejor, se comenzó, una nueva fase del capitalismo, circunstancia que nosotros no hemos entendido jamás, pues resulta paradójico que en un proceso de integración como la Comunidad Andina de Naciones se hayan suprimido las acciones al portador, lo que significó a largo plazo un estancamiento de la circulación de la riqueza.

fungible, pues desde entonces y en la actualidad en las sociedades anónimas de grandes dimensiones se puede entrar y salir de la sociedad cuando se quiera y en la forma que consienta el patrimonio de cada cual, haciendo circular la riqueza y por tanto la propiedad de las empresas. Esa es la función que ejerce la sociedad anónima respecto de la economía contemporánea⁴⁸.

Por esta razón, el elemento contractual pierde fuerza en la vida de la sociedad anónima, entre otras razones por la vigencia de la regla según la cual las minorías deberán siempre acatar las determinaciones que se tomen por mayoría, incluso aquellas que modifican el contrato o acto constitutivo, lo que conlleva necesariamente la necesidad de establecer la naturaleza jurídica de la sociedad comercial, más aún con los nuevos paradigmas vigentes en la comunidad jurídica, es decir, con la imperatividad y de contera la limitación de la libertad contractual en el derecho de sociedades.

Un sector importante de la doctrina, en el cual sobresale Hauriou, afirma que la sociedad anónima es una institución⁴⁹, entre otras razones por tener semejanzas importantes con el Estado al copiar su forma, pues se trata de una democracia perfecta en la cual el órgano supremo es la asamblea general de accionistas, ello por detentar la soberanía y el poder primario al interior del ente social.

De todas maneras la asamblea se reúne, como el parlamento de un Estado, respetando la ley imperativa y los estatutos, lo que conlleva que por principio democrático los que observen cualquier irregularidad del órgano tengan derecho a solicitar un control judicial del acto.

Así las cosas, la asamblea general de accionistas es el órgano soberano al interior de la sociedad anónima, motivo por el cual detenta las competencias más importantes dentro de la misma, entre ellas elegir democráticamente a quienes dirigirán los destinos de la persona moral, acto que no debe tomarse como un simple mandato sino más bien como una determinación política tomada por el órgano para que los seleccionados representen no a los accionistas sino a la sociedad entera, como un presidente a la nación.

Encontramos entonces que prácticamente existen los mismos poderes al interior de la sociedad anónima y al interior del Estado: un legislativo y un ejecutivo, independientes en la sociedad anónima pues se sienta el principio de que la asamblea no puede revocar libremente a los administradores que gobiernan, pues éstos no son representantes sino un órgano que merece toda la autonomía que tiene el poder ejecutivo según el derecho público. A estos poderes se le suma el judicial, que en Francia comenzó a denominarse arbitraje y en Italia es el famoso Collegio Sindacale.

Todo lo anterior conllevó a asimilar el accionista al ciudadano, el cual detenta la soberanía pero delega el gobierno a otros, conservando la propiedad de la sociedad, poder que como confirmaremos es más ideal que efectivo, pues no es suficiente el reconocimiento de un derecho cuando en la práctica no existen mecanismos para ejercerlo con efectividad y hacerlo respetar.

Así las cosas, se trasladan los principios democráticos al seno de la sociedad anónima, pero la pregunta que surge es acerca de la aptitud del pueblo de una nación para tomar determinaciones de índole económica, financiera y

⁴⁸ Cuando nos referimos a sociedades anónimas de grandes dimensiones aludimos principalmente a las que tienen inscritos sus

títulos en el mercado de valores.

⁴⁹ A. HAURIOU. *Théorie de l'institution*, 1935.

administrativa. Al trasladar el interrogante a la sociedad anónima tenemos entonces una discusión acerca de la competencia de los accionistas y en realidad de la asamblea general para decidir sobre asuntos de naturaleza técnica.

Esta ha sido una de las causas fundamentales para que en el derecho comparado afirme que, especialmente en los países de corriente institucional, como Alemania y Argentina, se han cercenado gran parte de las competencias de la asamblea general, entre otras razones por ser ésta simplemente, en la realidad, un órgano que aprueba sin conocimiento de causa las determinaciones ya previamente tomadas, incluso ya ejecutadas, por los administradores.

Y allí es donde la sociedad pierde su naturaleza contractual: los accionistas muchas veces ignoran que lo son, no van a las reuniones, no conocen a los demás, no tienen conciencia del interés de la empresa y posiblemente son accionistas por el día de la asamblea, pues al otro día negocian sus acciones. A esto se suma el factor consistente en la casi imposible reunión física de los accionistas de las sociedades con un accionariado muy difuso y numeroso, lo que deriva necesariamente en la necesidad de una limitación al derecho de asistir a la reunión y votar.

Además de lo anterior, la situación es tal que el orden del día es fijado por los administradores, que además es casi imposible ocuparse de asuntos distintos, a menos que la administración acceda, y que incluso la elección de los nuevos miembros del órgano administrativo sea manipulada por los administradores en ejercicio de su cargo que se hacen reelegir o simplemente hacen designar a sus delfines⁵⁰.

Vemos cómo la naturaleza contractual de la sociedad comercial pierde vigencia con el aumento de poder de los administradores y la correlativa lejanía de los accionistas, que tienen formalmente la propiedad de la empresa pero no su control real.

Ante esa situación no hay duda entonces que el Estado debe proteger el ahorro que sirve para crear y reforzar las empresas organizadas bajo el esquema societario, en particular en forma de sociedad anónima, pues ésta es un instrumento esencial del mundo capitalista.

Por esa razón, entre muchas otras, la sociedad anónima es una institución⁵¹, pues involucra tantos intereses que las relaciones en su interior y hacia el exterior no pueden ser reguladas por la libertad contractual en su máxima expresión, debiendo el Estado intervenir y entregar los medios necesarios para alcanzar un ejercicio de la libertad que se conjugue con los intereses generales y que proteja la eficiencia económica que necesita el mercado.

Pero en esa institución los accionistas casi no tienen influencia: ellos solamente aportaron bienes para la constitución del patrimonio de la misma, la cual en adelante funcionará, con su personalidad jurídica, en forma autónoma respecto de los accionistas.

No obstante lo anterior, se debe buscar que la mayoría de leyes que dicte el Estado sobre sociedad anónima reconozcan la libertad contractual; es decir, las leyes tratarán de respetar al máximo la voluntad de las partes en los asuntos que el legislador considera que pueden disponer.

⁵⁰ Esta situación se presenta obviamente en las sociedades anónimas que tienen un carácter estrictamente de capitales.

⁵¹ RIPERT la llama máquina jurídica. *Op. cit.*, p. 110.

Siguiendo con la teoría de la institución, se considera entonces que la sociedad anónima conserva un aspecto muy importante de su nacimiento: no es ajena al interés general y por tanto al derecho público, pues en el fondo se protege el ahorro que es destinado, no por el sector financiero sino por los ahorradores comunes y corrientes, a las empresas del sector industrial, protegiendo así no solamente los intereses del mercado y de sus actores, sino también el de los que aportan sus servicios a la actividad empresarial, los trabajadores, y de quienes reciben sus servicios o adquieren sus productos, los consumidores⁵².

La teoría institucional pregonaba entonces que todavía, como desde el inicio con las compañías coloniales mencionadas en la primera parte de este escrito, la sociedad anónima es una creación del Estado, pues para crear una sociedad comercial es necesaria la intervención del poder público que supedita su constitución y reconocimiento, aun de la personalidad jurídica, al cumplimiento de ciertos requisitos y que además el Estado se encuentra allí siempre que existan abusos a la ley, y en especial de los administradores, en el gobierno del empresario-sociedad anónima.

Por ello, el Estado debe reglar la institución, pues ésta involucra el interés general y no solamente el particular; la autonomía contractual no es apta para regular intereses que escapan a su competencia y que sobrepasan el interés individual. En pocas palabras, todos los aspectos que involucra la sociedad anónima y la empresa que ella desarrolla y de la cual ella es titular no están inmersos en el contrato de sociedad, siendo necesario que el Estado por medio de leyes intervenga para asegurar la protección de todos los intereses, unas veces en forma imperativa, otras veces orientando a los particulares por medio de leyes dispositivas.

Ahora bien, dijimos anteriormente que el Estado interviene mediante leyes que tienen como finalidad diseñar el plano o la estructura de la institución, en especial en los siguientes aspectos:

– *Tipicidad*. Es necesario crear un conjunto de sociedades aptas para las empresas que se pretende crear, siendo fundamental respecto de la sociedad anónima exigir un capital mínimo y un número mínimo de accionistas, requisitos que no deben aplicarse a las demás clases de sociedades que se crean para empresas considerablemente pequeñas, por ejemplo las familiares. En otras palabras, el derecho de sociedades debe ser típico, es decir, la sociedad anónima es solamente uno de los tipos de sociedad que la ley autoriza de manera taxativa crear, pues no existen compañías mercantiles atípicas.

– *Constitución*. Si bien es cierto que el esquema liberal clásico instauró la libertad en la constitución de la sociedad, la necesidad de verificar las declaraciones de los contratantes y del efectivo pago de los aportes, como la valoración de los mismos, debe ser cubierta por alguien. En algunos países entonces se utiliza aún la figura del notario, lo que ha permitido en algunos casos evitar fraudes pero no cerrar totalmente la puerta a la posibilidad de burlas a la ley⁵³.

⁵² TULLIO ASCARELLI. "Problemi preliminari nella riforma delle società anonime", en *Foro Italiano*, 1936, IV.

⁵³ Se suele acudir al sistema de las nulidades para sancionar la ilegalidad en el acto creador de la sociedad, pero esto según la teoría institucional no es suficiente por la

necesidad de prevenir fraudes que no solamente lesionan a los contratantes sino a la generalidad. Por ello es necesario un sistema de control previo de legalidad en la constitución de la sociedad anónima, el cual comenzó a funcionar en Alemania con la ley del 30 de enero de 1937.

– *Administradores*. Es necesario que la administración de la sociedad cumpla con sus deberes en forma estricta, siempre en interés de la sociedad, pues de lo contrario incurrirá en responsabilidad. Las normas que regulan este aspecto de la responsabilidad son indisponibles por los particulares y son aplicables a todas las sociedades.⁵⁴

– *Supervisión estatal permanente*. El Estado no debe conformarse con vigilar el nacimiento de la sociedad anónima, pues la potencialidad de abuso hacia los accionistas y hacia el interés general es mayor cuando la empresa está ejerciendo su actividad. Ahora bien, la supervisión debe ser técnica y dirigida a que los particulares no dispongan de intereses ajenos a su esfera por pertenecer a un ámbito público.

Los anteriores son solamente algunos de los aspectos en que el Estado debe intervenir y sustraer a la disposición particular, siempre en aras de proteger el interés general involucrado en la empresa, pues se repite que en ella no solamente están los accionistas sino también sujetos que merecen toda la tutela del ordenamiento jurídico, comprendiendo en él tanto al derecho público como al privado.

A esta situación relativa a la importancia de la sociedad anónima respecto del sistema capitalista contribuyó la evolución del concepto de empresa, lo que conllevó en cierta medida la combinación de las fórmulas del derecho privado con las del Derecho Público y la economía política, pues este concepto comprende todos los intereses cuya mezcla se encuentra en el seno de la empresa, quizá equilibrándolos y de contera produciendo un debilitamiento del autoritarismo del capital en razón de la importancia de la política de salarios, de la producción y en general de los costes, argumentos que necesariamente tienen naturaleza económica y política⁵⁵.

No obstante lo anterior, la sociedad anónima como institución presenta un punto muy débil: crea una confusión entre sociedad y empresa cuando realmente son dos cosas distintas.

Dicha situación tiene como consecuencia una confusión mucho más importante, primero entre el derecho de sociedades y el derecho de empresa, perteneciendo el primero al segundo; y además entregando soluciones a la sociedad anónima que son aplicables a la empresa pero no a la primera. Así es: en la empresa se tienen en cuenta los elementos trabajo y capital, mientras que en la sociedad nos encontramos solamente el capital, es decir, estamos ante un fenómeno que hace abstracción de cualquier consideración de tipo democrático, en el cual el trabajo no ocupa lugar alguno en la gestión⁵⁶.

En dicho error incurrió Alemania con la expedición de la ley de sociedades del 30 de enero de 1937, la cual instauró la figura del *furher* al interior de la

⁵⁴ JOSÉ ORIOL LLEBOT MAJO. *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1996.

⁵⁵ Sobre la teoría de la empresa puede verse entre otros: KARSTEN SCHMIDT. *Derecho comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1997; MANUEL BROSETA PONT. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965; LUIGI MOSSA. "I problemi fondamentali del diritto commerciale", en *Rivista del Diritto*

Commerciale, 1926, 1-323; JOAQUÍN GARRIGUES. "Qué es y qué debe ser el derecho mercantil?", en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 71, 1959, pp. 21 y ss.; PIER GIUSTO JAEGER. *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milán, Giuffrè, 1985; RAFAEL MANOVIL. *Grupos de sociedades*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

⁵⁶ ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, cit., p. 155.

sociedad anónima entendida como empresa, en clara asimilación de la organización de la primera a la estructura del Estado nazi⁵⁷.

No hay duda de que no se puede asimilar la gestión de la sociedad a la de la empresa, pues es claro que la primera administra a la segunda, lo que implica necesariamente entender que posiblemente la institución no es la sociedad anónima sino la empresa, entendida como actividad económica o como organización de los factores de la producción.

Para reforzar lo anterior se podría pensar también en lo que ocurre con las sociedades cabeza de grupo, conocidas como *holding*, que realmente no realizan una actividad de empresa en el sentido industrial sino que simplemente administran su poder sobre otras compañías; es decir, se trata, al interior de estas sociedades, de una relación eminentemente capitalista que excluye cualquier consideración adicional respecto de otros intereses, como por ejemplo la cogestión en la administración de la sociedad cabeza de grupo⁵⁸.

Es conveniente decir que tanto el institucionalismo como el contractualismo clásico son resultado de los paradigmas vigentes en su momento en la sociedad, y que el derecho de las compañías mercantiles y la empresa no puede ser ajeno a dicha influencia de los principios fundamentales aceptados por una comunidad jurídica.

Por ello, podemos decir que el contractualismo clásico pertenece sin duda al Estado liberal clásico, es decir que el derecho de sociedades hace caso a la libertad contractual en su máxima expresión y al sagrado derecho de propiedad; los únicos intereses presentes en la empresa y en la sociedad anónima son los de las partes en el contrato de sociedad.

De otra parte tenemos que el institucionalismo está en estrecha relación con la reacción a la desigualdad material creada por el paradigma anterior; por ello el Estado debe intervenir el derecho de sociedades por medio de la ley, pues en la sociedad anónima existen intereses más importantes que los de los mismos accionistas y además hay necesidad de poner en igualdad real a todos los sujetos que se relacionan en el mundo económico, en particular la sociedad anónima. Así, en opinión muy personal pienso que el institucionalismo es simplemente un paradigma, aplicable a la sociedad anónima, perteneciente en la actualidad al Estado social de derecho.

Como sabemos, el institucionalismo en el derecho de sociedades hizo crisis, al igual que el Estado social de derecho; ello es lógico, principalmente con motivo de la abundante limitación de la libertad de los agentes económicos en aras de la protección brindada por el Estado social. En otras palabras se protegió tanto, en busca de que los sujetos ejercieran su autonomía contractual en condiciones de igualdad, que terminó por afectarse la misma libertad y de contera se generó ineficiencia económica, de lo público y lo privado, en la gestación de riqueza y prosperidad. Así, junto con el Estado social de derecho se desmoronó

⁵⁷ Pero esa situación no cambió al terminar la Segunda Guerra Mundial, pues incluso en 1951 y 1952 se dictaron las leyes sobre cogestión; en 1965 se hizo la primera reforma importante a la ley de 1937, y finalmente en 1976 se expidió la ley general sobre la cogestión. No obstante, es un error

conceptual que no afecta al sistema empresarial germano, que se caracteriza por ser muy organizado y eficiente.

⁵⁸ La cogestión se refiere a la participación de los trabajadores en el gobierno de las empresas y no de las sociedades titulares de la actividad empresarial.

el paradigma institucional de la sociedad anónima para buscar una nueva libertad contractual que garantice la conservación de lo logrado por el Estado social pero que restituya a los contratantes la mayor libertad posible⁵⁹.

V. EL RESURGIMIENTO DEL CONTRATO

EL INSTITUCIONALISMO SUFRIÓ SU PROPIA crisis por el agotamiento del paradigma ligado al Estado social, pues la norma societaria trató de subsanar los excesos del mercado con una regulación del ejercicio de la autonomía privada, pero terminó limitándola con derecho imperativo. Así el concepto de la sociedad anónima como institución hizo crisis, básicamente por el agotamiento del principio de la protección de los particulares en el ejercicio de su autonomía privada, idea muy ligada al Estado social, y que buscaba fundamentalmente establecer unas normas mínimas que restablecieran el equilibrio contractual en la empresa capitalista.

Esa limitación de la libertad contractual no se presentó sólo desde el punto de vista formal sino en su ejercicio real, básicamente por un exceso en la constitucionalización, y por tanto en la interpretación, de los derechos fundamentales, lo que trajo como consecuencia excesos de parte del Estado social respecto de la vida económica, ante todo por afectar lo que pretendió proteger: la libertad individual y con ella la autonomía contractual de los agentes económicos, que de contera perdieron iniciativa generando resultados económicos muy negativos tanto en las finanzas públicas como en las privadas⁶⁰.

Ante dicha situación comienza a debatirse más a fondo el tema de la libertad contractual en el derecho de sociedades, considerando de forma preferente el aspecto epistemológico y concluyendo que existía muy poco campo de acción para la autonomía privada, la que en la vida real tiene un papel esencial. Así, la doctrina empieza a alejarse del paradigma institucional ligado al Estado social, el cual se proyecta en el derecho de sociedades y que limita la posibilidad de que las sociedades comerciales sean un espacio en el cual es posible generar innovación, sobre todo en un mundo en el cual la propiedad intelectual rebasó la importancia de los factores de la producción clásicos, y la comunicación necesaria para que los agentes económicos realicen la ordenación de sus intereses. Así, la sociedad comercial deberá ser instrumento de integración empresarial con valores autónomos.

Lo anterior obedece a que la ley de sociedades ligada al paradigma del Estado social está inspirada por un modelo de imperatividad de fondo, situación que

⁵⁹ Sobre este tema puede verse JÜRGEN HABERMAS. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 469 y ss.

⁶⁰ Por dicha razón en los años 80 se produjo el movimiento que propuso la reforma del Estado social de derecho, para subsanar esos defectos y volver más dinámica la economía con la intención de salir de una situación que ya era de recesión. Valdría la pena analizar si en Colombia estamos viviendo algo parecido con los recientes pronuncia-

mientos de la Corte Constitucional, que tienen efectos económicos bastante importantes. Obviamente ese análisis desborda el objeto del presente escrito, pero sin lugar a dudas hay que tener en cuenta que Colombia como nación no ha alcanzado en la vida real los logros que otras naciones han obtenido como demostración de un estado social y que por ello hoy intentan liberarse de dicho paradigma.

puede ser contestada en el sentido de que muy pocas veces surge de norma expresa de la ley, como debe ser, y que más bien nace en razón de que los intérpretes piensan que así es.

Así las cosas, por el modelo institucional se llegó a una situación en la cual la autonomía privada depende más de la posición doctrinal y jurisprudencial, incluyendo los pronunciamientos administrativos, que de lo que manifiesta el derecho positivo, con lo cual se podría decir que en el derecho de sociedades el problema de la autonomía privada es más un problema de naturaleza epistemológica que de expresa disposición de la ley; ello en razón de que el modelo estaba inspirado en los paradigmas ligados al Estado social de derecho que acabaron afectando la libertad contractual en el derecho de sociedades.

Como consecuencia de la crisis del Estado social, comienza en la década de los años 80 un movimiento que concibe que las sociedades de capital deben ser más libres a la hora de apartarse de la ley de sociedades, pensando a dichas sociedades como criaturas contractuales o nexos de contratos, debiendo la ley tener como función principal permitir y proteger los pactos de las partes⁶¹.

Resurge entonces el contrato con toda su fuerza, partiendo de la base de que la reducción de la autonomía privada en el ámbito societario que se presentó durante la vigencia del Estado social de derecho obedece en primer lugar a la forma tradicional de entender y hacer el derecho de sociedades y a que la comprensión de éste se fundamenta en un paradigma institucional y no contractual, y esto aunque la sociedad como tal nazca de un contrato.

Así las cosas, el nuevo contractualismo estudia el modelo institucional y afirma del mismo que supone la existencia, detrás del modelo legal, de una estructura ideal de sociedad anónima que opera como ordenador objetivo de las relaciones entre los socios y es garante del equilibrio que se necesita para la funcionalidad del ordenamiento jurídico-societario. Además, dicha estructura es la guía fundamental en la comprensión y producción del derecho de sociedades, constituyendo una barrera para la libertad contractual.

Lo anterior trae consecuencias bastante importantes que el nuevo contractualismo señala como problemas del institucionalismo:

– La ley de sociedades no cumple una función de integración sino de conformación del contrato de sociedad, teniendo la norma legal una función directiva que restringe la autonomía privada.

– El criterio de la jurisprudencia y la doctrina no es la voluntad de las partes del contrato sino el de la voluntad del legislador, obviamente de conformidad con cada tipo o clase de sociedad.

– Así las cosas, la tarea fundamental del jurista es identificar esa voluntad legislativa utilizando la metodología positivista del derecho, lo que conlleva que se cierre la posibilidad de una adaptación de la interpretación de la norma jurídica a las nuevas realidades del fenómeno económico⁶².

⁶¹ WILLIAMSON. "Corporate Governance", en *Yale Law Rev*, nº 93, 1984, p. 1197.

⁶² EMILIO BETTI. *Teoria generale della interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 801 y ss.; del mismo, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1949.

Sobre la relación economía-derecho puede verse LUIS SUÁREZ LLANOS. *Derecho, economía, empresa. Elementos de teoría general de derecho patrimonial*, Madrid, Civitas, 1989, p. 17.

De ahí que sea necesario abandonar los presupuestos doctrinales que alimentan la imperatividad de fondo del derecho de sociedades, con el objeto de lograr un modelo más productivo⁶³.

Dentro de esta óptica, el análisis económico del derecho encuentra aplicación en el fenómeno societario para sustentar en primer lugar el principio de la prevalencia del interés de los accionistas y de la eficiencia económica como factor sustancial para la comprensión y aplicación de la norma jurídica⁶⁴.

El considerar la autonomía privada como algo concedido y no natural al contrato de sociedad trae consecuencias como la de concebir la libertad contractual como un elemento del tipo o clase de sociedad que se crea; es decir, la autonomía existe en la medida que el principio de tipicidad lo permita.

Así, el institucionalismo no dejó que el jurista se familiarizara con las sociedades, produciéndole una imagen de estructura impenetrable y no la de centro en el cual confluyen muchas relaciones para ajustar o arreglar intereses. Para nuestros expertos, la sociedad anónima viene entonces a ser simplemente un modelo ideado y creado por el legislador en el cual las opciones del consumidor son restringidas, pues la mayoría de normas son imperativas así ellas mismas no digan que lo son⁶⁵.

En últimas, el modelo institucional supone que el tema del derecho de sociedades es cuestión de técnicos y que por ello las partes deben seguir solamente las instrucciones del legislador y de la doctrina que lo interpreta, dejando muy pocas posibilidades de disponer más allá del modelo legal⁶⁶.

Para resumir, la crítica al institucionalismo por parte de esta nueva tendencia descansa sobre tres pilares básicos⁶⁷:

A. EL MODELO LEGAL

LA LEY DE SOCIEDADES, COMO NORMA que hace parte del derecho privado no es el resultado de decisiones políticas básicas sino de las tendencias predominantes

⁶³ Esto es muy difícil en nuestro medio, que se caracteriza por el dogmatismo en la formación de los juristas. Así las cosas, aprendimos, y nos es problemático olvidar, que la autonomía privada no es un poder innato en el contrato de sociedad, como sí lo es en la compraventa, llegando al exabrupto de entender lo que en el derecho de los Contratos es un principio general y básico como algo de segundo orden en el derecho de sociedades, y peor aún, sin razones conocidas o que no están bien fundamentadas en el derecho positivo.

⁶⁴ Se parte de la base que los sujetos actúan racionalmente y que nadie más que ellos es capaz de dotar a las sociedades comerciales de reglas eficientes que terminan beneficiando a la colectividad. Sobre este tema puede leerse a CANDIDO PAZ-ÁREZ, citado más adelante y que es el defensor más convencido e importante del *law and economics* de habla hispana respecto del derecho de sociedades. Igualmente puede verse a

EASTERBROOK y FISCHER, citados también más adelante.

⁶⁵ Se puede mirar lo concerniente al derecho de inspección, órganos sociales, sistema de impugnación de actas de juntas de socios o asambleas de accionistas, las normas sobre deberes de los administradores, que en su mayoría no son imperativas, pero la doctrina y la jurisprudencia así lo conciben muchas veces.

⁶⁶ Olvidan muchos la manera como surgieron las sociedades mercantiles y en general el derecho comercial, que no nacieron en el escritorio o de la pluma del jurista y el legislador sino que fueron realidades que acogió la ley, pero no por ello le deben su existencia. Puede verse sobre esta materia LORENZO BENITO. *Las bases del derecho mercantil*, Barcelona, Soler, 1903; GALGANO. *Storia del diritto commerciale*, cit.

⁶⁷ Tendencia alimentada en gran parte por la escuela del análisis económico del derecho.

de la doctrina, lo que conlleva a que el diseño del legislador esté supeditado al paradigma vigente en la comunidad jurídica⁶⁸. Así, no importa lo que requieran los agentes económicos sino tener normas modernas, que incluso vayan en contra de la esencial técnica jurídica, pues lo importante es tener una regulación que esté de moda y que no contradiga la institucionalidad, independientemente de que sea útil para los empresarios⁶⁹. Se llega entonces a una descontractualización y por tanto a una desparticularización de la sociedad anónima, y de hecho de la empresa⁷⁰, produciendo una creciente imperativización de las leyes de sociedades. Esto puede producirse, entre otras razones, por:

– *Prejuicios técnicos*. El legislador y la doctrina están en mejores condiciones que los operadores del mercado para dotar a las sociedades comerciales de reglas eficientes, de allí surge un impulso a imperativizar la norma societaria. En otras palabras, el derecho de sociedades, con particular referencia a la sociedad anónima, es complejo, sofisticado, esencial y las partes no son aptas para manejarlo⁷¹.

– *Excesivo paternalismo*. Se desconfía de la autonomía privada, es decir, los arreglos de las partes no tienen vocación de ser equitativos sino que, por el contrario, tienen una tendencia a afectar a quienes la ejercen.

– *Asimilación política*. El institucionalismo traslada los valores de la política al mundo de los negocios, asimilando la sociedad anónima al Estado y el accionista al ciudadano, deduciendo entonces que sus derechos son irrenunciables.

B. LA TIPICIDAD SOCIETARIA

EXISTEN TIPOS DE SOCIEDAD QUE TIENEN su propia función y que buscan fundamentalmente la defensa del interés general. Por ello no es posible crear sociedades atípicas ni implementar ideas que vayan en contra de los ofrecimientos del legislador⁷².

C. LAS CLÁSUSULAS DE SALVEDAD

EL INSTITUCIONALISMO PARTE DE LA BASE de que la autonomía privada en el derecho de sociedades puede emplearse solamente cuando la norma así lo permite, llegando a una situación en la que está prohibido no solamente lo que está permitido sino que se interpreta restrictivamente lo que está permitido. Así las cosas, cuando la ley calla no se puede pactar en contrario y se concluye que la autonomía privada es un poder concedido y no natural en el contrato de sociedad.

⁶⁸ El paradigma lo podemos entender como una suposición que dirige la actividad de una comunidad en un momento determinado de su historia. Respecto de la sociedad anónima se refiere a aspectos como considerarla una institución conectada con la idea de corporación y que supone dogmas como el de la personalidad jurídica de la sociedad, la colegialidad, la formalización, etc.

⁶⁹ CÁNDDIDO PAZ-ARES. *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 163 y 164. Sin referirse particularmente al Derecho de Sociedades puede

verse STEFANO RODOTÀ. *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, Roma, Rivista di Diritto Privato, 1997, pp. 5 y ss.

⁷⁰ Vale la pena recordar cómo el institucionalismo pregona la asimilación de la sociedad anónima al Estado, aun en su organización y funcionamiento.

⁷¹ PAZ-ARES. *Op. cit.*, habla de un elitismo jurídico por el cual se cree que el legislador y los tratadistas procesan mejor la información que las partes del contrato.

⁷² AURELIO MORELLO. *Le società atipiche*, Milán, Giuffrè, 1983.

Para contradecir el paradigma institucional, el nuevo contractualismo afirma que la sociedad debe ser vista como un espacio de innovación en el cual se desarrolla la ordenación privada de los intereses, en el cual la imperatividad no es la mejor respuesta a la complejidad de las sociedades de capital⁷³. Además, la imperatividad de las normas de derecho de sociedades aumenta los conflictos que van a ser resueltos por un sistema judicial que no es apto para producir un derecho de sociedades que otorgue las suficientes garantías acerca de soluciones acordes con la legalidad y el orden económico⁷⁴.

De otra parte, se argumenta en contra del institucionalismo que las partes son difíciles de superar en cuanto al conocimiento que tienen de la operación que pretenden celebrar y que por tanto tienen mayores motivos para buscar las normas adecuadas a su relación.

Ahora bien, lo anterior se fortalece, según esta tendencia, cuando se dice que no siempre que se ejerce la autonomía privada se supone el bien personal; es decir, la ley protege con el argumento de que siempre que se ejerce la libertad contractual debe existir un beneficio correlativo a dicho ejercicio, pero ello no siempre debe ser así: puede pensarse en la separación de los accionistas de la gestión y administración respecto de las normas que prohíben las cláusulas que refuerzan a la administración, o también respecto de las normas que protegen a las minorías, normas que supuestamente son imperativas.

No hay duda de que dicho paternalismo tiene una buena intención, pero está mal enfocado dado que los juristas siempre vemos todo en términos del futuro, para ser más claros del conflicto, el cual lo consideramos consumado y por tanto utilizamos argumentos de equidad que todavía no se deben esgrimir y que sacrifican la eficiencia del derecho de sociedades. No se debe olvidar que la creatividad de las partes siempre va más allá de la ley y que las cláusulas atípicas muchas veces aumentan el valor de la empresa y mejoran la posición de las partes⁷⁵.

De otra parte, es conveniente decir que la asimilación de la sociedad anónima al Estado es totalmente equivocada, ello en razón de que en primer lugar los accionistas no son gobernados por las sociedades en las que invierten y por ello es un error hablar de democracia y otros principios que son inherentes únicamente al Estado social de derecho.

De otra parte, la tipicidad hizo crisis hace mucho tiempo, y ello ocurrió en el mercado, pues hoy en día no existen parámetros que imponen un tipo de sociedad para determinada clase de empresas y, por el contrario, existen sociedades anónimas que se asemejan por sus estatutos más a una colectiva que a una sociedad de capitales. Así las diferencias en la vida real tienden a desaparecer en razón de una influencia dominante de la sociedad anónima sobre los demás tipos societarios⁷⁶.

⁷³ F. McCHESNEY. *Economics, Law, and Science in the Corporate Field: A critique of Eisenberg*, Columbia Law Rev, 1989.

⁷⁴ El problema se agrava cuando constatamos que gran parte de los abogados están preparados para el conflicto y no para solucionar y conciliar intereses.

⁷⁵ Es lo que ocurre con las denominadas píldoras venenosas, comúnmente conocidas como *poison pills*, que protegen a los admi-

nistradores. La excesiva protección puede sustentarse posiblemente en las denominadas sociedades de personas que comprometen ilimitadamente la responsabilidad de los contratantes. Sobre este punto puede verse F. EASTERBROOK y D. FISCHEL. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard Univ. Press, Cambridge Ma. y Londres, 1991.

⁷⁶ Es bueno recordar que en Colombia a las sociedades de responsabilidad limitada

Así las cosas, luego de rechazar el institucionalismo por las razones expuestas, el contractualismo actual trata de entender el fenómeno societario como algo de naturaleza económica, lo que se logra reforzando el enfoque contractual en el cual la autonomía privada es el centro para hacer, entender y reconstruir el derecho de sociedades⁷⁷.

De otro lado, el regreso al contrato supone necesariamente el pensar en términos de eficiencia cuando nos encontremos ante una cláusula atípica, y por tanto proceder a no rechazarla sin estudiarla en forma completa, esto en razón de que presumir lo malo o la inconveniencia lleva siempre a resultados decepcionantes, entendiendo que los pactos y contratos no comunes muchas veces logran disminuir los costes de transacción.

Por lo anterior, se debe entender cómo opera la economía, examinando la competencia no solamente en los precios sino también en el sistema de los contratos e instituciones jurídicas; ello por existir una relación importante entre la estructura de los contratos y los rendimientos económicos, pues la primera es una respuesta a los costes de transacción que tratan de evitar las partes para maximizar resultados⁷⁸.

Así, el nuevo paradigma, es decir, el contractual, tiene su clave a partir de la teoría económica de la empresa y de la contratación, entendiendo la sociedad anónima como un centro en el que confluyen muchas relaciones que se moldean conforme a las fuerzas del mercado. De esta forma, la sociedad es sólo un nexo de contratos implícitos y explícitos, en la cual la ley de sociedades tiene una función meramente facilitadora y no directiva, y su función no es dictar y construir el contrato, sino simplemente complementarlo⁷⁹.

De ahí que, el criterio de producción del derecho de sociedades, y aquí está no solamente a la ley sino también la jurisprudencia y la doctrina, será fundamentado en la voluntad de las partes y no en la voluntad del legislador, debiendo existir un entendimiento y aplicación del derecho de sociedades como una ciencia o categoría interdisciplinaria en la cual tienen un papel la economía, la sociología, etc.

Por lo anterior, para sacar al derecho de sociedades de su crisis se debe comenzar su reconstrucción no en la doctrina sino más bien en el ejercicio de la autonomía privada dispositiva de los contratantes, entendida como una competencia que tienen los particulares para crear nuevas reglas y darle nueva interpretación, y por tanto nueva vida, a las ya existentes.

Así las partes elaborarán el derecho de sociedades desde dentro, volviendo al nacimiento mismo del derecho mercantil, buscando la eficiencia según sus criterios, reconociendo a la ley una influencia tenue en razón de la mayor competencia de los contratantes y del carácter interdisciplinario del derecho de sociedades, que por ello se convierte en moderado⁸⁰.

se le aplican, en lo no previsto, las normas de la sociedad anónima; igual solución para los comanditarios de la sociedad comanditaria por acciones; y casi lo mismo para los comanditarios de la simple, que se regulan por las normas de la limitada.

⁷⁷ PAZ-ARES. *Cómo entendemos*, cit., p. 165.

⁷⁸ ROBERT POSNER. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., 1986, p. 372.

⁷⁹ Así, la ley de sociedades es solamente fuente de integración de los pactos de las partes. Básicamente se trata de la aplicación de la doctrina del análisis económico del derecho al derecho de las sociedades de capital.

⁸⁰ MELVIN EISENBERG. "The Structure of Corporation Law", en *Columbia Law Rev.*, 1989, pp. 1461 y ss.

No es pertinente olvidar que el derecho de sociedades nace y es una parcela, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, del derecho comercial, y que por ello no puede renegar de su historia, es decir, olvidar que nació como un derecho de clase que en la actualidad tiene como sujeto no al mercader de la edad media sino a las transnacionales y los grandes grupos económicos que dominan incluso políticamente los distintos Estados y la aldea global que inventaron para la expansión de su poder más allá de las fronteras nacionales⁸¹.

VI. CONCLUSIONES

a. La autonomía privada es un punto que se debe estudiar en el debate relativo al gobierno societario, toda vez que involucra tanto la actitud del Estado frente al derecho de sociedades como la capacidad de las partes del contrato plurilateral de sociedad de disponer sobre la estructura y manejo de la empresa social.

b. La autonomía privada en el derecho de sociedades no es ajena al paradigma vigente en la comunidad jurídica.

c. En el Estado liberal clásico la autonomía privada en el derecho de sociedades fue la regla general y por tanto el poder público casi se limitó a ser un simple espectador de la iniciativa particular y del gobierno de las empresas por los privados.

d. En el Estado social de derecho se institucionaliza el derecho de sociedades y por tanto la sociedad anónima, la cual está regida por normas imperativas, debiendo respetar otros intereses diferentes a los de las partes del contrato que le dio vida.

e. Después del Estado social de derecho resurge, como principio ligado al movimiento neoliberal, el contrato y por tanto la autonomía privada como reina en el derecho de sociedades, pues las reglas del mercado funcionan mejor con agentes libres de disponer de sus intereses.

f. Como opinión personal, Colombia carece de una identidad clara en su derecho de sociedades, pues conserva una legislación emanada de los principios del Estado liberal clásico inmersa en un orden constitucional que expresamente dice que la empresa tiene una función social (art. 333 C. N.), además de que se han expedido normas sin estudiar nuestra tradición jurídica, que generan inconvenientes para la realidad empresarial colombiana y que no desarrollan de manera coherente la Carta Política de 1991. Es necesario agotar las etapas: no se puede hablar de un neoliberalismo y con él de un neocontractualismo en el derecho de sociedades cuando no hemos alcanzado en la vida real el Estado social de derecho.

g. Así las cosas, las regulaciones relativas a la actividad empresarial deben estar acordes con las realidades de cada país, sin olvidar la aldea global y la necesidad de ser competitivos. Quienes hablan de un pensamiento jurídico basado casi exclusivamente en consideraciones económicas deben entender que el método

⁸¹ No se trata de juzgar negativamente dicha situación sino de verla bajo los ojos de la actualidad. Igualmente no es una visión negativa de la empresa actual; todo lo contrario, el principal problema de la economía colombiana es que carece de un buen

número de empresas de grupo que tengan la capacidad de actuar en el ámbito supranacional propio de la aldea global. Si en Colombia se tuviera conciencia de lo grave que es terminar una empresa muy seguramente la situación actual no sería tan apremiante.

en derecho se relaciona mucho con la etapa histórica de un pueblo determinado y que la ciencia jurídica involucra valores adicionales que son ignorados en las hipótesis económicas.

h. En Colombia es necesario abordar el debate relativo al gobierno de la empresa, societaria o no, pública o privada, pues por carencia de un adecuado sistema se colabora con una crisis como la que está viviendo nuestra economía.

i. Puede pensarse en una combinación de modelos que no olvide la función social de la empresa, especialmente la organizada como sociedad anónima, y deducir que socializar sus ganancias en el conglomerado social no implica renunciar a la autonomía privada y la libertad contractual. Así las cosas, no debe olvidarse que la sociedad anónima, respecto del sistema capitalista, debe ser vista, no solamente en su gobierno sino en su totalidad, como algo esencial en la política económica de un país⁸². No se debe pasar por alto que, si bien la sociedad anónima en nuestro derecho surge de un contrato⁸³, existe una gama muy importante de distintos intereses que deben ser protegidos cuando se legisla respecto de dicha clase de sociedad: primero el interés público y el privado, principalmente en razón de la importancia de esta sociedad desde el punto de vista macroeconómico, y en seguida por la importancia que el buen gobierno societario tiene para el interés general; a continuación, el interés de la empresa en sí, o lo que se conoce como el interés social, entendido no solamente como el beneficio de los capitalistas sino también respecto de todos aquellos que tienen un interés particular en la empresa, por ejemplo los trabajadores; y finalmente, a los accionistas, en la medida que una adecuada protección a éstos denota seguridad en la inversión y por tanto una mayor competitividad del respectivo Estado en el concierto internacional para atraer a su territorio la constitución del mayor número de empresas posible⁸⁴.

j. Toda esta evolución de la sociedad anónima-empresa y de su gobierno se relaciona de manera estrecha con el papel fundamental del Estado frente a ella, no solamente respecto del ente público como control externo frente a la gestión y el desempeño de las empresas, sino como determinante de los paradigmas que influyen la forma de pensar y de hacer el derecho de sociedades.

⁸² La verdad es que en Colombia jamás hemos pensado en términos de economía general, pues pareciera más fuerte la necesidad de contar con normas “modernas y actuales en el contexto comparado” que tener preceptos que se adapten a nuestra realidad económica y sobre todo a nuestras necesidades. En materia de sociedades comerciales Colombia no se distingue por contar con una evolución propia emanada de su realidad económica, sino más bien por tener unas normas inoperantes respecto de

las necesidades empresariales actuales, necesitando en cada coyuntura leyes especiales para sobrellevar determinada crisis, como sucedió recientemente con la Ley 550 de 1999, lo que le quita aún más coherencia e integridad al ordenamiento jurídico.

⁸³ Art. 98 C. Co.

⁸⁴ WALTER RATHENAU. *Vom Aktienwesen und Aktienrecht*, Berlín, 1928. Este escrito fue traducido al italiano por LUIGI MINGOLI: “La realtà della società per azioni”, *cit.*