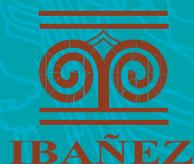


PAULA M. ALL
JORGE OVIEDO ALBÁN
EDUARDO VESCOVI
(DIRECTORES)

LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA

PAULA M. ALL
ISABELLA ALMEIDA DE SÁ E BENEVIDES
GILBERTO BOUTIN I.
JUAN JOSÉ CERDEIRA
CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN
CAROLINA D. IUD
LUCIANE KLEIN VIEIRA
CLAUDIA LIMA MARQUES
CARLOS E. ODRIOZOLA MARISCAL

JORGE OVIEDO ALBÁN
SEBASTIÁN PAREDES
ALBERTO M. POLETTI ADORNO
CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ
MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO
JENNER A. TOBAR TORRES
JEANNETTE M.E. TRAMHEL
M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
ANA E. VILLALTA VIZCARRA
CARLOS E. WEFER H.
MARIELA C. RABINO



LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA

PAULA M. ALL / JORGE OVIEDO ALBÁN / EDUARDO VESCOVI
Directores

LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA

JORNADAS ASADIP 2017

Autores

PAULA M. ALL
ISABELLA ALMEIDA DE SÁ E BENEVIDES
GILBERTO BOUTIN I.
JUAN JOSÉ CERDEIRA
CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE
EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN
CAROLINA D. IUD
LUCIANE KLEIN VIEIRA
CLAUDIA LIMA MARQUES
CARLOS E. ODRIOZOLA MARISCAL

JORGE OVIEDO ALBÁN
SEBASTIÁN PAREDES
ALBERTO M. POLETTI ADORNO
CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ
MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO
JENNER A. TOBAR TORRES
JEANNETTE M.E. TRAMHEL
MA. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
ANA E. VILLALTA VIZCARRA
CARLOS E. WEFER H.
MARIELA C. RABINO

Edición

RENATA ALVARES GASPAR
CLAUDIA LUGO
SEBASTIÁN PAREDES
LUIS E. RODRÍGUEZ CARRERA



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali
Vigilada Mineducación



Universidad de
La Sabana

Universidad de
los Andes



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

**Grupo Editorial
IBÁÑEZ**



Universidad del
Rosario

Universidad
Externado
de Colombia



**UNIVERSIDAD
LIBRE**

**CE
DC**
CENTRO DE ESTUDIOS DE
DERECHO COMPARADO

La actividad internacional de la empresa / Paula M. All y otros. -- Edición Gustavo Ibáñez Carreño. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

400 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-839-4

1. Derecho comercial 2. Sociedades comerciales - Legislación 3. Empresas - Aspectos jurídicos
4. Pequeña y mediana empresa - Legislación I. All, Paula M, autora II. Ibáñez Carreño, Gustavo, editor

346.07 cd 21 ed.

A1585492

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© PAULA M. ALL - JORGE OVIEDO ALBÁN - EDUARDO VESCOVI

© **GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ**

Imprenta

Carrera 69 Bis N° 36-20 Su

Teléfonos: 2300731–2386035

Librería

Calle 12 B N° 7-12 L. 1

Tels.: 2835194–2847524

Bogotá, D.C.–Colombia

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-839-4

Diagramación electrónica: *Yaneth Guarín A.*

Diseño de portada: *Vanessa Peña.*

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	21
-------------------	----

LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

I. ECONOMÍA Y DERECHO	26
II. CONCEPTO DE PYME	27
1. CRITERIOS PARA DEFINIR LAS PYMES	27
A) Planteo introductorio.....	27
B) Las PYMES en la región americana	29
C) Las PYMES en la Unión Europea	31
2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS PYMES.....	31
A) Concepto y dificultades que plantea la internacionalización a las PYMES	31
B) Las empresas <i>born global</i>	32
III. LAS NORMAS DE DERECHO POSITIVO APLICABLES A LAS PYMES.....	33
1. INTRODUCCIÓN	33
2. NORMAS DE DIPR APLICABLES A LAS PYMES Y SUS RESPECTIVOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN.....	34
A) Tratado de Derecho comercial internacional de Montevideo de 1889	34
B) Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940	35
C) Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, CIDIP-II, Montevideo	36
D) Normas autónomas de DIPr en materia de sociedades comerciales: el ejemplo de Uruguay	36
3. ALCANCE EXTENSIVO DE LA CATEGORÍA SOCIEDADES COMERCIALES Y CONSIGUIENTE ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA <i>LEX SOCIETATIS</i>	37

A)	Existencia y capacidad de la sociedad	38
B)	Funcionamiento interno de la sociedad	39
C)	Representación de la sociedad.....	39
D)	Disolución y liquidación de la sociedad	41
4.	LEY APLICABLE A LA CATEGORÍA SOCIEDADES COMERCIALES: LA DEL LUGAR DE CONSTITUCIÓN	42
5.	LA ACTIVIDAD SOCIETARIA Y SU EXCLUSIÓN DEL ALCANCE EXTENSIVO DE LA CATEGORÍA	44
A)	Calificación	44
B)	Ley del lugar de actuación	45
C)	Reconocimiento extraterritorial de la personalidad jurídica	46
D)	Ejercicio de su objeto social en un Estado distinto al de su constitución	48
E)	Requisitos exigidos por el derecho uruguayo para la actuación en el país de sociedades comerciales constituidas en el extranjero	49
6.	JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	52
IV.	CONCLUSIONES	54

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN EL DERECHO COLOMBIANO:

ASPECTOS GENERALES

JORGE OVIEDO ALBÁN

I.	INTRODUCCIÓN	58
II.	EL CONTEXTO NORMATIVO	59
1.	LAS SOCIEDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	59
2.	LA REFORMA AL RÉGIMEN SOCIETARIO: LEY 222 DE 1995	60
3.	LAS LEYES 1014 DE 2006 Y 1258 DE 2008	60
III.	LA NATURALEZA COMERCIAL DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA	62
1.	DE LA DICOTOMÍA A LA UNIFICACIÓN ENTRE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES	62
2.	LA MERCANTILIDAD POR LA FORMA EN LA LEY 1258.....	64
IV.	EL NÚMERO DE SOCIOS	65

1.	LA PLURALIDAD EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	66
2.	EL DEBILITAMIENTO Y SUPERACIÓN DE LA NATURALEZA “CONTRACTUAL” DE LA SOCIEDAD	67
V.	LAS FORMALIDADES PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES	68
1.	LAS FORMALIDADES EXIGIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	69
2.	LAS FORMALIDADES EN LA LEY 1258	71
VI.	LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO Y LA DURACIÓN DE LA SOCIEDAD	72
1.	EL OBJETO Y LA DURACIÓN EN LAS SOCIEDADES REGIDAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO	73
2.	EL OBJETO Y LA DURACIÓN DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.....	75
VII.	LA COMPOSICIÓN DEL CAPITAL	75
1.	LA COMPOSICIÓN DE CAPITAL EN LOS TIPOS SOCIETARIOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO	76
2.	LA COMPOSICIÓN DEL CAPITAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA	76
VIII.	LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS.....	77
1.	LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN LA LEY 222 DE 1995	77
2.	LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN LA LEY 1258	79
IX.	LA ESTRUCTURA DE GOBIERNO SOCIETARIO.....	80
1.	EL GOBIERNO SOCIETARIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	80
2.	EL GOBIERNO SOCIETARIO EN LA LEY 1258.....	82
X.	CONSIDERACIONES FINALES	82

**LA SOCIEDAD ANÓNIMA SIMPLIFICADA (SAS): UNA
HERRAMIENTA LEGAL PARA LAS PYMES LATINOAMERICANAS,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA**

PAULA M. ALL / CAROLINA D. IUD

I.	INTRODUCCIÓN	86
II.	LA IMPORTANCIA DE LAS MIPYMES EN LA ECONOMÍA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE ENFRENTAN.....	89
III.	ALGUNOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO.....	93
1.	ESTADOS UNIDOS.....	93

2.	FRANCIA	94
3.	ALEMANIA	96
4.	ESPAÑA	96
IV.	LA REACCIÓN DE LOS FOROS DE CODIFICACIÓN.....	98
1.	UNIVERSALES.....	98
	A) La labor de UNCITRAL	98
2.	REGIONALES	102
	A) Unión Europea.....	102
	B) OHADA.....	107
	C) OHADAC	108
	D) Organización de los Estados Americanos- OEA.....	110
V.	LA RECEPCIÓN DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS	117
117	1. CHILE	
	2. MÉXICO	118
	3. COLOMBIA	119
VI.	LA PARTICULAR SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.....	124
1.	LAS PYMES EN LA ARGENTINA.....	124
2.	LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS).....	127
	A) Principales características del nuevo tipo societario	130
	B) Principales requisitos del acto constitutivo	133
	C) Transferencia de acciones	136
	D) Estructura orgánica y funcionamiento.....	136
	a) Órgano de administración y representación legal	136
	b) Órgano de fiscalización	137
	c) Órgano de gobierno	137
	d) Responsabilidad	138
	e) Disolución y liquidación	138
	f) Transformación en SAS.....	138
	g) Apertura de cuentas bancarias	138
	h) Resolución de conflictos	139
3.	LOS PRIMEROS RESULTADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SAS.....	139
VII.	A MODO DE CONCLUSIÓN	139

**LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y LA NUEVA LEY DE
SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADAS (SAS)**

SEBASTIÁN PAREDES

I.	INTRODUCCIÓN	150
II.	LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL DIPR ARGENTINO	150
1.	LA DIMENSIÓN CONVENCIONAL.....	150
A)	La Convención interamericana de sociedades comerciales	150
B)	Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.....	151
2.	DIMENSIÓN AUTÓNOMA DE ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO.....	152
A)	Particularidades del DIPr argentino	152
B)	Ley de sociedades comerciales.....	153
a)	Principio general: ley del lugar de constitución.....	153
b)	Actuación en juicio y actos aislados.....	154
c)	Ejercicio de actos habituales.....	155
d)	Responsabilidad de los representantes.....	156
e)	Emplazamiento en juicio	157
f)	Participación en sociedades argentinas.....	157
g)	Sede o principal objeto en Argentina.....	158
III.	PARTICULARIDADES DEL DERECHO ARGENTINO PARA LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS	159
IV.	LA NUEVA LEY ARGENTINA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADA	161
V.	CONCLUSIONES	162

**ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA: EL DELICADO
EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA
PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES JURÍDICOS**

**LOS DESAFÍOS DE LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DE LA EMPRESA:
EL IMPACTO DE LAS “BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES” EN LA
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ / LUCIANE KLEIN VIEIRA

I.	UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BRASIL Y VENEZUELA	164
----	--	-----

1.	DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BRASIL.....	164
2.	DERECHO DEL CONSUMIDOR EN VENEZUELA.....	166
II.	LA TENUE LÍNEA ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA EMPRESA Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.....	168
III.	LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS	170
1.	VERSIÓN DE 1985. PRINCIPALES EJES Y PROYECCIONES	170
2.	VERSIÓN DE 2015. LA NECESIDAD DE REVISIÓN A LOS 30 AÑOS DE LAS DIRECTRICES DE 1985	172
IV.	EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LAS DIRECTRICES DE 2015 Y SU ADAPTACIÓN A LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS	173
1.	BRASIL.....	175
2.	VENEZUELA	176
V.	LAS “BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES”: PARÁMETROS PARA EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	177
1.	TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	177
2.	CONDUCTA COMERCIAL.....	178
3.	DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA	179
4.	EDUCACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN.....	181
5.	PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD	182
6.	CONTROVERSIAS Y RECLAMACIONES DE LOS CONSUMIDORES	183
VI.	LA PROMOCIÓN DEL CONSUMO SOSTENIBLE COMO “BUENA PRÁCTICA COMERCIAL”.....	186
VII.	EL IMPACTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL DERECHO NACIONAL: LAS LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS	187
VIII.	BREVE REFLEXIÓN FINAL	189

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES JURÍDICOS, DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINO BRASILEÑA

CLAUDIA LIMA MARQUES / JUAN JOSÉ CERDEIRA

I.	INTRODUCCIÓN	192
II.	DERECHO DE LA COMPETENCIA, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EQUILIBRIO EMPRESARIAL	193

III. PERSPECTIVA ARGENTINO-BRASILEÑA EN TORNO AL TEMA. EL PROTOCOLO DE FORTALEZA.....	194
1. EN BRASIL	194
2. EN ARGENTINA	195
IV. EL SISTEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EL EQUILIBRIO EMPRESARIAL	199
V. COROLARIO Y CONCLUSIONES.....	201

GRUPOS DE SOCIEDADES: REGULACIÓN MATERIAL VERSUS REGULACIÓN CONFLICTUAL

LA NOCIÓN DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO EN EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO

GILBERTO BOUTIN I.

I. INTRODUCCIÓN	206
II. EN TORNO A LAS REGLAS MATERIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CON INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE COLABORACIÓN INTER-EMPRESARIAL DE CARÁCTER INTERNACIONAL	207
1. DISTINCIÓN SOMERA ENTRE REGLA MATERIAL Y REGLA DE CONFLICTO PROPIAMENTE HABLANDO.....	208
2. QUÉ SE ENTIENDE POR REGLAS MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DENTRO DEL MÉTODO CONFLICTUAL.....	209
3. DE LA DIVERSIDAD DE NORMAS MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ORIGEN Y ROL.....	210
A) Normas materiales de derecho internacional privado interno.....	210
B) Régimen probatorio.....	211
C) Leyes personales materiales	212
D) El régimen de redomiciliación o de transferencia de sede social	212
III. DEL LUGAR Y ROLE DE LA NOCIÓN DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DENTRO DEL MARCO DE LAS RELACIONES DE MERCADO INTERNACIONAL.....	213
1. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA NOCIÓN DE GRUPO SOCIETARIO Y LA NOCIÓN PUNTUAL DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO.....	213

2. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO215
3. SOLUCIÓN CONFLICTUAL DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO216

ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA Y PLANIFICACIÓN FISCAL

ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y PLANIFICACIÓN FISCAL

CARLOS E. WEFFE H

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
LA EMPRESA MULTINACIONAL COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA FISCALMENTE RELEVANTES. PLANIFICACIÓN FISCAL *VERSUS* JUSTICIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS218
- II. PRIMERA APROXIMACIÓN: EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN. NEUTRALIDAD EN EL FLUJO DE CAPITALES, FLORECIMIENTO DE LA EMN Y –PARALELAMENTE– DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. PROBLEMAS 224
- III. EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES Y TRASLADO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS. INCIDENCIA SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL BAJO ECONOMÍA DE OPCIÓN. TENTATIVAS DE SOLUCIÓN..... 229
 1. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL “AGRESIVA” (1): CLÁUSULAS ANTIABUSO 230
 2. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DE LOS ESTADOS. COMPETENCIA FISCAL LESIVA 232
 3. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL “AGRESIVA” (Y 2): EL PLAN DE ACCIÓN BEPS 234
- IV. EFECTOS DEL NUEVO PARADIGMA DEL DIT SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y TRIBUTACIÓN EN EL MUNDO POST-BEPS 240

ARBITRAJE SOCIETARIO

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO SOCIETARIO EN CHILE

MA. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA

I.	INTRODUCCIÓN	243
II.	SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE Y ALGUNOS OTROS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE SE PRESENTAN	245
III.	SOBRE LAS FORMALIDADES QUE DEBE REVESTIR EL ACUERDO ARBITRAL	250
IV.	ARBITRABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA	255
	1. ¿QUÉ ES ARBITRABLE EN EL DERECHO SOCIETARIO?.....	255
	2. REVISIÓN DE LA ARBITRABILIDAD EN CHILE, A PARTIR DE SU NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA.....	261
V.	ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: ¿A QUIÉN HA DE AFECTAR EL ARBITRAJE?	271
VI.	CONCLUSIONES	273

ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA Y CORRUPCIÓN

LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL

EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN

I.	LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO.....	276
II.	LA CORRUPCIÓN INTERNACIONALIZADA	277
III.	LA PUESTA EN ESCENA	278
IV.	PRINCIPIOS GENERALES	279
V.	APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES	281

EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA

A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

ISABELLA ALMEIDA DE SÁ E BENEVIDES / MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO

I.	INTRODUÇÃO: A EXPANSÃO DA ATUAÇÃO TRANSNACIONAL DAS EMPRESAS E SEU ENVOLVIMENTO COM OS DIREITOS HUMANOS	288
II.	OS IMPACTOS DAS OPERAÇÕES DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	289
	1. POTENCIAL DE IMPACTO	289
	2. CASO BHOPAL.....	291
	3. CASO KIOBEL.....	292
III.	EMPRESAS TRANSNACIONAIS: TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS	293
IV.	DIREITOS HUMANOS: TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	296
V.	A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	298
	1. CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	299
	2. DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO	301
	3. DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO	301
	4. OBRIGAÇÕES ERGA OMNES.....	302
	5. NORMAS RELACIONADAS AOS CRIMES INTERNACIONAIS.....	302
	6. STANDARDS DE DIREITOS HUMANOS	303
VI.	A REPERCUSSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS.....	304
	1. INICIATIVAS VOLUNTÁRIAS	304
	2. INICIATIVAS VINCULANTES	305
VIII.	CONCLUSÃO.....	307

LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANA E. VILLALTA VIZCARRA

I.	INTRODUCCIÓN	309
II.	INICIATIVAS EN EL MARCO UNIVERSAL O GLOBAL	310

III. INICIATIVAS EN EL MARCO REGIONAL	315
IV. ALGUNA LEGISLACIÓN INTERNA EN EL MARCO REGIONAL....	317
V. CASOS Y JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	320
VI. BUENAS PRÁCTICAS.....	322
VII. DESAFÍOS.....	323
VIII. ALTERNATIVAS DE TRATAMIENTO DEL TEMA	325

**EL PAPEL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS PARA
EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL**

CARLOS E. ODRIOZOLA MARISCAL

I. INTRODUCCIÓN	330
II. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	331
III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS	335
VI. LOS “PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: PUESTA EN PRÁCTICA DEL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ‘PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR’”	338
V. EL PAPEL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN LA LUCHA POR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.....	341
VI. CONCLUSIONES	343

**LA EMPRESA EN LOS FOROS DE CODIFICACIÓN Y EN LOS
ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN**

**REGIONAL CODIFICATION OF THE CORPORATE FORM:7
A CONTRIBUTION TOWARDS HEMISPHERIC INTEGRATION AND
ECONOMIC DEVELOPMENT**

JEANNETTE M.E. TRAMHEL

I. INTRODUCTION	346
II. CRITICISMS OF THE CORPORATE MODEL.....	346

III. RESPONSE TO CRITICISMS – PROMOTE CORPORATE RESPONSIBILITY	348
IV. RESPONSE TO CRITICISMS – REVISE THE CORPORATE MODEL.....	351
1. DOMESTIC LEVEL.....	351
A) Modernize Outdated Corporate Law	351
B) Facilitate Business “Registration” and “Registry” – Simplify the Process	353
C) Encourage Formalization of the Informal Economy	354
2. INTERNATIONAL LEVEL	356
A) Advance International Standardization.....	356
B) Improve Access to International Markets	356
C) Enable Foreign Investment into Domestic Markets.....	357
V. REFLECTIONS	357

MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL MERCOSUR: UNA PRUEBA PARA LA INTEGRACIÓN REGIONAL

ALBERTO M. POLETTI ADORNO

I. INTRODUCCIÓN: LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS	360
II. LA CONFORMACIÓN DE NUEVAS EMPRESAS	360
1. LA DEFINICIÓN DE MIPYMES	361
2. LA ACTIVIDAD TRASNACIONAL. APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MERCOSUR Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	364
A) Industria.....	364
B) Comercio y servicios.....	364
C) Empresas artesanales	365
D) Falta de internalización de normas.....	365
3. DISTINCIÓN CON OTRAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES.....	366
III. LA PARTICIPACIÓN DE LAS MIPYMES EN LA ECONOMÍA DE LOS PAÍSES	368
1. EL FOCÉM Y EL FONDO DE GARANTÍAS.....	369
2. EL SECTOR PRIVADO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN	370
IV. CONCLUSIÓN	372

LA ACTIVIDAD AUTORREGULATORIA DE LA EMPRESA Y LOS FOROS DE CODIFICACIÓN. FUNDAMENTOS GENERALES PARA UNA LECTURA TRANSVERSAL

JENNER A. TOBAR TORRES

I.	ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN PÚBLICO/PRIVADO EN TORNO A LA AUTORREGULACIÓN	373
II.	LA AUTORREGULACIÓN NORMATIVA PRIVADA.....	378
	1. LA NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN INDUSTRIAL	383
	2. EL AUTOCONTROL Y AUTODISCIPLINA DE LAS PROFESIONES Y LA INDUSTRIA	384
	3. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	387
	4. LA GENERACIÓN DE USOS Y REGLAS COMERCIALES.....	388
III.	CONCLUSIÓN	391

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA EN EL OJO DE LA TORMENTA

MARIELA C. RABINO

I.	INTRODUCCIÓN	393
II.	LA AUTORREGULACIÓN	396
	1. ANTECEDENTES	396
	2. CONCEPTO	397
	3. ÁMBITOS	398
	4. DIMENSIONES	398
III.	MARCO JURÍDICO	399
	1. EN GENERAL.....	399
	2. EN PARTICULAR.....	401
IV.	LUCES Y SOMBRAS DEL SISTEMA VIGENTE	405
V.	A MANERA DE COROLARIO	407

PRESENTACIÓN

Es para la ASADIP un verdadero honor, además de un orgullo, presentar el Libro de las Jornadas de 2017 en Bogotá y Medellín, Colombia.

Corresponde, en primer lugar, agradecer especialmente a las Universidades patrocinadoras del evento: Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Rosario, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de La Sabana, Universidad de Medellín, Universidad del Externado, Universidad Libre y la Universidad de los Andes, todas y cada una de ellas han hecho posible estas Jornadas, mereciendo sin duda destaque el prestigio y alto número de instituciones universitarias involucradas. Solo cabe esperar que las Jornadas sean de gran utilidad y provecho para alumnos y profesores, lo que entendemos, está asegurado, no solo por la trascendencia de los temas a tratarse, sino fundamentalmente, por el prestigio y nivel de los expositores tanto nacionales como extranjeros.

Es oportuno también agradecer el apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Colegio de Abogados Comercialistas y el Centro de Estudios de Derecho Comparado, instituciones locales que han sumado su esfuerzo para la organización del evento, como también a las organizaciones internacionales que, tradicionalmente, tienen relación con la materia y que han recibido en su seno y apoyado siempre a la ASADIP: la Organización de los Estados Americanos, la Conferencia de la Haya, UNCITRAL y UNIDROIT.

Como las instituciones actúan a través de las personas, es justo también agradecer a todos quienes con altísima dedicación y esfuerzo sostenido, posibilitaron la realización de las Jornadas y de esta publicación, las que se concretaron con el protagonismo fundamental del Prof. Jorge OVIEDO ALBÁN. Vaya pues nuestro especial agradecimiento para él, y en su nombre para todos sus colaboradores.

Debemos incluir también en esta presentación, cuando de agradecimientos se trata, a todos los ponentes que enviaron trabajos, tanto nacionales como extranjeros, cuya lectura nos ha permitido aquilatar su nivel y profundidad, lo que nos augura muy interesantes debates.

Para las Jornadas de ASADIP de 2017 se ha seleccionado el tema de “La actividad internacional de la empresa”, lo que sin duda coloca a las sociedades

comerciales como protagonista fundamental. La trascendencia del tema es evidente y no requiere mayor justificación: gran parte de la vida económica de los países pasa por las sociedades, desde la más modesta PYME hasta las grandes corporaciones formadas muchas veces por grupos societarios. Muchas de estas sociedades trascienden las fronteras de los Estados para proyectar su actividad y negocios en el mundo globalizado.

A poco que se analiza el tema se advierten las dificultades que el mismo plantea, desde su propia regulación y la orientación que la misma debe tener, pasando por su interpretación y eventual integración, hasta su aplicación práctica, para los distintos operadores, no solo comerciantes, también abogados y escribanos, así como contadores (temas fiscales y contables), jueces y fiscales. La temática no es nueva, los Tratados de Montevideo de 1889 ya lo abordaron en sus aspectos básicos, pero para no ir más atrás, podríamos centrar el comienzo de la especial preocupación de su fase actual en la Convención interamericana de Sociedades mercantiles de CIDIP I (Panamá 1975). En esa Convención, bajo el impulso del extraordinario jurista brasileño Haroldo Valladão, se encaró, aún de forma –podría decirse– incipiente, pero con extraordinaria visión, la regulación de uno de los problemas básicos, aún hoy no resuelto: ¿puedo elegir el lugar en donde constituir la sociedad para realizar actividad internacional, en forma independiente de los lugares en los que voy a desarrollar de manera exclusiva o preminente la actividad comercial? Más de 40 años después, los temas vinculados a los “Panamá Papers” y el problema de “Apple” con la constitución de la sociedad en Irlanda para realizar negocios en toda la Unión Europea, nos demuestran que el tema, aún hoy, está muy lejos de tener una solución clara y unívoca.

El tema de las sociedades es, a nuestro entender, uno de los temas más difíciles de abordar cuando de legislar se trata. Todos podemos tener más o menos claro y estar en coincidencia respecto a que, en materia de matrimonio, debe favorecerse la validez de los mismos, que en materia de menores debe primar el interés superior del niño, que en lo que tiene que ver con la cooperación judicial internacional debe primar la interpretación en favor de la cooperación, que se debe favorecer la circulación internacional de los fallos en materia de eficacia de sentencias extranjeras, etc.

Pero en materia societaria, el norte no está demasiado claro, pues hay importantes y muy legítimos intereses que frecuentemente se contraponen. No es esta un área exclusiva del derecho en la que ello sucede, pero si se da con un énfasis particular. Existe por un lado el legítimo interés de los comerciantes, que en el ejercicio de su libertad individual, buscan el mayor lucro para su actividad. Así como quien instala un simple kiosco habrá de preferir hacerlo sobre la Avenida, y no sobre la calle lateral, porque sobre aquella transitan mucho más personas, quien se propone realizar, a través de una sociedad, actividad o negocios internacionales, busca constituir o radicar la sociedad en el estado que le ofrezca mayores ventajas,

ya sea porque tiene en su legislación un tipo social moderno, simple y flexible, porque tiene una carga fiscal menor, porque tiene una legislación más atenuada en materia de responsabilidad de los directores, o de posible insolvencia, etc.

El dilema es común a muchas áreas del derecho: por un lado la libertad individual, no hay caso, el ser humano sigue insistiendo con esto, hace ya unos cuantos siglos...; por otro, la necesaria intervención de la regulación estatal para la protección de otros intereses, igualmente legítimos: los intereses de los estados a recibir sus impuestos, el interés de los terceros que contratan con la sociedad, el interés de las minorías societarias, el de los acreedores sociales frente a una posible insolvencia, etc. El derecho debe acudir en auxilio, para decir lo que se puede y lo que no se puede hacer, hay intereses legítimos contrapuestos, está en juego la libertad individual y la regulación por parte de los estados, tópicos que requieren un delicado equilibrio. El mundo está partido en relación a algunos de estos temas, pues los estados se suelen dividir, en ocasiones, en torno a este aspecto, en buenos y malos, estos últimos los que tienen sociedades de baja o nula tributación (sociedades BONT), acusados frecuentemente de cobijar negocios sucios, lavado, etc., lo que sucede a veces, pero no siempre.

Como decíamos, el tema viene de atrás, pero aún hoy no vemos que haya una solución ni tendencia clara. Se han hecho muchos esfuerzos, la realidad es sin duda muy dinámica. Uno de ellos, que merece especial destaque es, sin duda, el esfuerzo de la Organización de los Estados Americanos, a través del estudio y aprobación de una Ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificada, tema al que se habrá de dedicar nada menos que la Conferencia inaugural de las Jornadas. Este modelo ya viene siendo replicado en algunos países y registra como antecedente la Ley colombiana 1258 del año 2008. Se trata de una muy buena iniciativa, que esperamos sea coronada con el éxito, mediante la aprobación en muchos países de la región, lo que habrá de atemperar el problema, por la igualación de los diversos sistemas jurídicos en el sector bajo un patrón social común.

De todos modos, algunos problemas subsistirán, vinculados con la eventualidad de la tipificación del fraude a la ley en materia societaria (constitución no espontánea sino deliberada de la sociedad en un país determinado por ser más ventajoso su sistema), la vinculación a través de sucursales o filiales entre matrices y derivadas, los temas de responsabilidad de directores y representantes, la insolvencia, etc.

La mesa está servida pues, las Jornadas de la ASADIP de 2017 constituyen una oportunidad inmejorable para el análisis de la actividad internacional de la empresa desde diversos ámbitos y enfoques, por prestigiosos especialistas locales e internacionales. En esa medida, el libro que hoy presentamos, constituye tan solo un anticipo, de profundos y provechosos debates.

No quiero finalizar esta presentación sin dedicar unas palabras para nuestra querida ASADIP, aunque me comprendan las generales de la ley. La ASADIP, ya con 11 años de existencia e intensa actividad, ha logrado sin duda constituir en su seno una interacción virtuosa entre sus miembros, que deviene en una producción intelectual proficua y de alto nivel, que conjuga la teoría y la práctica, la academia y la realidad. Entre sus logros, además de la organización de las Jornadas anuales ininterrumpidas que ingresan en su decimoprimer año, está la elaboración y aprobación de los Principios de ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS), que están siendo traducidos a varios idiomas, y cuya difusión y aprobación a nivel de diversos foros internacionales, en los cuales la ASADIP tiene hoy representación bien ganada, es una de nuestras metas aún pendientes. La ASADIP está convencida de que su papel debe ser de compromiso con el mejoramiento del derecho y la realización de la Justicia de todos nuestros países. Pero, sin duda, la mayor virtud de nuestra Asociación, no está en la cabeza, sino en el corazón, en la creatividad y el compromiso de todos sus miembros, en esta cofradía maravillosa y renovada de amistad transnacional que nos hace felices e ilumina nuestras almas todos los días del año, y que se renueva y fortalece en cada encuentro.

Quiero agradecer, finalmente, la labor desinteresada, abnegada y altamente eficaz, de las vicepresidencias de la ASADIP, a Claudia Madrid MARTÍNEZ –Vicepresidente Académica–, a Paula M. ALL –Vicepresidenta de Relaciones Internacionales–, a Renata ALVARES GASPAR –Vicepresidente de Comunicación y Publicaciones–, a Juan José OBANDO –Vicepresidente de Finanzas– y también muy especialmente, al Secretario General de la ASADIP, Luis Ernesto RODRIGUEZ CARRERA quien, desde la sufrida Venezuela, derrama su esfuerzo de manera inteligente y generosa.

Punta del Este, 13 de octubre de 2017.

EDUARDO VESCOVI

LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE*

Resumen: Más allá que el concepto de pequeña y mediana empresa esté más asociado a términos económicos, la expansión de las relaciones comerciales internacionales exige analizar las dificultades que deben sortear las PYMES para insertarse en los mercados globales. Este artículo analizará desde un punto de vista del Derecho internacional Privado, a través de fuentes convencionales, pero también con anclaje en normas autónomas de Derecho internacional privado, las regulaciones del derecho societario internacional para las PYMES e indagará la forma que utiliza el Derecho internacional privado para determinar la competencia en la esfera internacional y el derecho aplicable a las PYMES en su intento de acceso a mercados internacionales como estrategia básica para su crecimiento y a veces incluso para garantizar su supervivencia.

Abstract: Despite that the Small and medium-sized enterprises concept –PYMES for its Acronym in Spanish language– could be more related to economic factors than International Commercial Companies Law, the expansion of cross border relationships demands an analysis of the PYMES’ challenges for their actions in global markets. This article studies from a PIL perspective that means international treaties but also international domestic regulations how the International Companies Law regulates PYMES in cross-border business. It analyses international jurisdiction and applicable law and how could be thought PYMES’ strategies to accede to international markets as a need for their economic growth and sometimes its.

Sumario

I. Economía y Derecho. II. Concepto de PYME. 1. Criterios para definir las PYMES. A) Planteo introductorio. B) Las PYMES en la región americana. C) Las PYMES en la Unión Europea. 2. La internacionalización de las PYMES. A) Concepto y dificultades que plantea la internacionalización de las PYMES. B) Las empresas born global. III. Las normas de derecho positivo aplicables a las PYMES. 1. Introducción. 2. Normas de DIPr aplicables a las PYMES y sus respectivos ámbitos de aplicación. A) Tratado de derecho comercial internacional de Montevideo de 1889. B) Tratado de derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940. C) Convención interamericana sobre sociedades

* Profesora de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

mercantiles de 1979, CIDIP-II, Montevideo, 1979. D) Normas autónomas de Derecho internacional privado en materia de sociedades comerciales: el ejemplo de Uruguay. 3. Alcance extensivo de la categoría sociedades comerciales y consiguiente ámbito de aplicación de la *lex societatis*. A) Existencia y capacidad de la sociedad. B) Funcionamiento interno de la sociedad. C) Representación de la sociedad. D) Disolución y liquidación de la sociedad. 4. Ley aplicable a la categoría sociedades comerciales: la del lugar de constitución. 5. La actividad societaria y su exclusión del alcance extensivo de la categoría. A) Calificación. B) Ley del lugar de actuación. C) Reconocimiento extraterritorial de la personalidad jurídica. D) Ejercicio de su objeto social en un Estado distinto al de su constitución. E) Requisitos exigidos por el derecho uruguayo para la actuación en el país de sociedades comerciales. 6. Jurisdicción internacional. IV. Conclusiones.

I. ECONOMÍA Y DERECHO

El concepto de PYME es “más propio de la Economía de la empresa que del Derecho societario”; como advierte HIERRO ANIBARRO, “La utilización por el legislador del término PYME, aparte de enfrentarnos al irresoluble problema de la relación entre ‘sociedad’ y ‘empresa’, es la manifestación de un fenómeno que se produce con cada vez mayor frecuencia: la penetración en el lenguaje del jurista de conceptos que son propios del mundo económico o empresarial”. Ello podría ser consecuencia, advierte el referido autor español, del “temor del legislador de sociedades de no advertir el divorcio entre la realidad y el derecho legislado, pero lo que es seguro es que esta terminología tendrá una presencia cada vez mayor en nuestro derecho de sociedades (...)”¹.

Las PYMES son el motor de las economías de los países y de las regiones, e “impulsan la creación de puestos de trabajo y el crecimiento económico, además de garantizar la estabilidad social”. Por ello, las PYMES “constituyen uno de los principales focos de atención de la política de la UE”², así como la de otros países y regiones. Así, se ha sostenido que en el MERCOSUR las PYMES “tienen un rol de lo más importante, fundamental y crucial (...), en el sector privado y en las estructuras productivas nacionales de las diferentes economías para el crecimiento económico en general, en especial para el comercio exterior y por tanto, para la economía en general”³.

¹ S. HIERRO ANIBARRO, “La PYME y el derecho de sociedades”, *Thomson La Ley*, UY/DOC/350/2010, pp. 1-14, p. 1.

² COMISIÓN EUROPEA, Guía del usuario sobre la definición del concepto de pyme–Europa EU, disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15582/attachments/1/translations/es/renditions/native>

³ A. ZURITA, “El rol de las PYMES en el MERCOSUR”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, nº 3, disponible en: <http://reri.difusionjuridica.es/index.php/RERI/article/view/34/34reri.difusionjuridica.es>, pp. 50-129, p. 50.

Algunos estudios reflejan que las PYMES suelen quedar excluidas de los mercados internacionales o nacionales financieros, de capital, de bienes, o de servicios, “debido a los mayores costos de intermediación de los proyectos de menor envergadura”. No obstante, “su posición en la estructura del sector privado sigue siendo muy importante”⁴. Afirmar ZURITA que a pesar de los diferentes niveles de estabilidad nacional en los países del MERCOSUR, “el papel que las PYMES juegan en el sector privado, de las estructuras productivas nacionales, y en las economías de los países del MERCOSUR en general, es muy importante particularmente en relación al comercio exterior y las exportaciones de productos manufactureros”⁵.

No obstante lo anterior, el concepto de empresa no se limita al ámbito económico, sino que también comprende lo jurídico, como ha señalado la especialista uruguaya BUGALLO, quien refiere a la empresa como una “entidad de producción de bienes y servicios en un plano jurídico, social y económico”, sin desconocer que se trata de una noción económica. La empresa “no es sujeto de derecho, pues el centro de imputación de derechos y obligaciones es su titular, conocido como ‘empresario’ –sea persona física o jurídica–; no es objeto de derecho pues no se identifica con los bienes que se combinan en la organización, y que tienen un régimen jurídico particular cuando se trata de establecimiento comercial”⁶.

Esta ponencia se enfocará en los aspectos jurídicos, en particular en las cuestiones de Derecho internacional privado que genera la actuación de las PYMES a través de fronteras, aunque recurriendo, cuando ello es necesario, a algunos conceptos económicos.

II. CONCEPTO DE PYME

1. CRITERIOS PARA DEFINIR LAS PYMES

A. Planteo introductorio

No existe una definición uniforme de PYME ni en la doctrina ni en la normativa existente, ya sea ésta autónoma de los Estados o convencional. Por el contrario, la definición de PYME varía según el país o según la región integrada.

⁴ A. ZURITA (nota 3), p. 54.

⁵ A. ZURITA (nota 3), pp. 98-99.

⁶ B. BUGALLO MONTAÑO, *Manual básico de derecho de la empresa*, 1ª ed., Montevideo, FCU, 2000, pp. 9-14.

En general se ha entendido que las PYMES “tienen necesidades específicas que deben ser atendidas por el Estado”, ya que “por sus particularidades, necesitan protección e incentivos para competir frente a las grandes corporaciones”. Ello se hace, por ejemplo, a través de “líneas de crédito con condiciones especiales” y “beneficios impositivos”, entre otros mecanismos de apoyo y promoción. Por su parte los Estados tienen interés en atender esas particularidades dado que las PYMES generan, en su conjunto, “grandes riquezas para cada país además de ser uno de los principales motores del empleo”⁷. Cabe destacar que los países de la OCDE “suelen tener entre el 70 % y el 90 % de los empleados en este grupo de empresas”⁸.

En términos generales, las PYMES suelen contar con un “nivel de recursos y posibilidades mucho más reducidas que los de las grandes empresas”. Suelen contar con “ayuda o subsidios de los Estados que buscan así reactivar áreas de la economía que están dejadas en blanco por las multinacionales o simplemente para favorecer la economía y la suba del empleo formal”. Suelen estar dirigidas por sus propios dueños o por cooperativas de trabajadores⁹.

El concepto de PYME no va asociado a un tipo societario determinado, de los que prevé la normativa jurídica en materia de sociedades. Se trata sí de un concepto vinculado a un criterio cuantitativo, ya que la propia denominación de “micro”, “pequeña” y “mediana” empresa tiene que ver con la dimensión de la empresa, tomando en cuenta entre otros criterios el número de empleados, el balance, el volumen de negocios, su independencia¹⁰, entre otros. Dicho criterio cuantitativo es particularmente relevante, aunque no necesariamente es el único para determinar la pertenencia de una empresa a la categoría de PYME. Se trata de empresas cuyas dimensiones se encuadran dentro de ciertos “límites ocupacionales y financieros prefijados por los Estados o regiones”¹¹.

También se utilizan criterios cualitativos para caracterizar una PYME, como son su administración, que en general está a cargo de sus propietarios, las estrechas relaciones internas de la empresa (entre propietarios, trabajadores y

⁷ <https://definicion.de/pyme/> Ver A. ZURITA (nota 3), p. 99, quien señala: “La gran presencia de las PYMES en el sector privado de los países del Mercosur queda evidenciada por las cantidades de establecimientos y el empleo que generan, también representadas en cuadros que presentan un panorama muy diverso y disperso. Todos los países cuentan con un gran número de PYMES, que al mismo tiempo crean una gran parte del empleo nacional”.

⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

⁹ <https://www.definicionabc.com/economia/pyme.php>

¹⁰ Para determinar el grado de independencia, la Comisión Europea se ha inclinado por el criterio utilizado oportunamente por el Banco Europeo de Inversiones: “considerar a una empresa como independiente cuando no estuviera controlada por una gran empresa en más de un tercio de su capital”. Ver en S. HIERRO ANIBARRO (nota 1), p. 2.

¹¹ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

proveedores), las relaciones externas de la empresa con la colectividad en la que se inserta, la posición en el mercado, que no es relevante, lo que “determina una carencia de peso en las negociaciones”, y el financiamiento escaso o inadecuado¹².

B) Las PYMES en la región americana

En el ámbito del MERCOSUR cada Estado miembro tiene su propia definición y regulación de las PYMES, aunque existen algunos intentos por alcanzar un criterio general de categorización de las micro, pequeñas y medianas empresas, basados en un coeficiente de tamaño¹³. Así, la Comisión de Pequeñas y Medianas Empresas del Sub-Grupo de Trabajo N° 7 adoptó un modelo en el cual se determina la categorización de las PYMES a regir en Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, acordándose la determinación de un coeficiente de tamaño, que toma en cuenta, entre otros factores, el personal ocupado de la empresa y las ventas de la misma. Así, por ejemplo, el personal ocupado en una micro empresa no puede superar los 20, en una pequeña empresa los 100 y en una mediana empresa los 300. La PYME debe poseer “una pequeña porción del mercado” y no puede pertenecer a grupos económicos¹⁴. Veamos sintéticamente lo que ocurre en algunos países americanos.

Argentina no cuenta con normas legales específicas sobre las PYMES¹⁵, aunque existen parámetros basados en las ventas anuales, entre otros factores, para definir las micro, pequeñas y medianas empresas¹⁶. La Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa determinó en la Resolución General 103-E/2017¹⁷ una tabla de clasificación MIPYMES¹⁸.

En Brasil, la Ley Complementaria N° 123 de 2006 define la micro y pequeña empresa¹⁹. El art. 179 de la Constitución Federal prevé un “tratamiento diferenciado y simplificado en los campos fiscal, previsional, laboral, crediticio y de desarrollo empresarial” para las PYMES²⁰.

¹² B. BUGALLO MONTAÑO (nota 6), p. 16.

¹³ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

¹⁴ Ver detalle en <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre24.merco.htm>

¹⁵ <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre24.merco.htm>

¹⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

¹⁷ <http://www.ieralpyme.org/noticias/clasificacion-pyme-sepyme-resolucion-103-e2017-7101.html>

¹⁸ <http://www.ieralpyme.org/noticias/ultima-clasificacion-pyme-argentina-2823.html>

¹⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

²⁰ <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre24.merco.htm> La norma referida establece: “Art. 179. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou*

Paraguay no cuenta con normas legales específicas sobre las PYMES²¹.

En Uruguay, la ley 16.201 del 13/8/1991 refiere a la pequeña empresa y en su art. 5 dispone que en base al diagnóstico sectorial, el Poder Ejecutivo “establecerá la definición de micro, pequeñas y medianas empresas, conforme a la realidad socioeconómica del país y a las recomendaciones nacionales e internacionales, teniendo en cuenta, entre otras variables, el capital invertido y la mano de obra empleada”.

El Decreto 54/92, en texto dado por el Decreto N° 266/95, categoriza la micro, pequeña y mediana empresa a nivel nacional, de la forma que se establece a continuación.

Las microempresas son aquellas que tienen entre 1 y 4 empleados, ventas máximas anuales netas equivalentes a hasta USD 60.000 y activos máximos de hasta USD 20.000. Las pequeñas empresas son las que tienen entre 5 y 19 empleados, ventas máximas anuales netas equivalentes a hasta USD 180.000 y activos máximos de hasta USD 50.000. Las medianas empresas son las que tienen entre 20 y 99 empleados, ventas máximas anuales netas equivalentes a hasta USD 5.000.000 y activos máximos de hasta USD 350.000²².

En Uruguay las MYPES (micro y pequeñas empresas) y las PYMES son de fundamental importancia en la estructura productiva nacional ya que constituyen aproximadamente el 98% del empresariado nacional. Es por eso que el art. 305 de la ley 16.170, de 28/12/90²³, creó la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME) como una unidad ejecutora del Ministerio de Industria, Energía y Minería, la cual tiene entre sus cometidos “planificar, coordinar y realizar actividades de promoción y fomento a nivel nacional e internacional de la producción resultante del desarrollo de las artesanías y de las pequeñas y medianas empresas nacionales”²⁴.

En Colombia, la ley 590 de 2000 y la ley 905 de 2004 definen la microempresa como “toda unidad de explotación económica realizada por persona natural o jurídica en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicio, rural o urbana con planta de personal hasta 10 trabajadores y activos de menos de 501 salarios mínimos legales mensuales vigentes”. La pequeña empresa es “aquella

pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. (<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10657865/artigo-179-da-constituicao-federal-de-1988>)

²¹ <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre24.merco.htm>

²² https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa. Ver también B. Bugallo Montaña (nota 6), p. 16-17.

²³ Dicha ley fue reglamentada luego por la ley 16.201 del 3 de agosto de 1991 y los Decretos 54/92 y N° 266/95.

²⁴ B. BUGALLO MONTAÑO (nota 6), p. 17.

con una planta de personal de entre 11 y 50 trabajadores o activos entre 501 y 5000 salarios mínimos mensuales vigentes” (ley 905 de 2004). La mediana empresa “es aquella que cuenta con una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o activos totales entre 5001 y 30000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”²⁵.

C) Las PYMES en la Unión Europea

El Reglamento (UE) N° 651/2014 de la Comisión²⁶ define las PYMEs teniendo en cuenta “los límites financieros y el número de empleados”, estableciendo que la microempresa es la que tiene menos de 10 empleados y un volumen de negocio o balance general de menos de 2 millones de euros; la pequeña empresa es la que tiene menos de 50 empleados y un volumen de negocio o balance general de menos de 10 millones de euros; y la mediana empresa es la que tiene menos de 250 empleados y un volumen de negocio o balance general de menos de 50 millones de euros²⁷.

Para medir el grado de internacionalidad de las PYMES en Europa, la Comisión Europea ha tomado en consideración las siguientes actividades: “exportaciones, importaciones, inversiones en el extranjero, cooperación tecnológica entre países y la subcontratación de servicios entre empresas de distintos países”²⁸.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS PYMES

A) Concepto y dificultades que plantea la internacionalización a las PYMES

La internacionalización de la empresa, desde un punto de vista económico, es el “conjunto de operaciones que facilitan el establecimiento de vínculos más o menos estables entre la empresa y los mercados internacionales, a lo largo de un proceso de creciente implicación y proyección internacional”²⁹. Desde el punto de vista jurídico, las PYMES se internacionalizan cuando, constituidas en un Estado, actúan en otro, ya sea mediante la constitución de agencias, sucursales, filiales u otro tipo de representación.

²⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Peque%C3%B1a_y_mediana_empresa

²⁶ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81403>

²⁷ Ver en el sitio web Portal PYME del gobierno del Reino de España: <http://www.ipyme.org/es-ES/UnionEuropea/UnionEuropea/PoliticaEuropea/Marco/Paginas/NuevaDefinicionPYME.aspx>. También puede consultarse en también: F. ESCRIBANO / I. PARDO, “Financiación de las PYMES en un contexto internacional”, *Economía industrial*, n° 380, 2011, pp. 51-56, esp. p. 51.

²⁸ F. ESCRIBANO / I. PARDO (nota 27), p. 52.

²⁹ I. TABARES / E. ANZO / L.M. ESTRADA, “La cooperación internacional en la internacionalización de pequeñas y medianas empresas de Medellín: un estudio de un caso comparado”, *Estudios Gerenciales*, n° 30, 2014, pp. 314-324, www.elsevier.es/estudios_gerenciales, p. 316, con cita de WELCH y LUOSTARINEM, 1988, p. 84.

A pesar de las dificultades que deben sortear para insertarse en los mercados globales, cada vez son más las PYMES que intentan acceder a los mercados internacionales como estrategia básica para su crecimiento y a veces incluso para garantizar su supervivencia; lo hacen a través de una adecuada utilización de los recursos tecnológicos y humanos³⁰. También recurren a programas gubernamentales y ayudas internacionales que promueven los procesos de “inmersión comercial” que dichas empresas requieren. Existen asimismo programas de cooperación internacional que buscan coordinar políticas y aunar esfuerzos para contribuir a la internacionalización de las PYMES, ofreciéndoles mecanismos alternativos de financiación³¹.

Sin perjuicio de su importancia, las características de las PYMES “suponen una posición competitiva más débil. Su tamaño es una desventaja para desarrollar su actividad en un entorno legal, fiscal y administrativo cada vez más complejo; para introducir innovaciones y acceder a programas y actividades de investigación, para situarse en los mercados exteriores o para acceder a recursos financieros tanto al inicio como en las fases de expansión de su actividad”. Todo ello genera que los Estados desarrollen políticas de apoyo para con este tipo de empresas a los efectos de que puedan superar los problemas que enfrentan, como por ejemplo “el elevado coste que supone acceder a los recursos así como a las garantías y condiciones que se les exigen para acceder a los mismos”. Los referidos problemas provocan un menor grado de internacionalización de las PYMES y mayores dificultades para acceder a los mercados internacionales³².

B) Las empresas *born global*

Las *born global* o empresas de internacionalización acelerada constituyen un fenómeno derivado de la globalización. Son “entidades fundadas con el objetivo de incursionar en mercados internacionales desde su creación”. Lo hacen “de manera acelerada y no lineal”, aunque no cuenten con recursos financieros o materiales importantes, y ello se debe a diversos motivos, entre los que cabe señalar, por ejemplo, “el achicamiento del mercado doméstico y la subsiguiente búsqueda de oportunidades en el exterior”³³. Los especialistas reconocen tres

³⁰ F. ESCRIBANO / I. PARDO (nota 27), p. 54.

³¹ S. TABARES / E. ANZO / L M. ESTRADA (nota 29), pp. 315-316.

³² F. ESCRIBANO / I. PARDO (nota 27), pp. 51-52.

³³ F. QUESADA CHAVES / J. PLA BARBER, “Estructuras organizativas en empresas de internacionalización acelerada. Evidencia empírica”, *Revista Nacional de Administración*, nº 2, 2011, pp. 81-100, pp. 82-83, citando entre otros a OVIATT Y MACDOUGALL, 1994.

etapas de internacionalización para las empresas *born global*: introducción en el mercado internacional, acumulación de recursos financieros y materiales para acelerar el crecimiento y adquisición de una estrategia global³⁴.

III. LAS NORMAS DE DERECHO POSITIVO APLICABLES A LAS PYMES

1. INTRODUCCIÓN

En general las PYMES, como empresas con determinadas características cuantitativas y cualitativas, están reguladas por normas pertenecientes a diversas áreas del derecho, como por ejemplo, comercial, tributario, laboral y obviamente también por el derecho internacional privado (en adelante DIPr). Estas normas a veces hacen referencia específica a las PYMES y otras no, como ocurre en el DIPr.

Excede los límites de esta ponencia el análisis de las normas de otras ramas del derecho que no sea el DIPr, por lo que nos abocaremos a estas últimas³⁵ y a su aplicación a las PYMES. Asimismo, y por razones de tiempo y espacio, y del ámbito donde se presenta esta ponencia, se priorizará el análisis de las normas regionales y subregionales americanas y las nacionales uruguayas.

Las PYMES son, en principio, de naturaleza comercial, lo que se deriva del propio concepto de empresa. En ausencia de normas específicas de DIPr que las regulen, las PYMES quedan comprendidas dentro del alcance extensivo de la categoría genérica sociedades comerciales o personas jurídicas comerciales y sometidas por tanto a sus normas regulatorias. Con respecto a las sociedades comerciales, cabe referir aquí al Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1889 (en adelante TDCOMIM de 1889), al Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940 (en adelante TDCTIM de 1940) y a la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, CIDIP-II, Montevideo, 1979.

Determinar la naturaleza civil o comercial de la sociedad constituye una cuestión fundamental ya que de ello dependerá la fuente normativa aplicable al caso. Si la sociedad tiene naturaleza comercial, se le aplicarán las normas de DIPr previstas en las normas convencionales antedichas, según corresponda, o en la ley de sociedades comerciales N° 16.060 (arts. 192 a 198), en ausencia de tratado. Por el contrario, si

³⁴ F. QUESADA CHAVES / J. PLA BARBER, (nota 33), p. 88.

³⁵ Ver análisis más amplio de las normas de DIPr vigentes en materia de personas jurídicas civiles y comerciales: C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II (*Parte Especial*), vol. 2, Montevideo, FCU, 2009, pp. 26-99.

ella tuviera naturaleza civil, se le aplicará el art. 2394 del Apéndice del Código Civil, el Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889 o de 1940, o en la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado (CIDIP-III, La Paz, 1984), según corresponda³⁶.

Consideramos que la naturaleza civil o comercial de la sociedad está dada por el orden jurídico fundante de la misma, que es el que la crea, es decir por la ley del lugar de su constitución³⁷. Ello plantea un problema de calificación, que es más teórico que real, y que deriva de la pluralidad de fuentes de DIPr existente, que regulan independientemente las sociedades comerciales y las civiles. Ello estaría presumiendo que ya ha sido determinada la naturaleza la sociedad, sin indicar cuál es la ley aplicable a la cuestión, generando el círculo vicioso propio de la calificación *lex causae*, tan criticada por ALFONSÍN³⁸. Ahora bien, dado que todas las normas optan por un punto de conexión que –más allá de su formulación literal– se realiza en el lugar de constitución de la sociedad, en la práctica el problema teórico pierde relevancia, siendo la ley del lugar de constitución la que va a determinar siempre la naturaleza de la sociedad.

2. NORMAS DE DIPR APLICABLES A LAS PYMES Y SUS RESPECTIVOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN

A) Tratado de Derecho comercial internacional de Montevideo de 1889³⁹

Con respecto a su ámbito espacial o geográfico de aplicación, cabe señalar que el TDCOMIM de 1889 vincula todavía a Uruguay, en materia de sociedades comerciales, con Bolivia y Colombia, ya que si bien estos dos Estados firmaron la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, no la han ratificado

³⁶ Ver en este sentido J. TÁLICE, “Las sociedades mercantiles en el Derecho internacional privado americano”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, n° 29-30, 1984, pp. 12 a 72, en especial p. 39, quien sostiene que se trata de un problema calificativo, que queda librado al intérprete ya que las normas existentes no resuelven expresamente la cuestión. Asimismo, En este sentido se pronunció la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay en el caso N° 20.242.99, publicado en *Rev. AEU*, vol. 86, n° 7 a 12, 2000, pp. 483-486 y en R.B. SANTOS BELANDRO, *Derecho Internacional Privado. 50 años de estudio de casos reales originados en el ámbito notarial y resueltos por la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003, pp. 79-97, en especial ver p. 95.

³⁷ Esta es también la opinión de la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay en el caso N° 20.242.99, publicado en *Rev. AEU*, vol. 86, n° 7 a 12, 2000. R.B. SANTOS BELANDRO (nota 36), pp. 79-97, en especial ver p. 94.

³⁸ Q. ALFONSÍN, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Ed. Idea, 1982, p. 396, n° 247 b)

³⁹ Los Tratados de Montevideo, incluido el Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de 1889, fueron ratificados por Uruguay por ley N° 2.207 de 03 de octubre 1892.

a la fecha. Perú en cambio sí es parte de la referida Convención interamericana⁴⁰, por lo que será esta última la que se aplicará, en principio⁴¹, en los casos que involucren a dichos Estados.

En cuanto a su ámbito material, nótese que si bien el Título II “De las sociedades” (arts. 4 a 7) del Tratado no incluye la expresión “comerciales”, surge claramente del texto de dichas normas y de su contexto –integran el Tratado de Derecho “comercial”– que ellas refieren a las sociedades comerciales. Las sociedades no comerciales quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado de Derecho civil internacional de 1889 (art. 4).

El Tratado no distingue entre tipos societarios ni mucho menos entre micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, por lo que se aplica a toda sociedad comercial –incluyendo, obviamente, las PYMES– constituida o con domicilio en un Estado Parte del Tratado que quiera actuar en otro. Lo mismo ocurre con el Tratado de 1940 y con la Convención interamericana de 1979 que se analizan a continuación.

B) Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940⁴²

Con respecto a su ámbito espacial o geográfico y temporal de aplicación, dado que los tres Estados Parte de este Tratado –Argentina, Paraguay y Uruguay– han ratificado luego la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979⁴³, en principio se aplica esta última; “(..) el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”⁴⁴. Ello ocurre, por ejemplo, respecto del tema específico regulado en el art. 10 del Tratado de 1940 –“las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales”–, que no ha sido tratado por la Convención de 1979. En consecuencia, como

⁴⁰ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>

⁴¹ Ver art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986 y explicación más adelante en este capítulo.

⁴² Los Tratados de Montevideo, incluido el Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de 1940 fueron ratificados por Uruguay por Decreto-Ley N° 10.272 de 12 de noviembre de 1942.

⁴³ Aprobada por Uruguay por Decreto-Ley N° 14.953 de 6/11/79. Ver estado de firmas y ratificaciones actualizada en: www.oas.org

⁴⁴ El problema de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia está regulado en el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986, que en su inc. 3 dispone: “Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no queda terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

sostuviera Solari⁴⁵, “puede concluirse pacíficamente que ‘el art. 10 del Tratado de 1940 es aplicable y se encuentra vigente’, siendo compatible con las disposiciones del tratado posterior –Convención interamericana de 1979– (art. 30 numeral. 3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)”.

En cuanto a su ámbito material, caben hacer aquí los mismos comentarios que con respecto al Tratado de 1889 de Derecho comercial.

C) Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, CIDIP-II, Montevideo

Respecto a su alcance espacial o geográfico, la Convención interamericana vincula a Uruguay con Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Venezuela, por ser todos ellos Estados ratificantes de la misma⁴⁶.

Su ámbito material de aplicación se limita a las sociedades “mercantiles” (art. 1). Por su parte, la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado (CIDIP-III, La Paz, 1984) comprende en su ámbito material de aplicación a “las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes” de la Convención, “sin perjuicio de convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas” (art. 1), como es el caso de las mercantiles. Por lo tanto, las sociedades mercantiles no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención interamericana de 1984.

D) Normas autónomas de DIPr en materia de sociedades comerciales: el ejemplo de Uruguay

La Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 del 04/09/1989 se aplica en todos aquellos casos en que no nos vincula norma supranacional sobre la materia con el Estado involucrado en el caso. La Sección XVI “De las sociedades constituidas en el extranjero” (arts. 192 a 198) de la ley 16.060, aunque no especifica a texto expreso que refiere exclusivamente a las “comerciales”, debe interpretarse en su contexto, que es la Ley de Sociedades Comerciales⁴⁷.

⁴⁵ M. SOLARI BARRANDEGUY, “Emisión y negociación en Uruguay de obligaciones de una sociedad anónima argentina”, *Rev. De Der. Com. y de la Empresa*, n° 59-60, pp. 9-15, en especial p. 12.

⁴⁶ <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>

⁴⁷ El art. 1 de la ley 16.060 establece: “Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca.” Ver desarrollo del tema en C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 35), pp. 27-29.

Las normas referidas no distinguen entre micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, por lo que se aplica a toda sociedad comercial –incluyendo, obviamente, las PYMES– constituida o con domicilio en un Estado extranjero que quiera actuar en Uruguay.

3. ALCANCE EXTENSIVO DE LA CATEGORÍA SOCIEDADES COMERCIALES Y CONSIGUIENTE ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *LEX SOCIETATIS*

La *lex societatis* o ley reguladora de la categoría sociedades comerciales, más allá de las diferencias de formulación que presentan las diversas fuentes normativas referidas, es la del lugar de constitución de la sociedad. Esta ley regula a existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedad⁴⁸, pero no su actividad societaria, la cual queda excluida del alcance extensivo de la categoría –y del ámbito de aplicación de la ley del lugar de constitución–, quedando sometida a la ley territorial del país donde la sociedad actúa⁴⁹.

El alcance extensivo de la categoría y el ámbito de la *lex societatis* están determinados expresamente en la propia norma de conflicto, aunque en algunos casos se explicitan con más detalle que otros. De cualquier forma, será tarea del intérprete analizarlos a los efectos de calificar las diversas cuestiones que se presenten en la práctica.

El art. 4 del TDCoIM de 1889 refiere expresamente al “contrato social”, “tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros”.

Los arts. 6 y 7 del TDCTIM de 1940 refieren a “la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad”, “los requisitos de forma del contrato”, “el contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre éstos y la sociedad; y entre la misma y terceros”.

El art. 2 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles mejora sin duda la formulación, al establecer claramente que comprende “la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles”.

⁴⁸ Ello surge, básicamente, de los arts. 4 y 5 del TDCoIM de 1889, arts. 6 a 8 del TDCTIM de 1940, y de los arts. 2 y 4 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979 y de los arts. 192 y 193 de la ley 16.060.

⁴⁹ Q. ALFONSÍN, (nota 38), p. 359; J. TÁLICE (nota 36), p. 60; C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Sociedades constituidas en el extranjero. Estudio comparativo del Derecho Internacional argentino, brasileño y uruguayo*, Montevideo, FCU, 1999, pp. 83-85. En este sentido se pronunció la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay en el caso N° 20.242.99, *Rev. AEU*, vol. 86, n° 7 a 12, 2000, pp. 483-486 y en R.B. SANTOS BELANDRO (nota 36) p. 94, donde se aclara que “No existe fraccionamiento de su personalidad, sino que es el mismo sujeto de derecho creado en el exterior que para su actividad en el extranjero se somete a la aplicación de la ley local”.

Lo mismo cabe decir con respecto al art. 192 de la ley 16.060, cuyo texto es idéntico en este punto a la Convención Interamericana, ya que expresa que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, “(...) en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución...”, por la ley del lugar de su constitución.

A) Existencia y capacidad de la sociedad

En cuanto a la “existencia” de la sociedad, cabe señalar que en el Grupo de Trabajo encargado del tema en la CIDIP-II se interpretó la misma en sentido amplio, incluyendo tanto la constitución original de la sociedad como al surgimiento de la misma a través de una fusión, escisión o equivalentes⁵⁰.

La “capacidad” de la persona jurídica, incluida a texto expreso en el alcance de la *lex societatis* (art. 192 de la ley uruguaya, art. 2 de la Convención interamericana), no comprende la “capacidad de ejercicio” de esa sociedad, la cual se regula por las normas que refieren a la actividad extraterritorial de las sociedades⁵¹. Dichas normas establecerán qué requisitos y condiciones deberá cumplir la sociedad extranjera para realizar actos propios de su objeto social, dependiendo por ejemplo de si lo hace en forma aislada o habitual, si establece una representación permanente en el lugar de actuación o no, etc.

Por otra parte, los referidos arts. 192 y 2 establecen expresamente que la capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país donde actúen, lo cual constituye un límite de alcance general a la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales. Se trata de una derogación del principio general que establece que es la ley del lugar de constitución y los estatutos los que delimitan la capacidad de la sociedad. Ello se justifica en virtud del “principio de igualdad: no dar más derechos a una sociedad extranjera que los otorgados a las sociedades nacionales”⁵².

La sociedad es creada conforme a la ley del lugar de su constitución, la cual le otorgará o no personalidad jurídica⁵³. No obstante, el reconocimiento de pleno

⁵⁰ D. OPERTTI, “Informe de la Comisión II referente al tema actualización de normas vigentes en América sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles”, OEA/Ser.K/XXI.2, CIDIP-II/57, p. 279, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), p. 85.

⁵¹ D. OPERTTI (nota 50), p. 280.

⁵² L. PEREZNIETO CASTRO / J.A. SILVA SILVA, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000, p. 232.

⁵³ En este sentido, D. OPERTTI, “Actualización de las normas vigentes en América sobre sociedades mercantiles”, en: *V Curso del Comité Jurídico Interamericano*, Río de Janeiro, 1978, pp. 423-439, en especial p. 429. También A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 591-593 considera que será la *lex societatis* la que determine si la sociedad tiene o no personería jurídica distinta a la de sus socios.

derecho de las sociedades constituidas en el extranjero (arts. 8 del TDCTIM de 1940, 193 de la ley 16.060 y 3 de la Convención interamericana), el cual les habilita *per se* a realizar actividad accesoria o instrumental a su objeto, y en algunos casos (art. 8 del TDCTIM de 1940 y art. 193 inc. 2 de la ley 16.060) realizar en forma aislada actos de su objeto social, implica reconocerles personería jurídica⁵⁴. Si ello no fuera así, estaría actuando el representante a título personal y no la sociedad a través de éste.

B) Funcionamiento interno de la sociedad

La *lex societatis* regula todo lo relativo al funcionamiento interno de la sociedad, a los socios y a sus relaciones, a saber: los derechos y deberes de los socios; todo lo que tiene que ver con el funcionamiento de la sociedad, como por ejemplo la formación de capital, la integración de los aportes, cuáles son los órganos de la sociedad, cómo se designan, cómo actúan, y qué facultades tienen; las relaciones de los socios entre sí, las relaciones de los socios respecto de la sociedad, con los administradores y los órganos sociales, las facultades que tiene cada uno de los socios y de los órganos sociales. Por ejemplo, será la *lex societatis* la que determine si para realizar determinado acto es necesario o no una previa resolución del directorio.

Existiendo sucursales, la *lex societatis* regula también las relaciones de la sociedad matriz con sus representantes. Corresponde también a esta ley regular las eventuales modificaciones del contrato o estatuto social⁵⁵.

En cualquier caso, la aplicación de la *lex societatis* no podría desplazar los principios fundamentales de orden público internacional en materia societaria, del país donde la sociedad pretende actuar. Esos principios deberán extraerse del derecho societario material de la ley del Estado respectivo. Asimismo, las normas de policía en esta materia resultarían aplicables aun a sucursales de sociedades constituidas en el extranjero⁵⁶.

⁵⁴ Ello coincide con la propuesta que efectuaba D. OPERTI (nota 53) p. 430 de que “la sociedad mercantil por el solo hecho de actuar fuera del lugar de constitución será considerada como persona jurídica. De este modo se dotaría al comercio internacional de una mayor seguridad en la contratación entre estas sociedades y los terceros, protegiéndose de mejor manera los derechos de los sujetos locales”.

⁵⁵ C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ, citando a R.B. SANTOS BELANDRO (nota 49); R. ARENAS GARCÍA, en: Fernández Rozas, J.C. (edit), p. 237. ARENAS GARCÍA plantea también que puede no resultar tan claro si la adquisición o pérdida de la condición de socio mediante la transmisión de las acciones o la constitución de determinados derechos sobre éstas así como los convenios de sindicación de accionistas quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la *lex societatis*, p. 238. Ver al respecto, C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 35), pp. 38-39.

⁵⁶ A. BOGGIANO (nota 53), pp. 618-619. Boggiano pone el ejemplo del principio de igualdad razonable de los socios en circunstancias análogas.

C) Representación de la sociedad

La *lex societatis* rige la representación orgánica de la sociedad, es decir, “determina las personas físicas por medio de las cuales actúa la sociedad y el ámbito en el que ésta queda vinculada por los actos de aquellas”⁵⁷. Regula todo lo relativo a la relación interna entre representante y sociedad. En cambio todo lo relativo a la actuación extraterritorial de la sociedad a través de un representante o mandatario queda comprendido en el ámbito material de la ley del lugar de actuación, y no de la *lex societatis*⁵⁸.

La ley del lugar de actuación de la sociedad podrá ser más o menos amplia, permitiéndole ejercer su objeto con la sola acreditación de su existencia o exigiéndole el cumplimiento de más o menos requisitos, según las circunstancias. Ello depende de cada ordenamiento jurídico, pero es siempre competencia legislativa del lugar de actuación.

Con respecto a la responsabilidad de los administradores o representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, la ley 16.060 regula expresamente en el art. 195 que éstos “contraerán las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades constituidas en el país, según el tipo.”

Corresponde asimismo hacer referencia aquí a la ley N° 16.497, por cuanto establece en su art. 1 que: “Se consideran representantes de firmas extranjeras a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en el país que, en forma habitual y autónoma, presten servicios consistentes en preparar, promover, facilitar o perfeccionar la transferencia de bienes o servicios que ofrezcan las firmas extranjeras percibiendo una comisión o porcentaje a cargo del comitente.”

La ley 16.497 exige que: “Cuando las compras o contrataciones de servicios en el exterior sean cursadas por medio de representantes de firmas extranjeras, sólo podrán hacerse a través de los debidamente matriculados” (art. 6); “(..) en cada negocio en que intervenga un representante de firma extranjera se establecerá el nombre del representante de que se trate y su número de registro” (art. 7).

El art. 2 de la ley 16.497 exige que los representantes de firmas extranjeras estén inscriptos en el Registro Nacional de Representantes de Firmas Extranjeras que llevará el Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual requiere: tener matrícula vigente de comerciante, estar debidamente inscriptos ante el Banco de Previsión Social y la Dirección General Impositiva, acreditar honradez y costumbres morales

⁵⁷ R. ARENAS GARCÍA, en: Fernández Rozas, J.C. (edit.), p. 240.

⁵⁸ En este sentido afirma D. OPERTTI (nota 53), p. 432: “Los Estados donde la sociedad actúa en cualquiera de sus formas posibles, sea mediante representante, agencia o sucursal, u otras, deben conservar la facultad de aplicarles su propia ley para otorgarle el reconocimiento a aquella, no dependiendo esta decisión de la habitualidad o accidentalidad del ejercicio.”

en la misma forma que para los procuradores establece el numeral 4º) del art. 151 de la ley 15.750, de 24/6/1985, y no haber sido declarado fallido o concursado, salvo el caso de rehabilitación y obtención de carta de pago (art. 3).

La ley exige que “Cuando las compras o contrataciones de servicios en el exterior sean cursadas por medio de representantes de firmas extranjeras, sólo podrán hacerse a través de los debidamente matriculados” (art. 6), y que “en cada negocio en que intervenga un representante de firma extranjera se establecerá el nombre del representante de que se trate y su número de registro” (art. 7).

Existen otras normas que resultan aplicables a personas jurídicas constituidas en el extranjero cuyo objeto es la actividad financiera, la calificación de riesgo y otros, que pretenden actuar en Uruguay, que no son pertinentes en esta ponencia porque dichas sociedades no encuadran en el concepto de PYME⁵⁹.

D) Disolución y liquidación de la sociedad

La doctrina interpreta pacíficamente que la disolución de la sociedad está comprendida dentro del ámbito de la *lex societatis*⁶⁰. Ello ha sido recogido a texto expreso en el art. 192 de la ley 16.060 y en el art. 2 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles.

Con respecto a la liquidación, en cambio, se han planteado algunas discrepancias. Ni la ley 16.060 ni la Convención interamericana refieren específicamente a la liquidación, por lo que el tema queda librado al intérprete. LÓPEZ⁶¹ entiende que la liquidación, etapa “consecuente y necesaria de la disolución”, debe regularse por la *lex societatis*, ya que “es un proceso que debe abarcar todo el patrimonio social, sea cual fuere el lugar de ubicación de los distintos bienes y pasivos que lo componen”.

⁵⁹ Ejemplo: normas bancocentralistas como las que exige a las entidades que deseen operar en el país como Calificadoras de Riesgo el requisito de inscripción en el Registro del Mercado de Valores del Banco Central del Uruguay, cumpliendo y acreditando los extremos que dicho Banco establezca (art. 2 del Decreto 146/997 de 07 de mayo de 1997), y normas administrativas, como por ejemplo el art. 87 del Decreto N° 385/992 de 13/08/1992, que impone una serie de requisitos a las empresas extranjeras que pretendan competir en un llamado para la concesión de una obra pública en el país.

⁶⁰ J. TÁLICE (nota 36), p. 44 y C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), p. 89.

⁶¹ C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), p. 89. Señala el autor que la jurisprudencia argentina se pronunció en este sentido en el caso “*Luis Ridder Limitada S.A.C.*”, dado que entendió que la ley del lugar de constitución “es el que decide la subsistencia de la personalidad durante la liquidación y el momento de la disolución”. Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de ese país que “el acreedor verificado es una sociedad constituida en el extranjero que se rige en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de su constitución (art. 118, primer párrafo, ley 19.550), que regula asimismo —entre otras materias— lo concerniente a la liquidación, disolución, extinción de la personalidad jurídica y destino del activo societario una vez extinguido el ente social”. Asimismo, en la doctrina española se ha sostenido que “será también la *lex societatis* la que determine los efectos de la disolución de la sociedad, en concreto, la apertura del proceso de liquidación y la continuación o no de la personalidad de la sociedad durante la liquidación.” También R. ARENAS GARCÍA en: Fernández Rozas, J.C. (edit.), p. 242.

4. LEY APLICABLE A LA CATEGORÍA SOCIEDADES COMERCIALES: LA DEL LUGAR DE CONSTITUCIÓN

Si bien las cuatro fuentes normativas vigentes en Uruguay (Tratados de Montevideo de derecho comercial terrestre internacional de 1889 y de 1940, Convención Interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979 y ley 16.060) presentan algunas variantes en cuanto a la formulación del punto de conexión, puede concluirse –siguiendo la interpretación de Alfonsín⁶² con relación a los Tratados de Montevideo y de la mayoría de la doctrina posterior en general⁶³– que sustancialmente todas conducen al lugar de constitución de la sociedad, como se verá a continuación.

Las regulaciones más modernas de la región –y de Uruguay, entre otros países⁶⁴– adoptan la conexión “lugar de constitución” (art. 2 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles de 1979, CIDIP-II, Montevideo y art. 192 de la ley 16.060). Esta conexión ha sido definida en el art. 2 referido, recogiendo la doctrinaria más recibida, como el “Estado donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”, y seguida de manera casi textual en el art. 192 de la ley 16.060. Estas normas establecen dos límites: que no se contraríe el orden público internacional de la República⁶⁵ y que la capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país⁶⁶.

Si bien la formulación del punto de conexión como “lugar de constitución” es relativamente reciente en el desarrollo del DIPr nacional y convencional, dicha solución data de 1889, aunque con una formulación diferente: ley del “país en el cual han sido reconocidas como tales” (art. 4 del TDCOMIM de 1889 y art. 2394 del Apéndice del Código Civil).

⁶² Q. ALFONSÍN (nota 38), p. 375-376, N° 757.

⁶³ Ver por ejemplo: J. TÁLICE (nota 36), pp. 55-56, quien afirma que “(...) si bien los tratados confieren competencia a la ley del domicilio, y aun cuando el Tratado de 1940 haya definido dicho domicilio como el lugar donde se encuentra el asiento principal de los negocios, no es posible sostener que el lugar de constitución no sea a la vez el lugar del domicilio de la sociedad. No cabe imaginar que una sociedad que todavía no está funcionando en ninguna parte pueda tener domicilio establecido. Y agrega: “(...) como antes de inscribirse el contrato no existe ningún domicilio, resulta claro que el domicilio no puede ser otro que el lugar de constitución de la sociedad.” Igualmente R. HERBERT, “Control notarial de personas jurídicas extranjeras que contratan en la República Oriental del Uruguay”, *Asociación de Escribanos del Uruguay, Instituto de Investigación y Técnica Notarial, Conferencias y Cursos*, n° 13, 11 de setiembre de 1979, pp. 7-36, p. 15.

⁶⁴ Razones de espacio impiden proceder aquí a realizar un estudio de derecho comparado.

⁶⁵ Art. 192 inc. 1 de la ley 16.060 y art. 7 de la Convención interamericana respectiva. Nótese que este límite es de principio y operaría, aunque no estuviera previsto en forma expresa aquí.

⁶⁶ Art. 192 inc. 2 de la ley 16.060 y art. 3 inc. 3 de la Convención interamericana respectiva.

Con respecto a la posible existencia de sociedades de constitución múltiple, la doctrina ha sostenido que “por lugar de constitución debe entenderse el natural, el primero, el único”, y que los sucesivos actos de incorporación “suponen actividad extranacional y, por ende, quedará al arbitrio de los Estados donde ésta se cumple reconocer la validez del primer domicilio”, es decir, el fijado al momento de su creación, en el lugar donde la sociedad se constituyó como tal por primera vez⁶⁷.

A primera vista el criterio del lugar de constitución parecería permitir que los fundadores de la sociedad elijan la *lex societatis*, constituyendo la sociedad en el país cuyo orden jurídico fuese menos exigente en cuanto a los requisitos de constitución, aportes de capital, responsabilidad de los administradores, etc., para luego actuar en otro, con normas más estrictas. No obstante, el art. 198 de la ley 16.060 y art. 5 Convención interamericana de 1979 establecieron algunos límites o correctivos, como la excepción de orden público internacional y particularmente una fórmula (art. 198 de la ley 16.060 y art. 5 Convención interamericana de 1979) destinada a evitar el fraude a la ley⁶⁸.

Ahora bien, en el TDCOMIM de 1889 se opta por la conexión domicilio –aunque no lo define–, lo cual, en palabras de HERBERT⁶⁹, “es un cambio más aparente que real” con relación al Tratado de Derecho civil de 1889. El inciso primero del art. 5 del TDCOMIM de 1889 refiere “a la constitución original” de la sociedad, no a las filiales y sucursales, las cuales se rigen por el inciso segundo. Por tanto, “(...) prácticamente no hay domicilio de la sociedad hasta que no exista constitución de la misma, hasta que haya sociedad”, por lo cual

⁶⁷ D. OPERTTI, “El problema de las sociedades comerciales extranacionales en el Derecho internacional privado (en especial en la doctrina)”, *Temas de Derecho Internacional Privado. Cuadernos de Derecho Internacional Privado*, n° 4, pp. 29-51, p. 37.

⁶⁸ Entre otros, C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), pp. 100-101, quien cita a M. WOLFF (“las razones por las que los promotores que hacen negocio en su propio Estado prefieren someter su corporación a un derecho diferente no son siempre muy honradas”), a GOWER (quien afirma que “el criterio de la incorporación, llevado a sus extremos, promueve claras oportunidades para el abuso”, ya que “los promotores incorporarán sus compañías en el país que tenga las leyes de sociedades más flexibles, para luego operar en el clima más rígido de otros países, defendidos por la máscara de su ley personal, protección que se le deniega a las sociedades locales con las cuales compite”) y SANTOS BELANDRO (la teoría de la incorporación “permitiría la constitución en Estados cuyos ordenamientos jurídicos se contenten con formalidades sumarias, exigiendo un aporte de capital muy modesto o restringiendo la responsabilidad de los fundadores, administradores o liquidadores, instituyendo disposiciones leoninas del poder de representación de la sociedad o permitiendo la elaboración de contratos sociales a distancia pro forma”) D. OPERTTI (nota 53), p. 431 ya se pronunciaba con anterioridad a la celebración de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr, oportunidad en la que se aprobó la referida Convención sobre Sociedades Mercantiles de 1979, acerca de la conveniencia de “someter el contrato en su forma y fondo a la ley del lugar de actuación cuando el objeto social establezca la actividad habitual exclusiva en otro Estado distinto de aquel donde nace”, porque “ello evitaría el eventual fraude a la ley”.

⁶⁹ R. HERBERT (nota 63), p. 17.

el domicilio que debe tenerse en cuenta es el que se establece al momento de la constitución, y entonces coincide el lugar de realización de ambos puntos de conexión: lugar del domicilio y lugar de constitución⁷⁰.

El TDCTIM de 1940 opta también por la conexión domicilio, pero a diferencia del de 1889 incluye definiciones legales de domicilio con relación a las sociedades comerciales: el domicilio comercial es “el lugar donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios” (art. 3 TDCTIM de 1940). A continuación, el inc. 2º dispone que: “Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar donde funcionen, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen”.

En doctrina, afirma HERBERT⁷¹ que la interpretación es exactamente igual en ambos tratados, por las mismas razones, y citando a ALFONSÍN, VIEIRA y OPERTTI afirma que la doctrina nacional sostiene que “no hay otra forma de interpretar ese artículo que asimilando el domicilio al lugar de constitución”.

5. LA ACTIVIDAD SOCIETARIA Y SU EXCLUSIÓN DEL ALCANCE EXTENSIVO DE LA CATEGORÍA

A. Calificación

La actividad societaria en cambio queda excluida del ámbito de aplicación de la ley del lugar de constitución y sometida a la ley territorial del país donde la sociedad actúa⁷². Ello se desprende claramente de todas las fuentes normativas bajo análisis, las cuales regulan la actuación de las sociedades en cuanto refiere al ejercicio de su objeto social en forma independiente de la categoría en sí misma⁷³.

El art. 5 del TDCoIM. de 1889 dispone que “(...) para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, (las sociedades) se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos”.

El art. 8 del TDCTIM. de 1940 a su vez introduce el criterio de la habitualidad, desde que establece que “(...) para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, (las sociedades) se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos”.

⁷⁰ Q. ALFONSÍN (nota 38), pp. 371-372, n° 755; D. OPERTTI (nota 53), p. 434.

⁷¹ R. HERBERT (nota 63), pp.17-18. En el mismo sentido se pronunció la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay en el caso N° 9.698.89, *Rev. AEU*, vol. 75, n° 7 a 12, 1989, p. 460 y en R.B. SANTOS BELANDRO (nota 36), pp. 61-69.

⁷² R. HERBERT (nota 63), p. 12; Q. ALFONSÍN (nota 38), p. 359; J. TÁLICE (nota 36), p. 60; C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), pp. 83-85.

⁷³ Y obviamente, con el alcance dado a la misma (existencia, capacidad, funcionamiento y disolución).

El art. 4 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles dispone que “para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren”.

La ley 16.060 varía su formulación, aunque no la esencia, en lo que a la actividad societaria refiere, optando por el criterio de la representación permanente. Si bien el criterio adoptado no necesariamente coincide con el de la habitualidad, en la práctica quien ejerce habitualmente su objeto social en un lugar distinto al de su constitución tiene, en el lugar de actuación, alguna forma de representación permanente. Ello se ve en cierta forma recogido en el inc. 2 del art. 193, cuando establece que las sociedades extranjeras “podrán celebrar actos aislados y estar en juicio” si acreditan su existencia, es decir, su constitución regular y válida conforme a la ley del lugar de constitución. Pero si la sociedad extranjera pretende ejercer su objeto en el país mediante el establecimiento de una sucursal u otro tipo de representación permanente, deberá cumplir con los requisitos exigidos en el inc. 3 del mismo art. 193 (inscripción, publicaciones, etc.). Volveremos sobre este punto en los apartados D y E siguientes.

B) Ley del lugar de actuación

La ley reguladora de las sociedades comerciales –la del lugar de su constitución– se limita a las cuestiones comprendidas en el alcance extensivo de la categoría, que como se vio incluye la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la misma.

Cuando una sociedad comercial constituida en un Estado pretende actuar en otro, deberá estar a lo que establezca –con relación a la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero– la ley de ese Estado donde pretende actuar⁷⁴.

La ley del lugar de actuación podrá ser amplia o restrictiva al respecto, imponer requisitos y controles más o menos exigentes, pero siempre establecerá algún tipo de control, por más laxo que éste sea⁷⁵.

⁷⁴ En este sentido afirma D. OPERTTI (nota 53), p. 432: “Los Estados donde la sociedad actúa en cualquiera de sus formas posibles, sea mediante representante, agencia o sucursal, u otras, deben conservar la facultad de aplicarles su propia ley para otorgarle el reconocimiento a aquella, no dependiendo esta decisión de la habitualidad o accidentalidad del ejercicio”. Asimismo, J. TÁLICE (nota 36), pp. 58-59, expresa: “Para que una sociedad constituida por un Estado pueda actuar en otro Estado necesita ser reconocida como tal por este último”. Y agrega más adelante: “(...) ello no significa que el mero reconocimiento de la existencia y personalidad jurídica de la sociedad extranjera suponga un salvoconducto para operar, establecerse o funcionar sin restricciones”.

⁷⁵ En este mismo sentido se pronuncian en la doctrina argentina J.R ALBORNOZ / P.M ALL, “Actuación y perspectivas del régimen de actuación de sociedades extranjeras en la Argentina”, *DeCI-*

C) Reconocimiento extraterritorial de la personalidad jurídica

La personería de una sociedad comercial constituida en un Estado puede ser reconocida o no en otros Estados donde pretenda actuar. La respuesta deberá buscarse en las normas de DIPr de cada Estado de actuación.

Las normas de fuente internacional del país y de la región adoptan en este punto un criterio amplio, estableciendo el reconocimiento de pleno derecho de las sociedades constituidas en el extranjero (art. 5 del TDCOMIM de 1889, art. 8 del TDCTIM de 1940, art. 3 de la Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles de 1979).

Sin perjuicio de esta extraterritorialidad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, los Estados podrán exigirles la comprobación de su existencia, conforme a la ley del lugar de su constitución (art. 3.2 Convención interamericana de 1979), mediante la presentación del estatuto o contrato social o testimonio auténtico del mismo, debidamente inscripto y publicado en el país donde se constituyó (si correspondiere conforme a la ley de constitución) y con un certificado del Registro de Comercio de dicho país (o constancia equivalente) que acredite su vigencia, todo debidamente legalizado o apostillado y traducido, en su caso⁷⁶.

El art. 193 inc.1 de la ley 16.060 también consagra el criterio de la extraterritorialidad parcial, estableciendo la obligación de reconocer de pleno derecho las sociedades debidamente constituidas en el extranjero, previa comprobación de su existencia⁷⁷. A los efectos de comprobar dicha existencia, deberá presentarse el testimonio notarial de los estatutos de la matriz y

TA. *Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades*, n° 3, 2005, p. 442, afirmando: “Siempre hay límites y mayores o menores obstáculos a la entrada y actuación de sociedades extranjeras”.

⁷⁶ C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), pp. 126 ss.

⁷⁷ En este sentido, el T.A.C. 4° T. N° 112/02; Fecha: 22 de mayo de 2002, (“Turell, Larrioux, Tobía”), LJU CASO 14507, “Microsoft Corporation y otro c/ Sindicato Médico del Uruguay–Daños y Perjuicios”” Ficha N° 310/2001, recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia N° 41 de 14/9/2001 (Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 10° Turno -Dra. Lilián Morales), afirma que “No puede dudarse de la posibilidad de comparecencia en juicio de persona jurídica extranjera en virtud del principio de hospitalidad ya recogido en el tratado de Montevideo de 1889 (C.C. anotado, Araújo, Arias Barbé, Cestau, López, T. I págs. 94-95) y reconocido en el art. 193 ley 16060, es decir que la personalidad trasciende las fronteras del estado en que se constituyó, de modo que también es persona en todo los demás, sin requerir su reconstitución de acuerdo a la ley local, bastando la presentación del documento que recoja el acuerdo social o su testimonio auténtico, más la constancia de haber cumplido con los requisitos de inscripción y publicidad que la *lex societatis* exige (Rodríguez Olivera–C. López: Curso de Sociedades Comerciales, t. II vol. I págs. 57-58; Rippe: Sociedades Comerciales, págs. 90-95; A.D.C. T. 9 c. 57), lo que genéricamente se cumplió en autos (fs. 2-3, 5 y ss., 12 y ss., 20 y ss., 27 y ss.)”.

sus modificaciones y la constancia de haber cumplido con los requisitos de inscripción y publicidad exigidos por la ley del lugar de constitución, todo debidamente legalizado⁷⁸.

Este reconocimiento de pleno derecho de las sociedades constituidas en el extranjero las habilita para ejercitar, fuera del lugar de constitución, “todas las acciones y derechos que les correspondan”⁷⁹ y los actos accesorios o instrumentales a su objeto social⁸⁰.

Las acciones y derechos que les correspondan, como tales, es decir como personas jurídicas diferentes a sus socios, son por ejemplo comparecer en juicio –ya sea como actor o demandado–, recibir un legado, una donación, abrir una cuenta en un banco, etc. La persona jurídica puede, concretamente, realizar “todos aquellos actos necesarios para cubrir o defender los derechos originados en la actividad que desarrolla en el Estado donde está constituida”⁸¹.

El reconocimiento de pleno derecho las habilita también para realizar actos accesorios o instrumentales a su objeto, como por ejemplo, presentarse a una licitación. En algunos casos, aún para la realización de actividad accesorio o instrumental como presentarse a una licitación internacional, se exige que cumplan ciertos requisitos previos. Así por ejemplo, el art. 324 de la Ley N° 16.736 establece: “Sin perjuicio de los certificados expedidos por los registros que funcionen en otras dependencias del Estado, será requisito imprescindible para ofertar y contratar la ejecución de obra pública con el Estado, la presentación del certificado expedido por el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas.” El art. 87 del Texto Ordenado que actualiza el Reglamento del Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas, aprobado el 6 de diciembre de 1993, incorporando las modificaciones introducidas por el decreto 471/993 al decreto N° 385/992 de 13/08/1992, establece con respecto a las empresas extranjeras que pretendan competir en un llamado realizado por alguno de los “órganos del Estado, Entes autónomos y servicios descentralizados, en aplicación de contratos

⁷⁸ C.E. LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 49), p. 126 y J. BERDAGUER, *Sociedades Extranjeras. Principales aspectos de su actuación y contralor*, Montevideo, FCU, 1998, pp. 22-23.

⁷⁹ Esta fórmula corresponde, entre otras normas, a los arts. 4 del TDCOMIM de 1889 y el TDCTIM de 1940.

⁸⁰ D. TERRA CORBO, “Las personas jurídicas en el derecho internacional privado internacional”, *Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, 1964, pp. 131 y M. SOLARI BARRANDEGUY, “Hacia la regulación internacional de sociedades mercantiles y empresas transnacionales en el sistema interamericano”, *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, n° 3-4, 1976, pp. 49-64, p. 50, ambos citados por J. TÁLICE (nota 36), p. 46, plantean que la capacidad jurídica de las sociedades se divide en capacidad patrimonial o accesorio y capacidad específica o funcional. La primera la habilita precisamente a ejercer “todas las acciones y derechos que les correspondan” y los actos accesorios o instrumentales a su objeto social y es regulada por la *lex societatis*. La segunda refiere al ejercicio del objeto social, y se regula por la ley territorial, es decir, por la ley del lugar de actuación.

⁸¹ R. HERBERT (nota 63), p. 19.

de préstamos con organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, o de donaciones modales” para que se le otorgue por parte de dichos órganos “contratos de obras, adquisiciones de bienes o prestación de servicios” (art. 42 del T.O.C.A.F.), deberá cumplir con los requisitos exigidos en el Título V “De las contrataciones financiadas con préstamos del exterior” del referido Texto Ordenado. Dicho art. 87 establece un plazo de 10 días de anticipación a la fecha de apertura de la licitación de que se trate para solicitar su inscripción en el Registro y obtener el correspondiente certificado para ofertar. Deberán presentar el contrato social y sus modificaciones, el título profesional del representante técnico, expedido o revalidado por la autoridad universitaria correspondiente, el que deberá ser acorde con la especialidad objeto del llamado. Además deberán presentar la resolución de las autoridades sociales competentes en las que conste la autorización para participar en la licitación, constitución de domicilio especial en la República, nombramiento de representante técnico y legal con poderes suficientes, y declaración de obligarse a constituir una sucursal u otro modo de representación permanente para el caso de resultar adjudicataria⁸². Asimismo, el art. 90 del Texto Ordenado establece: “La empresa extranjera adjudicataria, en caso de no contar con sucursal u otro modo de representación permanente en la República, dispondrá de 90 (noventa) días para concluir los trámites de constitución e inscribirse ante este registro”⁸³.

D) Ejercicio de su objeto social en un Estado distinto al de su constitución

Cuando una sociedad constituida en el extranjero pretende ejercer su objeto social en el país, deberá someterse a lo que sobre el punto disponga la ley nacional de este último.

Las diversas normas de DIPr existentes en la materia establecen soluciones diferentes, al menos en cuanto a su formulación, dependiendo de si la empresa extranjera va a realizar un único acto propio de su objeto o va a ejercerlo en forma habitual, a través de representación permanente o no. El TDComIM de 1889 (art. 5 inc. 2) y la Convención interamericana de 1979 (art. 4) exigen que para realizar actos propios de su objeto social (aunque sea uno), la sociedad deberá cumplir con los requisitos que establezca la ley del Estado de actuación. El TDCTIM de 1940 (art. 8 inc. 2), en cambio, exige el cumplimiento de los requisitos de la ley del lugar de actuación “(..) para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto (...)”. El art. 193 inc. 2, por su parte, exige el cumplimiento de los requisitos que más adelante en el propio artículo se establecen, sólo cuando la sociedad pretenda actuar mediante sucursal o cualquier otra forma de representación permanente.

⁸² C.E DELPIAZZO, *Manual de Contratación Administrativa*, t. II (Parte Especial), Montevideo, Colección Manuales Burocráticos, Ed. Especial 20, PRONADE, 1993, p. 15.

⁸³ Ver sobre este tema en www.mtop.gub.uy, Registro de empresas.

E) Requisitos exigidos por el derecho uruguayo para la actuación en el país de sociedades comerciales constituidas en el extranjero

Conforme lo establecido en la Ley de Sociedades Comerciales, si una sociedad regularmente constituida en el extranjero pretende realizar en la República actos propios de su objeto, ya sea en forma aislada o habitual, “mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente”, deberá cumplir con los requisitos que impone la ley uruguaya (art. 193 y 194)⁸⁴. Se trata de normas materiales, sustantivas, que establecen cuáles son los referidos requisitos: inscripción, publicaciones, etc.

Los Tratados de Montevideo y la Convención interamericana recurren a una solución indirecta “(...) se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos”, dice el art. 5 del TDCITM de 1889 y el art. 8 del de 1940; “(...) quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren”, dice el art. 4 de la Convención interamericana), que en definitiva, y si la sociedad pretende actuar en Uruguay, conduce al art. 193 de la ley 16.060.

Se trata de requisitos de publicidad, que habilitan a la persona jurídica ya existente a actuar regularmente en Uruguay, y son los siguientes: “1) Inscribir en el Registro Público de Comercio⁸⁵, el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley” y “2) efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo”. Asimismo, debe cumplir con dichos requisitos “toda vez que se modifique el contrato social”.

Asimismo, el art. 194 exige: “Las sociedades que establezcan sucursales u otro tipo de representación permanente deberán llevar contabilidad separada y en idioma español y someterse a los controles administrativos que correspondan”. Como ejemplo de dichos controles administrativos BERDAGUER⁸⁶ menciona los referentes a normas fiscales o de previsión social, o los que exige la propia ley 16.060 para las sociedades constituidas en el país.

En la práctica⁸⁷ los documentos que corresponde presentar, debidamente legalizados o apostillados, traducidos si correspondiere y protocolizados en el Uruguay por el Escribano interviniente, son los siguientes: testimonio notarial

⁸⁴ Ver sobre el punto S. RIPPE, *Sociedades Comerciales. Ley 16.060*, Texto y Contexto N° 24, 8ª ed., Montevideo, FCU, 1999, p. 318, nota 3, p. 275, nota 4 y p. 373, nota 3.

⁸⁵ Actualmente, y según lo dispuesto por la ley N° 16.871 art. 48: Registro Nacional de Comercio.

⁸⁶ J. BERDAGUER (nota 78), p. 64.

⁸⁷ J. BERDAGUER (nota 78), pp. 58-59 y pp. 77-78.

de la resolución referida, del estatuto y sus modificaciones, un certificado del Registro de Comercio del país de origen que acredite la vigencia de la sociedad y eventualmente, la primera copia de la escritura de poder donde figuren las facultades del administrador. Luego, previa inscripción en el RUC (Registro Único de Contribuyentes), el testimonio de la protocolización, junto con la correspondiente ficha registral, deberá inscribirse en el Registro Público y General de Comercio⁸⁸. Aconseja además que se agregue un informe emitido por un estudio jurídico del país de origen de la sociedad que acredite la viabilidad jurídica –conforme con el derecho de dicho Estado– de la instalación de una sucursal en Uruguay.

Las leyes 17.243 y 17.904 también resultan aplicables a las sociedades extranjeras que instalan sucursales o cualquier otra forma de representación permanente en el país, como explica MILLER⁸⁹, aunque la única innovación es la exigencia de comunicar al Registro el cese y la designación del nuevo administrador, ya que conforme a la ley 16.060 (artículo 193) ya debían “inscribir en el registro el contrato social, la resolución de la sociedad de establecer sucursal, el domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital asignado a la sucursal. Además deben efectuar las publicaciones que corresponda según el tipo social”. La consecuencia de la actuación con administradores, directores y representantes no inscriptos es la inoponibilidad del acto o contrato de que se trate.

Estas leyes –afirma MILLER– se inscriben en “la tendencia legislativa en materia de incrementar el nivel informativo de las sociedades comerciales constituidas en nuestro país o que actúan en forma continuada en el país (...)”. Precisamente, afirma, “el objetivo de la ley 17.904 (...) es elevar el nivel informativo de las sociedades que actúan en el país en forma regular, continuada (no realizando actos aislados o para estar en juicio). Y la consideración de ese objetivo es lo que

⁸⁸ (Registro Nacional de Comercio). La Dirección General de Registros establece que: “La documentación necesaria para su inscripción en el Registro Nacional de Comercio, consiste en un testimonio del Estatuto o contrato de la sociedad matriz conjuntamente con un acta o resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación del representante y del domicilio en el Uruguay, debidamente legalizado, traducido en su caso y Protocolizado previamente por Escribano, quien expedirá testimonio de la protocolización a los efectos de la registración”. Ver en www.dgr.gub.uy/dgrweb/internas/requisitos/documentos/inscrip/regcom/req_ext.htm, bajo el título “Requisitos para el funcionamiento en La República Oriental del Uruguay de las Sociedades constituidas en el extranjero”.

⁸⁹ A. MILLER, “Nuevos requerimientos en materia de registro para las sociedades comerciales”, *LJU*, Doctrina 2. Por otra parte, el autor interpreta que la sucursal no está obligada a comunicar los nombres de los directores y representantes estatutarios de la sociedad matriz. Argumenta que “Si bien la sucursal no es una entidad separada jurídicamente de la matriz (a diferencia de la sociedad local filial) y que el texto de la ley refiere a directores y representantes sin mayor aclaración, el criterio lógico sistemático de interpretación nos conduce a rechazar esta segunda necesidad informativa, al tenor de considerar que el objetivo y razón de las exigencias legales están dadas en aumentar el nivel informativo de las sociedades que actúan en forma regular y habitual en nuestro medio, en nuestro país. Y quien actúa es la sucursal.

nos ha de permitir interpretar lo escueto de sus términos, acudiendo al criterio lógico sistemático. Lógico, en cuanto ubicar la *ratio legis*, la finalidad de la ley; y sistemático, al acudir a analizar las normas conforme al esquema legal en que se encuentran inmersas, esto es, conforme a la LSC (artículos 17 y 20 del Código Civil). Y el bien jurídico tutelado: los terceros de buena fe que contratan con las sociedades comerciales. Estos elementos serán claves para resolver las dudas interpretativas de los textos a comentar y también para determinar el alcance de la inoponibilidad que propone la ley como sanción por la infracción de actuar con administradores o representantes contractuales no inscriptos”.

Nótese que, como advierte TALICE⁹⁰, el establecimiento de una sucursal en el país no implica la creación de una nueva persona jurídica; se trata de un “establecimiento secundario dotado de cierta autonomía económica, pero jurídicamente no es independiente de la sociedad que la estableció (...). Posee una existencia y personalidad derivada de la existencia y personalidad de la sociedad matriz que promueve su establecimiento”. La filial en cambio es jurídicamente independiente, pero al igual que la sucursal, “está sometida económicamente la sociedad matriz”, así como a su “poder efectivo de decisión y a su contralor”.

No obstante lo antedicho, la interpretación que del art. 193 inc. 2 de la ley 16.060 hace la Dirección General de Registros (DGR)⁹¹ se aparta de la de la doctrina. Sostiene dicha repartición que por actos aislados “(...) se entienden aquellos actos que no están comprendidos dentro de su objeto, como pueden ser actos preparatorios para su establecimiento en el país; “estar en juicio”, permite la actuación de la Sociedad en jurisdicción voluntaria o contenciosa.” Con esta interpretación, se asimila el concepto de “actos aislados” al concepto de actos “accesorios o instrumentales”, apartándose así de los criterios clásicos, sustentados por ALFONSÍN⁹².

La posición de la DGR implica eliminar la flexibilidad que habría querido el legislador, permitiéndole a la sociedad extranjera realizar algunos actos aislados en nuestra plaza con la sola acreditación de su existencia. A mayor abundamiento, aclara la DGR: “Para que la sociedad pueda ejercer actos comprendidos dentro de su objeto social en forma permanente, deberá inscribir su contrato social y resolución de establecerse en el Uruguay en el Registro Nacional de Comercio, estableciendo el domicilio, administración, representación si desea actuar como

⁹⁰ J. TALICE (nota 36), pp. 63-67.

⁹¹ Ver en: www.dgr.gub.uy/dgrweb/interinas/requisitos/documentos/inscrip/regcom/req_ext.htm, bajo el título “Requisitos para el funcionamiento en La República Oriental del Uruguay de las Sociedades constituidas en el extranjero”, la interpretación que de la expresión “actos aislados” del art. 193 inc. 2 hace la Dirección General de Registros.

⁹² Q. ALFONSÍN (nota 38), pp. 359-362, n° 747.

representación permanente y asignándole un capital si va a actuar como sucursal. Si se trata de ‘Sociedades Anónimas’ o ‘Sociedades de Responsabilidad Limitada’, se deben, además, efectuar publicaciones similares a las exigidas en Uruguay para esos tipos societarios (una publicación del contrato social en el Diario Oficial y otra en un periódico privado)”.

La interpretación de la DGR coincide con la de la doctrina predominante antes de la sanción de la ley 16.060, que adoptaba una interpretación restrictiva, que implicaba que la realización de cualquier acto propio del objeto, aunque fuere aislado, exigía la previa “sucursalización”⁹³.

En este sentido, afirmaba OPERTTI⁹⁴ que “las exigencias para el reconocimiento están íntimamente unidas a la importancia que reviste la sociedad mercantil extranjera desde un punto de vista económico para el Estado donde actúa y por supuesto a la necesaria unidad de tratamiento de sociedades locales y extranjeras. Por ello consideramos que un acto aislado puede alcanzar en determinadas circunstancias desde el punto de vista del Estado donde se lleva a cabo mayor significación que una secuela de actos; baste pensar, por ejemplo, en la prospección de la plataforma submarina de un Estado con miras a la búsqueda de petróleo, la construcción de un puerto de ultramar, etc. En estos casos resulta evidente que el Estado de actuación tendrá un lógico interés en someter a su propia ley a las empresas extranjeras que lleven a cabo tales trabajos, asegurándose así la aplicación de su orden jurídico y la actuación de su jurisdicción”.

Más allá de todas estas diferencias de interpretación –a veces sutiles–, a nivel doctrinario nadie duda que una sociedad extranjera puede “estar en juicio” sin necesidad de constituirse en el país, y así lo ha entendido la jurisprudencia uruguaya⁹⁵.

6. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La ley 16.060 no incluye ninguna norma que regule expresamente y en forma específica la jurisdicción internacional en materia societaria.

Se ha discutido en doctrina si el art. 197 constituye base de jurisdicción o no⁹⁶. Sin duda no es lo mismo emplazamiento que jurisdicción, pero el art. 197 de la ley 16.060 debe ser interpretado en coordinación con el art. 27 de la ley 15.750 (Ley Orgánica de la Judicatura), que establece la jurisdicción del “establecimiento, agencia u oficina que celebró el contrato”. Cabe interpretar por tanto que la

⁹³ J. BERDAGUER (nota 78), p. 53.

⁹⁴ D. OPERTTI (nota 53), pp. 432- 433.

⁹⁵ Caso “*Microsoft Corporation y otro c/ Sindicato Médico del Uruguay–Daños y Perjuicios*” (nota 77).

⁹⁶ Ver sobre el tema: C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 35), pp. 76-79.

base de jurisdicción está claramente determinada en el referido art. 27 de la ley 15.750, y que el art. 197 presupone que los jueces del lugar de actuación tienen competencia internacional para entender en los litigios derivados de la actuación de la sociedad extranjera en el país. Esta ha sido la interpretación seguida por la jurisprudencia uruguaya⁹⁷.

El art. 6 de la Convención interamericana sobre sociedades mercantiles establece expresamente la competencia de los jueces del lugar de actuación. A este respecto, uno de los actores más importantes en el proceso de codificación regional de CIDIP, el Prof. OPERTTI⁹⁸, afirmaba con relación a este tema: “Respecto del emplazamiento, entendemos debe facilitarse al máximo de modo que los terceros tengan la posibilidad de hacer jugar la responsabilidad de las sociedades sin obstáculos procesales que invaliden sus derechos de fondo (...). Es decir que la facultad de emplazar a la sociedad en la persona del representante de la sociedad extranjera que haya actuado en el acto o contrato que motive el litigio, o en la persona del o de los administradores o representantes designados, en el caso que se hubiera establecido sucursal o representación permanente (art. 197 de la ley 16.060), responde a esa necesidad de darle a los terceros que contratan con la sociedad, en palabras de OPERTTI, “la posibilidad de hacer jugar la responsabilidad de las sociedades sin obstáculos procesales que invaliden sus derechos de fondo”. En

⁹⁷ JLC 14°, autos “*Safer S.A. c/ Deutsch Sudamerikanische Bank*, Cobro de pesos, Ficha 108/95”, sentencia N° 2485/96 de 17 de octubre de 1996, confirmada por sentencia N° 99/97, de 26 de junio de 1997 del TAC 6°, Uruguay.

Ver también las sentencias uruguayas de Calzada (Sentencia N° 14.950 del 28 de septiembre de 1980 del Juzgado Letrado. Civil de 9° Turno, con segunda instancia confirmatoria del Tribunal de Apelaciones de 2° Turno –Silva Delgado, Addiego Bruno, Galagorri– Sentencia N° 138 de 20 de abril de 1981, *Rev. Transp. y Seguros*, n°3, caso n° 40, p. 14); Troise (Sentencia n° 2776 del 08 de abril de 1988, del Juzgado Letrado Civil de 2° Turno, *Rev. Transp. y Seguros* n° 2 caso n°16 p. 36); Lorenzo (Sentencia n° 3120 del 17 de mayo de 1988, Juzgado Letrado Civil de 5° Turno, con segunda instancia confirmatoria del Tribunal de 6° Turno –Olagüe, Bermúdez y Mercant–: Sentencia n° 321 del 09 de octubre de 1989, *Rev. de Transp. y Seguros*, n° 3 caso n° 28, p. 9); y Berlangieri (Sentencia N°16.370 de 30 de diciembre de 1988 del Juzgado Letrado Civil de 4° Turno, con segunda instancia confirmatoria del Tribunal de 3° Turno –Echeverría, Rodríguez De Vecchi, Alonso Liard– Sentencia n° 76 del 25 de junio de 1990, *Rev. Transp. y Seguros*, n° 3, caso n° 29, p. 12, *Rev. de Transp. y Seguro*, n° 5, caso n° 70, p. 52); Buque San Martín (Sentencia n° 30 del 01 de agosto de 1991 en autos “*Royal Insurance c/ Flash Cargo e Ivarán Lines*”, F. 2316/90 del Juzgado de Paz de 31o. Turno, con segunda instancia confirmatoria por Sent. n° 1 del 03 de febrero de 1992 del Juzgado Letrado Civil de 9° Turno, *Rev. Transp. y Seguros*, n° 6, caso n° 98, p. 93; Sent. n°112 del 30 de junio de 1992, autos “*La Mannheim c/ Flash Cargo, y otra*” (Ficha 310/89) del Juzgado Letrado. Civil de 5° Turno. Ver también, en el mismo sentido, sentencia de la Dra. María Cristina Hernández, en el caso “*Banco de Seguros c/ Unitrans*”, con segunda instancia confirmatoria de la Dra. Beatriz Fiorentino, *Rev. Transp. y Seguros*, n° 6, caso n° 99, p. 101. Sent. n° 29 del 23 de diciembre de 1991 del Juzgado de Paz de 30° Turno, con segunda instancia confirmatoria por Sent. n° 81 de 5 de octubre de 1992 del Juzgado. Letrado Civil de 22° Turno. T.A.C. 2° T.; n° 119/97; fecha: 23 de octubre de 1997, (Brito del Pino, Sassón, Chediak), en *LJU* c. 13.376. Ver análisis de la jurisprudencia citada en esta nota en C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 35), pp. 79-82.

⁹⁸ D. OPERTTI (nota 53), p. 435.

consecuencia, es obvio que no tendría ningún sentido que pudieran emplazarlos aquí pero tuvieran que litigar en otro lado. ¿Si tengo que plantear la pretensión ante los jueces de la casa matriz en el extranjero, para qué podría querer emplazar a dicha casa matriz en el domicilio de su representante en Uruguay?

Esta ha sido también la interpretación de la jurisprudencia uruguaya⁹⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina mexicana¹⁰⁰ con relación a una norma similar¹⁰¹ aunque no idéntica a la nuestra, que tampoco refiere expresamente a la jurisdicción competente, pero que responde a la misma *ratio*: “Esta norma también fija la competencia de los tribunales mexicanos para conocer de dicha actividad. Esto se hace para evitar que quien resulte dañado en la localidad tenga que desplazarse a otra jurisdicción o territorio para demandar a la sociedad, como podría ser el lugar en donde se encuentre la sede u oficinas principales de la persona moral, que en este caso seguramente estarán ubicadas en un lugar distante”.

Agregan los reconocidos especialistas mexicanos un argumento coadyuvante: este criterio también ha sido recogido en materia de competencia indirecta en el art. 1º de la Convención interamericana en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (CIDIP-III, La Paz, 1984)¹⁰².

IV. CONCLUSIONES

1. Si bien el concepto de PYME es más económico que jurídico, aunque no es ajeno a este último y penetra cada vez más el lenguaje del jurista.
2. Las PYMES son un motor fundamental de las economías de los países y de las regiones, por lo que los Estados adoptan medidas que contemplan y atienden sus necesidades específicas.

⁹⁹ Caso “*Kenel Investment S.A. c/ Pallasa, Manuel, Incidente de nulidad. Pieza separada de autos “Pallasa, Manuel c/ Kenel Investment S.A., Cobro de pesos”*”, Sent. TAC 1º, del 20 de diciembre de 1994, Parga Lista (redactor), Gutiérrez, Barcelona, confirmatoria de 1ª instancia.

¹⁰⁰ L. PEREZNIETO CASTRO / J.A. SILVA SILVA (nota 52), pp. 214-217.

¹⁰¹ El art. 2736 del CCDF (Código Civil para el Distrito Federal de 1988) en su inciso 3º establece: “Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona como motivo de los actos en cuestión”.

¹⁰² Aprobada en Uruguay por Ley 17.533 de 09 de agosto de 2002. Establece dicha norma: “Se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sentencia hubiera tenido competencia de acuerdo a las siguientes disposiciones (...). 3. Respecto de acciones contra sucursales, agencias o filiales de sociedades civiles o mercantiles de carácter privado, que las actividades que originaron las respectivas demandas se hayan realizado en el Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia”.

3. El concepto de PYME no va asociado a un tipo societario determinado, sino que se vincula básicamente –aunque no exclusivamente– a criterios cuantitativos. Esos criterios varían de un país a otro, y de una región a otra.
4. Cuando las PYMES actúan a través de fronteras, son objeto de regulación de las normas de DIPr referidas a las sociedades comerciales, dado que no existen normas de DIPr específicas a ese respecto.
5. En términos generales, la existencia, capacidad, funcionamiento interno y disolución de las sociedades comerciales se rige por la ley del lugar de su constitución, con alcance extraterritorial, mientras que el ejercicio de su objeto social se rige por la ley del lugar de su actuación.
6. Los jueces internacionalmente competentes para entender en los litigios derivados de la actuación de la sociedad son los del lugar de actuación.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN EL DERECHO COLOMBIANO: ASPECTOS GENERALES

JORGE OVIEDO ALBÁN*

Resumen: En este artículo se explican algunos aspectos generales sobre el régimen de la sociedad por acciones simplificada contenido en la Ley 1258 de 2008, tales como su naturaleza comercial, el número de socios, los para su constitución, la determinación del objeto y duración, la composición de capital, los acuerdos entre socios y la estructura de gobierno societario. El autor hace un análisis en paralelo con el régimen general contenido en el Código de Comercio colombiano de 1971, que sigue siendo aplicable a otras sociedades. También se hacen referencias a la ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada de la Organización de Estados Americanos y se basa en la revisión de la principal doctrina nacional y extranjera sobre los temas objeto de estudio, al igual que las principales decisiones judiciales adoptadas en Colombia.

Abstract: This article explains some general aspects of the Simplified Stock Corporations regime contained in Law 1258 of 2008, such as its commercial nature, the number of partners, its constitution, the determination of the object and duration, composition of capital, agreements between partners and corporate governance structure. The author makes an analysis in parallel with the general regime contained in the Colombian Commercial Code of 1971, which is still applicable to other companies. Reference is also made to the model law on the simplified society of actions of the Organization of American States and is based on the revision of the main national and foreign doctrine on the subjects under study, as well as the main judicial decisions adopted in Colombia.

Sumario

I. Introducción. II. El contexto normativo. 1. Las sociedades en el Código Civil y en el Código de Comercio. 2. La reforma al régimen societario: Ley 222 de 1995. 3. Las leyes 1014 de 2006 y 1258 de 2008. III. La naturaleza comercial de la sociedad por acciones simplificada. 1. De la dicotomía a la unificación entre las sociedades civiles y comerciales. 2. La mercantilidad por la forma en la Ley

* Director del Departamento de Derecho Privado, de la Empresa y de los Negocios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Colombia). Este artículo corresponde a una versión actualizada del publicado originalmente en J.M. EMBID IRUJO / L. NAVARRO MATAMOROS / J. OVIEDO ALBÁN (dirs.), La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma, Bogotá, Ibañez / Centro de Estudios de Derecho Comparado, 2017, pp. 171-202.

1258. IV. El número de socios. 1. La pluralidad en el Código de Comercio. 2. El debilitamiento y superación de la naturaleza “contractual” de la sociedad. V. Las formalidades para la constitución de sociedades. 1. Las formalidades exigidas en el Código de Comercio. 2. Las formalidades en la Ley 1258. VI. La determinación del objeto y la duración de la sociedad. 1. El objeto y la duración en las sociedades regidas por el Código de Comercio. 2. El objeto y la duración de la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada. VII. La composición del capital. 1. La composición de capital en los tipos societarios del Código de Comercio. 2. La composición del capital en la sociedad por acciones simplificada. VIII. Los acuerdos de accionistas. 1. Los acuerdos de accionistas en la Ley 222 de 1995. 2. Los acuerdos de accionistas en la Ley 1258. IX. La estructura de gobierno societario. 1. El gobierno societario en el Código de Comercio. 2. El gobierno societario en la Ley 1258. X. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, y sin perjuicio de hacer referencia a los aspectos principales objeto de reformas legislativas o de leyes especiales, se abordará de forma particular el tema relativo a la constitución de sociedades, el cual en la Ley 1258 de 2008 sobre sociedad por acciones simplificada, contiene importantes variantes frente al régimen general del Código de Comercio, además de ser muy relevante por sus implicaciones prácticas¹.

Para su elaboración se han tenido básicamente en cuenta las disposiciones legales contenidas en el Código de Comercio, en la Ley 222 de 1995 y en la Ley 1258 de 2008 sin perjuicio de otras disposiciones particulares. En cada acápite se mostrarán paralelamente las reglas del régimen general, contenido en el Código de Comercio, en la Ley 222 de 1995 y el del régimen de las sociedades por acciones simplificadas. De igual manera, se ha consultado la doctrina relevante en la materia así como los pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunos de los tópicos tratados y los conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades. Las referencias hechas a doctrina y legislaciones extranjeras se han realizado con el fin de reforzar los comentarios realizados a algunos de los aspectos tratados. También se han incluido algunas anotaciones al proyecto de ley 70 de 2015 por el cual se pretendió extender algunas de las reglas previstas en la Ley 1258 de 2008 a los tipos societarios del Código de Comercio, el que a pesar de haber sido retirado del Congreso seguramente fijará algunas pautas para una posible futura propuesta².

¹ Sobre los temas tratados en este trabajo puede verse también: J. OVIEDO ALBÁN, “Flexibilización de la constitución de sociedades en Colombia”, en: VÁSQUEZ PALMA, M.F. / EMBID IRUJO, J.M. (dirs.), *Modernización del Derecho Societario*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 59-82.

² Cabe recordar que el proyecto de ley 70 de 2015 fue radicado ante la Cámara de Representantes. El proyecto constaba de 53 artículos dividido en tres partes: una, por medio de la cual se extienden algunas de las reglas previstas para las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en la Ley 1258 de 2008, a

II. EL CONTEXTO NORMATIVO

Como primera medida, conviene ubicar al lector en lo que pueden ser las transformaciones del régimen normativo sobre sociedades en Colombia, aludiendo en primer lugar a la dicotomía existente durante años entre sociedades civiles y comerciales, pasando posteriormente por la Ley 222 de 1995 hasta llegar a la Ley 1258 de 2008.

1. LAS SOCIEDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código Civil colombiano, adoptado mediante Ley 57 de 1887 y tal como es sabido fue tomado del Código preparado por Andrés Bello para la República de Chile³, contenía el régimen de sociedades civiles en el título XXVII del libro 4º, entre los arts. 2079 a 2141. El Código regulaba los siguientes aspectos: capítulo I. Reglas generales, entre los arts. 2079 a 2084. Capítulo II, arts. 2085 a 2090 sobre las diferentes especies de sociedad. Capítulo III, titulado “Cláusulas principales del contrato de sociedad”, entre los arts. 2091 a 2096, seguido del capítulo IV, arts. 2097 a 2107 sobre administración de la sociedad colectiva, el capítulo V, arts. 2108 a 2119, relativo a las obligaciones de los socios entre sí, el capítulo VI, arts. 2120 a 2123, denominado “obligaciones de los socios respecto de terceros” y finalmente el capítulo VII sobre disolución de la sociedad, arts. 2124 a 2141.

De forma paralela, el Código de Comercio vigente, adoptado mediante Decreto 410 de 1971, reguló las sociedades en el libro II, entre los arts. 98 a 514, dividido en varios títulos que se ocupan de las reglas generales y los tipos societarios, así: título I, del contrato de sociedad; título II, de la inspección y vigilancia de las sociedades; título III, de la sociedad colectiva; título IV, de la sociedad en

los demás tipos societarios regulados en el Código de Comercio. En el segundo capítulo, se proyectaba una reforma puntual a la sociedad por acciones simplificada. En los capítulos tercero a quinto se buscaba regular un sistema de responsabilidad de administradores que pretende la derogación del régimen contenido en la Ley 222 de 1995 y realizar algunas modificaciones al sistema de acciones individuales y sociales, así como de algunos aspectos del registro mercantil de sociedades relativos a la constitución de compañías, nombramientos de funcionarios y reformas de estatutos que puedan registrarse en línea; protección de los accionistas minoritarios y finalmente el sexto y séptimo, relativos a reformas de las facultades de la Superintendencia para fortalecer la inspección, vigilancia y control y regulación del procedimiento administrativo sancionatorio de la misma. Finalmente, estaba el capítulo octavo referido a la opresión de asociados minoritarios. El proyecto fue radicado el 12 de agosto de 2015 por la Ministra de Comercio, Industria y Turismo Cecilia Álvarez-Correa Glen. El 7 de octubre de 2015 se publicó la ponencia para primer debate. El proyecto fue retirado el 5 de abril de 2016. Información disponible en: <http://www.congresovisible.org>. Una completa referencia a este proyecto puede verse en F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, t. II, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2017, pp. 609-632.

³ Ver A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 385-403.

comandita; título V, de la sociedad de responsabilidad limitada; título VI, de la sociedad anónima; título VII, de las sociedades de economía mixta, título VIII, de las sociedades extranjeras, título IX, de la sociedad mercantil de hecho y título X, de las cuentas en participación.

2. LA REFORMA AL RÉGIMEN SOCIETARIO: LEY 222 DE 1995

La unificación del régimen societario se produjo finalmente por medio de la Ley 222 de 1995, que introdujo varias reformas y adicionó algunas reglas en materia societaria, además de haber modificado el régimen de concursos. En efecto, el art. 1º de dicha ley, derogó y subrogó el art. 100 del Código de Comercio, estableciendo que todas las sociedades, con independencia de su objeto, quedarían regidas por la legislación comercial. Para lo concerniente a este trabajo, la Ley 222 reguló el antecedente de la flexibilización en la constitución de sociedades en Colombia, como lo es el régimen aplicable a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, a cuyos aspectos relevantes se aludirá más adelante.

3. LAS LEYES 1014 DE 2006 Y 1258 DE 2008

Con la Ley 1014 de 2006 de fomento a la cultura del emprendimiento, se dio también un paso hacia la flexibilización del proceso constitutivo de las sociedades, en aspectos referenciados en las líneas siguientes. Finalmente, la Ley 1258 de 2008 por medio de la cual fue creada la sociedad por acciones simplificada⁴, adoptó una serie de reglas más flexibles que las preexistentes sobre aspectos de la constitución de sociedades, en punto de formalidades, número de accionistas, duración, objeto social y constitución de capital, a las cuales se hará mención en los puntos siguientes.

Cabe destacar que la Ley 1258 sobre sociedades por acciones simplificadas, ha sido la base del proyecto de Ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su 80º período ordinario de sesiones realizado en México del 5 al 10 de marzo de 2012⁵. También la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho

⁴ Sobre los antecedentes en Derecho comparado de esta ley, ver REYES VILLAMIZAR, F. *SAS La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Legis, Bogotá, 2013, pp. 60-88. En relación con los antecedentes de esta ley en el Derecho nacional, concretamente en algunos aspectos que para la empresa unipersonal de responsabilidad limitada se regularon en la Ley 222 de 1995, ver A. MENDOZA RAMÍREZ, “Antecedentes nacionales de la Ley 1258 de 2008”, en: REYES VILLAMIZAR, F. (coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 25-46.

⁵ Ver CJI/RES. 188 (LXXX-0/12), *Proyecto de ley modelo sobre sociedad por acciones simplificada*, disponible en: <http://www.oas.org>. En adelante, citada en este trabajo como LM OEA. Destacando el caso colombiano como uno de los que ha adoptado un régimen societario simplificado para un tipo de sociedades en particular, ver J.M. EMBID IRUJO, *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro*

Mercantil Internacional, por medio del grupo de trabajo I en Microempresas y pequeñas y medianas empresas, ha venido trabajando en el análisis y preparación de normas jurídicas sobre simplificación de la constitución y de la inscripción registral de empresas, tomando como base la Ley colombiana sobre sociedad por acciones simplificada⁶. Adicionalmente, debe destacarse que en el 29 de junio de 2016 se presentó por parte de Francisco REYES VILLAMIZAR, Superintendente de Sociedades de Colombia, un proyecto de armonización en materia de sociedades por acciones simplificadas ante el Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico, que sesionó en Chile, todo con el objetivo de lograr que Chile, Perú, México y Colombia, países de la Alianza, adopten un régimen común sobre esta materia⁷.

tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario, Granada, Comares, 2013, pp. 36-39. Como afirma Embid Irujo en el proceso simplificador aplicado al Derecho de sociedades puede, según la intensidad de la simplificación, ubicarse un modelo “máximo”, donde cabe el caso colombiano según palabras del propio autor “(...) por el amplio reconocimiento de la libertad contractual, añadiéndose al repertorio de figuras tradicionales un nuevo tipo, precisamente el simplificado (...)”. En oposición a éste, se encuentran otros ordenamientos donde ambas vertientes tienen menor significación, en el cual “(...) cabe mencionar al Derecho italiano donde la figura simplificada se nos muestra como una variedad o modalidad de un tipo ya existente (en concreto, la sociedad de responsabilidad limitada), sin que, por otra parte, se atribuya a la autonomía de la voluntad el mismo papel que en el ejemplo anterior”. J.M. EMBID IRUJO (nota 5), p. 39.

⁶ Ver los siguientes documentos: CNUDMI, Grupo de Trabajo I (Microempresas y pequeñas y medianas empresas), 22º período de sesiones, Nueva York, 10 a 14 de febrero de 2014, *Microempresas y pequeñas y medianas empresas. Características de los regímenes simplificados de constitución de empresas*, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/887/28/PDF/V1388728.pdf?OpenElement>. CNUDMI, 47º período de sesiones, Nueva York, 7 a 25 de julio de 2014, *Informe del Grupo de trabajo I (Microempresas y pequeñas y medianas empresas) sobre la labor realizada en su 22º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de febrero de 2014)*, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V14/012/91/PDF/V1401291.pdf?OpenElement>. Una referencia al interés que la ley colombiana ha generado tanto en el CJI, como en la CNUDMI, ver F. REYES VILLAMIZAR, “La SAS colombiana ha generado tanto en el CJI, como en la CNUDMI”, *Ámbito Jurídico*, n° 388, año XVII, 24 de febrero al 9 de marzo de 2014, p. 23. Para la época de preparación de este trabajo, en la Cámara de Representantes de Colombia cursa un proyecto de ley que pretende extender las reglas de la sociedad por acciones simplificadas, a los demás tipos societarios del Código de Comercio. Puede verse el texto del proyecto de Ley 145 de 2013 en: <http://servoaspr.imprenta.gov.co>.

⁷ F. REYES VILLAMIZAR, *Propuesta de armonización en materia de sociedades comerciales. Propuesta de ley sobre sociedades por acciones simplificadas “SAS”*, Frutillar, 29/06/2016, disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Documents/2016/270616_LeyModeloCEAP.pdf.

Cabe destacar las palabras de Reyes Villamizar contenidas en la presentación a dicho proyecto: “El enorme éxito que ha tenido la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia obedece a la sencillez y flexibilidad del sistema introducido por la Ley 1258 de 2008. En el régimen de la SAS cualquier empresario puede cumplir directamente el único trámite requerido para su creación, que consiste tan solo en la inscripción del texto de los estatutos en el Registro Mercantil. Una vez constituida la sociedad, los accionistas ven limitada su responsabilidad al monto de lo aportado y pueden comenzar a operar con todos los privilegios que se le confieren a cualquier sociedad regular. Esta nueva modalidad de compañía ha permitido disminuir notoriamente los costos de transacción por medio de la supresión de formalidades inútiles y de arcaicos requisitos que se exigían en las leyes anteriores. Su estructura interna es tan leve que la compañía puede funcionar con un solo accionista y basta un único funcionario que haga las veces de representante legal. La capitalización de la sociedad se logra mediante procesos ágiles y expeditos

También cabe destacar que en México se dictó el 9 de febrero de 2016, un Decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Entre las adiciones, está precisamente la inclusión de la Sociedad por Acciones Simplificada. De igual manera en Argentina, mediante Ley 27349 de 2016, de Apoyo al capital emprendedor, en el título III, art. 33 y siguientes se reguló también la Sociedad por Acciones Simplificada.

III. LA NATURALEZA COMERCIAL DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

En este punto se mostrará el camino por el cual ha trasegado el derecho colombiano –con no pocas dificultades interpretativas– a partir de la dicotomía originaria entre sociedades civiles y comerciales hasta llegar a la adopción de la mercantilidad por la “forma” en la Ley 1258 de 2008.

1. DE LA DICOTOMÍA A LA UNIFICACIÓN ENTRE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES

Antes de la Ley 222 de 1995, las sociedades civiles y comerciales se diferenciaban en Colombia por la naturaleza de su objeto⁸. Esto, pues las sociedades mercantiles según lo expresaba el texto original del art. 100 del Código de Comercio eran aquellas que se constituían para la ejecución de actos o empresas mercantiles ante lo cual, por oposición, las sociedades civiles eran las que se constituían para el desarrollo de actos que no tenían tal naturaleza. La mencionada dicotomía legislativa fue, durante varios años, objeto de críticas en la doctrina, al no encontrar razones para mantenerla y antes al contrario, afirmar que la dualidad presentaba más “(...) dificultades que ventajas”⁹.

que se refuerzan por la multiplicidad de clases de acciones que se pueden emitir. Pero no es sólo la reducción de trámites lo que se ha logrado con la ley sobre sociedades simplificadas. El nuevo régimen ha permitido incentivar el diseño de nuevas estructuras de negocios y ha propiciado la creatividad empresarial. Estos objetivos se dificultaban enormemente antes de la vigencia de la SAS, debido a las restricciones legales y a innumerables obstáculos que impedían pactar reglas innovadoras y adecuadas a las realidades empresariales de hoy”. En las páginas siguientes se incluirán las respectivas concordancias con las normas del proyecto, que para estos efectos referenciará con la sigla “LM SAS”.

⁸ Dicotomía que hoy se califica de anacrónica y que mantienen la mayoría de países en América Latina. Sobre el particular ver F. REYES, *Latin American Company Law. A New Policy Agenda: Reshaping the Closely Held Entity Landscape*, vol. II, Durham, Carolina Academic Press, 2013, p. 20.

⁹ G. PINZÓN, *Sociedades comerciales*, vol. I (teoría general), 5ª ed., Bogotá, Temis, 1988, p. 22. Así lo dejó consignado el autor: “Desde luego que la dualidad de regímenes en materia de sociedades ofrecen más dificultades que ventajas. Desde el artículo 2090 del Código Civil venían divididas las sociedades anónimas en civiles y en comerciales, para someter a las reglas mercantiles todas las anónimas; posteriormente, al ser reguladas en el derecho del país las sociedades de responsabilidad limitada, se

Esta norma fue subrogada por el art. 1º de la Ley 222, que agregó el siguiente párrafo al texto original: “Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos sus efectos, a la legislación mercantil”.

De todas formas, pese a la intención de la Ley 222, y a la derogación expresa por parte de esta ley del libro de sociedades del Código Civil, como producto de ciertas interpretaciones se ha entendido que las sociedades civiles siguen existiendo y la aplicación a las mismas de la legislación mercantil no es para todos los efectos, como por ejemplo el sometimiento a los deberes de los comerciantes tales como el inscribirse en el registro mercantil según dispone el art. 19 del Código de Comercio, contrariando lo dispuesto de manera expresa en el art. 1º de la Ley 222: “Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación comercial”¹⁰.

Es así entonces, que a pesar de la intención del legislador, plasmada de manera clara en la Ley 222 de 1995, por vía de interpretación sigue existiendo en el derecho colombiano el criterio de mercantilidad de las sociedades por el objeto¹¹.

dispuso en el artículo 2º de la ley 124 de 1937 que tales compañías debían ser constituidas como las colectivas de comercio, tanto si eran civiles como si eran comerciales; finalmente, en el artículo 100 del nuevo Código de Comercio se sometieron al mismo régimen las sociedades en comandita por acciones. En esta forma, se unificó el derecho de las sociedades, por lo menos en su régimen o parte formal y respecto de las compañías por acciones y de responsabilidad limitada, aunque el sistema del Código de Comercio, como rigidamente objetivo que es, permite seguir hablando de sociedades civiles y de sociedades comerciales, según que sean de una u otra clase de actividades previstas como objeto suyo, tal como se prevé en el mismo artículo 100 del Código de Comercio”. Por otra parte, las sociedades colectivas y comanditarias simples con objeto meramente civil quedaron sometidas al régimen establecido en el art. 121 del nuevo Código de Comercio, en conformidad con el cual, aunque pueden constituirse por medio de un simple documento privado, “el correspondiente documento deberá contener las estipulaciones que trae el artículo 110 y ser inscrito en el registro mercantil, lo mismo que las reformas del contrato social, para que dichas estipulaciones y reformas sean oponibles a terceros. Con lo cual también estas sociedades tienen la forma mercantil así regulada en el Código y sin ella no pueden considerarse legalmente constituidas, para efectos de su personificación jurídica. Es un paso más hacia la unificación del derecho de las sociedades y con él se resolvió la dificultad permanente creada por establecimientos de crédito y autoridades administrativas y judiciales ante las cuales no era fácil probar el carácter meramente civil de una sociedad y su formación sin sujeción a las formalidades requeridas para las sociedades comerciales”. G. PINZÓN (nota 9), pp. 22-23.

¹⁰ Sobre este punto véase con mayor amplitud OVIEDO ALBÁN, J. “Consideraciones en torno a la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el Derecho colombiano”, en: D. VITOLO, / J.M. EMBID IRUJO, / F. J. LEÓN SANZ, (dirs.), S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, (coord.), *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Granada, Comares, 2011, pp. 346-364. Ver igualmente L. ESPINOSA QUINTERO, *Teoría general de las sociedades comerciales*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, pp. 32-36.

¹¹ En relación con la crítica a la tendencia de los códigos de América Latina a mantener la distinción entre sociedades civiles y comerciales, ver F. REYES (nota 8), p. 20.

2. LA MERCANTILIDAD POR LA FORMA EN LA LEY 1258

El art. 3º de la Ley 1258 de 2008 dispuso que la sociedad por acciones simplificada, independientemente de la naturaleza de su objeto, tendrá siempre naturaleza comercial (Cfr. art. 1 LM SAS y art. 1 LM OEA). Conforme a esta misma norma, la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, y tal como se podrá deducir de lo explicado en los acápites siguientes, da un amplio margen de maniobra a los accionistas al permitir pactar sobre diversos aspectos de su constitución, organización y funcionamiento. Ahora bien, debe tenerse en cuenta su pertenencia a los tipos societarios “híbridos”, los cuales consisten en estructuras societarias combinatorias de la posibilidad de estipulación contractual de las sociedades colectivas y las ventajas de la limitación plena de responsabilidad de las anónimas¹².

Resulta oportuno tener en cuenta que en el derecho extranjero se ha adoptado el criterio de mercantilidad por la forma. Es así que en el derecho francés, el carácter comercial de la sociedad puede estar determinado por la forma o por el objeto. Son comerciales por razón de la forma, cualquiera que sea su objeto, las sociedades en nombre colectivo, la sociedad comandita simple, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones (art. L. 210-1, del Código de 2013¹³). También en España se ha incorporado el criterio de mercantilidad por la forma para las

¹² Ver F. REYES VILLAMIZAR (nota 4), p. 33. Valga señalar que en relación con la limitación plena de responsabilidad en las SAS, el art. 1º de la Ley 1258 establece que él o los constituyentes (personas naturales o jurídicas), solo responderán hasta el monto de sus respectivos aportes y no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad, salvo lo establecido en el art. 42 de dicha ley, el cual consagra la posibilidad de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, para llamar a responder solidariamente por las obligaciones y los perjuicios causados con tales actos defraudatorios a accionistas y administradores, además de la declaración de nulidad de tales actos. Deben tenerse en cuenta dos sentencias de la Corte Constitucional colombiana, la C-090 de 9 de febrero de 2014 y la C-237 de 9 de abril de 2014, las cuales declararon exequible la palabra “laborales” contenida en el art. 1º de la Ley 1258 de 2008, referente a la limitación de responsabilidad de él o los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas por pasivos de este tipo. Ver Corte Constitucional, sentencia C-090 de 2014, “M.P. Mauricio González Cuervo”, Id. vLex: VLEX-498368658; Corte Constitucional, sentencia C-237 de 2014, “M.P. María Victoria Calle Correa”, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-237-14.htm>. Sobre las SAS en el derecho francés, en particular mostrando que por ser una sociedad de capital, y por tanto presenta las mismas ventajas de las sociedades anónimas, entre ellas una responsabilidad limitada al monto de los aportes, pero a diferencia de otras sociedades de capital se caracteriza por la flexibilidad de funcionamiento y el lugar concedido a la libertad contractual, con ventajas como la posibilidad de organizar la dirección, la posibilidad de tener un solo socio, entre otras, ver L. NAVARRO MATAMOROS, *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*, Granada, Comares, 2009, pp. 129-189. Para una descripción general del régimen de la *société par actions simplifiée* (SAS) en Francia, ver P. MERLE, *Droit comercial. Sociétés commerciales*, 16ª ed., Paris, Dalloz, 2013, pp. 746-765.

¹³ En relación con la atenuación de la distinción entre las sociedades civiles y comerciales así como los criterios de mercantilidad por la forma y por el objeto adoptados por el Derecho francés, ver P. MERLE (nota 12), pp. 125-127.

sociedades capitalistas, como son la anónima y la de responsabilidad limitada, según el art. 2º del Real Decreto Legislativo 1/2010 por el cual se aprobó el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, el cual dispuso que tales sociedades tendrían siempre el carácter de comerciales, con independencia de su objeto¹⁴. De igual manera en la Argentina, donde a partir de la ley 19.550 de 1972 el carácter mercantil de la sociedad se adquiere por el tipo que se adopte y no por el objeto o actividad de la misma¹⁵. Cabe añadir que en Argentina, con la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, sobrevenida con el nuevo Código Civil y Comercial adoptado por Ley 26.499 vigente desde 2015, se han suprimido las diferencias entre sociedades civiles y comerciales¹⁶.

También en Chile se advierte la presencia de los criterios objetivo y de mercantilidad por la forma, para la calificación de las sociedades. Esto, pues el art. 425 (2) del Código de Comercio establece que las sociedades por acciones siempre serán comerciales, con independencia de los actos para los cuales se forme, toda vez que el objeto siempre será considerado mercantil¹⁷. Además, el art. 1º de la Ley 18.046 estableció que la sociedad anónima será siempre comercial, así se forme para la realización de negocios de carácter civil¹⁸.

IV. EL NÚMERO DE SOCIOS

En este punto se analizarán las reglas relativas al número de socios, contraponiendo las del Código de Comercio, que parten del requisito general de la pluralidad, con mínimos y máximos según el tipo societario del que se tratare, con las de la Ley 1258 que permiten la constitución de sociedades por acciones simplificadas con un solo accionista.

¹⁴ Según Broseta y Martínez: “Este afortunado criterio del legislador ha hecho desaparecer de nuestro Derecho la posibilidad de las sociedades civiles con forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada”. M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, v. 1, 19ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 278.

¹⁵ R.L. FERNÁNDEZ y otros, *Tratado teórico práctico de Derecho Comercial*, t. V-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 56.

¹⁶ Sobre esto dice Balbín: “Durante la vigencia del Código de Comercio de 1862, la comercialidad del ente estaba dada por la naturaleza de los actos que realizaba para la consecución de sus fines, con excepción de las sociedades anónimas a las que por su forma siempre eran comerciales. Así, el objeto constituía la regla general para determinar la naturaleza civil o comercial de la sociedad, y su forma, la excepción. La LS de 1972 eliminó toda diferencia al incluir el principio de tipicidad, a partir del cual la comercialidad del ente pasó a regirse exclusivamente por la forma y no por su actividad. Con la unificación del Código Civil y Comercial en 2015 y la derogación –entre otros– del estatuto del comerciante y de las categorías de actos de comercio, se suprimió el histórico criterio de distinción de las sociedades según su comercialidad –o ausencia de ella–”. S. BALBÍN, *Manual de Derecho societario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 18.

¹⁷ Ver M.F. VÁSQUEZ PALMA, *Sociedades*, t. I, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing / Thomson Reuters, 2015, p. 324.

¹⁸ Ver E. JEQUIER LEHUDÉ, *Curso de Derecho Comercial*, t. II, vol 1 (Sociedades), Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 100.

1. LA PLURALIDAD EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

El concepto “contrato de sociedad”, alude por definición al acuerdo de dos o más personas, que se comprometen a hacer aportes y buscan repartirse las utilidades obtenidas en la actividad económica a desarrollarse por parte de la persona jurídica surgida en virtud de tal acuerdo, una vez se cumplan las formalidades exigidas para ello por la ley¹⁹. Este concepto es el acogido por el art. 98 del Código de Comercio colombiano y como se puede advertir, requiere al menos el acuerdo entre dos socios. Ahora, los números mínimos y máximos pueden variar según el tipo societario en particular, como por ejemplo en las sociedades anónimas en las cuales se requiere como mínimo cinco accionistas y en el de las limitadas, en las que se establece un tope legal máximo de veinticinco asociados²⁰.

Este requisito debe observarse en diferentes momentos: en el de celebración del contrato, en la personificación jurídica y durante la vida de la sociedad, que si se llegare a alterar ésta inmediatamente entra en causal de disolución, según establece el numeral 3º del art. 218 del Código de Comercio²¹. Tal causal de disolución puede ser enervada o evitada por los socios, para lo cual pueden adoptar las modificaciones correspondientes, “(..) siempre que el acta que contenga el acuerdo se inscriba en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal”, según disposición del art. 24, inciso 2º de la Ley 1429 de 2010, que subrogó el parágrafo del art. 220 del Código de Comercio.

¹⁹ Corresponde a lo que ha sido denominado el “concepto clásico de sociedad”. Ver M. BROSETA PONT / F. MARTÍNEZ SANZ (nota 14), p. 275; S. BALBÍN (nota 15), p. 1.

²⁰ Ver arts. 373 y 356 del Código de Comercio. En cuanto a la inobservancia de las pluralidades exigidas según el tipo societario, ver el análisis hecho por N. MARTÍNEZ NEIRA, *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2014, pp. 104-106. Así, como bien señala el autor, las consecuencias derivadas de la inobservancia del requisito de pluralidad son distintas según el tipo societario. Como regla general, al exigirse dos socios, el no cumplir con este requisito esencial, produce como efecto la inexistencia de la sociedad, según lo establece el art. 898 inciso 2º del Código de Comercio. Sin embargo, anota el autor, la consecuencia es diferente cuando se requiere una pluralidad mínima especial, como sucede en la sociedad comandita por acciones o la anónima, en las cuales si no se alcanzare el mínimo de cinco accionistas, si se cumpliere el número de dos, no podría predicarse la inexistencia, pero sí la nulidad absoluta al violarse una norma imperativa según el art. 898 del Código de Comercio, por tratarse los arts. 343 y 374 del Código de Comercio, de normas imperativas. En efecto: si se advierte la redacción de ambas normas, en las dos se indica que “no podrá” constituirse cada una de dichas sociedades sin cumplir con el mínimo exigido. Adicionalmente, cabe señalar que en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 356 del Código de Comercio establece la sanción de la nulidad de pleno derecho, de la sociedad constituida con un número mayor de 25 socios. Finalmente, debe tenerse en cuenta, como también lo hace el autor citado, que ante esta irregularidad podría operar la conversión del negocio jurídico, en los términos del art. 904 del Código de Comercio. N. MARTÍNEZ NEIRA (nota 20), p. 105.

²¹ N. MARTÍNEZ NEIRA, (nota 20), p. 106; F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario*, t. I, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 133.

Con anterioridad a la Ley 1429 de 2010, el segundo inciso del art. 220 del Código de Comercio exigía que las modificaciones adoptadas por los asociados para evitar la causal de disolución de la sociedad, debían observar las reglas prescritas para la reforma del contrato, del art. 158 y siguientes del Código, para lo cual además, debían formalizar el acuerdo dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal²².

2. EL DEBILITAMIENTO Y SUPERACIÓN DE LA NATURALEZA “CONTRACTUAL” DE LA SOCIEDAD

Como ya se destacó en un trabajo anterior, la naturaleza “contractual” de la sociedad empezó a debilitarse en el derecho colombiano a partir de la Ley 222 de 1995, pues ésta en su art. 71 permitió la creación de empresas unipersonales de responsabilidad limitada²³. Según lo establecido en el art. 1º de La Ley 1258

²² El texto del art. 220 era el siguiente: “Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del control social.

No obstante, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida y observando las reglas prescritas para las reformas del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal”. Por su parte, el art. 24 de la Ley 1429 establece: “Cuando la disolución requiera de declaración por parte de la asamblea general de accionistas o de la junta de socios, los asociados, por la mayoría establecida en los estatutos o en la ley, deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva e inscribirán el acta en el registro mercantil. Los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida, siempre que el acta que contenga el acuerdo se inscriba en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses siguientes a la ocurrencia de la causal. Cuando agotados los medios previstos en la ley o en el contrato para hacer la designación de liquidador, esta no se haga, cualquiera de los asociados podrá acudir a la Superintendencia de Sociedades para que designe al liquidador. La designación por parte del Superintendente procederá de manera inmediata, aunque en los estatutos se hubiere pactado cláusula compromisoria. La referida designación se hará de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”. Sobre el alcance de esta reforma, la Superintendencia de Sociedades ha considerado: “(...) se amplía a seis meses a dieciocho el término legal de que disponen los asociados para tomar las medidas que permitan evitar la disolución de la sociedad cuando quiera que se trate de causales susceptibles de ser enervadas, con la condición adicional de que no será necesario observar las formalidades propias de las reformas estatutarias como se exigía anteriormente, sino que bastará inscribir en el registro mercantil el acta que contenga el acuerdo respectivo, siempre que a ello hubiera lugar según la índole de la determinación que se acuerde”. Superintendencia de Sociedades, oficio 220 -101534, 31 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co>.

²³ Mayores referencias al debate que se ha suscitado en los últimos años en Colombia sobre este tema, ver J. OVIEDO ALBÁN, (nota 10), pp. 356-362. Para una referencia sobre los procesos de debilitamiento y superación de la naturaleza contractual de las sociedades, ver F. REYES VILLAMIZAR, (nota 21), pp. 116-122; M.F. VÁSQUEZ PALMA, (nota 17), pp. 272-279. De igual forma, sobre el replanteamiento del concepto de sociedad, ver M. Broseta Pont / F. Martínez Sanz (nota 14), pp. 275-276.

Sobre el particular, al comentar el art. 71 de la Ley 222, E. Gaviria Gutiérrez se manifestó sobre la justificación de la sociedad unipersonal, señalando que esto ofrece al empresario escapar del dilema de poder actuar o como sociedad pluripersonal o bien como persona individual. Además, anotó el autor, se pone término a multitud de sociedades con pluralidad aparente. Ver E. Gaviria Gutiérrez, Nuevo régimen de sociedades. Comentario general, Medellín, Diké, 2002, p. 59.

sobre sociedad por acciones simplificada, este tipo societario no requiere cumplir números mínimos ni máximos de accionistas al poder ser constituida por la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas (arts. 2 LM SAS y 2 LM OEA). Por esta razón, en el derecho colombiano no resulta tan preciso hablar ya de “contrato de sociedad”, pues al poderse crear sociedades por acciones simplificadas de carácter unipersonal, cabe mejor referirse al “negocio jurídico societario”, al entender que este concepto admite tanto las sociedades de naturaleza contractual, como las constituidas por una sola persona²⁴.

La sociedad por acciones simplificada podría transformarse en otro tipo de sociedad de las consagradas en el Código de Comercio por decisión del accionista. Igualmente la empresa unipersonal de la Ley 222 podría transformarse en sociedad porque al cederse alguna o algunas de las cuotas sociales, acciones o partes de interés, lleguen a ser titulares dos o más personas naturales o jurídicas²⁵. Ya sea en virtud de la cesión, o por cualquier otro acto por el cual el capital llega a pertenecerle a dos o más, deberá procederse a la conversión en sociedad comercial dentro de los seis meses siguientes a la inscripción de la cesión en el registro mercantil, para lo cual se deberán elaborar los correspondientes estatutos según la forma de sociedad adoptada y dependiendo del caso, elevar la reforma a escritura pública con el correspondiente registro o bien mediante documento privado inscrito en el registro mercantil, todo de acuerdo con el art. 77 de la Ley 222, so pena de disolverse de pleno derecho y proseguir la necesaria liquidación. La nueva sociedad asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la empresa unipersonal. En consecuencia, en cada tipo societario deberá ser tenido en cuenta el mínimo consagrado en la ley. De todas formas, puede entenderse que la empresa unipersonal podría transformarse en sociedad por acciones simplificada, para lo cual no necesariamente se necesitaría el requisito de pluralidad de socios.

V. LAS FORMALIDADES PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES

En este punto se hará mención a las formalidades legales exigidas para la constitución de sociedades, por un lado a las reglas que se conservan en el Código de Comercio y por otro, a las de la Ley 1258²⁶.

²⁴ Esto, a pesar de que para algunos pueda resultar una “impropiedad” de tipo terminológico referirse a sociedades unipersonales. Ver R. SUÁREZ FRANCO, *Teoría general de las personas jurídicas*, Bogotá, Temis, 2010, p. 245.

²⁵ La cesión se efectuará mediante documento escrito inscrito en la Cámara de Comercio. Ver arts. 76 y 77 de la Ley 222.

²⁶ Un análisis sobre las excesivas formalidades legales para la constitución de sociedades y sus efectos económicos, en F. REYES (nota 8), pp. 24-29.

1. LAS FORMALIDADES EXIGIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Antes de hacer referencia a los requisitos formales necesarios para la constitución de sociedades según lo establecido en las normas respectivas, es necesario señalar que al contrario de una destacada corriente doctrinal colombiana para la cual el contrato de sociedad es de carácter solemne, al exigir, según lo establecido en el art. 110 del Código de Comercio la constitución por escritura pública²⁷, es necesario distinguir entre el momento de celebración del contrato de sociedad y el de personificación jurídica, además del de oponibilidad, de lo cual resulta que el contrato societario en sí mismo considerado es consensual, pues, para el nacimiento del acuerdo entre los socios, simplemente se exige el pacto entre ellos sobre los elementos esenciales enunciados en el art. 98: los aportes, la empresa o actividad social y la intención de repartirse utilidades²⁸.

²⁷ El art. 110 establece: “La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

1. El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes. Con el nombre de las personas naturales deberá indicarse su nacionalidad y documento de identificación legal; con el nombre de las personas jurídicas, la ley, decreto o escritura de que se deriva su existencia.
2. La clase o tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma, formado como se dispone en relación con cada uno de los tipos de sociedad que regula este Código.
3. El domicilio de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.
4. El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel.
5. El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año.
6. La forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, y de las que se reserven los asociados, las asambleas y las juntas de socios, conforme a la regulación legal de cada tipo de sociedad.
7. La época y la forma de convocar y constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, y la manera de deliberar y tomar los acuerdos en los asuntos de su competencia.
8. Las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales, y la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse.
9. La duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma.
10. La forma de hacer la liquidación, una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser restituidos o distribuidos en especie, o de las condiciones en que, a falta de dicha indicación, puedan hacerse distribuciones en especie.
11. Si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a decisión arbitral o de amigables componedores y, en caso afirmativo, la forma de hacer la designación de los árbitros o amigables componedores.
12. El nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda, por la ley o por el contrato, a todos o algunos de los asociados.
13. Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, cuando el cargo esté previsto en la ley o en los estatutos.
14. Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato”.

²⁸ Sobre este punto ver J. OVIEDO ALBÁN, “La personificación jurídica societaria en el Derecho colombiano”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho* (Universidad Sergio Arboleda), n° 1, 2011,

La naturaleza consensual del contrato societario resulta de un sencillo análisis de los arts. 98 y 498 del Código de Comercio. En efecto, mientras el inciso primero del art. 98 consagra los requisitos del contrato de sociedad, el inciso segundo establece: “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Es clara, según la norma, la distinción entre la celebración del contrato y el nacimiento de la persona jurídica.

Ratifica lo anterior el art. 498 del Código según el cual “La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. (...)”.

Como ya se mencionó, el Código de Comercio hace producir efectos al contrato de sociedad, entre los socios, desde cuando ellos han acordado los mencionados elementos esenciales, dando lugar al nacimiento de la sociedad de hecho, la cual cederá el paso a la persona jurídica societaria cuando se hubiese observado el mencionado requisito de forma. La sociedad de hecho goza, entre otras características, de carecer de personalidad jurídica (art. 499); da lugar a responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las operaciones celebradas (arts. 499 y 501); los bienes destinados para el desarrollo del objeto social se encuentran afectos al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho (art. 504) y está en permanente causal de disolución y liquidación (art. 505).

Posteriormente, según lo establecido en el art. 22 de la Ley 1014 de 2006, las sociedades que conforme al art. 2º de la Ley 905 de 2004 tengan una planta de personal no superior a 10 trabajadores o activos totales por valor inferior a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes²⁹, se constituirán con observancia de las normas propias de la Ley 222 para las empresas unipersonales, de manera que el art. 72 de dicha ley, tales sociedades pueden constituirse por escrito privado

pp. 166-168. Para la posición contraria: G. Pinzón (nota 9), p. 97; L.C. Neira Archila, *Apuntaciones generales al Derecho de sociedades*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 51-52; C.A. Velásquez Restrepo, *Orden societario*, 4ª ed., Medellín, Señal editora, 2014, p. 51; L. Peña Nossa, *De las sociedades comerciales*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2011, pp. 62-63. Por su parte, la tesis de la consensualidad es defendida por N. MARTÍNEZ NEIRA (NOTA 20), pp. 54-55. J.I. Narváez García, *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*, 8ª ed., Bogotá, Legis, 1998, p. 151; F. Reyes Villamizar (nota 21), p. 187 y P.A. Córdoba Acosta, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 55.

²⁹ Según la Corte Constitucional, se trata de uno u otro requisito. Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2007, “M.P. Humberto Sierra Porto”, disponible en: <http://www.notinet.com.co>. Así lo dijo la Corte en la sentencia citada: “Si se la reformula deónticamente es claro que la disposición contiene un mandato pues señala de manera imperativa que a partir de la vigencia de la Ley 1014 de 2006 las nuevas sociedades con activos totales inferiores a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes o con una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores, han de constituirse con la observancia de las normas propias de la empresa unipersonal, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Realmente si se ahonda en el ejercicio interpretativo se trataría de dos normas pues la conjunción disyuntiva o significa que para la aplicación del precepto demandado basta la presencia de uno de los dos requisitos en él señalados”.

inscrito en el registro mercantil, salvo cuando entre los activos destinados a la empresa se comprendieren bienes cuya transferencia requiera escritura pública, caso en el cual la constitución deberá hacerse de la misma manera³⁰.

En cuanto al requisito de oponibilidad, el Código de Comercio establece en el art. 112 que mientras la escritura pública social no sea registrada en la cámara de comercio correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible a terceros. Si la sociedad iniciare actividades en desarrollo de la empresa social sin cumplir este requisito, según el art. 116 del Código de Comercio, los administradores responderán solidariamente ante terceros de las operaciones celebradas en nombre de la sociedad, sin perjuicio de otras sanciones legales.

2. LAS FORMALIDADES EN LA LEY 1258

También bajo la Ley 1258, cuando la sociedad por acciones simplificada se constituya con más de dos accionistas, se trata de un contrato consensual surgido del acuerdo de ellos sobre los elementos esenciales. La razón, es la misma esbozada anteriormente en punto de las normas mercantiles, es decir: mientras no se haya surtido la formalidad para la creación de la persona jurídica, da lugar a una sociedad de hecho, tal como lo señala el art. 7º (art. 13 LM SAS y art. 7 LM OEA).

Según la Ley 1258 de 2008 sobre sociedad por acciones simplificada, se da lugar a una persona jurídica distinta del o los accionistas constituyentes, cuando el escrito privado constitutivo se inscriba en el registro mercantil, según lo dispuesto en los arts. 2 y 5³¹ (art. 3 LM SAS y art. 3 LM OEA). La excepción a esta formalidad, igual a su antecesora la Ley 222 de 1995 para la creación de empresas unipersonales según lo consagra el parágrafo 2º del art. 5º, consiste en que cuando en los activos aportados a la sociedad se comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad por acciones simplificada también deberá hacerse de igual manera e inscribirse en los registros correspondientes³².

³⁰ El Decreto 4463 de 2006, reglamentario de la Ley 1040, se refirió en su art. 1º a la posibilidad de creación de “sociedades” unipersonales. El Consejo de Estado anuló dicho Decreto por violación directa del art. 22 de la Ley 1014, y señaló que la norma reglamentada no permite sino la creación de sociedades de cualquier tipo que cumplan con los requisitos mencionados de la Ley 905 de 2004, por medio de las formalidades consagradas por la Ley 222 para las empresas unipersonales, esto es: escrito privado inscrito en el registro mercantil, más no “sociedades unipersonales”. Consejo de Estado, sentencia 110010322500020080013600 de 20 de enero de 2011, “C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta”, disponible en: <http://www.notinet.com.co>.

³¹ Según la Superintendencia de Sociedades, el escrito de constitución en las sociedades por acciones simplificadas, puede cumplirse mediante un mensaje de datos que pueda ser consultado posteriormente en el cual conste la firma electrónica de los constituyentes. Superintendencia de Sociedades, oficio 220- 003992 de 1º de febrero de 2010, disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co>.

³² El art. 5º de la Ley 1258 establece (art. 7 LM SAS y art. 5 LM OEA): “La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado,

Tratándose de las sociedades regidas por la Ley 1014 y las sociedades por acciones simplificadas, el requisito de personificación jurídica y de oponibilidad se confunden en uno solo, de forma que se evita la duplicidad de trámites en la creación de sociedades, aspecto éste que según autorizada doctrina, constituye una de las características principales de las sociedades por acciones simplificadas, frente al régimen general del Código de Comercio. Sobre este aspecto, resulta oportuno citar las palabras de Reyes Villamizar, quien anota: “Se reducen de modo significativo los denominados costos de transacción derivados del proceso constitutivo de la sociedad previstos en el Código de Comercio. La filosofía de flexibilización de la normativa societaria impulsada desde la Ley 222 de 1995 continúa con la supresión de este requisito, antes obligatorio, de la escritura pública. Las razones que sirvieron de base a la eliminación de esta formalidad son iguales a las que sirvieron de base a la eliminación de este trámite en el caso de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada”³³.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO Y LA DURACIÓN DE LA SOCIEDAD

Entre los requisitos del acto constitutivo de la personificación jurídica de la sociedad, resulta necesario resaltar el de la determinación del objeto y el de la duración de la sociedad, pues estos, desde la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales, posteriormente la Ley 1014 de 2006 y más adelante la Ley 1258 de 2008, han tendido también a flexibilizarse³⁴.

inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

1. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas;
2. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada” o de las letras S.A.S.;
3. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución;
4. El término de duración, si éste no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.
5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.
6. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que éstas deberán pagarse;
7. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal”.

³³ F. REYES VILLAMIZARM, (nota 4), p. 108. En el proyecto de ley 70 de 2015 (art. 1º, nº 1) se pretendía extender a todos los tipos societarios las reglas de constitución por documento privado inscrito en el registro mercantil, exceptuando de dicha disposición los casos en que hubieren de efectuarse aportes cuya transferencia requiera escritura pública. F. REYES VILLAMIZAR (nota 2), p. 617.

³⁴ Sobre este tema ver J. OVIEDO ALBÁN, (nota 28), pp. 169-172. Aunque con algunas variaciones de redacción e inclusión de referencias bibliográficas no contenidas en el artículo antecedente, en este punto se han tomado algunos de los párrafos contenidos en el acápite correspondiente del mismo.

1. EL OBJETO Y LA DURACIÓN EN LAS SOCIEDADES REGIDAS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO

Según dispone el art. 110 numeral 4º del Código de Comercio, en la escritura pública de constitución de la sociedad debe señalarse la empresa o negocio al cual se dedicará la sociedad, haciendo una enumeración clara y completa de las actividades principales. Además, tal como establece la norma, será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquel. Esta especialidad trae las siguientes consecuencias:

En primer lugar, la precisión del objeto social determina a su vez la capacidad de la sociedad, la cual se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, según lo establece el art. 99 del Código de Comercio. Se entienden incluidos en este objeto social, de acuerdo con este artículo, los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad³⁵.

Como efecto de esto, en la práctica del derecho societario colombiano los estatutos suelen contener una enumeración exhaustiva de las actividades a las cuales puede dedicarse la sociedad, por temor de verse expuesta en el desarrollo de sus actividades a que no se le admita celebrar contratos no previstos en los estatutos. Incluso, en ocasiones las sociedades deben hacer reformas estatutarias para poder celebrar o ejecutar determinadas actividades, imprescindibles para la buena marcha de sus negocios y la consecución de los fines perseguidos³⁶.

En segundo lugar, el objeto determina la capacidad de los representantes legales, según dispone el art. 196 del Código de Comercio. Así establece el artículo en la parte correspondiente: “(. . .) A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”.

³⁵ F. REYES VILLAMIZAR, (nota 21), p. 195 y pp. 295-305.

³⁶ También destaca Reyes Villamizar la tendencia a consagrar en los estatutos objetos secundarios exhaustivos: “La práctica –en particular, la impuesta por instituciones financieras y autoridades estatales– ha dado lugar a que en los estatutos sociales se identifique en forma exhaustiva el objeto secundario, mediante enumeraciones de actividades potenciales de explotación económica que la compañía podría realizar para el desarrollo de su objeto principal”. F. REYES VILLAMIZAR (nota 21), p. 298. En este sentido, Gil Echeverry se pronuncia sobre la inutilidad de la práctica que ha hecho carrera en Colombia de incluir un extenso y agotador listado de las actividades que podrá desarrollar la sociedad para alcanzar su fin social, mediante la cláusula estatutaria pertinente. Esto, pues como bien lo anota el autor, se debe entender que tales objetos secundarios siempre serán implícitos, según lo establece el art. 99 del Código de Comercio. J.H. GIL ECHEVERRY, *Derecho societario contemporáneo. Estudios de Derecho comparado*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2012, pp. 22-28.

Conforme a esta misma norma, las limitaciones o restricciones de las facultades de los administradores deben constar en el contrato social inscrito en el registro mercantil, a efectos de su oponibilidad a terceros. Si se realizaren actos por fuera del ámbito del objeto social, los mismos serían *ultra vires* y en consecuencia serían nulos para la sociedad³⁷.

El otro requisito controvertido, ha sido el relativo a la duración de la sociedad. El art. 110 numeral 9º del Código de Comercio, requiere precisar o determinar la duración de la sociedad³⁸. El vencimiento del término de duración de la misma trae como consecuencia su disolución, conforme a lo establecido en el art. 218 del Código. En consonancia con esto, el art. 218 numeral 1º del Código de Comercio, establece como una de las causales de disolución de las sociedades, el vencimiento del término de duración del contrato, salvo la prórroga del mismo por las partes antes de su expiración. Como ya se señaló, las causales de disolución pueden ser evitadas mediante un acta inscrita en el registro mercantil dentro de los dieciocho meses posteriores a la causal, la enerven, conforme a lo señalado en el art. 24 inciso 2º de la Ley 1429 de 2010. Según lo sostenido por la Superintendencia de Sociedades, los seis meses a los que aludía el inciso 2º del art. 220 del Código de Comercio no aplican para el enervamiento de esta causal. Así lo ha dicho la Superintendencia: “La causal de disolución por vencimiento del término de duración de la sociedad, cuenta con su propio momento para ser enervada, por lo que para tal efecto no le aplica el plazo de los seis meses a que hace referencia el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio. En efecto, el numeral 1º del artículo 218 del Estatuto Mercantil, norma de carácter especial frente al artículo 220 del citado estatuto y como tal de aplicación preferente, determina que para que no opere la causal de disolución el término de duración de la sociedad se debe prorrogar válidamente antes de su expiración, lo cual permite concluir que el plazo de seis meses contenido en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio no aplica para subsanar la causal de disolución del citado numeral”³⁹.

³⁷ Según ha conceptuado la Superintendencia de Sociedades, las sociedades solo se obligan por los actos comprendidos dentro de su objeto social. En relación a los que vayan más allá del mismo ejecutados por sus administradores, estos responderán frente a terceros. Superintendencia de Sociedades, oficio OA – 19021 de 27 de noviembre de 1979.

³⁸ Un destacado sector de la doctrina colombiana, ha abogado por la posibilidad de contar con sociedades de duración indeterminada. En este sentido se expresa Reyes Villamizar, quien al comentar el numeral 9º del art. 110 del Código de Comercio expresa: “En realidad, esta exigencia comienza a convertirse en un requisito anacrónico, que pierde importancia en la época actual”. F. REYES VILLAMIZAR (nota 21), p. 208.

³⁹ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 085475 de 27 de agosto de 2008, ver Superintendencia de Sociedades, *Doctrinas Jurídicas y Contables 1994 - 2009*, Bogotá, Avance Jurídico, 2009, p. 51. En la doctrina, ver G. PINZÓN (nota 9), p. 255; J.I. NARVÁEZ GARCÍA (nota 28), p. 426. F. REYES VILLAMIZAR (nota 2), p. 442.

2. EL OBJETO Y LA DURACIÓN DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

En cuanto a la empresa unipersonal, en el escrito de constitución se deberá enunciar clara y completamente las actividades principales de la misma, salvo que se disponga la posibilidad de realización de cualquier acto lícito de comercio, según lo consagrado en el numeral 51 del art. 72 de la Ley 222. Esta misma vía se sigue en el numeral 5° del art. 5 de la Ley 1258 (art. 7, n° 5 LM SAS y art. 7, n° 5 LM OEA), al permitirse que el documento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas contenga bien una enunciación clara y completa de las actividades principales, al modo de la regla del Código de Comercio, o que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil lícita. Incluso abre la posibilidad de no disponer nada sobre ello en el acto de constitución, caso en el cual se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita⁴⁰.

En cuanto a la duración, para las empresas unipersonales se permite el señalamiento de término de duración definido o bien indefinido cuando nada se expresare en el acto de constitución, tal como indica el art. 72 numeral 4° de la Ley 222. Lo mismo para las sociedades regidas por la Ley 1014 y para las sociedades por acciones simplificadas, según el numeral 4° del art. 5 de la Ley 1258 de 2008 (art. 7, n° 4, LM SAS y art. 7, n° 4 LM OEA). En todos estos casos, a la muerte del empresario, socio o socios, los sucederá en la titularidad de la participación de capital algún heredero, lo cual no obsta para que la empresa o sociedad siga existiendo.

VII. LA COMPOSICIÓN DEL CAPITAL

El capital de la sociedad está constituido por los aportes que los socios se comprometen a hacer para la conformación de la misma⁴¹. El art. 122 del Código de Comercio exige que el capital se fije de manera precisa o determinada, pudiendo ser aumentado o disminuido en virtud de una reforma estatutaria, de lo cual se ha inferido su carácter fijo, significando con ello que éste no varía en el tiempo a menos que mediere la mencionada reforma de estatutos⁴². El Código de Comercio colombiano permite a los socios, como regla general establecida en el art. 110 n° 5, pactar en los estatutos el capital social, la parte suscrita del mismo y la que se paga por cada asociado en el momento de constitución. Dicha regla general presenta variantes, tal como se verá en el punto 1 desarrollado a continuación.

⁴⁰ Sobre esta, como una de las características de la estructura flexible de las sociedades por acciones simplificadas, ver F. REYES VILLAMIZAR (nota 4), p. 117. En el proyecto de ley 70 de 2015 (art. 2°, n° 1° y 2°) se pretendía extender a todos los tipos societarios las reglas relativas a objeto indeterminado y duración indefinida, ver F. REYES VILLAMIZAR (nota 2), p. 618.

⁴¹ L.C. NEIRA ARCHILA (nota 28), p. 71.

⁴² F. REYES VILLAMIZAR (nota 21), pp. 375-376.

1. LA COMPOSICIÓN DE CAPITAL EN LOS TIPOS SOCIETARIOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Según dispone el art. 110 n° 5 del Código de Comercio, en los estatutos de las sociedades por acciones se debe expresar, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en los cuales deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año. A su turno, en el art. 376, sobre sociedades anónimas, se establecen diferentes momentos para la suscripción y pago del capital, así: al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital suscrito⁴³.

Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, el art. 354 del Código dispone que el capital social debe pagarse íntegramente al momento de su constitución y también al momento de solemnizarse cualquier aumento del mismo. Si se comprueba que los aportes no han sido pagados en su totalidad, la Superintendencia de Sociedades podrá exigir el pago de los mismos, bajo apremio de multas u ordenar la disolución de la sociedad, según lo dispuesto en la misma norma.

2. LA COMPOSICIÓN DEL CAPITAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

La Ley 1258 sobre sociedad por acciones simplificada, ha flexibilizado también las reglas de constitución de capital para este tipo societario, al consagrar en su art. 9° que para la suscripción y pago del capital se puedan establecer condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas del Código de Comercio para las sociedades anónimas, fijando además en dos años el límite de plazo para el pago de las acciones (art. 14 LM SAS y art. 9 LM OEA)⁴⁴.

Sin duda, las estructuras más flexibles sobre la constitución y pago de los aportes que conforman el capital, atienden no sólo a la satisfacción de los intereses de los asociados, sino también a la realidad, pues en ocasiones los socios de sociedades como las limitadas, manifiestan en los estatutos haber pagado íntegramente los aportes al momento de constitución de la sociedad,

⁴³ De la misma forma, para las sociedades en comandita por acciones, según lo prevé el art. 345 del Código de Comercio. Cabe recordar que el capital autorizado es "(...) el monto máximo de capitalización que fijan los accionistas en el momento de constituir la sociedad". El suscrito "(...) es el monto total de los aportes que los asociados se comprometen a pagar a la sociedad" y el pagado "(...) corresponde a las sumas que han ingresado real y efectivamente al haber social". F. REYES VILLAMIZAR (nota 21), p. 387.

⁴⁴ En relación con la facilidad establecida por el art. 9 de la Ley 1258 al consentir la alteración de proporciones entre capital autorizado, suscrito y pagado consagrado en el Código de Comercio, ver F. REYES VILLAMIZAR (nota 4), p. 213.

sin ser tan fácil la posibilidad de comprobar tal manifestación. De igual forma, tampoco ha parecido conveniente someter a los accionistas, como sucede en las sociedades anónimas, a estructuras rígidas de composición de capital sin atender a sus intereses ni a las posibles diferencias y expectativas surgidas entre ellos. Así, un esquema flexible de composición de capital, como el admitido para las sociedades por acciones simplificadas, además de ser más realista, busca que quienes efectivamente reflejen en la composición de capital tales intereses y expectativas, sean los propios accionistas.

VIII. LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS

Aunque se asume que en los estatutos societarios se contienen las reglas sobre estructura, funcionamiento y gobierno de las sociedades, relaciones entre los socios, con los administradores y con terceros, son frecuentes también los acuerdos por fuera de los estatutos dados entre los asociados con el fin de regular de manera adicional o complementaria, las relaciones entre ellos o con el gobierno de la sociedad, conocidos como acuerdos o pactos de socios⁴⁵.

1. LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN LA LEY 222 DE 1995

En relación con su validez y alcance, el derecho colombiano en principio ha mostrado una posición restrictiva de tales acuerdos. En efecto, el primer antecedente de regulación de estos pactos se puede ubicar en el art. 118 del Código de Comercio, norma según la cual frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra lo pactado en las escrituras⁴⁶.

De todas formas, de esta norma se ha inferido que no se niega validez a los acuerdos de socios y en virtud de la misma, vinculan solamente a los accionistas parte de ellos, sin ser vinculantes para con la sociedad o para quienes no quisieron suscribirlos⁴⁷.

⁴⁵ N. MARTÍNEZ NEIRA (nota 20), p. 134. Igualmente J.I. NARVÁEZ GARCÍA (nota 28), p. 326. En la doctrina y el derecho comparado, estos pactos suelen recibir distintas denominaciones, tales como acuerdos de accionistas, pactos de accionistas, sindicatos de accionistas, etc. Al respecto ver A.L. ROVIRA, *Pactos de socios*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 1. En relación con los pactos de accionistas en la Ley 222 y en la Ley 1258, ver con mayor amplitud M.L. CAMARGO AGUDELO, *Los pactos de socios en el Derecho Comercial colombiano*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016 (tesina de maestría inédita a la fecha); y M.L. CAMARGO AGUDELO, “Los pactos de socios en el Derecho colombiano”, *Vniversitas*, n° 35, 2017.

⁴⁶ El artículo citado establece: “Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los arts. 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas”.

⁴⁷ N. MARTÍNEZ NEIRA, (nota 20), p. 137.

Con posterioridad a esta norma, el art. 70 de la Ley 222 de 1995 reguló una de las modalidades de pactos de accionistas, conocidos como los acuerdos de voto, entendidos como aquellos que aluden al ejercicio de derechos políticos, financieros y patrimoniales. Así dispone el art. 70 de la Ley 222: “Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo”⁴⁸.

Entre las características de los pactos de accionistas se destacan su validez frente a la sociedad, siempre y cuando cumplan con el requisito formal de constar por escrito y entregarse al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, además de facultar para celebrarlos a los accionistas que no sean administradores⁴⁹. Adicionalmente, debe destacarse que según el art. 43 de la Ley 964 de 2005, los acuerdos de accionistas de sociedades inscritas deben, además de cumplir con los requisitos previstos en el art. 70 de la Ley 200 de 1995, divulgarse en el mercado a través del Registro Nacional de Valores y Emisores.

Cabe señalar que la Superintendencia de Sociedades, mediante oficio 220 – 9238 de 11 de marzo de 2004, asumió que en los tipos societarios distintos a las sociedades por acciones también son admisibles los pactos de socios⁵⁰. Además, en relación con las consecuencias de inobservar el pacto de accionistas, resulta de especial interés un fallo de la Superintendencia de Sociedades de 2013 que se refirió a este punto. Se presentó una demanda buscando se declarara el incumplimiento

⁴⁸ A.L. ROVIRA (nota 45), p. 13. No obstante el avance de la Ley 222, en la doctrina se ha destacado el retraso sobre el tema del Derecho colombiano. Así Reyes: “En punto de pactos de sindicación, el régimen colombiano se encontraba a la zaga de otros sistemas jurídicos. En verdad, muchas legislaciones contemporáneas han reconocido la posibilidad de que las relaciones entre los asociados se rijan por estipulaciones diferentes de las contenidas en el contrato social”. F. REYES VILLAMIZAR (nota 4), p. 244.

⁴⁹ Según ha dicho la Superintendencia de Sociedades, la violación del requisito consistente en que están facultados para celebrar dichos acuerdos los accionistas que no sean administradores, genera nulidad absoluta tanto por violar una norma imperativa, como es el art. 70 de la Ley 222 de 1995, como por desconocer la prohibición de ejecutar actos expresamente prohibidos por la ley, tal como lo establecen los artículos 899 n° 1, del Código de Comercio y el 1504 inciso final del Código Civil. Superintendencia de Sociedades, oficio 220 - 071798 de 17 de julio de 2005, disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co>.

⁵⁰ Superintendencia de Sociedades, oficio 220 - 9238 de 11 de marzo de 2004, disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co>.

de un acuerdo privado de accionistas y como consecuencia de ello, se reconocieran sin valor ni efectos jurídicos todos los actos y negocios celebrados o ejecutados en contravía de lo estipulado entre las partes que lo suscribieron, entre ellos una reforma estatutaria con aumento de capital autorizado, la venta de acciones y reglamento de colocación de acciones.

En el acuerdo de accionistas se habían fijado reglas para el funcionamiento de los órganos sociales: la junta directiva estaría conformada por cinco miembros, tres de los cuales serían designados por un bloque de accionistas y los funcionarios a ser designados por la junta directiva deberían ser acordados previamente por los accionistas. De igual forma se incluyó una cláusula relacionada con la futura capitalización de la compañía en la cual pactaron que las capitalizaciones de la misma se discutirían por fuera de la asamblea de accionistas con el propósito de acogerlas solamente si hubiere favorabilidad y consenso entre las partes sin entrar a considerar mayorías accionarias. Con posterioridad a ello, se aprobó por parte de la asamblea general de accionistas una reforma estatutaria consistente en el aumento del capital autorizado de la sociedad, el cual contó con el voto en contra de un bloque de accionistas minoritarios. Por su parte, la junta directiva aprobó un reglamento de emisión y colocación de acciones. La Superintendencia procedió a analizar el alcance del acuerdo de accionistas y resolvió declarar el incumplimiento del pacto de voto, descontar los votos emitidos por el bloque mayoritario del cómputo efectuado para la aprobación del aumento del capital autorizado de la compañía, declarar la nulidad absoluta de la decisión consistente en reformar los estatutos sociales para aumentar el capital autorizado de la misma y como consecuencia de ello, dejar sin efectos los reglamentos de emisión y colocación de acciones aprobados por la junta directiva⁵¹.

2. LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN LA LEY 1258

La Ley 1258 reguló los acuerdos de accionistas en el art. 24, admitiendo como modalidad de los mismos no sólo los de voto, al permitir que mediante ellos se pueda convenir el ejercicio del derecho de voto y representación de acciones en la asamblea, sino también los sindicatos de bloqueo, pues los mencionados acuerdos pueden versar sobre compra o venta de acciones o preferencia para adquirirlas

⁵¹ Superintendencia de Sociedades, “*Proedinsa Calle & Cía. S. en C. contra Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., Inversiones Vermont Tres S. en C., y Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.*”, Sentencia n° 801.016 del 23 de abril de 2013, en: Superintendencia de Sociedades, *Jurisprudencia societaria*, Bogotá, 204, pp. 229-254. También resultan de interés los siguientes casos: Superintendencia de Sociedades, “*Martín Morelli Socarrás contra Santana Fruits S.A.S. y Javier Barnier González*”, sentencia 801-46 de 24 de junio de 2014, disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co>, en el cual la Superintendencia sostuvo que para ejecutar las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas, debe haberse declarado judicialmente de manera previa, el incumplimiento del pacto.

o restricciones para transferirlas, además de cualquier otro asunto lícito (art. 30 LM SAS y art. 24 LM OEA)⁵². En esta norma se establece como efecto de su obligatoriedad, el que el presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación no computará el voto emitido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado, además de contar los accionistas con la posibilidad de promover la ejecución de las obligaciones pactadas en tales acuerdos ante la Superintendencia de Sociedades.

Queda claro, según tal disposición, la admisión en el derecho societario colombiano de la validez de los acuerdos de socios, cuyo alcance no se limita a los acuerdos de voto o de bloqueo, pues también pueden versar sobre cualquier cuestión lícita, posibilidad la cual bien puede caber además para todos los tipos societarios y lleva a que los mismos estén regidos por las reglas generales de obligaciones y contratos⁵³.

IX. LA ESTRUCTURA DE GOBIERNO SOCIETARIO

Uno de los aspectos que según el numeral 6° del art. 110 del Código de Comercio colombiano deben contener los estatutos, es la forma de administrar los negocios sociales, con la indicación de las atribuciones y facultades de los administradores, las reservadas por los asociados, asambleas y juntas de socios, según la regulación de cada tipo societario.

1. EL GOBIERNO SOCIETARIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Las reglas sobre estructura de gobierno de las sociedades en Colombia, permiten distinguir entre órganos de dirección, órganos administrativos y órganos

⁵² Así dispone la norma: “Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años. Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

Parágrafo 1°. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado. Parágrafo 2°. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”.

⁵³ En relación con esta posibilidad, ver L. HENAO, “Los pactos parasociales”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 25, 2013, pp. 179-217. La autora acertadamente sostiene que la validez, eficacia e incumplimiento de estos pactos están determinados en mayor medida por las normas del Derecho Civil y en menor proporción por las del Derecho societario.

de control. Así, los órganos máximos de dirección o de gobierno societario, según lo dispuesto en los arts. 181 a 195 del Código, son las asambleas de accionistas y juntas de socios, pues la ley les asigna las funciones generales de estudiar y aprobar reformas de estatutos, examinar, aprobar o improbar balances de fin de ejercicio, disponer utilidades, hacer las elecciones correspondientes, considerar los informes de los administradores, adoptar las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociados, constituir reservas ocasionales y en definitiva, todos aquellos adicionales señalados en los estatutos y las leyes⁵⁴.

A su turno, la administración de la sociedad corresponde al representante legal, quien además debe representar a la sociedad y administrar sus bienes, con las limitaciones estatutarias y legales del caso.

Dentro de los órganos de dirección cabe también mencionar a la junta directiva, exigida por la ley para las sociedades anónimas, a las cuales se les atribuye una “cláusula general de competencia”, pues según el art. 438 del Código de Comercio, salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar la ejecución o celebración de cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y tomar las decisiones necesarias para el cumplimiento de los fines de la sociedad⁵⁵.

Por otro lado, como órgano de control, el art. 203 del Código de Comercio consagra la obligación de contar con revisor fiscal a las sociedades por acciones, las sucursales de compañías extranjeras y las sociedades en las que por ley o los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración representativos de no menos del veinte por ciento del capital. El criterio empleado por el Código de Comercio para la exigencia de revisoría fiscal, es el calificado como “formal o típico”, que no descarta el potestativo, conforme lo señalado en la norma citada⁵⁶.

De todas maneras, con posterioridad al Código, la Ley 43 de 1990 estableció en el párrafo 2º del art. 13, la obligación de tener revisor fiscal a las sociedades de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año

⁵⁴ El art. 420 del Código de Comercio, consagra las funciones especiales de la asamblea general de accionistas, en las sociedades anónimas, tales como disponer reservas que deben hacerse además de las legales; fijar el monto del dividendo, así como la forma y plazos en los cuales se pagará, ordenar las acciones correspondientes contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda y disponer que determinada emisión de acciones ordinarias sea colocada sin sujeción al derecho de preferencia. Las normas relativas a la administración de los otros tipos societarios, con indicaciones sobre el derecho o las limitaciones para ejercer la representación son: sociedades colectivas: arts. 310 a 318. Sociedades en comandita: arts. 326 y 327. Sociedad de responsabilidad limitada: arts. 358 a 360.

⁵⁵ F. REYES VILLAMIZAR, (nota 21), p. 680.

⁵⁶ F. REYES VILLAMIZAR, (nota 21), p. 680.

inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el mismo período sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos, criterio calificado como “dimensional”⁵⁷.

Entre las funciones de este órgano, ampliamente enunciadas en el art. 207, se destacan: cerciorarse que las operaciones celebradas o ejecutadas por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y la junta directiva, además de dar cuenta a los máximos órganos de dirección y administrativos, de las irregularidades advertidas; velar por que se lleven regularmente la contabilidad, actas de los órganos de dirección y administración, etc.

2. EL GOBIERNO SOCIETARIO EN LA LEY 1258

En cuanto a la sociedad por acciones simplificada, el legislador optó en el art. 17 de la Ley 1258 (art. 23 LM SAS y 17 LM OEA), por permitir la determinación libre de la estructura orgánica de la misma y las normas reguladoras de su funcionamiento, estableciendo de forma supletiva que regirá lo dispuesto en el art. 420 del Código de Comercio, el cual consagra las funciones de la asamblea general de accionistas de la sociedad anónima, las cuales pueden ser ejercidas por la asamblea o el accionista único.

De manera adicional, el art. 25 de la citada ley dispone que esta sociedad no requiere tener junta directiva, permitiéndose de todas formas su pacto en los estatutos y en caso de no ser prevista, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderá al representante legal designado por la asamblea (art. 31 LM SAS y 25 LM OEA). En cuanto a la revisoría fiscal, se establece que solamente se deberá proveer este cargo cuando la ley lo exija. Así entonces, la sociedad por acciones simplificada, al eliminar el requisito de la junta directiva, da un paso en la flexibilización del gobierno societario y de esta manera, le evita incurrir en costos, en ocasiones innecesarios⁵⁸.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Como apuntes conclusivos de este trabajo, que no ha buscado más que ofrecer al lector una visión panorámica de la flexibilización del derecho societario colombiano, puede destacarse lo siguiente:

⁵⁷ F. REYES VILLAMIZAR (nota 21), p. 680.

⁵⁸ REYES lo explica en los siguientes términos: “La simplificación en la estructura orgánica es una característica importante de las denominadas formas híbridas de sociedad. Se procura reducir en la medida de lo posible los costos que implica la operación de la sociedad”. F. REYES VILLAMIZAR (nota 4), p. 229.

Coexisten actualmente en Colombia varios tipos societarios, regulados en el Código de Comercio y en la Ley 1258 de 2008, sobre sociedad por acciones simplificada. Resultan claramente identificables los aspectos en que el derecho colombiano ha sido permeado por un régimen flexible basado en la autonomía de la voluntad y en la libertad de formas, el cual permite a los asociados crear estructuras societarias mediante documento privado inscrito en el registro mercantil, y sin duplicidad de trámites permite lograr en un mismo momento la creación de la persona jurídica societaria y su oponibilidad ante terceros, con un objeto amplio y duración indeterminada, en contraste con las sociedades del Código que deben especificar su objeto y duración, lo cual les da a las primeras un mayor margen de acción en el mundo de los negocios.

También se advierte la mencionada flexibilidad, en la posibilidad de determinar la forma de composición del capital, por oposición a esquemas más rígidos los cuales en muchos casos no atienden a la realidad y necesidades del entorno y tampoco las de los asociados. Además, el régimen de las sociedades por acciones simplificadas reconoce de forma más clara que la legislación precedente, el valor de los acuerdos de socios, al permitir mediante estos no sólo los pactos de voto o de bloqueo, sino también su extensión a cualquier objeto lícito, por medio de lo cual los accionistas puedan acordar de mejor forma las relaciones entre ellos y ante la sociedad. Adicionalmente, el régimen de las sociedades por acciones simplificadas permite una estructura más simple de gobierno societario, mediante un esquema que al parecer resulta menos costoso para el funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, el interés de diversos foros internacionales por conocer el modelo colombiano, como sucede con el Comité Jurídico Interamericano y las proyecciones que empieza a tener en la CNUDMI además del Proyecto de Ley Modelo de la Alianza del Pacífico, dan cuenta de las bondades de un régimen societario híbrido que puede estar en posibilidades de aportar mucho al desarrollo del derecho societario contemporáneo.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA SIMPLIFICADA (SAS): UNA HERRAMIENTA LEGAL PARA LAS PYMES LATINOAMERICANAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA

PAULA M. ALL* / CAROLINA D. IUD**

*Llega un momento en que es necesario abandonar las ropas
usadas que ya tienen la forma de nuestro cuerpo y olvidar
los caminos que nos llevan siempre a los mismos lugares.
Es el momento de la travesía.
Y, si no osamos emprenderla, nos habremos
quedado siempre al margen de nosotros mismos.*

Fernando Teixeira de Andrade
Tempo da travessia

Resumen: La creciente participación de las MYPYMES en la actividad económica requiere de estructuras jurídicas más simples, ágiles y flexibles que las tradicionales, las cuales se revelan como inadecuadas para responder a sus necesidades. Si bien existen numerosos antecedentes en esa línea a nivel de derecho comparado, resultan destacables los esfuerzos tanto de los organismos internacionales como de los Estados de la región en orden a favorecer la adopción de nuevos modelos, entre los cuales la Sociedad por Acciones Simplificada resulta protagonista. La República Argentina recientemente ha dado un importante paso en este camino al incorporar un nuevo tipo societario que pretende responder a estas necesidades.

Abstract: The increasing participation of MYPYMES in the economic activity requires simpler, more agile and flexible legal structures than traditional ones, which had proven to be inadequate to respond to their needs. Although, there are numerous antecedents in that line at comparative law level, the efforts of both the international organizations and the States of the region, are remarkable in order to favor the adoption of new models, among which the simplified joint stock company is the main character. The Argentine Republic has recently taken an important step along this path by incorporating a new corporate type that aims to respond to these needs.

* Profesora de Derecho internacional privado. Investigadora con dedicación exclusiva del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Vicepresidenta de Relaciones Internacionales de ASADIP.

** Profesora de Derecho internacional privado. Investigadora UBACyT. Directora de la Sección Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro de ASADIP

Sumario

I. Introducción. II. La importancia de las MYPYMES en la economía y los problemas jurídicos que enfrentan. III. Algunos antecedentes en el derecho comparado. 1. Estados Unidos. 2. Francia. 3. Alemania. 4. España. IV. La reacción de los foros de codificación. 1. Universales. A) La labor de UNCITRAL. 2) Regionales A) Unión Europea. B) OHADA. C) OHADAC. D) Organización de los Estados Americanos-OEA. V. La recepción de la Sociedad por Acciones Simplificada en los países latinoamericanos. 1. Chile. 2. México. 3. Colombia. VI. La particular situación de la República Argentina. 1. Las PYMES en la Argentina. 2. La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). A) Principales características del nuevo tipo societario. B) Principales requisitos del acto constitutivo. C) Transferencia de acciones. D) Estructura orgánica y funcionamiento. a) Órgano de administración y representación legal. b) Órgano de fiscalización. c) Órgano de gobierno. E) Responsabilidad. F) Disolución y liquidación. G) Transformación en SAS. H) Apertura de cuentas bancarias. I) Resolución de conflictos. 3. Los primeros resultados de la implementación de la SAS. VII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En los tiempos que corren a nadie llama la atención el aumento exponencial los movimientos de circulación de bienes, servicios y capitales a través de las fronteras de los Estados. Si ya dentro del ámbito del territorio nacional de un país se sienten las consecuencias, en el caso transfronterizo los efectos se potencian aún más. Desde la faz económica se aprecia una aguda interdependencia entre los mercados e intercambios comerciales ligados a la internacionalización de la actividad empresarial¹ y, desde la faz jurídica se reclama la necesidad de simplicidad, pragmatismo, seguridad y efectividad.

Abandonar viejas concepciones en materia de Derecho societario no resulta una tarea sencilla ni exenta de obstáculos de todo tipo. Visualizar los problemas que existen, ordenar jerárquicamente los interrogantes, observar la actuación de los actores estatales y no estatales en la arena doméstica y en la esfera internacional, evaluar con cuidado los diferentes tipos de soluciones a partir del estudio del derecho comparado, debatir las formulaciones teóricas y las implicancias en el terreno de la práctica, elegir las herramientas metodológicas precisas, proponer alternativas normativas que ofrezcan soluciones viables, tomar las decisiones de política legislativa acertadas en las cuales se encuentre el equilibrio en el entrecruzamiento entre lo privado y lo público, implementar los cambios, hacer

¹ Ver J. BASEDOW, "The Effects of Globalization on Private International Law", en: J. Basedow / T. Kono (eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflicts of Law, Internet. Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, The Hague / London / Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-10. Asimismo, ver J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n° 22, 2004, pp. 17-58.

dialogar las fuentes y poner a funcionar correctamente el engranaje de toda la maquinaria de las PYMES, supone no solo un esfuerzo de enorme magnitud, sino la necesidad de cambiar la mirada y el enfoque conceptual, a la par de visualizar desde todas las perspectivas posibles el escenario que se presenta en la actualidad en Latinoamérica y las consecuencias a futuro².

El derecho societario presenta una nota de transversalidad con lo laboral, lo tributario, lo obligacional, lo contractual, y exige respuestas y un andamiaje jurídico adecuados que dinamice el tráfico mercantil frente a nuevas realidades sociales y económicas.

El reclamo empresario de flexibilización, de disminución de formalismos, de mayor espacio para la autonomía de la voluntad, de limitación de riesgos se encuentra con el interés del Estado por la modernización, la promoción de las inversiones extranjeras y la expansión internacional de las empresas locales. En este contexto, se impone la revisión y el análisis de herramientas que permitan mayores posibilidades para el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, no sólo en relación al ordenamiento interno de los Estados, sino también como proyección de una política legislativa regional del continente americano impulsada por el foro codificador de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Ello da como resultado la creación de nuevas figuras societarias que no sólo intentan simplificar y flexibilizar los marcos societarios, sino que también reivindicar el rol de la autonomía de la voluntad, manifestando de este modo una suerte de desregulación y contractualización del derecho de sociedades³.

A nivel latinoamericano algunos países han llevado a cabo reformas normativas a los fines de lograr una adecuada implementación de un modelo societario capaz de contemplar las necesidades de los empresarios y ajustado a los esquemas productivos de la región. Romper esquemas arcaicos⁴ y adaptarse a la realidad comercial constituye un verdadero desafío. Aunque no constituye una cuestión pacífica en la doctrina, algunos han señalado que los países cuyos sistemas legales encuentran

² Ver H. MUIR WATT, "The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate" en: Muir Watt, H. / Fernández Arroyo, D.P. (eds.), *Private International Law and Global Governance*, New York, Oxford University Press, 2014, pp. 3 ss.

³ Ver G. ESTEBAN VELASCO, "La nueva sociedad por acciones simplificada del derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación a la desregulación y contractualización del derecho de sociedades de capital", *Revista de Derecho de sociedades*, n° 2, 1994, pp. 433 ss. Asimismo, ver Cristina ESCRIBANO GÁMIR, "Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones (Gesetz 'für kleine Aktiengesellschaften und zur Desregulierung des Aktiensrechts' de 2 de agosto de 1994)", *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 3, t. II, pp. 451-458 y J. PAILLUSSEAU, "La contractualisation de la société anonyme fermée", en: La réforme des sociétés commerciales, *Gazette du Palais*, n° 282-283, 1998, pp. 22 ss.

⁴ Ver R.S. JARAMILLO MARÍN, "Diferentes miradas sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). Tras un nuevo conocimiento", *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 9, n° 2, 2014, pp. 71-77.

sus orígenes en el *common law* anglosajón otorgan un mayor grado de flexibilidad y protección a los inversores que las normativas basadas en el Código Civil francés⁵.

La SAS, como figura societaria moderna, ha causado un gran impacto, teniendo férreos defensores y detractores que advierten sobre la posibilidad de que este tipo de sociedades se convierten en vehículos para el lavado de dinero, la evasión o la defraudación impositiva e incluso el fraude en perjuicio de terceros⁶.

Tal como hace unos años se discutía el tema de la unificación, la armonización⁷ y la convergencia de derechos materiales sobre garantías mobiliarias en el ámbito de las Américas, y se analizaba si un nuevo régimen normativo implicaba un trasplante legal⁸ o un modelo de exportación unilateral del sistema norteamericano⁹, hoy se reedita la discusión en materia de SAS. Los países del continente americano han experimentado en las últimas décadas diversos cambios de índole político

⁵ Ver J.M.B. BALOUZIEYEH, *Las sociedades mercantiles estadounidenses*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012, p. 12, especialmente las citas de R. LA PORTA / A. SHLEIFER / F. LÓPEZ DE SILANES / R. W. VISHNY, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, vol. 106, n° 6, 1998 y N.R. LAMOREAUX / J.-L. ROSENTHAL, “Legal Regime and Business’s Organizational Choice: A Comparison of France and the United States”, *NBER Working Paper*, n° W10288, 2004.

⁶ Ver R.S. JARAMILLO MARÍN, “Diferentes miradas sobre la sociedad por acciones simplificada (SAS) tras un nuevo conocimiento”, *Saber, Ciencia y Libertad* (Universidad Libre Colombia), vol. 9, n° 2, 2014, p. 84. Ver, asimismo, <https://www.elespectador.com/noticias/economia/sociedades-evasoras-articulo-335851> En el ámbito argentino, Nissen ha señalado que en el régimen de la Ley 27.349 de creación de las SAS para facilitar el acceso al capital y al financiamiento de los emprendedores, “todo se puede y todo se permite, sin reparar, en absoluto, en los derechos de quienes se vinculan con este tipo de sociedades, que como la experiencia lo demuestra, pueden constituirse en un instrumento más que adecuado para la simulación y el fraude”. Ver R.A. NISSEN, “La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas”, *La Ley*, 10/10/2017, pp.1ss. Cita Online: AR/DOC/2633/2017

⁷ Ver L. MISTELIS, “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law Reform. Some Fundamental Observations”, en: Lastra, R.M. (ed.), *The Reform of the international Financial Architecture*, (International Banking, Finance & Economic Law Series), London y otras, Kluwer, 2000, pp. 153-173; L. MISTELIS, “Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law”, en: Fletcher, I. / Mistelis, L. / Cremona, M. (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 3-27, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mistelisl2.html>. Ver, asimismo, R.A. McDONALD, “Three Metaphors of Normal Migration in International Context”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2010, pp. 606 ss.

⁸ Sobre la idea del “trasplante legal” y los diferentes modos de recepción ver A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edimburgh, Scottish Academic Press, 1974, pp. 30 ss, a quien se atribuye el concepto de *legal transplant*. SE alude a esta idea como el préstamo institucional o el movimiento o traspaso de una norma o de un régimen jurídico de un país a otro. Ver, asimismo, G.J. GERBER, “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law”, *Tulane Law Review*, 2001, pp. 949-975.

⁹ Ver P.M. ALL, “Dilemas, elecciones y desafíos en la construcción progresiva de un sistema de garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe: entre la vocación universal y las realidades locales”, en: D.P. Fernández Arroyo, / J.A. Moreno Rodríguez, (dirs.), *Contratos internacionales*, Washington, Organización de los Estados Americanos / ASADIP, 2016, pp. 511 ss.

y económico, intentando atraer cada vez más inversiones extranjeras. En la faz contractual, las normativas han ido acomodándose a las nuevas realidades pero, en la faz societaria, la legislación no ha evolucionado de la misma manera. De allí que resulte necesario analizar qué tipo de reglamentación quieren y están dispuestos a tener los Estados y qué incidencias puede tener una normativa sobre SAS en relación al accionar y al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

II. LA IMPORTANCIA DE LAS MIPYMES EN LA ECONOMÍA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE ENFRENTAN

El desarrollo económico de un Estado no sólo se sustenta en la actuación de las grandes empresas, sino que el rol asumido por las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) resulta sustancial¹⁰. Así, en la gran mayoría de los países más del 90% de las compañías son micro, pequeñas y medianas empresas que generan más de la mitad del empleo y del valor agregado, e incluso, en algunos lugares representan al sector más dinámico de la economía. La estructura de las MIPYME es absolutamente flexible y variada ya que pueden consistir en un solo empresario, en un pequeño negocio familiar o ser una empresa más grande con varios empleados; por otra parte, desenvuelven sus actividades en casi todos los sectores comerciales, incluidos el sector de los servicios y los sectores artesanal y agrícola. De allí que se las considere como un pilar de la economía, sin hacer distinción entre países desarrollados y países en desarrollo.

Según los datos proporcionados por el Grupo de Trabajo I (MIPYME) de UNCITRAL, se calcula que en todo el mundo hay entre 425 y 520 millones de MIPYME, de las cuales entre 365 y 445 millones (aproximadamente el 85%) realizan operaciones en mercados emergentes. El número de pequeñas y medianas empresas (PyME) comprendidas en el sector reglamentado de la economía es de 36 a 44 millones

¹⁰ No existe una definición internacional normalizada de lo que constituye una MIPYME, ya que cada economía determina sus propios parámetros para cada categoría de tamaño de empresa teniendo en cuenta su contexto económico particular. Independientemente de cómo se las califique en cada país, lo cierto es que el factor común que se destaca es que son empresas más pequeñas y, por ende, con mayor grado de vulnerabilidad. Según el Grupo de Trabajo I de UNCITRAL, “los Estados podrían tomar conocimiento de las definiciones de las distintas categorías de MIPYME establecidas, o bien por los Estados, o bien por los grupos económicos regionales. Esas definiciones suelen basarse en varios elementos, considerados individualmente o en combinación con otros factores, que pueden comprender: 1) el número de empleados de la empresa en un momento determinado, como al término del ejercicio económico o del año civil; 2) el volumen anual de ingresos o de negocios que genera la empresa, o la cifra total que figura en el balance; 3) el patrimonio de la empresa; 4) el importe total de los sueldos mensuales pagados por la empresa, o 5) el volumen del capital invertido en la empresa”. Ver UNCITRAL, Doc. A/CN.9/WG.I/WP.107 de 17/07/2017, (Reducción de los obstáculos jurídicos que afectan a las microempresas y pequeñas y medianas empresas, 29º período de sesiones Viena, 16 al 20 de octubre de 2017), disponible en: <https://documents-dd.ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/051/07/PDF/V1705107.pdf?OpenElement>

en todo el mundo y de 25 a 30 millones en los mercados emergentes, mientras que otros 55 a 70 millones de microempresas operan en el sector reglamentado de la economía de los mercados emergentes¹¹. Además, las PyME representan el 72% del empleo y el 64% del producto interno bruto (PIB) en los países desarrollados, y el 47% del empleo y el 63% del PIB en los países de ingresos bajos.

Si se toman en cuenta algunas estadísticas regionales, también puede apreciarse de manera nítida su enorme trascendencia. Según el Informe anual de la Comisión Europea sobre las PyME europeas 2015/2016, en la Unión Europea, el 99% de las empresas son PyME y generan 2 de cada 3 empleos del sector privado, aportando más de la mitad del valor añadido total creado por las empresas europeas. Por su parte, 9 de cada 10 PyME son microempresas (empresas con menos de 10 empleados), lo que pone de manifiesto que las microempresas constituyen el pilar de la economía europea¹². En Estados Unidos hay 25,5 millones de microempresas (definidas como empresas de menos de 5 empleados, incluyendo en tal número al dueño), lo cual representa el 92% del número total de empresas¹³. Por su parte, en América Latina y el Caribe, las MYPYME representan más del 50% del PIB y generan el 70% de los empleos, representando un actor clave para incrementar el crecimiento potencial de esta región¹⁴.

Ahora bien, este tipo de empresas –a pesar de su importancia en la economía y de constituir un componente fundamental del entramado productivo– presenta una gran heterogeneidad ya que no todas acceden a los mercados de la misma manera, su tecnología y capital humano puede ser diferente, así como también el acceso al financiamiento es, en muchos casos, desigual: todo ello repercute no sólo en su capacidad de producción, sino también en sus posibilidades de exportar sus productos y –como consecuencia lógica– afectan su potencial crecimiento. Al mismo tiempo, tal como lo ha puesto de relieve la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), su contribución al PIB es relativamente baja ya que las grandes empresas en esta región alcanzan niveles de productividad hasta 33 veces superiores a las microempresas y hasta 6 para las

¹¹ Ver UNCITRAL, Doc. A/CN.9/WG.I/WP.107 (nota 3).

¹² Ver el Informe anual de la Comisión Europea “*SME recovery continues*”, disponible en: https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/annual_report_-_eu_smes_2015-16.pdf.

¹³ Ver B. HEADD, “The Rol of Microbusinesses in the Economy”, *Small Business Facts*, disponible en: http://microenterprisealabama.org/wp-content/uploads/2016/08/Microbusinesses_in_the_Economy.pdf; asimismo, ASSOCIATION OF ENTERPRISE OPPORTUNITY (AEO), “Bigger than you think: The Economic Impact of Microbusinesses in the United States” (septiembre de 2014), disponible en: <http://microenterprisealabama.org/wp-content/uploads/2014/09/Bigger-Than-You-Think-TheEconomic-Impact-of-Microbusiness-in-the-United-States-copy.pdf>

¹⁴ Ver el Comunicado de Prensa de la OEA: “La OEA apoya el establecimiento de centros de desarrollo de pequeñas empresas en el Caribe” (24/02/2012), disponible en: www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-061/12.

pequeñas. En comparación, mientras que solamente cerca del 10% de las PyMES latinoamericanas exportan parte de su producción, en Europa esa cifra asciende al menos al 40% del total¹⁵.

Más allá de que las MIPYMES enfrentan una multiplicidad de desafíos –que van desde el acceso a líneas de financiamiento hasta cuestiones impositivas–, lo cierto es que conforman un conjunto que abarca desde las microempresas de autoempleo en situación de informalidad hasta la empresa innovadora con alta eficiencia y capacidad de exportación. Tal como surge del Documento de UNCITRAL, del número total estimado de MIPYME que realizan sus actividades en los mercados emergentes, entre 285 y 345 millones (alrededor del 77%) supuestamente se desenvuelven al margen del sector reglamentado. Por otra parte, se calcula que las PyMES que desarrollan su actividad al margen del sector reglamentado de la economía generan el 48% de los puestos de trabajo en los países con mercado emergente, y el 25% en los países desarrollados, aunque solo el 37% y el 16% del PIB en esos mercados, respectivamente¹⁶.

Fuera de la situación estrictamente micro y macro económica, en el caso particular de América Latina y el Caribe las MIPYME enfrentan ciertos obstáculos jurídicos en relación a su constitución, su registro y su funcionamiento. No ha de perderse de vista tampoco que en el contexto de las sociedades comerciales las posibilidades de la autonomía contractual suelen estar limitadas –cuando no restringidas– por normas imperativas de orden público. Si hay algo en materia societaria que ha puesto en jaque a la región es, precisamente, la noción de libertad contractual y ella ha marcado una diferencia específica entre el régimen jurídico tradicional y las recientes modalidades de asociación comercial que han posibilitado un particular mecanismo de formalización empresarial¹⁷.

Ya en julio de 2011, en el marco del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el profesor David P. Stewart al presentar las “Recomendaciones para la Propuesta de proyecto de Ley Modelo sobre sociedades por acciones simplificada”, señalaba que “la falta de un marco legislativo que permita progresivamente asociaciones empresariales más sencillas y modernas se describe a menudo como un obstáculo de importancia para el desarrollo económico dentro de nuestro hemisferio. En muchos ordenamientos jurídicos nacionales, sólo se permiten ciertos tipos de asociaciones empresariales,

¹⁵ Ver COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), “Acerca de microempresas y PYMES”, disponible en: <https://www.cepal.org/es/temas/pymes/acerca-microempresas-pymes>

¹⁶ Ver nota 3.

¹⁷ Ver F. REYES VILLAMIZAR, “Prólogo”, en: J.M. Embid Irujo, / L. Navarro Matamoros, / J. OVIEDO ALBÁN, (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles entre tradición y reforma*, Colección Monografías de Derecho Privado n° 3, Bogotá, Ibañez / CEDC, 2017, p. 24.

tales como (i) sociedades colectivas regulares (sociedades en nombre colectivo), (ii) las sociedades en comandita, (iii) las sociedades anónimas o corporaciones, ya sea de capital fijo o variable, y (iv) sociedades de responsabilidad limitada, que a menudo se utilizan como sustitutos de familiares o corporaciones cerradas. Estas formas societarias tienen su origen en los códigos legales europeos del siglo pasado, y a menudo exigen que los empresarios adhieran a trámites administrativos elaborados y costosos, las escrituras públicas y de numerosas licencias a menudo en forma de impuestos federales o municipales. Estos trámites no pueden ser ignorados, ya que el incumplimiento podría llevar a los tribunales o a los administradores a declarar la existencia de una micro o pequeña empresa ‘relativamente nula’, ‘absolutamente nula’ o incluso a una entidad jurídica ‘inexistente’ y desprovista de su ‘personería jurídica’¹⁸.

El incremento de reformas legislativas en los últimos tiempos¹⁹ y, asimismo, la aceptación de nuevas formas asociativas por parte de los regímenes jurídicos de ciertos países ha generado la discusión acerca no sólo de la calificación de tipicidad societaria²⁰ o del enfoque funcional, sino también de la necesidad de plantear mecanismos más sencillos, más rápidos y más expeditivos para este tipo de empresas.

Algo que llama la atención es la manera en la que se está produciendo en la actualidad esa renovación en las legislaciones societarias. Sin lugar a dudas, el

¹⁸ Ver OEA/Ser.Q CJI/doc. 380/11 (79º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, 11 julio 2011, Recomendaciones sobre la Propuesta de proyecto de Ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificada presentado por el doctor David P. Stewart), disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_380-11.pdf

¹⁹ Ver sobre el particular J.R. THOME, “Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America”, *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n° 3, pp. 691-712, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr2000&div=36&id=&page=>

²⁰ Tal como señala Embid Irujo, “(...) así como la palabra ‘tipicidad’ sugiere de inmediato un conjunto cerrado de formas jurídicas, directamente derivadas de una precisa opción de política jurídica por el legislador, la voz ‘tipología’ se conecta a un ámbito abierto, donde además de contar con la existencia de los tipos normativamente regulados se aspira a comprender su puesta en práctica gracias, esencialmente, a la aportación derivada de la libertad contractual. (...) Hablar de ‘tipología societaria’ es tanto como asumir el derecho de sociedades ‘en acción?’; y ello, no tanto en lo que se refiere al establecimiento por la concreta sociedad, a través de los mecanismos pertinentes, de vínculos con terceros, es decir, desde una perspectiva externa, sino, más bien, desde la vertiente interna de la propia persona jurídica, mediante la contemplación de su estructura real, derivada de las cláusulas contenidas en los estatutos y de los posibles pactos parasociales que hayan podido concluirse”. Ver J.M. EMBID IRUJO, “El significado de la tipología societaria en el derecho de sociedades contemporáneo”, en: J.M. Embid Irujo / L. Navarro Matamoros / J. Oviedo Albán, (dirs.) (nota 17), pp. 25-26. El citado autor señala que pueden darse distintos sentidos a la expresión “tipología societaria”, lo cual muestra su carácter relativamente elástico; así, puede ser entendida en sentido estricto como la enumeración legislativa de formas jurídicas de sociedad, mientras que en sentido intermedio alude al conjunto de caracteres esenciales de una determinada forma jurídica de sociedad. Finalmente, en sentido lato, la tipología societaria es visualizada como el compendio de todas las diferencias de régimen jurídico existentes entre las formas jurídicas de sociedad. Ver pp. 32-43.

actor clave del proceso sigue siendo el Estado a través de su poder legislativo – sancionando leyes de *hard law*– o del accionar de los organismos internacionales, pero puede apreciarse también a nivel de foros de codificación una fuerte presencia de los actores no estatales y una particular metodología legislativa que vira hacia el *soft law* y que abre una nueva agenda para el derecho de sociedades en América Latina y el Caribe²¹.

III. ALGUNOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

1. ESTADOS UNIDOS

En relación a las sociedades comerciales, es sabido que la normativa de los Estados Unidos otorga un amplísimo grado de libertad contractual a los inversores para estipular todas aquellas cláusulas que consideren adecuadas a sus intereses personales y que permitan desarrollar un negocio²². El repertorio de las organizaciones empresariales de los Estados Unidos estuvo integrada, tradicionalmente, por la sociedad personalista (*partnership*) y la sociedad anónima (*corporation*). Otras entidades, como las sociedades de responsabilidad limitada (*limited liability companies*) y las sociedades personalistas de responsabilidad limitada (*limited liability partnerships*), pueden considerarse en muchos aspectos como variaciones de las sociedades personalistas o de las sociedades anónimas²³.

Dentro de las formas asociativas²⁴ merece destacarse la sociedad personalista de responsabilidad limitada (*limited liability partnership*, LLP), la cual fue originariamente aceptada como forma societaria en el Estado de Wyoming en 1977²⁵, extendiéndose con posterioridad a otros Estados²⁶.

²¹ Ver F. REYES VILLAMIZAR, *A New Policy Agenda for Latin American Company Law: Reshaping the Closely-Held Entity Landscape*, Tilburg University, 2011, 255 pp., disponible en: https://pure.uvt.nl/ws/files/1341900/Francisco_Reyes_A_new_29-04-2011.pdf

²² Ver F. REYES VILLAMIZAR, “Sociedades comerciales en los Estados Unidos. Introducción comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n° 13, 1993, pp. 34-76, esp. p. 42, disponible en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri340.pdf

²³ Ver J. WILSON MOLINA, “Los diversos tipos de sociedades mercantiles en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 27, 1997, pp. 325-363, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11336/10383>

²⁴ Ver F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2006, pp. 115 ss.

²⁵ *Wyoming Limited Liability Company Act*.

²⁶ La constitución y registro de sociedades en Estados Unidos se encuentran regulados por el derecho estatal vigente en cada uno de los Estados de la Unión. Si bien la legislación en materia

La LLP combina las ventajas de la responsabilidad limitada con un régimen tributario favorable. Así, los socios aportan el capital social teniendo el control de la administración de la empresa y su responsabilidad es limitada; por otra parte, al ofrecer una amplia libertad contractual, posibilita la estructuración de negocios de manera sencilla y adecuada²⁷. En otras palabras, “goza básicamente de los mismos elementos configuradores de las sociedades personalistas, en relación con el reconocimiento de personalidad jurídica, exigencia de al menos dos miembros, falta de exigencia de un capital mínimo, participación de los socios en la gestión social, lo cual comporta una mayor flexibilidad organizativa, y la exención de la ‘doble imposición’ o imposición tributaria de la sociedad”²⁸.

Si la LLP, como señala Hernando CEBRIÁ, “es un injerto en el patrón de la sociedad personalista general o colectiva (*General Partnership*), la sociedad personalista limitada con responsabilidad limitada (*the Limited Liability Limited Partnership-LLLP-*), lo es otro tanto en la sociedad personalista limitada o comanditaria (*the Limited Partnership*)”²⁹. En La LLLP los socios, ni siquiera el socio general, responden personalmente por las deudas de la sociedad, gozando de esta manera de protección total. Los Estados más avanzados en derecho de sociedades, como Delaware, Maryland o Nevada, han adoptado esta figura societaria

2. FRANCIA

La *société par actions simplifiée* (SAS) fue introducida en el derecho francés por la ley nº 94-1 del 03 de enero de 1994; la normativa agregó 20 artículos al Código de Comercio creando un nuevo tipo de sociedad –diferenciada de la figura de la sociedad anónima–. Se caracteriza por una gran libertad contractual³⁰ y por una notable flexibilidad en cuando a la organización, administración y funcionamiento³¹. A su vez, la ley nº99-587 de 12/07/1999 *sur l’innovation et la recherche* en su art. 3 introduce modificaciones a la SAS derogando algunas normas y reformando otras; en este sentido, la nueva

societaria es propia de cada Estado y puede presentar ciertas especificidades propias, lo cierto es que existe una marcada similitud ente las legislaciones estatales.

²⁷ Ver R.W. WOOD, *Limited Liability Partnerships: Formation, Operation and Taxation*, Indiana, Wiley Law Publications, 1997, 364 pp.

²⁸ L. HERNANDO CEBRIÁ, “Aproximación a la tipología societaria en el Derecho de los Estados Unidos de América”, en: Embid Irujo, J.M. / Navarro Matamoros, L. / Oviedo Albán, J. (nota 17), p. 257.

²⁹ Ver L. HERNANDO CEBRIÁ (nota 28), p. 259.

³⁰ J. HONORAT, “La société par actions simplifiée ou la résurgence de l’élément contractuel en droit français des sociétés”, *Petites Affiches*, nº99, 1996, pp. 4 ss.

³¹ Ver R. MULLERAT, “La sociedad por acciones simplificada (La ley francesa núm. 94-1 de 3 de enero de 1994), *Derecho de los negocios*, nº 51, 1994, pp. 7-14.

normativa establece que una SAS puede estar constituida por una o por más personas que soportarán las pérdidas solo en la medida de su aporte, autorizando de esta forma la conformación de la SAS de socio único (*société par actions simplifiée unipersonnelle* –SASU–)³². Se ha llegado a aludir al “*bing-bang du droit des sociétés*”³³, afirmándose también que la extensión del régimen de la SAS es una pequeña revolución, no de *la recherche*, pero sí del derecho de sociedades, sosteniéndose que si bien la libertad contractual otorgada al empresario puede ser difícil de dominar, si está acompañada jurídicamente, le permite formar una sociedad innovadora que responda a las necesidades económicas de los tiempos actuales³⁴. De esta forma, la figura se convierte en una herramienta jurídica ideal de la empresa, sea cual sea su tamaño³⁵. En opinión de Hovasse este tipo de sociedad produce un verdadero cambio en la estructura societaria, donde el contrato eclipsa a la institución y muestra que la libertad está avanzando y la noción de orden público va retrocediendo³⁶.

La ley n° 2008-776 de 04/08/2008, denominada “*Loi de modernisation de l'économie*” entró en vigor el 01/01/2009 y ha tenido por fin simplificar el funcionamiento de las pequeñas y medianas empresas. Entre otras cuestiones, ha suprimido la obligación del capital social mínimo de manera tal que el monto del capital social puede ser libremente fijado en los estatutos (art. 227-2 del *Code de Commerce*).

³² Ver R. DE ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, “La sociedad por acciones simplificada del derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 32, 2000, pp. 33-66 y J.A. VIERA GONZÁLEZ, “La nueva reforma del sistema de sociedades de capital francés. La novísima sociedad por acciones simplificada que configura la ley núm. 587/1999, de 12 de julio sobre innovación e investigación”, *Revista de Derecho de Sociedades*, vol.14, n° 1, 2000, pp. 631-642.

³³ Ver J. PAILLUSSEAU, “La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés!”, *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, Editions Dalloz, 1999, pp. 1354-1356. Asimismo, del mismo autor, “Le bing bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)”, *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n°16, 20/04/1988, disponible en: http://www.lexisnexus.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/16-1988/006_PS_SJG_SJG8816CM00006.htm#.WcsK5miCziU

³⁴ Ver E. VERGÈS, “La loi sur l'innovation et la recherche, une révolution douce du droit de la recherche?”, en: Robin, A. (dir.), *L'innovation et la recherche en France, analyse juridique et économique*, Larcier, 2010, p. 17, disponible en: <http://blogs.upmf-grenoble.fr/etienneverges/files/2013/05/La-loi-sur-la-recherche-et-linnovation-une-r%C3%A9volution-douce-2010.pdf>

³⁵ Ver K. LE COZLER-LE REDULIER, “La Société par Actions Simplifiée: un outil de droit commun?”, *Revue juridique de l'Ouest*, vol. 14, n° 4, 2001, pp. 497-513, esp. pp. 500, disponible en: http://www.persee.fr/doc/juro_0990-

³⁶ H. HOVASSE, “Bientôt ‘La société par actions très simplifiée’”, *Droit des sociétés*, n° 6, 2008, disponible en: http://www.lexisnexus.fr/droit-document/article/droit-societes/06-2008/006_PS_RDS_RDS0806RE00006.htm#.WcsKO2iCziU

3. ALEMANIA

El 12 de agosto de 1994 la normativa alemana sobre sociedades fue reformada a través de la Ley de sociedades por acciones de pequeñas dimensiones y de desregulación de los derechos de accionistas³⁷, introduciendo un tipo societario para las pequeñas y medianas empresas. Así, las denominadas “*Kleine AG*” poseen un régimen legal aplicable de manera exclusiva a empresas de carácter cerrado cuyas acciones no se negocian en mercados públicos de valores. De esta forma, las *Klein AG* se han convertido en una alternativa válida para los emprendimientos de naturaleza familiar ya que constituye una forma asociativa que permite constituirse con capital propio sin necesidad de recurrir al financiamiento bancario, posibilitando incluso que se constituya con un solo accionista. Por otra parte, en caso de que esté constituida por más de un accionista, las disposiciones sobre la convocatoria y la realización de la asamblea de accionistas se simplifica.

En términos generales, las líneas de acción de la reforma para la pequeña sociedad anónima fueron dos: por una parte, mayor autonomía de la voluntad de los socios y, por otra, supresión de requisitos, formalidades y normas de tutela³⁸. Asimismo, la revisión de las cuentas anuales es simplificada y sólo las decisiones de la Junta General que modifican los estatutos requieren documentación notarial³⁹.

4. ESPAÑA

La ley 7 de 01/04/2003 regula la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE) con la finalidad de solucionar el problema de la falta de rapidez y agilidad para llevar a cabo los trámites necesarios de constitución de sociedades, posibilitando realizarlos mediante técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, con incidencia también en la reducción de costos⁴⁰. La mencionada normativa modificó la ley 2 de 23/03/1995 de Sociedad de Responsabilidad Limitada⁴¹.

³⁷ *Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts.*

³⁸ Ver C. ESCRIBANO GAMIR, Ley Alemana sobre Pequeñas Sociedades por acciones y desregulación del Derecho de Sociedades por acciones”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 3, 1994, pp. 451-458.

³⁹ Ver C. HERTEL, “Informe nacional: Alemania”, *Notarius International*, n° 1, 2001, disponible en: http://212.63.69.85/Database/2001/notarius_2001_01_043_es.pdf

⁴⁰ Ver J.M. EMBID IRUJO, “Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 2004, pp. 190 ss.

⁴¹ Ver A.J. GONZÁLEZ, “Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 2 de abril 2003)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 20, 2003, pp. 307-318.

Lo que caracteriza al nuevo tipo societario es que se permite la constitución unipersonal –aunque el número máximo de socios al momento de la constitución sea de cinco y que todos ellos sean personas físicas–, la posibilidad de constitución por medio del Documento Único Electrónico⁴², la supresión del libro de registro de socios, la simplificación de los órganos de gestión y la posibilidad de objeto genérico, simplificándose también el cumplimiento de las obligaciones contables. Esta forma societaria está diseñada para apoyar a los pequeños proyectos empresariales y para facilitar no solo una constitución rápida, sino también que su puesta en marcha y funcionamiento se efectúe de manera segura y ágil⁴³.

Para la constitución se prevé la modalidad presencial o telemática; en este último caso, se utilizan distintos portales electrónicos, los cuales se complementan con el Sistema de ventanillas únicas empresariales y los Puntos de asesoramiento e inicio de tramitación.

En cuanto a los administradores, éstos tienen que ser socios y no se establece la exigencia de un consejo de administración. El objeto social tiene un carácter genérico, lo cual posibilita una mayor flexibilidad en el desarrollo de actividades empresariales de diferente tipo, sin tener que llevar a cabo modificaciones estatutarias.

Con respecto al capital social, la normativa establece que éste siempre debe consistir en aportes dinerarios.

En 2010, con el objetivo de fomentar la inversión, la creación de empleo y el aumento de consumo en España, se introducen modificaciones en el sistema de constitución de sociedades mediante el Real Decreto-Ley 1/2010 de 03/12/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo por medio del cual se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades de capital. De este modo se producen modificaciones en las actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras⁴⁴.

⁴² Ver Real Decreto 368/2010, de 26/03/2010 por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico y la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática.

⁴³ Ver R. ELÍAS-OSTÚA Y RIPOLL, “La nueva Ley de Sociedad Limitada Nueva empresa: oportunidad de la norma y principios en que se inspira”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 39, 2003, pp. 11-50.

⁴⁴ Ver L. NAVARRO MATAMOROS, “Intentos de flexibilización y nueva tipificación en el derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, n° 1, 2011, disponible en: <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/160>. Ver de la misma autora, *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Granada, Comares, pp. 129 ss.

IV. LA REACCIÓN DE LOS FOROS DE CODIFICACIÓN

1. UNIVERSALES

A) La labor de UNCITRAL

UNCITRAL como foro de codificación universal, a través del Grupo de Trabajo I, ha centrado su atención –entre otras cosas– en la preparación de un instrumento jurídico encaminado a reducir los obstáculos jurídicos que afectan a las MYPYME durante todo su ciclo de vida, en especial, teniendo en mira a países en vías de desarrollo, y a los fines de que pueda simplificarse la constitución y el funcionamiento de las sociedades y puedan ponerse en marcha buenas prácticas de inscripción registral. El foro de codificación universal pretende armonizar y modernizar las reglas legales, a la par de disminuir los obstáculos jurídicos que atraviesan este tipo de empresas.

En este sentido en 2013, en su 46º período de sesiones, se solicitó al Grupo I que iniciara su mandato centrándose en las cuestiones jurídicas relacionadas con la simplificación de la constitución de sociedades, dada la situación de desventaja en que se encontraban muchas MIPYME en todo el mundo. UNCITRAL hizo hincapié en la necesidad de llevar a cabo los esfuerzos necesarios para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible del Milenio, en los que especialmente se propugnan la formalización y el crecimiento de las MIPYME en la meta 3 del Objetivo 8, “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”⁴⁵.

Una de las cuestiones fundamentales remarcadas por este foro de codificación universal ha sido la importancia del derecho mercantil como uno de los cuatro pilares claves para “el fomento del empoderamiento jurídico de los pobres, mucho de los cuales dependen de una microempresa o pequeña empresa para ganarse la vida”. En este sentido, “además de otros pilares (como el acceso a la justicia y el estado de derecho, los derechos de propiedad y los derechos laborales), se considera que los

⁴⁵ El Objetivo 8 incluía reducir la pobreza extrema hasta frenar la propagación del SIDA y garantizar el acceso a una educación primaria. Como los Objetivos de Desarrollo del Milenio terminaron a fines de 2015, se puso en marcha oficialmente en septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual insta a los países a iniciar los esfuerzos para lograr 17 Objetivos de Desarrollo sostenible en los próximos 15 años. El Objetivo 8 se titula “Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos” y la meta 3 es “Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de puestos de trabajo decentes, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y fomentar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, incluso mediante el acceso a servicios financieros”. Ver UNCITRAL, Doc. A/RES/70/1, disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>

derechos empresariales son importantes para empoderar a los menos favorecidos, no solo a fin de que otros les den trabajo, sino para que puedan establecer sus propias microempresas y pequeñas empresas. Los derechos empresariales pueden considerarse un conjunto de derechos existentes de grupos e individuos a emprender una actividad económica y operaciones de mercado, lo que incluye el derecho a poner en marcha una empresa en el sector reglamentado de la economía sin exponerse a la aplicación arbitraria de las normas ni a la discriminación, mediante la eliminación de barreras innecesarias que limitan las oportunidades económicas y la protección de las inversiones empresariales de cualquier envergadura⁴⁶.

El Grupo de Trabajo ha señalado en sus informes que las MIPYME comparten algunos rasgos generales, entre los cuales pueden citarse: “a) se mantienen siempre como operaciones pequeñas; b) se enfrentan a obstáculos reglamentarios onerosos, que tienden a afectarlas de forma desproporcionada; c) dependen de la familia y amigos en lo que respecta a préstamos o al reparto de los riesgos; d) tienen dificultades para acceder a capital o a servicios bancarios; e) los empleados, en caso de haberlos, suelen ser familiares o amigos que a veces son mano de obra no remunerada o no calificada, incluso con escasa capacidad administrativa; f) su mercado puede limitarse a parientes, amigos y contactos locales; g) son vulnerables a la arbitrariedad y la corrupción; h) disponen de acceso limitado a mecanismos de solución de controversias, lo que entraña una desventaja en litigios con el Estado o con empresas más grandes; i) al no haber separación de bienes, el fracaso de la empresa suele entrañar también la pérdida de patrimonio personal; j) son vulnerables a las crisis financieras; y k) tienen dificultades para traspasar o vender el negocio y beneficiarse de bienes corporales o incorporeales (como listas de clientes o relaciones con éstos)”⁴⁷.

El objetivo de reducir los obstáculos jurídicos que afectan a las microempresas y las pequeñas y medianas empresas en todo su ciclo de vida (creación, explotación, reestructuración y disolución), sobre todo a las de los países en desarrollo, constituye el eje central del Grupo de Trabajo I. El mandato encomendado por la Comisión fue que la labor se centrara en la primera etapa de ese ciclo, es decir, la creación de una empresa. De allí que se comenzaran a analizar a la entidad mercantil simplificada como forma empresarial adecuada a las necesidades de las MIPYME⁴⁸, llegándose a la decisión de que resultaba conveniente elaborar una Guía Legislativa sobre la entidad mercantil simplificada.

En las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo se examinaron varias formas empresariales simplificadas previstas en la legislación de diversos

⁴⁶ Ver UNCITRAL, Doc. A/CN.9/WG.I/WP.107 (17/07/2017)

⁴⁷ Ver nota 3.

⁴⁸ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.86, Doc. A/CN.9/WG.I/WP.89 y Doc. A/CN.9/WG.I/WP.83

países de tradición jurídica diferente de todo el mundo. En el análisis comparado se incluyeron algunas de esas formas empresariales, tomadas de 11 Estados de diversas regiones del mundo y de un total de 16 regímenes jurídicos distintos⁴⁹.

El Grupo de Trabajo ha señalado que “en primer lugar, cabe esperar que la mayoría de los empresarios deseen tener libertad, autonomía y flexibilidad para dirigir sus negocios, sin tener que recurrir a normas ni procedimientos rígidos y formalistas y sin que se les imponga requisitos detallados sobre la manera de llevar a cabo sus actividades. Muy probablemente querrán decidir por sí mismos acerca de los múltiples aspectos de las actividades comerciales que estén llevando a cabo, así como sobre la manera en que sus empresas podrían evolucionar y desarrollarse con el tiempo. (...) En segundo lugar, es probable que los empresarios que dirigen MIPYME deseen que la rapidez y la simplicidad caractericen no solo las formalidades jurídicas de la constitución de su empresa, sino también la administración y el funcionamiento de esta. Las normas que rijan a la empresa deberían estar redactadas en términos sencillos y accesibles y se debería ayudar a los empresarios promoviendo el uso de tecnología moderna y otras técnicas simples, como las aplicaciones móviles, para efectuar pagos o preparar balances. (...) En tercer lugar, las MIPYME necesitan una identidad y visibilidad para poder competir con éxito en el mercado y atraer clientes. Estas características contribuyen a que se las reconozca en el mercado y permiten a los terceros localizar la empresa y sus productos con más facilidad. Además de las salvaguardias y ventajas obvias relacionadas con el hecho de adoptar una identidad reconocida jurídicamente y de actuar dentro del marco de la legislación, la empresa también puede utilizar su identidad para ganar reputación y dar a conocer la ‘marca’ del negocio, lo que puede añadirle valor. (...) En cuarto lugar, esos empresarios necesitan seguridad y protección respecto de sus derechos de propiedad. En consecuencia, cabe esperar que, en el caso de las MIPYME, los empresarios deseen que se les permita controlar sus derechos de propiedad en la empresa y valerse de la separación de bienes para proteger su patrimonio personal de las demandas que los acreedores de la empresa puedan presentar contra esta. Es igualmente importante para que los acreedores personales de los propietarios o administradores de MIPYME no puedan embargar los bienes de esas empresas a fin de cobrar deudas personales. (...) Por último, los titulares de MIPYME por lo general desean controlar y administrar su negocio ellos mismos, en lugar de dejar esos aspectos en manos de un administrador profesional”⁵⁰.

⁴⁹ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.82

⁵⁰ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.99, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V16/047/11/PDF/V1604711.pdf?OpenElement>

En el Proyecto de Guía Legislativa se utiliza una terminología neutra; de allí que no se aluda a las “sociedades”, ni se use el término “entidad mercantil simplificada”. En lugar de ello, se describe una nueva entidad: la “Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI” (“ERL-CNUDMI”).

No constituye una cuestión menor la reticencia de las MIPYME para formalizar su situación debido al costo y a los trámites administrativos que implican la inscripción registral. De allí que se intente simplificar y racionalizar los procedimientos necesarios para registrar una empresa, centrándose en las necesidades del usuario, y facilitar formas jurídicas flexibles y simplificadas para las MIPYME. En el Proyecto de Guía Legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI se examinan las cuestiones fundamentales relativas a la adopción de un régimen jurídico para las entidades mercantiles simplificadas, pero adaptadas a las necesidades de las MIPYME (incluidos los propietarios únicos)⁵¹.

En el proyecto de Guía Legislativa sobre los principios fundamentales de una inscripción registro de empresas⁵² se analizan las medidas que pueden adoptar los Estados para simplificar y racionalizar sus sistemas de inscripción registral de empresas y adoptar buenas prácticas⁵³. En el Proyecto “se adopta el criterio de que, puesto que la inscripción registral de las empresas es el cauce principal a través del cual las MIPYME pueden darse a conocer en el sector reglamentado de la economía y acceder a programas destinados a ayudarlas, el registro de empresas debería seguir exigiendo que únicamente determinados tipos de empresas se inscriban, pero permitir que todas ellas lo hagan. Por otra parte, cabe suponer que cualquier mejora de carácter general que introduzca un Estado en su sistema de inscripción registral de empresas será de utilidad no solo para las MIPYME, sino para las empresas de todos los tamaños, incluidas las que ya operan en el sector reglamentado de la economía. Si se agilizan y simplifican los trámites necesarios para inscribir una empresa en el registro, se facilitará la constitución de empresas y su funcionamiento en el sector reglamentado de la economía. Por esos motivos, la simplificación y racionalización de la inscripción registral de empresas se ha convertido en una de las máximas prioridades de reforma de los Estados de todas las regiones y de todos los niveles de desarrollo”⁵⁴.

Cabe precisar que teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo y las decisiones tomadas en octubre de 2015 y abril de 2016, la Secretaría de

⁵¹ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.99 y Add.1.

⁵² Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.106, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/051/66/PDF/V1705166.pdf?OpenElement>

⁵³ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.107, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/051/07/PDF/V1705107.pdf?OpenElement>

⁵⁴ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.106

UNCITRAL preparó un Proyecto de Guía Legislativa unificado⁵⁵ que trata los aspectos jurídicos, tecnológicos, administrativos y operacionales relacionados con la creación e implementación de un sistema de inscripción registral de empresas. En el proyecto se combinaron, en un solo texto, el proyecto de comentario⁵⁶ y las recomendaciones⁵⁷.

2. REGIONALES

A. Unión Europea

No existe en el ámbito europeo un derecho de sociedades codificado como tal y, por ende, sus Estados Parte siguen rigiéndose por sus propias leyes de sociedades. Sin embargo, con el fin de armonizar las regulaciones nacionales se han introducido algunas normas mínimas sobre protección de los intereses y derechos de los accionistas, ofertas públicas de adquisición para las sociedades anónimas, comunicación de información sobre las sucursales, las fusiones y escisiones, normas mínimas relativas a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, información financiera y de contabilidad, acceso rápido y sencillo a la información sobre las sociedades y algunos requisitos de divulgación impuestas a las sociedades⁵⁸.

Debe tenerse presente que la Comisión Europea presentó el 22 de abril de 1997 una recomendación sobre la necesidad de simplificar los trámites para la creación de empresas. En dicha recomendación se señalaba como objetivo la necesidad de que los Estados miembros adoptaran “las medidas necesarias para mejorar y simplificar el entorno en que se desenvuelven las empresas, especialmente en el

⁵⁵ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.101

⁵⁶ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.93 y Add.1 y 2

⁵⁷ Ver Doc. A/CN.9/WG.I/WP.96 y Add.1

⁵⁸ Ver, en este sentido entre otras, Directiva 68/151/CEE, Directiva 2009/101/CE (modificada por la Directiva 2012/17/UE), Directiva 77/91/CEE (sustituida por la Directiva 2012/30/UE) y la Directiva 2009/102/CE, de 16/09/2009 que establece un marco para sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, cuyas acciones pertenecen en su totalidad a un único accionista. La Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8/07/2014, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, introduce normas fiscales neutras desde el punto de vista de la competencia para los grupos de sociedades de diferentes Estados miembros. La Directiva 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición tiene como objetivo establecer unas directrices mínimas en materia de adquisición de sociedades sujetas al derecho de un Estado miembro. Establece normas mínimas para las ofertas públicas de adquisición o los cambios de control y su objetivo es proteger a los accionistas minoritarios, los empleados y otras partes interesadas. La Directiva 2012/17/UE aborda la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades (registros empresariales). Por su parte, el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884 de la Comisión establece especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de los registros empresariales.

momento de su creación y durante sus primeros años de desarrollo, estimulando su potencial de innovación y favoreciendo el crecimiento de las empresas y la consiguiente creación de puestos de trabajo”. Asimismo, se invitó a los Estados miembros “a adoptar las medidas más apropiadas para reorganizar, simplificar y actualizar sus propios sistemas administrativos, legales y fiscales, con objeto de: a) mejorar las relaciones entre la administración y la comunidad empresarial, para estar más orientados hacia el cliente, reducir el tiempo que consume el tratamiento de las solicitudes procedentes de las empresas y conceder las autorizaciones dentro de un plazo determinado; b) apoyar a las empresas que están iniciando su actividad, mediante un entorno reglamentario favorable y modificar, enmendar o derogar las normas existentes que obstaculicen la creación de empresas y sus primeros años de existencia”⁵⁹.

En marzo de 2000 el Consejo Europeo de Lisboa al mismo tiempo que instaba a convertir a la Unión Europea “en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos”⁶⁰, planteaba la necesidad de crear empresas innovadoras para el sector PYME. En junio de 2000 se adoptó en el Consejo

⁵⁹ Ver 97/344/CE: Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre la mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997H0344>. En la mencionada recomendación se pone de manifiesto que “Casi todos los Estados miembros exigen un cierto número de distintos tipos de registro (impuestos, seguridad social, estadísticas, registros mercantiles y de comercio, etc.). El número de puntos de contacto diferentes para las necesidades de registro varían de un Estado miembro a otro pero puede alcanzar fácilmente diez localizaciones distintas, lo cual consume mucho tiempo para el empresario, más incluso cuando hay que acudir varias veces al mismo sitio. Hay que rellenar un formulario en cada ventanilla y solicitar a menudo la misma información. La cantidad de formalidades y requisitos depende de la estructura legal elegida por la empresa. Las sociedades anónimas son las que requieren mayor cantidad de formalidades, por ejemplo, un Estado miembro impone veintitrés trámites y formularios diferentes. Las autorizaciones necesarias para la creación de una actividad las conceden también autoridades diferentes, lo que complica aún más el itinerario del nuevo empresario. El resultado es que hay que esperar a veces semanas, o incluso meses, antes de que la empresa pueda comenzar a funcionar. Este primer enfrentamiento con la burocracia, junto con el coste del registro, que varía de un Estado miembro a otro y que puede llegar a los 2 000 ecus, es muy desalentador y muestra el contexto en que se desarrollarán los futuros contactos entre la nueva empresa y la administración. (...) En lo concerniente a la mejora del entorno fiscal, varios Estados miembros han introducido una forma de desgravación fiscal para PYME o nuevas empresas. Además, Francia, el Reino Unido y los Países Bajos han introducido exenciones fiscales para las personas físicas que inviertan en empresas en fase de arranque, a la manera de los ‘*Business Angels*’ en los Estados Unidos. (...) Las microempresas y, especialmente, las empresas individuales se enfrentan a problemas específicos y representan probablemente la categoría de PYME que sufre, proporcionalmente, más cargas administrativas y reglamentaciones, porque deben hacer frente en solitario a la legislación aplicable y a las cargas administrativas correspondientes. Junto con los riesgos financieros y la falta de seguridad social, esta situación desanima a muchos jóvenes a la hora de crear su propia empresa. Algunos Estados miembros han abordado específicamente este problema y han aprobado incentivos fiscales, simplificaciones contables y regímenes de pensiones para animar a los jóvenes y a los desempleados a crear sus propias empresas”.

⁶⁰ Ver punto 6 en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52001DC0366>

de Asuntos Generales a Carta Europea para las pequeñas empresas la cual fue refrendada en el Consejo de Feira de los días 19 y 20 de junio del mismo año. En dicha Carta se formulaban recomendaciones con el objetivo de apoyar a las pequeñas empresas en relación a 10 temas principales: educación y formación del espíritu empresarial; aceleración y abaratamiento del acceso en línea; mejor aprovechamiento del mercado único; fiscalidad y cuestiones financieras; promoción de la capacidad tecnológica de las pequeñas empresas; uso de modelos de empresa electrónica próspera; apoyo de alto nivel a la empresa y logro de una representación más fuerte y eficaz de los intereses de las pequeñas empresas a escala nacional y comunitaria⁶¹. En este sentido, cabe resaltar que la Carta de Feira constituyó el marco político europeo de actuación en favor de las PYME. Para su ejecución, el Consejo aprobó el denominado “Programa plurianual en favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para las PYME, vigente para el período 2001-2005⁶². El 23 de febrero de 2002, los ministros europeos responsables de la política de las PYME, reunidos en la Conferencia de Ministros europeos de PYME⁶³, destacaron la necesidad de prestar una especial atención a mejor el entorno de la actividad de las pequeñas y medianas empresas y estableció medidas para permitir a las pequeñas empresas su formalización

Un intento más de armonización ha sido la creación de la Sociedad Europea. En esta línea, y luego de más de 30 años de negociaciones, el Consejo adoptó dos instrumentos: el Reglamento (CE) n° 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)—que entró en vigor en 2004—y la Directiva 2001/86/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. De esta forma, se permite que una sociedad se constituya en el territorio de la Unión en forma de sociedad anónima, utilizándose la denominación *Societas Europaea*⁶⁴; así, la SE es una estructura legal que permite que una empresa opere en distintos países de la Unión Europea con un único estatuto y de manera común en todos los países de la Unión Europea, facilitando de esta forma el funcionamiento de las empresas que quieran ampliar su negocio a escala comunitaria⁶⁵. Este tipo de sociedad ofrece una serie

⁶¹ Ver I. ROMERO LUNA / J. FERNÁNDEZ SERRANO, “La política europea de fomento empresarial. Un análisis crítico”, *Revista de Economía Mundial*, n° 13, 2005, pp. 137-161, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/866/86617195006.pdf>

⁶² Ver A. GRANDÍO DOPICO / O. RAMAPENAS, *Creación de Empresas. Ley 7/2003 de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, A Coruña, Netbiblo, S.L., 2003, p. 114.

⁶³ Ver http://cordis.europa.eu/news/rcn/18048_es.html

⁶⁴ Ver L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El Reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, en: Esteban Velasco, G. / Fernández del Pozo, L. (dirs.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 19 ss.

⁶⁵ Ver <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126016>

de ventajas comparativas, ya que simplifica y abarata el funcionamiento de las empresas que operan en varios países de la Unión Europea, debido a que permite reagrupar todas las actividades bajo una misma marca europea y gestionar la empresa sin tener que crear una red de filiales; por otra parte, permite trasladar el domicilio social a otro país de la Unión Europea sin tener que disolver la sociedad y establece un marco que permite implicar a los trabajadores empleados en varios países en la gestión de la empresa.

Por su parte, el Reglamento (CE) nº 1435/2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea permite la creación de una cooperativa por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros distintos.

En el caso particular de las PYMES, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión en febrero de 2007 que, por una parte, presentara un propuesta sobre la sociedad privada europea a fin de dar solución a las necesidades de este tipo de empresas y, por la otra, revisara el Estatuto de la sociedad europea con el objeto de simplificar las normas sobre constitución de tales empresas. En su Resolución de 14/06/2012 sobre el futuro del derecho europeo de sociedades, el Parlamento manifestó que las formas de empresa de la Unión, que completan las formas existentes disponibles en el derecho nacional, “representan un gran potencial y deberían desarrollarse en mayor medida”. En este sentido, instó a la Comisión –con el fin de atender a las necesidades específicas de las PYMES– a intensificar sus esfuerzos con miras a la adopción del Estatuto de la Sociedad Privada Europea⁶⁶.

El 10/04/2014 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (*Societas Unius Personae*), cuya finalidad era facilitar la creación de sociedades con un único accionista en la Unión independientemente de las fronteras entre Estados miembros. Una de las prioridades esenciales de la estrategia decenal de crecimiento de la Unión Europea, Europa 2020, es mejorar el entorno empresarial para todas las empresas, y en particular, para las PYMES. En esta línea, la Comunicación “Una política industrial integrada para la era de

⁶⁶ En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, se señala que “pese a que las PYME representan más del 99 % de las sociedades en la Unión Europea, apenas un 8 % de ellas realiza actividades transfronterizas y tan sólo el 5 % cuenta con filiales o empresas en participación en el extranjero. Aunque la creación de empresas en toda la UE se ha visto facilitada en los últimos años, es preciso seguir trabajando para mejorar el acceso de las PYME al mercado único, propiciar su crecimiento y liberar su potencial empresarial. El Estatuto de la Sociedad Privada Europea (*Societas Privata Europaea*) forma parte de un conjunto de medidas encaminadas a ayudar a las PYME, que recibe la denominación de Ley de la Pequeña Empresa para Europa (LPE). El propósito de la LPE es facilitar la actividad de las PYME en el mercado único y, por consiguiente, mejorar sus resultados comerciales”. Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0396:FIN:ES:PDF>

la globalización”, que conforma una de las siete iniciativas emblemáticas clave de Europa 2020, estableció una serie de medidas relevantes para las PYMES. La revisión de la *Small Business Act* y las Actas del Mercado Único I y II también incluían iniciativas destinadas a mejorar el acceso a la financiación y a seguir reduciendo los costes empresariales en Europa.

Sabido es que a las empresas les resulta no sólo costoso sino difícil realizar operaciones a través de las fronteras (en virtud de la diversidad de legislaciones nacionales en materia de derecho societario y la falta de confianza en las empresas extranjeras entre los clientes y socios comerciales), lo que genera que sólo un pequeño número de PYMES esté en condiciones de invertir en el extranjero. Ahora bien, crear una empresa en el extranjero (aunque sea bajo la forma de una filial), conlleva entre otras cosas, asumir los costes del cumplimiento de requisitos legales y administrativos en otros Estados.

En vistas a esta situación, el Proyecto de Directiva tiene por objetivo facilitar actividades transfronterizas de las empresas, con especial referencia a las PYMES, y la creación de sociedades unipersonales en calidad de filiales en otros Estados miembros, reduciendo los costes y cargas administrativas que implica la creación de estas empresas. De esta forma, la “*Societas Unius Personae*” (SUP) se constituye en una herramienta para facilitar la actividad empresarial transfronteriza⁶⁷. El Proyecto de Directiva crea un marco común que regula el establecimiento de sociedades unipersonales cuyas principales notas salientes son que la SUP puede registrarse en línea utilizando los modelos facilitados por los Estados miembros y que el requisito de capital mínimo es de 1 Euro.

El 28 de mayo de 2015, el Consejo acordó un texto transaccional para el Proyecto de Directiva que tiene por objeto la creación de un nuevo estatuto para las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada. El cambio está basado en un texto transaccional presentado por la Presidencia y constituye la orientación general del Consejo, que servirá de base para las futuras negociaciones con el Parlamento Europeo.

Dado que el Proyecto está sujeto al procedimiento legislativo ordinario, el Consejo y el Parlamento Europeo deberán acordar una posición común. Por lo tanto, el futuro dirá si se logra el acuerdo necesario para hacer realidad esta normativa.

Fuera del ámbito estatal, también se observa el desarrollo de iniciativas de actores no estatales, ya que un grupo de académicos y juristas liderados por los Profesores Paul Krüger Anderson (Dinamarca) y Theodor Baums (Alemania) se encuentran

⁶⁷ Ver <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-212-ES-F1-1.Pdf>

trabajando en una Ley Modelo denominada “*European Model Company Act*”⁶⁸, la cual aspira a convertirse en una especie de estatuto modelo para regular las sociedades, de manera similar a la *Model Business Corporation Act* del derecho norteamericano.

B. OHADA

La *Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires* (OHADA)⁶⁹, fundada mediante el Tratado firmado en octubre de 1993 en Port Luis, Islas Mauricio, entró en vigor en septiembre de 1995⁷⁰, siendo ratificada por 17 países⁷¹, con la finalidad de armonizar sus derechos y adoptar reglas comerciales simples, modernas y adaptadas a la situación de sus economías⁷². La integración africana se concibe esencialmente en términos económicos y monetarios, pero particularmente en términos de comercio regional⁷³. Dos razones fundamentales cimentaron la idea de armonización: la primera, política; la segunda, económica. Desde el punto de vista político, la OHADA nació de una voluntad de este tipo que se traduce en el mismo texto del preámbulo del Tratado OHADA; con relación al fundamento económico, los Estados signatarios siempre tuvieron en mira constituir una comunidad económica africana y crear un polo de desarrollo africano⁷⁴, armonizando sus derechos y favoreciendo, de esta forma, los intercambios entre los Estados miembros⁷⁵.

Uno de los objetivos fundamentales de la OHADA es la unificación del derecho comercial para la promulgación de actas uniformes aplicables en todos los países y la promoción del arbitraje para la solución de conflictos. La idea de armonizar

⁶⁸ Ver <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>
El texto puede consultarse en: <http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/article/96/Final%20Draft%20EMCA%20Code.pdf>

⁶⁹ ISSA-SAYEGH, J. “La OHADA, l’instrument d’integration juridique des pays africains de la zone franc”, *Revue de jurisprudence commerciale*, 1999, pp. 237 ss.

⁷⁰ Cabe señalar que el Tratado fue revisado en Québec el 17 de octubre de 2008.

⁷¹ El 10 /02/2006 el Consejo de Ministros de la República Democrática del Congo aprobó su adhesión a la OHADA. Son Estados Parte de la OHADA: África Central, Bénin, Burkina Faso, Camerún, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Tchad, Togo.

⁷² ISSA-SAYEGH, J. “L’intégration juridique des Etats africains de la zone franc”, *Revue Penant*, n° 823, 1997, pp. 5 ss.

⁷³ Ver P.K. AGBOYIBOR, “Récents développements du projet d’harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA)”, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 1996, pp. 301 ss.

⁷⁴ A. CISSÉ, “L’harmonisation du droit des affaires en Afrique: l’expérience de l’OHADA à l’épreuve de sa première décennie”, *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 2004, pp. 197-225, esp. p. 201, disponible en: http://www.institut-francais-tchad.org/squelettes/pdf_art_tchad/RIDE_182_0197.pdf

⁷⁵ Ver S. DIOUF, “Contribution a l’analyse historique de l’integration africaine”, disponible en: http://cyber.law.harvard.edu/credila-ucad/sites/credila-ucad/images/NAF_NOUV_N%C2%B01.pdf

el derecho de los negocios en el espacio OHADA dio nacimiento, mediante un recurso de técnica legislativa a las Actas Uniformes⁷⁶; tales Actas constituyen la forma jurídica imaginada por el Tratado para establecer reglas comunes, simples, modernas y adaptadas a las economías de los respectivos Estados Parte. La finalidad de este ensamble normativo es contribuir, precisamente, a la seguridad jurídica⁷⁷.

El 17/04/1997 la OHADA adoptó el “*Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique*”⁷⁸, introduciendo de esta forma de manera directa un régimen uniforme aplicable para las sociedades comerciales y los grupos de interés económicos. El 30/01/2014 se adoptó en Ouagadougou (Burkina Faso) el “*Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d’intérêt économique*”⁷⁹, la cual entró en vigor el 05/05/2014. Cabe destacar que, siguiendo el modelo francés, dentro de la segunda parte del *Acte uniforme* –atinenta a las disposiciones particulares sobre sociedades comerciales–, el libro 4 regula la sociedad anónima y el libro 4-2 introduce la figura de la “*Société par actions simplifiées*” (SAS), abarcando los artículos 853-1 hasta 853-23⁸⁰.

C. OHADAC

La Organización para la armonización del derecho comercial en el Caribe (OHADAC) surge –siguiendo los lineamientos de la OHADA africana– como una institución cuyo objetivo fundamental es la aproximación, armonización o unificación del derecho mercantil en el Caribe. El 15/05/2007 se celebró en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) la primera Conferencia oficial de la OHADAC, organizada por el CARICOM, las Cámaras de Comercio y de Industria del Caribe, el Consejo Regional de Guadalupe y la Cámara de Comercio e Industria de Pointe-à-Pitre. En junio de 2008 se llevó a cabo la segunda Conferencia OHADAC en Puerto Príncipe con el fin de definir las prioridades de armonización. En junio de 2010

⁷⁶ Ver J. ISSA-SAYEGH, “Quelques aspects techniques de l’intégration juridique: l’exemple des actes uniformes de l’OHADA”, *Unif. L. Rev.*, n° 1, 1991, pp. 5-30 y la bibliografía citada al final, disponible en: <http://www.unidroit.org/french/publications/review/articles/1999-1-issa-sayegh-f.pdf>. Asimismo, ver. F.M. SAWADOGO, “Les Actes Uniformes de l’OHADA: aspects techniques généraux”, *Revue burkinabé de droit*, n° 39-40, n° spécial, 2001, pp. 37 ss.

⁷⁷ Ver P. MEYER, “La sécurité juridique et judiciaire dans l’espace OHADA”, *Revue Penant*, n° 855, pp. 151, Ohadata D-06-50, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTABCDSELO2007/Resources/Securitejuridique.pdf>

⁷⁸ Puede consultarse el texto en: <http://www.ohada.com/actes-uniformes/98/1287/preambule.html>

⁷⁹ Puede consultarse el texto en: <http://www.ohada.com/actes-uniformes/1299/acte-uniforme-revise-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-groupement-d-interet-economique.html>

⁸⁰ Ver A. RABANI, “La nouvelle société par actions simplifiée de l’OHADA”, *Bulletin de droit économique*, 2014, disponible en: http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/01/4-Adamou_Rabani.pdf

—en el marco del Congreso Latinoamericano y Caribeño de arbitraje comercial internacional celebrado en La Habana— se firmó la llamada “Declaración de La Habana”, oficiando de alguna manera como una suerte de formalización con el fin de promocionar y avanzar en la idea de la armonización del derecho comercial en el Caribe. En 2013 se fijaron cuatro propuestas normativas centradas en los temas contractual, societario, arbitral y de derecho internacional privado.

En el ámbito societario, el Anteproyecto de Ley Modelo OHADAC sobre derecho internacional de sociedades mercantiles está orientado a eliminar las diferencias existentes entre las distintas leyes nacionales respecto a la actividad internacional de las sociedades. Los objetivos fijados por esta normativa son “esclarecer y realizar una depuración legislativa en materia de sociedades mercantiles, tomando en consideración las tradiciones jurídicas existentes en los Estados y territorios que conforman el espacio OHADAC, y las tendencias más avanzadas en el derecho comparado; promover la convergencia jurídica en aras de facilitar la actividad transfronteriza de las empresas y la colaboración de las economías territoriales en la región; mantener la legitimidad de la libertad de los Estados y territorios que conforman OHADAC para acordar medidas de restricción particulares por razón de políticas propias; postular, al mismo tiempo, a favor de la creación de mecanismos de limitación de las restricciones, y de informaciones recíprocas tendentes mejorar el conocimiento de los sistemas jurídicos en la materia”.

El Anteproyecto de Ley Modelo de OHADAC⁸¹ de junio de 2014 se instrumenta mediante dos clases de normas, y cada una de ellas responde a técnicas y métodos de reglamentación diferentes: el indirecto o conflictual y el directo o material. De esta forma, las normas conflictuales incorporan una regulación uniforme que determinan la ley aplicable a las sociedades mercantiles, especialmente a su actividad internacional y situaciones de extranjería, con el objetivo de que la determinación de la ley aplicable no se haga depender del foro o autoridad competente para verificar la legalidad de una concreta operación. La parte sustantiva propone un conjunto de normas materiales imperativas, de aplicación directa dentro de su ámbito material y espacial. Las normas propuestas no pretenden interferir sobre el Derecho de sociedades de los Estados y territorios del Caribe, ofreciendo un modelo completo para su sustitución.

La ley aplicable a las sociedades mercantiles, de acuerdo al art. 3, es la ley del país de su constitución, y para determinar dicho país se tendrá especialmente en cuenta el hecho de que la sociedad haya cumplido los requisitos de forma y fondo requeridos para su creación según el derecho de ese Estado. En el supuesto de que una sociedad mercantil no ha cumplido esas condiciones, quedará sometida al

⁸¹ Puede consultarse el texto en: <http://www.ohadac.com/textes/1/anteproyecto-de-ley-modelo-ohadac-sobre-las-sociedades-mercantiles.html>

derecho elegido por sus socios o miembros y, en defecto de pacto, resultará aplicable el derecho del lugar en el que tenga su administración de hecho. El capítulo II sobre normas materiales, inicia con la disposición del art. 8 sobre reconocimiento de las sociedades mercantiles, señalando que la personalidad jurídica propia de las sociedades mercantiles extranjeras será reconocida de pleno derecho siempre que la posean según el derecho del Estado de su constitución, y que en ningún caso la capacidad reconocida a las sociedades mercantiles extranjeras podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último. Por su parte, dispone que el reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado de comprobar que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución, y que para realizar esta comprobación los Estados habrán de admitir las certificaciones emitidas por los registros donde estén inscritas las sociedades mercantiles, siempre que tales documentos reúnan los requisitos de autenticidad para servir como medio de prueba. Finalmente, los Estados podrán establecer excepciones al reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras cuando sitúen su sede de dirección efectiva o centro principal de actividad en su territorio.

Cabe señalar que a diferencia de la regulación de la OHADA, la normativa de la OHADAC no cuenta con normas específicas sobre las sociedades por acciones simplificadas.

D) Organización de los Estados Americanos- OEA

En el ámbito de la OEA, no se pueden desconocer los esfuerzos de que se llevaron a cabo a través de la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979)⁸² y la Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el DIPr (CIDIP III, La Paz, 1984)⁸³.

⁸² Esta Convención –aprobada en Argentina por la ley 22.921 y publicada el 27/09/1983– se aplica a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados Partes (art. 1). Esto significa que, en relación al ámbito material y espacial de aplicación, la normativa sólo rige para las sociedades mercantiles, excluyéndose de esta manera las sociedades civiles, las asociaciones, fundaciones y los contratos asociativos. Este instrumento convencional se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Guatemala, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁸³ La Convención no se encuentra vigente para Argentina, pero sí para Brasil, Guatemala, México y Nicaragua, aplicándose a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución. Igualmente su normativa se aplica sin perjuicio de convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas (art. 1). La Convención se refiere tanto a las personas jurídicas de carácter privado como a las de carácter público.

En marzo de 2011, durante el 79° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (CJI), la Presidencia propuso considerar el tema de una “sociedad por acciones simplificada”, haciendo referencia a la ley colombiana 1258 adoptada en 2008. David P. STEWART, Miembro del Comité, presentó un documento titulado “Recomendaciones sobre la Propuesta de Proyecto de Ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificadas”⁸⁴, donde ponía de manifiesto el hecho de que en el libro escrito por Francisco REYES VILLAMIZAR “*A New Policy Agenda for Latin American Company Law: Reshaping the Closely Held Entity Landscape*”, el autor argumentaba en favor de la adopción de una legislación similar a la colombiana por parte de otros países en América Latina. En opinión de STEWART, la propuesta de Ley Modelo de SAS merecía al apoyo del Comité dadas las diferentes ventajas que ofrecía esta figura societaria híbrida. Al mismo tiempo, se hacía referencia a un estudio llevado a cabo por Boris KOZOLCHYK y Cristina Castaneda (pertenecientes del Centro Legislativo Nacional para el Libre Comercio Interamericano) sobre la importancia de las MIPYMES para las economías de El Salvador, Brasil y México.

En el referido documento se hacía hincapié en la falta de un marco legislativo capaz de permitir la constitución de asociaciones empresariales más sencillas y modernas, constituyendo esto un obstáculo de importancia para el desarrollo económico dentro del hemisferio. Así las cosas, se destaca que “la ley colombiana de SAS constituye el primer y más exitoso esfuerzo establecido por ley para corregir esta situación, requiriendo tan sólo formalidades que ejercen un efecto beneficioso y funcional en el mercado”⁸⁵.

Tal como sucedió en su momento en el marco de la CIDIP VI con el tema de garantías mobiliarias, en materia de sociedades por acciones simplificadas vuelven a hacerse presente las mismas observaciones. Como reiteradamente ha manifestado Fernández Arroyo en sus trabajos referidos al accionar de la CIDIP VI –en el marco de la OEA–, “la decisiva comercialización de la agenda no vino sola, sino acompañada por la introducción de mecanismos de codificación de *soft law* y una cierta privatización del proceso codificador, lo que en conjunto significó un brusco golpe al paradigma dominante hasta entonces en dicho proceso”⁸⁶.

⁸⁴ Ver D.P. STEWART, “Recomendaciones sobre la propuesta de Proyecto de Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificada”, 79° período ordinario de sesiones, OEA/Ser.Q 1 -6 agosto, 2011 CJI/doc. 380/11 Río de Janeiro, Brasil 11 julio 2011, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_380-11.pdf

⁸⁵ Ver D.P. STEWART (nota 84).

⁸⁶ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno-Rodríguez, J.A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010, p. 70. Asimismo, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado americano. Evolución y perspectivas*, 2ª ed., México, 2003, pp. 103-111. Como han sostenido J. KLEINHEISTERKAMP / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, Anuario Argentino de

En el ámbito de las Américas, si bien la OEA ha jugado a lo largo de la historia un papel vehiculizador en la unificación hemisférica y de entendimiento con los países del *common law*, la Ley Modelo sobre garantías mobiliarias de 2002 suscitó un gran debate, no sólo con respecto a las soluciones adoptadas, sino también en lo atinente a la metodología, a la forma de encarar los trabajos preparatorios y a su faceta de “foro de exportación unidireccional de concepciones norteamericanas hacia América Latina”⁸⁷. A diferencia de dicha Ley Modelo, la Ley Modelo de Sociedades por Acciones Simplificadas no ha sido aprobada en una CIDIP, sino por el CJI que la ha girado para su consideración por la Asamblea General de la OEA.

No obstante, se repiten las mismas características de comercialidad, privatización, metodología *soft* e intento de armonización por vía material. Sin embargo, en este caso particular, el Proyecto es presentado por un académico que además tiene *expertise* práctica en la temática y que ha sido el autor de una ley nacional en la cual, si bien se toman elementos del derecho anglosajón, también se consideran antecedentes exitosos propios del derecho europeo continental que, valga la aclaración, constituyen la fuente normativa de mucho de los Códigos de Comercio y leyes societarias de América Latina.

Si bien en la mayoría de los casos la CIDIP tuvo un sesgo predominantemente latinoamericano, sin lugar a dudas la CIDIP VI implicó un “cambio de paradigma” y mostró una nueva faceta de foro de exportación unidireccional⁸⁸. La Ley Modelo de Sociedades por Acciones Simplificadas, por el contrario, tal como antes destacamos, no es fruto del trabajo de ninguna CIDIP ni ha habido discusión por parte de las delegaciones de los Estados ni se han formado Grupos de Trabajo al respecto, pero ha sido tratada dentro del seno del CJI, aprobada por éste y girada para su consideración para la Asamblea General de la OEA.

No constituye un dato menor lo señalado por Jean-Michel Arrighi en el 91º Período Ordinario de Sesiones del CJI llevado a cabo en agosto de 2017. Allí, expresó que, en su opinión, el proceso de la CIDIP de la manera en que se había venido desarrollando estaba terminado, e hizo notar que “las CIDIPs vinieron a reemplazar el proceso de la búsqueda de una codificación general al momento de demostrar su incapacidad de resolver los problemas presentados hace 30 o 40 años. Las CIDIPs vinieron a establecer un proceso de codificaciones específicas. Este último fue un proyecto eminentemente latinoamericano. El momento final

Derecho Internacional, pp. 107 ss. (disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21650.pdf>). El cambio de rumbo de la CIDIP se caracteriza, especialmente, por dos elementos: la “comercialización” y la “privatización” del proceso de codificación.

⁸⁷ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 86).

⁸⁸ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial” (nota 86), p. 71.

de la CIDIP se presentó en el tratamiento de temas de derecho del consumidor en el cual se mezclaba derecho privado, público y reglas imperativas, con Estados provenientes de la tradición de Derecho Civil y *common law*. Frente a dicho escenario no se permitió el desarrollo del tema por el medio de la CIDIP”. En su opinión, “estamos en un tercer período, en el cual se debe coordinar los esfuerzos para realizar instrumentos más democráticos, más flexibles y de acuerdo con el carácter global de las dificultades actuales”⁸⁹.

En el documento presentado por el profesor Stewart se deja claro que la Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas es una propuesta del profesor REYES VILLAMIZAR. El 20 de junio de 2017, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, considerando el Informe del CJI aprobado en marzo de 2012⁹⁰, adoptó una resolución respecto a la Ley Modelo sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas⁹¹ en la que “tomó nota” de la Ley Modelo y solicitó al CJI y al Departamento de Derecho Internacional que la difundieran ampliamente, al tiempo que invitó a los Estados Miembros de la OEA a que adoptaran, de conformidad con su legislación interna, aquellos aspectos de la Ley Modelo que fueran de su interés. No es un dato menor que en dicha resolución se señale que se tiene en cuenta “la contribución que estas nuevas formas de organizaciones corporativas pueden realizar al desarrollo económico en los Estados Miembros”.

La Ley Modelo sobre SAS de la OEA presenta una estructura societaria simplificada, apuntando principalmente hacia las MIPYMES. Sin embargo, el modelo propuesto no obsta a que pueda beneficiar también a las empresas de mayor envergadura que buscaran expandirse a los mercados internacionales. A su vez, la normativa persigue como objetivo facilitar la inversión extranjera a los fines de mejorar el crecimiento económico.

⁸⁹ Ver OEA/Sec. General DDI/doc.4/17 15 de mayo de 2017 (Temario anotado del Comité Jurídico Interamericano- 91º Período Ordinario de Sesiones- Rio de Janeiro, Brasil Entre el 7 y el 16 de agosto de 2017), p. 59, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/DDI-doc_4-17.pdf

⁹⁰ Ver CJI/RES. 188 (LXXX-O/12), Proyecto de Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas. La citada Resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión celebrada el 09 de marzo de 2012, por los siguientes miembros: C.A. MATA PRATES, D.P. STEWART, F. GÓMEZ MONT URUETA, J-P. HUBERT, M.A. PICHARDO OLIVIER, F. CASTILLO CASTELLANOS, F. NOVAK TALAVERA, J.L. MORENO GUERRA y A.E. VILLALTA VIZCARRA. Ver, asimismo, CJI/doc.380/11 corr.1, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-doc_380-11_corr1.pdf y Resolución AG/RES. 2886 (XLVI-O/16) que solicitó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente que evaluara la posibilidad de que la Ley Modelo sobre SAS fuese sometida a la consideración de la Asamblea General.

⁹¹ Ver Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, AG/RES. 2906 (XLVII-O/17), adoptado en la primera sesión plenaria celebrada el 20 de junio de 2017, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2906_XLVII-O-17.pdf

Estructurado a través de 43 artículos, la Ley Modelo sobre SAS, entre sus disposiciones generales (capítulo I), dispone que “la SAS es una persona jurídica, provista de responsabilidad limitada, cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social” (art. 1), pudiendo “constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo en los casos excepcionales de desestimación de la personalidad jurídica, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad. Los accionistas de la sociedad por acciones simplificada no se considerarán, para ningún efecto, como empleados o trabajadores de la sociedad, a menos que la sociedad establezca un vínculo laboral con ellos mediante contrato en donde tal circunstancia conste por escrito” (art. 2). Como puede evidenciarse, existe una clara y expresa limitación de responsabilidad.

Una vez inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio [o del organismo o autoridad encargada de administrar el registro de sociedades], será una persona jurídica distinta de sus accionistas, con lo cual el art. 3 deja establecido a partir de qué momento la sociedad obtiene personalidad jurídica. Al igual que la SAS colombiana, el art. 4. dispone la imposibilidad de negociar valores en el mercado público, ya que “las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores [o del organismo o autoridad encargada de administrar el registro de sociedades que negocien sus valores en bolsa] ni negociarse en bolsa”.

El capítulo II de la Ley Modelo sobre SAS se refiere a la constitución y prueba de la sociedad, disponiendo que la SAS “se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio [o del organismo o autoridad encargada de administrar el registro de sociedades]”, en el cual se expresará cuando menos los requisitos establecidos en el art. 5. El encargado de llevar a cabo el control de legalidad es el registrador mercantil [u organismo o autoridad encargada de administrar el registro de sociedades], quien debe ejercer un control de legalidad respecto del acto constitutivo y sus reformas. De allí que debe abstenerse de inscribir el documento mediante el cual se constituya o reforme la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en los numerales 1º a 7º del artículo 7 (art. 6). Cabe precisar que para tales efectos, el registrador tiene un plazo de 3 días y que el acto que niegue el registro sólo puede ser objeto del recurso de revisión ante la misma entidad que expidió tal acto. La norma del art. 6 termina señalando que “efectuado en debida forma el registro del escrito de constitución, no podrá impugnarse el contrato o acto unilateral”. Ahora bien, en tanto y en cuanto no se efectúe la inscripción del instrumento privado de constitución en el Registro Mercantil [u organismo o autoridad encargada de administrar el registro de

sociedades] del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, “se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho, si fueren varios los asociados, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad. Si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa” (art. 7). En relación a la prueba de la existencia de la SAS y las cláusulas estatutarias, éstas se prueban con el certificado del registrador mercantil (art. 8).

Las reglas especiales sobre el capital y las acciones están reguladas en el capítulo III de la Ley Modelo. La suscripción y el pago del capital podrán hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos a los previstos en el Código de Comercio [del Código, Ley, Decreto o Estatuto en el cual esté regulada la sociedad anónima], pero en ningún caso el plazo para el pago de las acciones excederá de dos años, establece el art. 9. La autonomía de la voluntad de las partes vuelve a manifestarse cuando el art 9 *in fine* dispone que “en el acto o contrato de constitución, podrán convenirse libremente las reglas que fueren pertinentes”. La lectura de los art. 10 hasta el art. 16 permiten constatar hasta qué punto los estatutos resultan trascendentes a la hora de establecer las reglas sobre el capital y las acciones.

El capítulo IV refiere a la organización de la sociedad, disponiendo el art. 17 que “en los estatutos de la SAS se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento”, y que “a falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en la Ley para la Asamblea o Junta de Socios de las Sociedades Anónimas serán ejercidas por la Asamblea o el accionista único de la SAS y que las de administración estarán a cargo del representante legal”.

Así como de acuerdo al art. 25 la SAS no se encuentra obligada a tener Junta Directiva, salvo que exista una previsión estatutaria en contrario, tampoco resulta obligatorio –de acuerdo al art. 28– la existencia de un órgano interno de fiscalización [u órgano según la ley interna, por ej. sindicatura, auditoría de cuentas, revisoría fiscal, comité de auditoría, etc.].

Si bien la Ley Modelo se centra en la creación de la SAS, el art, 31 prevé la hipótesis de que cualquier sociedad pueda adoptar el tipo de la SAS por medio de su transformación, fusión o escisión, siempre que medie aprobación unánime de la totalidad de los asociados de la sociedad que se propone adoptar este tipo de sociedad. En ese caso, la determinación correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil [u organismo o autoridad encargada de administrar el registro de sociedades]. A contrario *sensu*, la SAS puede adoptar cualquiera de los tipos previstos en el Código de Comercio [o Código, Ley, Decreto o Estatuto correspondiente], siempre y cuando la determinación respectiva sea adoptada por la Asamblea, mediante determinación unánime de los asociados titulares del 100% de las acciones suscritas.

La disolución y la liquidación de la SAS se encuentran reguladas en el capítulo VI, disponiendo el art. 34 las causales de disolución y estableciendo el art. 36 el procedimiento de liquidación.

El capítulo VI, referido a las disposiciones finales, señala en el art. 37 lo atinente a la aprobación de los estados financieros y la exclusión de accionistas.

Comentario aparte merece el art. 39 que regula el “arbitramento obligatorio”, disponiendo que “las diferencias que ocurran entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva y de abuso del derecho, deberán someterse a arbitramento obligatorio. En ausencia de arbitraje, las disputas serán resueltas por [el tribunal judicial o casi-judicial especializado]. El laudo arbitral que se profiera será ejecutable y tendrá plena validez de modo directo, sin necesidad de homologación, exequatur o cualquier otro procedimiento”.

El art. 46, denominado “escogencia de jurisdicción” establece que “en los contratos que celebre una SAS con personas naturales o jurídicas extranjeras, podrá pactarse que las diferencias que se susciten con ocasión de tales contratos se resolverán mediante arbitraje internacional. En este caso, las partes quedarán en libertad de determinar las normas sustanciales y procesales conforme a las cuales los árbitros habrán de resolver el litigio. El laudo arbitral que se profiera será ejecutable y tendrá plena validez de modo directo, sin necesidad de homologación, exequatur o cualquier otro procedimiento”.

Al igual que la ley colombiana que sirve de fuente textual a la Ley Modelo de OEA, se prevé la desestimación de la personalidad jurídica cuando se utilice la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros; así, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados (art. 41) También se encuentra previsto el abuso del derecho en el art. 42, donde se establece que “accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía”, considerándose “abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas”.

En línea directa con la normativa colombiana, el art. 43 de la Ley Modelo dispone que “en lo previsto en la presente Ley, la SAS se registrará por las disposiciones contenidas en 1) los estatutos sociales; 2) el documento de constitución, tal que enmendado de tiempo en tiempo; y, 3) las normas legales que rigen a la sociedad anónima [o de la sociedad que correspondiere].

Construir un régimen societario para los países de las Américas implica un desafío enorme. En esa construcción, “la tensión entre la necesidad de una certeza legal, previsibilidad y uniformidad, por un lado, y el deseo de unas soluciones flexibles, equitativas e individualizadas, por otro, es tan antigua como el derecho mismo”. Sin embargo, afirma Symeonides, “toda regla preformulada, ya sea de carácter legal y jurisprudencial, no importa con cuánto cuidado o sabiduría haya sido redactada, puede, a causa de su generalidad o de su especificidad, producir resultados que sean contrarios a los dones para los que la regla jurídica se ha formulado”⁹², con lo cual habrá que esperar un tiempo prudencial para evaluar los resultados de la nueva normativa interamericana.

Resulta necesario efectuar una mirada crítica, y dicho ejercicio no sólo es necesario sino obligado para todos los países de América Latina y el Caribe que quieran establecer un régimen de SAS que resulte viable y exitoso, no sólo en términos jurídicos sino también económicos.

V. LA RECEPCIÓN DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

1. CHILE

La Sociedad por Acciones (S.p.A) fue incorporada en la legislación chilena a través de la ley de Mercados de capitales 20.190 del 17/05/2007, la cual introduce diversas modificaciones, entre las cuales se destaca la inclusión en el Código de Comercio de este nuevo tipo social en los artículos 424 a 446. Las razones que guiaron la sanción de dicha normativa fueron, entre otras, la necesidad de flexibilidad para que los inversionistas en capital de riesgo pudiesen hacer valer sus derechos directamente en la forma pactada sin tener que recurrir a intrincadas alternativas legales, el abaratamiento de los costos de transacción y de contratación comercial sofisticada, la promoción del desarrollo de la industria de capital de riesgo y financiamiento de los regímenes de administración societarias y el fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización, potestades de control, sanción y coordinación⁹³.

⁹² Ver S.C.C. SYMEONIDES, “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, *Recueil des Cours*, t. 298, 2002, pp. 9-448, esp. p. 406.

⁹³ En el Mensaje del Proyecto de Ley sobre la reforma al mercado de capitales de 2003 se señalaba lo siguiente: “En primer lugar, el funcionamiento adecuado del mercado de capitales debiera extenderse a los proyectos de inversión emergentes o sin historia, pero con amplio potencial de crecimiento. Generalmente y dadas sus características propias, estos proyectos buscan financiarse con los recursos aportados por inversionistas especialistas en la denominada industria de ‘capital de riesgo’. Son estos proyectos de capital de riesgo la base de la voluntad de emprendimiento privado y un motor para el futuro crecimiento y desarrollo de la economía nacional, al generar novedosas fuentes de negocios, diversificando nuestra industria y servicios. Entonces, proveer de mecanismos flexibles de organización

De acuerdo al inc. 1 del art. 424, “La sociedad por acciones, o simplemente la ‘sociedad’ para los efectos de este párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo a los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones”. Según la última parte del inc. 2 de la mencionada norma, ante el silencio del estatuto social de una S.p.A, la sociedad se regirá supletoriamente y solo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.

La S.p.A. puede tener uno o más accionistas, de manera tal que se puede crear como una sociedad unipersonal –y luego ir añadiendo nuevos socios, no necesitando contar con un directorio para su creación. Por otra parte, la sociedad puede tener más de un objeto y permite tener acciones que solo den derecho a reparto de utilidades por un negocio determinado. Con respecto a la administración, ésta queda librada a lo que se establezca en los estatutos. Debido a que la normativa fomenta la industria de capital de riesgo, ello implica que la inversión puede ingresar cuando recién está naciendo el negocio, con la motivación de vender su participación en el futuro, lo cual convierte a la figura en una herramienta ideal para *start-ups*. En cuanto a las formalidades de su constitución, una S.p.a. puede hacerse ya sea a través de una escritura pública o por un instrumento privado, debiendo en este último caso protocolizarse en el libro de un escribano.

Según JARA BAADER puede visualizarse la existencia de un “paradigma institucional versus un paradigma contractual”, debido a que mientras en el caso de las sociedades anónimas prima un modelo de imperatividad de fondo en el que la ley es el instrumento de conformación del tipo social y donde la autonomía privada tiene escasa intervención creadora, en el supuesto de las sociedades por acciones reina un modelo dispositivo en el cual la ley tiene por fin facilitar la voluntad de las partes y eso se visualiza o se refleja en las llamadas cláusulas dispositivas o de integración (“frente al silencio de las partes, rige supletoriamente la ley”)⁹⁴.

2. MÉXICO

El 09 de febrero de 2016 el Congreso de la Unión aprobó un decreto de reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles por el que se crea, entre otras, la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) con la finalidad, por un

societaria y de fomento, de fácil acceso, de bajo costo, eficientes y que distribuyan los riesgos de manera transparente, permitirá garantizar que no sólo los grandes proyectos de inversión se concreten, sino que también las buenas ideas se transformen en proyectos reales de producción destinados al desarrollo de nuevos y mejores productos y servicios como también a expandir y calificar la fuerza laboral”.

⁹⁴ Ver A. JARA BAADER, “Sociedades por Acciones, Ley 20.190”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n° 2, 2007, pp. 251-288.

lado, de facilitar y agilizar la constitución de sociedades mercantiles a través de mecanismos sencillos y sin necesidad de acudir ante un fedatario público y, por otro, para fomentar la regularización del comercio informal en México y fomentar la creación de nuevas empresas⁹⁵.

En el caso de la SAS mexicana, ésta puede estar constituida por una o más personas físicas, las cuales están obligadas únicamente a la integración de su aporte. La normativa establece que la sociedad debe estar constituida a través del Sistema Electrónico de Constitución, el cual se lleva por medios digitales a través de un programa informático, no exigiéndose en ningún caso escritura pública, póliza ninguna formalidad adicional para su constitución. La normativa ha buscado que se pueda constituir una SAS en el término de 24 horas y en forma gratuita.

La asamblea de accionistas es el órgano supremo de la sociedad y está integrada por todos los accionistas, mientras que la representación de la sociedad está a cargo de un administrador. No se establece un capital mínimo, pero se dispone que sus ingresos totales anuales no podrán sobrepasar los cinco millones de pesos. El capital deberá depositarse en la cuenta bancaria de la empresa dentro del término de un año contado desde la fecha en que la sociedad quede inscrita en el Registro Público de Comercio. Cuando se haya depositado la totalidad del capital social, la empresa deberá publicar un aviso en el Sistema Electrónico.

En líneas generales, la responsabilidad del accionista de la SAS se encuentra limitada al monto de sus aportes a la empresa; no obstante, la normativa establece que los accionistas de la SAS serán responsables de presentar y asegurar la existencia y veracidad de la información proporcionada en el sistema electrónico para la incorporación de la SAS, ya que de lo contrario responden por los daños y perjuicios que se pudieran originar, sin perjuicio también de las sanciones administrativas o penales que correspondieran; por otra parte, son responsables por la comisión a través de la empresa de conductas sancionadas como delitos e igualmente responden por no transformar la SAS en otra forma de sociedad al pasar el monto máximo de los ingresos totales anuales.

3. COLOMBIA

El Código de Comercio de 1971, sufrió reformas por la Ley 222 de 1995 hasta llegar a la Ley 1258 de 2008⁹⁶. Diversos cambios se han experimentado en esa evolución normativa, a punto tal que la sociedad ya no es visualizada como un

⁹⁵ Ver C.E. ARCUDIA HERNÁNDEZ / B. TORRES ESPINOSA / S.B. ORTA FLORES, “Régimen jurídico de la Sociedad por Acciones Simplificada”, I Congreso *online* sobre desarrollo económico, social y empresarial en Iberoamérica, disponible en: <http://www.eumed.net/libros-gratis/actas/2016/desarrollo-empresarial/hef.pdf>

⁹⁶ Ver http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html

contrato sino como un negocio jurídico en el que pueden confluír una o más voluntades. La Ley 1014 de 26 de enero de 2006, llamada “De fomento a la cultura del emprendimiento”, junto con su Decreto reglamentario 4463 de 2006, abrieron el camino hacia la flexibilización en ciertos casos y bajo ciertos recaudos para la constitución de sociedades. El mencionado Decreto estableció la posibilidad de crear sociedades unipersonales de cualquier tipo, excepto comanditarias, remitiendo para ello a los requisitos consagrados en la Ley 222 de 1995⁹⁷.

El 05 de diciembre de 2008 se promulgó en Colombia la Ley 1258 por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada (SAS), entrando en vigencia el mismo día de su promulgación⁹⁸. La denominación de la SAS colombiana proviene de la legislación francesa relativa a la *société par actions simplifiée* de 1994, aunque la figura también se inspira en fuentes estadounidenses. Ahora bien, más allá de las fuentes extranjeras, cabe señalar que la normativa colombiana tomó en consideración también la Ley 222 de 20 de diciembre de 1995⁹⁹, la cual había tenido una repercusión limitada en la comunidad empresarial¹⁰⁰, a pesar de que permitió la creación de empresas unipersonales de responsabilidad limitada.

La Ley 1258 redujo las formalidades de constitución a una simple inscripción ante el Registro Mercantil, permitiendo racionalizar los costos y los trámites vinculados con la creación y el funcionamiento (por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos de las juntas directivas, los auditores fiscales, el objeto social y otros requisitos formales que existían antes de su promulgación, al tiempo que estableció que los accionistas estarían protegidos frente a toda responsabilidad respecto de las obligaciones derivadas de las actividades empresariales de la sociedad. Al mismo tiempo,

⁹⁷ Ver F. REYES VILLAMIZAR, “Evolución del Derecho Comercial, cincuenta años de transformaciones”, en: J. ALPINIANO GARCÍA-MUNOZ / J.OVIEDO ALBÁN (coords.), *Estudios de Derecho Económico*, t. 1 (Instituciones de Derecho Comercial), Bogotá, Ibáñez, 2003, pp. 69-98.

⁹⁸ Ver los trabajos de F. REYES VILLAMIZAR, “The Colombian Simplified Corporation An Empirical Analysis of a Success Story in Corporate Law Reform (noviembre de 2013)”, disponible en: <http://ssrn.com/> y “Modernizing Latin American Company Law: Creating an All-Purpose Vehicle for Closely Held Business Entities -The New Simplified Stock Corporation (9 de septiembre de 2011)”, *Penn State International Law Review*, vol. 29, n° 3, 2011, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1925092> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1925092>.

⁹⁹ Ver http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html

¹⁰⁰ El art. 1 de la Ley 222 derogó y subrogó el art. 100 del Código de Comercio, disponiendo que todas las sociedades, con independencia de su objeto, quedarían regidas por la legislación comercial. Cabe señalar que con anterioridad a la Ley 222, las sociedades civiles y comerciales se diferenciaban en Colombia por la naturaleza de su objeto. No obstante, como lo señala Oviedo Albán, “pese a la intención del legislador, plasmada de manera clara en la Ley 222 de 1995, por vía de interpretación sigue existiendo en el derecho colombiano el criterio de la mercantilidad de las sociedades por el objeto”. Ver J. OVIEDO ALBÁN, “Las sociedades por acciones simplificadas en el derecho colombiano: aspectos generales”, en: J.M. EMBID IRUJO / L. NAVARRO MATAMOROS / J. OVIEDO ALBÁN, (dirs.) (nota 17), p. 177.

eliminó algunas de las prohibiciones relacionadas con las actividades de los accionistas y administradores y otorgó una fuerza notoria al principio de libertad contractual, incluso propiciando el arbitraje y la resolución administrativa como vía de escape a los procedimientos judiciales ineficientes¹⁰¹.

De acuerdo al art. 1 de la Ley 1258, “la sociedad por acciones simplificadas podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”, y “salvo lo previsto en el art. 42, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier naturaleza en que incurra la sociedad”. En este sentido, el primer párrafo de art. 42, aludiendo a la desestimación de la personalidad jurídica, señala que cuando se utilice a la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, “los accionistas responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

La SAS es una sociedad de capitales cuya naturaleza es siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social¹⁰² y, a los efectos tributarios, se rige por las reglas aplicables a las sociedades anónimas. Ahora bien, la SAS tiene una imposibilidad de negociar valores en el mercado público, ya que las acciones y demás valores que emita no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.

En relación a la personalidad jurídica, una vez inscrita en el Registro Mercantil, la SAS forma una persona jurídica distinta de sus accionistas.

La SAS puede crearse mediante contrato o por acto unilateral que conste en un documento privado inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en el que la sociedad establezca su domicilio principal. El art. 5 de la ley establece los recaudos mínimos que debe contener¹⁰³. De acuerdo al parágrafo 2

¹⁰¹ Ver las Observaciones del Gobierno de Colombia en el 22° período de sesiones Nueva York, 10 a 14 de febrero de 2014 del Grupo de Trabajo I, formuladas por F. REYES VILLAMIZAR, Doc. A/CN.9/WG.I/WP.83

¹⁰² Ver J. OVIEDO ALBÁN, “Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho*, n° 36, Barranquilla, 2011, pp. 251 ss., disponible en: <http://www.redalyc.org/html/851/85120754011/>

¹⁰³ 1) Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas, 2) razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada”; o de las letras S.A.S., 3) el domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución, 4) el término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido, 5) una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita, 6) el capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse, 7) la forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal.

del art. 5, “cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes”.

El control del acto constitutivo, de los actos de nombramiento y de las reformas que se hicieren corresponde a las Cámaras de Comercio (art. 6). Mientras no lleve a cabo la inscripción del documento privado o público en la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados, y si se tratare de una sola persona, ésta responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa (art. 7). En cuanto a la prueba de la existencia de la SAS y las cláusulas estatutarias, se probarán con la certificación de la Cámara de Comercio en donde conste no estar disuelta y liquidada la sociedad (art. 8).

La normativa establece un procedimiento rápido de constitución¹⁰⁴, y en lo atinente a las relaciones con terceros externos a la sociedad, prevé un régimen excepcional de responsabilidad aplicable a los accionistas por el que se desestima la personalidad jurídica, aunque solo en caso de abuso (art. 43)¹⁰⁵ o fraude.

La Ley 1258 también ha flexibilizado las reglas de constitución de capital para las SAS¹⁰⁶; en este sentido, el art. 9 establece que “la suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas”, estipulando que, sin embargo, “en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de 2 años”. De esta forma y a diferencia de lo que sucede con las sociedades anónimas, no se somete a los accionistas a estructuras rígidas de composición de capital “sin atender a sus intereses ni a las posibles diferencias y expectativas surgidas entre ellos”. Como señala OVIEDO

¹⁰⁴ Ver J. OVIEDO ALBÁN, “Flexibilización de la constitución de sociedades en Colombia”, en: M.F. VÁSQUEZ PALMA / J.M. EMBID IRUJO, (dirs.), *Modernización del Derecho Societario*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 59-82.

¹⁰⁵ Art. 43. Abuso del derecho “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”. Ver al respecto W.D. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “La sociedad por acciones simplificada en Colombia: innovaciones sustantivas y reflexiones”, en: J.M. EMBID IRUJO / L. NAVARRO MATAMOROS / J. OVIEDO ALBÁN, (nota 17), pp. 218-223

¹⁰⁶ Ver F. REYES VILLAMIZAR, *SAS La sociedad por acciones simplificada*, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2013, p. 213.

ALBÁN, este esquema “además de ser más realista, busca que quienes efectivamente reflejen en la composición del capital, tales intereses y expectativas, sean los propios accionistas”¹⁰⁷.

Con respecto a la organización de la SAS, la simplificación en la estructura orgánica también es una nota característica que implica reducir, en la medida de lo posible, los costos que implica la operación de la sociedad¹⁰⁸. Así, el art. 17 de la Ley 1258 señala que en sus estatutos se determinará libremente la estructura orgánica de la SAS y demás normas que rijan su funcionamiento. Ahora bien, a falta de estipulación estatutaria, la normativa dispone que se entenderá que todas las funciones previstas en el art. 420 del Código de Comercio¹⁰⁹ serán ejercidas por la Asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal. De acuerdo al art. 25 de la Ley 1258, la SAS no se encuentra obligada a tener Junta Directiva, salvo que exista una previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una Junta Directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponden al representante legal designado por la Asamblea.

La resolución de los conflictos societarios se encuentra prevista en el art.40 de la Ley 1258, la cual establece que las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de Asamblea o Junta Directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Si centramos nuestra atención en los datos estadísticos colombianos, según el Informe de Dinámica Empresarial en Colombia 2016 –presentado en enero de 2017 por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio (Confecámaras) y basado en la información del Registro Único Empresarial y Social (RUES) de las Cámaras de Comercio–, en el año 2016 se crearon 299.632 empresas en Colombia, de las cuales 76.794 son sociedades y 222.838 corresponden a personas naturales, evidenciando un crecimiento de 15,8% respecto a las 258.665 creadas en 2015. La constitución de sociedades aumentó 21,7% en relación al 2015 y las matrículas de personas naturales incrementaron 14% con respecto a 2015. De esas 299.632 empresas, la mayor concentración se encuentra en el sector comercio (37,1%), seguido de alojamiento y servicios de comida (13,1%), industria manufacturera (10,7%), actividades profesionales y científicas (7,6%), construcción (5,8%), actividades de servicios administrativos

¹⁰⁷ Ver J. OVIEDO ALBÁN (nota 100), p. 192.

¹⁰⁸ Ver F. REYES VILLAMIZAR (nota 106), p. 229.

¹⁰⁹ Establece las funciones de la Asamblea General de accionistas de las Sociedad Anónima, las cuales pueden ser ejercidas por la Asamblea o por el accionista único.

y de apoyo (4,4%) y otras actividades de servicios (4%). Por su mayor participación en la estructura de actividad económica, estos siete sectores dan cuenta del 82,6% del total de unidades creadas¹¹⁰.

Las estadísticas señalan el crecimiento exponencial de las SAS, que pasaron de representar 95,2 % del total en 2015 a 96,1 % en 2016¹¹¹.

Ante esta realidad, cabe preguntarse si “la SAS colombiana constituye un producto de exportación”. No constituye un dato menor que en el punto 14 de las Observaciones del Gobierno de Colombia en el 22º período de sesiones Nueva York, 10 a 14 de febrero de 2014 del Grupo de Trabajo I, formuladas por F. REYES VILLAMIZAR¹¹², se afirmaba que la “la SAS colombiana puede perfectamente convertirse en un producto de exportación. Es el resultado de una combinación de enfoques del derecho consuetudinario y del derecho civil aplicados a las asociaciones empresariales. En vez de adherirse a un dogma o a la tradición establecida, refleja las necesidades económicas del empresario común y ofrece efectivamente soluciones claras y razonables para reducir las barreras de entrada, mitigar los problemas de organización y proporcionar mecanismos rápidos de solución de controversias. Esta legislación también se propone brindar soluciones a problemas orgánicos comunes a la mayoría de los países sin tener que aplicar las modalidades de propiedad particulares de cada jurisdicción. Por esta razón, el Comité Jurídico de la Organización de los Estados Americanos ha recomendado a todos los países de América que adopten una Ley Modelo sobre la sociedad por acciones simplificada, señalando que existen argumentos convincentes a favor de la introducción de reformas legislativas que permitan la creación de esas formas empresariales innovadoras para promover el crecimiento económico”.

VI. LA PARTICULAR SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

1. LAS PYMES EN LA ARGENTINA

En la República Argentina, según la información proporcionada por el Ministerio de Producción, las PYMES constituyen el 99% de las empresas que desarrollan sus actividades en el país, emplean a más de 4.100.000 personas y generan el 70% del empleo formal¹¹³.

¹¹⁰ Ver el Informe en: <http://www.confecamaras.org.co/noticias/509-en-2016-aumento-15-8-la-creacion-de-empresas-en-colombia> y en: http://confecamaras.org.co/phocadownload/2017/Cuadernos_an%C3%A1lisis_econ%C3%B3mico/Informe_de_Din%C3%A1mica_Empresarial_2016.pdf

¹¹¹ Ver <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15071100> y <http://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/editorial-exito-sas-146892>

¹¹² Ver Punto 14 del Doc. A/CN.9/WG.I/WP.83

¹¹³ www.produccion.gob.ar/pymes

Un trabajo de la Gerencia de Investigaciones Económico Financieras del Banco Central de la República Argentina señala que si bien la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en el PIB varía considerablemente entre países, se ubica en promedio en un entorno del 50%. Esta participación depende, por supuesto, del tipo de producción, siendo generalmente menor en la industria y mayor en el comercio y los servicios. Al mismo tiempo, dentro de cada tipo de producción existen disparidades. En el área de servicios, el comercio mayorista y minorista, los servicios legales y las actividades inmobiliarias son principalmente terreno de las micro, pequeñas y medianas empresas, mientras que los sectores de comunicaciones y servicios financieros son generalmente manejados por grandes empresas¹¹⁴.

La ley 25.300 del 16 de agosto de 2000 –Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa– en su art. 1º, según modificación introducida por la ley 27.264 del 1/8/16, delega en la autoridad de aplicación la definición de las características que deberán reunir las empresas para responder a las categorías en cuestión, a cuyo efecto ésta deberá, en tanto se justifique, tomar en consideración las especificidades sectoriales y regionales, como también ciertos atributos tales como el personal ocupado, el valor de las ventas y de los activos aplicados al proceso productivo. Tales categorizaciones serán revisables anualmente a fin de mantener actualizados tanto los parámetros como las mentadas especificidades.

Los beneficios que el ordenamiento argentino concede a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas se extiende a los consorcios, UTEs, cooperativas y cualquier otra forma asociativa que estuvieran exclusivamente formadas por ellas.

En cambio, no serán consideradas Micro, Pequeñas y Medianas Empresas aquellas que, aunque se ajustaren a los parámetros definidos por la autoridad de aplicación, estuvieran vinculadas o controladas por empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros, que no los reunieran¹¹⁵.

En el ejercicio de las funciones que le competen, el 11 de agosto de 2017, la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa, dictó la Resolución 340 –E/2017, cuyo Anexo I establece las categorizaciones actualmente vigentes, a saber:

¹¹⁴ Ver G. J. ESCUDÉ / T. BURDISO / M. CATENA / L. D'AMATO / G. McCANDLESS / T.E. MURPHY, “Las MIPyMES y el Mercado de crédito en la Argentina”, *Documento de Trabajo* n° 15, Gerencia de Investigaciones Económico Financieras, Banco Central de la República Argentina, 2001, disponible en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/invest/trabajo15.pdf>

¹¹⁵ A los efectos de la normativa en cuestión, se considera que una empresa está vinculada a otra empresa o grupo económico cuando éstos participaren en el 20% o más del capital de la primera y está controlada por otra cuando la participación, ya sea directa o por intermedio de otra empresa a su vez controlada, fuera de más del 50% (conf. arts. 5, 6 7 concs. de la Resolución 340-E/2017).

A. Límites de ventas totales anuales expresados en pesos (\$) ¹¹⁶

Categoría/Sector	Construcción	Servicios	Comercio	Industria y Minería	Agropecuario
Micro	\$ 4.700.000	\$ 3.500.000	\$ 12.500.000	\$ 10.500.000	\$ 3.000.000
Pequeña	\$ 30.000.000	\$ 21.000.000	\$ 75.000.000	\$ 64.000.000	\$ 19.000.000
Mediana tramo 1	\$ 240.000.000	\$ 175.000.000	\$ 630.000.000	\$ 520.000.000	\$ 145.000.000
Mediana tramo 2	\$ 360.000.000	\$ 250.000.000	\$ 900.000.000	\$ 760.000.000	\$ 230.000.000

En el caso de las empresas que tuvieran como actividad la intermediación financiera, servicios de seguros o inmobiliarios, además del límite de ventas, sus activos no deberán superar los 100.000.000 de pesos según lo informado en el momento de la presentación de la última Declaración Jurada de Impuesto a las Ganancias (conf. art. 3 Resolución 340 –E/2017).

Si la empresa realizare actividades en más de un sector de los indicados en el cuadro anterior, se la considerará enmarcada en el sector cuyas ventas hayan sido mayores. Sin embargo, si en algún sector, la actividad superara los límites cuantitativos determinados por la autoridad de aplicación, no será considerada micro, pequeña ni mediana empresa (conf. art. 4 de la Resolución 340-E/2017).

Tampoco revestirán tal carácter las empresas que realizaren actividades excluidas (servicios de hogares privados que contratan servicio doméstico, servicios de organizaciones y órganos extraterritoriales, administración pública, defensa y seguridad social obligatoria, servicios relacionados con juegos de azar y apuestas).

En lo que se refiere al acceso del Mercado de Capitales, cuadra destacar que conforme lo dispuesto por el art. 1 de la Resolución General 670/2016 de la Comisión Nacional de Valores, al sólo efecto del acceso al mercado de capitales se considera “PYMES CNV” a las empresas constituidas en el país cuyos ingresos totales anuales no superen los siguientes valores, a saber:

Sector Tamaño	Agropecuario	Industria y Minería	Comercio	Servicios	Construcción
PYME	160.000.000	540.000.000	650.000.000	180.000.000	270.000.000

Si tuviera ventas en más de un sector, se considerará aquél en el cual el ingreso haya sido mayor.

Las empresas que responden a la categoría de micro, pequeña o mediana empresa, gozan de una serie de beneficios fiscales (diferimiento en el pago del Impuesto al Valor Agregado, exención de impuesto a la ganancia mínima presunta,

¹¹⁶ A los efectos de tener una idea aproximada de los montos expresados en USD se informa que la cotización del dólar tipo vendedor al 4/10/17 según el BNA es de \$ 17,60 (www.bna.gov.ar).

deducción de impuesto al cheque en un 50% en el caso de las PYMES industriales medianas T1 y del 100% en el caso del resto de las micro y pequeñas empresas, deducción de hasta el 10% de la inversión en maquinarias o infraestructura del Impuesto a las Ganancias, mayores umbrales de retención impositiva), crediticios (acceso a líneas de crédito a tasas y plazos especiales) y cambiarios (aumento de los plazos para el ingreso de divisas).

2. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

La República Argentina no ha estado ajena al movimiento que reclama estructuras societarias simples, ágiles, flexibles y adecuadas, precisa aunque no exclusivamente, a este tipo de empresas.

En tal sentido cabe destacar el avance que supuso la ley 26.994 que no sólo aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación sino que además introduce importantes modificaciones en la Ley 19550, ahora denominada Ley General de Sociedades (LGS), entre las cuales se destaca la desaparición de la exigencia de pluralidad de socios y la introducción de la figura de la sociedad unipersonal.

Conforme el nuevo texto del art. 1° de LGS, la sociedad unipersonal sólo se podía constituir como sociedad anónima y no podía, a su vez, estar constituida por otra sociedad unipersonal.

En forma coherente con el cambio introducido, el punto 2.19) del Anexo II de la ley 26994, sustituye el primitivo art. 94 por un nuevo texto, en el cual es dable advertir la desaparición de la reducción a uno del número de socios como causal de disolución. Por otra parte, el art. 94 *bis* contenido en el mismo punto del Anexo II, dispone la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

Cierto sector de la doctrina señaló que, si bien el propósito perseguido era beneficiar al empresario individual, no parecía haberse logrado puesto que la complejidad derivada del régimen de organización y funcionamiento permitía presumir que sería más bien una figura útil para la gran empresa o para los capitales extranjeros que desearan invertir en la Argentina sin recurrir a “sociedades de cómodo” locales¹¹⁷.

¹¹⁷ S. BALBÍN, “La reforma de la ley de sociedades comerciales 19550 por la ley 26.994 de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en: Rivera, J.C. / Medina, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación* Comentado, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014, p. 1007, con citas de R. MANÓVIL y E. RICHARD.

En otro orden, destacamos que las modificaciones introducidas a la Sección IV del Capítulo I, condujeron a afirmar la introducción en el sistema argentino de un nuevo tipo o subtipo innominado de “sociedad residual”, “simple” o “libre”, abarcativo de todo supuesto no tipificado o incluso derogado¹¹⁸. En opinión de autorizada doctrina, esto implicó conferir a los constituyentes un amplio margen para el ejercicio de la autonomía, pudiendo diseñar a medida la estructura societaria, llegando incluso hasta poder modificar el régimen de responsabilidad mancomunada respecto de las obligaciones sociales respecto a terceros establecida por el art. 24 de la LGS¹¹⁹.

Sin embargo, la inclusión de la sociedad unipersonal en el art. 299 de la LGS (punto 2.26 del Anexo II de la Ley N° 26.994), lo cual importa el sometimiento al régimen de fiscalización estatal permanente, terminó por tornarla una figura inapropiada para las PYMES aunque funcional a las grandes empresas¹²⁰.

En este contexto, se advierte que los cambios introducidos no resultaban suficientes para responder a los reclamos de mayor autonomía contractual, más flexibilidad, rapidez y sencillez en materia societaria.

Así, aparece la Sociedad por Acciones Simplificada en el República Argentina a través la ley 27349 del 29 de marzo de 2017. Se trata de una suerte de “ley omnibus” que contiene una miscelánea de disposiciones cuyo objetivo central es brindar apoyo a la actividad emprendedora en el país y fomentar su expansión internacional. Consta de cinco Títulos, el primero de los cuales contiene los objetivos, las definiciones, el tratamiento impositivo, algunas disposiciones de carácter general¹²¹ y crea el Fondo

¹¹⁸ Ver S. BALBÍN (nota 117), p. 1014 y D.R. VÍTOLO, “La Sociedad Anónima Simplificada (SAS)”, Cita Online: AR/DOC/3076/2016, p. 2.

¹¹⁹ D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 2.

¹²⁰ D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 2.

¹²¹ La ley crea un Registro de Instituciones de Capital Emprendedor en el cual deben inscribirse las mismas, sus administradores y los inversores en capital emprendedor para poder acogerse a los beneficios que instituye la ley (conf. art. 4). Define los conceptos de “emprendimiento”, “emprendedores”, “instituciones de capital emprendedor”, “inversores en capital emprendedor” (conf. arts. 1, 2, y 3). Se prevé que en los casos de inscripción en dicho Registro, entre otras obligaciones, deberán cumplir con las normas aplicables en materia de prevención de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y otras actividad ilícitas (conf. art. 6). La inscripción en el mencionado registro conferirá a los emprendimientos el carácter de micro, pequeña o mediana empresa en los términos del art. 1 de la ley 25300 y modificatorias, siempre que la actividad que desarrollen no se encuentre excluida y se adecuen a los parámetros fijados por la autoridad de aplicación de la mencionada norma, aun cuando se encuentren vinculadas a empresas o grupos económicos que no reúnan tales requisitos., crea un Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores (conf. arts. 65 y ss.). El Decreto 711/2017, del 08/09/2017, aprueba la reglamentación del Título I de la ley 27.349, faculta a la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción a dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueren necesarias para la interpretación y aplicación de dicho Título y de lo dispuesto en la Reglamentación.

Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor (FONDCE) cuya vigencia será de treinta años contados a partir de su efectiva puesta en funcionamiento¹²².

El Decreto 711/2017, del 8/9/17, aprobó la reglamentación del Título I de la ley 27349 y facultó a la Secretaría de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción a dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueren necesarias para la interpretación y aplicación de dicho Título y de lo dispuesto en la reglamentación.

El Título II de la Ley 27349 implementa un Sistema de Financiamiento Colectivo destinado a fomentar el financiamiento de la industria de capital emprendedor a través del mercado de capitales (conf. art. 22 y ss.)¹²³, imponiendo a quienes se ocupen de la captación de fondos del público inversor a través de las formas establecidas por el sistema, el deber de actuar conforme los principios de transparencia, diligencia y objetividad. Asimismo se establece claramente el deber de observar las disposiciones específicas en materia de defensa de los derechos del consumidor en lo que se refiere al deber de información, sus riesgos y beneficios potenciales, como también el sometimiento a la normativa en materia de prevención de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas (conf. art. 32).

El Título III regula la SAS y el Título IV crea el “Fondo semilla” (conf. arts. 63 y ss.) y el Título V contiene las Disposiciones Generales, entre las cuales se encuentra la que crea el “Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores” (conf. art. 65).

La inclusión de la SAS dentro de esta ley ha merecido críticas desde la óptica la técnica legislativa puesto que, vale la pena destacarlo, no todas las sociedades constituidas bajo este tipo responderán a las categorías empresariales previstas por dicha ley. De hecho se estima que no sólo serán utilizadas por “emprendedores” sino también por empresas familiares o incluso compañías multinacionales¹²⁴.

¹²² Su objeto es financiar emprendimientos e instituciones de capital emprendedor registrados como tales; la ley establece como se generarán y aplicarán sus recursos (conf. arts. 16 y ss.) como también cuáles serán sus órganos cuyas funciones y atribuciones deberán ser definidas por la reglamentación. Se exime al FONDCE y al fiduciario en las operaciones relacionadas con el FONDCE de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales existentes y futuras e invita a las jurisdicciones locales a disponer idénticas exenciones respecto de los tributos que perciben.

¹²³ La autoridad de aplicación, control, reglamentación, fiscalización y aplicación de este título es la Comisión Nacional de Valores, la cual deberá establecer los requisitos a cumplir por quienes estén incluidos en ese sistema. La ley contiene una serie de definiciones necesarias para la implementación del sistema, determina las únicas formas de participación de los inversores en un proyecto de financiamiento colectivo y establece ciertas exigencias a cumplir por los mismos; también se indican los límites y exclusiones del sistema, se enumeran los servicios que prestarán las plataformas de financiamiento colectivo y se imponen prohibiciones de realizar ciertas actividades al responsable de la plataforma de financiamiento colectivo y/o a las mismas.

¹²⁴ Ver C. MOLINA SANDOVAL, “Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)”, Cita *Online*: AR/DOC/1012/2017, p. 1.

A) Principales características del nuevo tipo societario

La SAS argentina ha sido prevista como un nuevo tipo societario cuyos alcances y características están fijados por la ley 27.349 y al cual resultan aplicables, en forma supletoria y en tanto resultaran compatibles, las disposiciones de la ley 19.550 –Ley General de Sociedades– (LGS)¹²⁵.

Sin embargo, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina esta “aplicación supletoria” podría generar algunos inconvenientes derivados incluso de ciertas remisiones internas, lo cual obligaría a efectuar una especie de “orden jerárquico normativo”. El orden propuesto pone en primer lugar a la ley 27.349, luego a la LGS en lo vinculado a la “organización interna” y al “órgano de administración” puntualmente las normas sobre Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL) y en lo que estas no regulen las normas sobre Sociedad Anónima (S.A.), ya sea por remisión de la LGS o por analogía, y supletoriamente el Código Civil y Comercial¹²⁶.

El régimen normativo se integra además por las resoluciones que pudieren dictar las autoridades a cargo de los registros públicos de las diferentes jurisdicciones –en el caso de la Capital Federal, la Inspección General de Justicia (IGJ)– y otros organismos, tales como la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

En tal sentido, se destaca que el 26 de julio de 2017, la IGJ dictó la Resolución General 6/2017 (RG IGJ 6/17) en vigor desde el 01 de septiembre de 2017, aprobatoria de las normas de dicho organismo relativas a las SAS contenidas en el Anexo A, el cual a su vez consta de tres Anexos –A1, A2 y A3– de los cuales surgen los aranceles para los distintos trámites, el instrumento constitutivo y edictos modelos.

Por otra parte, la AFIP y la IGJ dictaron el 27 de julio de 2017 la Resolución Conjunta General 4098-E/2017 (RCG AFIP-IGJ 4098/17), a través de la cual se reglamenta la obtención de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) en forma rápida y simplificada para las SAS¹²⁷.

La SAS argentina no es una figura novedosa. Muy por el contrario, diversos regímenes existentes en otros Estados, a los cuales nos hemos referido en acápite anteriores, han inspirado a nuestro legislador; entre ellos merecen destacarse la Ley 1258 de Colombia del año 2008, la Ley General de Sociedades Mercantiles de México según reforma del 14 de marzo de 2016 y la Ley 20.190 de Chile.

¹²⁵ Otra de las críticas de técnica legislativa que se ha vertido al respecto es que por tal razón debería haberse introducido mediante una modificación a la LGS o incluso una ley específica, siguiendo los modelos de las legislaciones que la inspiran. Ver C. MOLINA SANDOVAL (nota 124), p. 1; D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 3.

¹²⁶ C. MOLINA SANDOVAL (nota 124), p. 2.

¹²⁷ Se ha invitado a los organismos registrales de las jurisdicciones provinciales a dictar resoluciones conjuntas similares con la AFIP.

Se inscribe dentro del contexto de modernización del Estado con un fuerte énfasis en la digitalización, la facilitación del acceso a las inscripciones tributarias y al sistema financiero, la celeridad en el trámite de inscripción, la simplificación de los procedimientos, la reducción de los costos¹²⁸ y la concesión de un margen relativamente amplio a la autonomía de las partes. No obstante, se advierte la necesidad de resguardar ciertos intereses de carácter público a través del establecimiento de algunas normas imperativas de orden interno. Todo ello se refleja en las diferentes normas legales y reglamentarias.

No constituye un dato menor que en la República Argentina los Registros Públicos son locales y no en todas las provincias resulta posible, al menos por el momento, la digitalización. A ello se agrega la posibilidad de que las distintas autoridades registrales dicten reglamentaciones diferentes dentro de los límites que surgen de la ley misma¹²⁹.

La SAS puede ser constituida por una o más personas humanas, residentes o no residentes en la Argentina, o jurídicas, constituidas en Argentina o en el extranjero, las cuales limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía solidaria e ilimitada hacia terceros por la integración de los aportes.

No obstante, cabe destacar la exigencia de dos limitaciones importantes:

- a) una SAS unipersonal no podrá constituir ni participar en otra SAS unipersonal;
- b) ya sea para constituir una SAS o para mantener su carácter, la sociedad no deberá estar incluida en los incs. 1, 3, 4 y 5 del art. 299 de la LGS ni estar controlada por una sociedad de las comprendidas en el art. 299 de la LGS ni estar vinculada en más de un 30% de su capital a una sociedad incluida en dicha norma¹³⁰. En caso de que se produjera esta eventualidad en forma

¹²⁸ Se estima que el costo es cuatro veces inferior al de constitución de una SRL.

¹²⁹ La Dirección de Personas Jurídicas de Misiones reglamentó la SAS a través de la Disposición N° 176 de fecha 31/05/2017. Disponible en: <http://www.personasjuridicas.misiones.gov.ar/web/documents/20181/24022/DISP-176-17-S-A-S.pdf/a4ae151b-2391-4ae5-b986-a8797f5f9e20>.

Por su parte, la provincia de Chaco también lo ha hecho en fecha 06/07/2017. Ver: <http://cpcechaco.org.ar/uploads/cpceweb/archivos/7ec88fd2e71fb8ad866bcdacb218ba14e058bb2.pdf>

La Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de Córdoba redactó el Estatuto Modelo, incluso con anterioridad a la IGJ. En agosto de 2017 implementó la plataforma *web* que permite constituir una SAS *on line* en el marco del Programa de modernización e innovación tecnológica. Ver: <https://blog.errepar.com/2017/08/04/sociedades-por-acciones-simplificada-inscripcion-online-cordoba/>

¹³⁰ “Fiscalización estatal permanente. Artículo 299. Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

1º) hagan oferta pública de sus acciones o debentures;

2º) tengan capital social superior a pesos argentinos quinientos (\$a 500), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario; (Nota Infoleg: por art. 1º de la

posterior a la constitución, la SAS debe transformarse en alguno de los tipos previstos por la LGS dentro del plazo de seis meses, lapso por el cual los socios responderán frente a terceros en forma ilimitada y subsidiaria, sin perjuicio de otras responsabilidades en las que pudieren haber incurrido.

Es importante destacar que, al no haberse hecho referencia al inciso 4° del art. 299 de la LGS, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los tipos societarios, la SAS cuyo capital supere los 10.000.000 pesos, no estará sujeta a fiscalización estatal permanente.

En cuanto a las personas jurídicas extranjeras que vayan a formar parte de una SAS, cabe señalar que, en el ámbito de la Capital Federal, deberán acreditar su inscripción en los términos del art. 118 o 123 de la LGS¹³¹. Si fueran personas jurídicas no societarias deberán acreditar su existencia e inscripción, personería y facultades de quienes las representen en el acto de constitución, indicar su sede social, acreditar la capacidad para constituir la SAS. En su caso, también deberá acompañarse un certificado de autorización y/o inscripción emanada de la autoridad competente del Estado de origen (conf. art. 15 del Anexo A de la RG IGJ 6/17).

El capital, cuyo monto al momento de la constitución no podrá ser inferior al equivalente a dos veces el salario mínimo, vital y móvil¹³², se divide en acciones – nominativas no endosables– ordinarias o preferidas, pudiendo ser también escriturales¹³³.

Disposición N° 6/2006 de la Subsecretaría de Asuntos Registrales, B.O. 17/5/2006, se fija en Pesos Diez Millones (\$ 10.000.000.-) el monto a que se refiere este inciso);

- 3°) sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI;
- 4°) realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros;
- 5°) exploten concesiones o servicios públicos;
- 6°) se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores.
- 7°) se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales. (Inciso incorporado por punto 2.26 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O., 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O., 19/12/2014)", disponible en: www.infoleg.gov.ar

¹³¹ Es dable suponer que lo propio será exigido en cada una de las jurisdicciones puesto que no existe norma alguna que exima a las sociedades extranjeras que deseen constituir una SAS en la República Argentina de cumplir con las disposiciones de la Sección XV de la LGS.

¹³² Desde el 01/07/2017 el salario mínimo, vital y móvil asciende a \$ 8860, a partir del 01/01/2018 ascenderá a \$ 9500 y a partir del 01/07/2018 a \$ 10000 (conf. art. 1 de la Resolución 3-E/2017 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. De modo tal que el capital no puede ser menor a \$17.720; para tener idea de la magnitud de la exigencia señalamos que esto a USD 1.006,88 tomando la cotización del dólar tipo vendedor del BNA al 04/10/2017. Sin perjuicio de apuntar el carácter controversial en el derecho comparado acerca de la exigencia de un capital mínimo en este tipo de sociedades –no aparece idéntica exigencia en las legislaciones colombiana, francesa, mexicana entre otras-, la doctrina se ha expresado críticamente con respecto a esta exigencia, estimándola inapropiado vincularla a un indicador salarial en lugar de a otros parámetros de corte más empresarial. Ver D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 8.

¹³³ Si no se emitieran los títulos representativos de las acciones, su titularidad se acreditará a través de las constancias de registración que llevará la SAS en el libro de registro de acciones

Los aportes pueden hacerse en dinero¹³⁴ o en especie¹³⁵.

En caso de aumento de capital, la reunión de socios podrán decidir las características de las acciones a emitir, clases y derechos de las mismas, las cuales podrán ser emitidas a valor nominal o con prima de emisión, incluso diferenciales¹³⁶.

La SAS deberá llevar registros en forma digital (Libro de Actas, Libro de Registro de Acciones, Diario, Inventarios y Balances). En cuanto a los estados contables, la reglamentación vigente para el ámbito de actuación de la IGJ establece claramente que la SAS se encuentra exenta de la obligación de presentar estados contables ante dicho organismo, aun cuando quedara comprendida en el art. 299 inc. 2 de la LGS¹³⁷.

En el caso de las SAS que se constituyeran dentro del radio de actuación de la IGJ, se destaca que los registros digitales se habilitan automáticamente en el momento de inscripción¹³⁸.

El instrumento constitutivo y sus modificaciones, los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser hechos en protocolo notarial electrónico. Si lo hubieran sido en soporte papel, la primera copia deberá ser expedida en forma digital y con firma digital del autorizante. La inscripción será exclusivamente en forma electrónica.

B) Principales requisitos del acto constitutivo

La SAS se puede constituir por instrumento público o privado, debiéndose en este último caso certificarse la/s firma/s del/los socio/s en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo. Podrá constituirse también por medios digitales con firma digital.

Sin perjuicio del rol que se le confiere a la autonomía de la voluntad en orden a la inclusión de las cláusulas que los socios deseen, se establecen ciertos requisitos mínimos que deberá contener el instrumento constitutivo. Entre ellos

¹³⁴ Como mínimo debe integrarse el 25% en el momento de la suscripción y el resto dentro del plazo de dos años. Ver asimismo art. 25 del Anexo A de la RG IGJ 6/17.

¹³⁵ Deben integrarse en un 100% al momento de la suscripción. Ver, asimismo, art. 26 del Anexo A d de la RG IGJ 6/17.

¹³⁶ El instrumento constitutivo podrá prever que si el aumento de capital fuera menor al 50% del capital inscripto, no sea necesario publicidad ni inscripción de la resolución de la reunión de socios.

¹³⁷ No obstante, en ciertos casos, por razones tributarias, pueden hallarse obligadas a presentar estados contables ante la AFIP. Ver www.afip.gob.ar

¹³⁸ Véanse al respecto arts. 51 y ss. del Anexo A de la RG IGJ 6/17.

se mencionan, los relativos a los datos de identificación personal y tributaria de los socios, la denominación social¹³⁹, el domicilio y sede de la sociedad¹⁴⁰, la designación de su objeto¹⁴¹, el plazo de duración¹⁴², el capital social y aporte de cada socio¹⁴³, lo relativo a la organización de la administración y de las reuniones de socios y, en su caso, de la fiscalización¹⁴⁴, la designación de representante legal, las reglas para distribución de utilidades y soporte de las pérdidas. También deberán incluirse las cláusulas necesarias para establecer derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto a terceros, reglas en materia de funcionamiento, disolución y liquidación y fecha de cierre de ejercicio.

Ha de tenerse presente que se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta.

Si la SAS se constituyera dentro de la Capital Federal, las inscripciones en el Registro Público tanto del acto constitutivo como de todos los actos que requieran inscripción, deberán ser efectuados a través del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), aprobado por Decreto N° 561/2016 (conf. art. 3 del Anexo A de la RG IGJ 6/17)¹⁴⁵.

¹³⁹ Deberá contener la expresión “Sociedad por Acciones Simplificada”, su abreviatura o la sigla SAS. Dicha mención deberá efectuarse en los actos que la SAS celebre puesto que su omisión torna responsables a los administradores o representantes de la sociedad por los actos que celebren de esa manera, en forma ilimitada y solidaria.

¹⁴⁰ Si en el instrumento constitutivo sólo constare el domicilio, la dirección de su sede se podrá hacer constar en acta de constitución o podrá inscribirse simultáneamente a pedido por separado efectuado por el órgano de administración.

¹⁴¹ Podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que lo constituyen, sin que deban necesariamente guardar relación o conexidad entre ellas.

¹⁴² Deberá ser determinado.

¹⁴³ Expresado en moneda nacional, con indicación de clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones, suscripción, monto y forma de integración y, en su caso, el plazo para el “pago del saldo adeudado” que no podrá exceder los dos años desde la firma del instrumento constitutivo, en su caso, como también, en su caso, el régimen de aumento.

¹⁴⁴ Se deberán individualizar los integrantes de los órganos de administración, la duración de sus cargos, los domicilios donde serán válidas las notificaciones que se les cursen en tal carácter. Lo propio, si correspondiera, en caso de existir órgano de fiscalización.

¹⁴⁵ A medida que las provincias vayan también modernizándose e incorporándose al movimiento digitalizador, seguramente se implementarán en ellas sistemas similares. Se destaca que del 05 al 20 de octubre de 2017 se encuentra abierta la convocatoria a las provincias que deseen implementar el trámite de constitución y demás trámites que requieran inscripción por medios digitales para SAS, en el marco del Programa de facilitación para la implementación del régimen de SAS. A tales fines, las provincias interesadas deberán suscribir una “Nota de adhesión y Guía de reconocimiento del estado de situación provincial”. Efectuadas las evaluaciones y trámites de rigor, de aprobarse la adhesión, se encuentra previsto un convenio de cooperación con posibilidad de apoyo financiero nacional (financiamiento propiamente dicho o incluso aportes no reembolsables de la Nación a las provincias).

Las actuaciones se deben iniciar a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) implementada por Decreto 561/2016 y modificatorios, Decreto 1063/2016 y por la Resolución N° 12/2016 de la Secretaría de Modernización Administrativa, revistiendo todos los datos y documentación que sea proporcionada por el interesado, el carácter de declaración jurada¹⁴⁶. Las registraciones se efectuarán exclusivamente en forma electrónica, exigiéndose firmas digitales en el caso de los documentos que deban hallarse firmados.

Se impone la exigencia de publicación por un día en el diario de publicaciones legales correspondientes al lugar de constitución¹⁴⁷. En el caso de las que se encuentren dentro del radio de actuación de la IGJ, el aviso quedará confeccionado automáticamente a partir de los datos que se ingresen a la plataforma TAD.

Los trámites de inscripción, en tanto se hallare cumplidos todos los requisitos y se utilizare el modelo provisto por el registro público, no demora más de 24 horas desde el día de la presentación¹⁴⁸. Y, en el caso de las constituidas en la Capital Federal, la constancia de inscripción se remitirá en forma electrónica con firma de la IGJ, a la casilla TAD del solicitante.

La SAS puede obtener su CUIT¹⁴⁹ dentro de las 24 horas de presentado el trámite a través de la plataforma TAD si se adoptó el instrumento constitutivo modelo puesto que, en el ámbito de la jurisdicción de la Capital Federal, el sistema GDE efectúa la solicitud en forma automática a la AFIP. En el resto de los casos, la IGJ una vez analizada la información y documentación recibida para la inscripción, a través de un servicio *web* remite la solicitud a la AFIP a tales efectos.

¹⁴⁶ De contar con toda la documentación necesaria en la forma legal y reglamentaria prevista el trámite no debería durar más de quince minutos.

¹⁴⁷ Al pronunciarse sobre el proyecto de ley, Rovira destacó que “Es contradictorio con el propósito de simplificar y disminuir el costo del trámite imponer la necesidad de la publicidad ficta que implica la publicación por un día de un resumen del acto constitutivo en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción. La doctrina ya ha resaltado la falta de aporte de este medio de publicidad como un modo de contribuir a la seguridad del tráfico además de ser un medio costoso y poco ágil para las sociedades cerradas, como será el caso de las SAS (36). Lo que realmente interesa es la posibilidad de que cualquier persona acceda en forma fácil, irrestricta y de un modo no oneroso a los registros públicos y los datos obrantes en ellos. Ver A.L. ROVIRA, “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, Cita *Online* AR/DOC/3074/2016, p. 7.

¹⁴⁸ En el resto de los casos dependerá de lo que disponga el registro público de cada jurisdicción. Esta circunstancia junto a la posibilidad de realizar el trámite a distancia han sido los ejes de la publicidad oficial de la SAS para mostrarla como un “producto atractivo”. Sin embargo, cabe destacar que esto no es privativo del nuevo tipo societario ya que, por ejemplo, la Resolución General de la Inspección General de Justicia 5/2017 del 10 de julio de 2017 (en vigor desde el 12 de julio de 2017) estableció un trámite diferenciado para la constitución, intervención y rúbrica de libros de la SRL, bajo la modalidad de trámite urgente, de resultas del cual, si no merece observaciones, también se inscribirá dentro de las 24 horas. Otros trámites ante dicho organismo correspondientes a diferentes tipos societarios pueden realizarse también a distancia.

¹⁴⁹ No se exige presentar en dicho momento prueba de su domicilio sino que goza para ello de un plazo de 12 meses contados a partir de la constitución.

En otro orden, se destaca que la AFIP ha facilitado el trámite de obtención de autorización para la emisión de facturas tipo “A” al eximir las de la obligación de presentación de formularios y documentación respaldatoria de sus bienes o cuenta bancaria, exigibles en otros casos¹⁵⁰.

C) Transferencia de acciones

El régimen de transferencia de las acciones será el determinado en el instrumento constitutivo, admitiéndose la posibilidad de que se establezcan limitaciones o prohibiciones de transferencia de acciones o de algunas de sus clases.

Así, el instrumento constitutivo podrá prever la autorización previa de la reunión de socios o directamente la prohibición de transferencia. En este último caso, podrá hacerlo por un período no mayor a los diez años contados a partir de la emisión, lapso prorrogable por períodos adicionales no mayores de diez años siempre que la decisión fuera adoptada por unanimidad.

De adoptarse reglas de este tipo, deberán registrarse en el libro Registro de Acciones, en los títulos representativos o, en el caso de las escriturales, en los comprobantes que se emitan¹⁵¹.

D) Estructura orgánica y funcionamiento

Si bien compete a los socios la determinación de la estructura orgánica de la sociedad y el funcionamiento de los órganos sociales, ha de tenerse presente que ello deberá ser de conformidad con lo establecido por la ley 27349, el instrumento constitutivo y supletoriamente, las disposiciones que rigen la SRL y las demás disposiciones generales de la LSC.

a) *Órgano de administración y representación legal*

La representación legal podrá estar a cargo de una o más personas humanas, socios o no¹⁵². El representante legal debe revestir el cargo de administrador;

¹⁵⁰ No obstante, su comportamiento y cumplimiento fiscal serán monitoreados para determinar si corresponden mantener la autorización para la emisión de este tipo de comprobantes o si, por el contrario, deberán emitir facturación tipo “M” (básicamente la desventaja de la emisión de comprobante “M” en lugar de “A” se vincula a las retenciones de las cuales podría ser pasible la SAS). Ver las características y condiciones de cada tipo de factura o comprobante en www.afip.gov.ar

¹⁵¹ Las transferencias que se hicieran en infracción a lo previsto en el instrumento constitutivo serán de ningún valor (conf. art. 48).

¹⁵² Es claro, pues, que una persona jurídica no puede revestir este carácter, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, como el colombiano, el francés o el dominicano. Ver D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 11.

en caso de silencio del instrumento constitutivo, todos los administradores podrán representar a la SAS en forma individual e indistinta¹⁵³.

El órgano de administración estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, los cuales podrán ser designados por un plazo determinado o indeterminado, ya sea en el instrumento constitutivo o posteriormente¹⁵⁴. En caso de administración plural, al menos uno deberá tener domicilio real en la Argentina¹⁵⁵. Los domiciliados en el extranjero deberán contar con Clave de Identificación (tributaria), designar un representante en la Argentina¹⁵⁶ y constituir un domicilio donde se considerarán válidas las notificaciones que se le realicen en tal carácter.

No se exige a los administradores la constitución de la garantía prevista por los arts. 76 y 119 de la Resolución (G) IGJ N° 7/2015¹⁵⁷.

Las reuniones podrán hacerse en la sede social o fuera de ella; podrán utilizarse medios que permitan la comunicación simultánea entre los socios.

b) *Órgano de fiscalización*

La previsión de un órgano de fiscalización es optativa. En caso de que los socios resolvieran contar con el mismo, deberán establecer las disposiciones correspondientes en el instrumento constitutivo. Supletoriamente se regirán por las disposiciones de la LGS.

c) *Órgano de gobierno*

Es la reunión de socios, las cuales podrán celebrarse en la sede social o fuera de ella. Se pueden utilizar medios que permitan a los socios y participantes comunicarse en forma simultánea. El acta será suscripta por el administrador o representante legal, debiendo dejar constancia del medio utilizado para la comunicación.

¹⁵³ Conf. art. 29 del Anexo A de la RG IGJ 6/17.

¹⁵⁴ Las designaciones y cesación deben ser inscriptas en el registro público. Se debe designar al menos un suplente si se prescinde del órgano de fiscalización. Se debe efectuar la declaración jurada sobre la condición de Persona Expuesta Políticamente; si no lo fuera bastará con la manifestación expresa de que no lo fuera en el formulario de carga de datos (conf. art. 34 del Anexo A de la RG IGJ 6/17).

¹⁵⁵ Desde la perspectiva de la internacionalización es un dato importante ya que el régimen de la LGS en materia de sociedades anónimas exige que la mayoría de los integrantes del órgano de administración tenga su domicilio real en la República Argentina.

¹⁵⁶ El poder que en tal sentido otorgue no se inscribe y se limita a la recepción de notificaciones por cuenta y orden de su representado y, en caso de que el otorgante lo considerara necesario, para realizar trámites ante los organismos administrativos.

¹⁵⁷ Conf. art. 31 del Anexo A de la RG IGJ 6/17.

Asimismo, se consideran válidas las resoluciones adoptadas por el voto de los socios que hubiera sido comunicado al órgano de administración por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro de los diez días de haberse efectuado una consulta en forma fehaciente, o las que resultaren de la declaración escrita en la cual los socios expresen el sentido de su voto.

Si la SAS es unipersonal, será el socio único el que adoptará las decisiones.

d) Responsabilidad

La responsabilidad de los administradores y representantes legales se rige por el art. 157 de la LGS, aplicable a las SRL¹⁵⁸. Este régimen de responsabilidad se extiende a las personas humanas que sin ser administradores o representantes legales intervinieran en una actividad positiva de gestión, administración o dirección (administradores de hecho)¹⁵⁹.

e) Disolución y liquidación

Se produce por voluntad de los socios adoptada en reunión de socios o en su caso por decisión del socio único o por las causales previstas en la LGS. Al procedimiento de liquidación se aplican las disposiciones de la LGS.

f) Transformación en SAS

La ley ha previsto la posibilidad de una sociedad ya constituida bajo uno de los tipos de la LGS transformarse en una SAS.

En tales casos, se establece expresamente la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria establecido por los arts.24, 30 y 31 de la ley 20.744.

g) Apertura de cuentas bancarias

La ley 27.349 establece que las entidades financieras deberán prever mecanismos que posibiliten la apertura de una cuenta en un plazo máximo a establecer por la reglamentación, requiriendo la presentación del instrumento constitutivo y constancia de CUIT. Obviamente, las entidades no estarán obligadas a otorgarles crédito.

¹⁵⁸ El art. 157 de la LGS en su parte pertinente dispone que “Responsabilidad. Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada”.

¹⁵⁹ La solución reconoce su fuente en la ley 1258 de Colombia. Ver D.R. VÍTOLO (nota 118), p. 12.

h) Resolución de conflictos

En relación a este tema la ley 27.349 incentiva su solución a través de medios alternativos de resolución de conflictos, permitiendo el arbitraje¹⁶⁰.

3. LOS PRIMEROS RESULTADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SAS

El 28 de septiembre de 2017 tuvo lugar la presentación formal del sistema de constitución de SAS pese a que desde hacía varias semanas era posible su constitución.

El régimen instaurado ha recibido amplia difusión gubernamental y según ha trascendido, desde que el sistema estuvo disponible hasta esa fecha, en la Capital Federal se habrían constituido 146 SAS, de las cuales 40 eran unipersonales¹⁶¹.

De todos modos, es aún muy pronto para evaluar su utilidad en relación a los propósitos puestos de manifiesto y al reclamo de sencillez y flexibilidad que el universo PYME ha formulado.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Anton Chéjov sentenciaba “¡Enterrar a los muertos y reparar a los vivos!”.

Según la revista Forbes, en los Estados Unidos sólo 1 de cada 10 emprendimientos sobrevive. En Argentina, en opinión de Boggiano, “muy probablemente sea 1 de cada 20... o quizás 1 de 30... imposible saber”¹⁶².

¹⁶⁰ El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, en vigor desde agosto de 2015, contiene un capítulo que regula el contrato de arbitraje (Capítulo 29, arts. 1649-1665). Se destaca que dada la organización federal del país-en virtud del art. 121 de la Constitución Nacional-, la legislación procesal constituye una materia no delegada en el Gobierno Federal y por ello reservada a las Provincias; cada una de ellas dicta su propio ordenamiento procesal tanto en materia civil cuanto en materia penal. Así, el juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Libro VI, arts. 736 y ss.) y en los diversos Códigos de Procedimientos provinciales. Más allá de que el Código Procesal de la Nación en el art. 1 autoriza en controversias patrimoniales y de índole internacional a prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros extranjeros, y que el nuevo Código Civil y Comercial en el art. 2605 autoriza el acuerdo de elección de foro a favor de árbitros, ninguno de los dos ordenamientos se refiere a otros aspectos del arbitraje internacional. En este sentido, es dable destacar que el Poder Ejecutivo Nacional (Expte. N° 228/16) presentó un Proyecto de Ley sobre arbitraje comercial internacional el 23 de noviembre de 2016. El 07/09/2017 el Senado aprobó el Proyecto de Ley y lo giró a la Cámara de Diputados.

Ver <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/228.16/PE/PL>

¹⁶¹ Diario *La Nación*, 29/09/17, p. 21.

¹⁶² Ver M.A. BOGGIANO, “La ley de emprendedores argentina no sirve”, *Carta financiera*, 09/04/2017, disponible en: <http://www.cartafinanciera.com/tendencia-actual/la-ley-de-emprendedores-argentina-no-sirve>

La realidad actual muestra que el mercado maneja determinados tiempos y eso no siempre encuentra su correlato lógico en las normas legales. No se puede tardar un año en constituir una sociedad, porque en la vida de una empresa pueden suceder en dicho lapso muchísimas cosas, desde que el socio se haya ido o que haya cambiado el rumbo del negocio hasta que la empresa no exista más. De allí que las propias PYMES hayan reclamado a lo largo de los años simplificación, flexibilización y modernización desde el momento mismo en que se comienza a tramitar la inscripción y durante toda su vida.

Desde diferentes sectores se ha señalado que la informalidad es un elemento que limita el afianzamiento de las PYMES en América Latina y que, para contrarrestar esta situación resulta necesario que la formalización se torne atractiva para las empresas, facilitando y disminuyendo los costos de los procesos burocráticos, creando incentivos, simplificando los trámites, reduciendo las tasas impositivas, creando programas de apoyo al desarrollo y financiamiento dirigido específicamente hacia este sector¹⁶³.

No constituye un dato menor que el Estudio IERALPyME sobre la situación de las PYMES en América Latina señale que, en la mayoría de los países, “una pequeña empresa necesita más de un mes para conseguir la licencia de operación, al tiempo en que en gran parte de los casos toma más tiempo a las pequeñas empresas que a las de mayor porte. Argentina es el país donde se necesitan más días (266) para obtener dicha licencia, según los datos de la encuesta a empresas del Banco Mundial (...). En Argentina las empresas de porte pequeño tienen una significativa demora en comparación con las empresas medianas y grandes, teniendo una relación de 3 a 1 en la demora promedio. En la comparación internacional, las PYMES se encuentran peor en Argentina que en la mayoría de los países de América Latina”. Por otra parte, si se considera la cantidad de reuniones con inspectores de impuestos o inspecciones tributarias, “Argentina ocupa el segundo lugar con un promedio de 1,7 reuniones en el último año, al tiempo que el primer puesto corresponde a Venezuela. (...) Argentina y Venezuela se presentan como los países en los que las empresas presentan número mayor de visitas de inspectores tributarios en el año. Este aspecto puede implicar una importante desventaja competitiva para las empresas argentinas, independientemente de su tamaño, relacionada con la presencia de mayores costos de cumplimiento, que se refieren a aquellos recursos que deben disponerse para cumplir con los pagos de impuestos”. En relación a los obstáculos para las pequeñas empresas, el Informe señala que los mismos son la administración tributaria, el acceso al financiamiento y las prácticas de empresas del sector informal (competencia desleal). En los dos primeros casos

¹⁶³ Ver “América Latina: en busca de pymes más competitivas”, Banco de Desarrollo de América Latina, 03/06/2016, disponible en: <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2016/06/america-latina-en-busca-de-pymes-mas-competitivas/>

“Argentina a su vez presenta indicadores que la ubican relativamente por encima de la mayoría de los países de América Latina, mientras que en el tercero, si bien se trata de un obstáculo importante para las empresas locales, tiene mayor incidencia en los otros países del continente”¹⁶⁴.

Si bien algunos países latinoamericanos muestran un creciente interés por flexibilizar y simplificar sus marcos societarios a través de la creación de nuevas figuras, sin embargo, a nivel continental no existe una política uniforme en este sentido. La Ley Modelo de la OEA sobre sociedades por acciones simplificada de 2017 puede constituir, en este sentido, un instrumento de *soft law* con potencialidad para armonizar los derechos materiales en materia de SAS de la región, sin perjuicio de algunas precisiones y ajustes que deberían efectuarse.

Si centramos nuestra atención en la República Argentina, los titulares de los diarios de hace unos meses anunciaban “Sociedades constituidas en 24 horas y habilitadas a gestionar el correspondiente CUIT o CDI y abrir una cuenta bancaria en un día, facilitando el acceso a líneas de financiamiento, con la posibilidad de emitir acciones del mismo derecho a diferente precio y digitalizar firma, libro y poderes”¹⁶⁵. Leer las noticias y los fundamentos de la normativa sobre emprendedores generaba una suerte de pronóstico favorable a los dilemas societarios de las PYMES. En esa línea, cabría preguntarse si la SAS implica un cambio de paradigma en el derecho societario y si estamos en presencia del instrumento que permita superar los obstáculos indicados en el estudio precedentemente citado. Al menos, en la doctrina argentina, diversos autores consideran que la respuesta es positiva¹⁶⁶.

La forma de la SAS, su tipicidad, su estructura, su funcionamiento puede tomar ficcionalmente la forma de un “corazón nuevo que late con frenesí en el mundo del derecho societario contemporáneo”. Ese “corazón” no pertenece, en principio, al derecho latinoamericano; ni siquiera podría uno aventurarse a decir que es propio de la tradición del derecho romano receptado por nuestros Códigos de Comercio o leyes de sociedades. Sin embargo, tiene componentes pragmáticos que tratan de brindar una solución rápida, efectiva, segura y a bajo coste frente a las diversas complejidades del mundo de las sociedades.

¹⁶⁴ Ver Estudio IERALPyME: La situación de las PyMEs en América Latina, 03/04/2012, disponible en: <http://www.ieralpyme.org/noticias/estudio-ieralpyme-situacion-pymes-america-latina-1728.html>

¹⁶⁵ Ver “SAS: empresas para funcionar en 24 horas”, *Diario Clarín*, 23/04/2017, disponible en www.clarin.com

¹⁶⁶ Ver L.A. HADAD, “La Sociedad por Acciones Simplificada y la llegada a la modernidad”, *La Ley*, 06/07/2017, pp. 1 ss., Cita *Online*: AR/DOC/1387/2017 y D.A.J. DUPRAT, “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, *La Ley*, 21/04/2017, pp. 1 ss, Cita *Online*: AR/DOC/1008/2017

Ahora bien, ¿resulta posible efectuar un “transplante de corazón”? ¿Es viable innovar en un tipo societario, aún incluso si se lo hace por fuera de la LGS, como ha sucedido en el ordenamiento argentino, aunque en una íntima relación que no permite desligarlo totalmente del régimen establecido por dicha ley?

Como en la novela “Reparar a los vivos” de la francesa Maylis de Kerangal, ¿es posible con precisión técnica “migrar un corazón societario”, efectuar un transplante legal? ¿Cómo acelerar las pulsaciones de las PYMES regionales que se mueven entre la idea de la tradición y de la reforma?

Como ha señalado Macdonald, la idea del transplante se presenta más bien de una forma neutral-positiva: el transplante de un órgano puede salvar una vida pero, de manera menos positiva, la figura del transplante puede ser valorada de forma diferente cuando se trata de introducir una especie foránea que destruye un hábitat indígena¹⁶⁷.

En el caso de las PYMES latinoamericanas no hay un transplante masivo, una importación de criterios que opere por la vía de un régimen convencional. Cada caso es diferente y cada transplante implica “reparar a los vivos”, ayudar a aquellas PYMES que no solo luchan por constituirse sino que denodadamente buscan sobrevivir, abaratando costes, intentando acceder a líneas de financiamiento buscando por todos los medios un funcionamiento más sencillo y sin tantas trabas que la lleven a la muerte. Cuando un país incorpora una figura como la SAS no sólo crea un nuevo tipo societario, sino que involucra preguntas que tienen que ver con los conceptos mismos de contractualidad y comercialidad, de libertad de regulación, de control y también de apertura.

Detrás de cada sistema societario se ocultan, entre otras, decisiones económicas de gran envergadura como la organización misma de la empresa, el control de los bienes, el equilibrio de la posición en el mercado de los operadores económicos y la protección de determinados grupos o sectores con intereses definidos. Como ha señalado Garro, factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un papel importante en la lucha por la armonización y unificación del derecho, a tal punto que “la búsqueda de una fórmula normativa armónica con la propuesta por otros sistemas jurídicos suele mezclarse, casi inevitablemente, con la búsqueda de la mejor norma o regla para enfrentar problemas similares”¹⁶⁸. Sin lugar a

¹⁶⁷ Ver R.A. MACDONALD, “Three Metaphors of normal migration in international context”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, n° 3, 2010, pp. 606-607. Asimismo, ver H. KRONKE, “Why Transplants Rarely work- Why Convergence is Insufficient in Commercial Law- Methodical Changes in Paradigm in the Harmonisation of Commercial Law”, disponible en: http://www.law.qmul.ac.uk/events.docs/London_February_2008_Kronke.ppt#1

¹⁶⁸ Ver A.M. GARRO, “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *RDCO*, n° 145 a 159, 1992, p. 352.

dudas la actuación de las PYMES –e incluso su internacionalización– se ha visto influenciada por aspectos políticos y económicos, entre los cuales pueden mencionarse la inversión extranjera y la ayuda financiera de ciertos organismos a cambio de “trasplantar” ciertas normas jurídicas:

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), luego de 20 años sin hacer un reporte sobre la República Argentina, presentó a fines de julio de 2017 los resultados del Estudio Económico Multidimensional sobre el país. Así, entre sus principales recomendaciones, el organismo instó a abrir la economía y a reducir el déficit fiscal. Según los resultados del mencionado Estudio, un objetivo que Argentina debería implementar es “abrir la economía y quitar las barreras al emprendimiento”¹⁶⁹. Con respecto a las barreras a los emprendedores, Argentina se encuentra (en un nivel de 0 a 6) con 3,15 –cifra muy superior a Chile, México o Colombia donde existe una normativa particular sobre sociedades por acciones simplificada¹⁷⁰.

Tal como ha sucedido en otros países latinoamericanos, la llegada de esta nueva figura marca un antes y un después en la creación de empresas y apuesta a formalizar a las PYMES y a los nuevos emprendimientos. Se evidencia un rol que asume el Estado en este proceso de formalización, en donde debe cooperar y no ser un obstáculo o valla infranqueable. Como ha señalado Ramírez, “la idea es cambiar la figura del ‘cadete del Estado’ que tiene que pasar por 11 ventanillas para inscribir una sociedad”, apostando de esta manera a la ventanilla única *online* y a que el Estado trabaje para el emprendedor que crea empleo¹⁷¹.

En Argentina la SAS ha sido calificada como una institución “revolucionaria”. En esta línea, Favier Dubois ha señalado que “a) ‘privatiza’ el derecho de las sociedades cerradas, al anteponer la voluntad de los socios sobre las normas de la ley 19.550 y sacarlas del área de la autoridad de contralor (art.33); b) ‘desjudicializa’, al procurar la resolución de los conflictos fuera de los tribunales (art. 57); c) ‘digitaliza’ al derecho societario al prever no sólo el uso de los TICS para la constitución, registros y comunicaciones, sino para la propia gestión societaria (art. 44); y d) Es ‘expansiva’, en tanto la ley prevé que las sociedades preexistentes pueden ser transformadas en S.A.S. para aprovechar sus grandes ventajas (art. 61), lo que ya ocurrió en otras latitudes”¹⁷².

¹⁶⁹ Ver <https://www.cronista.com/economiapolitica/La-OCDE-le-recomendo-a-Argentina-una-mayor-autonomia-del-BCRA-20170727-0067.html>

¹⁷⁰ Ver https://www.clarin.com/economia/ocde-argentina-necesita-paquete-reformas_0_S1zets5Ub.html

¹⁷¹ Ver A. RAMÍREZ, “En unos años, el 70% de las nuevas sociedades serán SAS. (Entrevista”, disponible en: <http://www.eleconomista.com.ar/2017-06-unos-anos-70-las-nuevas-sociedades-seran-sas/>

¹⁷² E.M. FAVIER DUBOIS, “La ‘sociedad por acciones simplificada’ y el sistema societario: Cuatro preguntas y el ‘miedo a la libertad’”, *La Ley*, 28/06/2017, pp. 11 ss, Cita *Online*: AR/DOC/1529/2017

La SAS establece un régimen más flexible y menos rígido que trata de adaptarse a las necesidades actuales, de manera tal que llevar adelante un emprendimiento no se convierta en una odisea surrealista¹⁷³. Sin embargo, esa simplificación no implica poner en riesgo la seguridad jurídica. Sabido es, en relación al acto de constitución y funcionamiento de sociedad comerciales, existen dos sistemas de control estatal o externo. De un lado, hay quienes consideran que el procedimiento registral societario sirve para la protección de los terceros y socios no controlantes y, por ende, debe cumplirse una multiplicidad de requisitos y someterse a vastos controles. Por otro lado, hay quienes se enrolan en una posición que considera que el trámite de constitución de una sociedad debe llevarse a cabo en el menor tiempo y con los menores costos posibles. Ahora bien, tales posturas no resultan inconciliables ya que la flexibilidad no debería implicar en ningún caso falta de seguridad. Y menos aún, posibilitar “un instrumento de fraude” y “un semillero de pleitos, que someta a los terceros a la tramitación de interminables pleitos en sede judicial”¹⁷⁴.

En el caso argentino se ha señalado que “las SAS serán una oportunidad para 3 millones de monotributistas, para el 42% de ocupados que trabajan en la informalidad y para que las 60.000 empresas que se crean por año en el país lo hagan de forma simple o ágil”¹⁷⁵.

La normativa argentina sobre SAS puede visualizarse como un traje a medida de las PYMES, o como un modelo para armar. Así, “la autonomía de la voluntad podrá desplegar sus alas inspirando modelos asociativos ajustados a la necesidad de cada empresario y de cada proyecto. Literalmente un ‘modelo para armar’ donde las normas imperativas quedan relegadas a su mínima expresión”¹⁷⁶.

¹⁷³ Ver “La historia de un pequeño comerciante que muestra las increíbles dificultades que afrontan los emprendedores”, *Infobae*, 03/04/2017, disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2017/04/03/la-historia-de-un-pequeno-comerciante-que-muestra-las-increibles-dificultades-que-afrontan-los-emprendedores/>

¹⁷⁴ En palabras de R.A. NISSEN (nota).

¹⁷⁵ Ver “La SAS como un nuevo tipo social autónomo por fuera de la ley 19.550”, disponible en: https://www.clarin.com/economia/economia/sas-empresas-funcionar-24-horas_0_rJOD4RPRg.html

¹⁷⁶ P.A. VAN THIENEN / I.G. DI CHIAZZA, “Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la Ley General de Sociedades”, *La Ley*, 17/08/2017, pp. 1 ss. Cita *Online*: AR/DOC/1533/2017. Los mencionados autores advierten que el modelo SAS de la ley argentina preocupa y que hubiese sido preferible remitir al modelo de supletoriedad de la ley colombiana 1258 de 2008. El artículo 45 de dicha ley señala expresamente lo siguiente: “En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”. “El modelo colombiano propone una pirámide de supletoriedad donde está muy claro que en primer lugar se aplica la ley SAS, inmediatamente los estatutos societarios, luego las normas que rigen el tipo anónimo y por último el Código de Comercio; y siempre que éstas últimas no sean contradictorias”. Por el contrario, el modelo argentino de supletoriedad es “más vago, ambiguo y escueto. Siendo esto así, observamos con preocupación un modelo de supletoriedad confuso donde no sabemos a ciencia cierta cuál será el efectivo alcance de la autonomía

Transplantar una figura –con todo lo que ello conlleva– no es una tarea sencilla. Es necesario efectuar la operación con precisión de cirujano a fin de evitar que las normas sean rechazadas como cuerpo extraño dentro del ordenamiento normativo al cual se incorporan, y que no queden cicatrices.

Podríamos interrogarnos acerca de si las SAS constituyen una herramienta legal válida para las PYMES latinoamericanas. En esta línea, como ha sostenido REYES VILLAMIZAR, “la propuesta de transplantar normas sobre sociedades por acciones simplificadas tiene la enorme ventaja de provenir de sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición civilista. Ellas han sido puestas en práctica en varios países europeos, donde esa forma asociativa ha alcanzado un éxito considerable. Así, instituciones de raigambre y origen inocultablemente anglosajón pueden también recibirse luego de haber pasado por el filtro de su incorporación en los países de Europa continental”¹⁷⁷.

Teóricamente es relativamente sencillo hacer un trasplante; el problema, lo verdaderamente trascendente, pasa por su implementación práctica. No se trata simplemente de crear una figura o sustituir una por otra, sino que la construcción de un régimen moderno y eficiente para las PYMES implica algo diferente. Desde una visión global, los fenómenos jurídicos necesitan ser observados desde una perspectiva histórica y geográfica, lo cual incluye, no sólo el estudio del derecho en espacios globales, regionales, y nacionales, sino también el análisis de las complejas historias de cambio, inercia, imposición, recepción, difusión e interacción que hacen parte de la dinámica de los órdenes jurídicos¹⁷⁸.

No puede soslayarse el hecho de que la tendencia en el derecho comparado de los últimos tiempos muestra una significativa evolución hacia regímenes que intentan simplificar y/o flexibilizar la constitución, modificación y disolución societaria. Los debates pasan hoy por la flexibilización y desregulación del Derecho de sociedades, lo cual implica simplificar la legislación, estableciendo sistemas de constitución de sociedades a través de medios electrónicos, utilizando estatutos tipo, eliminando controles que se estiman innecesarios o redundantes, reorganizando la estructura financiera de las sociedades, por ejemplo. Otro tema que se ha puesto sobre la mesa es el atinente al carácter que deben tener las normas societarias ya que, tradicionalmente, en el sistema continental europeo –del que

de configuración contractual en nuestro modelo SAS, piedra angular de esta nueva matriz asociativa creadora de un centro de imputación jurídico. Nuestro artículo 33 remite directamente a la supletoriedad de la LGSS, sin hacer referencia alguna al contrato o estatuto societario, más allá de lo que expresamente indica el artículo 36 sobre contenido del instrumento constitutivo”.

¹⁷⁷ Ver F. REYES VILLAMIZAR, “Sociedad por Acciones Simplificada: Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos”, *Foro del Jurista*, Cámara de Medellín para Antioquia, 2007, pp. 20 ss.

¹⁷⁸ Ver P.M. ALL, “El régimen de las garantías mobiliarias en América Latina y el Caribe. Elementos para el desarrollo progresivo de un sistema” (*Tesis de Doctorado*), 2014, p. 1305.

derivan la mayoría de las disposiciones del derecho latinoamericano— estas normas han sido a lo largo del siglo XX fundamentalmente imperativas; sin embargo, en la actualidad asistimos a posiciones contractualistas que hacen hincapié en el interés de los socios, concibiendo a la empresa como un entramado de contratos y defendiendo la postura de que las normas del Derecho de sociedades deben ser fundamentalmente dispositivas. Así, la configuración de las reglas societarias deben estar en manos de los socios, quienes deben gozar de una amplia autonomía de la libertad para establecer lo que consideren más apropiado, de manera tal que el legislador sólo debería intervenir fijando normas en aquellos casos en que no resulta posible establecerlas negociadamente¹⁷⁹.

La ley 27.349 de Apoyo al capital emprendedor constituye una normativa que intenta, a través de medidas concretas, resolver una problemática fundamental en Argentina. Si bien ha merecido algunos cuestionamientos en orden a que las SAS no presentan facilidades para contratar personal y que tampoco tienen verdaderas ventajas impositivas reales que alivien a las empresas, lo cierto es que una ley no soluciona de un día para el otro todos los inconvenientes con los que se encuentran las *start-ups*, pero constituye un paso positivo.

Quizás como ha señalado MOLINA SANDOVAL, en Argentina “el año 2017 es el de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”¹⁸⁰.

Por el momento, existe la estructura y hay que esperar a que el mercado la acepte y evaluar sus repercusiones, y muy especialmente cómo, en la práctica, funcione el método pretendidamente ágil y simple¹⁸¹. Libertad, autonomía normativa y eficiencia marcan al tipo societario de trama abierta establecido por la ley 27.349. Tal como han señalado Duprat y Hadad, la tarea de conciliar una ley de corte imperativo (LGS), regulatoria al detalle de los tipos societarios y con poco margen a la libertad contractual, con una ley flexible (Ley 27.349), en la que predomina la subsidiariedad de las normas, junto con una mayor libertad de las partes para auto-regularse constituirá una tarea difícil¹⁸². Mientras tanto, se empiezan a reglamentar los Estatutos modelo por las provincias y se ponen en funcionamiento las plataformas *online* para la constitución de las SAS.

¹⁷⁹ L.A. VELASCO SAN PEDRO, “De la *Societas Privata Europaea* a la *Societas Unius Personae* en las Propuestas europeas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 330-332, disponible en: www.uc3m.es/cdt-DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3624

¹⁸⁰ C. MOLINA SANDOVAL, “El año 2017 es el de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, 18/05/2017, disponible en: <http://comercioyjusticia.info/factor/actualidad-profesional/el-ano-2017-es-el-de-la-sociedad-por-acciones-simplificada-sas/>

¹⁸¹ En la provincia de Córdoba, al 04/08/2017, ya se habían registrado 2 SAS y había más de 100 en trámite. Ver: <http://www.lavoz.com.ar/negocios/en-cordoba-ya-se-puede-abrir-una-empresa-en-5-dias>

¹⁸² Ver D.A.J. DUPRAT / L.A. HADAD, “Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia”, *La Ley*, 28/08/2017, pp. 1 ss., Cita *Online*: AR/DOC/2265/2017

Son tiempos de travesía para el derecho societario contemporáneo y para el ordenamiento argentino en particular, y como bien señalaba Teixeira de Andrade, si no osamos emprenderla, “nos habremos quedado siempre al margen de nosotros mismos”.

LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO Y LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADAS (SAS)

SEBASTIÁN PAREDES*

Resumen: En el derecho internacional privado (DIPr) argentino las sociedades comerciales están reguladas por tratados internacionales que poseen principalmente normas indirectas y por la Ley de sociedades comerciales que regula los distintos grados de intensidad de las actuaciones de las sociedades extranjeras en Argentina. La particularidad del ordenamiento jurídico argentino y del DIPr de dimensión autónoma choca con las nuevas modalidades de negocios como por ejemplo la nueva ley argentina de sociedades simplificadas.

Abstract: The Private International Law (PrIL) of Argentina has provisions for Foreign Commercial companies in international treaties based in the Conflict of Laws rules. It also has a domestic law for commercial companies that establishes the requirements for foreign companies based on their business performance in the country. Special issues that belong to the Argentine Republic Federal system and also foreign companies and their PrIL regulations could clash with new business and contract techniques, for the new Act for Simplified Corporation.

Sumario

I. Introducción. II. La regulación de las sociedades extranjeras en el DIPr argentino. 1. La dimensión convencional. A) La Convención interamericana de sociedades comerciales B) Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940. 2. Dimensión autónoma de ordenamiento jurídico argentino. A) Particularidades del DIPr argentino. B) Ley de sociedades comerciales. a) Principio general: ley del lugar de constitución. b) actuación en juicio y actos aislados. c) Ejercicio de actos habituales. d) Responsabilidad de los representantes. e) Emplazamiento en juicio. f) Participación en sociedades argentinas. g) Sede o principal objeto en Argentina. III. Particularidades del derecho argentino para las sociedades extranjeras. IV. La nueva ley argentina de sociedades anónimas simplificadas. V. Conclusiones.

* Profesor de Derecho internacional privado: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad Kennedy. Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Secretario general adjunto de la ASADIP. E-mail: mparedes@derecho.uba.ar

I. INTRODUCCIÓN

Este breve trabajo nos sirve de excusa para releer las disposiciones de la Ley 19.550 de sociedades comerciales de Argentina (LSC) ante la aparición de un nuevo tipo societario, las sociedades anónimas simplificadas (SAS) de reciente aprobación en nuestro país.

Intentaremos vincularlas a ambas desde una perspectiva del derecho internacional privado argentino, ilustrando en forma somera algunas particularidades del derecho internacional privado (DIPr) argentino y de la forma de la regulación sustancial y de forma.

II. LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL DIPR ARGENTINO

1. LA DIMENSIÓN CONVENCIONAL

A) La Convención interamericana de sociedades comerciales

La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, firmada en el marco de la CIDIP II en Montevideo en 1979, vincula a la Argentina con otros siete Estados¹.

El ámbito de aplicación de la norma interamericana comprende a las sociedades mercantiles, por lo que quedan fuera, las sociedades civiles, las asociaciones, las fundaciones y demás contratos asociativos.

El artículo 2 establece que las todas las fases de la vida social de las sociedades mercantiles se regirán por la ley del lugar de constitución, entre ellos, encontramos los temas referidos a capacidad, existencia, funcionamiento y disolución.

A diferencia de la norma de dimensión autónoma argentina –ver *infra* 2.B.a– la Convención interamericana califica al lugar de constitución, como aquel donde se cumplen todos los requisitos de fondo y forma requeridos para la creación de las sociedades².

¹ Aprobada por la Ley 22.921 y la vincula a Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Información disponible en el sitio web de la CIDIP II del Departamento de Derecho internacional de la OEA. Ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>

² C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Sociedades comerciales”, en: Fernández Arroyo, D.P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 1330 ss.

El reconocimiento de pleno derecho de las sociedades constituidas en otro Estado parte, está previsto en el art. 3 de la CIDIP II de Sociedades, con la exigencia de acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes del lugar de constitución antes las autoridades del Estado donde pretende actuar.

Coincidimos con Fresnedo que las calificaciones “ejercicios directos o indirectos dentro de los actos comprendidos en su objeto social” y que quedan sujetos a la ley de donde se realicen las actividades³ no es del todo clara⁴.

Por fin, en el artículo 5 se establece que las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último. Esta norma dialoga con la del 124 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) que aplica el derecho argentino a efectos de contralor y funcionamiento a las sociedades con sede social en Argentina o su principal objeto se cumpla allí, independientemente de la ley del lugar a de constitución⁵.

B) Los tratados de Montevideo de 1889 y 1940

El Tratado de Derecho comercial internacional de Montevideo de 1889, que vincula a la Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay y Uruguay establece en sus artículos 4 y 5 que las relaciones de los socios entre sí, como frente a terceros y los requisitos de inscripción se rigen por la ley del domicilio comercial.

Dentro de los requisitos de inscripción deben ser tenidos en cuenta aquellos que tienen que ver con la publicidad e inscripción⁶.

El Tratado de Derecho comercial terrestre internacional de Montevideo de 1940 que vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay, sigue el punto de conexión domicilio previsto en el tratado de 1889, que se entiende por el de la sede principal de sus negocios.

A decir de Fresnedo, la interpretación sistémica de la norma montevideana de 1940 conduce a sostener el derecho del domicilio comercial rige todos los aspectos de las sociedades comerciales, en especial los referidos al acto de constitución, relaciones

³ Artículo 4. Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren. La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado. Entendemos que los ejercicios directos pueden ser entendidos como los ejercicios habituales de la sociedad extranjera, mientras que los indirectos a los actos aislados de esas sociedades. La norma indirecta establece que será la ley donde se realicen estos actos la que los regulará. Analizados *infra* en 2.B.b y 2.B.c

⁴ C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 2), p. 1331.

⁵ Lo analizaremos *infra* en 2.B.g

⁶ C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 2), p. 1327.

entre los socios y demás salvo aquellos referidos a la actuación de la sociedad en el extranjero⁷. Cabe señalar que el artículo 8 establece que los actos habituales de las sociedades comprendidos en su objeto se regirán por la ley del lugar de ejercicio.

2. DIMENSIÓN AUTÓNOMA DE ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

A) Particularidades del DIPr argentino

Hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial⁸, el DIPr argentino en su dimensión autónoma carecía de una regulación integral y sistemática, lo que implicaba normas que atendían materias particulares con elementos internacionales, pero que se encontraban dispersas por todo el ordenamiento jurídico, llámese Código Civil, Código de Comercio y diversas leyes especiales.

En el nuevo Código Civil y Comercial, que entrara en vigencia el 1 de agosto de 2015, se unificaron dos Códigos: el Civil y el de Comercio. Para el nuevo cuerpo normativo se optó por agrupar los aspectos de DIPr regulados en esos cuerpos –más algunos temas que carecían de normas– en el Título IV del Libro sexto del nuevo Código en los artículos 2594 a 2671.

Ahora bien, esta unificación no fue completa, pues persiste una dispersión normativa en algunas materias que siguen normadas en leyes especiales⁹.

⁷ C. FRESNEDO DE AGUIRRE (nota 2), p. 1328.

⁸ Texto según las leyes n° 26.994 y 27.077, publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina del 8 de octubre y 19 de diciembre de 2014 respectivamente.

⁹ Por ejemplo, la insolvencia transfronteriza, regulada en los artículos 2 a 4 de la Ley 24.522 de Concursos y quiebras o la Ley de navegación 20.094. Mención aparte merecen los temas de cooperación jurisdiccional internacional (reconocimiento de decisiones extranjeras, léase sentencias y laudos arbitrales y también todos los aspectos del proceso internacional) que no poseen regulación unificada para sus aspectos internacionales. Esta dispersión está motivada por una peculiaridad del ordenamiento jurídico argentino: las normas de procedimiento quedan reguladas por las legislaturas provinciales, pues el dictado de las normas de Derecho procesal –inclusive las internacionales y la administración de la justicia es una atribución de las provincias y que no fue delegada al gobierno federal y que surge de los artículos 5 y 121 de la Constitución de la Nación Argentina. Al respecto véase: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015* (Número extraordinario: claves del Código Civil y Comercial de la Nación), 2015, pp. 399-439. Especialmente p. 404. M.S. NAJURIETA, “Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP / Mizrachi & Pujol, 2015, pp. 194-195 y nuestro trabajo: S. PAREDES, “La cooperación jurisdiccional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” en: Amaral Júnior, A. / Klein Vieira, L., *El derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, pp. 839-859, especialmente p. 843.

Las sociedades comerciales, forman parte de estas materias excluidas¹⁰ de la nueva dimensión autónoma del DIPr argentino del Código Civil y Comercial y siguen reglamentadas por la ley 19.550, que prevé establece los requisitos la actuación de las sociedades extranjeras en Argentina solamente en siete artículos de la ley: del 118 al 124.

B) Ley de sociedades comerciales

La Ley 19.550 (LSC) establece a través de una conjunción de normas de conflicto y otras con soluciones materiales los requisitos que se exigen para la actuación en Argentina de las sociedades constituidas en el extranjero.

La regulación prevista en la Sección XV, podría decirse que va desde un máximo nivel de hospitalidad del ordenamiento argentino, hacia el mayor rigor en el marco relativo de las disposiciones generales de la Ley.

a) *Principio general: ley del lugar de constitución*

El primer párrafo del artículo 118 de la LSC somete la existencia y la forma de las sociedades a la ley del lugar de constitución. Es decir, que debe entenderse que esa ley será la que determine no sólo la capacidad de derecho de la sociedad, sino también si ese grupo social es o no una sociedad¹¹ como también con todos aquellos requisitos de fondo para crear la persona jurídica.

Es importante remarcar que todos estos aspectos se refieren también a las formas exigidas a las formas del acto constitutivo, es decir si son requeridas formas *ad solemnitatem*, y también aquellas referidas a la publicidad, a la inscripción y a la prueba¹².

También quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del primer párrafo de la norma las relaciones de los socios entre sí, sus derechos, deberes y obligaciones para con la sociedad, además el funcionamiento interno de las sociedades.

La LSC adolece de una calificación autárquica del concepto “lugar de constitución”, que ha sido entendida por la doctrina como aquel lugar donde la sociedad ha sido inscrita, es decir por las leyes del lugar donde la persona jurídica adquiere ese carácter¹³.

¹⁰ M.E. UZAL, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, p. 863. Ver especialmente la nota 122 en la que la Profesora Uzal como miembro de la Comisión asesora de la Comisión de reformadora propuso junto a los Profesores Najurieta, Dreyzin e Iñíguez una reforma legislativa en la materia de personas jurídicas a ser incluida en el Código Civil y Comercial y que finalmente no fuera adoptada.

¹¹ A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 376.

¹² A. BOGGIANO (nota 11), p. 377.

¹³ B. PALLARÉS, “Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños: Argentina”, en: Fernández, D.P. (coord.) (nota 2), pp. 1333 ss.

b) *Actuación en juicio y actos aislados*

El segundo párrafo del artículo 118 de la LSC establece que las sociedades constituidas en el extranjero tienen capacidad plena para estar en juicio y realizar actos aislados¹⁴, que a decir de Uzal, esta norma material consagra una capacidad incondicional en esos aspectos¹⁵.

En lo que refiere a la posibilidad de las sociedades extranjeras para estar en juicio en Argentina, debe entenderse que es una capacidad procesal y solo bastará con acreditar la existencia de la sociedad con las correspondientes exigencias en relación a los documentos públicos extranjeros: la legalización y la traducción si fuese necesaria. A ello deberán adicionarse cuestiones procesales exclusivamente locales, como por ejemplo la de justificar la personería a través de un poder, entre otras.

Ahora bien, distinto es el supuesto de la realización de actos aislados en la Argentina, ya que, si bien las previsiones en principio resultan ser las mismas a la de estar en juicio, es decir acreditar la existencia, la dificultad reside en definir qué es un acto aislado.

La LSC no establece el significado de la categoría, lo que no es menor, pues de exigirse requisitos mínimos se puede pasar a pretender que sociedad extranjera justifique imposiciones adicionales previstas para el ejercicio de actos habituales en Argentina por el mero hecho que la sociedad extranjera no encaje en la categoría jurídica.

A lo largo de los años, la doctrina y jurisprudencia han definido como actos aislados a aquellos actos que para su ejecución o realización no dependan de la designación de un representante permanente en Argentina, actos que pueden implicar la posibilidad de varios actos, pero que descarta a los actos concatenados o la actividad que lleve a la habitualidad¹⁶.

Lo que se puede aseverar, es que en función de la forma en que está redactada la norma, la idea o noción de acto aislado va a depender del caso en concreto y del grado de actuación de la sociedad extranjera que la lleve a que un simple acto se transforme en actos permanentes o incluso habituales.

De esta forma se entiende, que la mera presentación en un concurso o licitación pública puede ser calificada como acto aislado; calificación que desde luego variaría para el caso que el presentante constituida en el extranjero sea la ganadora o adjudicataria y deba ejecutar las tareas previstas en el contrato o acuerdo¹⁷.

¹⁴ Artículo 118 “(...) Actos aislados. Se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio (...)”.

¹⁵ M.E. UZAL (nota 10), p. 760.

¹⁶ E. RICHARD, *Derecho comercial y de los negocios*, t. I, Buenos Aires, Eudeba, 2007, pp. 155 ss., citado por L. SCOTTI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, p. 922.

¹⁷ M.E. UZAL (nota 10), p. 762.

En un muy viejo fallo plenario de la Nacional en lo Civil, que tiene asiento en la capital argentina, se ha dicho que la adquisición de un inmueble en la Argentina constituye un acto aislado y por tanto no debe exigírsele inscripción alguna en los registros locales¹⁸.

c) *Ejercicio de actos habituales*

El tercer párrafo del art 118 de la LSC prevé los supuestos en los que la sociedad extranjera realice actos comprendidos en su objeto social en Argentina de forma habitual, es decir que se contrapone al concepto de actos habituales analizados en el párrafo anterior.

Es decir, que en este supuesto lo que se verifica es una actividad permanente, que dista de lo esporádico o aislado. Para ese ejercicio lo que exige el legislador es una serie de requerimientos que están relacionados con la identificación, inscripción y publicidad de la sociedad en los registros argentinos.

Debe tenerse en cuenta que los registros argentinos son locales, es decir que hay uno por cada una de las veintitrés provincias más uno adicional que atiende los asuntos de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, que es la capital del país, y al que nos referiremos *infra*.

Es importante remarcar que las exigencias LSC para este tipo de actuaciones no dejan de lado el principio general que las sociedades en cuanto a su existencia, funcionamiento interno y relaciones de los socios entre sí se siguen rigiendo por el principio general receptado en la norma indirecta del artículo 118 primer párrafo.

El ámbito de aplicación de tercer párrafo de la norma nos restringe a las actividades desarrolladas dentro del objeto social de persona jurídica, que desde luego estarán determinados por la ley de su lugar de constitución.

La norma que se analiza¹⁹ establece que la sociedad para actuar en el país deberá acreditar su existencia de presentando no sólo sus estatutos sociales, sino lo más importante: acreditar la inscripción ante el registro correspondiente y que este certifique tal circunstancia, con los requisitos exigidos para los documentos extranjeros, es decir legalización y traducción.

¹⁸ Argentina. Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, 30 de octubre de 1920, publicado por J.C. CÓRDOBA en *Fallos DIPr Argentina*, disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/04/cnciv-en-pleno-30-x-1920.html>

¹⁹ Artículo 118 “(...) Ejercicio habitual. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe: 1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país. 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República. 3) Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará. Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales”.

Además, deberá fijar un domicilio en Argentina a fin que la sociedad extranjera sea notificada en su establecimiento, cualquiera sea la modalidad, y deberá ser publicado en el Boletín Oficial local a los fines de publicidad.

La exigencia de justificar la decisión de crear la representación deberá acreditarse con la resolución o decisión del órgano de gobierno de la sociedad extranjera que especifique que debe crearse la representación en Argentina, debiendo inscribirse ese requisito junto a los anteriores y además designar un representante local que deberá atender a los requerimientos de los registros y realizar presentaciones si correspondiese.

Uzal considera en forma muy clara, que la norma del tercer párrafo del artículo 118 es un verdadero estatuto de adaptación de las sociedades extranjeras al derecho argentino, sin implicar una nacionalización de la sociedad foránea²⁰.

El tercer párrafo del a 118, además prevé que si quien ejerce los actos habituales de esta sociedad es una sucursal, deberá además asignársele el capital necesario para los supuestos que exige el derecho argentino que son las entidades financieras, las aseguradoras y las entidades bancarias.

d) Responsabilidad de los representantes

Las responsabilidades de estos representantes están previstas en el Artículo 121 de la LSC²¹ que remite a la regulación de fondo de la LSC prevista en el numeral 59 en la que se establece el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios e impone responsabilidad ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión en supuestos de violación de sus obligaciones²².

La sujeción de las responsabilidades al derecho societario argentino, hace que esta norma en su parte pertinente pueda ser calificada como una norma de policía o de aplicación inmediata, pues da la sensación que no admite que un derecho extranjero pueda resultar de aplicable²³.

²⁰ M.E. UZAL (nota 10), p. 769.

²¹ Artículo 121 “El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas”.

²² Uno de los supuestos que quedaría comprendidos es la responsabilidad para los casos de quiebras en Argentina, previstos en los Artículos 160 y 161 de la Ley de Concursos y quiebras 24.522. También será alcanzable a nuestro entender en los términos del Artículo 31 de la Ley general del ambiente 25.675 que extiende la responsabilidad por daño ambiental como bien jurídico colectivo a autoridades y profesionales en la medida de su participación. Ambas leyes están disponible online en el sitio web del SAIJ. Servicio argentino de información jurídica. www.saij.gob.ar

²³ A. BOGGIANO (nota 11), p. 399.

e) *Emplazamiento en juicio*

En la norma del artículo 122 de la LSC se establece que el emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero en función de los actos aislados o de su actividad habitual²⁴.

El emplazamiento por actos aislados se hace al apoderado de la sociedad; téngase en cuenta que no hay necesidad de inscripción registral de la sociedad para este tipo de actos ni de representantes o domicilio alguno.

Por tanto, cabe plantearse que para el caso que los jueces argentinos tengan competencia en la esfera internacional para conocer de un caso, estarán en condiciones de notificar en Argentina a aquella persona que hubiese intervenido en la controversia, si es que por supuesto se encuentra en el país.

Para los actos habituales, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal permitió la notificación en Argentina a la representación local, para un caso en el que se discutía un incumplimiento contractual llevado contra Facebook Inc., que es una sociedad constituida en el extranjero, pero que posee oficinas comerciales en Buenos Aires.

Allí se expresó que, la razón de la LSC para permitir que en materia de sociedades extranjeras se realice el emplazamiento en la persona del apoderado o representante es la de efectivizar la citación en juicio de las sociedades extranjeras, que de cualquier forma ejerzan el comercio en la Argentina y de esa forma evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país²⁵.

f) *Participación en sociedades argentinas*

Para el caso que una sociedad extranjera pretenda constituir una sociedad en la Argentina, el Artículo 123 de la LSC establece que deberán acreditar que su constitución ha sido en consonancia con las aquellas leyes. Esta norma material además exige que la inscripción del contrato social en los registros argentinos²⁶.

²⁴ Artículo 122. Emplazamiento en juicio. “El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República; a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio; b) si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante”.

²⁵ Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II, 08 de julio de 2015, “*L.E.R.c. Facebook Inc y otros*”, publicado por J.C. CÓRDOBA en DIPr Argentina: <http://fallos.diprargentina.com/2016/07/1-e-r-c-facebook-inc.html>

²⁶ Artículo 123. Constitución de sociedades. “Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países

No caben dudas que esta previsión, es muy distinta de aquellas referidas no sólo a las de los actos aislados, sino también a la de los actos habituales.

En principio, el ámbito de aplicación material de la norma apunta a los casos en los que una sociedad constituida en el extranjero participe en la constitución de una nueva sociedad en Argentina en sus diferentes variantes: ya sea para constituir una nueva por fusión entre una constituida en el extranjero y una local o por escisión, o por la participación de la extranjera en una nueva posea o no el carácter de filial²⁷.

Pero debe tenerse en cuenta, que para la doctrina y jurisprudencia argentina también quedan comprendidos en los términos del artículo 123 los casos en los que una sociedad extranjera, “sea partícipe” o “forme parte de” sociedades ya existentes en Argentina. Es decir que le será aplicable esta regla a aquellas sociedades extranjeras que adquieran alguna participación en una sociedad local.

Desde fines de la década del setenta, la jurisprudencia argentina determinó que la previsión exige la inscripción de las sociedades extranjeras que constituyen otra en Argentina, debe entenderse con un criterio amplio, es decir que no es solamente la participación de la sociedad extranjera en el momento de la fundación²⁸, sino también que sea parte de la misma a través de la adquisición de acciones que otorguen el control²⁹.

Además, la norma exige a diferencia de los supuestos anteriores la inscripción del contrato social de la sociedad extranjera, como así también sus reformas y la documentación habilitante respecto de los representantes legales en Argentina. Esta documentación es aquella en la que se funda la representación legal de la persona que tomará intervención en el acto de constitución o participación societaria en la sociedad local³⁰.

g) *Sede o principal objeto en Argentina*

El principio general en materia de sociedades extranjeras previsto en el artículo 118 de la LSC, que establece como punto de conexión “lugar de constitución” y que

respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso”.

²⁷ A. BOGGIANO (nota 11), p. 406 y L. SCOTTI (nota 16), p. 927.

²⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 02 de junio de 1977, “*Parker Hannifin Argentina S.A.*”. Ver también A. BOGGIANO (nota 11), p. 406.

²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 21 de marzo de 1978, “*A.G. Mc Kee Argentina S.A.*”, publicado por J.C. CÓRDOBA en *Fallos DIPr Argentina*, disponible en: <http://fallos.diprargentina.com/2007/04/ag-mc-kee-argentina-sa.html>

³⁰ M.E. UZAL (nota 10), p. 822.

persiste a lo largo de la dimensión autónoma—con requisitos adicionales en función a la intensidad de la actuación de la sociedad—choca con la norma del artículo 124³¹.

Esta norma somete al derecho argentino a las sociedades constituidas en el extranjero cuando estas tengan su sede principal o el principal objeto en Argentina. Es decir, sólo se aplicará el derecho extranjero en defecto del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto³².

La norma comprende dos situaciones: la primera es que la sede principal esté en Argentina, es decir que en los hechos sea una distinta a la que esté inscrita en los registros de la ley del lugar de constitución, en otras palabras, que la dirección o administración de los negocios de la empresa se lleven adelante desde Argentina.

Para este supuesto de ficción, la norma impone el derecho argentino, pues en los hechos la sociedad extranjera actúa y se autogobierna como si fuese una local.

El segundo supuesto que prevé el Artículo 124 de la LSC y que asimila a la sociedad extranjera a una local es cuando el principal objeto de la sociedad se lleva adelante en Argentina, supuesto que ha recibido críticas en virtud de la falta de precisión a la hora de establecer qué es “principal”³³.

En síntesis, la norma de policía analizada exigirá a la sociedad extranjera los recaudos de contralor de funcionamiento como si fuese una local, pero igualmente se le reconocerá su existencia en función de la ley del lugar de constitución.

III. PARTICULARIDADES DEL DERECHO ARGENTINO PARA LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

Como mencionáramos *infra* el ordenamiento jurídico argentino divide la legislación de fondo y la de forma o procesal. Las regulaciones sustanciales quedan a cargo del Congreso Nacional y es única para toda la República, mientras que las de forma son los referidos a procedimientos.

En lo que nos atañe, cobra importancia pues los Registros Públicos mencionados en la LSC, que es nacional, son regulados por leyes locales, es decir provinciales. A esta circunstancia, debe agregarse que la Ciudad de Buenos Aires, que tiene

³¹ Artículo 124. Sociedad con domicilio o principal objeto en la República. La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

³² La doctrina ha discutido si se trata de una norma de policía, entre ellos A. BOGGIANO (nota 11), p. 370 ss., M.E. UZAL (nota 10), p. 829 o de una norma que previene el fraude al derecho argentino W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*. 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2011.

³³ A. BOGGIANO (nota 11) citado por M.E. UZAL (nota 10), pp. 830 ss.

un grado de autonomía equiparable al de las provincias luego de la reforma constitucional de 1994, por las particularidades del federalismo argentino para el registro de sociedades depende de una agencia gubernamental nacional, así el registro de la Ciudad de Buenos Aires, denominado Inspección General de Justicia (IGJ) que es un ente meramente administrativo, depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación³⁴.

Esta variedad de legislaciones de forma, que siempre existió en el derecho argentino, adquirió vital importancia cuando en el año 2003, la IGJ, comenzó a dictar una serie de resoluciones que establecían requisitos adicionales para la actuación de las sociedades extranjeras reguladas en los artículos 118 a 124 de la LSC.

Esas múltiples resoluciones, fueron condensadas en una resolución, la 7/2005, y que cuenta con múltiples actualizaciones, la última de importancia es la 7/2015 y que establece un sinnúmero de exigencias que complementaban a las normas de la LSC³⁵.

Gran parte de la doctrina del DIPr argentino advirtió el exceso de las potestades administrativas de la IGJ al modificar de facto la LSC³⁶.

De esta forma, la IGJ creó un Registro de Actos Aislados, en el que se cotejaban informaciones con los Registros de la Propiedad Inmueble y eventualmente “recalificar” la calidad de acto aislado a acto habitual y por tanto demandar y hacer cumplir con las previsiones del artículo 118 tercer párrafo³⁷.

Respecto de las sociedades que tengan actividad habitual en Argentina, además deberán acreditar un certificado de vigencia de la sociedad no mayor a seis meses al momento de la presentación en la IGJ, fechas de cierre económico de la sociedad extranjera y dictada por el órgano social competente al efecto, entre otros³⁸.

³⁴ Sitio web de la Inspección General de Justicia: <http://www.jus.gov.ar/igj.aspx>

³⁵ Las motivaciones de estas resoluciones tuvieron una génesis múltiple: circunstancias políticas, la visualización de sociedades off-shore en la agenda diaria e incluso temas de política económica en virtud de la gravísima crisis institucional y financiera de los años 2001-2002.

³⁶ J. ALBORNOZ / P.M. ALL, “Actualidad y perspectivas del régimen de actuación de sociedades extranjeras”, *DeCITA*. n° 03, 2005, pp. 441 ss.

³⁷ Ver *supra* II.2.B.c Ejercicio de actos habituales.

³⁸ Artículo 206 de la Resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia. Disponible en : http://www.jus.gov.ar/media/2951604/resolucion_general_07-15_actualizada.pdf

IV. LA NUEVA LEY ARGENTINA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS SIMPLIFICADA

La ley 27.349, llamada de apoyo al capital emprendedor, creó un nuevo tipo societario en el derecho argentino al incorporar las normas de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)³⁹.

Conforme esa nueva norma, las SAS podrán ser constituidas por una o varias personas humanas o jurídicas, se admiten SAS unipersonales, que limitarán su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran.

En el marco de las previsiones de la LSC, entendemos que, si una sociedad extranjera pretende constituir una SAS, deberá inscribir su contrato social y demás requisitos en los términos del Artículo 123 de la LSC y que analizáramos *supra*, pues la nueva norma nada dice al respecto.

El artículo 35 prevé en que las sociedades podrán constituirse en por medios digitales utilizando firma digital y ser administradas de esa forma.

Además, se establece en el artículo 38 respecto a la inscripción registral deberá ser realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público.

También se establece no hay necesidad que los administradores sean residentes en el país, bastando con que al menos un miembro del directorio sea residente argentino. La exigencia para los no residentes es una clave de identificación a los fines fiscales denominada CDI y un domicilio en la Argentina donde serán válidas las notificaciones que se les envíen.

Una de las principales novedades de esta ley es que las SAS no quedarán sujetas a la fiscalización de la IGJ durante su funcionamiento, disolución y liquidación. Así, las SAS quedan liberadas de presentar balances y del control de legalidad de la IGJ en durante su existencia⁴⁰.

Por último, las SAS quedan facultadas para utilizar libros, firmas y poderes en formato digital. Estableciéndose que cada registro digital estará compuesto de archivos digitales, que se guardarán en formato inalterable. Esto archivos digitales

³⁹ Ley 27.349, disponible en el sitio Infoleg del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273567/norma.htm>

⁴⁰ D. CIOFANI / A.M. TENAILLON, Aspectos fundamentales de la SAS en la Ley N° 27.349 de Apoyo al capital emprendedor y su reglamentación, publicado en Abogados.com.ar, disponible en: <http://www.abogados.com.ar/aspectos-fundamentales-de-la-sas-en-la-ley-no-27349-de-apoyo-al-capital-emprendedor-y-su-reglamentacion/20281>

deberán estar individualizados en criptogramas, ordenados cronológicamente, los cuales deberán estar en la sede social. Se deberán guardar dos copias de cada archivo digital en dos localizaciones diferentes, una de las cuales deberá ser virtual.

V. CONCLUSIONES

El aumento exponencial de las relaciones transfronterizas exige soluciones rápidas, dinámicas y que aseguren que las partes accedan a la justicia en forma eficaz.

Las operatorias de negocios internacionales van buscando nuevas formas, digitales, *crowdfunding*, monedas virtuales como el Bitcoin que dejan de lados fronteras, normas de conflicto e incluso ordenamientos jurídicos sustanciales rigiéndose por reglas eminentemente privadas.

Ante ello la LSC exige una actualización, no sólo porque solamente siete artículos para las sociedades extranjeras es insuficiente, sino porque también no comprende los nuevos negocios y formas contractuales.

Son saludables las regulaciones como la SAS, que simplifican los trámites y permiten crear negocios y oportunidades con una aspiración a la eficiencia. En las últimas semanas también ha visto la luz en forma de una Ley Modelo elaborada por el Departamento de Derecho internacional de la OEA, que por razones de espacio queda fuera de nuestro análisis⁴¹.

Las normas argentinas de las SAS, si bien tiene regulaciones de fondo, no normas específicas para casos con elementos extranjeros, lo que obligará a recurrir a aquellas normas de la LSC que a nuestro entender requieren una actualización, es por ello que entendemos que todavía falta un paso más.

También votamos que si se realiza la reforma de la LSC el registro de sociedades extranjeras sea único para todo el país y que no dependa de las decisiones de administrativas locales que exijan requisitos distintos.

⁴¹ Disponible en el sitio *web* del Departamento de Derecho internacional de la OEA: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Ley_Modelo_sobre_la_Sociedad_Acciones_Simplificada.pdf

LOS DESAFÍOS DE LA ACTUACIÓN INTERNACIONAL DE LA EMPRESA: EL IMPACTO DE LAS “BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES” EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ* / LUCIANE KLEIN VIEIRA**

Resumen: El presente artículo aborda el rol que desempeñan las buenas prácticas comerciales, recientemente definidas por las Directrices de las Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor, de 2015 para pautar la actuación internacional de la empresa, en Brasil y Venezuela. Bajo este enfoque, haremos especial hincapié en la calificación de consumidor, en los principios de buena práctica comercial (trato justo y equitativo, conducta comercial, divulgación y transparencia, educación y sensibilización, protección de la privacidad y reclamaciones de los consumidores), en la promoción del consumo sostenible, además de volver sobre la noción de normas internacionalmente imperativas, utilizada por los Estados como mecanismo de tutela a la parte vulnerable de la relación de consumo transfronteriza, que actúa como un freno a la aplicación del derecho extranjero menos protector.

Abstract: This paper analyzes the role of good business practices, recently defined by the 2015 United Nations Guidelines on Consumer Protection, to guide the international performance of the company in Brazil and Venezuela. Under this approach, we will place particular emphasis on consumer characterization, on principles of good business practice (fair and equitable treatment, commercial conduct, disclosure and transparency, education and awareness raising, privacy protection and consumer complaints), promotion of sustainable consumption, as well as a return to the notion of internationally imperative rules, used by States as a mechanism to protect the vulnerable part of the cross-border consumer relationship, which acts as an obstacle on the application of less protective foreign law.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Titular en la UCV y Profesora Asociado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014).

** Doctora en Derecho y Magíster en Derecho Internacional Privado-Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica-Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). Profesora investigadora del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS, en la línea “Sociedad, nuevos derechos y transnacionalización”. Jefe de Trabajos Prácticos-UBA. Abogada.

Sumario

I. Una introducción necesaria: el derecho de consumo en Brasil y Venezuela. 1. Derecho del consumidor en Brasil. 2. Derecho del consumidor en Venezuela. II. La tenue línea entre la actuación de la empresa y la efectividad de los derechos del consumidor. III. Las Directrices de Naciones Unidas. 1. Versión de 1985. Principales ejes y proyecciones. 2. Versión de 2015. La necesidad de revisión a los 30 años de las Directrices de 1985. IV. El concepto de consumidor en las Directrices de 2015 y su adaptación a los sistemas latinoamericanos. 1. Brasil. 2. Venezuela. V. Las “buenas prácticas comerciales”: parámetros para el derecho del consumidor y el derecho de la competencia. 1. Trato justo y equitativo. 2. Conducta comercial. 3. Divulgación y transparencia. 4. Educación y sensibilización. 5. Protección de la privacidad. 6. Controversias y reclamaciones de los consumidores. VI. La promoción del consumo sostenible como “buena práctica comercial”. VII. El impacto de las buenas prácticas en el derecho nacional: las limitaciones a la aplicación del derecho extranjero por las normas internacionalmente imperativas. VIII. Breve reflexión final.

I. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BRASIL Y VENEZUELA

Antes de hacer referencia a las buenas prácticas comerciales y a su impacto en la protección del consumidor y en la actuación de la empresa, es necesario delimitar, en nuestros países, a saber, Brasil y Venezuela, cómo se regula la relación de consumo, y cómo se califica la noción de consumidor, de manera de establecer su conformidad con el concepto establecido en las Directrices para la Protección del Consumidor, de 2015, según las cuales consumidor es “una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos”. Para cumplir con este cometido, comenzaremos con la referencia al derecho brasileño para luego analizar el derecho venezolano.

1. DERECHO DEL CONSUMIDOR EN BRASIL

En Brasil, la Constitución Federal, de 5 de octubre de 1988¹, contempla la defensa del consumidor como derecho y garantía fundamental, en su artículo 5º, inciso XXXII, inserto en el Capítulo referente a los derechos individuales y colectivos. Con el texto constitucional referido, por primera vez en el país, el consumidor pasó a ser identificado y reconocido como sujeto en condición de vulnerabilidad².

¹ Norma publicada en el *Diário Oficial da União (D.O.U.)*, nº 191-A, el 05/10/1988, pp. 1 ss.

² C. LIMA MARQUES, “Brésil”, en: Fernández Arroyo, D.P. (ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships. La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010, p. 49.

Además de reconocer la fragilidad del consumidor, el texto constitucional recomienda la edición de ley especial que establezca una política positiva de protección a los consumidores³. Igualmente, el propio texto eleva esta medida a la condición de principio perteneciente al orden público económico⁴, en el artículo 170, inciso V, exigiendo una acción positiva de los poderes públicos, y sugiriendo, al mismo tiempo, que se concilie el objetivo de proteger al consumidor con el desarrollo económico y social del país⁵. Del mismo modo, la Constitución determina que la ley deberá adoptar medidas para que los consumidores sean bien informados acerca de los tributos que inciden sobre las mercaderías y servicios, en el artículo 150, párrafo 5º, dando rango constitucional al principio de la transparencia en las relaciones de consumo. Así mismo, establece, en el artículo 24, inciso VIII, la regla del resarcimiento de los daños causados al consumidor.

Además de esta norma general, el Constituyente hizo mención a la necesidad de conferir tutela al consumidor, de forma indirecta, en los artículos 175, párrafo único, al referirse al derecho de usar los servicios públicos, privatizados o no; 220, párrafo 4º, al establecer límites a las publicidades que involucren tabaco, bebidas alcohólicas y productos con pesticidas; y 221, al crear directivas para el uso de la televisión y medios de radiodifusión.

La Carta Magna, en el artículo 48 del Acto de las disposiciones constitucionales transitorias previó que el Congreso Nacional tendría un plazo de 120 días, una vez promulgada la Constitución, para elaborar el Código de Defensa del Consumidor (CDC), a fin de culminar las medidas de protección a las cuales se hizo alusión. Para cumplir con el mandato normativo constitucional, el 11 de septiembre de 1990, fue promulgado el CDC⁶, por medio de la ley nº 8.078, que se constituye en un micro sistema normativo independiente, coherente y armónico, con reglas propias y especiales para las relaciones de consumo establecidas de modo contractual, precontractual o extracontractual, que involucran la adquisición o el uso de productos y servicios⁷. El Código establece como fundamento el principio de la vulnerabilidad

³ Ver F. KONDER COMPARATO, “A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1998”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 80, 1990, pp. 66-75.

⁴ La protección del consumidor como principio de orden público económico funciona como un instrumento que impone un límite a la libre iniciativa, específicamente con relación a la autonomía de la voluntad de profesionales y comerciantes. G. TEPEDINO, “Les contrats de consommation au Brésil”, en: Wald, A. / Jauffret-Spinozi, C. (dirs.), *Le Droit Brésilien: hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 434.

⁵ A. DO AMARAL JÚNIOR, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, RT, 1993, p. 219.

⁶ Este Código está compuesto por cinco Libros: I. Los derechos del consumidor; II. Las infracciones penales; III. La defensa judicial del consumidor; IV. El Sistema Nacional de Defensa del Consumidor; y V. Las disposiciones finales.

⁷ Sobre la política de protección del consumidor en Brasil, ver T. BOURGOIGNIE, “Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa”, en: Bourgoignie, T. (dir.), *Intégration Économique Régionale et la Protection du Consommateur*, Cowansville-Québec, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 51.

del consumidor (art. 4º, inciso I), buscando dotarlo de las informaciones necesarias y de los instrumentos adecuados para la tutela de sus intereses⁸, previendo incluso la interpretación de las cláusulas contractuales a su favor (art. 47).

2. DERECHO DEL CONSUMIDOR EN VENEZUELA

En Venezuela, las normas sobre protección del consumidor aparecieron por primera vez en 1974⁹, como una regulación económica destinada a corregir las fallas del mercado, especialmente vinculadas a las asimetrías de informaciones y a las llamadas externalidades negativas en las sociedades de consumo. Sin embargo, en la actualidad se reconoce que la regulación en la materia constituye el reflejo de una política comercial que ha tendido a señalar a los comerciantes como los culpables de ciertos males en la economía (inflación, escasez de bienes y servicios, defectos de calidad, etc.), que están más bien vinculados con el intervencionismo estatal que ha impedido el libre juego de las fuerzas del mercado, a través del establecimientos de férreos controles económicos.

La ley de 1974 fue reformada en 1992 y en 1995, luego fue derogada en 2004 con la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. En 2008 se dicta el Decreto con rango valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, que en 2009 se convierte en ley y es reformada en 2010¹⁰. Esta ley tuvo por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos de las personas en el acceso a bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, así como la aplicación de la propia ley por parte del Poder Público con la participación activa y protagónica de las comunidades, en resguardo de la paz social, la justicia, el derecho a la vida y la salud del pueblo.

En 1999 se reconoció, por primera vez, rango constitucional a la protección de los consumidores. En efecto, el artículo 117 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. Además, el constituyente ordenó al legislador establecer los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.

⁸ A. DO AMARAL JÚNIOR (nota 5), p. 218.

⁹ Gaceta Oficial N° 1.680 Extraordinario, 02/11/1974.

¹⁰ Gaceta Oficial N° 39.358, 01/02/2010.

A pesar del claro mandato constitucional, la Ley para la defensa de las personas en el acceso a bienes y servicios fue derogada en 2014 por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de precios justos¹¹, un instrumento que no obstante reconocer como su objeto establecer “(…) los controles que se deban ejercer para garantizar el acceso de las personas a los bienes y servicios a precios justos, que conlleven a la satisfacción de sus necesidades en condiciones de justicia y equidad, con el fin de proteger los ingresos de las ciudadanas y ciudadanos, y muy especialmente, el salario de las trabajadoras y los trabajadores” (art. 1), no regula, con el detalle requerido, el tema de la protección de los consumidores.

En efecto, con esta derogatoria, se dismanteló el sistema de protección a los consumidores, pues la Ley de precios justos se limitó a reconocer una serie de derechos a las personas en el acceso a los bienes y servicios, en su artículo 7¹², y a establecer sanciones frente a su violación, menoscabo, desconocimiento u obstaculización (art.

¹¹ Esta Ley se publicó originalmente en la Gaceta Oficial N° 40.340 de 23/01/2014, luego fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario 19/11/2014. En 2015 la Ley fue objeto de una nueva reforma, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.202 Extraordinario 8.11.2015 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la Gaceta Oficial N° 40.787, 12/11/2015.

¹² Decreto Ley, art. 7: “Son derechos de las personas en relación con los bienes y servicios, declarados o no de la cesta básica o regulados, además de los establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República, los siguientes:

1. La protección de su vida, salud y seguridad en el acceso de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;
2. Que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;
3. A recibir servicios básicos de óptima calidad;
4. A la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieran derivarse de su uso o consumo;
5. A la protección contra la publicidad falsa, engañosa, o abusiva y a los métodos comerciales coercitivos o desleales;
6. A la educación en la adquisición de los bienes y servicios, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada sobre sus derechos;
7. A la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;
8. Acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa de sus derechos e intereses, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos;
9. La promoción y protección jurídica de sus derechos e intereses económicos y sociales en las transacciones realizadas, por cualquier medio o tecnología.
10. A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses.
11. A retirar o desistir de la denuncia y la conciliación en los asuntos de su interés, siempre que no se afecten los intereses colectivos.
12. A la protección en las operaciones a crédito.
13. A la disposición y disfrute de los bienes y servicios, de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida.
14. A los demás derechos que la Constitución de la República y la normativa vigente establezcan, inherentes al acceso de las personas a los bienes y servicios”.

47). Se trata de un instrumento más enfocado en sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que en proteger al consumidor, quien en nada se beneficia de tales sanciones.

Sobreviven, no obstante, algunas normas de protección, básicamente, materia bancaria. Área sensible en la cual, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN), se ha ocupado de establecer normativa prudencial de protección a los usuarios del sistema bancario. Vale la pena mencionar en este sentido, las Normas relativas a la Protección de los Usuarios y Usuarías de los Servicios Financieros¹³, en las cuales veremos reflejadas algunas buenas prácticas comerciales.

II. LA TENUE LÍNEA ENTRE LA ACTUACIÓN DE LA EMPRESA Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Las políticas de protección al consumidor tienen gran impacto en la actuación de la empresa. De hecho, la conducta de ésta se ve de alguna manera limitada y hasta dirigida por las políticas de protección al consumidor implementadas por cada Estado, sin que el objetivo sea llegar a obstaculizar la producción y comercialización de bienes y servicios. Al contrario, corresponde al Estado garantizar que, a la vez que proveedores de bienes y servicios desarrollan sus actividades en un ambiente comercialmente sano, los consumidores sean protegidos, en reconocimiento a su condición de vulnerabilidad. Así, mientras proveedores de bienes y servicios ajusten su actividad a buenas prácticas comerciales, mejor será la situación de los consumidores.

En tal sentido, ha de tomarse en cuenta que el derecho de consumo tiene aristas no solo jurídicas, sino también políticas y sociales¹⁴, que en algunos casos exceden su fin eminentemente tuitivo y que, directa o indirectamente influyen en la actividad de la empresa. En efecto, jurídicamente, la protección del consumidor representa la garantía de un estándar mínimo de seguridad y adecuación de los productos y servicios, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy. Políticamente tal protección representa un compromiso con la lealtad del mercado, asegurada en visión macro por el derecho de la competencia. Socialmente, procura equilibrar la autonomía de la voluntad, reviviendo el papel central del individuo en la determinación soberana de sus relaciones privadas, económicas o de consumo; reviviendo los derechos humanos al proteger un derecho humano de nueva generación: el derecho de los consumidores.

¹³ Gaceta Oficial N° 40.809, de 14/12/2015.

¹⁴ Seguiremos en este punto a C. LIMA MARQUES, “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito internacional privado: da necessidade de uma Convenção interamericana sobre a Lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo”, en: *El futuro de la Codificación del Derecho internacional privado en América, de la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Córdoba, Alvarone Ediciones, 2005, pp. 105 ss., especialmente pp. 117-118.

Las directrices reconocen esta necesaria interrelación entre la ordenación de las actividades comerciales y la necesaria protección a los consumidores cuando, se establece entre sus objetivos, ayudar a los Estados a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores; facilitar modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores; alentar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta; ayudar a los Estados a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores; promover el establecimiento de condiciones de mercado que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos; entre otros (*ítem I, 1*). El propio texto reconoce como una política nacional para la protección del consumidor, fomentar “buenas prácticas comerciales” (*ítem V, A, 14, “a”*).

Otra arista a considerar en la difícil ecuación que plantea al Estado la relación empresario/consumidor es la garantía del bien común. Así, a la vez que protege al consumidor sin asfixiar el mercado, el Estado debe garantizar el bien común. Se trata, en definitiva, de la distinción entre normas de protección, dirigidas a restablecer el equilibrio entre los contratantes, y normas de dirección, a través de las cuales se organiza la injerencia del poder público en la economía, particularmente, en la organización del mercado y de las relaciones entre sus participantes¹⁵.

Tal como reconoce Basedow es complicado distinguir exactamente cuándo se actúa en protección del débil y cuándo se actúa por interés general o para alcanzar el bien común, pues entre ambos conceptos existe una especie de amalgama. En efecto, es difícil separar el componente del bien común de la protección de la parte débil y la explicación de esta especie de fusión se encuentra, al menos en el caso de la Unión Europea, en el “modelo social” del Estado y la sociedad post industriales: “(..) *institutions serving the collective or public good and appropriate State regulation for the protection of the vulnerable*”. El propio Basedow reconoce que la relativa participación de las normas imperativas y el orden público en las políticas subyacentes de las diferentes legislaciones estatales puede diferir, (*but even where no collective goods can be claimed to be furthered and the protection of the weaker party clearly dominates, the provision in question may still override private arrangements and bilateral conflict rules*)¹⁶.

¹⁵ C. VAQUERO LÓPEZ, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en: Sánchez Lorenzo, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed., España, Universidad de Granada, Civitas / Thomson Reuters, 2013, pp. 893 ss., especialmente p. 910.

¹⁶ J. BASEDOW, “The Law of open societies: private ordering and public regulation of international relations: General course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 360, 2014, pp. 9 ss., especialmente p. 420.

III. LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS

1. VERSIÓN DE 1985. PRINCIPALES EJES Y PROYECCIONES

En 1981, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) solicitó al Secretario General que elaborase orientaciones respecto a la relación de consumo, teniendo particularmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo. En virtud de ello, el 16 de abril de 1985, fue publicada la Resolución A/RES/39/248, de la Asamblea General, que contempla las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor¹⁷.

Esta Resolución, norma de *soft law*, ofrece un modelo estandarizado o guía dirigida a los países para la elaboración de normas de fuente interna y convencional, teniendo como principal objetivo o eje la promoción de la protección del consumidor.

Además, teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los consumidores y los desequilibrios por ellos enfrentados en la relación de consumo –derivados de la capacidad económica, educación, poder de negociación, etc.– las Directrices de 1985 buscan: “a) ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores; b) facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores; c) instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta; d) ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores; e) facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor; f) fomentar la cooperación internacional en la esfera de la protección del consumidor; g) promover el establecimiento en el mercado de condiciones que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos”.

En 1995, a partir de estas orientaciones generales, fue publicado un informe respecto al impacto de su adopción en los más diversos países del globo. Según el documento redactado, en América Latina, “(..) desde la aprobación de las directrices, los países de la región habían realizado grandes avances, sobre todo en la aprobación de leyes de protección del consumidor que recogían el espíritu y los temas contenidos en ellas. Parte de ese avance se apoyaba en la elaboración, por parte de la oficina para América Latina y el Caribe de *Consumers International (CI)*, de una Ley Modelo, inspirada en las directrices y que había sido tomada

¹⁷ Directrices aprobadas durante el 35º período de sesiones. Su texto se encuentra disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>, p. 193, consultado 28/08/2017.

como base por las diversas leyes nacionales¹⁸. Hacia 1995, casi todos los países de la región tenían leyes de protección del consumidor, y muchos de ellos se encontraban, además, reformando aquellas que habían sido sobrepasadas por el tiempo. Otro avance importante ha sido el reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores, algo que en la actualidad puede encontrarse en once constituciones latinoamericanas¹⁹.

El 22 de diciembre de 1999, el texto de las Directrices sufrió algunas modificaciones, las cuales fueron publicadas en la Resolución A/RES/54/449²⁰ de la Asamblea General y tienen que ver con: a) seguridad física; b) promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; c) normas para la seguridad y calidad de los servicios y bienes de consumo; d) sistemas de distribución de servicios y bienes de consumo esenciales; e) medidas que permiten a los consumidores obtener compensación; f) programas de educación e información; g) promoción de modalidades sostenibles de consumo; h) medidas relativas a esferas concretas –agua, alimentos y medicamentos²¹.

La *Consumers International* ha trabajado en sugerencias para la actualización y modernización de su contenido final, teniendo en cuenta que éste es el único instrumento internacional que aborda de forma universal el tema de la protección de los consumidores y que puede, hoy, ser aplicado. Esta iniciativa de la asociación referida fue de suma relevancia para que la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), órgano responsable por la revisión de las Directrices, pudiese tener más elementos al momento de reformar el texto oficial, cuyo proceso de desarrollo ha sido concluido el 22 de diciembre de 2015, cuando finalmente fue aprobado por la Asamblea General²².

¹⁸ Esta Ley Modelo para la protección de los consumidores, de *Consumers International*, fue publicada por primera vez, en 1987, y posteriormente actualizada, en 1994. La última revisión realizada fue llevada a cabo en 2003. Su texto ha sido utilizado para redactar las leyes nacionales de 14 países latinoamericanos, entre los cuales Argentina, Brasil, Ecuador, Perú, México, Nicaragua, Costa Rica y Chile. Sobre el tema ver: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias_posiblestemascidipvii.htm#_edn7, consultado el 29/08/2017.

¹⁹ O.A. GOZAÍNI, *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 544.

²⁰ Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas durante el 49º período de sesiones. Su texto se encuentra disponible en el *United Nations Juridical Yearbook* 1999, disponible en: <http://legal.un.org/UNJuridicalYearbook/pdfs/english/ByChapter/chpIII/1999/chpIII.pdf>, p. 156, consultado el 28/08/2017.

²¹ J.A. AMAYA, *Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 34; O.A. GOZAÍNI (nota 19), p. 543.

²² De hecho, en la Sexta Reunión de la UNCTAD referente a la Plataforma Asociativa de Investigación sobre Políticas de Competencia y de Protección del Consumidor, llevada a cabo en los días 09 y 10/07/2015, en Ginebra, fueron aprobadas las nuevas Directrices de la ONU de Protección del Consumidor. Además, en la misma oportunidad, se aprobó la creación de un grupo especial de trabajo, especializado en “consumidor”, que pasará a funcionar dentro de dos años. El texto aprobado fue encaminado para

2. VERSIÓN DE 2015. LA NECESIDAD DE REVISIÓN A LOS 30 AÑOS DE LAS DIRECTRICES DE 1985

Tal como hemos referido, el 22 de diciembre de 2015, la Asamblea General de la ONU, en su 81^o sesión, por medio de la Resolución A/RES/70/186, aprobó la versión revisada de las Directrices sobre Protección del Consumidor, conocidas como *UN Guidelines for Consumer Protection*. Esta nueva versión, más moderna y actual, presentada a la comunidad internacional a los 30 años de la edición de 1985, vuelve sobre los ejes ya existentes, añadiendo importantes cuestiones vinculadas al consumo por medios electrónicos²³, educación y privacidad, servicios financieros y de crédito, turismo y transporte masivo, protección administrativa de los consumidores, cooperación internacional, acceso a bienes y servicios esenciales²⁴. Todo ello con el objeto de brindar una efectiva protección al consumidor en los niveles nacional, regional e internacional, tratando de sopesar el alto nivel de protección al consumidor con la competencia propia de los negocios comerciales²⁵.

Con esta mirada, las Directrices se auto declaran como un “(...) conjunto valioso de principios para establecer las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces, y para ayudar a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus propias circunstancias económicas, sociales y ambientales, así como para promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alentar a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores”.

De este modo, el texto de las Directrices contempla siete partes específicas, estando así dividido: I. Objetivos; II. Ámbito de aplicación; III. Principios generales; IV. Principios para unas buenas prácticas comerciales; V. Directrices;

votación en reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York. Finalmente, el 22/12/2015, la Asamblea General aprobó la Resolución A/RES/70/186, que contempla tales directrices, cuyo texto puede ser consultado en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/186>.

²³ Respecto al tema, resulta de interés destacar la preocupación de las Directrices de 2015 con el establecimiento de reglas de derecho internacional privado aplicables al comercio electrónico, en su preámbulo. Ver “los Estados Miembros, las empresas, los consumidores y sus representantes deben prestar especial atención al establecimiento de una protección eficaz de los consumidores en el comercio electrónico y que ciertas cuestiones relativas a la protección del consumidor, como el derecho aplicable y la jurisdicción competente, pueden abordarse con mayor eficacia mediante la cooperación y las consultas internacionales.”

²⁴ Sobre el tema ver C. LIMA MARQUES, “25 anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de Proteção dos Consumidores para a atualização”, *Revista de Direito do Consumidor*, n^o 103, 2016, pp. 55-99.

²⁵ UNCTAD. “Informe sobre as modalidades para a revisão das Diretrizes das Nações Unidas para Proteção ao Consumidor. Reunião Preparatória para a VII Conferência de Revisão para Proteção ao Consumidor”. Ginebra, Janeiro de 2015; ver C. LIMA MARQUES (nota 24), p. 89.

VI. Cooperación internacional; VII. Mecanismo institucional internacional. A los efectos de este trabajo, centraremos nuestro análisis en la parte IV, la cual está referida al establecimiento de parámetros para buenas prácticas comerciales con los consumidores, en las relaciones de consumo desarrolladas en línea o fuera de línea. Estos parámetros indican los límites de la actuación interna e internacional del proveedor de bienes y servicios, marcando, por ende, los ámbitos que merecen mayor tutela y regulación por parte del Estado. Además de ello, abordaremos el subcapítulo sobre promoción del consumo sostenible, previsto en la parte V, igualmente relacionado a las buenas prácticas comerciales.

En este sentido, para apoyar y viabilizar la ejecución de las Directrices, el texto de 2015 –a diferencia de la versión de 1985– creó un grupo de trabajo permanente en el ámbito de la UNCTAD –*Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection Law and Policy*–, responsable por acompañar la aplicación e implementación de las mismas, promover un foro de consultas, ofrecer asistencia técnica y actualizar periódicamente las Directrices²⁶. El primer encuentro oficial del Grupo de Trabajo ocurrió durante los días 17 y 18 de octubre de 2016, en Ginebra, y reunió alrededor de 80 Estados participantes, cuyos representantes discutieron temas relativos a la protección de datos, el turismo, la salud y la seguridad del consumidor, los servicios financieros, entre otros²⁷.

IV. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LAS DIRECTRICES DE 2015 Y SU ADAPTACIÓN A LOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS

Tal como hemos adelantado, las Directrices de la ONU se refieren al consumidor como “(...) una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos”. Esta definición se acerca a la que tradicionalmente han adoptado los sistemas europeos y se aleja, en esa misma medida, de los sistemas latinoamericanos.

En efecto, en Europa se concibe al consumidor como una persona física que actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. Concepción que está presente desde el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 1968, hoy sustituido por el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia

²⁶ Ver A.C. MUNIZ CIPRIANO, “The Intergovernmental Group of Experts on Consumer Protection: foreseeing a new time for consumer protection worldwide”, en: Lima Marques, C. / Pearson, G. / Ramos, F. (eds.), *Consumer Protection: current challenges and perspectives*, Porto Alegre, Orquesta, 2017, pp. 453-469.

²⁷ La labor del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política del Consumidor está disponible en: <http://unctad.org/en/pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=1060>, consultado el 08/09/2017.

civil y mercantil (Bruselas I)²⁸, cuyo artículo 17 se refiere a los contratos en los cuales una persona física –el consumidor– contrate la adquisición de bienes y servicios para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ratificado que no debe tratarse de personas jurídicas –aunque se trate de asociaciones de protección de consumidores²⁹– que no estén comprometidas en actividades comerciales o profesionales³⁰, de manera que los contratos que tuvieren una doble finalidad, profesional y privada, quedarán excluidos de la aplicación del Reglamento³¹.

Por su parte, el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³² asume una definición similar, al establecer, en su artículo 6,1, que el contrato de consumo es “(...) el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional(...)”³³.

²⁸ Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:es:PDF>. Este Reglamento, que entró en vigencia el 10/01/2015, sustituyó al Reglamento 44/2001 y, al menos en esta materia, no aporta cambios sustanciales. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:ES:PDF>).

²⁹ TJCE, Asunto C-89/91, 19/01/1993, “*Shearson Lehman Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97667&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558670>. En sentido similar: TJCE, Asunto C-167/00, 01/10/2002, “*Verein für Konsumenteninformation c. Kerl Heinz Henkel*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47727&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558039>.

³⁰ TJCE, Asunto C-89/91, citado en nota 25; TJCE, Asunto C-269/95, 03/07/1997, “*Francesco Benincasa c. Dentalkit S.R.L.*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43682&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3559054>.

³¹ “(...) en el caso de los contratos con doble finalidad, no es necesario que el uso del bien o del servicio con fines profesionales sea preponderante para que no sean aplicables los artículos 13 a 15 de dicho Convenio”. Ver TJCE, Asunto C-464/01, 20/01/2005, “*Johann Gruber c. Bay Wa AG*”, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49857&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3559235>.

³² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>.

³³ Comentando esta norma, Martiny estima que no queda claro si la determinación de lo que se considera ajeno a la actividad comercial o profesional del consumidor depende de elementos objetivos (propósitos perceptibles) o subjetivos (voluntad de las partes). En efecto, la voluntad unilateral del beneficiario no parece un elemento suficiente, puesto que puede no ser perceptible para la otra parte. Lo recomendable es, en su opinión, atender en primer lugar a la voluntad expresa de las partes y, en ausencia de ésta, deberá considerarse la perspectiva del proveedor, en el sentido del conocimiento que éste pueda tener de la intención del consumidor en relación con el uso del bien o servicio suministrado. Ver D. MARTINY, “VO (EG) 593/2008 Art. 6 Verbraucherverträge”, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 5. Auflage, 2010, Rn 6-11.

En América Latina, por el contrario, hay cierta tendencia a incluir a las personas jurídicas³⁴ en el concepto de consumidor y a preferir el criterio del destino final para definirlo³⁵. Esto ocurre, al menos, a nivel de las codificaciones estatales, pues con la Propuesta Buenos Aires, que contiene el proyecto de Convención interamericana sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo³⁶, se produce un interesante giro respecto del concepto de consumidor, que acerca a este instrumento al sistema europeo.

En efecto, de conformidad con el artículo 1 de la Propuesta Buenos Aires el consumidor es definido como “(..) cualquier persona física que, frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios, actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezcan al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. Esta norma constituiría, sin duda alguna, un cambio significativo en el ámbito interamericano, al preferir el criterio de la no profesionalidad al del destino final; y al dejar fuera a las personas jurídicas del concepto de consumidor.

Las propias Directrices reconocen, no obstante, que cada Estado puede adoptar una definición diferente, de manera de “abordar necesidades internas específicas”, con lo cual, no se produciría un choque insalvable con los sistemas latinoamericanos. Veamos los casos particulares de Brasil y Venezuela.

1. BRASIL

Específicamente respecto de la calificación de consumidor, el artículo 2 del CDC lo define como “(..) toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza

³⁴ También incluyen a las personas jurídicas las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay. También se había aceptado doctrinariamente, al asumirse una noción más amplia de consumidor que incluyese situaciones que no pueden ser explicadas por el concepto de consumidor contratante. Así, se hace referencia al usuario –destinatario final de los servicios–; a los terceros afectados por prácticas comerciales, definidos como aquellos que están expuestos al consumo; a los llamados subconsumidores, que agrupan a categorías con fallas especiales como los menores, ancianos, enfermos graves, analfabetas, etc.; e incluso el empresario. Ver: R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 84-96.

³⁵ Tal como ocurre con el sistema venezolano, el destino final es considerado por los sistemas de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay.

³⁶ OEA/Ser.G, CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr.1, 19.03.2010, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VIIIdoctrabajogtproteccionconsumidorversionsimplificadabrasil.pdf>. Este documento es el resultado de las discusiones que se han dado en el ámbito interamericano, desde 2007, con miras a la regulación de las relaciones internacionales de consumo, a través de la Organización de Estados Americanos. Lamentablemente, tal regulación aún no se ha logrado. Ver desarrollo de los trabajos en C. MADRID MARTÍNEZ, “Determinación del régimen de los contratos de consumo internacionales: perspectiva interamericana”, en: Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 147 ss.

producto o servicio como destinatario final”. Respecto al tema, se ha dicho que el Código optó por una definición amplia de consumidor, con un elemento objetivo (el “destino”) y otro subjetivo (el uso de productos y servicios contratados para las necesidades personales o familiares)³⁷. De esta forma, para que el sujeto sea considerado consumidor deberá retirar el bien del mercado al adquirirlo o simplemente utilizarlo, poniendo fin en la cadena de producción, por no emplearlo profesionalmente³⁸. Esta interpretación, de orden finalista, restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia³⁹.

Del mismo modo, el CDC permite una extensión del concepto de consumidor, al referirse, en los artículos 2º, párrafo único, 17 y 29, a la equiparación de determinados sujetos a la clásica figura del consumidor, con prescindencia del vínculo contractual generado en una típica relación de consumo. De acuerdo a lo mencionado, la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (art. 2º, párrafo único); todas las víctimas de un daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (art. 17); y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (art. 29) son consideradas consumidores por equiparación o *bystander*⁴⁰.

Como se puede percibir, la calificación de consumidor empleada por el derecho brasileño es más amplia que la noción contenida en las Directrices de 2015, ya que permite que la persona jurídica sea considerada consumidora –yendo al encuentro de la tendencia latinoamericana antes referida– e, igualmente, utiliza ambos criterios (destinatario final y actividad no profesional) como requisitos imprescindibles para la definición de consumidor.

2. VENEZUELA

No existe actualmente en el derecho venezolano una norma que determine lo que ha de entenderse por consumidor. Lamentablemente, con la ya mencionada derogatoria de la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, también se derogó el concepto de consumidor que había estado presente en el sistema venezolano y que había girado tradicionalmente en torno al concepto de destino final.

³⁷ C. LIMA MARQUES (nota 2), p. 55.

³⁸ C. LIMA MARQUES / B. MIRAGEM / A.H. BENJAMIN, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2006, p. 83.

³⁹ L. FEITEN WINGERT ODY, “O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 64, 2007, p. 86.

⁴⁰ E.A. KLAUSNER, *Direitos do Consumidor no Mercosul e na União Européia: acesso e efetividade*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2007, p. 88. Esta equiparación también se verifica en las hipótesis de accidente aéreo, explosión de negocio de venta de fuegos artificiales o en situaciones de riesgo que involucren a los familiares del consumidor. Ver L. FEITEN WINGERT ODY (nota 39), p. 88.

Efectivamente, la ley derogada, que había sustituido los clásicos términos “consumidor y usuario” por la genérica expresión “personas”⁴¹, destacaba el destino final como elemento característico de las relaciones de consumo, al referirse en su artículo 4, a “Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiriera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como *destinatario final*” (cursiva nuestra).

Esta norma incluía expresamente a las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, lo cual parece ser común en América Latina. Se reconoce con ello la vulnerabilidad en que se encuentran las pequeñas empresas frente a los grandes proveedores de bienes y servicios, lo cual ha de hacerlas objeto de protección⁴².

Ahora bien, el silencio actual de la legislación venezolana no sugiere un cambio en esta concepción, pues la jurisprudencia parece seguir sujeta al comentado concepto de destino final y a la inclusión de los entes morales. En efecto, sin entrar en un análisis exhaustivo y sin el auxilio de la doctrina que poco o nada ha dicho al respecto, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo, hagan uso de la expresión “destinatario final” o “consumidor final” para referirse a los consumidores y no se ha excluido expresamente a las personas jurídicas⁴³.

V. LAS “BUENAS PRÁCTICAS COMERCIALES”: PARÁMETROS PARA EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El primer principio mencionado por las Directrices, que ha de establecer parámetros para unas buenas prácticas comerciales es el trato justo y equitativo que debe darse a los consumidores. En efecto, “Las empresas deben tratar de forma justa y honesta a los consumidores en todas las etapas de su relación, como parte esencial de la cultura empresarial”. Como parte de este estándar, “Las empresas

⁴¹ No conocemos las razones exactas que llevaron al legislador a preferir la expresión “persona”, más lo cierto es que no apreciamos en esta situación un razonamiento más allá del meramente terminológico.

⁴² Se trata de lo que Lorenzetti llama “parasubordinación”. Ver R.L. LORENZETTI (nota 34), p. 86.

⁴³ Ver, entre las decisiones más recientes: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa Sent. N° 0069, 11/02/2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/174153-00069-11215-2015-2011-0424.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 0706, 17.06.2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 0707, 17.06.2015, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/178569-00706-17615-2015-2014-1375.HTML>.

deben evitar prácticas que perjudiquen a los consumidores”, teniendo en cuenta los intereses de estos y la “(...) responsabilidad de respetar el objetivo de la protección del consumidor” (ítem IV, 11, “a”).

Este principio está estrechamente vinculado con otros estándares de protección. El principio de no discriminación puede citarse en primer lugar, que prohíbe imponer al consumidor condiciones desfavorables por el uso de un medio de pago determinado, por ejemplo, o que impide obligar al consumidor a adquirir un producto determinado para tener acceso a otro. También podría mencionarse el derecho a tener acceso a bienes y servicios de calidad y a poder escoger con libertad.

El derecho a la información también resulta fundamental para la implementación del derecho a un trato justo y equitativo. No solo porque, tal como reconocen las propias Directrices, “Las prácticas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio de trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos vigentes” y “(e)llo requiere que se suministre la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes...” (ítem V, C, 27), sino porque para que el consumidor esté consciente que el trato que recibe es, o no, justo y equitativo, ha de estar bien informado.

En el caso venezolano, la propia Constitución, en su artículo 117, garantiza el derecho del consumidor a recibir un “trato equitativo y digno”. Este estándar estuvo desarrollado en la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, en cuyo artículo 8,9 se estableció el derecho de las personas a no recibir un trato discriminatorio de los proveedores de bienes y servicios y a no ser lesionadas en sus derechos e intereses por conductas que afecten el consumo de los alimentos o productos o el uso de servicios. En la actualidad este principio se deduce del derecho del consumidor a “la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos o intereses” (art. 7,10 Ley Orgánica de precios justos).

En el caso brasileño, aun cuando no hay un reconocimiento expreso del principio de trato justo y equitativo, sí se reconocen las diversas manifestaciones del mismo en el artículo 6 del CDC, como es el caso de la libertad de elección y la igualdad en la contratación (ord. II); así como la protección contra publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos o desleales, prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el suministro de bienes y servicios (ord. IV); o la modificación de cláusulas contractuales que establezcan prestaciones desproporcionadas o su revisión debido a hechos sobrevenidos que las hagan excesivamente onerosas (ord. V).

2. CONDUCTA COMERCIAL

En estrecha vinculación con el principio anterior, la conducta comercial implica que “Las empresas no pueden someter a los consumidores a prácticas ilegales,

poco éticas, discriminatorias o engañosas, como las tácticas de comercialización abusivas, el cobro abusivo de deudas u otra conducta inadecuada que pueda entrañar riesgos innecesarios o perjudicar a los consumidores”. Tal como ocurre con el principio anterior, las empresas deberán tener siempre en cuenta los intereses de los consumidores y la “(...) responsabilidad de respetar el objetivo de la protección del consumidor” (ítem IV, 11, “b”).

En tal sentido, las propias directrices exhortan a los Estados a “intensificar sus esfuerzos para impedir el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores (...)” y garantizar que los proveedores de bienes y servicios cumplan con la normativa sobre la materia. Además se involucra a las organizaciones de consumidores, alentándolas a vigilar las prácticas que puedan ser perjudiciales para los consumidores, tales como la adulteración de alimentos, la comercialización fundamentada en afirmaciones falsas o capciosas y el fraude en la prestación de servicios (ítem V, C, 21).

En su exhortación a los Estados a “(...) elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas”, las Directrices los alientan a “(...) guiarse por su adhesión al Conjunto de Principios y Normas Equitativos convenidos multilateralmente para el control de la Prácticas Comerciales Restrictivas, aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63, de 5 de diciembre de 1980” (ítem V, C, 22).

En tal sentido, los Estados deberán “(...) adoptar o mantener políticas que especifiquen que incumbe al fabricante asegurar que los bienes satisfagan requisitos razonables de durabilidad, utilidad y fiabilidad y sean aptos para el fin al que se destinan, y que incumbe al vendedor velar por que esos requisitos se cumplan”. Además, estas políticas son aplicables a la prestación de servicios” (ítem V, C, 23). Con el objetivo de que los consumidores tengan la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos, los Estados alentarán una “competencia leal y efectiva” y velarán porque sus políticas de protección del consumidor no se empleen para proteger a las empresas nacionales frente a la competencia o se apliquen de manera desleal (ítem V, C, 24).

3. DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA

El principio de divulgación y transparencia traduce, en definitiva, el derecho a la información tratado desde la perspectiva de la empresa, es decir, como un deber de informar al consumidor. Así, en los términos del ítem IV, 11, “c”, “Las empresas deben facilitar información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos condiciones, cargos aplicables y costo final para que los

consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas. Las empresas deben velar porque se pueda acceder fácilmente a esa información especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado”.

Así, entre las necesidades legítimas que las directrices procuran atender destaca “El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual” (*ítem III, 5, “e”*). Se trata, como hemos afirmado de un estándar cuyo respeto resulta fundamental para garantizar una adecuada protección al consumidor. Su importancia es incluso reconocida con rango constitucional, tanto en el caso de Brasil como el caso de Venezuela.

Tengamos además en consideración que una de las causas de asimetría en la relación de consumo está relacionada con el hecho de que el proveedor de bienes y servicios, no solo tiene el poder económico, sino que además conoce la naturaleza y características propias del bien o servicio, y también está en posesión de información jurídica respecto de la operación a realizar con el consumidor. Información que no posee el consumidor y tal situación también le genera vulnerabilidad⁴⁴. De allí que los diversos sistemas consideren este derecho como fundamental.

Ahora bien, de conformidad con las propias Directrices de la ONU, la información debe ser “(...) clara y oportuna para que los consumidores puedan ponerse en contacto fácilmente con las empresas y para que las autoridades de regulación y aplicación de la ley puedan identificarlas y localizarlas”. La misma podría incluir datos relativos a la identidad de la empresa, su denominación jurídica y el nombre con el que opera, su domicilio principal, sitio web y dirección de correo electrónico u otros medios de contacto, su número de teléfono y sus números de licencia o registro gubernamental (*ítem V, 14, “b”*). Además, el consumidor debe tener acceso a una información clara y oportuna sobre los bienes o servicios ofrecidos por las empresas y los términos y condiciones de la transacción de que se trate (*ítem V, 14, “c”*).

La necesidad de informar al consumidor, de manera de garantizar que cuando éste dé su consentimiento lo haga en el entendido de que conoce suficientemente la operación a realizar, abarca también al propio contrato. En efecto, de conformidad con el *ítem V, 14, “d”*, los términos contractuales han de ser claros, concisos y fáciles de entender.

Igualmente, “Se debe facilitar a los consumidores instrucciones sobre el uso adecuado de los bienes e información sobre los riesgos que entraña el uso al que

⁴⁴ C. MADRID MARTÍNEZ, “Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno Rodríguez, J.A. (dir.), *Contratos internacionales*, Buenos Aires, ASADIP / Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2016, pp. 437 ss., especialmente p. 441.

se destinan o el normalmente previsible. Dentro de lo posible, la información de vital importancia sobre seguridad debe comunicarse a los consumidores mediante símbolos comprensibles internacionalmente” (*ítem V, B, 17*). Tal como adelantamos, la garantía de un trato justo y equitativo requiere “(...) que se suministre la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, y que se adopten medidas para garantizar la exactitud de la información suministrada” (*ítem V, C, 27*). La información debería ser difundida libremente y los Estados han de alentar tal difusión (*ítem V, C, 28*).

El *ítem V, C, 29* establece que “Debe procurarse que los consumidores tengan acceso a información inequívoca sobre los efectos de los productos y los servicios en el medio ambiente, recurriendo a medios como la elaboración de perfiles de los productos, la presentación de informes ambientales por la industria, el establecimiento de centros de información para los consumidores, la ejecución de programas voluntarios y transparentes de etiquetado ecológico y los servicios de consulta telefónica directa sobre los productos”. Además, “Los Estados Miembros, en estrecha colaboración con los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones de consumidores, deben adoptar medidas contra la información o las afirmaciones capciosas en relación con el medio ambiente en las actividades de publicidad y otras actividades de comercialización. Debe fomentarse la elaboración de normas y códigos de publicidad adecuados para reglamentar y verificar las afirmaciones que se hacen en relación con el medio ambiente” (*ítem V, C, 30*).

4. EDUCACIÓN Y SENSIBILIZACIÓN

Conforme a las Directrices de 2015, ítem IV, 11, “d”, “Las empresas deben elaborar, según proceda, programas⁴⁵ y mecanismos para ayudar a los consumidores a adquirir los conocimientos y competencias necesarios para comprender los riesgos, incluidos los riesgos financieros, tomar decisiones bien fundadas y acceder a servicios competentes y profesionales de asesoramiento y asistencia, prestados preferiblemente por terceros independientes, cuando sea necesario”.

Esta orientación establece la necesidad de promover la educación de los consumidores de productos y servicios, para posibilitar un consumo responsable

⁴⁵ Conforme a las Directrices de 2015, Parte V, letra “G”, *ítem n° 44*, “los programas de educación e información del consumidor deben abarcar aspectos importantes de la protección del consumidor, como los siguientes: a) salud, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y adulteración de los alimentos; b) peligros de los productos; c) etiquetado de productos; d) legislación pertinente, formas de acceder a los mecanismos para la solución de controversias y de obtener compensación, y organismos y organizaciones de protección del consumidor; e) información sobre pesos y medidas, precios, calidad, condiciones para la concesión de créditos y disponibilidad de artículos de primera necesidad; f) protección del medio ambiente; g) comercio electrónico; h) servicios financieros; i) utilización eficiente de materiales, energía y agua”.

y seguro, que evite riesgos o daños a los consumidores. Esta medida, que aparentemente parece estar preocupada solamente por el bienestar, la vida, la salud y la seguridad del consumidor, igualmente se dirige a la empresa que, al tener como resultado un menor índice de accidentes de consumo o una reducción del mal uso de equipamientos o servicios adquiridos tendrá, por consiguiente, una optimización de los gastos derivados de tales circunstancias.

Además, por medio de la educación y sensibilización, las Directrices, en el ítem V, G, 47, se ocupan especialmente de los consumidores hipervulnerables⁴⁶, al mencionar la necesidad de formular programas de información destinados a los consumidores rurales y analfabetos, a través de medios o canales de comunicación que les resulten de fácil acceso.

Finalmente, teniendo en cuenta la inclusión—en el texto de 2015—de la preocupación por la confianza de los consumidores en el mercado de servicios financieros, este principio busca fomentar el desarrollo, por medio de programas, campañas y demás herramientas, de nociones sobre educación financiera, como forma de facilitar al consumidor la elección más consciente de los servicios financieros puestos a su disposición, partiendo de la idea clásica que solamente el ciudadano instruido tiene la verdadera y real posibilidad de elegir conscientemente, con libertad y autonomía⁴⁷.

La inserción de la educación para el consumo del crédito financiero, juntamente con la facilitación del acceso a servicios de asesoramiento y asistencia, proporcionarán la concientización de los consumidores respecto a los riesgos derivados del consumo excesivo, evitando, así, el sobreendeudamiento⁴⁸—que además de ser nocivo al consumidor, por ponerlo en un estado de insolvencia civil, perjudica también a la empresa—.

5. PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD

El tema de la privacidad del consumidor y la protección de sus datos personales, es una de las grandes preocupaciones del siglo XXI, en virtud de la masificación del uso de *cookies* y *spywares*, que permiten la captura de datos e informaciones enviadas por un sitio web, almacenados en el navegador del usuario, que facilitan a los proveedores la consulta de la actividad previa del consumidor, sus hábitos de

⁴⁶ Sobre el tema, ver L. KLEIN VIEIRA, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

⁴⁷ Sobre la libertad de elección del consumidor, ver W.J. FAIAD DE MOURA, “Pensar e implementar a educação do consumidor no Brasil”, en: Miragem, B. / Lima Marques, C. / Flávio de Oliveira, A. (coords.), *25 Anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*, São Paulo, RT, 2016, p. 804.

⁴⁸ Sobre el tema, ver A. FLÁVIO DE OLIVEIRA / D. FARIA DE CARVALHO, “Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 104, 2016, pp. 181-201.

navegación, sus preferencias, sus registros personales, etc., sin el consentimiento del mismo. Estos programas pueden inducir al consumidor a un determinado comportamiento, que en muchos casos lo lleva a error, además de violar su derecho a la intimidad y a la privacidad.

Sobre el tema se ha dicho, con propiedad, que “el reconocimiento del derecho a la intimidad —en sus diversas manifestaciones— luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices. Ahora, con el tratamiento, la recolección, el almacenamiento de informaciones que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser humano —o bien, era conocido por un mínimo sector—, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura. Esto es, los datos personales de toda persona se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados. Es por ello que el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona. Por tal motivo, el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, debe serle reconocido ya no sólo como una mera prerrogativa, sino además como un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos de protección idóneos”⁴⁹.

Pensando en las implicaciones de la falta de protección del derecho a la privacidad y en el proceso de vigilancia informática constante en el cual están sumergidos los consumidores, las Directrices establecen que “Las empresas deben proteger la privacidad de los consumidores mediante una combinación de mecanismos adecuados de control, seguridad, transparencia y consentimiento en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales” (*ítem IV, 11, “e”*).

En otras palabras, la empresa que utiliza, por ejemplo, la política de *cookies* para la obtención de informaciones y datos personales del consumidor, debe advertirlo de su práctica, de forma transparente, solicitar su consentimiento para tal acto y comprometerse a ofrecer seguridad y protección a los datos obtenidos, entre otras medidas. El gran problema que se plantea en este ámbito es con relación a las relaciones transfronterizas de consumo, que requieren un refuerzo en la necesidad de protección de los datos de los consumidores en escala global.

6. CONTROVERSIAS Y RECLAMACIONES DE LOS CONSUMIDORES

El último principio de buenas prácticas comerciales referido por las Directrices recomienda que “Las empresas deben poner a disposición de los consumidores

⁴⁹ A. GARCÍA GONZÁLEZ, “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 10, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3933/4972>, consultado el 09/09/2017.

mecanismos de reclamación que les permitan resolver controversias de manera rápida, justa, transparente, poco costosa, accesible y efectiva sin cargas ni costos innecesarios. Las empresas deben considerar la posibilidad de adoptar las normas nacionales e internacionales relativas a procedimientos internos de reclamación, servicios alternativos de solución de controversias y códigos sobre satisfacción de los clientes” (ítem IV, 11, “f”).

Los mecanismos rápidos o expeditos, poco costosos y que le faciliten al consumidor el acceso a la justicia ya fueron objeto de discusión en otros foros internacionales de codificación, tales como la Séptima Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP VII)⁵⁰, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁵¹, y la Unión Europea⁵². Su implementación en los Estados es de esencial importancia para brindar efectividad al derecho del consumidor y también al propio derecho de

⁵⁰ Los Estados Unidos presentaron un Proyecto de Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores que invita a los Estados a introducir en su derecho interno una pluralidad de sistemas de reclamación. Tal como ya hemos advertido, “estos sistemas incluyen desde procesos judiciales de menor cuantía, (...) hasta modelos de ODR (*online dispute resolution*), como el arbitraje electrónico y la solución alternativa de controversias para reclamos por el uso de tarjetas de crédito y débito. Además, mencionan la cooperación de las autoridades nacionales responsables por la tutela de los consumidores para el pedido de restitución de valores, los esquemas de solución privada de disputas, ofrecidos por las empresas que proveen el producto al consumidor, y la posibilidad de proposición de acciones colectivas para las reclamaciones de consumidores”. Ver L. KLEIN VIEIRA, *Protección Internacional del Consumidor. Procesos de Escasa Cuantía en los Litigios Transfronterizos*, Buenos Aires / Montevideo, B deF, 2013, p. 183.

⁵¹ El 9 de diciembre de 1999, la OCDE adoptó una Recomendación respecto a las Directrices para la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico, orientando el desarrollo de mecanismos justos, efectivos y transparentes para tratar las demandas entre consumidores y proveedores, vinculados al reembolso monetario y a la problemática del acceso del consumidor a la justicia, cuando las relaciones jurídicas establecidas tienen conexión con más de un ordenamiento jurídico y el monto del reclamo es de poca expresión o de menor cuantía”. L. KLEIN VIEIRA (nota 50), p. 236. Posteriormente, el 12 de julio de 2007, en la Recomendación sobre Resolución de Disputas y Resarcimiento a los Consumidores, la OCDE destacó que “las disputas de consumidores requieren mecanismos adaptados para que proporcionen a los consumidores el acceso a soluciones que no impongan un costo, retraso o carga desproporcionada al valor económico en juego y al mismo tiempo no causen cargas excesivas o desproporcionadas a la sociedad y al proveedor”. La Recomendación, para atender a este comedido, destacó ser necesaria la presencia de las siguientes características: “a) facilidad en el acceso y en el uso del procedimiento, no siendo necesaria la representación jurídica; b) información clara, amplia y precisa sobre el procedimiento, que deberá estar a la disposición del consumidor; c) uso de formularios o formatos estándar, para facilitar la presentación de los documentos necesarios; d) inclusión de servicios alternativos de resolución de disputas o tribunales de menor cuantía”. Ver L. KLEIN VIEIRA (nota 50), p. 238.

⁵² En la Unión Europea fue aprobado el Reglamento n° 861/2007 que estableció un proceso europeo de escasa cuantía, facilitando el reconocimiento y la ejecución de la decisión judicial obtenida en materia civil y mercantil, que no supere los 2000 euros, en otro Estado Miembro, dando efectividad al principio de la libre circulación de los fallos y facilitando el acceso a la justicia al consumidor transfronterizo. Para mayores detalles sobre el tema, ver L. KLEIN VIEIRA (nota 50), pp. 141-175. En 2015, el Reglamento referido fue modificado por el Reglamento n° 2421, que amplió el ámbito de

la competencia, pues de nada sirve al consumidor o usuario tener un catálogo de derechos materiales previstos en leyes o tratados si los mismos no pueden ser ejercidos con facilidad, o que impongan cargas excesivas o indebidas al proveedor que terminen por convertirse en medidas sin eficacia. Sin embargo, los Estados no deben permitir que los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación y el arbitraje, priven al consumidor –por medio de cláusula prevista en contrato de adhesión– de la posibilidad de reclamar el resarcimiento o la indemnización que le corresponden por la violación de sus derechos en el ámbito del poder judicial.

De este modo, la idea de las Directrices de fomentar el uso, por las empresas, de tales mecanismos alternativos y de los códigos de satisfacción de los clientes es de facilitar al consumidor el acceso a medios de resolución de conflictos que sean rápidos, transparentes, sencillos, baratos o sin costo, que pueden darse en línea o fuera de línea. Pero jamás, bajo ninguna hipótesis, estos medios pueden servir como mecanismo para limitar o impedir el acceso del consumidor al poder judicial.

En este sentido, las Directrices podrían haber cristalizado la recomendación según la cual el juez del lugar del domicilio del consumidor debería ser el competente para los litigios que involucren una relación de consumo interna o transfronteriza⁵³, ya que una de las preocupaciones constantes en el Preámbulo de las Directrices es el establecimiento de normas en materia de derecho internacional privado, específicamente vinculadas a la jurisdicción internacional.

Finalmente, cabe señalar que las Directrices, en la Parte V, *ítem* “F”, cuando tratan de la solución de controversias y compensación como principio general, recomiendan que los Estados alienten a todas las empresas a solucionar conflictos de forma accesible, rápida, justa y transparente, exenta de formalidades, debiendo crear, igualmente, servicios de asesoramiento y procedimientos extrajudiciales para los consumidores, que les posibiliten presentar reclamaciones y obtener una respuesta oportuna.

aplicación material de 2000 para 5000 euros. Su texto completo puede ser consultado en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2421>, consultado el 10/09/2017.

⁵³ Esta orientación fue adoptada por el derecho brasileño, en el nuevo Código de Proceso Civil (Ley nº 13.105, del 16/03/2015), art. 22, apartado II. Venezuela aún no cuenta con reglas específicas en materia de jurisdicción para los contratos internacionales con consumidores, razón por la cual se suele aplicar la regla general en materia contractual, prevista en los arts. 39 y 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, de 1998. Sobre el tema, ver C. MADRID MARTÍNEZ, “Venezuela”, en: Fernández Arroyo, D.P. (ed.), *Consumer Protection in International Private Relationships / La Protection des Consommateurs dans les Relations Privées Internationales*, Asunción, CEDEP, 2010, especialmente p. 554.

VI. LA PROMOCIÓN DEL CONSUMO SOSTENIBLE COMO “BUENA PRÁCTICA COMERCIAL”

El tema del consumo sostenible⁵⁴ ha ocupado un destacado lugar en las Directrices de la ONU de Protección al Consumidor, particularmente a partir de la revisión llevada a cabo en 1999, ocurrida luego de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo –ECO 1992– realizada en la ciudad de Río de Janeiro.

En el ítem II, 4 de la versión de 1999, las Directrices llaman la atención de los Estados al destacar que “Las modalidades de producción y consumo insostenibles, particularmente en los países industriales, son la causa principal de que siga degradándose el medio ambiente mundial. Todos los países deben procurar el fomento de modalidades de consumo sostenibles; los países desarrollados deben ser los primeros en lograr modalidades de consumo sostenible, mientras que los países en desarrollo deben procurar lograrlas en su proceso de desarrollo, prestando la debida atención al principio de responsabilidad común pero diferenciada”.

Allí, se optó por incluir el capítulo de letra “G” al texto revisado de las Directrices de 1985, que contempla una serie de medidas a ser tomadas por los Estados, y que califica, en el ítem nº 42, al consumo sostenible relacionándolo con la satisfacción de las necesidades, respecto a bienes y servicios, de las generaciones presentes y futuras, pero de un modo que sea sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental.

Según advierte la doctrina, el consumo sostenible implica cambios significativos en el comportamiento humano dirigidos hacia un cuidadoso y equitativo uso de los recursos naturales, para alterar las prácticas de desperdicio de alimentos, agua, energía, electricidad y recursos naturales y buscar un uso eficiente de los mismos, de modo de evitar la degradación ambiental y los daños a las especies, a su hábitat y al ecosistema, buscando padrones de producción sostenibles⁵⁵. Por esta razón, el consumo sostenible tiene estrecha relación con la actuación de la empresa, en el ámbito interno e internacional, y por ende se justifica la necesidad de su integración a la guía de buenas prácticas comerciales direccionadas a la preservación del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

⁵⁴ Thierry Bourgogne hace una diferenciación interesante entre consumo sostenible y consumo responsable. Según él, el consumo sostenible obliga a integrar en los padrones de producción y de consumo a las restricciones creadas por el desarrollo sostenible y por la protección del medio ambiente, mientras que el consumo responsable invita al consumidor a ajustar su comportamiento con base en cuestiones éticas relativas, por ejemplo, al trabajo infantil o a los padrones de producción y de comercialización. Ver T. BOURGOGNE, “Proteção do consumidor e desenvolvimento sustentável: consumidor soberano, poluidor, responsável ou vítima?”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 109, 2017, p. 28.

⁵⁵ C. TINKER, “Ensuring sustainable consumption and production patterns through the United Nations Global Goals: the international law and policy perspective”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 107, 2016, p. 388.

Respecto a la versión del 2015, la promoción del consumo sostenible está contemplada en el *ítem* V, H, y está en consonancia con el objetivo n° 12 (consumo y producción responsables) previsto entre los 17 objetivos de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible⁵⁶, aprobados por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, los cuales deberán ser alcanzados en los próximos 15 años.

En las Directrices, *ítem* n° 49, se mantiene la misma calificación de consumo sostenible, antes referida, y se establece la responsabilidad del consumo sostenible en cabeza de todos los Estados, organizaciones, empresas, sindicatos y consumidores informados (*ítem* 50)⁵⁷. Además, los Estados, en asociación con las empresas y otras entidades, deben formular y aplicar estrategias que promuevan el consumo sostenible, tales como reglamentos, políticas sectoriales referentes al uso de la tierra, transporte, energía y vivienda, programas de información, eliminación de subvenciones que contribuyan a fomentar modalidades de consumo y producción no sostenibles, programas de reciclaje, instrumentos fiscales, entre otras medidas (*ítems* n° 51, 52 y 59).

VII. EL IMPACTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL DERECHO NACIONAL: LAS LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

Tomando en consideración que las Directrices de la ONU “(..) establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces”, las mismas tienen una especie de función inspiradora para la codificación estatal. El resultado de la adopción de estos estándares por parte de los Estados en sus respectivas leyes de protección a los consumidores, generalmente está revestido de cierto carácter imperativo, lo cual hace que las normas que los recogen limiten la voluntad de las partes y, en los supuestos internacionales, la aplicación de ordenamientos jurídicos extranjeros.

En efecto, las normas de protección al consumidor son generalmente calificadas como normas internacionalmente imperativas, es decir, normas que “(..) *are*

⁵⁶ El listado de objetivos puede ser consultado en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, consultado el 10/0/2017.

⁵⁷ El consumidor ejerce un papel fundamental en la formulación de estrategias y planes de acción, sobre todo para el sector privado, relacionados a la mejoría de los aspectos ambientales de productos y servicios, en la medida en que si realiza elecciones más conscientes, podrá generar una demanda por productos y servicios que lleven en consideración políticas de consumo sostenible, lo que fomentaría la opción por una “economía verde”. SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor, *Consumo Sustentável – Caderno de Investigações Científicas*, vol. 3, Brasília, 2013, pp. 117-118.

*considered to be so important and sensitive from the viewpoint of public policy that they are intended to be applied, always or at least when the situation is closely connected with the forum country, regardless of whether the issue as such is governed by foreign law and regardless of the contents of that foreign law*⁵⁸. Entre otras materias sensibles, a través de estas normas se organiza la injerencia del poder público en la economía y, particularmente, la ordenación del mercado y de las relaciones entre sus participantes⁵⁹. De allí su importancia para la contratación internacional.

Sin embargo, entender la aplicación de las normas imperativas como regla general en materia de consumo, lo cual supone un fundamento simplista a la aplicación de la *lex fori*, no brinda—en opinión de Lima Marques—una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. Las legislaciones nacionales y regionales que dejan desamparados a sus consumidores, posibilitan el uso y abuso de estándares fuertemente diferenciados que dan paso al llamado “consumidor de residuos”, para utilizar la expresión de Stiglitz. No es suficiente porque deja desamparada a buena parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía internet no tiene conciencia precisa del Derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales⁶⁰.

A pesar de las críticas, ésta parece ser la principal herramienta de que dispone el juez para atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con consumidores. En tal sentido, puede afirmarse que la restricción que ha sufrido la autonomía material se proyecta, de alguna manera, sobre la autonomía conflictual. De manera que tal como las normas materiales protectoras de débiles jurídicos en general, excluyen toda capacidad negociadora de las partes, las normas de conflicto que indican el derecho aplicable a los contratos internacionales con consumidores harían lo propio con la autonomía conflictual⁶¹. Neuhaus pone de manifiesto ese paralelismo al afirmar que si las partes tienen autonomía material, puede haber autonomía en Derecho internacional privado; mas si las partes no tienen autonomía material porque una de ellas es estructuralmente más fuerte y otra más débil, entonces la autonomía de las partes pierde su sentido como factor de conexión principal. En estos casos no hay verdadera libertad material y no puede haberla desde el punto de vista conflictual⁶².

⁵⁸ M. BOGDAN, “Private International Law as a component of the law of the forum: General course on Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 348, 2011, pp. 9 ss., especialmente p. 182.

⁵⁹ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Capítulo 4. Contratación comercial internacional”, en: Fernández Rozas, J.C. / Arenas García, R. / de Miguel Asensio, P., *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 245 ss., especialmente p. 320.

⁶⁰ C. LIMA MARQUES (nota 14), p. 125.

⁶¹ En este sentido, ver O. LANDO, “The EC draft convention on the Law applicable to contractual and non contractual obligations”, *RebelsZ*, 1974, pp. 6 ss., especialmente p. 15.

⁶² P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Auflage, 1976, p. 257.

BASEDOW anota también una razón económica para limitar la autonomía conflictual en estos casos: los costos prohibitivos generados por la información y comprensión de los distintos ordenamientos jurídicos vinculados al caso. Si bien estos costos podrían justificarse desde el punto de vista de la parte fuerte, para quien, generalmente, la estandarización de sus relaciones lleva a considerar su efecto masivo a la hora de determinar el derecho aplicable, esta característica no se materializa del lado del consumidor. En efecto, para estos suele tratarse de una relación aislada, no equiparable a transacciones análogas, con lo cual serían impagables los costos de información y consejo legal, con relación a cada una de ellas⁶³.

Ahora bien, a través de las normas internacionalmente imperativas, el Estado define el contenido de las relaciones, con lo cual, la elección del derecho aplicable al contrato internacional por las partes se encierra en un espacio muy limitado que enfrenta al juez a un *dépeçage* bien particular y lo obliga a aplicar, armónicamente, normas pensadas en interés de las partes y otras que buscan restringir ese interés.

VIII. BREVE REFLEXIÓN FINAL

La relación de consumo es una relación muy compleja que excede el ámbito de regulación del derecho de las obligaciones. Su complejidad subjetiva llama, por una parte, a la aplicación del derecho del consumidor, un sistema eminentemente tuitivo que busca, de alguna manera, paliar el desequilibrio que produce en la relación el desigual poder de negociación de las partes. La otra arista subjetiva de la relación –el proveedor de bienes y servicios– necesita contar con normas que fomenten a la vez que protejan la actividad que realiza en el mercado. Estos dos polos aparentemente opuestos han de engranarse para dar lugar a un sistema que proteja al consumidor sin asfixiar al mercado.

Evidentemente no se trata de una tarea sencilla, pero es la idea que subyace en las Directrices de la ONU: contribuir a construir una relación en la que el proveedor de bienes y servicios ajuste su actividad a estándares que le permitan lograr sus particulares objetivos sin perjudicar a los destinatarios de la misma, y en la que el consumidor esté suficientemente informado de sus derechos y educado para su ejercicio.

⁶³ J. BASEDOW, “*Lex mercatoria* and the Private International Law of the contracts in economic perspective”, en: Basedow, J. / Kono, T. (eds.), *An economic analysis of Private International Law* Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 57 ss., especialmente p. 68.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DÉBILES JURÍDICOS, DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINO BRASILEÑA

CLAUDIA LIMA MARQUES* / JUAN JOSÉ CERDEIRA**

Resumen: El artículo propone analizar los desafíos que presenta la cuestión referente al derecho de defensa de la competencia en el marco del desenvolvimiento empresarial regional. Se partirá de un abordaje temático unívoco desde la perspectiva las nuevas categorías jurídicas amparadas en las constituciones nacionales, normativa y práctica consecuente, principalmente los ordenamientos jurídicos argentino y brasileño en materia de defensa de la competencia y protección al consumidor. Se hará referencia a los avances alcanzados en torno al tema en los derechos nacionales, a cómo juega ello a la luz de los intereses empresariales, tomando en cuenta la necesaria protección tanto del consumidor, como del pequeño y mediano empresario, en el juego con las grandes corporaciones y conglomerados empresariales, en atención al desenvolvimiento de sus actividades más allá de las esferas nacionales o regionales. Por última se reflejará como el derecho internacional privado y su sistema puede constituir una herramienta esencial en la búsqueda de respuestas hacia el equilibrio entre los actores involucrados.

Abstract: The article proposes to analyze the challenges presented by the issue of the right to defend competition within the framework of regional business development. It will start from a univocal thematic approach from the perspective of the new legal categories covered in the national constitutions, normative and consistent practice, mainly Argentine and Brazilian legal systems in the field of defense of competition and consumer protection. Reference will be made to the progress made in this area in national rights, how this is done in the light of business interests, taking into account the necessary protection of both the consumer and the small and medium entrepreneur in the game with the large corporations and business conglomerates, in view of the development of their activities beyond the national or regional spheres. Finally, it will be reflected as the private international law and its system can be an essential tool in the search for answers towards the balance between the actors involved.

* Doctor *iure utriusque* –Universidad de Heidelberg–, Master en la Universidad de Tübingen, Diplomada por el Europa *Institut Saarbrücken*, Profesora Titular de Derecho internacional privado en la UFRGS, Porto Alegre, Brasil. Abogada en Brasil y árbitro de la lista brasileña del MERCOSUR. *Chair del Committee on International Protection of consumers*, ILA, London, Directora del Centro de Estudios Alemanes y Europeos-CDEA del DAAD-UFRGS-PUCRS. Ex-Presidente de la ASADIP.

** Doctor en Derecho internacional privado (UNA), Abogado (UBA), Profesor de Derecho internacional privado en la UBA, y en la Universidad de Flores. Ha sido becario e investigador del Instituto Max Planck de Hamburgo, del Asser de Holanda. Es investigador de la Universidad Nacional del Litoral. Es representante y negociador por el Ministerio de Justicia de la República Argentina en el MERCOSUR y en diversos foros internacionales

Sumario

I. Introducción. II. Derecho de la competencia, protección al consumidor y equilibrio empresarial. III. Perspectiva argentino brasileña. 1. En Brasil. 2. En Argentina. IV. El aporte del Derecho internacional privado y sus planteos. V. Corolario y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo propone abordar, en primer lugar, el derecho de la competencia, como una necesidad creciente en el marco del desenvolvimiento empresarial en las economías de mercado¹ y en la directa vinculación entre su regulación con la protección a los consumidores² en el marco nacional, regional y global³ donde se desarrollan esas economías.

Seguidamente se abocará a la consideración del necesario equilibrio entre protección de la competencia y desenvolvimiento empresarial. Se hará una especial mención a la figura del consumidor como integrante más débil a preservar pero también a una delimitación de las categorías empresariales, advirtiendo la debilidad que pueden asumir las pequeñas y medianas empresas o productores, a la luz de los conglomerados o grupos empresariales actuales.

En tercer término, cabe referir que el enfoque abordará los avances normativos institucionales alcanzados en la Argentina y el Brasil, tanto desde la protección constitucional prevista, como a lo acordado dentro del ámbito del esquema regional mercosureño⁴. Podrá apreciarse que estos dos son los países que más han desarrollado el instituto y su instrumentación, a la vez que se verá la directa conexión del instituto de la competencia y la protección del consumidor en el tratamiento normativo institucional. Inmediatamente después se pasará revista a la normativa regional mercosureña en la materia, a su grado de incorporación y a la situación actual en torno al tema a nivel nacional y regional.

En este contexto, se pretende examinar el papel de la política de defensa de la competencia desde la perspectiva regional, para evaluar las herramientas de que disponen las empresas para su desenvolvimiento en el mercado mundial, a la luz de las actividades que desarrollan los grandes grupos económicos a nivel global.

¹ A. JAEGER JUNIOR, *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, São Paulo, LTr, 2006.

² R.A. CASTELLANOS PFEIFFER, *Defesa da Concorrência e bem-estar do consumidor*, São Paulo, Ed. RT, pp. 8 ss.

³ U. BECK, *Was ist Globalisierung*, Frankfurt / Main, Suhrkamp, 1997, pp. 46 ss.

⁴ A. JAEGER JUNIOR, *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*, Curitiba, Juruá, 2010, pp. 5 ss.

Finalmente, se hará referencia al relevante papel del derecho internacional privado en la búsqueda de ese equilibrio⁵, en el desenvolvimiento de la disciplina método y sistema en el marco de un mundo post moderno de nuevos desafíos⁶. Para concluir se brindará testimonio de posibles escenarios de desequilibrios y respuestas propuestas desde la perspectiva iusprivatista internacional.

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EQUILIBRIO EMPRESARIAL

Según manifestara el eminente jurista argentino, Ricardo LORENZETTI, presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese país⁷, con relación al tema, en la economía de mercado produce un cambio de paradigmas sin precedentes, porque todos (deudores y acreedores, trabajadores y empresarios, ricos y pobres) estamos afectados por una debilidad, que no es individual sino colectiva, estructural frente a las reglas del mercado, posición que reviste un carácter permanente y que funciona como elemento activante de la protección en el derecho del consumidor.

Partiendo de esa premisa, se puede decir que el derecho de competencia deviene esencial en las economías de mercado, como la argentina y la brasileña, más aún, cuando las grandes corporaciones o multinacionales parecen estar detrás de las marcas más importantes; o los grandes grupos de comunicación que poseen desde editoriales, a toda una ramificación en la radiodifusión o en las telecomunicaciones⁸.

Por lo tanto, el derecho de la competencia suele ser conceptualizado como el instrumento básico de la economía de mercado que asegura que los precios reflejan la relación real entre la oferta y la demanda, siendo capaz de una mayor redistribución de los recursos, y con mayor eficacia. La competencia expresa en su totalidad una mayor posibilidad de elección para los consumidores, junto con precios más bajos⁹.

El derecho de la competencia debería propender a conseguir una productividad eficiente para maximizar el bienestar social, evitando los abusos de la posición dominante y prácticas restrictivas en el comercio, sea a nivel nacional o internacional¹⁰.

⁵ E.A. KLAUSNER, *Direito Internacional do Consumidor: A proteção do consumidor no livre-comércio internacional*, Curitiba, Juruá, 2012.

⁶ A. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *Rev. EsS. de Der. Int.*, 1994, p. 557.

⁷ R. LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Ed. RT, 1998, pp. 102 ss.

⁸ M. AFONSO DE FARIA, "La política de Defensa de la competencia en el MERCOSUR frente a los objetivos de integración regional de los bloques económicos", disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12845.

⁹ M. AFONSO DE FARIA (nota 8).

¹⁰ H. CARPENA, *O consumidor no direito da concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

En materia de competencia, por lo general, las empresas no ven la competencia y la búsqueda del precio más bajo como prioridades, sino que su principal preocupación se centra en maximizar las ganancias, lo que da lugar a varios intentos de formar carteles, monopolios o hasta mismo oligopolios, o sea actos contrarios a la competencia.

La libre competencia, en consecuencia, tiene una colección de normas jurídicas destinadas a su promoción, disciplinando los comportamientos de la conducta de competencia adoptadas por los agentes económicos en el mercado, independientemente de la forma que se presenten.

En ese marco cuando determinadas circunstancias previstas en las normas de derecho de la competencia tengan por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, aparecerán normas de policía en materia de competencia para prohibir la su adopción, las cuales establecerán un conjunto de respuestas que obliguen a la adopción de nuevos comportamientos competitivos, más acorde con los hábitos y costumbres y el principio comercial de la competencia leal y el equilibrio empresarial.

Las prácticas comerciales dirigidas a mantener el equilibrio deberán ser adoptadas entonces por las empresas y las normas sobre ayudas estatales concedidas por éste pretenderán regular el funcionamiento de las fuerzas del mercado¹¹.

Esta imposición acontece tanto dentro de los estándares nacionales, en las legislaciones internas de los países, las cuales rigen los comportamientos y las prácticas de la competencia cuyos efectos se ven limitados por territorio, sino también que conforman el llamado derecho de la integración en materia de competencia, que a su vez regulan las conductas y prácticas con impacto sobre la competencia de una espacio de integración, como el MERCOSUR.

III. PERSPECTIVA ARGENTINO-BRASILEÑA EN TORNO AL TEMA. EL PROTOCOLO DE FORTALEZA

Como manifestáramos, el abordaje del tema desde la perspectiva argentino brasileña obedece a que dentro del bloque regional, son estos los dos países que más avanzado en el desarrollo del derecho de la competencia y en la salvaguarda de ese derecho que conjuntamente con el de la “protección al consumidor”, tienen rango constitucional en ambos países.

1. EN BRASIL

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 170, IV, considera a la competencia como uno de los principios de la política económica brasileña,

¹¹ M. AFONSO DE FARIA (nota 8).

toda vez que permite la intervención del Estado para garantizar la libertad de acción de las personas cuando sus acciones corresponden a un riesgo para la libre competencia del mercado, como se desprende de lo artículo 173, § 4º, de lo mismo texto constitucional¹².

Según dicho precepto, el Estado debe permitir que la competencia fluya libremente, pero también puede intervenir, en caso de cualquier acción que ponga en peligro el desarrollo eficiente de la economía. De esa manera, la protección no sólo para el correcto desarrollo de la competencia, sino también del propio consumidor y de los empresarios de pequeño y mediano porte.

Esta intervención es una forma en que el Estado garantice el buen funcionamiento del mercado, siendo que va a intervenir de forma coercitiva en los casos de abuso del derecho o del poder económico¹³.

Otro instituto jurídico brasileño que se ocupa de la defensa de la competencia, es la ley 8.884/94, también conocida como ley de defensa de la competencia, aprobada en el sistema jurídico brasileño como una manera de mejorar el comportamiento del Estado frente a prácticas comerciales, con una política de mayor protección a la competencia y a los consumidores.

2. EN ARGENTINA

En Argentina, el texto constitucional, reformado en 1994, trata la cuestión relacionada con la defensa de la competencia y la protección al consumidor en sus artículos 42 y 43¹⁴.

¹² Art. 170 “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)*”. Art. 173 “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...)*”; § 4º “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

¹³ C. LIMA MARQUES, “L’expérience de la codification et de la réforme du droit de la consommation au Brésil”, en: F. Maniet (ed.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Cowansville, Ed. Ivon Blais, 2005, p. 187.

¹⁴ Artículo 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios

Como complemento de su Constitución, la legislación argentina incluye la ley 25.156, que vino a sustituir la ley anterior, vigente desde 1980 que es la ley 22.262, trayendo significativos cambios con respecto a las normas antimonopolio.

La referida ley 25.156 –ley de defensa de la competencia Argentina– vino a regular las malas prácticas, y sujeta también sus disposiciones a todas las personas que realizan actividades económicas en el territorio nacional argentino.

El artículo 2 de la ley 25.156/99, describe de forma general, todas las conductas prohibidas, y que pueden distorsionar de forma directa el objetivo de la competencia, es decir, aquellos comportamientos que restringe el ámbito de la competencia.

Seguidamente, la misma ley establece cuáles son las características de una posición dominante en el mercado, llegando también a prohibir cualquier forma de reducción, restricción o de falsear la competencia, lo que permite, un mayor control de las concentraciones y fusiones entre empresas.

De todas formas, la ley argentina por razones que podría considerarse políticas económicas no ha sido reglamentada ni completada con las instauraciones de los organismos de aplicación y control previstos.

Este mayor desarrollo en ambos países es el que ha promovido la negociación de un instrumento específico de defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR, llamado “Protocolo de Fortaleza”¹⁵, en atención a la ciudad brasileña en que se ha firmado. Si bien dicho Protocolo no se halla vigente ha sentado las bases para el tratamiento de la problemática en el seno regional, postulado que podría considerárselo incluido en el primer artículo del Tratado de Asunción¹⁶.

de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio”.

¹⁵ Protocolo de Fortaleza, aprobado por Decisión del Consejo Mercado Común N° 18/96.

¹⁶ Artículo 1: “Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará ‘Mercado Común del Sur’” (MERCOSUR). Este

El Protocolo comprende un conjunto de procedimientos, dirigida a armonizar las condiciones de competencia en los mercados internos de los países miembros del MERCOSUR, con el objetivo principal de evitar que los beneficios de la integración sean erosionadas por los obstáculos resultantes de conductas de empresarios o de políticas públicas.

En otro contexto de integración como el de la Unión Europea, la tutela de la libertad de competencia y la protección de derechos bajo la ley antimonopolio, o a través de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, se centra en áreas bien definidas, tales como cárteles, abusos de posición dominante, fusiones y adquisiciones de empresas.

En el caso del MERCOSUR, distintos autores han escrito sobre ese principio inmerso en el texto del Tratado fundacional¹⁷.

En ese contexto se podría argumentar se avanza para en un nuevo modelo de mercado, podría decirse que un “mercado regional”, que por la estructura institucional del MERCOSUR, sería intergubernamental pero que exige también la creación de normas armónicas entre los Estados miembros del bloque económico, con el fin de eliminar las barreras y obstáculos para lograr los objetivos del bloque en cuestión¹⁸.

Como consecuencia, para lograr un aumento del intercambio de bienes y servicios dentro del MERCOSUR, en un marco de respeto al derecho de la competencia, se hace necesario una revisión de las leyes existentes en los Estados Partes sobre la materia, con miras a preservar el equilibrio empresarial, la protección a los consumidores de esos bienes y servicios y la búsqueda de la seguridad jurídica mediante la armonización de las decisiones derecho de la competencia para evitar prácticas lesivas o abuso del poder económico. En ese contexto se expidió el prestigioso especialista argentino, Félix Peña, de la siguiente manera: “En los países del MERCOSUR, en especial La Argentina y el Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de política de competencia económica, tanto en la legislación, como en el desarrollo institucional y la experiencia práctica¹⁹”.

Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

¹⁷ B. SARAVIA FRÍAS, *Anuario de derecho: Concentración empresarial y defensa de la competencia en el Mercosur*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 131 ss.

¹⁸ M. AFONSO DE FARIA (nota 8).

¹⁹ F. PEÑA, “Una Política de Competencia económica para el MERCOSUR”, Artículos y Notas de Prensa 07/09/2017.

A partir de ahí, puede decirse que se hace necesaria una colaboración internacional en la lucha contra las prácticas comerciales desleales, y que en materia de leyes antitrust, la política gubernamental de los Estados deben proteger.

En cuanto al Protocolo de Fortaleza, se pueden identificar dos cuestiones, una vinculada al bien jurídico tutelado por tal normativa; y la otra referida al modelo que ella sigue, específicamente en lo que se refiere a la definición de conductas abusivas.

En lo que refiere a las prohibiciones *per se*, el régimen del MERCOSUR, en particular, no incluye tales prohibiciones. De allí que frente a una conducta que restrinja la competencia o el acceso a un mercado o que constituya un abuso de posición dominante, deberá demostrarse algo más: que la conducta en cuestión afecta el comercio entre los Estados Partes.

En general, los regímenes de defensa de la competencia suelen velar tanto por la protección de los consumidores como por la eficiencia económica. Cabe señalar que, estos dos objetivos no siempre coinciden, y en ocasiones la defensa de la competencia debe decidir cuál de los dos prevalece. En todo caso, la defensa de la competencia en el MERCOSUR, procura velar por algo distinto: del comercio entre sus miembros. Cabe destacar que en muchos casos la defensa de la competencia ha dependido en buena medida del desarrollo jurisprudencial para dar un contenido más preciso a las normas inevitablemente vagas que rigen la materia²⁰.

Un ejemplo sería el caso que una empresa brasilera que exporta productos a Uruguay cobra por estos productos un precio monopólico. Esto, en un sentido trivial, restringe el comercio entre Brasil y Uruguay: si la empresa en cuestión cobrara un precio competitivo dicho comercio sería mucho más intenso, ya que más productos de la empresa en cuestión llegarían a Uruguay. ¿Convierte ello a la conducta en cuestión en una conducta prohibida por el régimen de defensa de la competencia del Mercosur? Como se puede apreciar, son muchas las actividades que, si así fuera, caerían bajo la órbita de las prohibiciones en cuestión²¹.

Por su parte, a diferencia del MERCOSUR, los tratados fundacionales de la Unión Europea se encuentran con normas expresas sobre la protección de la competencia. Uno de las mayores diferencias radica en el carácter intergubernamental del espacio mercosureño. El Protocolo de Fortaleza destacó dos importantes medidas para el MERCOSUR: las subvenciones y medidas *antidumping*²².

²⁰ M. AFONSO DE FARIA (nota 8).

²¹ L. GROSSMAN, *La defensa de la Competencia en el MERCOSUR*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 25/26 noviembre de 2008.

²² M.G. CARRIZO ADRIS, "El desarrollo del derecho de la competencia en el MERCOSUR", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, p. 626.

Sin embargo, a pesar de la identificación de problemas, proponer soluciones y hacer hincapié en la urgencia de sus mediciones, el protocolo en cuestión no se ha aplicado hasta ahora, quizás porque haber anunciado medidas y objetivos ambiciosos, que son necesarios para el proceso de integración regional, para los cuales requeriría una coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes²³.

Por último, merece destacarse que el Protocolo de Fortaleza, aunque no vigente, fija que las condiciones de libre competencia de las actividades económicas en el espacio integrado del MERCOSUR deben ser iguales para todas las variables económicas, de modo que en el futuro, contribuya al establecimiento de un crecimiento armónico y equilibrado de las relaciones internacionales, tomado en cuenta las distintas categorías de empresas (pequeñas, medianas grandes), su necesario equilibrio mediante el fomento de competitividad, a la par de garantizar la protección integral al consumidor y el acceso al libre mercado.

IV. EL SISTEMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y EL EQUILIBRIO EMPRESARIAL

La imagen de persona (*Menschenbild*) cambió en nuestra era post-moderna y globalizada y la protección internacional del consumidor o su actuación en el marco empresarial tiene una gran importancia coyuntural²⁴. Este cambio de visión, del “*homo faber*”²⁵ al “*homo economicus et culturalis*”, es ciertamente un gran desafío para el Derecho internacional privado y su método clásico. El profesor Erik JAYME²⁶ ha advertido ya muy temprano en cuanto a la tendencia de materialización de las normas de conflicto, también sobre la tendencia a la codificación de la protección de los más débiles en leyes especiales, porque la aproximación de las normas legales materiales y consensos globales en este tema son muy difíciles de alcanzar.

En resumen, puede decirse que en el marco de los derechos en análisis y en las materias referidas, la Argentina y el Brasil han desarrollado la protección proactiva del consumidor por una parte y el derecho a la competencia por el otro,

²³ M. AFONSO DE FARIA (nota 8).

²⁴ C. LIMA MARQUES, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, *XXVII Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro / Washington D.C., Comité Jurídico Interamericano, OEA, 2001, pp. 657 ss.

²⁵ H. ARENDT, *Vita active*, 5ª ed., München, Piper, 2007, pp. 375 ss. y pp. 407 ss.

²⁶ E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne”, *Recueil des cours*, n° 251, Kluwer, The Hague, 1995, pp. 35 ss.

en un marco global, en coincidencia con lo que el profesor Erik JAYME²⁷ ya había formulado, la dignidad de la persona en el siglo XXI como más compleja de lo que antes imaginábamos, incluida su actuación como consumidor.

Una persona que evoluciona a la luz del siglo XXI, y como manifestara el internacionalista brasileño Antonio Augusto Cançado Trindade, en cuanto a que respecto al conflicto de leyes, la elección debe ser: “*pro homine*”²⁸. Esta opción jus-política parece una especie de reacción a la globalización, a la apertura de los mercados, a la política de integración en el MERCOSUR, pero también en un deseo de países, como la Argentina y el Brasil de conformar dentro del MERCOSUR un mercado globalizado: para entrar en la sociedad de consumo contemporánea de forma plena y sentirse así protegidos tanto en su mercado nacional, como en la sociedad global. La modificación de la imagen de persona en la sociedad del consumo posmoderno y su reflejo en el derecho internacional privado. Hoy en día, la sociedad del consumo de tipo occidental (y de mercado) es dominante en el mundo.

En ese contexto se puede afirmar que el derecho internacional privado, desde su aparición científica, siempre ha tratado con él, ya sea como el “*homo politicus*” (con los nacionales y ciudadanos extranjeros, que viajan y migran de ciudad y de país, construyen familias multiculturales y dejan herencias en estos países “extranjeros”) o con el “*homo faber*” (productores, empresarios, comerciantes, inventores, trabajadores que firman negocios jurídicos que sobrepasan las fronteras y construyen una economía globalizada) en su dimensión internacional, Por su parte, con la internacionalización de los mercados nacionales, con la globalización de la economía y la revolución de las telecomunicaciones, las fronteras cayeron a todos, ricos y pobres, y cayeron hacia el “*hombre común*”, el consumidor, el pequeño o mediano empresario o la víctima de productos y servicios defectuosos, no sólo para los comerciantes. Este es el nuevo desafío del derecho internacional privado, que tiene en miras aprender y contribuir a la protección internacional del hombre nuevo, quién evoluciona a la imagen de la persona, un hombre para el siglo XXI.

La protección de la persona en la globalización parece ser el problema del futuro de esta disciplina, especialmente en lo que se refiere a las materias en tratamiento.

Con el uso de la expresión socio-filosófica “posmoderna”, busca a Erik Jayme demostrar el carácter de nuestro tiempo y la ruptura de valores ocurrida.

²⁷ E. JAYME, “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”, *Cadernos do PPGD/UFRGS*, n° 1, 2003, pp.85 ss.

²⁸ A. CANÇADO TRINDADE, “International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (II)”, *General Course on Public International Law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2005, pp. 9 ss.

La hipótesis de trabajo de Erik JAYME²⁹, parte de que el derecho internacional privado, en la sociedad de la llamada era postindustrial y en la cultura de la llamada era post-moderna, acabó cambiando también su método, carácter y función. Esa sociedad abarca hoy las privatizaciones, el individualismo, el consumismo, el poder del mercado, la globalización, la intolerancia y la “convivencia” de paradigmas. Este derecho internacional privado posmoderno sería entonces resultado de transformaciones sociales y culturales, que a menudo contienen valores contradictorios, formando un sistema de nuevos principios del derecho.

V. COROLARIO Y CONCLUSIONES

Si se tiene en cuenta que en materia de derecho de la competencia, el Protocolo de Fortaleza, que fue negociado con la intención de suplir una necesidad importante de políticas de integración económica entre los países de la región nunca entra en vigencia, la tarea de armonizar la legislación interna de los Estados Partes del MERCOSUR, propiciando políticas de protección comercial y de equilibrio empresarial, sigue siendo una asignatura pendiente en la región y en los países que integran el bloque.

Por otra parte, Brasil y Argentina, en la región, son los países que más han avanzado en materia normativa e institucional para implementar una verdadera política de defensa de los intereses de los más débiles en sus economías, sin que haya sido –al menos en el caso de la Argentina– completada con la instrumentación con los organismos de contralor necesarios. De ello parece desprenderse que en varios de los Estados Partes del MERCOSUR siguen principalmente una política nacionalista, que dificulta avanzar en una política común entre ellos, que es la meta de todos los procesos de integración regional y de la globalización.

En cuanto a la protección de las partes débiles en la relación empresario/consumidor o en el vínculo empresario pequeño y mediano respecto de los grandes grupos, puede advertirse una falta de legislación común o armonizada regionalmente, limitándose a la instrumentación de leyes de protección al consumidor nacionales respecto en el caso del primer planteo de desequilibrio señalado, y una carencia aún más importante de respuestas en el segundo caso, respecto a la defensa del pequeño y mediano empresario frente a la actividad de los grandes grupos que se mueven en la región.

En atención a ello es que se hizo un análisis y proyección de la importancia que puede alcanzar el derecho internacional privado en la búsqueda de soluciones que avancen respecto del mentado equilibrio.

²⁹ E. JAYME (nota 27).

En ese contexto se puede apreciar una interacción de las soluciones de derecho público en el contralor, y del derecho privado en la preservación de los intereses de la empresa, con especial consideración de la pequeña y mediana empresa, y en la necesidad de su protección jurídica ante el desarrollo de la actividad de los grandes grupos. Siguiendo con esa línea, se entiende fundamental la utilización de métodos y herramientas del derecho internacional privado para garantizar el alcance de la protección o preservación del equilibrio más allá de las esferas locales.

Así se podrá apreciar como normas materiales y de policía nacionales deberán ser miradas con una proyección más transfronteriza ante el posible impacto de la búsqueda del equilibrio en el contexto global.

Como testimonio que da cuenta de la cooperación que puede brindar el derecho internacional privado en la búsqueda del equilibrio empresarial, se señalará un caso que se plantea desde la perspectiva argentina, pero que da cuenta del juego inmerso para el logro del equilibrio en materia de defensa de la competencia respecto de las partes más débiles.

Para referir la situación y para abrir la proyección hacia otros posibles escenarios que pueden plantearse, se parte de un reclamo que efectuaron algunos pequeños y medianos productores de harina de soja en la Argentina, que (a diferencia de lo que si hicieron los productores brasileños y paraguayos) no celebraron acuerdos privados con las multinacionales proveedoras de un gen transgénico que permitió, en sus inicios, la multiplicación de la siembra de la producción original de semillas. Cabe referir que la actitud de los empresarios argentinos se basó en que el gen no se encontraba patentado en la Argentina por la multinacional y si se hallaba protegida la producción de harina por la “ley de semillas” que permitía su utilización.

El problema surge no con la normativa local argentina (normas materiales y de policía) reguladoras de la producción y de la exportación, sino al llegar la harina Europa, donde se plantea el reclamo de la multinacional ante los tribunales europeos, donde la multinacional tiene patentado el gen, por lo que demanda al importador, exigiéndole un plus por tonelada de harina importada en concepto de regalías, atento que la harina contiene el gen en las semillas que fueron utilizadas para su producción.

Sin perjuicio de la solución a la que se llegó en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 6 de julio de 2010, merecen señalarse las incautaciones de la producción de harina importada ordenadas en el espacio europeo y los consiguientes gastos y perjuicios sufridos, mientras tramitaba el juicio (más de cinco años), para advertir, en consecuencia, los riesgos que se le presentan a los pequeños y medianos productores, que evidencia el fuerte desequilibrio entre estos y el poder de las multinacionales ante la falta de derecho de la competencia armonizado y de políticas protectoras.

Finalmente, sólo resta concluir como corolario que ejemplos como el que se desarrollara hacen pensar que el juego del derecho internacional privado y sus sistemas, tal como fueron planteados en el presente trabajo pueden colaborar y servir de gran ayuda ante casos similares, hasta tanto se llene el vacío normativo institucional detectado.

LA NOCIÓN DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO EN EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO

GILBERTO BOUTIN I.*

Resumen: La noción de grupo de interés económico responde a un régimen de derecho material internacional de fuente múltiple y con el método conflictualista que es clave como fórmula subsidiaria. Esta categoría jurídica es un mecanismo de agrupación de personas jurídicas para la realización de fines públicos, es decir, una palanca o herramienta para la contratación pública, como fenómeno de la post-modernidad que aglutina y vincula las relaciones contractuales. Los conflictos de leyes en materia de grupo de interés económico, tropieza con la ausencia de reglas sistémicas, es gracias a las reglas del Código de derecho internacional privado panameño que se pueden suplir los vacíos o inconsistencias que pudieran tener lugar.

Abstract: The idea of Economic group of interest lays on an Private International Law regime with multiple sources on substantial and Conflict of laws solutions. This concept introduced as a mechanism as a tool for government policies when Public authorities need to establish contractual relationships with the private sector. The lack of systematic regulations is covered by the new regulations of the Private International Law Code of Panama.

Sumario

I. Introducción. II. En torno a las reglas materiales del derecho internacional privado, con incidencia en el régimen de colaboración inter-empresarial de carácter internaciona
1. Distinción somera entre regla material y regla de conflicto propiamente hablando.
2. Qué se entiende por reglas materiales de derecho internacional privado dentro del método conflictual. 3. De la diversidad de normas materiales de derecho internacional privado: origen y rol. A) Normas materiales de derecho internacional privado iterno. B) Régimen probatorio. C) Leyes personales materiales. D) El régimen de redomiciliación o de transferencia de la sede social. III. Sobre la diferencia entre la noción de grupo societario y la noción puntual de grupo de interés económico. 1. Sobre la diferencia entre la noción de grupo societario y la noción puntual de grupo de interés económico. 2. Sobre la determinación de la ley aplicable a los grupos de interés económico. 3. Solución conflictual del Código de derecho internacional privado

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y Redactor de la Ley 7 del 8 de mayo de 2014 que adopta el Código de Derecho internacional privado de la República de Panamá (Ley n° 61 de 7 de octubre de 2015).

I. INTRODUCCIÓN

Se trata de una noción debatida¹ antes de la promulgación del Código de derecho internacional privado, que si bien retiene la terminología del derecho francés² al respecto, toma distancia en su aplicación.

Se trata de una noción distinta pues, la noción de grupo de interés económico deviene del arquetipo legal, que permite al Estado en su contratación pública darle forma unitaria a conglomerados empresariales, consorcios o *joint venture* diversificados, concretar con una figura jurídica distinta e individualizada de las sociedades anónimas simples³ tal como se desprende de la noción material del artículo 27 del Código de derecho internacional privado.

La noción de grupo de interés económico responde a un régimen de derecho material internacional privado de fuentes múltiples y a la vez a la fuente clave del método conflictualista como fórmula subsidiaria.

Lo exuberante de las reglas de derecho material que han aflorado en los últimos cuarenta años, permiten que los litigios que surjan en función de lo pactado entre el Estado y los grupos de interés económico, presente la combinación de dos métodos que siendo distintos no se excluyen y coexistan en la solución de la determinación de la ley aplicable⁴.

El Código de derecho internacional privado panameño⁵, introduce la categoría jurídica de Grupo de interés económico como mecanismo de agrupación de personas jurídicas para la realización de fines públicos, es decir, una palanca o herramienta para la contratación pública. En efecto, se trata de un fenómeno de la post-modernidad que aglutina y vincula las relaciones contractuales⁶ como vínculos que participan en un proyecto de mercado internacional como el caso de la ampliación del Canal de Panamá.

Se trata de multicontractualización aparejado de un consorcio o grupos de empresas, que se origina dicha forma de responsabilidad contractual desde hace más de 40 años⁷.

La modernidad constata que las formas contractuales y societarias han sido las categorías que han sufrido sensibles metamorfosis en sus diversas expresiones

¹ Superintendencia Bancos de la República de Panamá, Acuerdo n°1-99 de 11 de mayo de 1999.

² F. LEMEUNIER, *Groupement d'intérêt économique*, GIE Encyclopédie, Delmas, 1999, pp. 317 ss.

³ Ley n° 32 de 1927, que adopta las sociedades anónimas de la República de Panamá.

⁴ G. BOUTIN. *Objeto del Derecho Internacional Privado*, Panamá, Imprenta Universitaria, 2001, pp. 53 ss.

⁵ Ley n° 61 del 7 de octubre de 2015, que adopta el Código de derecho internacional privado de la República de Panamá.

⁶ C. JAUFFRE SPINOSI, *Le Contrat. Journée Capitaine Brésilienne*, 2005, p. 32.

⁷ C. FREIRÍA, *Groupes de sociétés: contrats et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 94 ss.

normativas en el ámbito de las relaciones de comercio internacional⁸. Y ello es así, toda vez que el derecho mercático ha globalizado las economías; de ahí, que los contratos sufren una clasificación diversa a las pre-establecidas en el derecho romano y en la propia codificación francesa. En la actualidad, los contratos de financiación y de colaboración, se proyectan y surgen para colmar las necesidades de mercado, los contratos son de garantía compleja, contratos de suministros, contratos de inversión, contratos traslativo de dominio –compraventa internacional– pero aunado a esto van aunado las formas pluricontractuales junto con las formas societarias, que dan lugar producto de la necesidad de grupo empresarial, la noción de grupo de interés económico o simplemente contratos de colaboración entre empresas⁹.

La clave para comprender el derecho de los grupos de interés económico es el reconocimiento de dos métodos coexistentes o acumulativos que son la aplicación de normas materiales de derecho internacional privado y reglas de conflicto.

En un primer *approach*, nos corresponderá descubrir y enunciar la gama de derechos materiales de derecho internacional privado que envuelve o por la cual atraviesa nuestro tema, que por su recién presencia, en la vida del derecho comercial internacional obliga a referirnos a esa fuente de regulación de derecho material o de fondo que conduce al juez a descubrir el derecho más adecuado dentro de las relaciones grupo de interés económico y el Estado.

Una segunda parte, estará consagrada, a la determinación de la búsqueda de ley aplicable, en la relación perfeccionada entre el Estado y los grupos de interés económico, que permite por su figura unitaria y novedosa salir del tradicional razonamiento conflictual.

La contratación pública va permitir un análisis horizontal y vertical de los grupos de interés económico frente al Estado y frente a la concomitancia de la subcontratación internacional.

Para luego, orientar en la diseminación de foros en el derecho judicial internacional como en el dominio *ad hoc* arbitral.

II. EN TORNO A LAS REGLAS MATERIALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CON INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE COLABORACIÓN INTER-EMPRESARIAL DE CARÁCTER INTERNACIONAL

La presencia y constatación de reglas de derecho material es de reciente data, dentro del método conflictual tradicional.

⁸ J.D. BREDIN, *Droit du Commerce International*, Sirey, 1969, pp. 312 ss.

⁹ M. DUBISSON, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Librairies- Techniques, 1985, pp. 58 ss.

Ellas son localizables en diversas fuentes normativas, especialmente en el campo del derecho material del foro. Es decir, existen reglas materiales distintas a las reglas de conflicto que por su naturaleza y objetivo auxilia a la determinación del derecho aplicable de fondo.

De donde la importancia, en efecto de la diferencia somera entre reglas material de derecho internacional privado y regla de conflicto tradicional.

1. DISTINCIÓN SOMERA ENTRE REGLA MATERIAL Y REGLA DE CONFLICTO PROPIAMENTE HABLANDO

La puntual distinción radica en que las reglas materiales del derecho internacional privado, coadyuvan a descifrar el derecho en conflicto. Son parte de la situación jurídica de carácter internacional, distintas al derecho de fondo que viene hacer de igual naturaleza, pero de jerarquía distinta. La ley de fondo, es la solución al problema de orden internacional, no tan solo un elemento del conflicto. Así, un proceso de liquidación de activos de un régimen de capitulaciones entre un panameño y una francesa, la regla aplicable es la ley de la celebración del matrimonio¹⁰, que sería la ley de Vigo donde los cónyuges celebraron su matrimonio, pero la técnica de liquidación tiene lugar en Panamá donde se encuentran los activos. Estas reglas de ejecución total o parcial adaptadas a lo pactado en Vigo, España son reglas materiales económicas *per se* internas, distintas a las reglas materiales que engendran los derechos del matrimonio sujeto al proceso de divorcio.

Sin embargo, la regla de conflicto es una regla de forma, neutral y bilateralizable.

La norma de colisión es considerada formal, pues ella tan solo designa el ordenamiento objetivo a aplicar, pero no resuelve el fondo. Así, un matrimonio de dos panameños celebrado en Panamá y cuyo domicilio es en Tokio, el derecho aplicable a dicha disolución del vínculo marital, será el derecho japonés. Pero la regla de conflicto, no señala, ni la norma que regula las causales de disolución, ni la causal concreta. Esta tarea es del derecho de fondo japonés.

La regla de colisión, es neutra, pues no necesariamente, el juez de la causa, cuando consulte su regla de conflicto se incline necesariamente o automáticamente, por el derecho del foro, ellas pueden inclinarse en función de los puntos de contactos por un derecho extranjero, o un derecho consuetudinario.

¹⁰ Artículo 32 del Código de Derecho internacional privado de Panamá: “La forma y las solemnidades del matrimonio se rigen por la ley del lugar de su celebración. El régimen económico del matrimonio se rige por la voluntad de las partes, siempre que no vaya en detrimento de la igualdad de las partes ni transgreda el orden público e interés social o, en su defecto, se rige por la ley del lugar de la celebración del matrimonio.

La regla de colisión, es considerada bilateral o bilateralizable, pues la inclinación generalizada, la encontramos en la ley personales propias del derecho internacional privado clásico. Veamos el ejemplo, del artículo 23 del Código de derecho internacional privado señala que el estado, capacidad y derecho de familia rige a los panameños, donde quiera que se encuentren. En la isla de Taboga, en Panamá, contrae matrimonio un panameño con una argentina. La capacidad de la panameña se rige evidentemente, por su ley nacional. La regla de conflicto panameña, señala que la capacidad de un argentino está sujeta a su ley nacional, sin embargo, la regla de conflicto argentina advierte que la capacidad de un argentino se rige por su ley de su último domicilio, siendo su último domicilio en Madagascar, la ley aplicable será la de esta última. Tuvo lugar la bilateralización a través del *renvoi*¹¹.

Finalmente, la regla de conflicto en contraste con la regla material de derecho internacional privado se concentra en la determinación del tiempo, espacio y la ley personal.

Así en el ámbito de los conflictos de leyes temporales, es decir, cuando, una situación jurídica internacional se somete sucesivamente a dos leyes en el tiempo.

2. QUÉ SE ENTIENDE POR REGLAS MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DENTRO DEL MÉTODO CONFLICTUAL

Normas materiales de derecho internacional privado es una noción poco homogénea y por ende, difusa.

Elas tienen una vocación de carácter de regla de conflicto¹². Noción empleada ligeramente, pues siendo norma material no puede ser conflictual. Se trata de normas sustantivas que obligan a ser atendidas para perfeccionar el estatus conflictual en determinadas causas. A ese vacío o impotencia de la regla de conflicto estrictamente conflictual, se asocian normas complementarias que son parte del conjunto de normas nacionales pero vinculadas a una realidad de carácter internacional.

De ahí, su diversidad como expresión normativa. Elas pueden estar asociadas a la denominada situación perfeccionada o reconocimiento de situaciones concluidas en el extranjero en donde la regla de conflicto no ejerce ninguna incidencia.

¹¹ Artículo 6 Código de derecho internacional privado panameño: “Se reconoce el reenvío en materia del estatuto personal y bienes muebles cuando frente a la regla de conflicto para decidir sobre una relación jurídica de carácter internacional el juez establece como ley aplicable el derecho extranjero y este designa otro ordenamiento jurídico como derecho aplicable”.

¹² G. KEGEL, *Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, pp. 201 ss.

3. DE LA DIVERSIDAD DE NORMAS MATERIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ORIGEN Y ROL

Hablar de diversidad significa hablar del origen normativo y su función dentro de la localización del derecho aplicable.

Por ello podemos encontrar en todas las fuentes internas del derecho, normas materiales que incidan en un conflicto de leyes, normas convencionales materiales que permiten delimitar un determinado derecho y finalmente normas apátridas o anacionales denominadas *lex mercatoria* como signo de solución material de los conflictos de leyes.

A) Normas materiales de derecho internacional privado interno

En el Código Judicial observamos algunas normas de derecho material como lo son, los términos de notificación internacional, cuando una de las partes se encuentre domiciliada en el extranjero. Subsisten en el Código de Procedimiento Civil dos situaciones: cuando el demandado se encuentra en el extranjero y fuere de domicilio o residencia conocido¹³, sin perjuicio de lo que disponga los tratados internacionales, en tal circunstancia se dará traslado al demandado para que conteste al término de cuarenta días. Podrá de igual suerte cuando el exhorto o carta rogatoria demore más de cuatro meses el poder conminar al demandado a comparecer por vía de emplazamiento fijado en el tribunal por veinte días.

En efecto, estamos en una norma de derecho material que pretende regular o colmar actos de cognición procesal dentro de una causa judicial con factores de extranjería que internacionalizan la *litis* internacional.

¹³ Artículo 1012 Código Judicial: “Si el demandado estuviere en el extranjero y fuere de domicilio o residencia conocido, sin perjuicio de lo que dispongan los tratados o convenios ratificados por la República, será notificado por medio de exhorto o carta rogatoria que se dirigirá por conducto del Órgano Ejecutivo y de los agentes diplomáticos o consulares de Panamá o de una nación amiga, en observación de las prescripciones del derecho internacional. En este caso, se dará traslado al demandado para que conteste la demanda en un término de cuarenta días, con apercibimiento de la ley. El demandante tendrá la facultad para hacer que se cite al demandado a comparecer a estar a derecho en el proceso por medio de edicto emplazatorio, que permanecerá fijado veinte días, siempre que exhorto o la carta rogatoria se demore para su diligenciamiento más de cuatro meses desde la fecha en que se envió, o que regresase con la indicación de que no es viable o que no se puede practicar. En estos casos, el edicto deberá publicarse por cinco días consecutivos en un periódico de amplia circulación nacional, con el apercibimiento de que si no comparece el demandado transcurridos veinte días desde la última publicación en el periódico, se le nombrará un defensor con el que se seguirá el proceso”.

De igual suerte, retenemos la situación del demandando que estuviera en el extranjero con domicilio desconocido¹⁴, podrá pedir que comparezca al demandado a estar a derecho en el proceso, por medio de edicto emplazatorio, el cual deberá publicarse por cinco días en un periódico de amplia circulación nacional, con el apercibimiento que de no comparece transcurrido cuarenta días de la última publicación en el periódico, se le nombrará un defensor con el que se seguirá el proceso.

Sin duda se trata de normas de derecho material de derecho internacional privado que solventa una solución dentro del ámbito de la localización del derecho y su perfeccionamiento. Es decir, es una norma de regularización de la *litis* internacional.

B) Régimen probatorio

El término extraordinario para practicar pruebas se otorgará si hubiere de practicarse alguna fuera de la jurisdicción de la República de Panamá, y lo fijará en atención a la distancia donde deba practicarse pruebas pero dicho término no excederá de dos meses¹⁵.

El artículo 19 de la ley 8ª marítima de procedimiento internacional, señala que, tratándose de evacuar pruebas en el extranjero, el juez del foro declinara su competencia en dichos casos para la obtención de la prueba requerida por una de las partes ante la jurisdicción marítima internacional panameña.

La obtención de prueba sobre los libros de comerciantes practicadas dentro de la República de Panamá, produce presunción en contra del comerciante. Esta presunción es de orden legal y no puede ser desconocida su valor por la justicia *ad hoc* arbitral o la justicia extranjera¹⁶.

¹⁴ Artículo 1013 Código Judicial: “Si el demandado estuviere en el extranjero y se desconociera su domicilio o resistencia, podrá el demandante hacer que se cite al demandado para que comparezca a estar a derecho en el proceso, por medio de edicto emplazatorio que permanecerá fijado veinte días, el cual deberá publicarse por cinco días consecutivos en un periódico de amplia circulación nacional, con el apercibimiento de que si no comparece transcurrido cuarenta días desde la última publicación en el periódico, se le nombrará un defensor con el que se seguirá el proceso. La manifestación de que desconoce el paradero del demandado la hará el demandante o su apoderado, según las prescripciones establecidas en el Artículo 1016, cuyas garantías procesales a favor del demandado ausente también se aplicarán en este caso”.

¹⁵ Artículo 805 Código Judicial: “El término extraordinario de pruebas se otorgará si hubiere de practicarse alguna fuera de la jurisdicción de la República, y lo fijará el juez atendiendo a la distancia del lugar en que debe practicarse la prueba; pero en ningún caso excederá de dos meses. También se concederá el término extraordinario cuando en un proceso ordinario haya de practicarse pruebas en lugares distantes dentro de la República o cuando la cantidad o complejidad de las pruebas así lo aconsejen.”

¹⁶ Artículo 90 Código Comercio: “Los libros del comerciante o corredor hacen fe contra el sin que se admita prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos; pero el adversario no podrá aceptar

C) Leyes personales materiales

El Código de derecho internacional privado de 2014, subrogado por la ley 61 de 2015 articula una serie de normas materiales de derecho internacional privado en función de la conexión o *point de rattachement*, fundado en la nacionalidad de acuerdo al Artículo 23 de dicho código, al establecer en su disposición 33 del mismo cuerpo legal que el matrimonio celebrado en país extranjero conforme a las leyes de ese país o con las leyes panameñas producirá en la República de Panamá los mismo efectos civiles que si se hubiera celebrado en Panamá.

Y agrega, dicho artículo si un panameño contrae matrimonio en país extranjero contraviniendo de algún modo las leyes de la República de Panamá, la contravención producirá en Panamá, los mismos efectos que si se hubiera cometido en el territorio nacional.

Indudablemente, son normas materiales de derecho internacional privado incorporadas en el Código de derecho internacional que refuerzan el valor extraterritorial del vínculo de la ley personal y las normas prohibitivas del derecho internacional privado panameño.

D) El régimen de redomiciliación¹⁷ o de transferencia de sede social¹⁸

Las sociedades anónimas constituyen un conjunto de normas materiales de derecho internacional privado que encontramos, en el régimen relativo a la continuación de personas jurídicas bajo otras jurisdicciones¹⁹.

Son algunos ejemplos de normativas que se diferencia claramente de las reglas de conflicto tanto nacionales como convencionales que permiten orientar el estudio de las normas materiales paralelas a la visión del método conflictual o conflictualista que auxilian la determinación de la ley aplicable en el vasto horizonte de las relaciones privadas extranacionales.

unos y desechar otros, sino que deberá tomar el resultado que arrojen en su conjunto. Si entre los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad, y los de uno estuvieren arreglados a derecho y los otros no, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos, a no demostrar lo contrario por otras pruebas admisibles en derecho. Si uno de los comerciantes no presentare sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe contra él los del adversario, siempre que estén llevados en debida forma, a menos que demuestre que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos por otros medios legales. Si los libros de los comerciantes estuvieren igualmente arreglados y fueran contradictorios, el juez resolverá por las demás probanzas”.

¹⁷ G. BOUTIN, *La redomiciliación en el derecho corporativo*, Panamá, Editorial Mizrachi Pujol, 1995, p. 89.

¹⁸ C. Kleiner, *Le transfert de siège social en droit international privé*, *Journal du Droit International Clunet*, n° 2, 2010, p. 315.

¹⁹ Capítulo II, Artículos 18 al 22 del Código de derecho internacional privado.

III. DEL LUGAR Y *ROLE* DE LA NOCIÓN DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DENTRO DEL MARCO DE LAS RELACIONES DE MERCADO INTERNACIONAL

En este segmento veremos la diferencia entre grupo de interés económico y grupo societario²⁰, igual suerte veremos la determinación de la ley aplicable en el dominio de grupo de interés económico, dentro de la lógica de los conflictos de leyes bien el método de la aplicación de normas materiales concurrentes extranjeras, internacionales o del foro.

1. SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LA NOCIÓN DE GRUPO SOCIETARIO Y LA NOCIÓN PUNTUAL DE GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO

La distinción entre la noción de grupo de interés económico y la noción de grupo societario estriba en su dinámica objetivizada, en el artículo 27 del Código de derecho internacional privado panameño, introduce esta rica noción, cuya terminología, en su origen es del derecho francés pero su dimensión es totalmente diferente. En el derecho francés se reduce a una simple actividad de derecho público, en el derecho del foro, comporta el arquetipo necesario para aglutinar, sociedades comerciales competitivas para reunir su fuerza tecnológica ante la demanda de proyectos de carácter público e internacional en Panamá.

Se trata de una entidad dirigida a transformar la suma de sujetos societarios, en un conglomerado de varias sociedades unidas por un proyecto del mercado internacional, cuya concurrencia de las diversas sociedades son necesarias para el cumplimiento del pliego de una licitación de carácter internacional. Es internacional por el fondo de la obra y por la participación de entes con personalidad o estatuto personal no panameño.

Tal sería la obra de ingeniería del presente siglo, sobre la ampliación del canal²¹ que reagrupa, sociedades como Sasir, de nacionalidad, española, Inpreglio de nacionalidad italiana, Jean de Nul de nacionalidad belga y Constructora Urbana de nacionalidad panameña.

En este contexto, la exigencia tecnológica exigía el concurso de sociedades civiles especialidades en construcción y equipamiento sobre el funcionamiento de las esclusas, así como del sistema eléctrico, junto a la extracción y reposición de materiales, un conjunto de sociedades provenientes de diferentes jurisdicciones con un *know* específico tal como lo exigieran las reglas de contratación pública panameña y su fórmula contractual.

²⁰ Ver S. DANA DEMARET / Y. REINHARD, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, Paris, Dalloz, 1993, p 110.

²¹ Contrato internacional entre la Autoridad del Canal de Panamá y el grupo o consorcio UNIDOS por el Canal del 9 de febrero de 2009.

La noción de grupo de sociedades, es una noción que responde en asimilar al conjunto de filiales, establecimiento y sucursales controladas por una casa matriz o una sociedad con una sede social en donde: la dirección y control emana de ella, bajo el control accionario.

En el primer caso, se trata de un pacto societario que aglutinan empresas unidas estatutariamente o no estatutariamente que siendo jurídica y económicamente distintas permiten competir en el mercado internacional de la ingeniería civil frente a un objetivo in concreto. De ahí, el fundamento del artículo 27²² y 28²³ del Código de derecho internacional privado.

Mientras que la noción de grupo de sociedades implica, una noción unitaria peses a la existencia de personas jurídicas aparentemente autónomas pero sujetas a una *lex societatis* o *legem societatum*²⁴.

Dentro del espectro del rejuego de la noción de grupo de sociedades entran en juego las nociones de sociedad dominante y sociedad dominada, las conexiones de *lex contractus*, para determinar la repartición de responsabilidad interna, la *lex procesali* y la noción de orden público fragmentado²⁵. A modo de ejemplo, la quiebra internacional de una filiar, produce la aplicación de una ley parcialmente vinculada a la jurisdicción de la entidad o filial, la quiebra de la sede social comporta, la extinción del grupo²⁶.

Finalmente, a modo de conclusión, la noción de grupo de interés económico opera como una especie de *joint venture* temporal o permanente a fin de maximizar la capacidad de sus miembros dentro de la competencia de mercado.

²² Artículo 27 del Código de derecho internacional privado panameño: “Se entiende por grupo de interés económico internacional aquella agrupación constituida por contrato entre dos o más personas naturales o jurídicas de derecho privado o de derecho público que tiene por finalidad exclusiva, por un periodo específico de tiempo do de manera permanente, facilitar, desarrollar, mejorar o amentar la actividad económica o los resultados de tales actividades de sus miembros de acuerdo con los objetivos de la libre competencia económica y desarrollo de mercado definidos en el artículo 21 de la Ley 45 de 2007. a actividad del grupo de interés económico debe relacionarse a aquella desarrollada por sus miembros y solamente tendrá un carácter auxiliar en relación con tales actividades. Al grupo de interés económico internacional se le reconoce personalidad jurídica”.

²³ Artículo 28 del Código de derecho internacional privado panameño: “La ley aplicable al grupo de interés económico internacional será la ley pactada por las partes. En caso de que no exista pacto al respecto, la ley aplicable será la del lugar de ejecución o desarrollo de la actividad económica del grupo o, en su defecto, la ley del lugar de celebración del contrato”.

²⁴ F. GUILLAUME, *Lex Societatis*, Schutlthess, Zurich, 2001, pp. 114 ss.

²⁵ P. VAN OMMESLACHE, *Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés*, Georg Genève, 1973, pp. 54 ss.

²⁶ G. BOUTIN, *La quiebra en el Derecho internacional privado panameño y comparado*, Panamá, Imprenta Don Bosco, 1984, pp. 184-189.

2. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO

Los conflictos de leyes en materia de grupo de interés económico, tropieza con la ausencia de reglas sistémicas.

Gracias a las reglas del Código de derecho internacional que permiten suplir los vacíos o inconsistencias que pudieran tener lugar.

El método conflictual junto con algunas normas que por razones de funcionalidad acuden a describir la categoría de la noción grupo de interés económico son las que nos auxilian.

Veamos entonces, los aspectos conflictuales sobre saliente, el tema de la calificación, de la noción de grupo de interés económico²⁷. La calificación del negocio jurídico en cuestión²⁸. Así la calificación sobre el contrato entre el grupo y el Estado puede someterse a diversas categorías que deberá el juzgador interpretar o el árbitro *ad hoc* cualquiera que sea el caso, es decir, si nos encontramos frente a un contrato administrativos compuesto por cláusulas exorbitantes y un interés público, si el nexo contractual se deriva de los denominados contratos de Estado o bien si estamos frente a un contrato particular de ingeniería como sería el caso entre, la Autoridad del Canal de Panamá y el Grupo de interés económico, Unidos por el Canal²⁹.

En este sentido habría que examinar si media la concurrencia de leyes materiales por la singularidad de los contratos que permitan la concurrencia de dos legislaciones sobre dicho negocio jurídico³⁰.

Pero la coincidencia de normas materiales de derecho internacional privado, en una obra de construcción con vínculos contractuales multilaterales³¹ que puede emanar concomitantemente va a obligar al juez a recurrir a la adaptación³²

²⁷ L. RODRÍGUEZ QUIROZ, *Los grupos de interés económico en el Derecho internacional privado panameño*, Trabajo de Graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2002, pp. 114 ss.

²⁸ Artículo 5 del Código de derecho internacional privado panameño: “El juez previamente calificará la naturaleza internacional de una relación o negocio jurídico, fundamentado en el tratado que regule la materia, si fuera el caso, o en el derecho interno. En su defecto, recurrirá a la calificación extranjera cuando la categoría jurídica no esté prevista en la ley panameña. La existencia de una institución no regulada en el ordenamiento jurídico interno no le impide al juez pronunciarse sobre su naturaleza jurídica”.

²⁹ Contrato de Ampliación del Canal de Panamá, 9 de febrero de 2009.

³⁰ A. GIARDINA, *Les Contrats Lies en Droit International Privé*, *Revue Droit International Privé*, 2000, pp. 97-120.

³¹ S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007, pp. 21 ss.

³² Artículo 9 del Código de derecho internacional privado panameño: “Las diversas leyes que puedan regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, procurando

o tal vez a la desnaturalización a fin de estabilizar la norma más cónsona con la responsabilidad internacional de las empresas que conforman el grupo de interés económico.

La concurrencia de método no es lo más aceptable o lo más equitativo, en donde una técnica podría excluir a la otra, dando un resultado no deseado entre el Estado contratante y los grupos de interés económico.

3. SOLUCIÓN CONFLICTUAL DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La regla de conflicto consagrada en el Código de derecho internacional privado permite, pese a la ausencia sistémica de un régimen global o absoluto en la materia a coordinar a través de la solución autonomista de la relación entre Estado y grupo de interés económico en el artículo 28 dentro de la fuente arriba mencionada.

Introduce en cascada criterios de conexión, referente al marco negocial Estado, grupo de interés económico, dándoles un segundo lugar en caso de silencio entre las partes a la ley del lugar de ejecución o desarrollo del contrato. Es decir, a la ley de la prestación característica como eje central de la relación Estado-grupo.

En defecto de la ley de la ejecución, el código señala como tercera conexión a la ley del lugar de la celebración que casi siempre coincide con el criterio de ejecución dentro de los proyectos de Estado, salvo que se trate de un Estado federativo que permita la concurrencia de dos leyes.

Dentro de las opciones de solución conflictual y jurisdiccional, cabe remarcar que Panamá es signataria de la Convención de Washington de 1965³³ y por ello en los contratos de inversión, el foro por antonomasia dada las características de dichos contratos la solución jurisdiccional es el recurrir al foro arbitral.

En el contencioso actual Panamá vs el grupo de interés económico Unidos por el Canal, el laudo arbitral emitido en Londres, le dio la razón al Estado panameño, en función de las reglas puntuales de ser un contrato regido por normas especializadas de ingeniería conocidas por las partes en donde redundaban los argumentos, relativos a la extralimitación de funciones o desviación de poder para descalificar la defensa del Estado sobre el inversionista extranjero.

realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por los hechos del caso concreto”.

³³ G. BOUTIN, *Del arbitraje comercial*, Panamá, Editorial Mizrachi Pujol, 2001, pp. 198 ss.

ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y PLANIFICACIÓN FISCAL

CARLOS E. WEFTE H.*

Resumen: A la luz del nuevo paradigma de la tributación internacional, encarnado en el Plan de Acción BEPS de la OCDE, la economía de opción (que permite a las empresas multinacionales la optimización del costo fiscal de sus operaciones a través del uso racional de la libertad contractual para la configuración de sus negocios) enfrenta limitaciones sustanciales, que procuran evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a través del abuso de las formas y la planificación fiscal agresiva, frente a las exigencias de justicia en la distribución de la carga tributaria entre contribuyentes y de ingresos tributarios entre Estados.

Abstract: In light of the new paradigm of international taxation, embodied in the OECD's BEPS Action Plan, economy of choice (which allows the optimization of the tax burden of multinational companies through the rational use of the freedom of contract for structuring of its business) faces substantial limitations, seeking to avoid the erosion of tax bases and profit shifting through the abuse of forms and aggressive tax planning, vis-à-vis fairness in the distribution of the tax burden between taxpayers and of tax revenues between States.

Sumario

I. Planteamiento del problema. La empresa multinacional como herramienta de planificación tributaria de las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes. Planificación fiscal versus justicia en la distribución de las cargas públicas. II. Primera aproximación: evitar la doble imposición. Neutralidad en el flujo de capitales, florecimiento de la EMN y –paralelamente– de la planificación fiscal internacional. Problemas. III. Erosión de bases imponibles y traslado de beneficios económicos. Incidencia sobre la planificación fiscal internacional bajo economía de opción. Tentativas de solución. 1. Erosión de base y traslado de beneficios consecuencia de la planificación fiscal “agresiva” (1): Cláusulas antiabuso. 2. Erosión de base y traslado de beneficios consecuencia de la conducta de los Estados. Competencia fiscal lesiva. 3. Erosión de base y traslado de beneficios consecuencia de la planificación fiscal “agresiva” (y 2): El Plan de Acción BEPS. IV. Efectos del nuevo paradigma del DIT sobre la planificación fiscal internacional. Actividad de la empresa y tributación en el mundo post-BEPS.

* *Postdoctoral Research Fellow* (International Bureau of Fiscal Documentation, Países Bajos). Doctor en Derecho (Universidad Central de Venezuela). Especialista en Derecho Tributario (UCV). Abogado (Universidad Católica Andrés Bello). Profesor Agregado de “Finanzas Públicas”, UCV; de “Derechos Humanos y Tributación”, Doctorado en Derecho, UCV; de “Ilícitos Tributarios”, Especialización en Derecho Tributario, UCV; de “Problemas Federales y Municipales”, Universidad Monteávila. Director del Centro de Estudios de Derecho Financiero y Tributario”, Universidad Monteávila. Académico Numerario Ordinario de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (AMDF). Miembro honorario de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. LA EMPRESA MULTINACIONAL COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LAS OPERACIONES ECONÓMICAS CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA FISCALMENTE RELEVANTES. PLANIFICACIÓN FISCAL *VERSUS* JUSTICIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS

Afirmar que la economía está hoy globalizada es ya lugar común. En efecto, en el último siglo el comercio internacional “ha pasado de la exportación prioritaria de materias primas (primeras dos décadas) a la exportación de productos y servicios con flujos de réditos de un país a otro (hasta los años ochenta), hasta llegar a la ‘globalización’ que caracteriza los últimos veinte años”¹, en donde los sujetos económicos trascienden habitualmente las fronteras estatales en razón del libre cambio, el abaratamiento de costos y los avances en comunicaciones, en pos de la expansión de los mercados y la ampliación del consumo².

Este crecimiento de las posibilidades de negocios plantea, paralelamente, interesantes retos a los agentes económicos³. *Prima facie*, la respuesta a estos desafíos radica en la voluntad de los ciudadanos para organizarse de la manera más eficiente⁴ para lograr sus fines⁵. En efecto, en el contexto de los Estados democráticos de

¹ V. UCKMAR, “Introducción”, en: Uckmar, V. (coord.), *Curso de Derecho Tributario Internacional*, t. I, Bogotá, Temis, 2003, p. 1.

² F. PEÑA ÁLVAREZ, “La fiscalidad internacional desde la perspectiva de la teoría de la Hacienda Pública”, en: Córdón Ezquerro, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, p. 23.

³ La doctrina económica neoclásica resume estos desafíos en los siguientes puntos: (i) la dependencia de un mercado foráneo impersonal; (ii) la ausencia de poder de influencia en la decisión de compra del potencial cliente ubicado en el extranjero; (iii) la falta de influencia directa en el precio final de venta, así como de las externalidades derivadas de la producción interna de bienes similares y la importación de otros productos competidores; (iv) las posibles restricciones arancelarias y de protección de la economía interna impuestas por el Estado receptor de la inversión; y (v) la incertidumbre respecto del tipo de cambio y de su libre convertibilidad, entre otros. S.P. DUNN, *The economics of John Kenneth Galbraith: introduction, persuasion and rehabilitation*, New York y otras, Cambridge University Press, 2011, pp. 215-6.

⁴ “El hombre, por su naturaleza, está sujeto a necesidades; pero, por su naturaleza, posee los medios para satisfacerlas. En todo momento experimenta el deseo de bienestar pero ha recibido inteligencia, una voluntad y una fuerza: la inteligencia para conocer, la voluntad para tomar la determinación y la fuerza para ejecutarla. De modo que el bienestar es la finalidad del hombre, pero sus facultades morales y físicas son sus medios personales. Con ellos podrá atribuirse o procurarse todos los bienes y los medios externos que le son necesarios”. E.J. SIEYÈS, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y Exposición Razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en: Pantoja Morán, D. (comp.), *Escritos políticos de Sieyès*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 178.

⁵ Entendida como la capacidad de maximizar beneficios al menor costo posible, reduciendo al mínimo las externalidades negativas para la acción económica. Cuando esta situación se extiende al mercado en general se habla de eficiencia económica, y si la maximización de los beneficios se obtiene sin perjuicio para ningún otro agente, se habla de óptimo en sentido de Pareto. J.E. STIGLITZ, *Economía del Sector Público*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2003, pp. 67 ss.

derecho vigentes en nuestro entorno desde finales del siglo XVIII, se afirma como regla general el poder de la voluntad de constituir y reglamentar relaciones jurídicas –incluso de contenido económico– con terceros⁶, dentro de los límites que impone el difuso concepto de “orden público”⁷, a partir del reconocimiento de la capacidad de la voluntad para determinarse libremente a sí misma⁸.

En este sentido, particularmente luego de la Segunda Guerra Mundial, la empresa multinacional (en adelante “EMN”) ha devenido en respuesta frecuente de los agentes económicos ante las incertidumbres características del comercio internacional⁹, y en corolario natural de la dilatación de las actividades comerciales propias de la globalización. En efecto, el modelo de negocios característico de la EMN aporta certeza al giro comercial internacional a gran escala, a través de las posibilidades de crecimiento que ofrece la transferencia del proceso industrial o comercial –*know how*– a nuevos mercados por vía de estructuras corporativas integradas entre sí, en términos competitivos y relativamente seguros¹⁰. Así, la conformación de grupos de sociedades¹¹, o de unidades de negocios afiliadas –horizontal o verticalmente– entre sí como formas de organización, supone

⁶ J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014, pp. 21-24. Sobre la hipertrofia del intervencionismo estatal en Venezuela y el consecuente arrinconamiento de la autonomía de la voluntad, bajo la mampara de la mixtificación del concepto de Estado social de derecho, ver C. MADRID MARTÍNEZ, “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, en: Madrid Martínez, C. (coord.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 105-140.

⁷ J. MÉLICH ORSINI (nota 6), pp. 10 y 16; C. MADRID MARTÍNEZ, “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, en: de Valera, I. (coord.), *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI, en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 382-396.

⁸ Según Kant, la voluntad es propiedad característica de los seres racionales, en tanto facultad de determinarse a sí mismo y, en consecuencia, obrar por la representación de las leyes, esto es, en ejercicio de actividad final, tal como en el ámbito del Derecho penal lo explica H. Welzel: la voluntad es rectora del acontecer imputable al ser humano como su autor. En tanto ésta tiene la capacidad de “no elegir nada más lo que la razón, independientemente de la inclinación, conoce como prácticamente necesario, es decir, bueno”, entonces la voluntad es autónoma, “por la cual es ella para sí misma una ley –con independencia de la manera en que estén constituidos los objetos del querer”, de modo que “el principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de este: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal”. La autonomía de la voluntad, así entendida, es principio supremo de la moralidad, “así como de los deberes que se ajustan a ellas; en cambio toda heteronomía del albedrío, lejos de fundamentar obligación alguna, se opone al principio de dicha obligación y a la moralidad de la voluntad”. I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 95 y 114; I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, A. 59, Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 101; H. WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Montevideo / Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 21.

⁹ S.P. DUNN (nota 3), pp. 215-216.

¹⁰ S.P. DUNN (nota 9), pp. 216-217.

¹¹ El grupo de sociedades ha sido caracterizado como “el instrumento jurídico privilegiado de las diversas formas de concentración de empresas”. A. MORLES HERNÁNDEZ, “Introducción: la regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia”,

indiscutibles ventajas económicas para las operaciones empresariales con elementos de extranjería relevantes, entre las que cabe destacar la reducción de las incertidumbres asociadas a la operación internacional independiente, la reducción o eliminación de costos transaccionales, acceso más fácil a fuentes de financiamiento externo, etc.

Por su parte, es inobjetable la influencia del tributo sobre la autonomía de la voluntad en la configuración de los distintos negocios jurídicos, como externalidad de índole jurídica y económica¹²; tal como lo afirma la conocida expresión anglosajona, solo hay dos cosas seguras en la vida: *death and taxes*. El derecho tributario obra sobre los negocios jurídicos que constituye su presupuesto de hecho, tomando a los negocios jurídicos como su objeto en tanto éstos sean manifestaciones de capacidad contributiva, añadiéndoles –a través de su tipificación en la ley tributaria– nuevas consecuencias a los efectos normales del negocio, queridos por las partes en uso de su autonomía de la voluntad, resumibles en el nacimiento de la obligación tributaria y, consecuencialmente, la limitación parcial del patrimonio revelado por la voluntad legítimamente manifestada y contenida en el negocio. Así, como quiera que el derecho tributario toma como objeto las mismas experiencias –hechos, actos o negocios jurídicos– que el derecho privado, es absolutamente normal que el derecho tributario deba acudir a institutos y normas reguladas por el derecho privado, susceptibles de similar interpretación y aplicación¹³.

La incidencia del tributo sobre la autonomía negocial se maximiza en el caso de las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes¹⁴. Por su naturaleza, estas operaciones están sujetas a las pretensiones fiscales simultáneas y acumulativas de dos o más Estados, lo que incrementa proporcionalmente la carga económica que para la rentabilidad de los negocios implica en sí el tributo. Máxime si se tiene en cuenta la natural resistencia estatal a reducir o eliminar la tributación sobre determinadas actividades con las que están vinculados, en razón de la naturaleza de la tributación como cualidad esencial de la soberanía, ejercida “con una libertad absoluta, incluso extralimitándose al entender que no existe ningún límite de derecho internacional”¹⁵ y estableciendo así limitaciones indirectas al comercio internacional, en especial a través de la progresiva implementación del sistema de renta mundial para el gravamen a la renta.

en: Morles Hernández, A. / de Varela, I. (coords.), *Derecho de Grupos de Sociedades*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 13.

¹² C.E. WEFER, “La fiscalidad de las reorganizaciones empresariales, bajo la forma de fusiones, en Venezuela: una cuestión de principios”, *Memorias XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Colombianas de Derecho Tributario III*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 86-88.

¹³ C.E. WEFER (nota 12), p. 85.

¹⁴ Entendidas como “las actividades en el exterior originarias de rentas pertenecientes a no residentes, y (...) la formación de rentas o ganancias en el ámbito de varios Estados, tal como sucede con las rentas de las empresas”, V. UCKMAR (nota 1), p. 4.

¹⁵ V. UCKMAR (nota 1), p. 2.

En este orden de ideas, dentro de los beneficios atribuibles al esquema multinacional de negocios está, naturalmente, el de la optimización de las cargas fiscales asociadas a las transacciones internacionales. En efecto, la EMN es manifestación práctica de la autonomía negocial en su relación con el derecho tributario, vínculo que se resume en el aforismo según el cual “nadie tiene la obligación de administrar sus bienes o fuentes de ingresos en forma tal que el Fisco perciba el máximo de impuesto”¹⁶, y que fundamenta axiológicamente la posibilidad de empleo de la libertad contractual para adoptar las opciones de organización empresarial más económicas a efectos tributarios.

Técnicamente se califica como «planificación fiscal» a esta posibilidad de libre organización de los negocios para racionalizar las cargas tributarias que le están asociadas, sobre la base de proyecciones respecto de las circunstancias asociadas al giro del agente económico que dan lugar al nacimiento de los hechos imponible y a su cuantía, tanto espacial como temporalmente. La planificación fiscal se realiza, normalmente, en un contexto de incertidumbre respecto de la futura base imponible como de la futura estructura impositiva, de modo de inducir cambios en las conductas desarrolladas por el agente económico, e incluso con la posibilidad de que se desarrollen nuevos comportamientos con relevancia fiscal¹⁷, y a través del empleo de varias estrategias¹⁸: (i) diferimiento del tributo, que se basa en retrasar en el tiempo el pago del tributo, a través de la consideración del elemento temporal del hecho generador del impuesto de que se trate; (ii) cambios temporales en la realización del hecho imponible (*retiming*), consistente en la anticipación o el retraso de las acciones que dan lugar al hecho imponible en el contexto de expectativas de cambio en las leyes tributarias; y (iii) selección de alternativas diferentes de negocio con base en su diferente costo fiscal, lo que se resume en la adopción de distintas estrategias en razón de la calificación jurídica de los hechos fiscalmente relevantes, o bien en la aplicación de un determinado tipo efectivo de gravamen.

En razón de la validez jurídica de sus resultados, la planificación fiscal “legal”¹⁹ es conocida en la doctrina tributaria como “economía de opción”²⁰. En ella, el agente económico usa su autonomía negocial para dirigir su voluntad

¹⁶ A. ARAÚJO FALCÃO, *El hecho generador de la obligación tributaria*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 48; H.W. KRUSE, *Derecho Tributario. Parte general*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 215; L. FRAGA PITTALUGA, *Principios constitucionales de la tributación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 148.

¹⁷ C. CONTRERAS GÓMEZ, *Planificación fiscal: principios, metodología y aplicaciones*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 26.

¹⁸ C. CONTRERAS GÓMEZ (nota 17), pp. 23-24.

¹⁹ C. CONTRERAS GÓMEZ (nota 17), p. 26.

²⁰ Y como tal, se la entiende como un auténtico derecho del contribuyente. L. FRAGA PITTALUGA (nota 16), p. 148.

hacia la realización del hecho generador de la obligación tributaria de la forma más económica posible, sea (i) bajo las formas típicas que, de acuerdo con la ley tributaria, tiene la manifestación de capacidad contributiva tomada por el legislador como parámetro de configuración del tributo; o sea (ii) por un empleo racional de las lagunas normativas, aun cuando la forma empleada sea atípica²¹, lo que hace que sus resultados sean totalmente conformes con el ordenamiento, tanto exegética como axiológicamente.

Sin embargo, como resulta evidente, una noción amplísima de planificación fiscal, que como tal englobe todas las formas de las que se sirven los agentes económicos para reducir o eliminar los efectos de la tributación sobre sus negocios, no se limita a los medios legítimos de ordenación de los negocios para lograr este objetivo. El abuso de derecho²² y el fraude de ley²³, entendidos como el ejercicio excesivo e irracional de la autonomía de la voluntad, y su derecho correlativo a la autonomía negocial, para lograr un estado final de cosas –no imposición, o imposición reducida– que resulta irracional, a la luz de la teleología del sistema jurídico, también tienen cabida en materia tributaria²⁴. En este sentido, partiendo de entender al derecho como un sistema de normas integrado por reglas –mandatos definitivos, de aplicación disyuntiva– y principios –mandatos de optimización, de aplicación por vía de ponderación–²⁵, es posible incumplir los postulados deónticos de un tipo de normas con independencia del cumplimiento simultáneo del otro, de manera de distinguir, en razón de sus efectos, tres formas distintas de “planificación fiscal”: (i) legal o economía de opción, según la definición previa²⁶, (ii) “ilegítima” o “agresiva”²⁷, cuyas formas principales de exteriorización son el abuso de derecho,

²¹ C.E. WEFER, *Garantismo y Derecho Penal Tributario en Venezuela*, Caracas, Editorial Globe, 2010, p. 222; y C.E. WEFER (nota 12), pp. 77-88.

²² M. ATIENZA / J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 57.

²³ M. ATIENZA / J. RUIZ MANERO (nota 22), pp. 78-79.

²⁴ C.E. WEFER (nota 21), p. 223.

²⁵ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona (España), Editorial Gedisa, 1997, p. 75.

²⁶ C. CONTRERAS GÓMEZ (nota 17), p. 26.

²⁷ La Comisión Europea define a la planificación fiscal «agresiva» como “la utilización de operaciones o estructuras artificiales y la explotación de los desajustes entre los sistemas fiscales, lo que socava las normas fiscales de los Estados miembros y agrava la pérdida de ingresos fiscales”. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación 2012/0351 al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países*, Bruselas, 27.6.2012, disponible en: <http://bit.ly/2vwXViS>. La Comisión, en una Recomendación de ese mismo año, elaboró más detenidamente el concepto: la planificación fiscal agresiva “consiste en aprovechar los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas. Entre sus consecuencias, cabe señalar las deducciones dobles (por ejemplo, se deduce la misma pérdida tanto en el Estado de origen como en el de residencia) y la doble no imposición (por ejemplo, la renta que no se grava en el Estado de origen está exenta en el Estado de residencia)”. COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva*, Bruselas, 06/12/2012, disponible

el fraude de ley y el negocio indirecto, en la medida en la que ellos se adecuen formalmente a las reglas del sistema tributario, pero afecten irracionalmente a los principios de capacidad contributiva, igualdad y generalidad de la tributación; y (iii) “ilegal”, que comprende al fraude fiscal y todas las demás formas ilegales de sustraerse al cumplimiento de la obligación tributaria ya nacida²⁸.

Entendida en los términos precedentes, la economía de opción es congruente con el principio de neutralidad de la tributación, al procurar la evitación de las consecuencias indeseables del tributo sobre la competencia. Esto es, la incidencia del tributo en la decisión de los agentes económicos respecto de su ingreso, desarrollo o salida de un mercado que, cada vez menos, está vinculado a las fronteras nacionales debe ser mínima, o en otras palabras, la política fiscal debe abstenerse “de toda intervención que perjudique al mecanismo de competencia del mercado, a menos que la intervención fuera indispensable para provocar correcciones de los resultados de la competencia perfecta, a las que por razones de rango superior se las considera necesarias, o para suprimir o atenuar determinadas imperfecciones de la competencia”²⁹, necesidad que se maximiza en la medida en la que, como consecuencia de la globalización, es necesario un entorno de libre cambio que favorezca el aumento del bienestar económico que –se estima– está asociado al fenómeno,³⁰ lo que –en esos términos– permite resolver la tensión dialéctica entre la autonomía negocial y la generalidad e igualdad de la tributación, con fundamento en la capacidad contributiva.

Como es evidente, no es ese el caso en las demás formas de la planificación fiscal. Tanto en la planificación fiscal “agresiva” como en la planificación fiscal frontalmente ilícita se reduce la carga tributaria bajo la mampara de formas contradictorias con las reglas del ordenamiento –evasión– o con sus principios fundamentales –elusión tributaria, lo que tiene como efectos la erosión de las bases imponibles de los Estados en los que se ha originado la utilidad sujeta a impuestos –*base erosion*–, el traslado ilegítimo de dichos beneficios de ese Estado a terceros Estados –paraísos fiscales– con imposición reducida o nula sobre tales enriquecimientos –*profit shifting*–, produciendo por vía de consecuencia perjuicios sobre los ingresos fiscales nacionales de los Estados realmente involucrados en la operación internacional, y sobre la libre competencia en el amplio mercado en el que las EMNs se desenvuelven.

en: <http://bit.ly/2gd2k8J>. Así planteada, la definición ofrece zonas grises. Si bien parece claro que “constituyen supuestos de planificación fiscal agresiva las estructuras económicas que generen doble deducción o doble no imposición (...) desconocemos si podría afirmarse que existen otros casos de planificación fiscal agresiva y la forma de diferenciación con las economías de opción”. B. ANDRADE RODRÍGUEZ, “BEPS, *soft law* y derechos humanos”, *Revista de Derecho Tributario*, n° 149, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2016, pp. 130-131.

²⁸ C.E. WEFTE (nota 21), pp. 224-225.

²⁹ F. NEUMARK, *Principios de la Imposición*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 285.

³⁰ F. PEÑA ÁLVAREZ (nota 2), p. 23.

Así, el derecho tributario –natural aliado del derecho privado en la regulación de los efectos jurídicos de las operaciones empresariales con elementos de extranjería relevantes³¹– se ha balanceado entre las dos alternativas en las que, dialécticamente, se mueven los intereses sujetos a ponderación en la materia: (i) libertad económica y neutralidad en el flujo de capitales, a través de medidas estatales para evitar la doble imposición³²; y (ii) igualdad y generalidad de la tributación, expresadas en la tributación conforme con la real capacidad contributiva, para impedir el abuso de la libertad negocial y la consecuencial afectación de la libre competencia en los mercados, así como de la equidad en la distribución entre los Estados intervinientes del ingreso tributario producto de las operaciones económicas transfronterizas. Estas son las coordenadas entre las que se desenvuelve, pendularmente, la respuesta estatal a la relación entre la actividad de la empresa y la planificación fiscal, a las cuales dedicaremos las brevísimas reflexiones que siguen.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN: EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN. NEUTRALIDAD EN EL FLUJO DE CAPITALES, FLORECIMIENTO DE LA EMN Y –PARALELAMENTE– DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. PROBLEMAS

Con fundamento en un esquema muy similar al de la norma de conflicto del DIPr³³, la aproximación originaria del derecho internacional tributario (en adelante “DIT”) al problema del tratamiento de las transacciones comerciales con elementos de extranjería fiscalmente relevantes fue la del establecimiento bilateral

³¹ H. TAVEIRA TORRES, *Derecho Tributario y Derecho Privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2008, pp. 43-46.

³² La doble imposición se genera por la yuxtaposición de los poderes tributarios de los Estados involucrados sobre una operación comercial con elementos de extranjería fiscalmente relevantes, en razón de la concurrencia de factores de conexión –objetivos o subjetivos– del hecho imponible del tributo con cada uno de esos ordenamientos. Así las cosas, “insólita será la relación económica internacional donde, cuando menos virtualmente, no concorra la doble imposición internacional”. J.M. CALDERÓN CARRERO, *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 64.

³³ T.B. DE MAEKELT, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 246. En efecto, “la concurrencia de dos o más ordenamientos fiscales al gravamen de un mismo supuesto de hecho no es sino una especie concreta del género conflicto de leyes que constituye materia fundamental del Derecho internacional privado. El conflicto se produce cuando dos o más ordenamientos jurídicos pretenden regular un mismo supuesto de hecho. La solución individual de cada ordenamiento, en los supuestos en que advierte la presencia de elementos extranjeros es, habitualmente, promulgar normas de conflicto, en virtud de las cuales procede a definir los elementos que considera jurídicamente relevantes para afirmar su competencia exclusiva sobre el supuesto, es decir: establece determinados puntos de conexión del supuesto de hecho con la normativa fiscal del estado en cuestión”. F.J. RODRÍGUEZ SANTOS, “Planificación fiscal internacional”, en: Cordón Ezquerro, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001, p. 409.

de restricciones al poder tributario de los Estados involucrados³⁴, articuladas a través de los convenios para evitar la doble imposición (en adelante “CDI”). Sobre la base de los trabajos del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones, los CDIs tuvieron como *leit motiv* el limitar la incidencia tributaria de los Estados en la libre circulación de los capitales y en la libre competencia en los mercados internacionales, a través del uso de auténticas normas de conflicto que determinan el derecho material aplicable a los hechos imposables con elementos de extranjería relevantes comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, generalizando el uso de la exención integral³⁵ y del acreditamiento de impuestos³⁶ como métodos de eliminación de la doble imposición.

En efecto, la aplicación de estos métodos para evitar la doble imposición supone una diferencia de trato a los operadores transfronterizos, exentos de impuesto o con el derecho de acreditar el impuesto pagado en el extranjero, frente a los operadores locales, quienes se verán sometidos totalmente a la tributación interna del Estado que acepta renunciar al ejercicio de su poder tributario en estos supuestos, normalmente el Estado de la fuente. Naturalmente, este efecto queda mitigado económicamente en la medida en la que el realizador de operaciones multinacionales esté efectivamente sometido a imposición en el otro Estado – normalmente, el de la residencia– en condiciones competitivas –similares– a las del Estado que concede la exención por vía de CDI.

³⁴ En efecto, “(l)a comunidad internacional está formada por Estados soberanos dotados de potestad normativa primaria e independiente. Cada Estado puede imponer su propia potestad tributaria a todas aquellas circunstancias que impliquen una relación económica con su propio sistema estatal, aun en los casos en que el mismo hecho imponible se encuentre vinculado por algún elemento a otros ordenamientos jurídicos. Cada Estado puede imponer tributos a cualquiera que se encuentre en el ámbito de su propia potestad de imperio, sea este ciudadano o extranjero. La coexistencia de la potestad de imperio, de la cual la tributaria no es más que una de sus manifestaciones, puede dar lugar a un conflicto de jurisdicciones en razón de la falta de límites del poder impositivo de cada Estado, derivados de la ley interna o del derecho público internacional, respecto de hechos vinculados con su propio territorio”. V. UCKMAR, “Los tratados internacionales en materia tributaria”, en: Uckmar, V. (coord.) (nota 1), p. 85. En este sentido, los factores de conexión –objetivos y subjetivos– que vinculan a las operaciones susceptibles de manifestar capacidad contributiva con el poder de imposición del Estado respectivo son las siguientes: (i) el lugar en el que se producen efectivamente los hechos económicos productores de renta, denominado “territorio” o “fuente”; (ii) el lugar –o los lugares– de presencia física permanente del contribuyente, en o desde los cuales realiza las actividades objeto de tributación, denominado “residencia” o “domicilio”; y (iii) la nacionalidad. Como es obvio, todos los Estados someten a su poder tributario los hechos imposables ocurridos en su territorio, bajo la regla *locus rei site*. La adición de alguno de los otros factores –residencia o nacionalidad– a los criterios de vinculación con el Estado es lo que configura el denominado sistema de renta mundial, que es el empleado por la abrumadora mayoría de los países del hemisferio occidental.

³⁵ La exención integral supone la renuncia de uno de los Estados a gravar con sus tributos un determinado tipo de operaciones transfronterizas, a favor del otro Estado.

³⁶ El acreditamiento de impuestos permite al operador transfronterizo deducir –restar– del impuesto a pagar en un Estado –normalmente, el de la fuente– el impuesto pagado por la misma operación en el otro Estado.

Así, con mayor intensidad desde la Segunda Guerra Mundial —o lo que es lo mismo, en paralelo con la globalización de la economía según lo expuesto en el acápite anterior—, la evitación de la doble o múltiple imposición internacional fue el paradigma que modeló la respuesta de los ordenamientos tributarios nacionales frente al fenómeno de las operaciones transfronterizas. De impronta liberal, esta primera aproximación al problema de la relación entre actividad internacional de la empresa y tributación privilegia la neutralidad en el flujo de capitales como técnica de medición de la real capacidad contributiva de los sujetos que se encuentran en situaciones transfronterizas, favoreciendo así al libre mercado y la internacionalización de las operaciones económicas³⁷ frente a las exigencias de la igualdad y de la generalidad de la imposición en el ámbito interno de los Estados.

Como lógica consecuencia de lo expuesto, se generalizó el empleo de estrategias de planificación fiscal internacional. Sobre todo cuando se tiene presente que una buena planificación empresarial debe tener en cuenta especialmente la optimización del costo derivado del cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo que comprende tanto el pago del tributo en sí como la carga de las obligaciones instrumentales y de organización interna necesarios para el adecuado y tempestivo cumplimiento de estas obligaciones. La planificación fiscal es, por ende, un elemento importante en la programación de la gestión de la empresa³⁸.

Desafortunadamente, las posibilidades de planificación fiscal que ofrecen los CDIs traen implícita la tentación de su uso “agresivo”, abusivo o fraudulento, en especial a través de EMNs, dislocando la justa medición de la capacidad contributiva de los agentes económicos así organizados, distorsionando la competencia³⁹, y afectando la efectividad de la normativa fiscal de los estados involucrados en las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes⁴⁰. El fenómeno es producto del abuso del derecho a la libertad negocial de los agentes económicos, entre ellos las EMNs, y del fraude a la ley tributaria contenida en los CDIs, que configuran lo que hoy día se denomina

³⁷ V. UCKMAR (nota 1), p. 7; J.M. CALDERÓN CARRERO (nota 32), pp. 65-89.

³⁸ P. ADONNINO, “La planificación fiscal internacional”, en: Uckmar, V. (coord.) (nota 1), pp. 56-57.

³⁹ En concreto, formas de competencia desleal, bajo el esquema del abuso de posición de dominio tanto por exclusión —contra otros oferentes en el mercado relevante— o por explotación, contra el consumidor. P. FUNT, *Tratado de Derecho de la Libre Competencia*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 227-228; A. LARGO TABORDA, *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*, Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2012, pp. 80-87.

⁴⁰ En ocasiones los CDIs “son utilizados de manera indebida, esto es como instrumento —cuando menos— de ‘elusión fiscal’, creando así ventajas sobre todo para las multinacionales”. V. UCKMAR (nota 1), p. 8.

un tanto imprecisamente “planificación fiscal agresiva”⁴¹, por una parte, así como del empleo de EMNs como vehículos para el fraude fiscal⁴² y otros delitos conexos como el lavado de dinero⁴³, por la otra.

En términos generales, la situación comentada se concreta a través del abuso de tratado, resumible en la idea del diseño de estructuras corporativas o financieras especialmente creadas para obtener beneficios injustos de la aplicación de CDIs⁴⁴, y que se exterioriza en varias modalidades. Una de ellas es la del llamado *treaty shopping*, que consiste en el aprovechamiento indebido de las ventajas fiscales derivados de un CDI por un sujeto que, en condiciones normales no sería beneficiario del tratado; para ello, el inversionista que hace *treaty shopping* utilizará formas jurídicas sin sustancia económica alguna, estructuras intermedias –*conduit companies*– que le proporcionarán residencia fiscal en uno de los Estados signatarios del CDI cuyas ventajas se quiere aprovechar, de modo de calificar subjetivamente como comprendido en el ámbito de aplicación del tratado, aunque materialmente el beneficiario efectivo de los rendimientos obtenidos por el esquema de negocio así estructurado se halle en un tercer Estado que no es parte del CDI de que se trate⁴⁵, concepto que –así entendido– se ha extendido al derecho de las inversiones internacionales en general⁴⁶. Otro modo similar de abuso de convenio es el de las situaciones triangulares, que es también una forma de manipulación del elemento subjetivo para la incorporación de una situación dada en el ámbito de aplicación de un convenio, pero que en lugar de una *conduit company* interpone a un establecimiento permanente (en lo adelante “EP”), controlado por la casa

⁴¹ En nuestra opinión, lo más adecuado es diferenciar entre evasión y elusión tributaria, pues si bien ambas pueden ser consideradas como formas de “planificación fiscal abusiva”, la respuesta del ordenamiento frente a ellas es muy diferente. La elusión es ejercicio abusivo de las permisiones del ordenamiento en actos formalmente conformes con las reglas de Derecho, lo que impide su tipificación como ilícitos. Por el contrario, la evasión es completamente ilícita, lo que permite el empleo del Derecho sancionador como técnica para su erradicación. C. WEFER (nota 21), pp. 224-225.

⁴² J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Ingeniería financiera y Derecho penal. Algunas consideraciones desde el Derecho español”, en: Mir Puig, S. y otros (coords.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela y otros, 2002, p. 361-386.

⁴³ M. ABEL SOUTO, “La expansión mundial de los tipos penales contra el blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense”, en: *La Expansión Penal del Lavado de Dinero*, Ciudad de México, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, 2016, pp. 123-160.

⁴⁴ Idea que, en términos generales, es reconducible a la de la elusión tributaria en los términos expuestos precedentemente. C.E. WEFER (nota 21), p. 224; P. PISTONE, “El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal”, en: Uckmar, V. (coord.) (nota 1), t. II, Bogotá, Temis, 2003, p. 115.

⁴⁵ T. ROSEMBUI, “*Treaty shopping*: el abuso de tratado”, en: Uckmar, V. (coord.) (nota 1), t. II, p. 155; J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *Los paraísos fiscales*, Madrid, Ediciones Akal, 2009, p. 139.

⁴⁶ J. BAUMGARTNER, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 54.

matriz, que a su vez controla a una subsidiaria ubicada en un tercer país, con el propósito exclusivo de aprovechar los beneficios del CDI sin sustancia económica que justifique racionalmente la operación⁴⁷.

Resultado equivalente es el que se agencia a través del denominado *rule shopping* –abuso de regla–, caso diferente al del *treaty shopping* y de la triangulación, en tanto el sujeto que practica el *rule shopping* sí está comprendido subjetivamente en el ámbito de aplicación del tratado, base sobre la que procura manipular la calificación jurídica de la operación para reconducirla a la regla del CDI que permita un tratamiento más favorable de la renta así obtenida, como es el caso emblemático de los dividendos *versus* los intereses obtenidos por préstamos otorgados a una subsidiaria por la casa matriz, como ocurre en los casos de subcapitalización, o *thin capitalization*⁴⁸, o también en el diferimiento de impuestos agenciado a través de la interposición de una sociedad entre el beneficiario efectivo y su propiedad inmobiliaria, de modo que el enriquecimiento producto de su enajenación califique como ganancias de capital por venta de acciones, y no como venta de propiedad raíz⁴⁹.

En el mismo orden de ideas, los conflictos negativos de calificación –la diferente atribución de consecuencias jurídicas en el derecho interno de cada uno de los Estados a los hechos con elementos de extranjería fiscalmente relevantes a los fines de la aplicación de los CDIs, o bien sobre la base de la diferente interpretación de las disposiciones aplicables al caso concreto– pueden llevar a supuestos de doble exención de los impuestos aplicables al caso, la llamada doble no imposición, fenómeno que puede responder tanto a economías de opción –aprovechamiento legítimo de *loopholes*– como del uso de estructuras “artificiales” de planificación fiscal para obtener ese resultado⁵⁰. Ese es el caso, por ejemplo, de cuando la doble dispensa del cumplimiento de la obligación tributaria no es consecuencia directa de la interpretación del CDI, que inequívocamente excluya, por ejemplo, la aplicación del impuesto del Estado de la residencia, permitiendo así al Estado de la fuente gravar con su impuesto sobre la renta los enriquecimientos de que se trate, pero sin embargo éstos no

⁴⁷ P. PISTONE (nota 44), p. 125.

⁴⁸ P. PISTONE (nota 44), pp. 109, 127 y 128; B. ANDRADE RODRÍGUEZ, “La subcapitalización y los precios de transferencia en el régimen venezolano”, en: *Jornadas Internacionales Cuestiones Actuales de Derecho Tributario*, Caracas, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2007, pp. 262-266.

⁴⁹ P. PISTONE (nota 43), p. 128.

⁵⁰ P. PISTONE (nota 43), p. 131; M. LANG, “General Report”, *IFA Cahiers*, vol. 89 (*Double non-taxation*), International Fiscal Association, Wien, 2004, p. 77.

sean gravados en este último Estado por obra del principio de no agravación⁵¹, en tanto su derecho interno los declare exentos o no sujetos al impuesto⁵².

III. EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES Y TRASLADO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS. INCIDENCIA SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL BAJO ECONOMÍA DE OPCIÓN. TENTATIVAS DE SOLUCIÓN

De lo expuesto hasta ahora, se deduce que el equilibrio entre la libertad económica y neutralidad en el flujo de capitales, expresada a través del reconocimiento del derecho de los agentes económicos a la libre ordenación de sus negocios de la manera más eficiente a efectos tributarios –economía de opción– y del establecimiento de medidas para evitar la doble imposición, de una parte, y la igualdad y generalidad de la tributación sobre la base de la real capacidad contributiva, para asegurar la justicia, neutralidad, aceptación social e integridad de los sistemas tributarios estatales, y la equidad horizontal entre éstos para gravar las rentas que les son atribuibles como consecuencia de las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes, por la otra, presenta importantes dificultades prácticas. Éstas se derivan de: (i) la distorsión de las decisiones de inversión, y en consecuencia en la localización y configuración de las inversiones, producto de la existencia de jurisdicciones de baja tributación –paraísos fiscales– y de regímenes tributarios especiales inequitativos; y (ii) del abuso de la planificación fiscal, y su sustitución por esquemas de elusión o, en el peor de los casos, de evasión tributaria. Ambas amenazas comparten los mismos medios –el abuso de tratados– y resultados, la erosión de las bases imponibles y el traslado de los beneficios económicos⁵³, para lograr la doble no imposición internacional.

⁵¹ “Según este principio un CDI no puede hacer más gravosa la situación del contribuyente que aquella prevista en la legislación nacional. Tiene su esencia en el respeto a la igualdad de las condiciones entre los residentes de un Estado a la luz de la ley tributaria de éste”. C. HERRÁN OCAMPO, *La doble tributación internacional, principios y realidades de los convenios*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000, p. 39, disponible en: <http://bit.ly/2vCPi7p>.

⁵² J.M. CALDERÓN CARRERO, “Consideraciones generales en torno a la funcionalidad de la cláusula sobre conflictos de calificación del artículo 23.A.4 del modelo de convenio de doble imposición 2000-2005”, en: Carmona Fernández, N. (coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, p. 515.

⁵³ La erosión de bases se entiende como el rebajamiento ilegítimo de la base imponible que debe ser sometida a imposición en el Estado donde se realiza la actividad productora de renta. Por su parte, el traslado de los beneficios económicos consiste en la traslación ilegítima de los rendimientos del país de la fuente hacia un tercer Estado, normalmente desde un país de alta tributación a uno de baja tributación, o a un paraíso fiscal. N. BRAVO, “The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties”, *World Tax Journal*, vol. 8, n° 3, 2016, p. 279.

Estos retos han dado impulso a los Estados más desarrollados para promover un cambio de paradigma de la tributación internacional. Del *self-restraint* en el ejercicio del poder tributario estatal para favorecer el comercio y evitar la doble imposición internacional, sobre una aproximación minimalista en la determinación del derecho aplicable a las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes, asistimos a una pendular y progresiva inflación de las reglas imperativas de la tributación internacional, parafraseando la gráfica expresión de Josserand. Hoy, la adopción de medidas estatales agresivas para evitar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios es el nuevo paradigma, lo que puede plantear importantes retos y limitaciones a las posibilidades de planificación fiscal internacional de la empresa.

1. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL “AGRESIVA” (I): CLÁUSULAS ANTIABUSO

Como primera respuesta frente al fenómeno de la planificación fiscal “abusiva”, si bien tímidamente al comienzo⁵⁴, se previó como objetivo complementario de los CDIs la necesidad de la lucha contra la elusión y el fraude fiscal, razón por la cual se les fueron incorporando progresivamente toda una serie de medidas antielusivas.

En términos generales, las estrategias antielusión se pueden clasificar en cuatro grupos de normas estatales que pretenden reconducir el esquema posiblemente elusivo a la tributación normalmente aplicable a los negocios típicos que caracterizan el provecho económico respecto del que se pretende el ahorro fiscal a través de la elusión⁵⁵: (i) estrategia del francotirador –*sniper approach*–, donde se precisa la trascendencia fiscal de una determinada operación y no cabe solución alternativa, como por ejemplo las reglas de capitalización delgada; (ii) estrategia del tirador de escopeta –*shotgun approach*–, donde se afectan a una categoría de operaciones, si bien no se determinan con total precisión las consecuencias tributarias de su realización, como por ejemplo las reglas de deducibilidad de gastos derivados de adquisición de bienes o servicios de proveedores localizados en paraísos fiscales; (iii) estrategia de independencia –*transaction not at arm’s length approach*–, la que permite regular los casos de operaciones entre partes vinculadas de forma de equipararlas a transacciones comparables realizadas bajo condiciones de libre mercado, de las que el caso emblemático es la normativa de precios de transferencia; (iv) estrategia del poder calificante de la Administración –*administrative control approach*–, forma de aplicación al derecho tributario de la doctrina del levantamiento

⁵⁴ V. UCKMAR (nota 1), p. 7; y S. JOGARAJAN, “Drafting of 1925 League of Nations Resolutions”, en: Harris, P. / De Cogan, D. (eds.), *Studies in the History of Tax Law*, vol. 7, Portland, Hart Publishing, 2015, p. 263.

⁵⁵ F.J. RODRÍGUEZ SANTOS (nota 33), pp. 411-413.

del velo corporativo, y que supone la atribución de competencia a la Administración Tributaria para que ésta recalifique jurídicamente los hechos fiscalmente relevantes, asignándoles las consecuencias tributarias eludidas a través del uso de formas manifestamente inapropiadas, teleológicamente, para lograr el efecto económico menos gravado perseguido por las partes.

Todas estas aproximaciones al control de la elusión tributaria tienen expresión bajo las formas de: (i) hechos generadores subrogatorios o complementarios, ampliaciones de la definición típica del hecho generador del tributo a través de la descripción de las acciones que manifiestan capacidad contributiva en forma idéntica o semejante a como lo hace la norma tributaria original; (ii) presunciones y ficciones, en las que acreditada la existencia de un determinado hecho base —el que, en principio, constituye la conducta elusiva— se concluye en la existencia de un hecho presumido, la presencia de capacidad contributiva en términos equiparables a los del hecho imponible, de modo que se extienden los efectos jurídicos del tributo a este nuevo supuesto, como es el caso de las reglas de transparencia fiscal internacional —*controlled foreign corporations*— en lo relativo a las transferencias de fondos a inversiones mantenidas en paraísos fiscales; y (iii) cláusulas antielusivas generales o especiales, reconducibles al esquema del poder calificante de la Administración Tributaria ya comentado⁵⁶.

No obstante la amplitud de las medidas en comentarios, incorporadas a los CDIs a través del empleo de cláusulas antielusivas —generales o específicas— y de “limitación de beneficios”, así llamadas en la medida en la que pretendían atajar los casos más característicos de manipulación del ámbito subjetivo de aplicación de los CDIs, la existencia y actividad de los paraísos fiscales tuvo una amplia incidencia en el flujo internacional de capitales, y con ello en la capacidad de los distintos Estados, ya no de atraer o de retener el desarrollo efectivo de actividades económicas en o desde sus jurisdicciones, sino de vincular efectivamente los enriquecimientos producto de estas actividades a su poder de imposición y, con ello, obtener ingresos tributarios proporcionales con el volumen de las actividades desarrolladas por EMNs en o desde sus territorios. Ese efecto se logró gracias al creciente empleo de *conduit companies* ubicadas en esas jurisdicciones de baja o nula tributación, como forma asociada a las conductas abusivas previamente descritas, y su efecto más importante la doble no imposición a través de la práctica extensiva e intensiva de una formas particularmente “agresivas” de *treaty shopping*, por una parte, y por la políticas fiscales —también “agresivas” de los paraísos fiscales de atracción de inversiones a sus jurisdicciones a través del ofrecimiento de enormes ventajas fiscales.

⁵⁶ C.E. WEFPE (nota 21), pp. 227-230.

Ello impuso las primeras modificaciones significativas al paradigma originario de tratamiento jurídico de la actividad de la empresa con elementos de extranjería fiscalmente relevantes, con el fin de reducir los efectos lesivos de los paraísos fiscales en la equidad horizontal de distribución de ingresos tributarios entre Estados.

2. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA CONDUCTA DE LOS ESTADOS. COMPETENCIA FISCAL LESIVA

En complemento a la progresiva incorporación de medidas antiabuso en los CDI's, en los años 90 del siglo XX se abordó el problema a partir del análisis de la influencia que las políticas fiscales de los Estados tienen en la selección de los lugares de locación de inversiones, y en consecuencia de los beneficios económicos –y de las cargas fiscales- derivados de sus operaciones. Se hablaba entonces metafóricamente de un “mercado” de auténtica competencia, en el que los Estados, en rol de “oferentes”, procuran atraer la inversión de los agentes económicos –y en especial de las EMNs–, actuando en rol de “consumidores”. Sobre la base de este paralelismo, los organismos multilaterales, en especial la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante “OCDE”), desarrollaron estudios sobre las “fallas” de este particular “mercado” de competencia imperfecta, identificando así las prácticas “desleales” de los “oferentes”, por lesivas de la llamada “competencia fiscal internacional” en tanto (i) distorsionadoras de las decisiones de negocios de los agentes económicos en lo relativo a la localización de sus inversiones; y (ii) progresivamente erosivas de las bases tributarias de los Estados involucrados en el tráfico comercial internacional.

En este sentido, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE preparó en 1998 un Informe⁵⁷ para analizar el problema de erosión de bases imponibles que para las economías de las principales economías exportadoras de inversiones representa la competencia fiscal lesiva, practicada bajo las formas del traslado de los beneficios económicos a través de esquemas de inversión en paraísos fiscales, así como de la aplicación de regímenes tributarios especiales de baja o nula imposición, en los términos precedentes. En particular, se identificó la conducta de los paraísos fiscales⁵⁸ y a determinados regímenes tributarios especiales dañinos como “prácticas tributarias lesivas”, en tanto configuran una

⁵⁷ OCDE, *Harmful Tax Competition. An emerging global issue*, Paris, OECD Publishing, 1998, disponible en: <http://bit.ly/2wonkPD>.

⁵⁸ Según la OCDE, los paraísos fiscales tienen la capacidad de sostener su gasto público con poco o nulo ingreso tributario, de manera que se ofrecen como “refugio” –*haven*– a los no residentes para escapar de la tributación de sus países de residencia, sin mayores exigencias respecto del carácter sustancial de la actividad supuestamente desarrollada desde la jurisdicción del paraíso fiscal. Ello se combina con serias limitaciones para que terceros Estados obtengan información para la determinación sobre base cierta de los tributos causados por el ejercicio efectivo de actividades, o por el mantenimiento de inversiones, en o

suerte de práctica anticompetitiva –*dumping*– que erosiona la equidad distributiva de los ingresos entre Estados, distorsiona los patrones de comercio e inversión, disminuye el bienestar global y mina la confianza de los contribuyentes en la justicia, neutralidad, aceptación social e integridad de los sistemas tributarios⁵⁹.

Por ello, las primeras muestras de un cambio en la percepción de las operaciones empresariales con elementos de extranjería fiscalmente relevantes se dio a través del combate contra la figura del paraíso fiscal y de los regímenes tributarios especiales, a través de medidas dirigidas a modificar la conducta de los Estados comprometidos en prácticas tributarias lesivas con particular incidencia sobre las actividades geográficamente movibles, como lo son los servicios en general y en especial los servicios financieros y la provisión de bienes intangibles⁶⁰, sin alterar –en principio– el paradigma fundacional del DIT de la neutralidad fiscal de las operaciones empresariales internacionales.

Como solución, la OCDE propuso entonces un conjunto de acciones a ser ejecutadas nacionalmente por los Estados, que comprenden la modificación de la legislación doméstica⁶¹, los CDIs ratificados por cada Estado⁶² y la intensificación de la cooperación internacional respecto del tópico⁶³, a través de una mayor

desde un paraíso fiscal. Los paraísos fiscales basan su operación en la infraestructura financiera global, y tienen flujos de capital facilitados y mayor liquidez del mercado financiero. OCDE (nota 57), p. 23.

⁵⁹ OCDE (nota 57), p. 8.

⁶⁰ OCDE (nota 57), p. 8.

⁶¹ Entre las cuales destacan: (i) reglas sobre Transparencia Fiscal Internacional, o régimen de *controlled foreign corporations* mantenidas en paraísos fiscales; (ii) reglas sobre fondos de tenencia de valores extranjeros, *foreign investment funds*, con similar propósito que las anteriores; (iii) reglas sobre participación, exención y otros sistemas de desgravar renta extranjera en el contexto de la competencia fiscal lesiva, de modo de evitar la doble imposición en el caso de aplicación del método de la exención integral para evitar la doble imposición; (iv) reglas para el reporte de transacciones internacionales; (v) reglas que controlen los efectos de las opiniones de la Administración Tributaria sobre los esquemas de planificación fiscal presentados por los contribuyentes; (vi) reglas sobre precios de transferencia; (vii) reglas sobre relajación o eliminación del secreto bancario, a efectos de permitir el acceso de las autoridades tributarias a la información bancaria del contribuyente. OCDE (nota 57), pp. 40-46.

⁶² Son las siguientes: (i) uso mayor y más eficiente del intercambio de información entre Estados previsto en los CDIs; (ii) la restricción de los beneficios del CDI a los sujetos efectivamente vinculados con los Estados partes, como ocurre en el caso de las cláusulas de “limitación de beneficios”; (iii) clarificación del estado de la legislación y la doctrina administrativa interna respecto del abuso de tratado; (iv) la creación de una lista de exclusiones objetivas específicas de los beneficios del CDI, en razón de la estructura lesiva permitida por el Estado; (v) la denuncia de los CDIs suscritos con paraísos fiscales; (vi) regímenes conjuntos de fiscalización y control de hechos imponible con elementos de extranjería fiscalmente relevantes; (vi) la asistencia mutua en la recaudación de impuestos de un Estado en el otro Estado. OCDE (nota 57), pp. 46-52.

⁶³ Para lo cual se recomienda: (i) el establecimiento de guías sobre los regímenes tributarios especiales lesivos; (ii) la creación de un foro sobre prácticas fiscales lesivas; (iii) el desarrollo de una lista de paraísos fiscales, y la limitación de las relaciones con estas jurisdicciones que puedan constituir competencia fiscal lesiva; (iv) la adopción de una serie de Recomendaciones del

transparencia en el marco legal, en el acceso de los terceros Estados y en la cooperación internacional para aislar a los países que no prestasen su colaboración, a pesar de las enfáticas declaraciones del Informe en el sentido de reconocer la soberanía de los Estados para procurar los mecanismos de atracción de inversiones más convenientes a su realidad.

3. EROSIÓN DE BASE Y TRASLADO DE BENEFICIOS CONSECUENCIA DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL “AGRESIVA” (Y 2): EL PLAN DE ACCIÓN BEPS

Pronto la aproximación al problema a través de las acciones dirigidas a evitar la competencia fiscal lesiva se reveló insuficiente⁶⁴. Allende la progresiva colaboración obtenida por la OCDE de los distintos Estados, en especial de los países que inicialmente la propia OCDE calificó como paraísos fiscales en 2002⁶⁵ en lo atinente al intercambio de información, y de las señales de limitación de los efectos de la competencia fiscal lesiva a lo interno de la economías de los países miembros de la OCDE –en concreto, la estabilidad del ingreso producto del impuesto a las rentas corporativas–⁶⁶, la primera década del siglo XXI trajo consigo una serie de casos emblemáticos de abuso de derecho respecto de la configuración negocial de las operaciones económicas de varias de las más importantes EMNs y de ciertos individuos prominentes para lograr la doble no imposición sobre sus rentas, y que en algunos casos llegarían al extremo del fraude fiscal, que cambiaron la percepción de los Estados respecto de la forma en la que debe enfrentarse el problema de la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios impositivos.

Son varios los casos dignos de estudio. Lo más frecuente es la erosión de la base imponible del país de residencia del inversor a través del traslado de los

Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE a nivel de las legislaciones nacionales de cada uno de los países; y (v) la definición de áreas de seguimiento a los resultados. OCDE (nota 57), pp. 52-59.

⁶⁴ Así lo considera R. Avi-Yonah, para quien es claro que los esfuerzos de la OCDE respecto de la competencia fiscal lesiva no son suficientes, a pesar de que el profesor estadounidense considera que la estabilidad en el producido tributario del impuesto sobre la renta y en su participación en el Producto Interno Bruto de la mayoría de los países de la OCDE está directamente relacionado con los esfuerzos del organismo multilateral para reducir la competencia fiscal lesiva. R. AVI-YONAH, “The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective”, *Brook. J. Int’l L.*, vol. 34, n° 3, 2009, pp. 791-793, disponible en: <http://bit.ly/2iNhsKL>.

⁶⁵ Estos países son los siguientes: Andorra, Anguila, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belice, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes Americanas, Islas Cook, Dominica, Gibraltar, Grenada, Guernsey / Sark / Alderney, Isle of Man, Jersey, Liberia, Lichtenstein, Maldivas, Islas Marshall, Mónaco, Montserrat, Nauru, las Antillas Neerlandesas, Niue, Panamá, Samoa, Seychelles, Santa Lucía, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Tonga, Turcos y Caicos y Vanuatu. A. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, “Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales”, *Documentos IEF* 1/02, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, p. 5, disponible en: <http://bit.ly/2euy0Wt>.

⁶⁶ R. AVI-YONAH (nota 64), p. 791.

beneficios por regalías derivadas del licenciamiento de bienes intangibles a través de acuerdos de costos compartidos –*cost sharing agreements*– con filiales en países de baja tributación o paraísos fiscales, de manera que estos rendimientos no tributan en el país de la residencia –por ser legalmente atribuibles a la sociedad filial extranjera–, ni tampoco lo hacen en este segundo país, dada su baja o nula tributación. Este parece ser el caso de *Apple Computer*, *Starbucks Coffee*, *Interogo Foundation* (IKEA), *Inditex*, etc. Otro tanto ocurre con el abuso en materia de precios de transferencia y de capitalización delgada, agenciada a través de la inflación de las deducciones por pagos de préstamos intercompañías, como en el caso de *Glencore Australia*⁶⁷.

En materia de fraude fiscal, los casos más relevantes son atribuibles, curiosamente, a personajes vinculados al fútbol: (i) Ulrich “Uli” Hoenes, presidente del F.C. Bayern München, ocultó los rendimientos de una cuenta bancaria que el exjugador mantuvo secretamente en Suiza; (ii) Lionel Messi, jugador del F.C. Barcelona, simuló la venta de los derechos sobre su imagen a una *conduit company* ubicada en Uruguay, trasladando así los beneficios derivados de la ulterior cesión de dichos derechos de España, lugar de residencia del futbolista, a países “cuya legislación tributaria permitía la opacidad, tanto sobre la existencia de aquéllas como de la identidad de sus socios y la realidad de sus operaciones”, y posterior licencia, agencia o prestación de servicios entre éstas “y otras radicadas en países que tienen suscritos convenios de doble imposición, además de una legislación permisiva respecto de operaciones con sociedades domiciliadas en los primeros países mencionados”⁶⁸; y (iii) actualmente se discute judicialmente si Cristiano Ronaldo, jugador del Real Madrid C.F., utilizó o no un esquema semejante al del argentino⁶⁹.

Ante este escenario, en el que la reducción de los ingresos fiscales producto de la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación producto de las planificaciones fiscales «agresivas» está en el orden de los 100-240 mil millones de dólares anuales, entre 4 y 10% de la recaudación global del impuesto sobre la renta a la actividad empresarial⁷⁰, el nuevo paradigma cambia el foco de atención en el tratamiento fiscal de la actividad internacional de la empresa. De la evitación de la doble imposición, para favorecer los flujos de

⁶⁷ OXFAM INTERMÓN, *La Ilusión Fiscal. Demasiadas sombras en la fiscalidad de las grandes empresas*, Madrid, 2015, pp. 18-20, disponible en: <http://bit.ly/2gwf5C>.

⁶⁸ Sentencia de la 1ª sección de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español de 24 de mayo de 2017, caso “*Estado c. Messi*”, disponible en: <http://bit.ly/2eKK3w0>.

⁶⁹ P. GUIADO / J. SÁNCHEZ, “Cristiano desvió a un paraíso fiscal al menos 150 millones para ocultar ingresos por derechos de imagen”, *El País*, 03/12/2016, disponible en: <http://bit.ly/2g1SHaj>.

⁷⁰ OCDE, *Informes Finales 2015 – Resumen informativo*, Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, París, OCDE, 2017, p. 3, disponible en: <http://bit.ly/2wBRRaO>.

capitales y de inversión en condiciones de neutralidad, ponderada con la procura de la equidad horizontal en la distribución interestatal del ingreso tributario producto de las operaciones transfronterizas a través de las medidas destinadas a conjurar la competencia fiscal lesiva, asistimos –se insiste– a una pendular y progresiva *inflación* de las reglas imperativas de la tributación internacional, parafraseando la gráfica expresión de Josserand respecto del orden público⁷¹, que tienen como principal efecto una importante limitación del ámbito de la autonomía de la voluntad en la configuración de los negocios para prevenir la doble no imposición, y en general la planificación fiscal “abusiva” en cualquiera de sus formas.

Producto de ese nuevo canon de la tributación internacional, en 2013 la OCDE publicó la primera versión del Plan de Acción BEPS⁷², en el que se propusieron un total de quince acciones destinadas a enfrentar las razones que, de acuerdo con el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, son las razones del fenómeno BEPS: la descoordinación de las normas internas de alcance transfronterizo, el rezago de las normas de tributación internacional frente a la cambiante realidad empresarial y la escasez de datos e información, con el fin último de combatir la evasión fiscal a través de reforzar las exigencias de sustancia de los actuales estándares de tributación internacional, mejorar la coherencia de las normas fiscales internacionales y garantizar más transparencia y seguridad jurídica en el ámbito fiscal “para aquellos negocios que no adoptan una postura agresiva”, vinculando el gravamen de las rentas producto de la actividad empresarial al lugar en donde se realicen efectivamente las actividades económicas que los generan⁷³.

La versión final del Plan BEPS vio la luz en 2015⁷⁴, y su implementación ha sido progresiva desde entonces sobre la pretendida base de tres principios fundamentales para la tributación internacional, según su filosofía: coherencia, sustancia y transparencia. Es posible clasificar su contenido en cinco grupos, en función de la causa del problema de la erosión de bases imponibles y del traslado de beneficios fiscales que se pretende atacar con su implementación.

El primer grupo de medidas está destinado a prevenir la competencia fiscal lesiva, como continuación de los esfuerzos que en este sentido inició la OCDE desde 1998. A este respecto, la acción 5 del Plan BEPS pretende mejorar prioritariamente la transparencia de los sistemas tributarios, sobre la base de

⁷¹ Como probable expresión en el ámbito del Derecho tributario –que como tal, es Derecho público– de las tendencias expansionistas de las normas imperativas sobre la libertad contractual. C. MADRID MARTÍNEZ (nota 6), pp. 393-396.

⁷² OCDE, *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, París, OCDE, 2013, disponible en: <http://bit.ly/2gHknnD>.

⁷³ OCDE (nota 70), pp. 3 y 4.

⁷⁴ OCDE, *Resúmenes – Informes Finales 2015*, Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, París, OCDE, 2015.

exigir actividad sustancial en los casos objeto de regímenes preferenciales, así como en el intercambio obligatorio de los *tax rulings* –decisiones administrativas respecto a contribuyentes específicos– que presenten riesgos de BEPS ante la falta de dicho intercambio⁷⁵.

El segundo grupo tiene por objeto prevenir la planificación fiscal “agresiva”, a través de la incorporación a la normativa, tanto interna como de los CDIs, de una serie de cláusulas antielusivas, tanto generales como específicas. Dentro del primer subgrupo, la Acción 6 incorpora medidas que pretenden impedir el abuso de convenio bajo su forma más radical en materia de tributación internacional: el *treaty shopping*⁷⁶. Para ello, se pretende que los Estados firmantes de un CDI se comprometan a evitar situaciones riesgosas en este sentido, la inclusión de una cláusula de “limitación de beneficios” –*limitation of benefits*– que exija condiciones mínimas de presencia efectiva en al menos uno de los Estados, el que serviría como residencia, y la inclusión de una cláusula general antielusiva que considere el llamado *principal purpose test* o *business purpose test*, que confiere la posibilidad de recalificar la operación de que se trate sobre la base de su racionalidad económica para alcanzar el objetivo económico perseguido, en tanto ésta difiera del ahorro fiscal como único motivo para la adopción de un determinado esquema contractual o negocial⁷⁷.

En este sentido, el Plan BEPS aborda también a la planificación fiscal “agresiva” a través de la implementación de un sistema de cláusulas antielusivas específicas. En lo que se refiere a la manipulación del elemento espacial del hecho generador para la aplicación ilegítima del CDI, las acciones 1, 3 y 7 abordan tres de los principales problemas sobre la materia: (i) la economía digital⁷⁸, caracterizada por su desmaterialización, y la consecuencial necesidad de modificar las reglas de atribución espacial de EPs para evitar su fragmentación y de atribución de beneficios a las funciones esenciales de los modelos de negocios digitales; (ii) transparencia fiscal internacional, o *controlled foreign companies* (en lo sucesivo “CFC”)⁷⁹, en lo relativo a la determinación de los criterios de control de la matriz necesarios para su calificación como sociedades vinculadas, la limitación de su ámbito de aplicación a CFCs sometidas a tasas efectivas de tributación más bajas que las normalmente aplicables en la jurisdicción de la casa matriz, la calificación de las rentas propias de la CFC, aplicación de las reglas tributarias del Estado de la casa matriz para la determinación de las rentas CFC gravables en este Estado, la atribución de rentas y la prevención y eliminación de la doble imposición, a través del acreditamiento

⁷⁵ OCDE (nota 74), p. 21.

⁷⁶ OCDE (nota 74), pp. 25-26.

⁷⁷ C.E. WEFPE (nota 21), pp. 227-230.

⁷⁸ OCDE (nota 74), pp. 5-8.

⁷⁹ OCDE (nota 74), pp. 13-15.

del impuesto pagado en el extranjero, entre otras medidas; y (iii) impedir la elusión artificiosa del concepto de EP⁸⁰, criterio de conexión empleado para el gravamen en el Estado de la fuente de las rentas habituales obtenidas por una EMN no residente en ese Estado, a través de la incorporación de criterios que permitan evaluar la sustancia económica de las actividades realizadas por el no residente en el Estado de la fuente –*business purpose test*–, y ampliando así el concepto de EP en comentarios, como ocurre –por ejemplo– a través de la articulación de contratos de comisión en lugar de filiales encargadas de distribución, o bajo la constitución de agentes independientes formalmente sin representación para suscribir contratos por cuenta de la casa matriz, o bien bajo la forma de fragmentación que permite aducir un carácter preparatorio o auxiliar a la actividad desarrollada en el Estado de la fuente, trasladando así los beneficios al Estado de la residencia o a un tercer Estado, según sea el caso.

Por su parte, en lo atinente a las técnicas elusivas basadas en la diferente calificación jurídica del negocio a gravar, las acciones 2 y 4 del Plan BEPS prevén una serie de actuaciones a realizar para su prevención. En el caso de la Acción 2, que trata de los mecanismos híbridos⁸¹, se procura la aplicación de normas de armonización –reglas de derecho material– para unificar el tratamiento tributario de la figura en las distintas jurisdicciones, sin perjuicio de la aplicación unilateral de estas medidas por alguno de los Estados para evitar el traslado de los beneficios al otro Estado, en el caso que éste no quiera aplicar las reglas de armonización en comentarios. Caso típico de estas reglas serían aquellas que impiden la deducción de determinados gastos –intereses, por ejemplo– en la medida en la que éstos no califiquen como ingresos gravables con el impuesto sobre la renta para la contraparte en el negocio jurídico de que se trate en el otro Estado. Otro tanto se da en los casos de estructuras con doble residencia, a las que se resolverá caso por caso, antes que por la aplicación automática del criterio tradicional de residencia efectiva. La Acción 4⁸² trata los casos de erosión de bases imponibles por vía de deducciones de intereses, en supuestos en los que un grupo empresarial: (i) concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación; (ii) utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pagos de intereses a terceros; (iii) utiliza financiamiento obtenido de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sujetas a gravamen, lo que se resuelve bajo el empleo de cláusulas antielusivas que fijan una *ratio* de grupo y fija entre el porcentaje de endeudamiento y el capital, del tipo empleado en las reglas de capitalización delgada.

⁸⁰ OCDE (nota 74), pp. 27-30.

⁸¹ Esto es, las asimetrías regulatorias respecto del tratamiento fiscal de una determinada figura contractual o negocial que son susceptibles de producir doble no tributación. OCDE (nota 74), pp. 9-11.

⁸² OCDE (nota 74), pp. 17-19.

Un tercer grupo de medidas está constituido por aquellas vinculadas con el régimen de precios de transferencia, de determinación del margen de comercialización—bajo condiciones de independencia— en operaciones realizadas entre partes vinculadas. A este respecto, las Acciones 8, 9 y 10 del Plan BEPS⁸³ adoptan el principio de plena competencia como base de las reglas para la determinación del *transfer pricing*, ya no primordialmente sobre la base de la distribución de funciones, activos y riesgos, sino en lo atinente a la atribución de valor derivada de la gestión de intangibles, asunción de riesgos y racionalidad económica de las operaciones entre partes vinculadas.

En cuarto lugar, en lo atinente al intercambio de información, varias de las acciones del Plan BEPS atienden a la transparencia que, se percibe, es necesaria para la optimización del funcionamiento de los sistemas tributarios y que se obtendría, entre otras, por la vía del establecimiento de un estándar común de reporte—*common reporting standard*—para instituciones financieras, vigente entre los países miembros de la OCDE a partir del 1 de septiembre de 2017⁸⁴. Primero, la Acción 12 pretende exigir a los contribuyentes la revelación obligatoria de sus mecanismos de planificación fiscal “agresiva”⁸⁵, lo que—desde ya— genera serias dudas respecto de su conciliación con los derechos de economía de opción y a la no autoinculpación, en razón de los potenciales riesgos punitivos de una situación como la que se pretende deba ser de obligatoria información a la Administración Tributaria: como lo dice la OCDE, “es más que probable que los contribuyentes se lo piensen dos veces antes de poner en marcha una estructura si están obligados a declararla”⁸⁶. La Acción 13⁸⁷ exige reexaminar la documentación sobre precios de transferencia, para exigir a los sujetos pasivos el suministro de información sobre el esquema global de sus operaciones a través de un archivo maestro, archivo local e informes país por país a todas las Administraciones Tributarias de los Estados involucrados. Y la Acción 11 exige la implementación de medidas generales de evaluación y seguimiento de la ejecución del Plan BEPS, en especial de levantamiento de información estadística al respecto.

Finalmente, un último grupo de medidas está orientado a (i) la incorporación de las medidas y reglas de *soft law* antes mencionadas al ordenamiento de los

⁸³ OCDE (nota 74), pp. 31-35.

⁸⁴ Sobre la determinación de si el intercambio automático de información califica como un nuevo *standard* de la tributación internacional versó la discusión del Seminario B del 71 Congreso de la *International Fiscal Association* (IFA) en Río de Janeiro, el 29 de agosto de 2017. C. GUTIÉRREZ, “Report on Seminar B: Automatic Exchange of Information – A new standard?”, *71 IFA Congress*, Ámsterdam, IBFD, 29/08/2017, disponible en: <http://bit.ly/2x6xOEv>.

⁸⁵ OCDE (nota 74), pp. 41- 43.

⁸⁶ OCDE (nota 74), p. 42.

⁸⁷ OCDE (nota 74), pp. 45 - 47.

distintos Estados, lo que se pretende hacer a través de la adopción de un Convenio Multilateral que modificará la red de CDIs de los Estados signatarios, según lo previsto en la Acción 15⁸⁸; y (ii) la resolución de conflictos entre Estados y contribuyentes, a través del fortalecimiento del procedimiento amistoso para la resolución de controversias de aplicación e interpretación del CDI entre los Estados partes –del que no participa directamente el contribuyente–, y la institución del arbitraje tributario, de acuerdo con la Acción 14⁸⁹ del Plan.

IV. EFECTOS DEL NUEVO PARADIGMA DEL DIT SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL. ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y TRIBUTACIÓN EN EL MUNDO POST-BEPS

Como resulta evidente, el Plan BEPS representa un giro copernicano en la comprensión y análisis de la relación entre la actividad de la empresa y la tributación, cuando aquella presenta elementos de extranjería fiscalmente relevantes. Al tiempo que supone un muy importante esfuerzo de obtener mayor transparencia en la conformación de los negocios internacionales y de globalización del derecho tributario global –una suerte de UNIDROIT de la fiscalidad internacional–, el Plan BEPS representa riesgos muy importantes para la integridad del derecho a la economía de opción, y –por esa vía– a los esfuerzos de las EMNs para racionalizar sus cargas tributarias.

Así las cosas, dada su esperable incidencia sobre la configuración de los negocios y las inversiones internacionales, el Plan BEPS trae consigo ingentes retos para la economía global, considerando –en especial– los desequilibrios económicos existentes entre los principales propulsores del Plan –el G20– y los países en vías de desarrollo, a los que se ha instado con particular empeño a adoptar los parámetros de lucha contra la elusión y la evasión fiscal en él contenidos: la insuficiente capacitación y recursos de las economías en vías de desarrollo para la implementación del Plan, la aplicación inconsistente del Plan alrededor del mundo, la creciente carga de cumplimiento derivada del *common reporting standard* y de las obligaciones complementarias de suministro de información para los contribuyentes⁹⁰, así como las dificultades de implementación del convenio multilateral que incorpora al ordenamiento de los Estados las “reglas BEPS” de la tributación internacional, en razón de la flexibilidad de los Estados para la mayor

⁸⁸ OCDE (nota 74), pp. 51-52.

⁸⁹ OCDE (nota 74), pp. 49-50.

⁹⁰ Todos estos retos fueron objeto de discusión en la sesión plenaria del tema 1 del 71 Congreso de la IFA en Río de Janeiro, el 29 de agosto de 2017. V. ARRUDA FERREIRA, “Report on the Plenary Session on Subject 1: Assessing BEPS: Origins, standards and responses”, *71 IFA Congress*, Ámsterdam, IBFD, 29/08/2017, disponible en: <http://bit.ly/2wCTVQ9>.

o menor adaptación de sus ordenamientos a las reglas del Plan⁹¹. Ello relativiza el impacto del Plan BEPS sobre los sistemas tributarios estatales, individualmente considerados, aunque la tendencia es a la globalización de estas medidas a través del multilateralismo.

En definitiva, estamos en presencia del redimensionamiento de las relaciones entre la actividad de la empresa y la fiscalidad, que promete interesantes desarrollos y espinosos desafíos para los años futuros. Es tarea de los juristas, desde todos los ámbitos del problema, lograr el justo equilibrio entre las demandas de libertad comercial derivadas de la globalización y las exigencias de crecimiento sostenido y equitativo de los sistemas tributarios involucrados en las operaciones económicas con elementos de extranjería fiscalmente relevantes. Ese, al final, sigue siendo el reto.

⁹¹ El instrumento multilateral fue publicado por la OCDE el 9 de julio de 2017, fecha en la que fue suscrito por 76 países. OCDE, Convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, París, OCDE, 2017, disponible en: <http://bit.ly/2iZ4ae6>.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO SOCIETARIO EN CHILE

MA. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA*

Resumen: En el presente texto nos referiremos a las principales materias que se discuten en el arbitraje societario en Chile, tomando en especial consideración el derecho comparado. Nos detendremos en la obligatoriedad del arbitraje societario, el acuerdo arbitral, la arbitrabilidad y su ámbito de su aplicación subjetiva.

Abstract: In the present text we will refer to the main subjects that are discussed in the corporate arbitration in Chile, taking into special consideration the comparative law. We will stop at the obligation of corporate arbitration, arbitration agreement, arbitrability and the scope of its subjective application.

Sumario

I. Introducción. II. Sobre la inconstitucionalidad de la obligatoriedad del arbitraje y algunos otros problemas interpretativos que se presentan. III. Sobre las formalidades que debe revestir el acuerdo arbitral. IV. Arbitrabilidad en materia societaria. 1. ¿Qué es arbitrable en el derecho societario? 2. Revisión de la arbitrabilidad en Chile, a partir de su normativa y jurisprudencia. V. Ámbito de aplicación subjetivo: ¿a quién ha de afectar el arbitraje? VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje en Chile presenta una fisonomía particular, debido fundamentalmente al carácter forzoso de su utilización. Este aspecto se recogió en el año 1875 en la LOT y luego en el art. 227 del Código Orgánico de Tribunales¹. Lo que llama

* Doctora en Derecho, Académica Derecho privado, Universidad de Talca. Este trabajo se inserta en el Proyecto Anillo SOC 1406, sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, del que la autora es Directora. Financiado por Conicyt.

¹ El art. 227 del COT dispone: “ Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1° La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2° La partición de bienes; 3° Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4° Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5° Los demás que determinen las leyes. Pueden, sin embargo, los interesados resolver por

poderosamente la atención es que tal obligatoriedad no se ha debatido mayormente, más aún, se ha visto con buenos ojos y en los últimos años no solo se ha consolidado sino que también ampliado.

Respecto del derecho societario esta relación se acentúa, en importancia y utilización, debido a las necesidades que las sociedades presentan en cuanto a requerir una justicia apropiada para la resolución de sus conflictos, y la forma como está concebido el arbitraje normativamente, de manera que resulta fundamental su revisión y análisis, sobre todo si consideramos el fortalecimiento que el arbitraje ha experimentado en nuestro país en estos últimos años, en cuanto institución jurídica.

Si analizamos las normas que tratan el arbitraje en el derecho societario, lo primero que observaremos es que esta materia presenta una regulación dispersa en el Código Orgánico de Tribunales (COT); Código de Comercio (Cco.) y leyes especiales, a las que deben sumarse las normas de carácter general contempladas en el Código de Procedimiento Civil (CPC). Esta primera lectura arroja un problema relevante no solo por la disgregación, sino también por las divergencias existentes entre ellas.

El art. 227 numeral 4 del COT prescribe el sometimiento a arbitraje forzoso de: “Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del art. 415 del Código de Comercio”. Por su parte, el art. 352 n° 10 del CCo. establece que en las sociedades colectivas mercantiles la escritura social debe expresar: “Si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a las resolución de arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse el nombramiento”; seguidamente, el art. 415 del CCo., dispone, a propósito de la disolución y liquidación de una sociedad comercial colectiva, que: “Si en la escritura social se hubiera omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso”. Finalmente el art. 441 de este último cuerpo normativo establece: “Las diferencias que ocurran entre los accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, y la sociedad y sus administradores o liquidadores, deberán ser resueltas por medio de arbitraje. El estatuto deberá indicar: 1. El tipo de arbitraje y el número de integrantes del tribunal arbitral (...); 2. El nombre o la modalidad de designación de los árbitros y sus reemplazantes. En silencio del estatuto, los árbitros serán designados por el tribunal de justicia del domicilio social”.

sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil. Los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges”.

A estas disposiciones se suman los arts. 4º y 125 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). El primero señala que la escritura social deberá expresar: “Nº10. La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador”. El segundo, dispone que: “En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán él o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el Nº10 del art. 4º de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros. El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlos a la decisión de la justicia ordinaria. Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de la presentación de la demanda”.

De la lectura de estos preceptos se puede afirmar que el arbitraje en materia de sociedades plantea en Chile básicamente cuatro inquietudes fundamentales: el cuestionamiento de su obligatoriedad; su arbitrabilidad; la formalidad del acuerdo; y el ámbito de aplicación subjetiva.

II. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE Y ALGUNOS OTROS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE SE PRESENTAN

El arbitraje forzoso es aquél impuesto imperativamente por la ley como único procedimiento para resolver determinados litigios. A partir de un mandato legal se excluye la competencia de los tribunales ordinarios otorgándose a los árbitros para conocer de determinados asuntos.

Los preceptos que se refieren a este tipo de arbitraje no presentan la virtud de tener claridad, de hecho –desde una perspectiva general– es posible advertir lo siguiente:

1. En primer lugar, el legislador emplea el vocablo “diferencias” sin acotar bien su contenido. Sobre la base de ello, habría que concluir que se trata de una noción amplia que abarca todo tipo de conflictos o diferencias que puedan surgir entre los socios de una sociedad comercial. Por otra parte, la normativa es equívoca al emplear vocablos que llevan a confusión (“...serán sometidas a compromiso”, “serán sometidas a la resolución de arbitradores”). Lo anterior carece en realidad de una mayor justificación, de manera que las distinciones efectuadas sólo evidencian una comprensión deficitaria de la institución.

2. De la conjugación de estas normas antes citadas, no queda claro si el arbitraje es forzoso siempre o solo lo es si las partes nada han señalado a este respecto. Si las partes lo han previsto expresamente en sus estatutos, no hay nada que discernir, pues la fuerza obligatoria emana del contrato. La jurisprudencia en este punto ha sido un tanto vacilante, por una parte encontramos una línea que plantea la obligatoriedad del arbitraje solo frente a la existencia de una cláusula arbitral; mientras que la otra es aún más enfática al señalar que el arbitraje societario establecido en el art. 227 N° 4 del COT da cuenta que el arbitraje societario es obligatorio siempre y si las partes estipulan otra cosa aquello adolecería de nulidad absoluta, por contravenir una norma de orden público. Esta última tendencia es la que se ha consolidado con el paso de los años, lo que presenta problemas relevantes para la institución arbitral y los principios que debieran regirla.
3. En efecto, como ya he expresado, lo cierto es que el arbitraje obligatorio debiera ser derogado de *lege ferenda*², pues se afecta tanto a la institución arbitral como a las partes. Desde la primera perspectiva, debe comprenderse que este instituto se cimienta en la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que resulta un contrasentido obligarlas a someterse al mismo; desde el segundo escenario, debe considerarse que la posibilidad de éstas en cuanto a someterse a la justicia ordinaria queda suprimida sin fundamentos, aun cuando se trata de derechos disponibles, y con ello se impide que puedan hacer uso de la tutela efectiva consagrada en la Constitución Política (art. 19 26 CPE), afectando, de paso, la igualdad de las personas (art. 19 N°1 inc. 1° CPE), lo que nos obliga a denunciar el carácter inconstitucional del arbitraje forzoso al impedir al justiciable el acceso a la justicia ordinaria y quebrantar el principio de igualdad ante la ley.

Frente a ello, cabe recordar que el reconocimiento del arbitraje como una institución y no un simple instrumento, es una valoración que se encuentra suficientemente asentada hoy en día tanto en la doctrina especializada como en las diversas legislaciones que tratan esta materia. Una vez incorporada esta modalidad al ordenamiento jurídico, el arbitraje se convierte en un verdadero derecho de las personas en orden a solucionar las controversias que se encuentran dentro del ámbito de su libre disposición, derecho que goza de un carácter marcadamente potestativo, de modo que impide que alguien pueda ser obligado al mismo sin su previa aprobación o consentimiento. Empero, aun cuando tal derecho no tuviere un reconocimiento expreso en la

² Existe un Anteproyecto de ley realizado por el Ministerio de Justicia en que participó la suscrita, proponiendo la eliminación de este forzamiento.

Constitución, encontraría igualmente su justificación y consiguiente existencia en el reconocimiento a la libertad de los ciudadanos y a la autonomía de la voluntad de las personas para brindarse una especial forma de justicia.

4. El arbitraje regulado en la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) merece reflexiones adicionales, debido a la imprecisión y contradicción de las normas que lo regulan (art. 4° N°10 y 125). La primera disposición prescribe que se deberá señalar en la escritura social la naturaleza del arbitraje a que se someterán las partes por conflictos derivados de la sociedad y si ésta nada señala, la ley entiende que deberá conocer de ellas un árbitro arbitrador. Se aprecia de ello que el legislador no deja claro si el arbitraje constituye un pacto obligado para este tipo de sociedades, o bien, si elegida esta vía, deberá especificarse su naturaleza, de manera que si ello no se efectúa la ley suple tal silencio inclinándose por el arbitraje en equidad. Si bien podríamos optar por la primera alternativa sobre la base de lo prescrito por el art. 227 del COT, rápidamente cambiamos de parecer al leer la segunda de estas disposiciones. En efecto, ésta nos indica que el “demandante” podría apartarse “del arbitraje que establece esta ley” y someter la diferencia a la justicia ordinaria una vez que surja el conflicto, de manera que lo primero que destaca esta norma es precisamente la falta de obligatoriedad lo que torna el forzamiento nebuloso.
5. No es fácil comprender esta última disposición, primero, pues no se clarifica por qué se otorga tal facultad sólo a un actor jurídico (demandante), y segundo, por la ambigüedad del lenguaje utilizado. Esto ha provocado discusiones sobre la intelección de este precepto que aún no ha sido dilucidado del todo. En nuestra opinión, la expresión “arbitraje que establece la ley”, debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, aquél que se dispone en los estatutos sociales (art. 4° N°10). Por su parte, en cuanto a la delimitación del término “sustracción”, considero que tal facultad no puede ejercerse frente a una cláusula arbitral válidamente pactada, pensar lo contrario implicaría desconocer la fuerza obligatoria del contrato (art. 1545), lo que carecería de todo fundamento y justificación. A partir de ello se desprende que la potestad conferida al demandante sólo se plantearía cuando nada se hubiere señalado sobre la materia. Tal tesis se expuso con claridad por la CS, con fecha 24 de agosto de 1992, en causa “*Kotliarenco con Banco de Chile*”, en que acogiendo un recurso de queja, expresó: “El arbitraje que establece la Ley de sociedades anónimas es aquel supletorio para el caso que las partes nada dispongan en la escritura social, respecto del cual es posible substraerse para entregar el conocimiento del conflicto a los tribunales ordinarios de justicia. Si el arbitraje se pacta y reglamenta expresamente en la escritura social, no procede la opción a que alude el inciso 2° del artículo 125 de la ley N° 18.046”.

En este mismo orden de ideas, la CA de Valdivia con fecha 30 de agosto de 2000, en la causa “*Oscar Carrasco A., Enrique Tapia W.; Jorge Rodríguez A.; José Fernández R.; Franklin Geldres A.*”, que al confirmar una sentencia de primera instancia, señaló a este respecto: “Corresponde acoger la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal, si esta se basa en que la demanda debe presentarse ante un tribunal arbitral, dado que se trata de un conflicto entre socios de una sociedad anónima, en cuyos estatutos se establece una cláusula compromisoria para someter justamente a arbitraje dichos conflictos, no siendo pertinente en el caso aplicar lo señalado en el inciso segundo del artículo 125 de la ley 18.046, el cual sólo operaría en silencio de los propios estatutos sociales, ya que sería por lo demás contradictorio que si los estatutos previeron la forma de designación del árbitro y su calificación, pueda a este respecto el demandante, persona siempre regida por los estatutos sociales, desconocer la cláusula arbitral pactada”.

La citada sentencia fue confirmada por la CS, con fecha 9 de noviembre de 2000. Este mismo planteamiento fue esgrimido por la CS con fecha 10 de abril del mismo año, en causa “*Luis Germán Villalobos con Sociedad Golden Sat S.A.*”, frente a un recurso de protección interpuesto, oportunidad en que confirmó la sentencia pronunciada por la CA de San Miguel y sentenció: “En la escritura de Constitución de Sociedad Golden Sat Sociedad Anónima, en su título octavo, señala expresamente ‘Todas las diferencia(*sic*), dudas o dificultades que ocurran ente los accionistas o entre estos, y la sociedad y/o sus administradores o entre estos últimos entre sí con motivo de la validez, aplicación, interpretación o por cualquier otra causa, sea durante la vigencia o estando pendiente su liquidación, serán resueltas por un árbitro arbitrador designado por las partes, a falta de acuerdo, por la justicia ordinaria. Los hechos reconocidos por las partes, en sus presentaciones que rolan en autos, evidencian que entre ellos han surgido divergencias o diferencias respecto de la aplicación e interpretación de los preceptos y normativas del referido contrato de sociedad, situación que debe ser resuelta de la manera que allí se previó, esto es, la constitución del Tribunal Arbitral (Considerandos 4°, 5° y 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones). Corresponde acoger la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal, si esta se basa en que la demanda debe presentarse ante un tribunal arbitral, dado que se trata de un conflicto entre socios de una sociedad anónima, en cuyos estatutos se establece una cláusula compromisoria para someter justamente a arbitraje dichos conflictos, no siendo pertinente en el caso aplicar lo señalado en el inciso segundo del artículo 125 de la ley 18.046, el cual sólo operaría en silencio de los propios estatutos sociales, ya que sería por lo demás contradictorio que si los estatutos previeron la forma de designación del árbitro y su calificación, pueda a este respecto el demandante, persona siempre regida por los estatutos sociales, desconocer la cláusula arbitral pactada”.

De forma más reciente, podemos citar la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 22 de julio de 2008, recaída en recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia del 2° Juzgado de Letras de Osorno, dictado en juicio ordinario de disolución de sociedad e indemnización de perjuicios caratulado “*Agrícola y Ganadera Arco Iris SA con Agrícola Ganadera y Forestal Los Ríos SA*”, rol N°12.353, que acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal disponiendo que las partes debían recurrir ante un juez árbitro. La CS acogió el recurso de casación en el fondo otorgando competencia al tribunal ordinario. Para ello consideró que no correspondía aplicar el art. 227 N°4 del COT, puesto que las controversias que surjan de las sociedades anónimas se encuentran reguladas por la LSA, y en dichas disposiciones (art. 4° N°10 y 125), no cabe hablar de arbitraje forzoso. Agrega que de la lectura de la cláusula 29° de los estatutos se advierte que, si bien las partes disponen que un juez árbitro arbitrador será quien resolverá los conflictos que se pudieren suscitar (dentro de las cuales se encuentra la que originó el juicio), en la parte final acuerdan voluntariamente la supervivencia de la potestad del art. 125. Sobre la base de ello, argumenta que “corresponde hacer la distinción entre la naturaleza del arbitraje y la posibilidad de optar, siendo esta última la que se dejó expresamente consignada en el corolario de la cláusula vigésimo novena de la convención en estudio”.

Queda en total evidencia, entonces, que la interpretación que ha de darse al aludido art. 125 es la que acabamos de señalar. Sostener lo contrario implicaría aceptar que la facultad conferida al demandante es amplia y puede pasar incluso por sobre lo acordado en los estatutos sociales, lo que resulta un despropósito y carece de toda justificación.

La consecuencia obvia de lo anterior es que el arbitraje se entiende obligatorio si se pacta. Si las partes nada señalan sobre esta materia en los estatutos, el demandante podría sustraer la materia para llevarlo a la judicatura ordinaria u optar por el arbitraje, de manera que es éste el que arrastra al resto de las partes con su elección, pero no lo impone la ley de manera forzosa. El sujeto al que se le confiere este derecho debe reunir ciertas cualidades que se delimitan desde una perspectiva negativa, en efecto, este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de presentación de la demanda, de manera que para estos sujetos el arbitraje será forzoso. En otras palabras, a aquéllos, aun cuando no exista cláusula arbitral pactada en los estatutos, no debiera permitírseles ejercer el derecho de sustraer la controversia de la justicia arbitral que se entiende en silencio de los estatutos, por aplicación del art. 227 del COT.

La idea de describir al sujeto activo de este derecho de “opción” como “demandante” y excluir a quienes no pueden hacerlo, aun cuando tengan tal calidad, resulta equívoco. Todo parece indicar que el objetivo del legislador era proteger al accionista minoritario, pero no utilizó el lenguaje apropiado a estos efectos. La pregunta que aquí emerge es ¿por qué el legislador considera que se protege al accionista minoritario al brindarle el derecho de acceder a la justicia ordinaria? Claramente, uno podría asumir que el legislador entiende que el arbitraje lo puede perjudicar o bien, sostener que debiera brindársele la posibilidad de escoger. De allí emana una nueva interrogante: ¿qué podría justificar que se brinde este derecho al accionista minoritario y no a otros socios de esta u otras sociedades? Se trata de preguntas que no presentan una respuesta clara.

Por otra parte, dado que el lenguaje utilizado es procesal (demandante) y no sustantivo, se genera una nueva pregunta: ¿qué ocurre si simultáneamente las partes presentan sus respectivas demandas ante tribunales diversos? El asunto es complejo por cuanto el legislador confiere esta facultad a un “actor procesal” suponiendo que será uno solo, sin embargo, olvida que tal posición jurídica se puede obtener mediante procedimientos diversos, así por ejemplo, podría suceder que uno de los afectados comience un juicio arbitral para resolver un determinado conflicto, y simultáneamente otro de los afectados demande sobre el mismo conflicto pero en sede ordinaria, ¿Cuál debería prosperar si consideramos que ambos sujetos fueron “demandantes” en sus respectivas causas? Dado que el legislador no resuelve tal inconveniente, habría que dirimir la disputa atendiendo a la temporalidad, es decir, quién demandó primero, intentando en ello aplicar la literalidad de la norma.

Bajo la lógica expuesta, cabe adicionar que si al demandante se le confiere la facultad de demandar en sede ordinaria cuando las partes no han convenido un arbitraje, es decir, cuando nada han señalado sobre la forma de resolver sus conflictos, con mayor razón habría que sostener que las partes podrían convenir anticipadamente esta elección, en el sentido de establecer que frente a los conflictos que emerjan acudirán a la justicia ordinaria para la resolución de conflictos. Todo lo expresado nos lleva a establecer que a pesar de tratarse éste de un sistema sui generis, no puede predicarse respecto de esta materia la existencia de un arbitraje completamente obligatorio.

III. SOBRE LAS FORMALIDADES QUE DEBE REVESTIR EL ACUERDO ARBITRAL

Si bien el legislador en las normas antes revisadas plantea como único medio para que las partes pacten un arbitraje los estatutos sociales (arts. 227

Nº COT, 352 Nº 10, 415 CCO y 4 LSA), lo cierto es que las partes también podrían establecerlo mediante un acuerdo extraestatutario o parasocial u otros acuerdos sociales legítimamente aprobados por el sistema que los rijan. En el primer caso (estatutario), se puede hablar de una cláusula arbitral propiamente tal que se adhiere al contrato social, mientras que en el segundo caso (extraestatutario), podrá tomar la forma de un acuerdo independiente, con todo, en ambos casos el convenio arbitral deberá ser considerado de una manera autónoma e independiente³. De ello se deriva que los requisitos de forma son distintos en uno y otro caso, en tal sentido las cláusulas arbitrales estatutarias deberán formalizarse mediante escritura pública para el caso de las sociedades comerciales, en cambio en el caso de los acuerdos parasociales, el pacto arbitral no debe revestir dicha formalidad, a menos que así lo estipulen los socios.

De acuerdo a la legislación chilena, la cláusula arbitral incluida en los estatutos sociales tomará además, la forma de una escritura pública de constitución social; sin embargo, dicha cláusula no es de aquellas que deba inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente, ni publicarse (en el caso de las sociedades anónimas) en el Diario Oficial⁴. De este modo, la incorporación de la cláusula no está pensada en los estatutos con aparentes fines publicitarios a terceros, sino más bien como parte de la normativa interna. De hecho, la única forma que los terceros (por ejemplo, futuros socios) tendrán de conocer su existencia es por medio de la propia escritura de constitución social⁵. En este caso, además, el convenio arbitral podrá incluirse por los socios fundadores constituyéndose el arbitraje ab initio en el contrato de sociedad, así como también podrá pactarse a posteriori, vía modificación estatutaria, caso en que deben concurrir los requisitos para que ésta se estipule como válida.

En líneas generales, se pueden plantear diversas dudas sobre esta temática, por ejemplo: ¿qué *quórum* es necesario para la aprobación y modificación de esta cláusula?, ¿cuál es su eficacia temporal?, ¿cuál debe ser su contenido objetivo?, ¿cuál es su alcance subjetivo?, ¿y cuál será su criterio de interpretación? Pues bien, sobre el primero de estos puntos el dilema implica determinar si se requiere mayoría absoluta o la unanimidad de los accionistas para la aprobación o modificación de la cláusula respectiva, tema que liga con los requisitos exigidos para la validez de

³ El reconocimiento de este principio implica que la nulidad del contrato social no implica *a priori* la nulidad de la cláusula arbitral que se encontraba inserto en el primero, a menos que se compruebe por el árbitro que ambos se ven afectados por los mismos vicios que se sancionan con la nulidad.

⁴ Ver arts. 5 y 6 de la LSA y 354 del CCo.

⁵ No debemos olvidar, al respecto, que el art. 7º de la LSA, obliga a la sociedad a mantener en la sede principal y en la de sus agencias o sucursales a disposición de los accionistas, ejemplares actualizados de sus estatutos firmados por el gerente, con indicación de la fecha y notaría en que se otorgó la escritura de constitución y la de sus modificaciones, en su caso, y de los datos referentes a sus legalizaciones.

la misma. Frente a esta materia, la doctrina de Derecho comparado se divide⁶ en cuanto a si se requiere unanimidad, mayoría simple o absoluta⁷, lo interesante es que la solución que se adopta, guarda íntima conexión con el punto de vista que se tenga respecto a la función del arbitraje en relación a la justicia ordinaria, de manera que en mi opinión, si se considera que la elección de este mecanismo no conlleva la restricción de ningún derecho, sino que simplemente una sustitución de la jurisdicción ordinaria por la de los árbitros, se ha estimado que la inserción de la citada cláusula ha de someterse al sistema ordinario de modificación estatutaria⁸.

Chile se aleja de la aludida discusión básicamente porque el arbitraje en sociedades chilenas presenta un matiz diferente al establecerse *a priori* una obligatoriedad sobre el mismo, lo que supone reconocer que éste se llevará a efecto a pesar de la voluntad de las partes. Según vimos, el criterio difiere si se trata de una sociedad de personas o si es una sociedad de accionistas, toda vez que en el primer caso, el arbitraje no sólo es obligatorio cuando se ha pactado en los estatutos, sino que además cuando se ha omitido cualquier referencia al mecanismo de resolución de controversia. En las sociedades anónimas, en cambio, el demandante tiene la posibilidad de renunciar al arbitraje una vez surgido el

⁶ En Italia esta cuestión ha sido un tema clásico de análisis, entre otras razones por los cambios jurisprudenciales de la Corte de Casación, así se distinguía si el conflicto había surgido o no, en el primer caso se requería la unanimidad o mayoría favorable con el voto del socio afectado, si por el contrario no había surgido bastaba la simple mayoría. Finalmente, con la aprobación del art. 34.6 del decreto legislativo de 17 de enero de 2003, se estableció que para la introducción o supresión de una cláusula de arbitraje societario se requiere la aprobación de los socios que representen al menos dos tercios del capital social, teniendo los socios ausentes o disidentes el derecho de separación que podrían ejercitar dentro de los noventa días siguientes. En Francia, por su parte, ha existido igualmente una evolución jurisprudencial por apreciarse una solución al problema en dos etapas, la primera fase planteó una solución restrictiva en el sentido de que la facultad de estipular un convenio arbitral por parte de los órganos sociales necesitaba de una autorización expresa, más tarde tuvo lugar una etapa liberal donde el poder general de estos para actuar en nombre de la sociedad era suficiente para estipular un convenio arbitral en representación de esta. En España, haciendo eco de estos planteamientos, algunos autores han sostenido que la inclusión de la cláusula arbitral escapa de la decisión de la mayoría de la junta general por que ésta representa una privación a los socios de su derecho de la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución, razón por la que solamente se podría aceptar tal inclusión cuando sea adoptada por la unanimidad de los socios y por tanto de la Junta; por el contrario, cuando se trate de suprimir esta cláusula, bastaría la mayoría simple de la Junta General de Accionistas. El principio mayoritario, es por su parte un principio configurador como lo demuestra el art. 53 de la LSRL y específicamente su párrafo tercero que rechaza la posibilidad de requerir la unanimidad. Sobre el particular, ver M.J. CARAZO LIÉBANA, *El arbitraje societario*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 62-66.

⁷ Para P. Perales Viscasillas todos los criterios pueden presentar problemas, por ejemplo, en la unanimidad se requiere este acuerdo respecto de todos los socios o basta la unanimidad de los presentes en la respectiva junta; el de las mayorías presenta el inconveniente de que puede vincular a los ausentes y, sobre todo, a los disidentes, es decir, a todos los socios que expresamente indicaron en la junta general que no desean la introducción de un convenio arbitral en los estatutos. P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de arbitraje y Derecho societario*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 213.

⁸ En este sentido, ver M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6).

conflicto siempre y cuando el arbitraje no se hubiere pactado expresamente en los respectivos estatutos, por tanto esta “facultad” opera ante la ausencia de toda expresión relativa a una resolución de controversia. De esta manera puede sostenerse que la normativa existente es en extremo proclive a la instauración del arbitraje, ya que éste se utilizará de manera general tanto bajo un acuerdo arbitral, como ante la ausencia del mismo. A este respecto, parece claro que si se establece en los estatutos sociales y ante la inexistencia de requisitos particulares sobre la materia, habrá que entender que deberá seguirse el conducto regular de los acuerdos para cada tipo social, que en ningún caso exige unanimidad.

En cuanto al quórum necesario para su modificación en las sociedades anónimas, de acuerdo al numeral 2° del art. 57 de la LSA los estatutos deben modificarse mediante junta extraordinaria y de acuerdo al art. 67 del citado cuerpo normativo, los acuerdos de esta junta que impliquen reforma de los estatutos sociales, como lo sería un contrato arbitral en él inserto, deberán ser adoptados con la mayoría que determinen los estatutos. De esta forma, son los mismos estatutos los llamados a señalar cuál será el quórum necesario para reformar la cláusula arbitral existente en los estatutos⁹. Esta situación peculiar respecto de la falta de unanimidad que exige el acuerdo arbitral en esta materia, tanto para su configuración, como para su reforma, puede explicarse bajo la lógica que en el contrato social no existen intereses contrapuestos entre las partes que lo forman del modo en que se presenta en los contratos bilaterales. Al ser coincidentes los intereses de todos, sus respectivas declaraciones de voluntad ofrecen un contenido análogo y siguen la misma dirección. Por lo mismo, no podría predicarse respecto del contrato social el carácter de un contrato de adhesión, porque éste requiere diferentes partes, intereses y posiciones entre ellas (uno se entiende como fuerte y el otro como débil), en cambio, en el contrato de sociedad se aspira a un mismo fin que es constituir un ente distinto que posea una personalidad jurídica independiente de los socios y como tal difiere de un contrato que pueda estar afecto a una condición general de contratación. Por su parte, los contratos societarios poseen la virtud de que el ente creado es capaz de adquirir derechos y obligaciones por sí mismo y, por tanto, su eficacia no sólo se reduce a los efectos interpartes, sino *erga omnes* escapando de los estrechos límites de un contrato simple. Además, el contenido de los estatutos sociales normalmente es abierto y lo son más los pactos parasociales, de manera que los estatutos no funcionan como un clausulado general¹⁰.

⁹ Para ello se debe considerar, además, que la cláusula arbitral no es de aquellas que la ley menciona en el art. 67 que requerirán un voto conforme a las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto.

¹⁰ Como señala M.J. Carazo Liébana, los socios futuros no se encuentran en una posición de inferioridad por no haber concurrido a la formación del contrato, tampoco existe contraposición de intereses y si ésta se encuentra perfectamente configurada el socio futuro no puede alegar desconocimiento de sus estatutos y como tal deberá conocer la existencia del arbitraje. M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6), p. 104.

Respecto de la vinculación del socio al convenio arbitral, a diferencia de lo que acontece en ciertos sectores del derecho comparado, no existen diferencias entre el socio fundador y los socios no fundadores ya que de conformidad al art. 22 de la LSA “La adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales”, de manera que la cláusula arbitral será obligatoria para el socio adquirente por disposición de la ley, sin necesidad de probar que éste tenía conocimiento respecto de aquella al momento de efectuar la compra de acciones. El convenio arbitral extraestatutario¹¹, en cambio, implica que el pacto arbitral no haya sido incluido en los estatutos sociales, sino que forma parte de un pacto independiente. Una diferencia relevante entre ambos, se percibe en cuanto al alcance de sus efectos, toda vez que el arbitraje estatutario, al formar parte del contrato social desplegará su eficacia respecto de los socios presentes y futuros, además de terceras personas como a la sociedad a través de sus órganos sociales, mientras que el arbitraje contenido en un pacto independiente sólo presenta una eficacia inter partes¹², es decir, sus efectos se extienden sólo entre quienes participaron del mismo.

En efecto, el acuerdo arbitral inserto en un pacto parasocial o extraestatutario se vinculará con los conflictos sociales a los que se refiere expresamente y, por regla general, sólo vinculará a los adquirentes de las acciones si puede demostrarse que expresa o implícitamente prestaron su consentimiento, lo que incluye la posibilidad que el convenio se entienda incorporado por referencia al acuerdo entre las partes. Una excepción a esta regla la constituyen los acuerdos de la junta de accionistas que contienen una cláusula arbitral, toda vez que de conformidad al art. 22 de la LSA¹³, tales acuerdos son también vinculantes a los futuros socios por la sola adquisición de acciones de la sociedad.

Respecto de los contratantes, y en lo que concierne a sus relaciones internas, los referidos pactos podrán tener eficacia aun cuando contengan estipulaciones que vayan contra el texto de normas legales imperativas (lo que puede explicar su carácter reservado), pero no puede esperarse que ello se proyecte a la sociedad como entidad jurídica distinta de los socios o accionistas. Al mismo tiempo, si tales pactos reservados no incluyen a su vez una cláusula arbitral expresa, los conflictos que pudieren surgir en su seno tampoco pueden ser sometidos a arbitraje en virtud del convenio arbitral contenido en los estatutos.

¹¹ Los pactos parasociales son vínculos obligacionales creados por los socios en su consideración de tal o por los administradores en representación de la sociedad con algún socio o grupo de socios, sin base legal, ni estatutaria, con la exclusiva finalidad de influir en el funcionamiento de la sociedad. El arbitraje como pacto parasocial es cada vez más frecuente por su sencillez, flexibilidad, capacidad de adaptación, así como su prudente discreción por la ausencia de publicidad.

¹² Ver P. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 202.

¹³ La disposición reza “La adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas, y la de pagar las cuotas insolutas en el caso que las acciones adquiridas no estén pagadas en su totalidad”.

IV. ARBITRABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA

1. ¿QUÉ ES ARBITRABLE EN EL DERECHO SOCIETARIO?

De manera general, podemos advertir que lo arbitrable en derecho societario son aquellas controversias que se derivan de las relaciones jurídicas intrasocietarias entre los socios o accionistas, entre éstos y sus administradores o entre ambos y la sociedad, todos vinculados por el contrato de sociedad.

Las dudas que se han generado en torno a la arbitrabilidad en el Derecho societario, dicen relación con ciertos sectores específicos¹⁴, como ocurre con los conflictos surgidos entre la sociedad y administradores, la impugnación de los acuerdos de los órganos colectivos (tanto por los socios como por terceros), la exclusión del socio, la liquidación de la sociedad, entre otros. Para dilucidar esta cuestión debemos considerar que en el arbitraje societario la arbitrabilidad se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, respetando las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate; y en segundo lugar, sometiendo a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme a derecho. La regla general es que las materias societarias gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares de terceros¹⁵. Del mismo modo, no basta con pactar el arbitraje en una sociedad, pues normalmente se plantea la materia en términos genéricos, habrá que esperar el tipo de controversia que surja para determinar si es susceptible de ser arbitrada dependiendo de los derechos involucrados¹⁶.

En este contexto, se debe precisar que la autonomía de la voluntad se presenta de diferentes formas según el tipo de sociedad, así por ejemplo las sociedades de personas tienen un amplio margen dado que no confluyen normalmente intereses de terceros, sino que se trata de un arbitraje creado por los socios para dirimir sus propios conflictos; en cambio, las sociedades capitalistas presentan un matiz institucional

¹⁴ Ver M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6).

¹⁵ En Derecho comparado se trata de una temática ampliamente debatida, a modo de ejemplo, ver M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6), pp. 85 ss.; J.M. MUÑOZ PLANAS, “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Civitas, 1978; J.M. MUÑOZ PLANAS / J.M. MUÑOZ PAREDES, “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, *RDM*, n° 238, 2000, pp. 1411-1431; P. PERALES VISCASILLAS (nota 7); F. VICENT CHULIÁ, “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 1, 2001, pp. 89-120; A. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Arbitraje societario”, en: de Martín Muñoz, A. / Hierro, S. (coords.), *Comentario a la ley de arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 962-964.

¹⁶ J.M. MUÑOZ PLANAS / J.M. MUÑOZ PAREDES, “La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje”, *Rev. de Derecho Mercantil*, n° 238, 2000, pp. 1411-1431.

importante donde existen variadas normas de orden de orden público a las que deben someterse los socios indefectiblemente y, por tanto, las cláusulas arbitrales y la labor del árbitro debe respetarlas¹⁷, pues de no hacerlo, tales actos serían nulos. Ello, sin embargo, no implica que una materia regulada por normas imperativas o de *ius cogens* excluya la posibilidad de someter la solución de dichas controversias a un arbitraje. En efecto, como sabemos al optar las partes por el arbitraje no están disponiendo de norma sustantiva alguna, sino solo de la vía procesal para resolver una controversia, de manera tal que no existe allí conflicto. Un ejemplo que puede aclarar esta situación lo constituye precisamente el caso de la arbitrabilidad de las controversias que versan sobre la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta de Accionistas en una sociedad anónima. Cuando los accionistas reunidos válidamente en junta acuerdan, con el quórum legal o estatutario, dejar sin efecto un determinado acuerdo anterior al mismo órgano de gobierno por estimarlo nulo, viciado o simplemente inconveniente para los intereses sociales, lo hacen en forma autónoma y en ejercicio de las facultades que la propia ley le confiere a dicho órgano, sin necesidad de intervención alguna de los tribunales de justicia ni de una sentencia emanada de los mismos. Se trata aquí de un acuerdo social que puede ser dejado sin efecto por otro acuerdo de la misma junta, con independencia de su validez y/o de la infracción de las normas que regulan su proceso de formación en cuanto tal (sin perjuicio del derecho de terceros de buena fe) lo que demuestra que el carácter imperativo de una norma no es modo alguno asimilable a la indisponibilidad de la materia que ella regula¹⁸. En otras palabras, los socios al optar por el arbitraje para resolver un problema relacionado con la validez o nulidad de un acuerdo adoptado en junta, no están renunciando a su facultad de impugnarlo ni a las normas imperativas que regulan su proceso de formación, solo disponen del camino procesal. Tampoco se afectan por esta vía las atribuciones que la ley le asigna a la Junta de Accionistas en cuanto órgano supremo de gobierno de la sociedad anónima. El convenio arbitral, desde que se incorpora como cláusula del estatuto social, adquiere un carácter orgánico cuyos efectos se extienden a todos los accionistas por igual, tanto a fundadores como a los que adquieren posteriormente esa calidad. Por ello, el acceso a la vía arbitral en estos casos no es otra cosa que el ejercicio de un derecho por parte de los accionistas, con base estatutaria y de rango orgánico-fundacional, de manera que en nada obsta al libre juego de las mayorías que caracterizan el funcionamiento del referido órgano corporativo.

¹⁷ Para un detenido análisis de esta materia, ver F. VICENT CHULIÁ (nota 15), p. 94 ss. Quien sostiene este fenómeno como un fruto de la última etapa histórica presidida por el institucionalismo de la SA, donde se ha dado una dura resistencia que se apoya en profundas concepciones ideológicas sobre qué es una sociedad de capital, es especial, qué es el interés social o los intereses de la sociedad, si éstos trascienden o no a los socios; y dogmáticas, sobre el significado del proceso de impugnación de acuerdos sociales ante los Tribunales del Estado, la legitimación activa y pasiva y los efectos de la cosa juzgada de la sentencia, en relación con los mismos aspectos del proceso de arbitraje privado.

¹⁸ S. BARONA (coord.), *Comentarios a la ley de arbitraje*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

Revisaremos, a continuación, algunas materias en que se presentada discusión sobre su arbitrabilidad:

- A) La impugnación de acuerdos sociales en la sociedad anónima. Este tema, si bien no ha tenido discusión en Chile, en derecho comparado, como en España, si la tuvo pues en primer lugar se consideraba que se trataba de una materia inarbitrable, opinión que cambió solo en 1998 a partir de una sentencia muy esclarecedora, amén de la renovada fisonomía que adquirió el instituto arbitral con la dictación de la LA 36/1988, que puso un fuerte énfasis en la autonomía de la voluntad. En definitiva, la sentencia recoge los nuevos vientos en la materia admitiendo la arbitrabilidad en toda clase de disputas entre socios, entre éstos y la sociedad o entre ésta y su administración¹⁹. Esto implica que, en principio, todas las controversias que puedan surgir en la sociedad podían ser sometidas a un arbitraje²⁰. En este caso lo que se impugna es el acuerdo en cuanto manifestación de la voluntad social, la lógica que subyace es que si como los propios accionistas pueden modificarlo o dejarlo sin efecto, por considerarlo contrario a la ley y/o los estatutos (de lo que se presupone su carácter negocial), también pueden someter esta materia a los árbitros. Con ello no se dispone de normas imperativas o no negociables que regulen el “contenido del conflicto” sino únicamente de la vía procesal para resolverlo²¹. Los árbitros, cualquiera sea su naturaleza, están llamados por igual a respetar el principio de la legalidad y a aplicar en sus laudos las normas de orden público que las regulan²².

¹⁹ Se trata de la sentencia de la DGNR de 19 de febrero de 1998, que refiriéndose al objeto del acuerdo arbitral dispone que “La sola idea de exigir ex ante la determinación precisa de todas y cada una de las materias o asuntos que serán sometidos en su momento a arbitraje, constituye un exceso y una carga imposible de levantar razonablemente. Sobre el tema ver E. JEQUIER LEHUEDÉ, *El arbitraje en el Derecho chileno de sociedades. Arbitrabilidad del conflicto societario mercantil*, Thomson Reuters, 2013, p. 158.

²⁰ La doctrina jurisprudencial fue prontamente confirmada por otras, a modo de ejemplo, a STS de 18 de abril de 1998.

²¹ Así también lo declaró la AP de Barcelona en su sentencia de 06 de noviembre de 2000.

²² Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló “10. Que de la relación de las disposiciones contenidas en los artículos 40,55,57 y 67, todos de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas y por establecer imperativamente dichas normas como requisitos formales de la voluntad y el consentimiento en el rubro de que se trata que resultan ser esenciales para la validez y eficacia del aporte o transferencia en dominio y la estimación en dinero que una sociedad anónima efectúa de bienes raíces de su propiedad a otra sociedad, su cumplimiento u omisión acarrea forzosamente la nulidad absoluta de los actos o contratos ilícitos, nulidad que aparece de manifiesto en dicho acto o contrato al no considerarse, si insertarse ni manifestarse el acuerdo necesario y la aprobación de la junta general extraordinaria de accionistas, vicio que no puede ratificarse por las partes con posterioridad, al tenor de lo preceptuado en los arts. 1681, 1682 del Código Civil. 11. Que la solemnidad o formalidad de que se va tratando está establecida en la ley en consideración a la naturaleza del acto propiamente tal, ya que se la impone en forma general para todas las sociedades anónimas que realicen dicho acto jurídico, sin atender a ningún criterio en particular o relativo (entre estos, el objeto o el giro social). El legislador ha buscado fijar normas mínimas para el adecuado funcionamiento de las sociedades anónimas como agentes económicos en el mercado, además de cautelar que sean los propios accionistas quienes decidan que los bienes del patrimonio social deben ser sacados de éste para ser entregados en

- B) ¿Es arbitrable un mecanismo integrador de la función de los órganos sociales?, en otras palabras, ¿puede suplirse o completarse la voluntad social mediante una decisión arbitral? En una aproximación preliminar a la interrogante planteada, la afirmación no parece merecer mayores reparos, pues se presenta incluso como una alternativa viable para salvar el eventual inmovilismo a que se vería enfrentada la sociedad ante una situación de empate en la toma de decisiones relevantes, sin embargo, si analizamos lo anterior con mayor detención la conclusión es a todas luces contraria. En efecto, la función que la ley asigna a los órganos sociales, en cuanto mecanismo de formación y exteriorización de la voluntad societaria, no puede ser asumida o suplida válidamente por los árbitros, ni siquiera en sede de equidad, pues por esta vía se vulnera el orden público plasmado en las normas legales imperativas que regulan las facultades de tales órganos en términos privativos y excluyentes. De la mano de ello, debemos recordar que la función de los árbitros no consiste en completar o integrar relaciones jurídicas inconclusas sino en resolver conflictos jurídicos. Tal función podría ser ejercida por perito dirimente u otra vía, pero no por un árbitro. A mayor abundamiento, debemos tener presente que según la teoría del órgano de la sociedad, la voluntad de la sociedad se identifica con la del órgano que la genera y exterioriza, de manera que mientras esa voluntad no llegue a formarse válidamente, no puede hablarse de una controversia jurídica que pueda encomendarse a los árbitros.
- C) Arbitrabilidad en las sociedades nulas. Esto depende de lo que se entienda por sociedad nula y, por supuesto, de los requisitos legales que al respecto se han dispuesto para su validez. En la legislación española o la francesa, la sociedad no nace con la sola celebración del contrato, sino que con su inscripción válida en el Registro competente. En Chile la sociedad nace con el acuerdo y la cláusula arbitral estatutaria pactada en sociedades solemnes anulables es saneable y vinculante para los socios y la sociedad. Debemos considerar a estos efectos, la naturaleza del vicio de nulidad, esto es, si es formal o si se trata de vicios de fondo por infracción de requisitos esenciales. En el primer caso, el acuerdo arbitral será válido si

un patrimonio distinto, a otra sociedad. Lo que ha hecho el legislador es regular la forma de otorgar el consentimiento de una sociedad anónima en un acto jurídico como el de que se trata, condicionando el aporte al consentimiento de la junta de accionistas. Si no se cumple con la forma de prestar el referido consentimiento, la voluntad no ha sido otorgada, por lo que existe falta de consentimiento (Art. 1445 CC) y, por ende, procede aplicar la sanción establecida en los Arts. 1682 y 1683 del CC, esto es, la nulidad absoluta del acto irregular o defectuoso”. En este ejemplo, el arbitraje era de equidad y no constituyó en modo alguno un obstáculo en torno a la arbitrabilidad de la controversia respectiva, pese al carácter necesario o de *ius cogens* de las normas que regulan el fondo del asunto sometido a su conocimiento (derecho de retiro de la sociedad anónima). En la medida que tales normas imperativas no sean vulneradas por el laudo arbitral de equidad, ningún reproche podrá hacerse al mismo.

cumple con los requisitos del art. 234 del COT, aun cuando la sociedad no reúna los requisitos mencionados. A partir del carácter autónomo del contrato arbitral, no podrán eludirse sus efectos a pretexto de la nulidad de la sociedad en tanto esta no se declare por sentencia firme y ejecutoriada. En el caso de las sociedades civiles que no requieren formalidades, la nulidad de la sociedad se regirá por el derecho común. Si la sociedad es nula por vicios de fondo, según su concreta tipología, como aquellos que apuntan a la manifestación válida de la voluntad o a la capacidad de las partes para constituir la, sea que se trate de un contrato o de un acto jurídico unilateral como ocurre con las sociedades por acciones unipersonales, el análisis debe ser particular. En Chile se ha considerado en general que el juez árbitro puede conocer estas materias, con algunas excepciones²³, en cambio no se reconoce esa misma competencia cuando lo impugnado es el convenio arbitral propiamente tal, pues en este caso, la jurisprudencia ha entendido que los árbitros no pueden conocer dicha materia por carecer de competencia²⁴, lo que claramente constituye un desacierto si atendemos el principio *Kompetenz-Kompetenz* que ya se encuentra reconocido por la ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional.

- D) El conflicto de intereses como causa de controversia societaria. Factores como la asimetría en la información, la concentración del poder, o el desvío del interés social, pueden dar lugar a complejas controversias. La LSA en Chile, reconociendo precisamente la coexistencia de intereses distintos y su eventual colisión al interior de la sociedad, declara expresamente que “los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas” (art. 30 LSA). Es la propia ley, por ende, en la disposición recién citada y en aquellas que establecen los deberes fiduciarios de los directores y gerentes de la sociedad anónima (arts. 41, 41 y 50 de la LSA) la que hace una clara separación entre los derechos del accionista y el interés de la sociedad en cuanto tal, reconociendo su existencia como fenómenos distintos. En esta misma dirección, la ley se encarga de delimitar las funciones y atribuciones de cada uno de los órganos sociales, de manera que ninguno de ellos pueda actuar vulnerando el derecho de los demás. El interés social que es lo arbitrable de una controversia societaria comercial, entronca con aquellos principios que cada ordenamiento se ha dado para definir su naturaleza y la función de la sociedad. Tales principios son configuradores del tipo social, se funde con la noción de orden público asumiendo la fisonomía que éste les imprime. Por ello, al decidir los árbitros sobre un conflicto societario que radica en el interés social, deberán observarse las normas de orden público

²³ Por ejemplo, la sentencia de la CS de 26 de marzo de 1996, *Revista del abogado*, n° 11, Santiago, 1997.

²⁴ P. AYLWIN, *El Juicio arbitral*, 5ª ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2005, p. 402.

que lo modelan. En el caso chileno, el CC ya revela la existencia de unos “intereses sociales” (art. 2112 CC) que, en determinadas circunstancias pueden coexistir con el interés de los socios, lo que debe interpretarse a la luz de la noción contractualista. Lo anterior se refuerza en el art. 2091 CC que asimila precisamente el interés social con el “interés común” de los socios, al señalar que “Los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecen a la sociedad; y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella”. El interés común se entiende como el interés legítimo que es compartido por todos los socios en su condición de tales, con independencia en las particulares motivaciones individuales. Sin perjuicio de lo señalado, la tesis institucionalista se recoge en la LSA y el establecimiento de gobiernos corporativos, que no se aparta mayormente de lo expresado anteriormente. La diferencia podría estribar en la especial protección que se otorga al accionista minoritario, pero en realidad se trata de dos caras de la misma moneda, de dos exigencias coincidentes que buscan brindar protección al interés social.

- E) Arbitraje en las sociedades disueltas y no liquidadas. Tratándose de una sociedad anónima, la disolución de la misma no implica necesariamente el término de su personalidad jurídica, de hecho, de conformidad a lo expresado en el art. 109 de la LSA “La sociedad anónima disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, quedando vigentes sus estatutos en lo pertinente (...)”. En estos casos, la junta de accionistas se mantiene plenamente vigente, al punto que ella designa la comisión liquidadora o al liquidador individual según corresponda (art. 112 LSA) conservando la facultad de revocar en cualquier tiempo el mandato dado a los liquidadores, salvo las excepciones legales (art. 113 LSA). Asimismo, es la junta de accionistas la que debe recibir los informes de los liquidadores y pronunciarse sobre ellos (art. 115 LSA). El directorio es reemplazado por los liquidadores quienes tendrán básicamente las mismas facultades señaladas por la ley o la junta, sujetándose a los fines de la liquidación. En estos casos, parece claro que los conflictos que puedan surgir durante el proceso de liquidación son susceptibles de arbitraje.

En el caso de las sociedades de personas comerciales la situación varía pues éstas nada señalan sobre la supervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad disuelta, sin perjuicio de ello, es posible concluir que mantiene su personalidad jurídica mientras se efectúa la liquidación de la sociedad. El art. 410 del CCo. señala que el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad lo que obviamente implica la existencia de un mandato. En vista de ello, la subsistencia de la personalidad jurídica después de su disolución y antes de su liquidación podrían someterse a arbitraje mientras se trate de conflicto “entre socios” (art. 415 CCo.), mientras que las demás controversias entre la sociedad y los socios podrían o no

someterse a un arbitraje dependiendo de lo que dispongan los estatutos sociales. De conformidad a lo previsto en el art. 227 N° 3 del COT, deberán someterse a arbitraje, además, las cuestiones a que diere lugar la cuenta del gerente o del liquidador y los demás juicios sobre cuentas.

Tratándose de una sociedad colectiva civil, la situación varía ostensiblemente. Su disolución importa necesariamente la extinción de su personalidad jurídica dando paso a una comunidad entre los socios que deberá liquidarse en conformidad a las reglas comunes. En estos casos, el convenio arbitral pierde vigencia desde que opera la causal de disolución, pues las controversias societarias que son resorte de un juicio arbitral son aquellas que acaecen durante la vigencia de una sociedad. Por otra parte, debemos tener presente que de conformidad a lo previsto en el art. 227 N° 1 del COT, serán resorte de arbitraje obligatorio: “1° La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades”. Aquí se presenta un punto extraño, toda vez que la sociedad da paso a una comunidad que debe liquidarse y partirse. Esta partición podrá producirse por las propias partes o por un partidador que será un árbitro. La pregunta que emerge en este contexto, es ¿qué ocurre si se generan inconvenientes respecto de la partición efectuada por este árbitro? Todo parece indicar que no puede este juez árbitro pronunciarse sobre los conflictos suscitados a partir de su liquidación, pues existirían conflictos de intereses, de manera que en este caso habría que nombrar a un nuevo árbitro, de acuerdo a lo previsto en el art. 227 N°1 del COT, con el objeto de resolver tales controversias.

2. REVISIÓN DE LA ARBITRABILIDAD EN CHILE, A PARTIR DE SU NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

Como señalamos, en cuanto al ámbito de aplicación material de los conflictos societarios, debemos atender a la normativa existente sobre la materia, así, de acuerdo al art. 227 N° 4 del COT se deberán someter a arbitraje “Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio”. La segunda parte del art. 415 del CCo. alude a “las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución (...)”; el art. 352 N° 10 se refiere a “las diferencias que les ocurran durante la sociedad (...)”; finalmente el art. 4° N° 10 de la Ley 18.010 prescribe que el arbitraje atenderá las “diferencias que ocurran sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación”.

De la conjugación de las normas citadas se colige que se trata de todo tipo de controversias suscitadas a raíz del contrato social, independiente de la temporalidad del mismo, es decir, aquellos que se provocan con motivo de su surgimiento, funcionamiento o término de la misma, contemplando en dichas nociones el amplio

abanico de opciones que originan dichos conflictos. Consideramos que ésta es la correcta interpretación y el hecho que el art. 352 N° 10 sólo aluda a las “(..) las diferencias que les ocurran durante la sociedad (..)”, no contraria tal razonamiento, por cuanto, si bien dicha norma nada expresa respecto a las diferencias surgidas al tiempo de la liquidación o término de la sociedad, tampoco excluye dicho campo de acción. Lo anterior, guarda perfecta armonía con las bases de la institución arbitral que se entiende concebida precisamente para resolver conflictos no sólo presentes, sino que también futuros.

Por otra parte, se advierte que todas las normas sociales que aluden al arbitraje emplean nomenclaturas diferentes para referirse al objeto del litigio, de lo que se desprende que aquél ha de entenderse en términos amplios en lo relativo a su aspecto conflictual. En efecto, el art. 415 del CCo., alude a “cuestiones”; el art. 352 del mismo cuerpo legal, se refiere a “las diferencias”; expresión que también es acuñada por el art. 4 N° 10 de la ley 18.046, y finalmente el art. 125 apunta a los vocablos de “materias” y “conflictos”. En tal sentido, nos inclinamos en sostener que el legislador no exige que en estas materias las partes deban someter auténticos litigios jurídicos, sino que las partes podrán someter a la competencia del árbitro cualquier “diferencia” que éstas estimen pertinente de llevar a su conocimiento y decisión²⁵.

Derivado de ello, surge la pregunta de si, pactado un determinado tenor contractual, otros conflictos que no sean los estrictamente allí referidos

²⁵ Por otra parte, si bien el art. 227 N° 4 alude a las diferencias existentes entre los socios, actualmente no hay dudas que dicha disposición debe ser interpretada en un sentido amplio y en conjugación con las restantes normas que se pronuncian sobre la materia, de manera que los conflictos existentes entre una sociedad y un socio también se podrán y, en su caso, deberán, someterse a arbitraje. La CA de Concepción en fallo de fecha 17 de marzo de 2006, en la causa “*Gustavo Giacaman Hasboun; con Rita Hazboun Morcos*”, confirmada por la CS, expresó al respecto: “Que si bien el citado artículo 227 en su numeral 4 pudiese dar algún sustento a la tesis del articulista, la doctrina más autorizada representada por el profesor Patricio Aylwin estima que es procedente el arbitraje para resolver diferencias que se susciten entre uno o más socios y la sociedad, y al respecto el referido autor ha dicho: “Los litigios entre la sociedad y algunos socios no son otra cosa que controversias entre socios. Entre una mayoría que lo es suficiente para decidir la marcha de la sociedad y uno o más socios minoritarios”, trayendo como ejemplo el caso de las sociedades anónimas, en que expresamente la ley N° 18.046 en el N° 10 del artículo 4° se refiere expresamente “a las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores”. Antes había expresado que de acuerdo con el precepto del artículo 227 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales deben considerarse de arbitraje obligatorio “todas las diferencias relativas a la interpretación y ejecución del contrato y a la manera de liquidarlo. Caben en esta clase, entre otras, las demandas que tengan por objeto obligar a los socios gerentes o administradores a rendir cuenta de sus gestiones o hacer efectiva la responsabilidad civil que les afecte por actos culpables o dolosos”. En suma, esta Corte estima que los conflictos habidos entre la sociedad y uno o más socios deben ser sometidos a arbitraje forzoso, por entender que en definitiva tales dificultades son en el fondo un problema que ataña y afecta a todos y cada uno de los socios que conforman la entidad societaria.

podrían tener encaje en el arbitraje²⁶. En este punto resulta pertinente calibrar la interpretación que pueda darse a determinados convenios arbitrales, particularmente si la cláusula arbitral se refiere a determinadas divergencias societarias, por ejemplo, aquellas cláusulas que aluden únicamente a la resolución de controversias que resulten de la interpretación de los estatutos o del contrato social, o de la interpretación y aplicación de los estatutos o del contrato social. Esta materia liga con la posible extensión del ámbito de aplicación material del pacto arbitral y, en nuestra consideración, debe ser observada en términos amplios, así, si la cláusula se refiere al sometimiento a arbitraje de las controversias societarias, se deben considerar incluidas todas las cuestiones que estén referenciadas en el estatuto y en las escrituras sociales y además todas las controversias que tengan una incidencia sustancial y no meramente incidental o tangencial en el contrato social y se entiende por aquellas las que generen consecuencias, produzcan efectos o ejerzan una influencia en el contrato.

En otras palabras, habría que entender que se someten a arbitraje todos los litigios societarios y nada más que societarios, tomando en consideración que en este tipo de arbitraje es habitual la inclusión de una cláusula amplia sin concreción de los litigios arbitrales²⁷, de manera que la cláusula arbitral podrá indicar de un modo amplio el ámbito objetivo de aplicación del tipo “toda controversia o conflicto de naturaleza societarias... se resolverá definitivamente con un arbitraje (...)”; o bien predicar “todas las controversias derivadas de la interpretación o ejecución del contrato social (...)”. Tal formulación no debe considerarse vaga o imprecisa, sino como la más idónea por albergar todos los litigios susceptibles de surgir en el marco de las relaciones societarias que afectan a derechos disponibles. La interpretación, por tanto, deberá ser realizada del modo que más conforme se ajuste a la naturaleza y objeto del contrato concreto.

En la práctica, los temas más recurrentes de someter a arbitraje dentro de este ámbito son el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales o de acciones o participaciones,

²⁶ En este punto, P. Perales Viscasillas sostiene que en derecho comparado no existe unicidad de criterios, así por ejemplo en derecho italiano, la jurisprudencia no aplica en todo su rigor el principio pro arbitraje y ha sostenido que la cláusula arbitral relativa a la interpretación y ejecución de los estatutos no cubre la acción dirigida a la remoción del administrador, ni aquellas relativas a la invalidez de las decisiones adoptadas en junta general. En el derecho español, algunos autores se inclinan por la interpretación amplia derivada del principio favorable al arbitraje y porque de lo contrario el ámbito de aplicación sería muy reducido. P. PERALES VISCASILLAS (nota 7), pp. 223-224.

²⁷ En el derecho extranjero existe una línea favorable de la extensión del arbitraje a la solución de situaciones no estrictamente litigiosas en sentido amplio. Así, L. Fernández del Pozo ha señalado, en relación al caso español, que “si las partes están conformes no hay obstáculo para ello, sobre todo si tenemos en cuenta que los órganos judiciales en algunos supuestos actúan como verdaderos arbitadores o peritos dirimientes (...)”. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, *RCDI*, n° 618, 1992, p. 2036. En el mismo sentido, M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6), p. 47.

interpretación de los contratos, separación y exclusión de socios, liquidación de la participación de los socios, disolución y liquidación de las sociedades, terminación anticipada de la sociedad, indemnización de perjuicios, interpretación del aporte de los socios, realización de aportes y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores²⁸. Por otra parte, tal como señalamos, el arbitraje en materia de nulidad de junta general y de impugnación de acuerdos sociales constituye un tema sensible de arbitrar en derecho comparado, aunque en la actualidad podríamos pensar que se trata un tema superado²⁹. El legislador chileno no pone freno en relación a las materias o derechos que podrán someterse a un arbitraje societario, de manera que hemos de revisar los conflictos más frecuentes con el objeto de vislumbrar cuál ha sido el proceder jurisprudencial.

La nulidad de las sociedades suele ser uno de los conflictos más recurrentes³⁰, no obstante, son reiterados los fallos pronunciados por los Tribunales Superiores de Justicia chilena que han resuelto que las cuestiones referidas a la validez o existencia de la sociedad no forman parte de la competencia de los árbitros, dado que si el vicio fuera efectivo y, en consecuencia, el contrato social fuera inexistente o simulado, este vicio afectaría también al nombramiento de árbitro contenido en él³¹. Como se comprenderá, la citada doctrina resulta ser contraria al principio de autonomía del convenio arbitral, por lo que no habría de prosperar si se considera que este principio ha encontrado un fuerte respaldo en la jurisprudencia chilena, no obstante, aún se siguen pronunciando fallos que evitan referirse a la consolidación de este principio³².

²⁸ La arbitrabilidad de algunas de estas materias ha sido puesta en tela de juicio en el derecho comparado. Ver J.M. MUÑOZ PLANAS (nota 15), pp. 381 ss.; F. VICENT CHULIÁ (nota 15), pp. 93-94.

²⁹ España inició este camino con la Sentencia del TS de fecha 18 de abril de 1998. Entre sus argumentos destacan: que la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos. Por su parte, sobre las acciones de nulidad, se reconoce que no existe atribución exclusiva de los tribunales de justicia para conocer de estas materias, ya que la norma (188 LSA) sólo menciona como juez competente el de primera instancia del lugar del domicilio social, no se entiende, por tanto, que se trata sólo de los Tribunales de Justicia. Un análisis detenido de la materia, F. VICENT CHULIÁ (nota 15), pp. 111-116.

³⁰ Esta materia no ha estado ajena a la polémica en el Derecho comparado. Un ejemplo lo constituye la legislación alemana, pero no tanto por el carácter extensivo de la nulidad, sino más bien, por no constituir una materia patrimonial. En tal contexto, S. Leible, señala que en la actualidad no existe un motivo convincente a favor de un monopolio de la jurisdicción de los tribunales estatales en la decisión sobre demandas de nulidad de decisiones de una sociedad capitalista. S. LEIBLE, "El arbitraje en Alemania", en: Barona Vilar, S. (coord.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

³¹ *RDJ*, t. LXIV, sec. 1ª, p. 304.

³² Un ejemplo de ello lo constituye el pronunciado por la CS con fecha 26 de abril de 2006, en la causa "*Cristián Mosso y Compañía Limitada; con Cooperativa Rural Eléctrica Llanquihue Limitada*", en este

La expulsión de un socio de la sociedad es otro de los temas que recurrentemente se somete a arbitraje en sede societaria. Al respecto, es ilustrativa una sentencia pronunciada por la CA de Concepción, que con fecha 27 de noviembre de 2002, confirmada por la CS con fecha 22 de enero de 2003, en la causa “*Rogers Ricardo Concha Ordenes; con Sociedad de Transportes Vía Futuro SA*”, rechazó un recurso de protección por considerar que esta materia formaba parte de la cláusula arbitral y, por tanto, de la competencia del tribunal arbitral, no obstante no indicarse de manera expresa en la referida cláusula. En lo concreto, sentenció: “En lo relativo a la expulsión del recurrente en su calidad de socio, se debe tener presente lo dispuesto en el estatuto social. Normativa que contiene el procedimiento idóneo a que los accionistas se sometieron para resolver las dificultades o diferencias que pudieren surgir entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, con motivo de la interpretación, cumplimiento o terminación del presente contrato. Materia que sería resuelta sin forma de juicio y sin ulterior recurso por la persona que las partes de común acuerdo designen, en calidad de árbitro arbitrador o amigable componedor y a falta de acuerdo, la designación

caso la parte demandada opuso la excepción de incompetencia del tribunal, señalando que si bien en los estatutos de la sociedad se convino que las dificultades, diferencias o cuestiones que se suscitaren entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación, serían resueltas por un árbitro arbitrador, éstas hipótesis no se daban en la especie porque lo que se discutía era precisamente la nulidad de la sociedad, de manera que antes de ocuparse de los litigios entre asociados era necesario saber si ha existido asociación. Finaliza argumentando que un litigio sobre la existencia o validez del pacto social pone en duda la jurisdicción misma del árbitro, la que se funda en el hecho de existir la sociedad con absoluto valor. Al respecto, la CS rechazó la excepción de incompetencia señalando que la nulidad del contrato de sociedad no conlleva la nulidad del pacto arbitral, pero no lo hace reconociendo el principio en comento de manera clara, sino fundamentalmente por considerar que el arbitraje societario es obligatorio o forzoso y abarca un amplio abanico de litigios incluidos la nulidad de la sociedad. En lo medular sentenció: “Que el rechazo de la competencia del juez árbitro para conocer de una acción sobre nulidad del contrato de sociedad, constituye una creación doctrinaria que tiene de base un supuesto totalmente falso, como es que serían las partes quienes sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de este asunto. El supuesto es falso, pues las partes nada dicen sobre ello, sino que la ley así manda hacerlo. 9.- Que en consecuencia, para declarar la incompetencia del juez árbitro en materia de nulidad, debiera existir una norma excepcional que reenvíe a la justicia ordinaria el conocimiento de estas materias. 10.- Que esa norma no existe, sino por el contrario, la ley expresamente dispone que el arbitraje debe resolver las cuestiones que se planteen entre los socios durante la vigencia de la sociedad. 11.- Antes que todo, la sociedad es un contrato cuya vigencia se prolongará hasta que una sentencia de término declare su ineficacia. 1.- Que mientras el contrato de sociedad se encuentra vigente, como en la especie ocurre, es obligatorio aplicar la normativa especial que le rige, y ésta hace forzoso ventilar los conflictos societarios ante un juez árbitro. 13.- Que en consecuencia, no es efectivo que la nulidad del contrato de sociedad lleve aneja la nulidad de la ‘cláusula de compromiso’, pues si ésta no existiere el conflicto debe ser resuelto igualmente por un árbitro arbitrador, conforme a los artículos 352 N° 10 y 425 del Código de Comercio, en relación a los artículos 4 N° 10 y 125 de la ley de sociedades anónimas. 14.- Que en el caso sub-lite, las propias partes han dado mayor fuerza a la competencia arbitral que fija la ley, pues acordaron en la cláusula 33 de la escritura constitutiva de ‘*Ondavisión Crell S.A.*’, justamente en cumplimiento del artículo 4° N° 10, que toda dificultad, diferencia o cuestiones que se susciten entre los socios, están sometidas a arbitraje; contrato que es una ley para ambos litigantes de este juicio”.

corresponderá a la justicia ordinaria. Con todo, las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima es materia de arbitraje obligatorio, según se señala en el artículo 227 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales”.

Los actos emanados del directorio, también pueden ser resorte de un arbitraje. Sobre la materia cabe traer a colación un fallo pronunciado por la CA de Concepción con fecha 05 de septiembre de 2000, que rechaza un recurso de protección por considerar que la materia formaba parte de la competencia arbitral. El recurso fue impetrado por los accionistas por estimar que habían sido objeto de una discriminación arbitraria por parte del Directorio de la sociedad. Fundan tal recurso en el hecho que este último les había negado injustificadamente el beneficio social consistente en la solución de los Permisos de circulación y del seguro automotriz obligatorio que correspondía a todos los socios, sin distinción y respecto del cual los recurrentes fueron ilegal y arbitrariamente excluidos por acuerdo adoptado en Junta extraordinaria de Accionistas celebrada el 13 de mayo de 2000, con lo que se les obligaba a efectuar esos gastos con cargo a sus propios medios, pues los respectivos pagos debían materializarse en un plazo que vencía el 31 de agosto de 2000. El fallo señaló: “Cabe rechazar el recurso interpuesto por los recurrentes, dado que el artículo 35 del pacto social contiene el procedimiento idóneo al que los accionistas recurrentes libremente se sometieron para resolver las dificultades o diferencias que pudieran surgir entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la Sociedad o sus administradores, con motivo de la interpretación, cumplimiento o terminación del presente contrato, agregando que esta será resuelta sin forma de juicio y sin ulterior recurso por la persona que las partes de común acuerdo designen en calidad de árbitro arbitrador o amigable componedor y a falta de acuerdo, la designación corresponderá a la justicia ordinaria. (Considerando 3° Corte de Apelaciones de Concepción)”

Por su parte, la responsabilidad civil en que pueden incurrir los administradores tienen un carácter patrimonial o económico frente a otros tipos de responsabilidad exigibles, como son la responsabilidad penal, administrativa, fiscal o tributaria, por lo que el arbitraje sólo podría ser aplicable en el primer supuesto³³. Para determinar quién debe hacer efectiva tal responsabilidad se debe distinguir lo dispuesto en los estatutos y en las leyes respectivas en cuanto a la legitimación activa (socios o administradores). En esta materia se debe distinguir, además, si la responsabilidad es individual o social y quién es el afectado. No hay dudas de su arbitrabilidad si el afectado es un socio, sea éste fundador o hubiere ingresado con posterioridad, si en cambio se trata de un tercero habrá que determinar si éste queda vinculado al pacto arbitral y de qué manera (por ejemplo: podría tratarse

³³ Sobre esta materia, ver M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER / A.F. MUÑOZ PÉREZ, “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la Sociedad Anónima”, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, t. I., Madrid, 2007, pp. 409-451.

de terceros titulares de obligaciones negociables). Al administrador, por su parte, le es oponible el contrato arbitral si éste es estatutario porque los estatutos de la sociedad le son obligatorios y, por tanto, plenamente aplicables, además, la responsabilidad de los administradores es un elemento esencial en la dinámica funcional de este órgano ejecutivo. Si la responsabilidad es social, los interesados serán los accionistas en bloque.

En este contexto se debe considerar que si el socio ejerce una acción individual de responsabilidad contra los administradores por los actos de éstos que lesionan sus intereses no se puede considerar que aquél actúe como tercero, porque se trata de una actuación en el desempeño de funciones administrativas. El daño en este caso habrá de ser directo y distinto del originado en el patrimonio social, por ejemplo, cuando el socio acusa al ente de haberle entregado una información falsa que incide en su voluntad, al haberle inducido a participar en un aumento de capital u otro. Se trata de una controversia social, por mucho que el daño patrimonial sea individual³⁴. Esta cláusula afectará a administradores de la sociedad en cuanto se vinculen a un conflicto en razón del desempeño de sus cargos dado que el nombramiento es un acto societario que hace la junta y que luego es aceptado por éste, a diferencia de los auditores que no se involucran con el estatuto social, sino que celebran un contrato distinto que por cierto también podrá incluir una cláusula arbitral pero no la social.

La administración y retiro de fondos son otras de las materias que se deberán someter a un arbitraje de acuerdo con las normas antes estudiadas. Así lo señaló la CS con fecha 19 de julio de 2001 en la causa caratulada “Patricio Favio MARTÍNEZ FERNÁNDEZ; con Jaime Antonio Arriagada Gallardo” que rechazando un recurso de casación en el fondo expuso: “Que, mediante la acción deducida, el actor persigue que se ordene al demandado, su socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada denominada ‘Muñoz y Arriagada Ltda.’, el reintegro a la Sociedad de los retiros practicados en exceso por el demandado, materia que de conformidad a los artículos 415 del Código de Comercio y 227 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, corresponden ser conocida forzosamente por un tribunal arbitral; en consecuencia, los sentenciadores, han hecho una correcta aplicación de las disposiciones legales atinentes al caso de que se trata; razón por la cual, el recurso en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento”.

Los conflictos entre socios se entienden incorporados al convenio arbitral, pero sólo los que digan relación con la sociedad, debiendo considerar que la

³⁴ F. OLAIZOLA MARTÍNEZ, “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 7, 2006, p. 38.

naturaleza del conflicto no siempre es sencilla de despejar³⁵. Se presenta el problema, igualmente, si una cesión de acciones puede ser objeto de arbitraje, en tal contexto se debe considerar que la transmisión de estas acciones es un negocio jurídico externo y como tal no es factible aplicar el arbitraje pactado para la sociedad a una transferencia particular³⁶. Con todo, si lo que se discute es una eventual irregularidad del procedimiento de atribución de legitimación societaria embebido en el mecanismo limitativo, la cuestión será societaria y por tanto arbitrable porque tendrá una repercusión directa en la sociedad³⁷, pero si lo controvertido es la validez del título de transmisión, la cuestión no es arbitrable a menos que el adquirente y transmitente estén ligados por un convenio arbitral específico que no puede ser el contenido en la propia cláusula estatutaria, sino uno particular acordado para el caso.

Otro conflicto frecuente suscitado en sociedades de acciones es el de valorar la preferencia que éstas puedan tener para el pago de dividendos. Así, por ejemplo, un fallo de la CS pronunciado con fecha 24 de agosto de 1992, caratulado “*Kotliarenco con Banco de Chile*” resolvió que era competente la justicia arbitral y no la ordinaria –como pretendían los demandantes–, por quedar tal controversia comprendida en la cláusula arbitral correspondiente según se desprende de la interpretación de esta última. En lo concreto, expresó: “De los autos aparece que los demandantes dedujeron, en procedimiento ordinario, una demanda en contra del Banco, para que declare que la preferencia en el pago de dividendos con excedentes de que gozan los accionistas de la ‘serie B’ del banco, se ha extinguido por haber operado una condición resolutoria, lo cual transforma a dichas acciones en ordinarias. El banco demandado opuso a la demanda, entre otras, la excepción dilatoria del art. 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la incompetencia absoluta del Tribunal, la que funda en que mediante escritura pública otorgada ante notario público, que contiene el estatuto refundido que en el futuro regirá al Banco y que expresamente sustituye el anterior, estipula en una de sus cláusulas que las diferencias que ocurren entre los accionistas en su calidad de tales o entre estos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación serán sometidos a la resolución de árbitros arbitradores nombrados uno por cada parte”.

³⁵ Sobre el particular, ver L. FERNÁNDEZ DEL POZO, “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, 20 de nov. 2000, *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 2, 2001, pp. 136 ss.

³⁶ Para P. Perales Viscasillas pueden resaltarse algunos ordenamientos jurídicos donde las leyes de arbitraje permiten al tercero que actúa por medio y bajo el nombre de alguna de las partes de arbitraje insinuarse en el procedimiento. Por ejemplo, el comprador de acciones a quien la sociedad no permite inscribirse como socio puede invocar la cláusula de arbitraje. Ver P. PERALES VISCASILLAS (nota 7), p. 225.

³⁷ En este sentido, ver L. FERNÁNDEZ DEL POZO (nota 35), pp. 123-149.

Por otra parte, el pacto de sociedad se concibe como un contrato de larga duración sometido por tanto a las fluctuaciones del mercado y donde es habitual la existencia de lagunas (iniciales y sobrevenidas) en su formulado que requieren de algún mecanismo de integración. En tal sentido surge la pregunta si los árbitros podrían, dentro de sus funciones, adaptar los contratos a las nuevas circunstancias. Se trata de una función que ha surgido como consecuencia del creciente desarrollo industrial y tecnológico, así como por la inversión y contratación por parte de empresas incluso de organismos públicos de los estados industrializados con los Estados en vías de desarrollo³⁸. En nuestra consideración, constituye una materia que perfectamente podría ser encomendada a los árbitros si éste es nombrado con la calidad de arbitrador porque su competencia y posibilidades de actuación se amplían en relación al árbitro de derecho.

En relación con la función de dirimir empates que pudieran producirse en los acuerdos sociales, debemos recordar lo ya expresado en orden a que el árbitro está llamado a resolver conflictos, más no a integrar relaciones jurídicas incompletas. Más allá de ello, se debe considerar que aquella suele ser una materia reservada a la resolución de ciertos órganos administrativos dispuestos por ley o por los estatutos. Así, por ejemplo, el art. 47 de la LSA, prescribe que las reuniones del directorio se constituirán con la mayoría absoluta del número de directores titulares establecidos en los estatutos y los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto, en caso de empate, y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, decidirá el voto del que presida la reunión, por lo que los estatutos podrán establecer quórum superiores a los señalados. En el caso de los acuerdos adoptados por las juntas de accionistas, no se establecen normas que se refieran a la ocurrencia de empates dado que, en general, se establece la norma de adoptar tales acuerdos a partir de un quórum determinado. En todo caso, aun cuando se considere que los árbitros nos son competentes para dictar un laudo que sustituya la voluntad social, ni administrativa, si lo serán para declarar, a instancia de socios o administradores, la disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales que hagan imposible su funcionamiento. Incluso se podría utilizar el arbitraje para evitar la paralización en el funcionamiento de los órganos sociales³⁹.

¿Dónde está el límite de la arbitrabilidad? Como revisamos, la noción de orden público puede tener dos acepciones: como noción excluyente de la arbitrabilidad de ciertas controversias, y como límite a la actuación y decisiones pronunciada por los árbitros. En el caso de las sociedades no existen normas que limiten este recurso sobre determinadas materias, ni se establece que su conocimiento deba ser entregado a otros tribunales que no sean los arbitrales, de manera que en líneas

³⁸ Ver A. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El Arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 26.

³⁹ Ver M.J. CARAZO LIÉBANA (nota 6), p. 49.

generales se puede establecer la amplia posibilidad de las partes de someter todas las cuestiones suscitadas a partir de ella a arbitraje. Sin embargo, debe considerarse que el convenio arbitral debe recaer sobre materias disponibles y en el evento de que éstas se encuentren regidas por normas de orden público, aquéllas deben ser respetadas por el árbitro en su fallo. En otras palabras la eventualidad de la aplicación de una norma de orden público a la solución de la controversia no excluye necesariamente al arbitraje estipulado, pero siempre condiciona al árbitro a su correcta aplicación.

Pues bien, en este camino se considerarán como derechos indisponibles los que afecten a terceros o a normas de organización y funcionamiento de la sociedad, como ocurriría con la sustitución de los órganos sociales⁴⁰; en cambio, podrían arbitrarse la autorización de transmisión de acciones o participaciones sociales, los asuntos relativos al principio de capital social o controversias en materia de balance, la disolución y nulidad de la sociedad.

Adicionalmente, la delimitación objetiva de la cláusula arbitral puede presentar situaciones fronterizas en que se ligan las actuaciones societarias con otros contratos relacionados con la misma. En estos casos se deberán revisar e interpretar el ámbito de aplicación del convenio pudiendo extenderse, si ello es necesario, para resolver el objeto del litigio. Así, por ejemplo, si la cláusula arbitral se refiere de manera genérica a las controversias societarias, y surge una disputa en relación con la nulidad por simulación absoluta de un contrato de compraventa de acciones efectuada por la sociedad con un tercero, el asunto podría también someterse a arbitraje. Un fallo ilustrativo al respecto fue pronunciado por la CS con fecha 06 de julio de 2000, en causa “*Bauzá Fredes, Miguel y otros con juez árbitro José Fernández Richard*”. En éste, se inició un juicio arbitral para conocer de las cuestiones suscitadas entre los accionistas de “Inverboga” y entre éstos y la sociedad y sus gerentes. Avanzado el juicio, se interpuso un recurso de protección por una de las partes del proceso arbitral en contra del árbitro a raíz de una medida precautoria ordenada en contra de un tercero ajeno al convenio arbitral denominado “Sociedad de juegos electrónicos” que recayó respecto de un número determinado de acciones que aquélla había adquirido de la sociedad Interboga S.A. El juez árbitro informó el recurso arguyendo que la acción dirigida en su contra era improcedente, porque el ejercicio de la función jurisdiccional se realizaba al amparo del ordenamiento jurídico, sostuvo que de los antecedentes habidos en la causa se demostraba que se trataba de un asunto complejo cuya delimitación exacta no era fácil. Adiciona que por la naturaleza de las medidas prejudiciales solicitadas y las acciones que se anuncian (interposición futura de

⁴⁰ Para F. Olaizola Martínez, se trataría de un principio de orden público societario que incide sobre el ámbito de lo arbitrable cuando se pretende que los árbitros sustituyan a los órganos socialicen cuestiones cuya competencia viene atribuida a los mismos de forma legal o imperativa. F. OLAIZOLA MARTÍNEZ (nota 34), p. 31.

una demanda de nulidad de un contrato de compraventa de acciones del tercero “juegos electrónicos S.A.”, de que era titular la sociedad sujeta a juicio arbitral), esta medida se ajustaba plenamente al razonamiento jurídico.

El sentenciador, sin embargo, desechando las argumentaciones esgrimidas por el árbitro, acogió el recurso de protección por considerar que se afectaba con esta medida a un tercero ajeno al juicio arbitral. No obstante ello, resulta interesante el voto disidente que acoge lo sostenido por el árbitro, al mantener que “al solicitarse la medida prejudicial, se anunciaba una demanda de nulidad de contrato de compraventa de las aludidas acciones, por lo que ambas actividades procesales se encuentran íntimamente relacionadas, no siendo posible desvincularlas mediante la interposición del presente recurso (...)”. En nuestra opinión, en este caso se trataba precisamente de resolver hasta qué punto las actuaciones de la sociedad se encontraban comprometidas vinculando en ello a diversos contratos entre los que se encontraba precisamente éste. Cabe recordar que en muchas ocasiones los “aparentes terceros” actúan como subterfugio y se hace necesario, por tanto, develar su verdadera participación en los hechos que motivan el juicio arbitral.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: ¿A QUIÉN HA DE AFECTAR EL ARBITRAJE?

Esta materia liga con los efectos del acuerdo arbitral. Como señalamos, si el acuerdo se contiene en los estatutos se vinculará a los socios fundadores y a los futuros socios (art. 22 LSA), en cambio, si la cláusula se contiene en un acuerdo extraestatutario solo vinculará a las personas que los socios que suscribieron y no será oponible a los restantes. Constituyen una excepción a esta regla los herederos del socio en los casos que la sociedad continúa con su persona.

En relación con los *ex* socios y su vinculación al convenio arbitral, el problema puede plantearse si la controversia se suscita entre la sociedad y el *ex* socio, cuando la controversia respectiva tiene su origen en hechos y circunstancias ocurridas durante la vigencia de la relación jurídica-societaria entre ambos, el convenio arbitral contemplado en el estatuto mantiene su pleno vigor aun cuando el referido socio pierda posteriormente su posición de tal, por haber transferido su posición.

Ahora bien, en cuanto a los administradores, despejando las tesis de órgano y del mandato, lo cierto es que la cláusula arbitral también debe alcanzar a los administradores, aun cuando éstos no sean socios. Esto acontece debido a que las facultades y deberes de los administradores son sin duda cuestiones societarias, al igual que su régimen de responsabilidad, pues la sola aceptación del cargo implica necesariamente su vinculación con el contrato social y, consecuentemente, al estatuto en su integridad, sean o no socios. No existe razón alguna para eximir a los administradores de la aplicación del convenio arbitral, pues si así fuere, habría también que reconocerles la facultad de eludir el resto de las disposiciones estatutarias

en que tampoco participaron, lo que resulta inaceptable. Distinta es la situación de los administradores en una sociedad de personas donde rige la tesis del mandato y no tienen la calidad de socios, pues la administración, en principio, está a cargo de todos los socios (art. 386 CCo.) Si el administrador es un extraño a la sociedad será un simple mandatario (art. 402 CCo.), de manera que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de la sociedad de personas no lo vinculará.

Por su parte, la cláusula arbitral no vinculará a los socios en cuanto sean parte en una relación jurídica *extra* corporativa entablada con la sociedad, es decir, al contratar como terceros, por ejemplo si éstos venden un bien a la sociedad o le compran uno a ésta, salvo en los casos señalados precedentemente. A su vez, los terceros acreedores quedarán vinculados con la sociedad por determinados contratos de manera que habrá que estarse a éstos para determinar si las controversias surgidas se someterán a un arbitraje y, en su caso, cuál será su delimitación.

Finalmente, cabe preguntarse si ¿se puede aplicar un convenio arbitral previsto en convenios *extra* estatutarios a otros sujetos no firmantes del mismo? Este dilema se conoce como la teoría de la aplicación implícita, por ejemplo, dos sociedades formalizan un contrato de distribución y transporte, y en dicho documento se incorpora una cláusula arbitral por el que las partes someten sus diferencias a arbitraje. En este mismo documento se indica que todas las entidades mercantiles quedarán subrogadas en la posición de la otra. La cuestión es si efectivamente las segundas, que no participaron en el convenio arbitral, quedarán sometidas al arbitraje estipulado y, si es así, sobre la base de qué antecedentes se manifiesta su consentimiento. Pues bien, si se aplica la teoría del “conjunto contractual” o de la aplicación implícita, que consiste en que la subordinación intelectual entre diferentes acuerdos permite aceptar la existencia de un conjunto único asimilable a todo contrato⁴¹, y en tal caso es posible responder afirmativamente tal interrogante con ciertos resguardos. Con todo, para que tenga aplicación esta teoría sería necesario que determinados requisitos se cumplan, a saber: que exista un convenio marco que de forma explícita contenga una cláusula de arbitraje; que exista una unidad intelectual entre los contratos o entre éstos y los estatutos, esto es, que se encuentren perfectamente compenetrados; que ambas partes hayan participado en el convenio marco en que se inserta esta cláusula arbitral, o bien sean socios de la sociedad en cuyos estatutos se incorpora una cláusula arbitral.

⁴¹ Una doctrina jurisprudencial que acoge esta directriz es la francesa. Su Corte de Casación, se pronunció en un caso referido a la cesión de la totalidad de acciones de una sociedad en la que se acordaron dos convenciones. La primera contenía una cláusula compromisoria, mientras que la segunda no hacía especificación alguna al arbitraje. Surgido un conflicto en aplicación de la segunda convención, se interpone demanda por la incorrecta aplicación de la deuda y la Corte de apelación se considera competente. Recurrida la sentencia, la Corte de Casación censura esta decisión por estimar que los jueces no habían advertido que la cláusula compromisoria contenida en la primera convención se había insertado con vocación de regir también a los litigios nacidos de la segunda, que sería su prolongación. Sentencia de 05 de marzo de 1991, asunto “*Peptrax v. fichou*”, *Rev. Arb.*, 1992.

VI. CONCLUSIONES

Hemos revisado, doctrinal y jurisprudencialmente, las principales particularidades del arbitraje societario regulado en el derecho chileno, poniendo énfasis en la inconstitucionalidad de su forzamiento, las formalidades que debe revestir el contrato arbitral y sus tipos, la arbitrabilidad de los asuntos y sus limitaciones, así como el ámbito de aplicación subjetiva del acuerdo arbitral.

LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: MÁS ALLÁ DEL DERECHO PENAL

EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN*

-Me pasa la cuenta -dijo.

-¿A usted o al municipio?

El alcalde no lo miró. Cerró la puerta, y dijo, a través de la red metálica

-Es la misma vaina.

Gabriel García Márquez

Un día de estos

Resumen: La corrupción recorre el mundo y va dejando su viciosa secuela en todos los países. No hay país que escape a su venenosa acción, pero los esfuerzos por prevenirla y atacarla no son coordinados. El Derecho ataca la corrupción por considerarla socialmente pernicioso y moralmente destructora, sin dejar de lado su impacto en las economías de todos. Sin embargo, hasta el presente, desde el punto de vista jurídico el énfasis se ha puesto en los aspectos penales y administrativos de la corrupción. Este trabajo es una sencilla contribución a la exposición de los remedios y funciones del derecho de las obligaciones y de los contratos en el combate contra la más grave enfermedad social, en donde creemos que más allá del derecho penal, el derecho privado y el derecho internacional privado pueden brindar un importante apoyo para desincentivar la corrupción como medio para hacer negocios internacionales.

Abstract: Corruption runs around the world and leaves its vicious consequences in all countries. No country escapes its venomous action, but efforts to prevent and attack it are uncoordinated. Law attacks corruption because it is considered to be socially pernicious and morally destructive, without leaving aside its impact in the economies of each and every one. However, to date, from the legal point of view the emphasis has only been on the criminal and administrative aspects of corruption. This work is a simple contribution to the discussion of remedies and functions of the Obligations and Contracts Law in the fight against the most serious social disease, where we believe that beyond Criminal Law, Private Law and Private International Law can provide an important support to discourage corruption as a mean of doing international business.

* Miembro Honorario de ASADIP; Profesor de Derecho internacional privado en la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monte Ávila; Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Sumario

I. La corrupción como problema jurídico. II. La corrupción internacionalizada. III. La puesta en escena. IV. Principios generales. V. Aplicación de los principios generales.

I. LA CORRUPCIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO

La corrupción parece ser el más verdadero producto de la globalización. Está por todas partes y desde todas partes afecta a todos en cualquier parte¹, No es un monopolio o un privilegio de algunos países, es un fenómeno realmente internacional². En este sentido, es de destacar que el combate contra la corrupción, percibida como un “cáncer social”³, ha dejado de ser una mera preocupación nacional o unilateral, para pasar a ser objeto de esfuerzos de cooperación multilateral a nivel mundial. En el ámbito interamericano es de señalar la Convención interamericana contra la corrupción de 1996 y, en otras partes del mundo, la Convención de derecho penal y la Convención de derecho civil del Consejo de Europa sobre corrupción, ambas de 1999, la Convención de la OCDE para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997, la Convención de la Unión Africana sobre prevención y combate de la corrupción de 2003 y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003. Sin embargo, el combate jurídico contra la corrupción se dirige principalmente desde las esferas del derecho penal y del derecho administrativo⁴. Los aspectos civilistas o de derecho privado no han sido muy estudiados o aprovechados hasta la fecha. En este sentido, el presente ensayo trata de examinar algunos aspectos de derecho privado y de derecho internacional privado relativos a la corrupción.

Lo anterior lo hacemos, principalmente, bajo las premisas desarrolladas por la Academia Internacional de Derecho Comparado que, en su 19º Congreso de derecho comparado, celebrado en Viena, Austria, entre el 20 y el 26 de julio de 2014, convocó a la presentación de ponencias nacionales sobre el tema “La corrupción en los contratos comerciales internacionales y sus efectos en Derecho privado”, encargándose de la relatoría general los profesores Michael J. Bonell y Olaf Meyer. Del continente americano presentaron ponencias el profesor

¹ Ver el *Corruption Perception Index 2016 de Transparency International*, disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016

² Un miembro de la Procuraduría General de la República brasileña afirma que: “o ‘jeitinho’ não é ‘privilegio’ do Brasil. A corrupção existe no mundo (é quase insito as sociedades) e creio que jamais deixará de existir”, en Entrevista com Douglas FISCHER, “A corrupção é um cancro”, *Panorama Legal- Edição Especial*, Maio 2014, Porto Alegre, pp. 20 ss., p. 22.

³ Ver nota 2.

⁴ Ver, por ejemplo, las legislaciones de 151 países en T. GRUETZNER Y OTROS (eds.), *Anti-Bribery Risk Assessment. A systematic Overview of 151 countries*, C.H. Beck, Hart Publishing, Muenchen, Oxford, 2011.

Joshua Karton de Canadá, el profesor Padideh Ala'i de los Estados Unidos de Norteamérica y la profesora Claudia Madrid Martínez junto con el suscrito por Venezuela. Esto quiere decir que de Latinoamérica solo se recibió un informe nacional. Para los propósitos de este ensayo tomaremos en especial consideración, además del informe general y de los informes nacionales ya citados, el informe preparado por los profesores R. H. Kreindler y F. Gesualdi que examinan el tema propuesto desde la perspectiva de los Principios UNIDROIT de 2010 sobre los contratos comerciales internacionales a la luz de la práctica arbitral comercial⁵.

En vista de las peculiaridades nacionales que se pueden presentar al definir la corrupción, hemos evitado adoptar una noción precisa, y comprender bajo tal término lo que general y comúnmente entendemos por corrupción mediante soborno o pago de incentivos no debidos para obtener favores por parte de un tercero. En todo caso, a pesar de que la corrupción se asocia más al ámbito público, de los funcionarios del Estado, también en algunos ordenamientos jurídicos se habla de corrupción en el sector privado. Nosotros nos limitamos al ámbito de la corrupción en el sector público.

Según el conocimiento empírico que tenemos, o el que nos proporcionan los medios de comunicación, la corrupción involucra diversos actores que acuerdan ciertos términos de un negocio jurídico de contenido patrimonial para alcanzar un resultado determinado. En otras palabras, la corrupción se vale de una figura típica del derecho privado para alcanzar sus fines. Es decir, la corrupción supone la celebración de contratos de variado tipo, ya sea entre, llamemos, un particular, persona natural o jurídica, y un funcionario público, aunque pueden ser varios, actuando con o sin intermediarios.

II. LA CORRUPCIÓN INTERNACIONALIZADA

La situación se complica más si los supuestos de hecho se internacionalizan, por ejemplo, cuando los actores involucrados provienen de diversos estados – cuando los contratos para la gestión de corrupción se ejecutan en varios países o cuando ellos suponen movimientos transfronterizos de divisas. Se trata entonces de examinar en qué medida el derecho privado y el derecho internacional privado intervienen en los actos de corrupción y en qué medida tales disciplinas jurídicas

⁵ M.J. BONELL/ O. MEYER (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Springer, Heidelberg y otras, 2015. La ponencia venezolana lleva el título de “*Fighting Corruption from the Civil Side: Echoes from the Silence of Venezuelan Contract Law*” y fue publicada previamente en Venezuela. *Some current legal issues 2014. Venezuelan National reports to the 19th International Congress of Comparative Law, International Academy of Comparative Law*, Vienna, 20-26 July 2014 (*In memory and in homage of Irene de Valera*), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos n° 31, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, pp. 115 ss. Otras ponencias presentadas corresponden a la legislación de los siguientes países: Alemania, China, Dinamarca, Estonia, Holanda, Inglaterra, Italia, Polonia, Portugal, República Checa, Singapur y Suiza.

estimulan o combaten los aparentemente tan perniciosos efectos de la corrupción en nuestro mundo tan globalizado. Una dificultad adicional es la notoria ausencia de precedentes judiciales que nos muestren los hechos y los problemas legales que surgen con ocasión de los contratos que facilitan la corrupción. En el informe general de los profesores BONELL y MEYER se menciona que ni en Portugal ni en Venezuela los autores de los informes nacionales pudieron ubicar una sola decisión que discutiera las consecuencias civiles de la corrupción y que en Polonia se habla de una “sorprendente escasez” de decisiones en la materia, mientras que en Italia son solo “unas pocas” las sentencias. Lo anterior es realmente llamativo cuando, muy recientemente, la prensa de un país latinoamericano mencionaba la existencia de más de 36.000 casos de corrupción investigados actualmente por el Ministerio Público nacional⁶. Por lo tanto, la discusión que sigue se basará principalmente en la legislación tal y como está en las leyes y códigos, dado que rara vez se discute cómo es que se aplica la ley en la praxis. Además, vista la ausencia de legislación civil especializada en materia de corrupción, las respuestas y análisis a la problemática civil de la corrupción se efectúan (como de hecho lo reconocen los informes nacionales presentados al Congreso de Viena) en base a las reglas generales sobre los contratos y las obligaciones, las cuales también se aplican en virtud de los criterios generales sobre responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos. En estos últimos casos, sin embargo, se trata principalmente de la responsabilidad del agente del delito, de sus cómplices, cooperadores y facilitadores respecto de la víctima y del Estado que sanciona el delito. Nosotros nos centraremos en la especial relación jurídica que se establece en los escenarios planteados por los relatores generales del Congreso ya mencionado y que describiremos más adelante.

III. LA PUESTA EN ESCENA

He aquí la puesta en escena según lo solicitado por los relatores generales: “El contratista A del país X celebra un contrato con el intermediario B (‘el Contrato de Comisión’), según el cual B, a cambio del pago de una comisión de U\$S 1 millón, pagaría por cuenta de A la cantidad de U\$S 10 millones a C, un alto asesor de adquisiciones de D, siendo D el Ministro de Economía y Desarrollo del país Y, para inducir a D a adjudicarle a A el contrato para la construcción de una nueva planta eléctrica en el país Y (‘el Contrato Principal’). B le paga a C el soborno de U\$S 10 millones y D le otorga a A el Contrato Principal”.

De lo anterior se aprecian varias relaciones jurídicas, a saber: (i) Por una parte, la que involucra al contratista A con el intermediario (mandatario o comisionista) B,

⁶ “Fiscalía. 36.124 expedientes de corrupción esperan en el limbo”, *El Nacional*, lunes 14 de agosto de 2017, p. 3.

que sería un contrato de comisión (o mandato con o sin representación), por llamarlo de alguna manera, (ii) en ejecución de lo anterior surgiría la relación entre B y C (o entre A y D, según el tipo de representación conferido a B y C), una suerte de contrato ejecutado por B, en nombre propio (o no), pero por cuenta de A (y tal vez por C en nombre propio pero por cuenta de D, dependiendo de la relación entre C y D) y (iii) el contrato de construcción entre A y D, ambos en nombre y por cuenta propia.

Este esquema puede decirse que es generalmente seguido en la práctica. El uso de intermediarios bajo la forma de contratos de comisión, asesoría, consultoría o similares, con vaga descripción de las obligaciones del mandatario o representante es típico, a veces estableciendo remuneraciones desproporcionadas (que al menos parcialmente serán usadas por el consultor o agente para sobornar a algún funcionario capaz de influir en la decisión del otro contratante) o sujetas a la contingencia de que un contrato sea otorgado al mandante o principal, pero sin que medie intervención del mandante o principal manteniéndose este al margen de las negociaciones entre B y C. Todo esto es, según se menciona en el citado informe general, un *red flag*, un indicio grave de la finalidad oculta perseguida por el contrato: la procura de un contrato por vía de corrupción. Se trata de crear por vía contractual una apariencia (o simulación) de legalidad⁷. No sorprende que algunos países hayan prohibido el uso de intermediarios en la contratación con entes gubernamentales. Tal es el caso de Argelia, como se expuso en el famoso caso “*OTV v. Hilmarton*”, en el cual el demandante obtuvo un contrato con el gobierno argelino para el demandado, actuando como intermediario a pesar de la prohibición de ley. Interesante desde el punto de vista del derecho internacional privado es que el contrato con el intermediario estaba sujeto al derecho suizo⁸. Sobre esto volveremos más adelante. De esta forma, continuaremos el análisis distinguiendo entre “contrato para la gestión de corrupción” (A-B y/o C-D) y “contrato obtenido por corrupción” (A-D).

IV. PRINCIPIOS GENERALES

Para hacerle frente a situaciones como las antes descritas, en ciertas legislaciones, los autores prefieren utilizar la noción de “ilicitud” antes que la de “ilegalidad” al referirse a la violación de la ley, del orden público o de las buenas costumbres. En este último caso también se usa la expresión “inmoralidad”.

⁷ En relación con el Derecho venezolano, ver P.J. SAGHY CADENAS, “La noción de simulación de contrato”, *Colección Estudios Jurídicos*, n° 118, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, esp. pp. 69 ss. y pp. 217 ss.

⁸ ICC Case N° 5622, “*Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*”, *YbCA*, vol. XIX, 1994, pp. 105 ss.

Este es el caso de Venezuela⁹. Tal planteamiento se basa en el artículo 6 del Código Civil que establece: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Aunque esa disposición no determina los efectos de tal renuncia, los autores aceptan que un acuerdo en violación de la ley, el orden público o las buenas costumbres es nulo y genera responsabilidad civil. Ciertamente que, de existir una legislación anticorrupción que castigue este tipo de conductas, ella reflejaría altos valores morales (buenas costumbres) imperantes en una sociedad que deben ser respetados al interactuar con la administración pública, cuya violación no solo haría ilegal el contrato sino que lo haría ilícito por violar las buenas costumbres y, por lo tanto, nulo¹⁰. Los profesores Bonell y Meyer, en el informe ya citado, consideran que la nulidad de “contratos para la gestión de corrupción” es un principio trasnacional de derecho que, además, es ratificado por todos los informes nacionales presentados al Congreso de Viena.

Asimismo, es importante referirse a otras dos disposiciones en materia de contratos que tiene que ver con la noción de ilicitud. Ellas tienen que ver con el objeto del contrato, que debe ser lícito (artículo 1155 del Código Civil venezolano) y con la causa del contrato que debe también ser lícita (artículo 1157 del mismo Código). En términos generales, todas las negociaciones, tratos, acuerdos, contratos celebrados o pagos hechos en ejecución de compromisos contraídos en violación de las disposiciones imperativas en materia de anticorrupción serán ilícitos y en consecuencia nulos. Si cualquiera de esos negocios o conductas se considera como causa de un subsiguiente contrato celebrado con la administración pública, en el sentido de que los negocios o conductas previas constituyen la razón económica-jurídica de la celebración del contrato subsiguiente, entonces la causa será ilícita y el llamado contrato subsiguiente será nulo. En este sentido destacamos que el artículo 1157 del Código Civil venezolano tiene su origen en los artículos 27 y 29 del Proyecto franco-italiano de las obligaciones y los contratos de 1927¹¹. En este sentido, el referido artículo 1157 dispone: “La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. Quien haya pagado una obligación contraía a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción de repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas”. Esta es la tendencia que siguen países como Francia e Italia y la provincia de Quebec en el Canadá para considerar nulo el contrato.

⁹ En esta sección seguimos principalmente al profesor J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, 5ª ed., 3ª reimpression, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Interjuris Fundación, 2017, pp. 226 ss., pp. 295 ss., pp. 368 ss.

¹⁰ Aquí seguimos lo expuesto en E.HERNÁNDEZ-BRETÓN / C.MADRID (nota 5).

¹¹ Ver en general O.E. OCHOA G., *Los 80 años del Proyecto Ítalo-francés de Código de las Obligaciones y de los Contratos (1927-2007)*, Serie Misceláneas, n° 6, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

La última parte del artículo 1157 venezolano se inspira en diferentes formulaciones del principio *nemo auditur*, como lo son (i) *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, (ii) *in pari causa turpitudinis melior est conductio possidentis*, y (iii) *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

Algunos autores van más allá del texto del artículo y plantean que idéntica consecuencia se debe aplicar en caso de contratos cuya causa viole el orden público o la ley. Cuando en los casos anteriores el Código prohíbe la *actio de in rem verso* está permitiendo el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, creemos justificable esta solución basados en el deseo del legislador de evitarle a los tribunales la embarazosa situación de tener que decidir reclamaciones relativas a contratos celebrados y ejecutados por personas deshonestas. En suma, sería absurdo brindar protección legal a las mismas personas que han violado el ordenamiento jurídico. Es un asunto de moralidad y sanidad jurídicas. Las legislaciones de Alemania, Estonia, Francia, Inglaterra, Italia, Singapur, Suiza y Venezuela excluyen la posibilidad de la acción de restitución. Por su parte, las legislaciones de Dinamarca, la provincia de Quebec, de los Estados Unidos de América y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales 2010 lo permiten dependiendo de las circunstancias del caso particular. En Holanda, Polonia, Portugal y la República Checa sería posible el reembolso del monto pagado, así lo informan los relatores generales Bonell y Meyer.

En atención a la participación de terceros (agentes, mandatarios, comisionistas, etc.) en la ejecución de actos de corrupción en la contratación, resulta también necesario recoger los principios aplicables a la representación. Así, tenemos que los actos realizados en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último (artículo 1169 del Código Civil venezolano). El mandato puede ser con sin representación (artículos 376 y 379 del Código de Comercio venezolano). El representante no debe exceder los límites de su mandato (artículo 1689 del Código Civil venezolano) y si los excede responde no solo por dolo, sino por culpa (artículo 1693 del Código Civil venezolano). El representado no queda obligado por los actos del representante sino cuando lo ratifica expresamente (artículo 1698, última parte, del código civil venezolano). En todo caso, el representado no puede ratificar un contrato cuya causa es ilícita.

Además de lo anterior, también serían aplicables los principios en materia de responsabilidad patrimonial, ya sea en materia de contratos o de hechos ilícitos.

V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

El contrato para la gestión de corrupción, celebrado para obtener un beneficio, aunque este sea debido al contratante o que haya sido obtenido sin el auxilio de

la corrupción, debe ser nulo por violar reglas legales imperativas. Su objeto y su causa (real, probablemente secretos) son ilícitos. Adicionalmente, sería violatorio de las buenas costumbres y del orden público permitirle al agente, comisionista o intermediario exigir judicialmente su comisión o pago. En nuestro caso matriz, A podría rehusar el pago acordado con el intermediario.

A continuación se presentan una serie de variantes del escenario inicial. Supongamos para comenzar que ya el intermediario B pagó el soborno a C, y que D no le adjudica el contrato a A. Se pregunta si B puede solicitar de A el pago de la comisión acordada, y si A puede recobrar de B el soborno pagado a C.

En ambos casos creemos que la respuesta es negativa. Permitir el pago de la comisión sería tolerar la violación de una norma imperativa que sanciona la corrupción y el pago de una obligación nula por objeto y causa ilícitas. En todo caso, sería contrario a las buenas costumbres permitir que B cobrara la comisión. Por otra parte, la *actio de in rem verso* por parte de A solo sería admisible en la medida en que A no haya habido violación de las buenas costumbres, lo cual no parece ser el caso.

Ahora, suponiendo que D, al otorgar el contrato a A, no sabía o no debía saber acerca del soborno pagado a C, se pregunta si D puede optar por tratar el contrato obtenido por A como válido y exigirle a A el cumplimiento del contrato y quedar D obligado a cumplir sus obligaciones según el mismo contrato, sujeto a un ajuste del precio en atención al monto pagado por soborno. En la alternativa, puede D tratar el contrato celebrado con A como inválido, de manera tal que ninguna parte pueda reclamar a la otra.

En estos casos, creemos que la solución única es afirmar la nulidad del contrato procurado mediante actos de corrupción, ya sea por violación de normas imperativas o por objeto o causa ilícita. Los vicios señalados no son susceptibles de ser ratificados y la administración pública no podría modificar o ajustar el contrato celebrado, pero sí podría exigir la reparación de daños extracontractuales por hecho ilícito causados con ocasión de la celebración de dicho contrato. El intermediario no tendría acción bajo el contrato o la ley.

Pasamos a continuación a variar un poco los hechos según el Cuestionario de los relatores generales del Congreso de Viena. Luego de otorgado y firmado el contrato principal, A ya ha casi concluido la obra y se produce un cambio de gobierno, que alega que ese contrato es nulo debido a los actos de corrupción ejecutados por el contratista y rehúsa el pago del 50% del precio del contrato. Se pregunta si el contratista puede cobrar el monto de la obra ejecutada y si la administración pública puede recuperar el monto ya pagado.

Se trata aquí de las consecuencias de la nulidad del contrato principal. La aplicación de los principios anteriormente identificados al caso bajo examen

debe responder a la finalidad de las normas imperativas, principios de orden público o buenas costumbres violadas por los actos de corrupción. Es decir, las soluciones de derecho privado deben favorecer la prevención y la erradicación de la corrupción. Esto se lograría sancionando, desde la óptica del derecho civil, de la manera más severa la conducta del contratista incurso en actos de corrupción. En tal sentido, basado en los principios moralizadores recogidos en materia de causa, el contrato sería nulo por ilicitud de la misma, además de violar el orden público y las buenas costumbres; por ello el contratista debería verse impedido de exigir el pago restante por la obra ejecutada, ser obligado a restituir lo ya recibido y reparar los eventuales daños que su conducta antiética e ilícita hayan causado al gobierno propietario de la obra. No creemos que proceda una acción de enriquecimiento sin causa por parte del contratista, pues ello conduciría a inutilizar los efectos jurídicos civiles de las normas contra la corrupción, poniendo al derecho y al aparato de justicia a disposición de quien ha violado normas imperativas, de orden público y protectoras de la moralidad social. En aplicación del principio de *nemo auditur* el contratista no puede beneficiarse de su propia torpeza. La obra ejecutada debe quedar a beneficio del Estado contratante como consecuencia de la determinación de la comisión de delitos.

La solución antes esbozada se diferencia de manera tajante de la solución que se alcanzaría bajo los Principios UNIDROIT de 2010. Según el comentario al artículo 3.3.2 de los Principios de 2010, como resultado de la ponderación de los intereses del contratista y del gobierno contratante, *it would not be fair* dejar que el gobierno reciba la obra casi completa por la mitad del precio acordado. Como consecuencia de ello, el contratista debería recibir *an allowance in money* correspondiente a la obra realizada y el gobierno *may be granted restitution of any payment it has made exceeding this amount*. Esta solución es referida por los profesores Kreindler y Gesualdi en su informe que lleva el título de *The Civil Law Consequences Of Corruption Under The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts: An Analysis In Light Of International Arbitration Practice*, como una respuesta a los *concerns that have become more compelling in international commercial deals* y como *a first step toward the breaking of what is known as the "paradox of corruption"*. A pesar de las bondades anunciadas, no creemos que la solución de los Principios 2010 contribuya a la lucha contra la corrupción transfronteriza y, más bien, le brinda protección jurídica a quien intencionalmente sabe que viola normas imperativas, de orden público y de clara función moralizadora.

Los Relatores generales han afirmado que las anteriores razones no pueden resultar convincentes al no tomar en cuenta el principio de proporcionalidad y afirman que el cumplimiento del contrato no es proporcional al monto del soborno y añaden que si la sanción no es proporcional a la ilegalidad cometida, entonces es excesiva y perjudicial para los negocios.

Estamos en desacuerdo con tal razonamiento pues no se trata de proteger negocios o de proteger al gobierno de un país corrupto sino de defender la pulcritud en la conducción de los negocios internacionales, donde quiera que sea, lo cual excede a cualquier perjuicio que pueda reclamar el particular involucrado en contratos obtenidos mediante corrupción. Muestra de ello son los intentos de aplicar la ley nacional a actos de corrupción de autoridades extranjeras que se han llevado a cabo extraterritorialmente a cabo a través de la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* de los Estados Unidos de América¹² y de la *Bribery Act* del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹³. Si los hombres se dan cuenta que al incurrir en actos de corrupción o valerse de contratos procurados por corrupción no tendrán acción para exigir el cumplimiento de lo acordado o no tendrán acción judicial para recuperar lo invertido o cobrar por el trabajo ejecutado, entonces necesariamente habrán de tomar el camino correcto de no violar los estándares de moralidad universales y de sanidad jurídica de las transacciones comerciales.

Para completar el ejercicio de investigación y reflexión, el requerimiento de los relatores generales incluyó dos escenarios más que pasamos a revisar de seguidas. En el primer escenario A, fabricante de aviones en el país X, sabiendo que C, el Ministro de Defensa del país Y, desea comprar cierto número de aviones militares, celebra un contrato con B, una compañía de consultoría con sede en el país Y, según el cual B, mediante el pago de una comisión, negociará la posible compra por C de los aviones fabricados por A. No obstante los esfuerzos de B, C no compra los aviones de A, se pregunta si A puede negarse a pagar la comisión a B, invocando una norma legal del país Y que prohíbe la contratación de intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales.

Para examinar este caso hicimos uso de una de las técnicas controvertidas del derecho internacional privado, las normas de aplicación inmediata o necesaria. En tal sentido, independientemente de ordenamiento jurídico que regule el contrato de agencia o comisión entre A y B (probablemente el derecho de Y), que es para nuestros efectos un contrato internacional en el sentido del aparte primero del artículo 1° de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V-México 1994) por tener los contratantes sus establecimientos en diferentes Estados Partes, creemos que se debe examinar la naturaleza de la norma del país Y que prohíbe la contratación de intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales para así determinar si la misma califica como normas imperativas o leyes de aplicación inmediata o necesaria, que protegen los intereses del país Y por razones económico-político-sociales. De resultar este el caso, que así lo creemos, visto el

¹² *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. §§78dd-1 ss.)*

¹³ *Bribery Act 2010 (c.23).*

carácter de norma anticorrupción que le atribuimos a la prohibición en cuestión, resultaría que a tenor del artículo 11 de la citada Convención el juez del caso podría discrecionalmente aplicar la norma prohibitiva del país Y, que sería una norma de un tercer estado, cuyo derecho no rige el contrato de comisión, visto que el derecho de Y presenta “vínculos estrechos” con el contrato en cuestión¹⁴. De esta manera el contrato de agencia o comisión sería ilícito y por ende nulo, pudiendo A rechazar el pago de la comisión pactada con B a pesar de que el contrato en cuestión podría ser válido según el derecho que lo rija.

El segundo escenario es el siguiente: A, fabricante de aviones en el país X, conoce que C, el Ministro de Defensa del país Z, está interesado en adquirir un número de aviones militares, celebra un contrato con B, un intermediario basado en el país Z, según el cual B, mediante un “honorario” de 5% del precio del contrato de venta de los aviones, se encargará de “negociar” la compra de los mismos por parte de C (“contrato de compra”), en el entendido de que B pagará la mitad del “honorario” a un asesor de adquisiciones de alto rango de C. Una vez que C ha adquirido los aviones, A se rehúsa a pagar el “honorario” según lo acordado alegando la ilegalidad del contrato con B, se pregunta si B puede exigir el pago fundamentándose en que en el país Z no solo no hay prohibición de utilizar intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales, sino que es una práctica generalmente aceptada que los intermediarios “compartan” sus “honorarios” con los respectivos negociadores gubernamentales del contrato.

En este caso se impone tomar en cuenta la naturaleza de las normas del foro en materia de corrupción, pues ello llevaría a la posibilidad de invocar bien normas de aplicación inmediata o necesaria de este¹⁵, o de invocar uno de sus principios de orden público internacional, para así rechazar la aplicación o el resultado de las normas y prácticas comerciales extranjeras. Una vez más, se ratifica que la nulidad de los “contratos para la gestión de corrupción” es un principio transnacional de derecho. Por lo tanto, B no puede exigir el pago de su “honorario” fundamentándose en que en el país Z no hay prohibición de utilizar intermediarios en la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales y que es una práctica generalmente aceptada que los intermediarios “compartan” sus “honorarios” con los respectivos negociadores gubernamentales del contrato, pues de permitirlo se estaría violando el principio fundamental del ordenamiento jurídico nacional que condena la corrupción y todos los acuerdos sirven para facilitarlos, siendo nulo el referido contrato para la negociación y celebración de un contrato con C. Esta, creemos, es la única solución moral y jurídicamente sana del problema.

¹⁴ El artículo 11 dispone así: Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

¹⁵ El encabezamiento del artículo 11 antes mencionado dice: No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

ISABELLA ALMEIDA DE SÁ E BENEVIDES*
MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO**

Resumo: O presente artigo pretende expor o impacto da internacionalização dos direitos humanos nas empresas transnacionais. Para tanto, o trabalho desenvolve as características dessa internacionalização, destacando determinadas normas internacionais. Comenta-se, também, sobre o desenvolvimento de um quadro jurídico internacional sobre empresas transnacionais e direitos humanos, que, influenciado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, é composto de iniciativas voluntárias e vinculantes que buscam proteger os direitos humanos impactados pelas atuações destas empresas.

Abstract: The article aims to expose the impact of the internationalization of human rights on the transnational corporations. For this purpose, the work develops the characteristics of the internationalization, highlighting certain international norms in this legal field. It also discusses the development of an international legal framework on transnational corporations and human rights, which, influenced by international human rights law, is composed of non-binding and binding initiatives that seek to protect human rights affected by the actions of these companies.

Sumário

I. Introdução: a expansão da atuação transnacional das empresas e seu envolvimento com os direitos humanos. II. Os impactos das operações das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos. 1. Potencial de impacto. 2. Caso “Bhopal”. 3. Caso “Kiobel”. III. Empresas transnacionais: terminologias, conceitos e características. IV. Direitos humanos: terminologias,

* Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada. Membro da Association of International Petroleum Negotiators. E-mail: isabella.bnv@gmail.com.

** Pós-doutora pelo Institut d'Études Politiques de Paris, SciencesPo. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Consultora do Lobo & de Rizzo Advogados. Membro-sócio da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Integrante da Association of International Petroleum Negotiators. Sócia fundadora do Centro de Excelência em Desenvolvimento, Petróleo, Energia e Mineração (CEDPEM). Membro-sócio do Instituto Brasileiro do Petróleo. Membro-sócio da International Law Association (ILA). E-mail: marildarosado@gmail.com.

conceitos e características. V. A internacionalização dos direitos humanos. 1. Carta Internacional dos Direitos Humanos. 2. Direito Internacional costumeiro. 3. Normas de jus cogens. 4. Obrigações erga omnes. 5. Normas relacionadas aos crimes internacionais. 6. Standards de direitos humanos. VI. A repercussão dos direitos humanos na atuação das empresas transnacionais. 1. Iniciativas voluntárias. 2. Iniciativas vinculantes VII. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO: A EXPANSÃO DA ATUAÇÃO TRANSNACIONAL DAS EMPRESAS E SEU ENVOLVIMENTO COM OS DIREITOS HUMANOS

As empresas transnacionais (TNCs) possuem obrigações internacionais de direitos humanos e podem ser responsabilizadas por violações desses direitos? Esse questionamento suscita diversos debates no campo dos negócios e direitos humanos e se deve, principalmente, à valorização e internacionalização estrita desses direitos na sociedade internacional e ao processo de empoderamento das TNCs como relevantes atores não estatais transnacionais¹.

O fenômeno da globalização –com as tecnologias de informação e comunicação, que trazem velocidade e tornam os processos mais instantâneos, e a internacionalização dos mercados, esquemas de organização produtiva e fluxos de investimento– permitiu a expansão da atuação transnacional das corporações. Ao conduzir a utilização em larga escala de uma rede internacional de fornecedores, a globalização colaborou para o crescimento da produtividade da empresa transnacional a nível global e para a distribuição pelo mundo das atividades econômicas destes atores não estatais².

Conjuntamente à ampliação das operações das TNCs e ao aumento de seu poder econômico, nota-se a redução do poder estatal e de sua esfera de influência. Há corporações transnacionais mais poderosas economicamente do que Estados e cuja atuação afeta direta e indiretamente o gozo dos direitos humanos pelos indivíduos.

Em outras palavras, diante desse cenário de crescimento do poder econômico e social que as corporações transnacionais passaram a exercer na economia global, a capacidade destas de afetar ou violar o gozo dos direitos humanos também

¹ Sobre o tema, ver I. A. de S. BENEVIDES, *Empresas transnacionais e direitos humanos: uma análise à luz do Direito Internacional*. 2017, 233 f. Dissertação, Mestrado em Direito Internacional, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

² J. A. OCAMPO, “Dynamic Efficiency: Structural Dynamics and Economic Growth in Developing Countries”, em: Noman, A. / Stiglitz, J.E., *Efficiency, finance, and varieties of industrial policy: guiding resources, learning, and technology for sustained growth. Initiative for Policy Dialogue at Columbia: Challenges in Development and Globalization book series*, Nova Iorque, Columbia University Press, 2017, 516 pp., pp. 65-102, p. 85.

umentou³. As empresas são frequentemente acusadas de envolvimento em graves violações desses direitos, como a deslocação forçada de comunidades de suas terras, o trabalho forçado e a utilização de mão de obra infantil⁴.

A ocorrência dessas violações pode ser explicada pelas dificuldades na regulação das atividades das TNCs em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos, uma vez que a sua cadeia de fornecimento corporativa é complexa e suas filiais e subsidiárias são constituídas em diferentes Estados⁵. Mesmo que as múltiplas jurisdições com as quais as empresas transnacionais possuam vínculos se esforcem para implementar instrumentos jurídicos nacionais que fortaleçam o quadro dos direitos humanos nas atuações corporativas, a localização de um mecanismo de responsabilização é difícil, assim como o desenvolvimento da prestação de contas por abusos corporativos relacionados aos direitos humanos⁶.

II. OS IMPACTOS DAS OPERAÇÕES DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

1. POTENCIAL DE IMPACTO

As empresas transnacionais possuem o potencial de impactar tanto positivamente quanto negativamente os direitos humanos. Enquanto algumas podem prover ambientes de trabalho saudáveis, liberdade de associação, direito de organização, valores razoáveis de remuneração e condições adequadas de trabalho, outras podem negá-los. Da mesma forma, a utilização de segurança de proteção pode resguardar a empresa de forma apropriada, sem violar direitos humanos, ou pode ocorrer, por exemplo, para silenciar manifestações contra as operações da empresa em um caso específico⁷.

Quanto aos aspectos positivos, Howard Perlmutter observa que as corporações transnacionais são capazes de controlar, utilizar e distribuir serviços e produtos,

³ J. J. A. RUBIO / K. YIANNIBAS. "Introduction", em: Rubio, J.J.A. / Yiannibas, K. (eds.), *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Nova Iorque, Routledge, 2017, 146 pp., pp. 1-6, pp. 1, 2.

⁴ Amnesty International. *Corporate accountability*. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/corporate-accountability/>. Acesso em 06/02/2017.

⁵ J. J. A. RUBIO / K. YIANNIBAS (nota 5), pp. 1, 2.

⁶ A. CLAPHAM, "Non-state actors", em: Moekli, D. / Shah, S. / Sivakuran, S. / Harris, D.H. (eds.), *International Human Rights Law*, 3ª ed., Oxford University Press. Forthcoming, p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/21158441/The_Challenge_of_Non-State_Actors_for_Human_Rights_Law. Acesso em 26/04/2017.

⁷ A. MCBETH, "Privatising human rights: what happens to the state's human rights duties when services are privatised?", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, 2004, pp. 133-154, p. 139.

além de criar empregos em uma escala global crescente⁸. Adicionalmente, há benefícios econômicos para as próprias corporações transnacionais quando estas respeitam os direitos humanos, como a construção de sua boa imagem perante a sociedade e seus consumidores.

Por sua vez, Jagdish BHAGWATI defende que há muitos benefícios provenientes das atividades das TNCs nos países desenvolvidos e em desenvolvimento – ainda que nestes as dificuldades sejam maiores. Para o autor, as corporações domésticas aprendem técnicas para otimizar a produtividade com as corporações transnacionais, que possuem melhor gerenciamento e tecnologia⁹.

Conforme Joseph E. STIGLITZ, as empresas transnacionais têm um papel central na ajuda aos países em desenvolvimento, colaborando para que estes elevem os seus padrões de vida. Segundo o autor, as TNCs permitem: (i) o alcance dos bens dos países em desenvolvimento nos mercados dos países desenvolvidos; (ii) a transferência de tecnologia de Estados desenvolvidos para aqueles com menor desenvolvimento; (iii) a redução do custo de vida nos países em desenvolvimento, em decorrência do investimento estrangeiro direto dessas empresas multinacionais; (iv) a criação de empregos e promoção do crescimento econômico nos países em desenvolvimento; (v) a geração de bens de alta qualidade para os Estados desenvolvidos; e (vi) benefícios para os produtores e consumidores que se comunicam quase que instantaneamente¹⁰.

No que se refere aos impactos negativos, observam-se violações de direitos humanos relacionadas às atividades das empresas transnacionais, como transgressões de direitos trabalhistas e de outros direitos essenciais do indivíduo, como o direito à vida, à saúde, à integridade física e psicológica, ao meio ambiente (cujas consequências podem prejudicar o sustento de muitas famílias que dependem da agricultura para o seu próprio sustento), à liberdade, à privacidade, à liberdade de expressão, à não discriminação, entre outros. John Gerard Ruggie¹¹ cita algumas violações de direitos humanos cometidas por TNCs: “(...) trabalho forçado em condições desumanas e até mesmo de trabalho forçado em fábricas que prestavam

⁸ H. V. PERLMUTTER, “Foreword”, em: Sagafi-Nejad, / H. Dunning, H. (eds.), *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press, 2008, 285 pp., pp. xv-xvi, p. xv.

⁹ J. BHAGWATI, *Em defesa da globalização: como a globalização está ajudando ricos e pobres* (tradução de R. Lyra / R. de Kameorp), Elsevier, 2004, 347 pp., pp. 183, 202.

¹⁰ J. E. STIGLITZ, *Making globalization work*, 1ª ed., Nova Iorque, W. W. Norton & Company, 2006, 358 pp., p. 188.

¹¹ Representante Especial do Secretário-Geral da ONU sobre o assunto de Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e Outros Empreendimentos de Negócios (*Special representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*) de 2005 a 2011. Nomeação de John Ruggie: UN Doc. E/CN.4/RES/2005/69, 20 de abril de 2005.

serviços a famosas marcas internacionais; comunidades nativas (...) deslocadas sem consulta ou (...) indenização inadequada para dar lugar a empresas de petróleo e gás; crianças de 7 anos de idade (...) encontradas trabalhando arduamente em plantações de propriedade de empresas de alimentos e de bebidas; forças de segurança que cuidavam de operações de mineração (...) acusadas de atirar em invasores e manifestantes, (...) relatos de estupro e assassinatos; provedores de serviços de internet e empresas da área de tecnologia da informação entregaram informações de usuários a agências de governo que espionavam dissidentes políticos com o objetivo de prendê-los, e, dessa forma, ajudaram os governos na prática da censura”¹².

Segundo Robert McCorquodale, cada vez mais, as empresas transnacionais são vistas como responsáveis por abusos de direitos humanos. O foco da proteção dos direitos humanos, antes voltado apenas para os Estados, passa a ser direcionado também aos atores não estatais, em especial às corporações transnacionais¹³.

As acusações de violações de direitos humanos por esses atores continuam ocorrendo e a impunidade e denegação de justiça ainda são preocupações no campo dos negócios e direitos humanos¹⁴. Nesse contexto, observam-se casos mais antigos, como o caso Bhopal, ocorrido em 1984, e caso Kiobel, em 1994, até episódios mais recentes, como quando empresas do Reino Unido, como Marks & Spencer e Asos, foram acusadas de utilização de mão de obra infantil de refugiados sírios, na Turquia, em 2016¹⁵.

2. CASO BHOPAL

O caso Bhopal, ocorrido em 1984, na Índia, foi um trágico episódio que revela fortes impactos negativos causados por uma corporação transnacional. Nesse caso, na fábrica de pesticidas da empresa multinacional americana Union Carbide localizada em Bhopal, medidas de segurança foram ignoradas e, como resultado, toneladas de gases tóxicos vazaram na atmosfera¹⁶. Graves violações de direitos

¹² J. G. RUGGIE, *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos* (tradução de Isabel Murray), São Paulo, Planeta Sustentável / Abril/ Pacto Global Brasil, 2014, p. 18.

¹³ R. MCCORQUODALE, *Human rights and business: is international law relevant?*, disponível em: <http://blog.oup.com/2016/12/human-rights-business-law/#sthash.fvgCb8rq.dpuf>. Acesso em 14/05/2017.

¹⁴ John Ruggie destaca como casos emblemáticos envolvendo empresas e direitos humanos os casos: Nike, Bhopal, Shell na Nigéria e Yahoo! na China. J. G. RUGGIE (nota 14), pp. 57-74.

¹⁵ The Telegraph, News, *M&S and ASOS among British retailers found employing child refugees in factories*. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/10/24/ms-and-asos-among-british-retailers-found-employing-child-refugee/>. Acesso em 14/05/2017. Caso também citado em: R. MCCORQUODALE, (nota 14).

¹⁶ “As investigações constataram que havia sistemas de segurança desligados, a manutenção dos equipamentos era inadequada e o treinamento do pessoal especializado era insuficiente, tudo em

humanos ocorreram, entre elas violações ao direito à vida e ao direito à saúde. O acidente foi considerado o pior desastre industrial do século, matando milhares de pessoas e deixando mais de quinhentas mil feridas¹⁷.

Inúmeros processos em níveis estadual e federal na Índia e também nos Estados Unidos da América (EUA) ocorreram como tentativas de acesso à justiça das vítimas e de seus familiares. Embora o governo indiano tenha determinado, em 1989, que a Union Carbide arcasse com a indenização das vítimas no valor de 470 milhões de dólares norte-americanos, as vítimas não concordaram com o valor, que seria baixo, e as vítimas e seus familiares esperaram 17 anos para receberem as indenizações devidas em sua totalidade¹⁸.

Nos EUA, os processos foram reunidos em apenas um, que foi rejeitado pela *United States Federal District Court for the Southern District of New York* com base na técnica do *forum non conveniens*. A Corte decidiu que o tribunal indiano era o foro mais apropriado para o julgamento do caso. Após recurso, a decisão foi confirmada pela *Federal Circuit Court for the Second Circuit*, que afirmou que o tribunal indiano tinha mais fácil acesso às provas do que o americano e que havia autonomia entre a controladora norte-americana e a subsidiária indiana¹⁹.

3. CASO KIOBEL

Outro exemplo dos impactos negativos da atuação de TNCs é o caso Kiobel²⁰, ocorrido em 1994, na região Delta do Níger, na Nigéria. Neste, danos ambientais decorrentes das atividades da Shell –como queima de gás não aproveitado, destruição de manguezais para construção de oleodutos e vazamentos – provocaram manifestações da população local. O exército nigeriano realizou uma dura repressão contra os manifestantes e graves violações de direitos humanos foram cometidas. As vítimas acusaram a Shell de ter colaborado com o exército.

nome da economia, o que não acontecia na fábrica americana.” O Globo, “Negligência da Union Carbide mata 4.500 pessoas e contamina 200 mil na Índia”, disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/negligencia-da-union-carbide-mata-4500-pessoas-contamina-200-mil-na-india-9911622>. Acesso em 15/05/2017.

¹⁷ N. JÄGERS, “The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law”, em: Addo, M.K. (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Haia, Kluwer Law International, 1999, 384 pp., pp. 259–270, p. 261. Sobre o caso “*International Campaign for Justice in Bhopal*” (ICJB). Disponível em: <http://www.bhopal.net/>. Acesso em 22/02/2017. Union Carbide Corporation. “*Bhopal Gas Tragedy Information*”. Disponível em: <http://www.bhopal.com/>. Acesso em 22/ 02/2017.

¹⁸ J. G. RUGGIE (nota 14), p. 61.

¹⁹ M. N. JANIS, “The Doctrine of Forum Non Conveniens and the Bhopal Case”, *Netherlands International Law Review [online]*, vol. 34, nº 2, pp. 192–204, 1987. J. G. RUGGIE (nota14), p. 62.

²⁰ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. 569 US (2013).

Algumas vítimas e herdeiros das vítimas moveram ações nos EUA contra a empresa, com base no Estatuto de Ilícitos Civis no Estrangeiro de 1789 (em inglês, *Alien Tort Statute* (“ATS”), também chamado de *Alien Tort Claims Act*)²¹. O ATS é uma seção do *United Nations Code*, que determina: “(t)he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States”²². Isso significa que os tribunais de primeira instância americanos (*District Courts*) possuem jurisdição em caso de delitos cometidos em qualquer parte do mundo, por órgãos estatais, e por atores não estatais contra estrangeiros violando o Direito Internacional e os tratados americanos²³.

Embora o caso tenha abordado as circunstâncias sob as quais o ATS, originalmente destinado a combater principalmente a pirataria, poderia ser aplicado às condutas das empresas realizadas além das fronteiras estatais, independentemente do local onde sua sede está localizada²⁴, o ATS não foi utilizado como uma ferramenta de responsabilização de empresas por violações de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). A Suprema Corte americana decidiu que havia presunção contra a extraterritorialidade e que a jurisdição americana nos termos do *Alien Tort Statute* só deve ocorrer quando: (i) o suposto ato ilícito ocorre em solo americano, (ii) o réu é americano, ou (iii) a conduta do arguido afeta substancialmente e negativamente um importante interesse nacional americano.

III. EMPRESAS TRANSNACIONAIS: TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Na literatura jurídica, uma variada terminologia designa o fenômeno das “empresas transnacionais”. Autores também se referem a este pelos termos “sociedades, empreendimentos, companhias, empresas ou corporações”, aliados às designações “supranacionais, multinacionais, internacionais, mundiais, globais, transnacionais”, entre outras variáveis²⁵. Para fins do presente artigo, estas nomenclaturas são consideradas como sinônimas.

²¹ 28 United States Code § 1350.

²² 28 United States Code § 1350.

²³ N. JÄGERS (nota 19), p. 267.

²⁴ J. G. RUGGIE (nota 14), p. 14.

²⁵ De acordo com Tagi Sagafi-nejad e John H. Dunning, “*Multinational Corporations by Any Other Name Many terms have been used in the literature to identify companies that do business beyond their home-country borders. To describe these entities, the terms ‘global’, ‘international’, ‘multinational’, ‘supranational’, ‘transnational’, and ‘world’ are combined with ‘firms’, ‘companies’, ‘corporations’, and ‘enterprises’*”. T. SAGAFI-NEJAD / J. H. DUNNING, “Introduction”, em: Sagafi-Nejad, T. / Dunning, J.H., *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press, 2008, 285 pp., pp. 1- 9, p. 2.

A adoção da expressão “multinacional” ocorreu na década de 80, mas, embora muitos autores ainda a utilizem, pode-se dizer que esta foi substituída pela expressão *transnacional*, consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esta demonstra o grau no qual as atividades de uma empresa estão localizadas no exterior, referindo-se à distribuição geográfica das empresas e implicando na existência de um ou mais países de acolhimento e de um país de origem²⁶.

O conceito de “empresa transnacional” também é desenvolvido de múltiplas formas, considerando fatores jurídicos, econômicos e administrativos. O projeto do Código de Conduta das Corporações Transnacionais (inglês, *United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*) referente ao status da negociação de 1986, definiu corporação transnacional como: “[A]n enterprise whether of public, private or mixed ownership, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them [may be able to] exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others”²⁷.

Embora as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais²⁸ não contenham uma definição exclusiva de empresas transnacionais, o documento as define como aquelas que usualmente são:

“(C)ompanhias ou outras entidades estabelecidas em mais de um país e ligadas entre si de forma a coordenarem as suas atividades de diversas maneiras. Embora

²⁶ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *The Universe of the Largest Transnational Corporations*. UNCTAD Current Studies on FDI and Development, nº 3, Nova Iorque / Genebra, United Nations, 2007, 62 pp., pp. 1, 21.

²⁷ INVESTMENT POLICY HUB, UNCTAD, *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations* (Versão de 1983), Preâmbulo e Objetivos. Definições e Escopo de Aplicação. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>. Acesso em 06/02/2017. Divulgado no Relatório da Comissão das Empresas Transnacionais das Nações Unidas, Economic and Social Council. Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session, 07/18 March and 9-21 May 1983. Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement nº7 E/1983/17/Rev. 1, Annex II.

²⁸ As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais são recomendações aos Estados e às empresas multinacionais que operam dentro dos Estados aderentes das Diretrizes ou a partir destes países. As Diretrizes abrangem princípios voluntários e padrões para a atuação das multinacionais, a fim de que estas operem em conformidade com as leis estatais e os standards internacionalmente reconhecidos. OECD. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Acesso em 24/08/2017. Tradução para português disponível em: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf/view>. Acesso em 24/08/2017.

uma ou mais destas entidades possa exercer uma influência significativa sobre as atividades das outras, o grau de autonomia de cada uma dentro da organização pode, no entanto, variar muito consoante a multinacional em questão. O capital social pode ser privado, estatal, ou misto”²⁹.

Para John H. Dunning e Sarianna M. Lundan, a TNC é definida no âmbito acadêmico e no setor de negócios como aquela que se dedica ao investimento direto estrangeiro e que detém ou controla de algum modo atividades de valor acrescentado (*value-added activities*) em mais de um Estado³⁰. Andrew Clapham afirma que o termo *empresa transnacional* destaca que normalmente há uma única corporação operando em mais de um Estado e que sua sede e estatuto jurídico estão incorporados sob a legislação do país da sede³¹.

Já para Luiz Olavo Baptista, a empresa transnacional, composta por subsidiárias, pode ter uma ou mais sedes, constituídas em Estados distintos, conforme a legislação local que lhe confere personalidade jurídica e, de certa forma, nacionalidade³². Para este, a principal característica da TNC é a sua capacidade de orientar de forma centralizada as suas operações em diversos locais por meio de um planejamento global, buscando a mitigação dos custos, expansão dos mercados consumidores e aumento de sua influência.

“Nesse contexto, a referida empresa atua como se existisse um mercado mundial, no qual ela possa operar em várias localidades, de modo que os mercados nacionais são menos importantes do que o mundial, no que diz respeito à tomada de decisão das empresas, sendo certo que as mesmas relativizam a preocupação com os interesses locais. O controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é um pressuposto da coordenação dos seus objetivos globais”³³.

De acordo com Celso D. ALBUQUERQUE MELLO, as empresas transnacionais são aquelas que, ao exercerem suas atividades nos Estados, demonstram-se capazes

²⁹ OCDE. *Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*, 2011, Capítulo I “Conceitos e Princípios”, par. 4. (tradução livre) Redação da versão oficial em inglês: “companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, State or mixed”.

³⁰ J. H. DUNNING / S. M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, 920. p. 3.

³¹ A. CLAPHAM (nota 8), p. 199.

³² L. O. BAPTISTA, *Empresa Transnacional e direito*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, pp. 17, 18.

³³ M. DE S. RIBEIRO, “As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional”, em: Menezes, D.C.A. / Trindade, A.C. / Pereira, A.C.A. (orgs.), *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 455-492, p. 463.

de influenciar as suas economias e de atuar no estrangeiro por meio de filiais ou subsidiárias, estando o seu poder de decisão disperso nessas últimas. Ainda, como identifica ALBUQUERQUE MELLO, as TNCs são grandes empresas, com potencial financeiro enorme, dispendo de administração internacionalizada, patrimônio científico-tecnológico, diversidade jurídica e unidade econômica, e, que, por fim, possuem distintas nacionalidades através de suas filiais ou subsidiárias³⁴.

IV. DIREITOS HUMANOS: TERMINOLOGIAS, CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Constata-se, também, a variedade terminológica dos *direitos humanos*. Não só a doutrina diverge em demasiado, mas também os diplomas nacionais e internacionais. Terminologias como “direitos do homem, liberdades fundamentais, direitos subjetivos públicos, direitos fundamentais, direitos individuais, liberdades públicas, direitos humanos fundamentais” são algumas das utilizadas para se referir também aos “humanos”.

Há uma utilização diversificada de expressões no Direito Internacional. Por exemplo, a Carta das Nações Unidas de 1945 pretende reafirmar a fé nos “direitos fundamentais do homem” e promover o respeito e a observância dos “direitos humanos” e das “liberdades fundamentais” de todos. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH) consagra, em seu preâmbulo a essencialidade da proteção dos “direitos da pessoa” pelo império da lei e do respeito universal aos “direitos e liberdades fundamentais da pessoa”.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, há a previsão de proteção dos “direitos essenciais do homem e dos direitos do homem”. E a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950, também conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁵, estipula que sua finalidade é a proteção e desenvolvimento dos “direitos do homem” e das “liberdades fundamentais” nela consagrada.

Em que pese exista heterogeneidade terminológica, independente da terminologia adotada e das diferenças nos conceitos desses direitos, há consenso acerca da importância de proteger os direitos essenciais para uma vida digna de todo o ser humano, seja a norma de proteção de origem interna ou internacional³⁶.

³⁴ C. DE A. MELLO, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 104.

³⁵ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, com entrada em vigor em 03 de setembro de 1953. Versão em português disponível em: http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 04/02/2017.

³⁶ A. DE C. RAMOS, *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 15.

Esses direitos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana e da personalidade humana³⁷, provendo da noção de que todos os indivíduos possuem direitos iguais inalienáveis e dignidade inerente³⁸.

Conforme RUGGIE, o conceito de direitos humanos é forte e simples. Os direitos humanos são prerrogativas, *i.e.*, não são concedidos a critérios de outrem ou pela boa vontade, e provêm da ideia de que todas as pessoas são dotadas de “direitos iguais inalienáveis” e de “dignidade inerente”³⁹.

Para Adam MCBETH, os direitos humanos são, por natureza, inerentes a todos os seres humanos em virtude de sua própria humanidade, independentemente de concessão estatal para a sua existência, embora seja para seu gozo efetivo. A existência dos direitos humanos permanece, portanto, ainda que a capacidade do sistema legal vigente para prevenção e punição de violações seja reduzida e mesmo que o violador desses direitos seja um ator não estatal⁴⁰.

Nos dizeres do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”⁴¹. A Declaração constitui uma meta comum para todas as nações e povos e é utilizada como base pela ONU para a definição de normas consagradas em instrumentos internacionais de direitos humanos, como as previstas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴².

Além de constituir meta e ser utilizada como pilar para a definição de normas de direitos humanos, a DUDH também marcou a introdução da concepção contemporânea de que os direitos humanos visam à proteção da dignidade do indivíduo e são caracterizados por sua indivisibilidade e universalidade⁴³.

A universalidade dos direitos humanos significa a pertença desses direitos por todos os seres humanos, não importando características adicionais, como opção política, nacionalidade, credo e orientação sexual⁴⁴. Ressalta-se que a

³⁷ P. B. CASELLA / H. ACCIOLY / G. E. DO N. SILVA, *Manual de Direito internacional público*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, 978 pp., p. 53.

³⁸ J. G. RUGGIE (nota 14), p. 31.

³⁹ J. G. RUUGIE (nota 14), p. 31.

⁴⁰ A. MCBETH (nota 19), p. 143.

⁴¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 1º.

⁴² Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), preâmbulo. Adotada consensualmente, em plenário, pela 2ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25/06/1993.

⁴³ N. DE ARAUJO, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Porto Alegre, Revolução eBook, 1ª ed., 2016, p. 286.

⁴⁴ A. DE C. RAMOS, *Curso de direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 89.

universalidade dos direitos humanos é compreendida como aquela que reconhece que todas as pessoas, de forma indiscriminada, são titulares de direitos humanos, independentemente de condições como status social, econômico, cultural, político, circunstâncias de raça, sexo, credo religioso, entre outras. Basta a condição de “ser humano” para que se possa demandar a proteção doméstica e internacional desses direitos⁴⁵.

O conceito da indivisibilidade dos direitos humanos, por seu turno, consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos detêm a “mesma” proteção jurídica pois são essenciais para uma vida com dignidade. Objetiva-se, com a indivisibilidade, o combate às violações graves e maciças de direitos humanos e o investimento estatal nos direitos sociais, a fim de que o Estado proporcione condições para uma vida com dignidade⁴⁶.

“Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”⁴⁷.

Observe-se que outra característica dos direitos conectada à indivisibilidade é a interdependência, também considerada como inter-relação. Essa última está intrinsecamente ligada à primeira e consiste no reconhecimento de todos os direitos humanos contribuem para a realização de uma vida humana com dignidade, demandando uma atenção igual e integral a todos os direitos humanos⁴⁸.

V. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Antes da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos passavam por um processo de internacionalização em sentido amplo, no qual os ideais humanitários eram invocados apenas em relação ao tratamento de estrangeiros, e, mais raramente, em relação ao tratamento de grupos religiosos ou minorias étnicas. Os Estados só agiam pela tutela e promoção dos direitos humanos quando seus

⁴⁵ V. DE O. MAZZUOLI, *Curso de direito internacional público*, 10ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 900.

⁴⁶ “O objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado também ‘invista’ – tal qual investe na promoção dos direitos de primeira geração – nos direitos sociais, zelando pelo chamado ‘mínimo existencial’, ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo. A invisibilidade também exige o combate tanto às violações maciças e graves de direitos considerados de primeira geração (direito à vida, integridade física, liberdade de expressão, entre outros) quanto aos direitos de segunda geração (direitos sociais, como o direito à saúde, educação, trabalho, previdência social etc.)” A. DE C. RAMOS (nota 46), p. 91.

⁴⁷ Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), artigo 6º, parágrafo 2.

⁴⁸ A. DE C. RAMOS (nota 46), p. 93.

próprios interesses e direitos estavam em jogo⁴⁹. Esta internacionalização em sentido amplo dos direitos humanos consistia em um processo esparso de criação de normas de direitos humanos.

Como destaca André de Carvalho Ramos, após as atrocidades do nazismo, os Estados passam a atuar internacionalmente pela tutela e promoção dos direitos e liberdades do indivíduo. Surge, então, o chamado processo de internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, que busca fortalecer os direitos essenciais do ser humano para que atrocidades como as da Segunda Guerra Mundial não mais se repitam⁵⁰.

A reconstrução dos direitos humanos ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e a universalidade desses direitos se tornou um vínculo indissociável com o processo de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O DIDH surge como um novo ramo do Direito Internacional com especificidade, autonomia e princípios próprios, rompendo com a rígida distinção entre direito público e direito privado e apresentando expansividade proveniente da abertura tipológica de seus enunciados⁵¹.

Nessa etapa da internacionalização dos direitos humanos, a proteção desses direitos passou por um processo de sistematização no âmbito internacional e regional, com normas, coerência e métodos, e foi consagrada em diversos diplomas jurídicos internacionais. O respeito transnacional e universal dos direitos humanos não depende mais da existência do vínculo da nacionalidade ou do reconhecimento por parte de um Estado. Há o dever internacional de respeitar e proteger os direitos do homem⁵².

1. CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Carta Internacional de Direitos Humanos, que engloba: i) a Carta das Nações Unidas de 1945, que estabeleceu a obrigação dos Estados membros da Organização das Nações Unidas em respeitar e promover os direitos humanos; ii) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco da universalização desses direitos, que consagrou diversos direitos humanos que não haviam sido especificados na Carta da ONU; iii) o Pacto Internacional de Direitos Civis e

⁴⁹ Direitos Humanos – II. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Em: N. Bobbio / N. Matteuci / G. Pasquino (org.), *Dicionário de Política* (tradução C. C. Varriale et. Al.), vol. I, 5ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília / São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 355.

⁵⁰ A. C. RAMOS (nota 46), pp. 89-91.

⁵¹ V. DE O. MAZUOLI (nota 47), p. 910.

⁵² A. DE C. RAMOS (nota 46), pp. 89-91.

Políticos de 1966⁵³ – importante diploma de consagração dos direitos conhecidos como *direitos de liberdade*; e iv) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966⁵⁴ – que destaca a relevância da garantia, proteção e promoção de diversos *direitos de igualdade*.

Ao utilizar o termo “Carta Internacional de Direitos Humanos”, o objetivo da ONU de proteção dos direitos humanos foi reafirmado, sendo reconhecido pela doutrina que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) devem ser interpretados em conexão com a DUDH⁵⁵. A Carta estabeleceu a necessidade de cooperação internacional em assuntos sociais e econômicos, através dos princípios da autodeterminação dos povos, da igualdade e do respeito aos direitos humanos, e deu início a positivação efetiva dos direitos humanos no Direito Internacional Público, atribuindo a estes um valor universal⁵⁶.

Por sua vez, o PIDCP e o PIDESC transformaram inúmeras intenções da Declaração Universal dos Direitos Humanos em obrigações legais dos Estados que a haviam ratificado. O primeiro Pacto trouxe a previsão de novas espécies de direitos humanos, além das previstas na Declaração Universal, enquanto o segundo ampliou os direitos culturais, econômicos e sociais estabelecidos na DUDH⁵⁷.

Desse modo, a centralidade no indivíduo e nos direitos humanos passa a estar presente não só no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Refugiados (os três planos dos direitos humanos na ordem internacional)⁵⁸, mas também no Direito Internacional Público e no Direito Internacional Privado. O Direito

⁵³ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966. Aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06/07/1992. Brasil. Decreto nº 592, de 06/07/1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Publicado originalmente no Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07/07/1992, p. 8716. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 22/01/2017.

⁵⁴ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966. Aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992. Brasil. Decreto nº 591, de 06/07/1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Publicado originalmente no Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07/07/1992, p. 8713. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 22/01/2017.

⁵⁵ A. DE C. RAMOS (nota 46), p. 147.

⁵⁶ S.A.C P. DE SOUZA, *Premissas de direito econômico*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2012, 161 pp., p. 135.

⁵⁷ E. MALHEIRO, *Curso de direitos humanos*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2016, pp. 172-186.

⁵⁸ Sobre o tema A. C. TRINDADE / G. PEYTRIGNET/ J. R. SANTIAGO, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, México, Editorial Porrúa, 2003.

dos Direitos Humanos não se restringe a uma aplicação restrita de convenções de direitos humanos, ele emerge da evolução de normas universais de direitos humanos adotadas em fóruns internacionais⁵⁹.

Sendo assim, as normas internacionais de direitos humanos devem ser amplamente respeitadas, indo além do foco do Estado como destinatário das obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos contemporâneo. Dentre tais normas, encontram-se, em destaque, as que compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, já mencionadas, e, também, o direito convencional, o Direito Internacional costumeiro, as normas de *jus cogens*, as obrigações *erga omnes*, as normas relacionadas a crimes internacionais e os standards de direitos humanos.

2. DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO

O estudo do Direito Internacional Costumeiro é relevante para a abordagem do tema das empresas transnacionais e direitos humanos por sua potencial maior efetividade, quando comparado ao direito convencional, em garantir a responsabilização e a prestação de contas das TNCs por violações de direitos humanos. Ademais, no campo das obrigações estatais de direitos humanos, quando os tratados não puderem abranger a situação (como ocorre nas hipóteses de reservas sobre os tratados), o respeito aos costumes internacionais continua sendo imperativo e pode ser que a jurisdição internacional ocorra com base não na violação dos termos do tratado, mas sim no Direito Internacional Costumeiro⁶⁰.

Enquanto o direito convencional e os mecanismos de proteção dos direitos humanos têm foco central no Estado, os princípios gerais de direito, aos quais sujeitam-se todos os atores internacionais, e o costume internacional podem provocar mudanças em normas substantivas de direitos humanos para que estas envolvam também empresas transnacionais⁶¹. Isto posto, o respeito aos direitos humanos nessa esfera pode ser promovido.

3. DIREITO INTERNACIONAL COSTUMEIRO

A norma de *jus cogens*, também nomeada de norma imperativa de Direito Internacional ou norma cogente (em inglês, *peremptory norm* e, em francês, *norme impérative*), é consagrada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos

⁵⁹ A. CLAPHAM (nota 8), p. 85.

⁶⁰ A. CLAPHAM (nota 8), p. 85.

⁶¹ A. CLAPHAM (nota 8).

Tratados de 1969 como: “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”⁶².

O *jus cogens* manifesta valores éticos universais e absolutos, ditames da consciência pública e considerações elementares da humanidade, que o tornam inderrogável, com exceção da derrogação por outra norma posterior de igual natureza. Citam-se, entre as suas normas: o direito à autodeterminação dos povos, as normas básicas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis aos conflitos armados, as proibições de crimes contra a humanidade e contra a escravidão, tráfico de escravos, apartheid, discriminação racial, genocídio, agressão e tortura⁶³.

4. OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES*

A Corte Internacional de Justiça compreende as obrigações *erga omnes* como obrigações sobre as quais toda a comunidade internacional possui interesse jurídico de proteger e com as quais todos os Estados devem cumprir⁶⁴. Elas possuem âmbito de aplicação universal, sendo impostas aos sujeitos do Direito Internacional Público⁶⁵. Estas são passíveis de derrogação, sendo inferiores hierarquicamente ao *jus cogens*.

Constata-se que toda a comunidade internacional tem interesse no respeito e cumprimento das obrigações *erga omnes*. E, embora os destinatários dessas obrigações sejam os Estados, elas também merecem prevalência em caso de choque com interesses de empresas transnacionais.

5. NORMAS RELACIONADAS AOS CRIMES INTERNACIONAIS

No que se refere às normas relacionadas aos crimes internacionais, estas fazem parte das chamadas normas fundamentais da ordem jurídica internacional, juntamente com as obrigações *erga omnes* e as normas imperativas de Direito Internacional.

Aqueles que cometerem crimes internacionais podem ser julgados e responsabilizados internacionalmente pelo Tribunal Penal Internacional e os Estados possuem o direito, também considerado como obrigação, de julgar, em

⁶² Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969, artigo 53.

⁶³ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (2001), Artigo 26, Comentário ao Artigo 26 e Comentário 5 ao Artigo 40.

⁶⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1970, par. 33, p. 32.

⁶⁵ V. DE O. MAZZUOLI (nota 47), p. 178.

suas jurisdições internas, o acusado⁶⁶. Ao mesmo tempo, quando os Estados apoiam o cometimento do crime internacional pelo indivíduo estes violam obrigações *erga omnes*.

A configuração do ato como crime internacional pode permitir não só a jurisdição penal internacional ou doméstica, mas também a demanda na jurisdição civil para que a vítima pleiteie uma indenização do criminoso e do Estado, no caso de este ter dado suporte ou apoiado o cometimento do crime⁶⁷.

6. STANDARDS DE DIREITOS HUMANOS

Os procedimentos tradicionais que lidam com a proteção dos direitos humanos na esfera transnacional são baseados em obrigações convencionais, nas quais houve a expressa concordância dos Estados partes dos tratados⁶⁸. Estes também são acompanhados por um desenvolvimento gradual de procedimentos: “*from ‘weak’ forms, such as an obligation to file state reports with a treaty body or to accept that individuals complain by way of ‘communications’, to a full-fledged judicial system with a direct right for victims to bring claims against states*”⁶⁹.

Os órgãos de proteção dos direitos humanos e de organizações internacionais trabalham para desenvolver os conceitos e standards do Direito dos Direitos Humanos não escrito (*unwritten human rights law*). Embora muitos desses standards não sejam necessariamente vinculantes, eles podem ser considerados universais porque foram desenvolvidos e aceitos em nível internacional, constituindo o corpo do Direito dos Direitos Humanos⁷⁰. Ao criarem regras claras, os standards de direitos humanos podem vir a se tornar parte dos princípios gerais de direito e do Direito Costumeiro Internacional⁷¹.

⁶⁶ S. KADELBACH, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, em: C. Tomuschat/J. M. Thouvenin (Eds.), *The fundamental rules of the international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 471 pp., pp. 21-40, pp. 28-39.

⁶⁷ A. CLAPHAM (nota 8), p. 94.

⁶⁸ A. REINISCH, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, em: Alston, P. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Academy of European Law, European University Institute in collaboration with the Center for Human Rights and Global Justice, New York University School of Law, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 37-92, p. 40.

⁶⁹ A. REINISCH (nota 70), pp. 39-41.

⁷⁰ A. CLAPHAM (nota 8), p. 99.

⁷¹ A. REINISCH (nota 70), pp. 40-41.

VI. A REPERCUSSÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

O quadro normativo internacional acerca da atuação das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos foi, e permanece sendo, influenciado pela internacionalização dos direitos humanos em sentido estrito e pelos diplomas, princípios e regras internacionais do Direito dos Direitos Humanos. Atualmente, este quadro é composto de iniciativas voluntárias (códigos de conduta e responsabilidade social corporativa), que buscam regular a atuação das empresas transnacionais para proteger os direitos humanos, e de iniciativas vinculantes, que, com exceção dos tratados de direitos humanos e do direito estatal, ainda não tiveram êxito e concretização.

1. INICIATIVAS VOLUNTÁRIAS

Iniciativas mais recentes, da década de 90, compõem as chamadas responsabilidades sociais corporativas. Como os Estados, principalmente aqueles em desenvolvimento que desejam atrair investimentos, encontravam-se reticentes em relação à imposição de obrigações de direitos humanos às corporações transnacionais, buscou-se uma forma menos impositiva, ou seja, mais voluntária, de mobilizar as TNCs para atuarem com respeito e promovendo os direitos humanos⁷².

Ainda que tais iniciativas tenham possuído um caráter mais voluntário, a pressão sobre as empresas transnacionais para respeitarem e promoverem os direitos humanos, assim como repararem as vítimas que tiveram os seus direitos violados pelas empresas, tornou-se mais forte⁷³. Também a partir de 1990, as empresas, em número crescente, passaram a operar em mais Estados e a adotar modelos operacionais baseados em redes. Advieram novos desafios para as corporações que deveriam administrar suas cadeias globais de valor em harmonia com os direitos humanos⁷⁴.

Segundo NADIA BERNAZ, a responsabilidade social corporativa é um campo de estudo relacionado ao campo dos negócios e direitos humanos. Esta se baseia principalmente na ideia de que as empresas não devem visar o lucro sem considerar

⁷² O. DE SCHUTTER, "The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors", em: de Schutter, O. (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Studies in International Law, vol. 12. Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 1-40, p. 1.

⁷³ Como destaca Olivier De Schutter: "A pressão sobre as empresas também é significativamente mais forte agora do que anteriormente, tanto pela mobilização de organizações não-governamentais (ONGs) quanto pelas ferramentas de comunicação que agora estas têm à sua disposição e pela ameaça de ações judiciais contra empresas por violações de direitos humanos, especialmente perante os tribunais federais dos Estados Unidos". O. DE SCHUTTER (nota 74), p. 1 (tradução livre).

⁷⁴ J. G. RUGGIE (nota 14), p. 56.

as consequências de seus atos em outras esferas. Estas possuem responsabilidades para com a sociedade em geral e além da maximização do lucro. “*Corporate social responsibility (...) often consists in encouraging companies to adopt and share best practices and it includes notions such as corporate philantropy. (Corporate social responsibility) CSR is also about creating value*”⁷⁵.

O Pacto Global das Nações Unidas, proposto pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas em 1999, é considerado a maior iniciativa de responsabilidade social corporativa do mundo. Este não é um instrumento regulamentador, pois foi concebido como um fórum de aprendizagem para incentivar práticas socialmente responsáveis no campo dos direitos humanos⁷⁶.

Nota-se, ainda, que os códigos de conduta, que integram as iniciativas voluntárias, possuem natureza de *soft law*. Para a OCDE, os códigos de conduta são divididos em quatro grupos: códigos corporativos; códigos criados por organizações internacionais; códigos de associações da indústria; e códigos que envolvem a parceria de distintos grupos de interesse⁷⁷.

Como são recomendações, problemas práticos relacionados à sua eficácia podem surgir. Embora atualmente exista uma tendência de adoção dos códigos de conduta e de ética nas empresas transnacionais, a implementação desses códigos parece insuficiente para o combate à corrupção e às violações de direitos humanos relacionadas às operações das transnacionais⁷⁸.

2. INICIATIVAS VINCULANTES

Enquanto alguns advogam a favor das iniciativas voluntárias, nas quais as próprias empresas se encarregam da responsabilização, outros defendem a criação e aplicação de normas vinculantes que respondam aos desafios de acesso à justiça e regulação das atividades transfronteiriças das corporações⁷⁹. Afinal, as iniciativas voluntárias, apesar de possuírem uma função potencial de preparação do campo de valores e princípios para iniciativas vinculantes⁸⁰ são insuficientes para a regulação das ações das TNCs em consonância com

⁷⁵ N. BERNAZ, *Business and Human Rights: History, Law and Policy—Bridging the accountability gap. Human Rights and International Law*, Nova Iorque, Routledge, 2017, 313 pp., p. 3.

⁷⁶ J. G. RUGGIE (nota 14), p. 30.

⁷⁷ M. R. DE S. RIBEIRO (nota 35), pp. 476-477.

⁷⁸ M. R. DE S. RIBEIRO (nota 35), p. 482.

⁷⁹ *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 01, nº 2, julho de 2017, Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017, p. 19. Disponível em: <http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/HOMA-PUBLICA-N%C2%BA2-VOL.-01-1.pdf>. Acesso em 27/08/2017.

⁸⁰ N. BERNAZ (nota 77), p. 12.

os direitos humanos. As iniciativas voluntárias também não possibilitam a responsabilização das empresas que violem esses direitos, o que dificulta a reparação das vítimas desses abusos.

Logo, é imperioso o desenvolvimento de normas que vinculem as corporações transnacionais aos standards de direitos humanos, passando do eixo da *soft law* ao eixo da *hard law*, a fim de evitar os abusos desses atores não estatais e garantir o acesso à justiça às suas vítimas.

Atualmente, retorna ao foco das Nações Unidas a busca por um instrumento internacional juridicamente vinculante para as TNCs em relação às obrigações de direitos humanos. Através da Resolução 26/9, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos⁸¹, foi criado um grupo de trabalho intergovernamental com a tarefa de elaborar esse instrumento.

Nas duas primeiras sessões intergovernamentais de negociação do tratado sobre empresas e direitos humanos, ocorridas em julho de 2015⁸² e outubro de 2016⁸³, foram debatidas questões sobre a formulação e limites do instrumento -como seu escopo, conteúdo, princípios, forma e natureza- e acerca da implementação dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos⁸⁴, dos contornos de mecanismos domésticos e internacionais de acesso à justiça às vítimas de violações de direitos humanos, da responsabilidade das

⁸¹ United Nations, UN Human Rights Council. Resolution 26/9. A/HRC/RES/26/9. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 25/06/2014. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement>. Acesso em 26/08/2017. A Resolução não foi adotada por consenso. A votação registrada foi de 20 votos favoráveis, 14 contras e 13 abstenções, incluindo, nestas, a do Brasil).

⁸² United Nations, UN Human Rights Council. A/HRC/31/50. Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument. 10 maio 2017. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/22/PDF/G1601822.pdf?OpenElement>. Acesso em 15/02/2017.

⁸³ UNITED NATIONS. Human Rights Council. A/HRC/34/47. Report on the second session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. 04/01/2017. Disponível em: <https://daccess-ods.un.org/tmp/8299422.86014557.html>. Acesso em 10/05/2017.

⁸⁴ Os Princípios Orientadores foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em julho de 2011, através da Resolução 17/4. Os Princípios estabelecem que os Estados possuem o dever de proteger os direitos humanos, inclusive nos casos relacionados às operações das TNCs e de empresas de outros tipos em sua jurisdição e/ou território. Também é exposta a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos e a importância do acesso a remédios efetivos para as vítimas de abusos desses direitos. United Nations. UN, Human Rights Council. A/HRC/RES/17/4. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Seventeenth session, 06/06/2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>. Acesso em 27/08/2017.

TNCs e das obrigações estatais, incluindo obrigações extraterritoriais. Para Luis Espinosa Salas, pela primeira vez há um crescimento da perspectiva de que as iniciativas vinculantes podem ser complementadas por *guidelines* voluntárias⁸⁵.

Na terceira sessão, que ocorrerá em outubro de 2017, em consonância com o item 3 da Resolução 26/9⁸⁶, a representação do Equador, que preside o grupo de trabalho intergovernamental de negociação do tratado, apresentará um projeto com os elementos propostos para a elaboração do instrumento internacional juridicamente vinculante. Esse momento, simultâneo a um retrocesso global em direitos humanos⁸⁷, é considerado crucial para o avanço das negociações acerca do tratado sobre empresas e direitos humanos e para a proteção desses direitos e valores, reconhecidos e consagrados internacionalmente após lutas e conquistas⁸⁸.

VIII. CONCLUSÃO

As empresas transnacionais cresceram economicamente e o reflexo de seu novo poder nos direitos humanos é observado positivamente, quando contribuem para a proteção, realização e promoção desses direitos, e negativamente, em casos de violações destes, como nos casos Bhopal e Kiobel. Por outro lado, com sua sistematização, coerência, métodos e normas, a internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos fortaleceu a proteção da pessoa humana e permitiu a busca pelo respeito transnacional dos direitos essenciais do indivíduo por atores estatais e não estatais.

⁸⁵ L.S. SALAS, “The way ahead for the treaty process on transnational corporations with respect to human rights”, *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 01, nº 2, julho de 2017. Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017, 252 pp., pp. 91-95, p. 93. Disponível em: <http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/HOMA-PUBLICA-N%C2%BA2-VOL.-01-1.pdf>. Acesso em 27/08/2017.

⁸⁶ “(...) the Chairperson-Rapporteur of the open-ended intergovernmental working group should prepare elements for the draft legally binding instrument for substantive negotiations at the commencement of the third session of the working group on the subject, taking into consideration the discussions held at its first two sessions”. United Nations, UN Human Rights Council, Resolution 26/9, item 3.

⁸⁷ O relatório anual “Anistia Internacional Informe 2016/17: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo” da Anistia Internacional mostra o aprofundamento de sérias violações de direitos humanos e retrocessos em direitos já conquistados. Ver: ANISTIAINTERNACIONAL, *Anistia Internacional Informe 2016/17: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. 2017. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf. Acesso em 27/08/2017. “(A) a realidade é que começamos 2017 num mundo bastante instável, cheio de agitação e incertezas sobre o futuro. Nesse cenário, a certeza dos valores articulados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 corre o risco de ser dissolvida.”, p. 11.

⁸⁸ Sobre como a política mundial contemporânea pode incidir nas negociações do tratado que responsabilize TNCs por violações de direitos humanos. D. M. DE ARAGÃO, “Controvérsias da política mundial em direitos humanos: o contexto em que se discute o tratado sobre corporações transnacionais”, em: *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 01, nº 2, julho de 2017, Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017. Disponível em: <http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/Artigo-2.pdf>. Acesso em 27/08/2017.

Em que pese o Direito Internacional ainda não forneça ferramentas para a vinculação das transnacionais às normas internacionais de direitos humanos, as características e desenvolvimentos da internacionalização desses direitos vêm contribuindo fortemente para a formação de um quadro internacional sobre o tema. Neste, de um lado, encontram-se as tentativas de criação de um instrumento internacional juridicamente vinculante que imponha às corporações transnacionais obrigações jurídicas internacionais em relação aos direitos humanos⁸⁹, e de outro, a criação de códigos de conduta e a responsabilidade social corporativa.

Embora a produção dos códigos de conduta públicos e privados voluntários contribua para a proteção do indivíduo, é necessário vincular as corporações transnacionais à observância das normas internacionais de direitos humanos. As iniciativas voluntárias não obrigam a observância de suas regras e princípios, possuindo limitações de eficácia e *international enforcement law* busca proteger os direitos humanos, evitar que as empresas transnacionais cometam violações, e garantir o acesso à justiça das vítimas. Complementarmente, as iniciativas voluntárias podem colaborar com um quadro de princípios preparatórios para a implementação do instrumento vinculante e promover os valores éticos na atuação corporativa.

⁸⁹ Destaca-se, também, a incorporação de tratados de direitos humanos aos ordenamentos jurídicos internos e as legislações domésticas que contribuem para a proteção dos direitos humanos no campo dos negócios. I. A. de S. BENEVIDES (nota 2), pp. 161-170.

LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS

ANA E. VILLALTA VIZCARRA*

Resumen: El presente trabajo ha recopilado las buenas prácticas e iniciativas que se han realizado tanto en el ámbito universal o global como en el regional, para posteriormente identificar en el continente americano la legislación interna sobre esta temática, la jurisprudencia (incluso la dada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y los desafíos que puedan ser utilizados con el objeto de identificar alternativas que puedan dar un mejor tratamiento al tema.

Abstract: The present work has compiled the good practices and initiatives that have been realized in the universal or global as well as the regional scope, to later identify in the American continent the domestic legislation on this subject, jurisprudence (even given in the Inter-American System of Human Rights) and the challenges that can be used in order to identify alternatives that can give a better treatment to the subject.

Sumario

I. Introducción. II. Iniciativas en el marco universal o global. III. Iniciativas en el marco regional. IV. Alguna legislación interna en el marco regional. V. Casos y jurisprudencia en el Sistema interamericano de derechos humanos. VI Buenas prácticas. VII. Desafíos. VIII. Alternativas de tratamiento al tema.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que las empresas tienen un gran potencial para generar crecimiento económico, reduciendo así los índices de la pobreza, también es posible que no siempre estén en la disposición de querer garantizar los derechos humanos. Es por esta razón, que este tema de la relación entre derechos humanos y responsabilidad social de las empresas empezó adquirir importancia en la década de 1990, como consecuencia de la rápida expansión económica debido a la globalización.

* Profesora Titular de Derecho internacional de la ESEN. Miembro del Comité Jurídico Interamericano. Embajadora de Carrera del Servicio Diplomático de El Salvador. Abogada y Notaria. Master en Comercio Internacional. Miembro de ASADIP, IHLADI y AMEDIP

Sobre todo porque en los últimos años se le ha dado más atención a las obligaciones de actores no estatales y de manera especial a las empresas por el poder que tienen estas para ejercer impacto en los derechos fundamentales (responsabilidad de las empresas), ya que las empresas pueden violar los derechos humanos con sus prácticas de empleo, o por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente.

II. INICIATIVAS EN EL MARCO UNIVERSAL O GLOBAL

Actualmente se le ha puesto mucha atención a esta relación de derechos humanos y empresas, en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así tenemos que en el 2008 el Secretario General de las Naciones Unidas nombró un Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el Profesor John RUGGIE de la Universidad de Harvard, quien culminó su mandato en marzo del 2011 con los llamados “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, puestos en práctica en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, los derechos fundamentales.

La figura del Representante Especial fue creada en el 2005 a petición de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con el objetivo de alcanzar un consenso universal acerca del papel de los Estados y las empresas en relación a los impactos de la actividad empresarial en los derechos humanos, debido a que no se logró adoptar en el 2003 un documento conocido como la Normas de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la cuestión de los derechos humanos, las que buscaban delinear en forma definitiva las responsabilidades atribuibles a las Empresas en lo que respecta a derechos humanos y medioambiente e impusieron además responsabilidades de gran alcance sobre las actividades comerciales para la realización de los derechos fundamentales, razón por la cual no lograron un amplio apoyo por parte de los Estados, argumentando que carecían de fundamento legal.

Esto provocó que un año después se solicitara por la antigua Comisión de Derechos Humanos, hoy Consejo de Derechos Humanos, al Secretario General de las Naciones Unidas que se designara a un Representante Especial para esta temática con el objeto que investigara y aclarara los aspectos jurídicos y políticos básicos en tema de empresas y derechos humanos, nombrándose así al Profesor RUGGIE, quien estableció su Marco y Principios RUGGIE.

Estos Principios, que en su total fueron 31, se concentran en tres aspectos básicos:

1. El deber del Estado de proteger frente a los abusos en materia de derechos humanos provenientes de terceras partes, incluyendo las empresas;
2. La responsabilidad empresarial de éstas en cuanto al respeto de tales derechos, lo que significa actuar con la diligencia debida a fin de evitar vulnerar los derechos de otros;
3. La necesidad de que los perjudicados dispongan de reparaciones efectivas, incluso mediante el acceso a los tribunales del país de origen de las firmas, es decir un mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales y no judiciales, es decir, a una compensación efectiva.

En el marco de estos Principios, se reafirma la obligación de los Estados de proteger a sus nacionales de cualquier violación a sus derechos, ya sea por parte del mismo Estado o de terceros.

El mandato de las Naciones Unidas para el Profesor RUGGIE se concentraba en lo siguiente:

- a) identificar y clarificar los estándares de responsabilidad y rendición de cuentas de empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos;
- b) trabajar sobre la función de los Estados de regular y asignar de forma efectiva la función de las Empresas transnacionales y otras Empresas comerciales con respecto a los derechos humanos incluso a través de la cooperación internacional;
- c) investigar y clarificar las implicancias de conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” en lo que respecta a empresas transnacionales y otras empresas comerciales;
- d) realizar un compendio de las mejores prácticas de los Estados, empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

En cuanto a las obligaciones de las empresas, podrían resumirse en las siguientes: nivel de compromiso político, deber de diligencia y remediar o reparar los daños. En ese sentido, el mandato de RUGGIE se basaba en lo siguiente:

1. en el deber de los Estados de proteger los derechos individuales frente a abusos cometidos por actores no-estatales;
2. la responsabilidad que tienen las empresas de respetar los derechos humanos; y,
3. la existencia de mecanismos legales adecuados en caso de conflictos (sean judiciales o no-judiciales).

Lo que sucede en cuanto a la relación entre los derechos humanos y la responsabilidad social de las empresas, es que se tenía la percepción de que la

protección de los derechos humanos únicamente pertenecía a los Estados y que a las empresas les tocaba respetar las leyes nacionales de los Estados donde operaban, ahora tenemos que a las empresas les toca respetar los derechos humanos por ser una parte esencial de su responsabilidad social, además de que proteger y garantizar los derechos humanos les permite tener una apreciación más positiva de sus negocios y en la sociedad, ya que mejora su reputación, la motivación de sus trabajadores, clientes y usuarios.

En ese sentido, las empresas también deben considerar como contribuir a evitar la violación de los derechos humanos por abusos de terceros, de tal suerte que las empresas también tendrían la responsabilidad de proteger a los individuos de abusos perpetrados por terceros.

Por tal motivo, las empresas están en la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos tal como lo deben hacer los Estados, para lo cual es necesario que conozcan la normativa internacional no solo sobre empresas sino que también sobre derechos humanos. De tal manera, que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica tanto la obligación de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, como la necesidad de hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos en las que tengan alguna participación.

Los Estados por su parte, son los principales responsables de garantizar los derechos humanos de todas las personas, así como de proteger a las personas contra cualquier violación de los mismos por parte de un tercero, sean éstos personas físicas o jurídicas, y de adoptar además todas aquellas medidas necesarias para asegurar su disfrute y ejercicio efectivos.

Por tal motivo, deben conocerse las principales normas internacionales relacionadas con las empresas y los derechos humanos, entre ellas tenemos:

Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las empresas multinacionales de 1976; la Declaración tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se 1977; el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000 referente a derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción; los Estándares de desempeño de sostenibilidad social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional de 2006; el Marco de Ruggie de 2008 aprobado en forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos; la Guía de responsabilidad social, ISO 260000 de la Organización Internacional de Estandarización de 2010 y los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 16 junio de 2011 aprobados por la Resolución de Naciones Unidas 17/4. A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

Estos Principios rectores de la ONU se convirtieron en el marco global de referencia en la relación empresas y derechos humanos, para todos los actores que de forma directa o indirecta tienen obligaciones, responsabilidades o intereses legítimos en relación con la actividad comercial y empresarial, y son las normas de conducta que a nivel mundial se espera de todas las empresas y de todos los Estados en relación con los derechos humanos y las actividades empresariales, se concentran en lo siguiente: la obligación de los Estados de prevenir violaciones de derechos humanos por parte de empresas en su territorio y en el extranjero; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos a través de medidas de debida diligencia orientadas a evitar impactos negativos, y el derecho de las víctimas a reparación.

Con los Principios rectores se pretende establecer unas directrices universalmente aplicables y viables para la prevención y reparación efectivas de las vulneraciones de los derechos humanos relacionados con las empresas, y tal como lo ha establecido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, deben entenderse” como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible”.

El 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas unánimemente por la Resolución 26/9. A/HRC/RES/26/9 decidió que se elaborara un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos para lo cual se creó un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre este tema para redactar un tratado vinculante de derechos humanos aplicable a las corporaciones transnacionales y otras empresas, esta resolución fue iniciativa principalmente de Ecuador y de Sudáfrica.

Hay que tener en cuenta que tanto los Principios rectores como el instrumento jurídicamente vinculante sobre responsabilidad empresarial, son procesos complementarios.

Este instrumento al concluirse podría obligar a los Estados a exigir que las Empresas adoptaran políticas y procesos destinados a detectar, prevenir o mitigar violaciones de derechos humanos cometidas en su giro comercial, razón por la cual, aparecieron muchos detractores (tanto Estados como empresas) a este instrumento, y es que hoy en día existen una serie de violaciones de derechos humanos cometidas gracias a la actuación de empresas, las cuales pueden ser tan graves como las cometidas por agentes estatales, por lo que el tema sigue actualmente en agenda en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Además de estas normas internacionales, la situación entre derechos humanos y empresas tiene relación con todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el plano universal como en el regional, por lo que todos estos derechos tienen que ser protegidos y garantizados por las empresas.

El reparto de las responsabilidades entre el Estado y empresas está en proceso de evolución y desarrollo, igual a lo que ocurre con el reparto de responsabilidades entre las empresas y los individuos que las dirigen, por lo que existe una clara tendencia a extender las obligaciones de derechos humanos más allá de los Estados, aplicándolas a los individuos o particulares.

En la actualidad es muy común observar las violaciones a derechos humanos por parte de las empresas en las explotaciones y extracciones de minería, existiendo no solo responsabilidad para las propias empresas sino también para los Estados donde está ubicada la mina y donde tiene su sede la empresa transnacional.

Esta responsabilidad social empresarial de respetar los derechos humanos atañe a todas las empresas de cualquier naturaleza y tamaño, por lo que deben asumir este compromiso político de respeto de los derechos humanos; lo que debe hacerse con una diligencia debida identificando, previniendo, mitigando y rindiendo cuentas por los impactos negativos en los derechos humanos y la utilización de mecanismos de compensación para reparar los daños, directos o indirectos, ocasionados en los derechos humanos.

A las empresas en el 2011 se les dio una orientación operativa sobre la implementación de su responsabilidad corporativa de proteger los derechos humanos mediante los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos a fin de que cumplieran con el marco de las Naciones Unidas de “proteger, respetar y remediar”, los cuales son congruentes con las normas internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Estos Principios también han estado recibiendo apoyo de otras entidades internacionales como: La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que los incluyó en la actualización del 2011 de sus Directrices para empresas multinacionales; la Corporación Financiera Internacional, que brinda préstamos a empresas de países en vías de desarrollo con la finalidad de promover el desarrollo económico y reducir la pobreza, reconoció la responsabilidad del sector privado con respecto a los derechos humanos en su política sobre sostenibilidad social y ambiental de 2012; la Comisión Europea por su parte, emitió una nueva política de responsabilidad social y corporativa que expresa la prevención de que las empresas europeas respetarán los derechos humanos.

Con esto las empresas tendrán un marco coherente e inclusivo que les permita encausar sus actividades, políticas y procesos en el respeto de los derechos humanos, el cual se aplicara según las cualidades y particularidades de las

empresas. Estos Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos son los mayores pasos que las empresas deberían dar para garantizar que se respeten los derechos humanos.

Estos Principios fueron creados con el fin de aclarar y desarrollar las consecuencias que se derivan del marco actual de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y ofrecer una orientación sobre el modo de ponerlos en práctica.

En razón de lo anterior, se hace necesario que en este tema de derechos humanos y empresas, se haga obligatorio el aplicar en las empresas el marco Ruggie, la conveniencia de establecer mecanismos legales que hagan cumplir a las empresas su responsabilidad con los derechos humanos y capacitar a las empresas con mejores prácticas en esta temática, ya que las empresas no tiene únicamente la responsabilidad de evitar la violación de los derechos fundamentales sino que deben coadyuvar activamente para que estos se cumplan, es decir, la obligación de respetarlos incluso por terceros.

Asimismo, las empresas deben establecer un proceso de diligencia debida de los derechos humanos, para poder identificar a las personas que podrían verse afectadas por sus actividades y cuales derechos podrían ser vulnerados, por lo que deberá de determinar que acciones debe emprender para contrarrestar su impacto o prevenirlos.

Esto debido a que los Principios de RUGGIE no son obligatorios pero si constituyen el avance jurídico normativo sustancial hacia la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante que permita declarar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos y su reparación, tal como quedo establecido por la Resolución A/HRC/26/L.22 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2014.

Hay que tomar en cuenta la célebre frase de John RUGGIE: “No conozco ninguna empresa que haya quebrado por invertir en derechos humanos: y algunas que si, por no hacerlo”.

III. INICIATIVAS EN EL MARCO REGIONAL

La Organización de los Estados Americanos (OEA), ha emitido normativa internacional sobre este tema principalmente, a través de resoluciones emanadas por la Asamblea General de la OEA, de carácter recomendatorio, manifestando su preocupación al respecto empezándole a dar tratamiento a partir del 2001 con la Resolución de Asamblea General AG/RES.1786 (XXXI-O/2001), en virtud de la cual encomienda al Consejo Permanente el análisis del tema, con el propósito de precisar su contenido y alcances, de forma tal de ilustrar a los países miembros de la OEA y difundir al interior de estos los elementos que la componen.

El tema ha sido tratado en las subsiguientes Asambleas Generales de la OEA, recomendando su implementación por parte de los Estados miembros de la Organización, mostrando especial preocupación porque las empresas incorporen una política de responsabilidad social empresarial, especialmente en el ámbito de los derechos humanos y del medio ambiente.

Actualmente, el tema fue tratado en la Asamblea General de la OEA llevada a cabo en República Dominicana en junio de 2016, en la Resolución AG/RES.2887 (XLVI-016) denominada “Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, de 14 de junio de 2016, la cual en su Resolutivo iii. Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los Derechos Humanos, recordó: el contenido de la Resolución A/HRC/RES/26/9 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 14 de Julio de 2014 bajo el título “Elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”; destacó que recae en los Estados la obligación y la responsabilidad primaria de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en contra de los abusos cometidos en su territorio y su jurisdicción inclusive por terceros, incluidas las empresas; tomó nota del informe sobre “Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano mediante Resolución CJI/RES.205 (LXXXIV-0/14), Resolviendo:

1. Hacer un llamado a los Estados miembros para fortalecer los mecanismos que establecen garantías para el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de las empresas, actuando en concordancia y observancia de los instrumentos internacionales aplicables, y de conformidad con las legislaciones nacionales.
2. Alentar a los Estados Miembros a que consideren su participación en las iniciativas a nivel nacional, o regional, o global para la protección de los derechos humanos de quienes pueden verse afectados en sus empresas.
3. Solicitar al Comité Jurídico Interamericano que realice una recopilación de buenas prácticas, iniciativas, legislación, jurisprudencia y desafíos que puedan ser utilizados como base para identificar alternativas para el tratamiento del tema, la cual se pondrá en consideración del Consejo Permanente en el plazo de un año; y, adicionalmente, requerir a los órganos del Sistema interamericano de derechos humanos que contribuyan con sus aportes y experiencia a dicho proceso. La ejecución del presente mandato, estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa presupuesto de la organización y otros recursos.

En cuanto al Comité Jurídico Interamericano, el tema ha sido tratado como la “Responsabilidad de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente”.

En dicho Informe se hizo una relación de las Resoluciones que sobre esta temática ha emitido la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en sus distintos periodos ordinarios de sesiones. Así como diversas Conferencias interamericanas organizadas por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a partir del 2002, cumpliendo con el mandato de la III Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec, Canadá en abril del 2001, las que se han celebrado en distintos Estados del continente.

A estas Conferencias interamericanas asisten autoridades gubernamentales, especialistas, empresarios, académicos e instituciones dedicadas a esta temática, con el objeto de poder aplicar una política de responsabilidad social, por lo que el tema está siendo objeto de estudio en el continente americano.

En dicho Informe el Relator también hace relación a la legislación nacional de los Estados miembros de la OEA sobre responsabilidad empresarial, y presenta además una “Guía de Principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”.

IV. ALGUNA LEGISLACIÓN INTERNA EN EL MARCO REGIONAL

La República Argentina con su Ley N°25877 de junio de 2004 denominada Ley de ordenamiento laboral que en su capítulo IV establece que las empresas nacionales o extranjeras deben elaborar anualmente un balance social de su empresa, esta ley se complementa con la Ley N°2594 del 6 de diciembre de 2007 que regula el contenido y alcances del denominado Balance de responsabilidad social y ambiental.

En Costa Rica se cuenta con la Ley Marco de la responsabilidad social empresarial de 2010 que establece a las Empresas la obligación de presentar un balance social de sus actividades, en el cual se debe tomar en cuenta las políticas, prácticas y programas implementados a favor del desarrollo humano y sostenible y con la Ley de responsabilidad social corporativa de turismo también de 2010 por la cual se estimula a las empresas a participar en programas de responsabilidad social.

En El Salvador, no hay regulación específica sobre responsabilidad social empresarial pero la Ley del medio ambiente publicada por Decreto Legislativo N°233 de 1998, contempla beneficios fiscales para las empresas que realicen procesos, proyectos o productos ambientalmente sanos o que apoyen a la conservación de los recursos naturales.

En los Estados Unidos de América se cuenta con la Ley de reclamación por agravios contra extranjeros que forma parte de la Ley Judicial de 1789 por la cual se determina responsabilidad a las empresas por violaciones a los derechos humanos. También se cuenta con leyes que tienden a desestimular o prohibir la

obtención de bienes o servicios producidos o brindados por empresas en violación a los derechos humanos, entre ellas tenemos: la Ley de aranceles de 1930 sobre importación de bienes producidos con mano de obra forzada, la Ley de 1977 sobre prácticas corruptas, la Ley de protección de víctimas de tráfico de 2000 y las secciones 1502 y 1504 de la Ley de protección al consumidor de 2012.

En Jamaica tampoco existe una ley específica sobre la materia pero en la Ley de sociedades de 2004 se establece como una obligación legal de las empresas ejercer la responsabilidad social empresarial en sus operaciones para la protección de la sociedad y el medio ambiente y que es obligación de las empresas no solo velar por los intereses de la misma, sino también de los empleados y de la comunidad donde opera y la Ley de zonas marítimas de 1996 que impone la obligación a toda persona o empresa de respetar el medio ambiente.

En México, hay una serie de normas que establecen la responsabilidad social de las empresas sobre todo en el campo laboral y del medio ambiente, así tenemos, la Ley Federal de Trabajo, la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, la Ley General de las personas con discapacidad, y se está promoviendo la Guía de responsabilidad social-NMX-SAST-2600-IMNC-2011/ISO 26000:2010 que señala los principios y materias que comprende la responsabilidad social y como consecuencia del NAFTA (bloque económico del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), México tuvo que implementar prácticas de naturaleza empresarial compatibles con el respeto a los derechos humanos y al medio ambiente lo que le daría mayores oportunidades para promocionar sus productos a los clientes de Canadá y Estados Unidos.

En Perú mediante Decreto Supremo N°015-2011-TR se creó el Programa Perú responsable dentro del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, como parte del proceso de despliegue de políticas inclusivas y de diálogo entre el Estado, la sociedad y el sector privado, por el cual se diseñaron políticas públicas en materia de responsabilidad social empresarial. También en el capítulo 4 denominado Empresa y medio ambiente de la Ley N°286111 de la Ley General del ambiente del 13 de octubre de 2005 se estableció un grupo de obligaciones a cargo de las empresas.

También en Perú el sector privado se ha interesado por este tema y así tenemos que en la década de 1990 se crea una organización privada bajo el nombre de Perú 2021 que impulsa la responsabilidad social empresarial como parte de la nueva visión nacional que se debe impulsar.

Es conveniente, impulsar a los demás Estados de la región a que adopten legislación nacional ya sea de una manera específica o genérica sobre responsabilidad social de las empresas con el objeto de tener normas de carácter vinculante.

Si bien es cierto las leyes nacionales imponen obligaciones a las empresas, la responsabilidad corporativa internacional de respetar los derechos humanos proporciona un grado de responsabilidad por encima de las normas jurídicas nacionales, lo que significa que si los Estados no hacen cumplir adecuadamente a las empresas por la infracción de sus leyes nacionales, éstas siguen siendo responsables de respetar los derechos humanos.

Algunos Estados en base a las Resoluciones de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos han expresado su compromiso con la temática de derechos humanos y empresas, así tenemos que Chile ha expresado su compromiso con los Principios Rectores de Naciones Unidas y con los resultados de la sesión especial que sobre este tema se realizó a nivel regional en el seno de la Organización de los Estados Americanos en enero de 2015.

De esta manera, es que Chile a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, está elaborando el desarrollo de un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas donde está tomando como fundamento para el tema, los aportes que se han dado en el ámbito universal y regional, así como la participación de todos los actores interesados, a fin de tener un diálogo que sea abierto, inclusivo y transparente para lo cual celebró en abril de 2015 un Seminario Nacional de Alto Nivel para iniciar un debate sobre el tema.

Colombia por su parte, publicó en julio de 2014 los Lineamientos de política pública sobre derechos humanos y empresas donde han tomado en cuenta los estándares internacionales sobre esta temática, para culminar con un plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos de conformidad especialmente con los Principios rectores de las Naciones Unidas, para lo cual inició diálogos con la sociedad civil y las empresas, lo que hará que su Plan sea de verdadero consenso.

Este Plan ya es una realidad en Colombia y fue lanzado por el Presidente Juan Manuel Santos denominado Plan Nacional de Acción en Empresa y Derechos Humanos, con el objeto que las empresas desarrollen sus negocios con absoluto respeto a los derechos humanos.

Este Plan es un documento vivo que contiene líneas de acción para que las entidades del Estado generen las condiciones mínimas que hagan que las empresas desarrollen su negocio con absoluto respeto por los derechos humanos.

Este Plan fue consensuado con empresas, organizaciones de la sociedad civil y el apoyo de la comunidad internacional, de conformidad a lo planteado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y derechos humanos el cual debe ajustarse al contexto de cada país, significando el punto de partido del nuevo rol que debe jugar el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos en su interacción con las empresas.

Es conveniente, que todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos sigan el ejemplo de Chile y de Colombia y que intercambien experiencias con estos dos Estados para poder también contar en sus países con un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, que se fundamente en un diálogo donde participen todos los actores claves, como lo son los Estados, las empresas y la sociedad civil y que se tome en cuenta toda los avances que hasta el momento se tienen en el ámbito universal y en el regional.

V. CASOS Y JURISPRUDENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Actualmente tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado una serie de normas y recomendaciones a los Estados en este tema de derechos humanos y empresas, donde éstas juegan un rol importante, especialmente en la temática de extracción de recursos naturales y en los derechos de los pueblos indígenas por la afectación que se da a los derechos humanos, como por ejemplo contaminación procedente de las fábricas, de los proyectos mineros que han privado a muchas comunidades de sus medios de vida, de sus fuentes de agua, o bien alterar su composición social.

Esto se debe a que actualmente la inversión privada relativa a la extracción de recursos naturales ha aumentado considerablemente en América Latina, provocando como es natural impactos tanto positivos como negativos, dándose a la vez un crecimiento económico pero también conflictos sociales debido a la vulneración de los derechos humanos, y es que las empresas tienen la responsabilidad de evitar vulnerar los derechos humanos de manera que puedan provocar desplazamientos arbitrarios de personas, debiendo tomar medidas para corregir dichas vulneraciones.

Es por ello que las empresas deben evitar que sus propias actividades ocasionen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer frente a estas consecuencias cuando se produzcan.

Es por esta razón que el Representante Especial de Naciones Unidas John RUGGIE manifestaba: “Respetar los derechos humanos implica que las empresas deben actuar positivamente para conocer y prevenir los efectos negativos en los derechos humanos, y responder a ellos”.

En ese sentido, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2004 se tiene registro de audiencias temáticas donde se han abordado conflictos de intereses entre los derechos de los pueblos indígenas y las empresas privadas relacionadas con la extracción de recursos naturales, afectando derechos humanos.

Entre estas audiencias tenemos: la situación de los pueblos indígenas con relación a las industrias extractivas de marzo 2004; derechos humanos y calentamiento global de marzo de 2007; la situación de personas afectadas por la industria extractiva minera y petrolera en Ecuador de marzo de 2007; el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en la región amazónica y ejecución de proyectos de la Iniciativa para la integración de la infraestructura regional suramericana de marzo de 2010; la situación de los derechos humanos de las personas afectadas por la minería en las Américas y responsabilidad de los Estados huéspedes y de origen de las empresas mineras de noviembre de 2013 y la Industrias extractivas y derechos humanos del pueblo mapuche en Chile de marzo de 2015; la responsabilidad de Canadá en violaciones a derechos humanos cometidas por sus empresas mineras en América Latina de 2015 y dos audiencias temáticas también en el 2015 sobre la necesidad de considerar la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas, denominadas derechos humanos e industrias extractivas en América Latina (tema de extraterritorialidad).

Además de las Audiencias temáticas también se han tenido casos ante el Sistema interamericano de derechos humanos, entre ellos: el asunto Yanomani contra Brasil en 1985; el caso de las Comunidades Indígenas Maya contra Belice en el 2000; el caso de la Comunidad Mayagua Awas Tingni contra Nicaragua en el 2001; el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros contra Ecuador de 2004; el caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros contra Perú en el 2004; el Asunto Ximenes Lopes contra Brasil en el 2006; el caso del Pueblo Saramaka contra Suriname de 2007; el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010.

Muchos de estos casos han sido judicializados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos deduciendo responsabilidad a los Estados por permitir que empresas vulneraran derechos humanos de las personas así como daños al medio ambiente, dejando como precedente de que se puede configurar responsabilidad internacional cuando el Estado acepta que empresas privadas afecten derechos humanos; cuando el Estado no cumple sus obligaciones de supervisión hacia dichas empresas ya que las empresas tienen la obligación de reparar frente a violaciones de derechos humanos en un nivel interno.

En este sentido, hay que tomar en cuenta el artículo 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que establece: “Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean parte, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido que la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas

por los particulares está contenida tanto en la Declaración de Derechos Humanos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que el carácter *erga omnes* de las obligaciones de proteger y garantizar los derechos humanos se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en sus sentencias como en las opiniones consultivas, y así tenemos la "Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre la condición jurídica y derecho de los migrantes", en la cual la Corte estableció la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en relación entre empleadores y trabajadores migrantes, lo que significa garantizar los derechos humanos por posible violación de parte de los particulares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte ha establecido en el Caso del pueblo Saramaka contra Surinam en el 2007, que la obligación de protección del Estado comprende la obligación de prevenir los abusos de derechos humanos cometidos por terceros o por actores no estatales. Si bien es cierto, la Corte no ha utilizado específicamente el término empresas, el entonces juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos don Antonio Augusto Cancado Trindade, en el caso del pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador en el 2005, expresó: "que la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones internacionales exige protección contra todo abuso posible, incluyendo las empresas".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también ha analizado la responsabilidad del Estado por abusos de empresas a través de casos individuales, medidas cautelares, audiencias temática e informes sobre países, sobre todo cuando las actividades de las empresas han amenazado el derecho a la vida por medio de actos vinculados con el medio ambiente.

Hasta el momento el destinatario principal de los reclamos han sido principalmente los Estados, siendo los primeramente responsables de prevenir y abordar los abusos de las empresas por vulneración de los derechos humanos, haciéndose por lo tanto necesario la creación de un mecanismo para hacer deducir responsabilidad a las empresas por violaciones a los derechos humanos, por lo que se hace conveniente, que el Sistema interamericano de derechos humanos siga avanzando en la discusión de esta temática, ya que en los últimos años la comunidad internacional ha tomado en cuenta el ámbito de responsabilidad que le corresponde a las empresas en el campo de los derechos humanos.

VI. BUENAS PRÁCTICAS

Cabe mencionar que también en la región ha habido una práctica empresarial positiva en esta temática de derechos humanos y empresas, ya que el tema de responsabilidad social se ha ido incorporando progresivamente, así tenemos que algunas empresas han priorizado los aspectos ambientales y sociales desarrollando

programas de educación, salud, fomento de la cultura, programas de vivienda, ayuda social y protección del medio ambiente, respeto de los derechos humanos de los trabajadores, líneas de crédito, generación de mayores oportunidades de trabajo, entre otros.

Es conveniente, que estos ejemplos sean asumidos por el sector empresarial del continente americano para desechar las prácticas negativas en la relación empresas y derechos humanos, y se garantice de esta manera el respeto de los derechos humanos, con la seriedad y el compromiso que amerita.

Además, es necesario que en estas buenas prácticas las empresas tengan la obligación de respetar los derechos humanos y de reparar a las víctimas cuando sus derechos sean violados por el accionar empresarial, para ello las empresas deben elaborar Códigos de conducta donde se comprometan a ajustar sus actividades a los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos y que en la normativa de los Códigos las empresas se comprometan a contratar proveedores y subcontratistas que respeten los derechos humanos y que se acepten controles de auditoría, así como controles estatales por medio de inspectorías.

Es necesario también en el ámbito interamericano a partir de las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y de las audiencias temáticas y casos dados en el Sistema interamericano de derechos humanos que las institucionales nacionales de derechos humanos de los Estados tomen conciencia de esta temática de derechos humanos y empresas e inicien un diálogo constructivo entre empresas, Estados y actores relevantes de la sociedad civil para implementar los marcos legales necesarios para proteger y garantizar los derechos humanos.

VII. DESAFÍOS

Hay que tener en cuenta que cuando fue diseñado el marco de protección internacional de los derechos humanos, las empresas no tenían un rol preponderante pero actualmente muchas de las violaciones a los derechos humanos son por omisiones o por acciones directas de las empresas transnacionales y otras empresas, lo que hace necesario que los órganos de derechos humanos tanto en el marco universal como en el regional estén preparados ante estas nuevas situaciones, con la finalidad de aplicar todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Teniendo en cuenta estos instrumentos, las empresas deben alcanzar compromisos y códigos de conductas que tengan por objeto: apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito universal y regional; asegurarse de no ser cómplices en abusos a derechos humanos; respetar toda la

normativa laboral; eliminar todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; eliminar la trata de personas; abolir el trabajo infantil; eliminar la discriminación en el trabajo; velar por el medio ambiente y adquirir una responsabilidad ambiental; apoyar el combate al crimen organizado transnacional, entre otros.

En ese sentido, a que desafíos puede encontrarse el Sistema interamericano ante esta nueva relación de empresas y derechos humanos y como pueden canalizarse todos los esfuerzos entre los diferentes Órganos de la OEA para abordar esta problemática.

Para encarar esta situación tenemos que el 29 de enero de 2015, en cumplimiento de la Resolución AG/ RES.2840 (XLIV-0/14) de la Asamblea General de la OEA de 4 de junio de 2014, se realizó en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización la Primera Sesión Especial sobre Empresas y Derechos Humanos, en la reunión participaron además diversas autoridades y órganos de la OEA, entre ellos el Comité Jurídico Interamericano que a través de su Presidente rindió el Informe de Relatoría de dicho Órgano denominado “Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”.

En esta reunión se reconoció el valor de los Principios rectores de las Naciones Unidas de 2011 sobre empresas y derechos humanos como un referente jurídico importante y la necesidad de promover la temática en la región, así como difundir las diversas Resoluciones de las distintas Asambleas Generales de la OEA que han abordado este tema y que los Estados lo sigan discutiendo, recomendando que se conozcan y comparten experiencias comparadas y que se use como fuente de información el trabajo realizado por otras organizaciones y actores relevantes en la materia.

Se hizo referencia a que en los últimos años ha habido tratamiento del tema por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollando estándares y recomendaciones para la protección de los derechos humanos con relación a las empresas.

En la sesión también participaron representantes del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el tema de empresas y derechos humanos, así como diversos representantes de la sociedad civil, además de las delegaciones de los Estados que participaron en dicha sesión, quienes en sus intervenciones informaron sobre los avances legislativos que existen en sus Estados sobre esta temática.

Las organizaciones de la sociedad civil por su parte solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se le brinde una atención adecuada a esta problemática y entre sus peticiones estaban las siguientes: fortalecer la obligación de los Estados de supervisar la actividad de las empresas ante violaciones de derechos humanos y que se establezcan obligaciones vinculantes

para las empresas; que la Comisión impulse el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas; que con base a la doctrina y a la jurisprudencia del Sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda desarrollar medidas específicas para que los Estados supervisen las actividades empresariales a fin de que no se den violaciones a derechos humanos; el fortalecer el acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas; que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos priorice la tramitación de peticiones individuales referentes a la responsabilidad extraterritorial; que las autoridades de la OEA fomenten un diálogo constructivo entre Estados, empresas, actores relevantes de la sociedad civil y otros sectores sociales para abordar eficazmente la problemática; que se busque un mecanismo vinculante para hacer efectivos los Principios rectores sobre las empresas y los derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Si bien es cierto en el ámbito interamericano no se ha establecido una normativa vinculante sobre el tema de Derechos Humanos y empresas, si ha sido materia de seria preocupación en la Organización de los Estados Americanos ya que se han emitido muchas Resoluciones por parte de la Asamblea General de la OEA; así como doctrina y jurisprudencia del Sistema interamericano de derechos humanos al establecer como precedente que la responsabilidad internacional se puede configurar cuando el Estado tolera que las empresas violen los derechos humanos, así como cuando los Estados no cumplen con su función de supervisarlas; también ha sido tratado el tema por otros órganos de la organización, como lo es el Comité Jurídico Interamericano que incluso ha propuesto una “Guía de Principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, contenido en su Resolución CJI/RES.205/LXXXIV-0/14).

Como puede notarse, en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ya se han dado reuniones e informes sobre esta temática de derechos humanos y empresas con el objeto de encontrar vías efectivas de solución para el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas, de una manera coordinada, a través de un proceso de diálogo entre Estados, empresas y sociedad civil, para así poder afrontar este nuevo desafío.

VIII. ALTERNATIVAS DE TRATAMIENTO DEL TEMA

Sería conveniente coordinar las acciones a nivel universal (global) y regional para evitar la fragmentación del tema y apoyar en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas las labores del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta para redactar un instrumento jurídico vinculante (Tratado) en el ámbito de derechos humanos aplicable a las empresas transnacionales y otras empresas tal como se acordó en la Resolución de Naciones Unidas A/HRC/RES/26/9.

Con el objeto de llegar a un consenso con todos los actores del Grupo de los temas que deberían de ser abordados en el instrumento jurídico vinculante sobre empresas y derechos humanos, podrían citarse como ejemplo los siguientes: los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011; crear los correspondientes mecanismos de reparación; que la responsabilidad sea deducida a toda clase de empresas sean estas transnacionales, estatales o locales; que se regule todo lo relativo a las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el ámbito de las violaciones a derechos humanos cometidas por las empresas y que se construya el marco normativo necesario que permita declarar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos y exigir la correspondiente reparación.

Es necesario que en estas sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta se involucren no solamente los Estados en vías de desarrollo sino que también los Estados desarrollados para poder alcanzar el consenso necesario en este tema y que se tomen en cuenta además, las recomendaciones de la sociedad civil.

Sería recomendable para poder participar en estas reuniones del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta, que la Organización de los Estados Americanos (OEA) pudiese también designar a un Representante especial sobre empresas y derechos humanos para el Sistema interamericano para poder interactuar con el Representante Especial de las Naciones Unidas y compartir experiencias e información sobre esta temática y sobretodo apoyar la adopción del Instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos en el marco internacional.

Es necesario exhortar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que no lo hayan hecho a que incorporen en sus ordenamientos jurídicos internos regulación sobre este tema de derechos humanos y empresas y de responsabilidad social empresarial, ya sea a través de una regulación específica o genérica, con el objeto de tener legislación interna clara y transparente a aplicar en esta temática.

Asimismo, es conveniente que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos cuando negocien y suscriban Tratados de Libre Comercio tanto en el ámbito bilateral como multilateral pudieran introducir cláusulas relativas al tema de derechos humanos y empresas en las cuales se protejan y garanticen los derechos humanos de las personas, así como la reparación en caso eventual de violaciones a dichos derechos.

Algunos académicos y organizaciones sociales de derechos humanos proponen la conveniencia de considerar que ya sea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un Estado miembro de la OEA u otros de sus órganos soliciten una

opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que manifieste si hay obligación de protección del Estado respecto de las actividades empresariales, y si los Tratados de Libre Comercio o las leyes internas sobre inversión deben estar en compatibilidad con Convención Americana sobre Derechos Humanos en esta temática.

Es también conveniente que en el Sistema interamericano se haga una difusión de la normativa internacional existente sobre empresas y derechos humanos. En ese sentido, difundir y continuar promoviendo la aplicación de los Principios rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y derechos humanos y el Marco RUGGIE de 2011, así como las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre esta temática en el marco de las Naciones Unidas y dar a conocer las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre esta situación, así como los informes y casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema, para que sean conocidos tanto por los Estados como por las empresas, a efecto de que cumplan sus obligaciones materia de derechos humanos.

El Sistema interamericano de derechos humanos debe impulsar por el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, para ello los Estados deben supervisar adecuadamente la actividad empresarial y que se establezcan además obligaciones vinculantes para las empresas, ello porque el Sistema ha desarrollado muy buenos estándares para la protección de este derecho, donde la prevención y el diálogo juegan un papel importante.

Es necesario como ya se ha dicho en el presente informe que las instituciones nacionales de derechos humanos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos impulsen un diálogo favorable y constructivo entre Estados, empresas, sociedad civil y otros actores sociales relevantes para la implementación práctica de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, y que estos puedan incorporarse en un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

La creación de estándares internacionales para la identificación de las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, ha sido un paso cualitativamente fundamental para deducir responsabilidades y para ampliar el espectro de oportunidades para que la mayor cantidad de personas y grupos vulnerables sean beneficiarios de proyectos que mejoren su calidad de vida, respetándoles sus derechos.

Pero es conveniente que para que se cumplan estos estándares los Estados formulen políticas públicas o Planes de Acción como recientemente lo ha hecho Colombia, con la participación de todos los sectores involucrados con el objeto de formular un Plan inclusivo con el Estado, la sociedad civil, el sector empresarial y con el apoyo de la comunidad internacional.

Es necesario hacer una labor de concientización en el continente americano de los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, del marco RUGGIE y de todo lo que el Sistema interamericano de derechos humanos ha avanzado, creando estándares internacionales sobre esta temática, con el objeto de que la mayoría de los Estados de América cuente con políticas o planes de acción que los incorpore, para que las empresas adopten los Principios rectores, los Estados presionen sobre el cumplimiento de los derechos humanos y que las personas sean cada vez más conscientes sobre sus derechos.

Es conveniente, el implementar planes de acción en el ámbito nacional con la finalidad de llevar a la práctica los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, en el que participen en su elaboración todas las partes interesadas y en los que además se creen mecanismos amplios de seguimiento y evaluación, estrategia de actividades y en los que se incluyan medidas de reparación efectivas para las víctimas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, garantizando así la protección y el respeto total de estos, los planes deben ser difundidos en toda la sociedad.

EL PAPEL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

CARLOS E. ODRIOZOLA MARISCAL*

Resumen: El derecho internacional privado se ha visto influenciado por el derecho internacional de l derechos humanos y debe reinventarse. La visibilización de la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos ha tenido un desarrollo importante a partir del año 2011 con los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. En el presente artículo hacemos un breve recuento histórico sobre la génesis de los Principios Rectores anotados. Finalmente, apuntamos brevemente cual es el papel de las pequeñas y medianas empresas en la lucha para el respeto a los derechos humanos a la luz de los Principios Rectores, en el contexto del comercio internacional.

Abstract: PIL has been influenced by international human rights law and it must be reinvented. The visibility of corporate responsibility for human rights violations has had a significant development since 2011 with the «Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework». In this article we make a brief historical recount on the genesis of the Guiding Principles glossed. Finally, we will briefly point out the small and medium-sized enterprises role in the fight for human rights respect in the light of the Guiding Principles in the context of international trade.

Sumario

I. Introducción. II. Los derechos humanos y el derecho internacional privado III. La responsabilidad social de las empresas. IV. Los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. V. El papel de las pequeñas y medianas empresas en la lucha por el respeto a los derechos humanos. VI. Conclusiones.

* Ex Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Profesor de Posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. INTRODUCCIÓN

La Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)¹, celebrará los días 9 y 10 de noviembre de 2017, en la ciudad de Bogotá, Colombia, sus XI Jornadas ASADIP bajo el enunciado general de “La actividad internacional de la empresa”. El autor de estas líneas participará en la mesa “Las pequeñas y medianas empresas en el comercio internacional” con la ponencia que intitula este trabajo.

Colombia, luego de la reforma de su Carta Magna en el año 1991 y de la interpretación que de ésta ha hecho su Corte Constitucional, es reconocido como país líder a nivel Latinoamericano en el desarrollo jurisprudencial de los derechos humanos². Sus precedentes judiciales de vanguardia han abonando a lograr una mejor justiciabilidad³ de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de las personas físicas, las comunidades y de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas⁴.

Veinte años después de la reforma constitucional colombiana, obligado por la condena que nos fue impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos*”⁵, nuestro país atestiguó un intenso proceso de reformas en pro del respeto a los derechos humanos en nuestro territorio⁶. Con la reforma Constitucional mexicana en el año 2011, nuestra judicatura inició una nueva era de interpretación constitucional, en donde el eje rector debe ser el respeto a la dignidad humana fundada en

¹ <http://www.asadip.org>

² Véase M.A. PRADA, “La integración del Derecho internacional en el sistema colombiano”, en: *Protección Multinivel de los Derechos Humanos*, Universidad de los Andes, pp. 365-392; M.F. QUINCHE RAMÍREZ, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 163, n° 12, 2009, pp. 163-190.

³ La “justiciabilidad” de los derechos entendida como la posibilidad de hacer exigibles los derechos humanos previstos en la ley, los tratados internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos.

⁴ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, *El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado social de Derecho*, Bogotá, Colombia, 2003; LA. FAJARDO ARTURO, “El derecho internacional de los derechos humanos como fuente principal del derecho Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, Colombia, enero-junio 2013, Vol. 43, No. 118, pp. 239-272.

⁵ Caso n° 12.511, en donde se determinó que los tribunales del Estado Mexicano deben ejercer un control de convencionalidad oficioso entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

⁶ El Caso *Rosendo Radilla* propició una importante reforma constitucional en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 6 y 10 de junio del 2011, en donde se reformaron diversos numerales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para mayor referencia véase E. FERRER MAC-GREGOR / F. SILVA GARCÍA, “El ‘caso Radilla’ y su impacto en el orden jurídico nacional”, *Panorámica del derecho procesal y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 817; Ver J. BUSTILLOS, “Caso Radilla. Paradigma de la protección constitucional de los derechos humanos frente a la responsabilidad del Estado mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, vol. XLV, n° 135, 2012, pp. 989-1022.

nuestra Carta Fundamental y los tratados internacionales de derechos humanos⁷. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha logrado, siguiendo el ejemplo colombiano⁸, precedentes importantes, aunque insuficientes, en materia de respeto a los derechos humanos.

Así las cosas, aprovechando que nos encontramos en este foro colombiano preocupado por el respeto de los derechos humanos, consideramos una excelente oportunidad para hacer una somera reflexión sobre un tema que nos ocupa: “El papel de las pequeñas y medianas empresas para el respeto de los derechos humanos en el comercio internacional”. Para ello, primeramente damos cuenta de algunas notas sobre la importancia que representan los derechos humanos para el Derecho internacional privado con especial referencia a Colombia y México. Posteriormente haremos algunas reflexiones sobre la responsabilidad social de las empresas y analizaremos los Principios de Naciones Unidas en la materia. Finalmente, vertimos algunas notas sobre la importancia de la actuación socialmente responsable de las pequeñas y medianas empresas para la promoción y defensa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas interestatales del comercio internacional, a la luz de los Principios Rectores.

II. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los derechos humanos son los derechos inherentes a la persona, mismos que le son propios en razón de su dignidad humana⁹. Es de conocimiento general que, desde tiempos de la Revolución francesa, se ha desarrollado la teoría sobre la existencia y el deber de los Estados para proteger los derechos humanos, lo

⁷ Véase H. FIX ZAMUDIO, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en: González Oropeza, M. / Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.

⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en ocasiones, ha fundado sus resoluciones en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, lo cual ejemplifica el llamado “diálogo judicial” entre Cortes de diversos países, para la promoción y defensa de los derechos humanos.

⁹ La doctrina, para sostener teóricamente el reconocimiento de algunos derechos humanos a favor de colectivos, comunidades o personas jurídicas, ha desarrollado el concepto de derechos humanos haciéndolo transitar hacia el concepto de derechos fundamentales. Se dice que utilizar el término de derechos fundamentales es más técnico y preciso que utilizar el de derechos humanos, pues abarca todas las dimensiones éticas de ese tipo de derechos. El término derechos fundamentales comprende la realidad ética de los derechos humanos así como la dimensión jurídico-positiva que tienen los sistemas jurídicos. Ver R.G. CARREÓN GALLEGOS, “Derechos humanos, garantías individuales y derechos fundamentales, Problema terminológico o conceptual”, en: Cienfuegos Salgado, D. / Froto Madariaga, G., *Los derechos humanos en el momento actual*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, 2012, p. 141.

cual ha sido una cuestión ampliamente explorada en el ámbito internacional¹⁰. El derecho internacional de los derechos humanos, en general, exige que los Estados respeten, protejan y realicen los derechos fundamentales de las personas cuando se encuentran en su territorio o jurisdicción¹¹.

Con una visión más progresista de la teoría, cuando se dice que el Estado tiene el deber de proteger contra las violaciones de derechos humanos, no solamente se refiere a la protección de las personas frente a los entes estatales o autoridades, sino que incluye su protección frente a las violaciones cometidas por terceros, como las empresas. Esto quiere decir que el Estado, si bien, *prima facie*, puede no ser responsable directo de las violaciones cometidas por entes privados, incumple sus obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos cuando no adopte las medidas necesarias para prevenir, investigar, castigar y reparar abusos cometidos por los particulares, entre ellos las empresas¹².

Las medidas que pueden tomar los Estados para la protección de los particulares, incluidas las empresas, frente a la violación de los derechos humanos, si bien son discrecionales, pueden ser medidas políticas, legislativas, reglamentarias y de sometimiento a la justicia. Algunos países como Colombia y México, a través de la interpretación que de sus Cartas Fundamentales han realizado sus respectivos tribunales de control constitucional, reconocen la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos frente a otros particulares, a fin de evitar lesionar los derechos de los individuos, en sus ámbitos personal, colectiva y social¹³.

Ahora abordemos la cuestión sobre si las personas morales son sujetos de tutela de los derechos fundamentales. En Colombia, la Constitución Política de 1991 le otorga a toda persona, diversas garantías fundamentales y reconoce su exigibilidad, es decir, la posibilidad que las personas hagan valer esas garantías. La Constitución colombiana no señala expresamente a quien le corresponde la titularidad de los derechos fundamentales¹⁴. Ha sido la Corte Constitucional colombiana quien ha ampliado la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado¹⁵. Si bien, en principio y

¹⁰ Se puede encontrar un buen resumen del tema en UNITED NATIONS, *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, Office of The High Commissioner for Human Rights United Nations, Staff College Project.

¹¹ Ver J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002.

¹² Ver D.M. CHIRWA, "The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 5, 2004.

¹³ M.P. Alfonso Monroy, "Empresas y derechos Humanos: una responsabilidad en construcción", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín), vol. 43, n° 118, 2013, pp. 349-385.

¹⁴ Los artículos 11 al 41 de la Constitución colombiana positivizó el concepto de derecho fundamental.

¹⁵ C. JARAMILLO VILLEGAS / J.M. OSORIO, *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas*, Universidad de Manizales, 2010, pp. 19-20.

conforme al texto legal, pareciera que solo las personas naturales son consideradas titulares de los derechos fundamentales, el desarrollo jurisprudencial colombiano ha señalado que la persona humana también se realiza en forma colectiva y para ello necesita la protección jurídica tanto desde su dimensión universal, como de su aspecto de sociedades autónomas¹⁶.

Conforme a la interpretación de la Corte Constitucional colombiana, todas las personas, incluidas las jurídicas de carácter público o privado, son titulares de los derechos fundamentales constitucionales, en la medida en que sirvan para lograr la consecución de sus fines o cuando los intereses de las personas naturales que las conforman se vean amenazados o vulnerados¹⁷. Dicho órgano de control constitucional ha admitido que cuando la génesis de los derechos fundamentales no radica en la condición humana del titular (como el derecho a la vida, por ejemplo) también deben serlo las personas jurídicas en virtud del Estado social de derecho, pues los derechos de las personas jurídicas se encuentran ceñidos básicamente a la finalidad que les dio origen y para lo cual tienen personalidad jurídica propia (como el derecho fundamental de acceso a la justicia, por ejemplo)¹⁸. Las personas jurídicas son titulares directos de algunos derechos fundamentales, no porque actúen en sustitución de sus miembros, sino porque esos derechos les son ejercitables por ellas mismas; por otra parte, las personas jurídicas son titulares indirectos cuando la protección gira alrededor de la tutela de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas¹⁹.

De esta forma, si asumimos que las personas morales son sujetos de protección frente a la violación de los derechos humanos de sus miembros y sostenemos que existe la violación horizontal de derechos humanos, de decir, entre particulares, es posible sostener que puede existir una violación de los derechos fundamentales de una empresa hacia otra y no solo entre personas humanas²⁰. En el ámbito latinoamericano, el desarrollo de los derechos humanos en países como México, al sostenerse que existe violación de derechos humanos entre particulares, demuestran la posibilidad de exigir a las empresas responder por violaciones a los derechos humanos de las personas. Ahora bien, las personas jurídicas, además de ser sujetos de protección de

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-396 de 16 de septiembre de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ C. JARAMILLO VILLEGAS / J.M. OSORIO (nota 16), p. 20.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-378 de 18 de mayo de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ C. JARAMILLO VILLEGAS / J.M. OSORIO (nota 16), p. 27.

²⁰ Una empresa podría verse limitada en sus derechos fundamentales por parte de una más poderosa o dominante. Así sucede a veces cuando una empresa obliga a otra a someterse a una jurisdicción de difícil acceso, limitando o entorpeciendo su derecho fundamental de acceso a la justicia.

los derechos fundamentales, también tienen la obligación de respetarlos, dado que se reconoce la violación horizontal de derechos humanos, es decir, entre particulares²¹.

Los tribunales federales mexicanos, han moderado la tesis liberal decimonónica, conforme a la cual la validez de los derechos fundamentales se restringe a las relaciones de subordinación de los ciudadanos con el poder público fundado en la clásica distinción entre derecho privado y derecho público, al señalar que estos límites no se consideran necesarios en las relaciones entre particulares, fundamentadas en el principio de la autonomía de la voluntad y el ámbito laboral. La tendencia, entonces, es que los tribunales mexicanos pueden seguir la teoría alemana de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Conforme a esta teoría, existe eficacia horizontal de los derechos fundamentales y por tanto, el deber entre particulares de respetarlos²².

Otro fenómeno de interés para este estudio es que ha sido tal el desarrollo de los derechos humanos en los últimos años, que en la actualidad se llegan a utilizar decisiones judiciales foráneas por tribunales nacionales, supranacionales e internacionales en la defensa de los derechos humanos, de tal forma que se presenta un “diálogo judicial” entre ellos²³. En el caso de México, nuestros tribunales federales, por ejemplo, ha fundado sus resoluciones en casos resueltos por Cortes de otro país, como la colombiana, haciendo un ejercicio de “jurisprudencia comparada”²⁴.

Lo que buscamos con los apuntes antes dichos, es demostrar, aunque en forma somera, que existe una nueva visión en el orden jurídico, impulsada por

²¹ D. VALADÉS, “La protección de los derechos fundamentales frente a particulares, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, vol. 12, 2011. pp. 439-470.

²² Tesis con registro: 166676, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Agosto de 2009, Tesis: I.3o.C.739 C, p. 1597, bajo el rubro: “Derechos fundamentales. Son susceptibles de analizarse, vía amparo directo interpuesto contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio, en interpretación directa de la constitución, aun cuando se trate de actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ver J. MIJANGOS y GONZALEZ, “La doctrina de la *drittwirkung der grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n° 20, 2007, pp. 583-608.

²³ El cual se ha dicho que es base para un *ius constitutionale commune* latinoamericano. Para un estudio sobre el tema ver J. SILVERO SALGUEIRO, “El diálogo judicial en América Latina. Base para un *ius constitutionale commune*”, Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional Transnacional, Hermosillo, Sonora, México, 2014.

²⁴ Ver la tesis con número de registro 2006384, dictada por los Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo III, Tesis: III.3o.T.23 L (10a.), p. 2271, bajo el rubro “Trabajadoras embarazadas y en situación de maternidad. Conforme al marco constitucional e internacional de protección a los derechos humanos, al gozar de una tutela especial, entre otros beneficios, cuentan con estabilidad reforzada en el empleo”, publicada el 2 de mayo de 2014 a las 12:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

el derecho internacional de los derechos humanos, que obliga a la ciencia del derecho internacional privado a actualizarse en cuanto a la óptica tradicional con que abordaba los problemas que le son propios. El derecho internacional privado está obligado a adaptarse a esta nueva evolución del derecho y coadyuvar a la gobernanza global, para lo cual debe afrontar diversos retos, entre los cuales se encuentra su reestructura para acercarse cada vez más al derecho internacional privado, especialmente el dedicado a la protección de los derechos humanos. El derecho internacional privado debe reinventarse debido a la tendencia actual de constitucionalizar los tratados de derechos humanos, como ha sucedido en Colombia y México. El derecho internacional de los derechos humanos y su constitucionalización está incidiendo en el derecho internacional privado en ámbitos tan variados como el acceso a la justicia, debido proceso, protección de menores, protección de personas con discapacidad, y otras relacionadas como protección del medio ambiente, derecho de los consumidores, entre otros²⁵.

Entre los retos que afronta el derecho internacional privado están los que se refieren a la necesidad de resolver las violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas transnacionales en otros países, especialmente aquellos en vías de desarrollo. Estos problemas y su visibilización, ha hecho que el derecho internacional privado deba analizar los problemas derivados de litigios civiles transnacionales sobre violaciones de derechos humanos o *transnational human rights civil litigation*²⁶.

III. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

Las primeras discusiones sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos datan de los años de la posguerra cuando se imputaba responsabilidad penal a las corporaciones por su participación en crímenes internacionales perpetrados por la Alemania nazi²⁷. Sin embargo, fue hasta la década de los años 60 del siglo pasado cuando los llamados países del tercer mundo comenzaron a preocuparse por sus asimetrías frente a los países desarrollados y las empresas transnacionales. Fue así que el tema de la

²⁵ Ver A. DREYZIN DE KLOR, "Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial", *Agenda Internacional*, año XIX, n° 30, 2012, pp. 119-138.

²⁶ F.J. ZAMORA CABOT, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos en el ámbito europeo*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

²⁷ Tal fue el caso de la empresa IG Farben ("*The United States of America vs. Karl Krauch, et al*") ante el Tribunal Militar Internacional, en donde las empresas alemanas fueron declaradas culpables a través de sus directivos por crímenes de guerra, durante los juicios de la posguerra. "Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n° XIII, 2013, pp. 315-324; para un estudio actual del tema ver D. OLSON, "Corporate complicity in human rights violations under international criminal law", *International Human Rights Law Journal*, DePaul University, vol. 1, n° 1.

responsabilidad social de las empresas y la necesidad de que respetaran los derechos humanos comenzó a discutirse con mayor auge a partir de la década de 1970, cuando se debatió en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el establecimiento de un “nuevo orden económico internacional”. Los países en vías de desarrollo demostraban preocupación por lo limitado de su participación en la conducción de la economía mundial, agravado por el poder e influencia de empresas transnacionales, quienes tenían el poder suficiente para entrometerse en la soberanía de los Estados con mayores recursos naturales pero con poco desarrollo institucional y económico²⁸.

Derivado de esa preocupación, en el año 1974, la Asamblea General de la ONU buscó equiparar la distribución de la riqueza entre los países desarrollados y los países del tercer mundo, así como regular el creciente poder de las empresas, a través de la creación de un “Código de Conducta para las Empresas Transnacionales”²⁹. El Proyecto de Código de Conducta fue presentado en la octava sesión de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, en 1982³⁰. Luego de varios intentos por desarrollar el Código, su última versión fue presentada en mayo de 1990 y sus negociaciones fueron finalmente suspendidas en julio de 1992. El Código no prosperó pues contemplaba directrices y no normas vinculantes para los Estados o las empresas, en beneficio de los países desarrollados y alejándose de la finalidad para la cual había sido creada, es decir, creando un instrumento que sirviera de contrapeso entre las empresas transnacionales y los Estados débiles.

Fue hasta 1999 cuando Kofi Annan, Secretario General de la ONU presentó en el Foro Económico Mundial, en Davos, Suiza, un decálogo de principios conocidos como el “Pacto Mundial”, con el que se buscaba que las empresas que lo suscribieran voluntariamente, fueran responsables por la violación a los compromisos adquiridos. Dicha iniciativa ha sido criticada, pues el decálogo era más afín a las empresas y a los países capitalistas, además de que no se lograron crear obligaciones directas a las empresas, logrando solo el fortalecimiento de una responsabilidad social corporativa o empresarial que quedaba en el ámbito voluntario de las propias empresas³¹.

Fue entonces cuando la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos humanos de Naciones Unidas generó un documento denominado “Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y otras

²⁸ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), p. 315.

²⁹ La creación de dicho Código fue el resultado de un informe de 1974 relativo al impacto de las corporaciones en el desarrollo y las relaciones internacionales. UN Doc. E/5500/Rev.1/Add.1 (24 de mayo de 1974).

³⁰ UN Doc. E/C.10/1982/6 (05 de junio de 1982).

³¹ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), p. 320.

empresas comerciales en materia de derechos humanos”³². En dicho documento se contenían diversas responsabilidades y obligaciones que debían adoptar las empresas en su esfera de influencia y control que les eran aplicables conjunta y solidariamente junto a los Estados por el hecho de ser órganos de la sociedad.

Las Normas establecían obligaciones a las empresas en áreas como el derecho a la igualdad y a lo no discriminación, los derechos laborales, el respeto a la soberanía nacional y a los derechos humanos, a la protección al consumidor y del medio ambiente, y a la seguridad de las personas. Lo rescatable de las normas es que comenzaron a ser un referente en la discusión académica sobre responsabilidad social de las empresas. Cuando las Normas señalan que las empresas debían adoptar diversas responsabilidades y obligaciones en su área de influencia, se ha señalado que el término es vago y no permite definir con claridad cuando existe una violación de derechos humanos por parte de la empresa. Para la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los DDHH, se refiere a los individuos respecto de los cuales la empresa tenga alguna cercanía política, contractual, económica o geográfica³³.

De esta forma, las Normas fueron innovadoras porque las empresas debían implementar las normas en su “área de influencia” es decir, en sus relaciones comerciales con proveedores y clientes, lo cual implicaba un deber de vigilancia en todas sus transacciones comerciales. Las empresas transnacionales recibieron con desdén dicha iniciativa, pues consideraban que sus obligaciones se limitaban a su ámbito de control sin que les correspondiera vigilar el cumplimiento de las obligaciones de otras empresas³⁴. Cuando las transnacionales hablan de ámbito de control, se refieren al espacio corporativo en el que la empresa tiene una verdadera autoridad derivada de algún vínculo contractual, sea en materia de trabajo, civil o mercantil, de tal suerte que el grado de responsabilidad es directamente proporcional al control que la empresa tenga sobre la situación y la violación de derechos humanos³⁵.

Por otra parte, las Normas han sido criticadas al asumirse que podrían generar confusión, e incluso una transferencia de las obligaciones de los Estados a las corporaciones, lo cual podría ser aprovechado por los Estados para liberarse de su responsabilidad en la materia. Por lo tanto, y a pesar de haber sido bien recibidas por la sociedad civil, la academia y las ONG a nivel internacional, la aplicación y

³² A pesar de haber sido adoptadas por la Subcomisión a través de la resolución 2003/16, la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó que no debía dársele ningún seguimiento a la aplicación de las normas, y que por el hecho de ser un documento realizado de manera autónoma por la Subcomisión, sin haber sido solicitado por algún otro órgano de las Naciones Unidas, carecía de todo valor jurídico.

³³ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), p. 320-321.

³⁴ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), p. 321.

³⁵ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), p. 320.

función de las Normas de la Subcomisión se convirtieron en una mera referencia sobre las aspiraciones existentes en torno a un mayor control de las actividades de las empresas transnacionales³⁶.

VI. LOS “PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: PUESTA EN PRÁCTICA DEL MARCO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA ‘PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR’”

El desarrollo progresista de los derechos humanos en los últimos años, ha hecho que la teoría de que las empresas tienen la responsabilidad social de respetar los derechos humanos de las personas tome fuerza. Ante la limitada aceptación que tuvieron las “Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos”, el Secretario General de Naciones Unidas encargó al profesor de la Universidad de Harvard, John Ruggie, que como su Representante Especial analizara la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas³⁷.

El resultado del trabajo del profesor Ruggie fueron los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”³⁸. El 16 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, hizo suyos los Principios rectores de Ruggie, con el objeto de coadyuvar a la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo³⁹. El documento incluye principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Estos principios rectores buscan ser la referencia mundial para los Estados, las empresas y la sociedad civil que tienen obligaciones, responsabilidades o intereses legítimos en relación con la actividad comercial y empresarial. Esta iniciativa logra sintetizar la normativa internacional sobre empresas y derechos fundamentales, sirviendo de guía para lo que deberían hacer los Estados y las empresas para hacer compatibles los negocios

³⁶ Ver H.F. CANTÚ RIVERA (nota 27), pp. 321-322.

³⁷ Documento A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), por el que el Representante especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”.

³⁸ De aquí en adelante nos referiremos a los principios como los “Principios rectores”.

³⁹ El Representante Especial adjuntó los Principios rectores a su informe al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), que también incluye una introducción a dichos Principios y un resumen del proceso que llevó a su elaboración. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

y los derechos humanos⁴⁰. Con la finalidad de dar seguimiento al trabajo del representante especial Ruggie, se conformó el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales⁴¹.

El documento recoge diversos principios que se pueden resumir en tres ideas básicas: los estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de posibles impactos de terceros, incluidas las empresas; las empresas tienen la responsabilidad de respetar los Derechos humanos, como norma de conducta aplicable para todas las empresas y exigible; es necesario actuar de forma proactiva respecto a los riesgos e impactos que sufren las personas por causa de las actividades empresariales, y facilitar el acceso a un remedio frente a las eventuales violaciones. Aunque no tienen por sí mismos un carácter jurídicamente vinculante, en los Principios rectores se analizan las repercusiones que las normas y prácticas actuales tienen para los Estados y las empresas y se incluyen algunos aspectos que se contemplan de diversas formas en la legislación nacional e internacional⁴².

En los Principios rectores se amplía la idea para “proteger, respetar y remediar” basada en los tres pilares mencionados. Se trata de un total de 31 principios, cada uno de los cuales va seguido de un breve comentario. Contemplados conjuntamente, en los Principios rectores se esbozan medidas para que los Estados promuevan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, se muestra un esquema para que las empresas gestionen el riesgo de provocar consecuencias negativas en los derechos humanos y se ofrece un conjunto de parámetros de referencia para que los interesados evalúen el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas⁴³.

Las empresas socialmente responsables son medios para generar inversión, empleo y crecimiento económico. Cuando asumen su responsabilidad social cumplen un importante papel en la reducción de la pobreza, el respeto a la ley y el progreso de la democracia. Tienen la capacidad de ofrecer a las personas trabajo de calidad, bien remunerados y con unas condiciones de seguridad adecuadas. Pueden promover la libertad de asociación y negociación colectiva, la igualdad de oportunidades y la no discriminación. A través de los mercados, facilitan el acceso al conocimiento y la tecnología, expanden las oportunidades políticas, económicas y sociales de las personas, y contribuyen, por tanto, a la realización de una amplia variedad de derechos fundamentales.

⁴⁰ Ideas del Profesor John Ruggie, citado en R. ISEA SILVA,, “Las empresas y los derechos humanos”, *Cuadernos de la Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, n° 12, 2011, p. 7

⁴¹ Resolución A/HRC/RES/17/4 (06 de julio de 2011), por la que se establece el Grupo de Trabajo para la cuestión de los Derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

⁴² NU, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*, Organización de Naciones Unidas, 2012, p. 1.

⁴³ Guía para la interpretación de los Principios rectores, 2012.

Lamentablemente, las empresas no siempre estén dispuestas a respetar los derechos fundamentales. Una empresa socialmente irresponsable, por ejemplo, paga salarios inferiores a los legales, ocasiona daños para la salud y la seguridad de sus trabajadores, atenta contra la libertad sindical, discrimina a grupos vulnerables y promueve el desplazamiento forzoso de comunidades indígenas en determinados países. El libre funcionamiento de los mercados, frecuentemente, acarrea serios riesgos para los derechos fundamentales si el alcance y el poder de los actores económicos logran rebasar las bases institucionales sobre las que estos operan.

En general, se piensa que las empresas transnacionales cuando no están sujetas a leyes nacionales y no a una norma global común, les permite tomar ventaja en contextos de debilidad institucional en diversos países, especialmente aquellos en vías de desarrollo. En este contexto, los Principios rectores son parte de una serie de iniciativas multilaterales con el objetivo de cerrar estas brechas de gobernanza para, en última instancia, asegurar que los negocios sean una fuente de protección de los derechos fundamentales. Hemos dicho que los Principios rectores no son vinculantes en sí mismos. Sin embargo, como desarrollamos en los primeros capítulos de este trabajo, algunos Estados, como es el caso de México y Colombia, han venido constitucionalizando los diversos tratados de derechos humanos de los cuales forman parte y han reconocido la protección horizontal de los derechos humanos, con lo cual los Principios Rectores pueden hacerse exigibles con menor resistencia.

Como hemos venido señalando, aun cuando los Principios no son vinculantes, recogen la mayoría de los que rigen el derecho internacional de los derechos humanos y, en ese sentido, más que una herramienta para establecer derechos y obligaciones, los visibiliza para que las empresas los respeten. De esta forma, al margen de los Principios, las empresa están obligadas a respetar los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que los Principios, en realidad, están pensados para mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, contribuyendo a una globalización socialmente sostenible.

Dicho de otra forma, dependiendo el desarrollo en materia de derechos humanos que exista en el país en donde se cometan violaciones a esos derechos, las empresas que lo hagan podrían ser condenada a remediar las violaciones de derechos humanos en que hubiesen incurrido, tomando en cuenta el marco legal que les sea aplicable y, para tal fin, es indudable que los principios juegan un papel orientador que deben tomar en cuenta los tribunales al juzgar este tipo de casos.

V. EL PAPEL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN LA LUCHA POR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Los Principios rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura, sin importar si son transnacionales o no⁴⁴. Por el carácter obligatorio de las normas de derechos humanos, todas las empresas tienen la misma responsabilidad, sin importar su tamaño, de respetar los derechos humanos en la realización de sus actividades. No obstante, se ha reconocido que el tamaño de la empresa influye en el tipo de enfoque que adopten para hacer frente a esa responsabilidad. Además, las violaciones a los derechos humanos, pueden o no ser más visibles, dependiendo del tamaño de la empresa.

Dicho de otra forma, las empresas transnacionales, especialmente los consorcios de importancia o tamaño, constituyen el grupo más observado por la opinión pública, ya que a veces llegan a tener más poder que algunos Estados y sus conductas son más visibles. No obstante, al contrario de lo que pudiera pensarse, la mayoría de las violaciones de los derechos humanos provienen más de las pequeñas y medianas empresas que actúan como proveedores o están relacionadas con las empresas transnacionales. Otro factor que propicia mayores violaciones de derechos humanos por las pequeñas y medianas empresas es que son menos susceptibles y menos vulnerables a la presión pública, pues frecuentemente son de propiedad privada y no están sujetas al escrutinio de accionistas⁴⁵.

Como hemos venido repitiendo, todas las empresas tienen la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos en la realización de sus actividades.

No obstante, el tamaño influye en el enfoque que adopten las empresas para hacer frente a esa responsabilidad, a saber:

1. Una empresa grande tiene más empleados, realiza más actividades y mantiene más relaciones que una pequeña, lo cual puede hacer aumentar sus riesgos en relación con los derechos humanos.
2. Las empresas grandes disponen de sistemas y procedimientos más complejos para la adopción de decisiones, las comunicaciones, el control y la supervisión.

⁴⁴ Principios generales de los Principios rectores.

⁴⁵ W. KALECK / M. SAAGE-MAAB, "Empresas transnacionales ante los tribunales", *Documentos sobre la democracia*, t. 4, Fundación Heinrich Böll, p. 12.

3. Es más probable que las empresas grandes tengan actividades, relaciones dentro de la cadena de valor o clientes en varios países en comparación con las empresas pequeñas, lo que dificulta la aplicación y la vigilancia del cumplimiento de las normas.
4. Las grandes empresas tienen cadenas de valor más complejas con múltiples tipos de relaciones, algunas de las cuales pueden plantear más riesgos relacionados con los derechos humanos que otras.
5. Las pequeñas y medianas empresas pueden disponer de menor capacidad que las grandes, así como de procedimientos y estructuras de gestión más informales, de modo que sus respectivos procesos y políticas adoptarán formas diferentes. Al tener menos empleados, las comunicaciones entre las diferentes funciones pueden ser más fáciles y menos formales. Lo normal es que las funciones de supervisión y los sistemas internos sean menos complejos.
6. En muchos casos, los enfoques necesarios para incluir el respeto de los derechos humanos en las operaciones de una empresa pequeña pueden ser un reflejo de la menor complejidad de sus actividades. No obstante, el tamaño no es nunca el único factor a la hora de determinar la naturaleza y magnitud de los procesos que una empresa necesita para gestionar sus riesgos relacionados con los derechos humanos. La gravedad de sus consecuencias negativas reales y potenciales habrá de ser el factor más importante⁴⁶.
7. La propia organización de Naciones Unidas ha señalado que es consciente de los múltiples problemas que plantea la sensibilización sobre los derechos humanos y los principios rectores entre las pequeñas y medianas empresas, por lo que ha recomendado las siguientes necesidades prioritarias:
 - A) Elaborar instrumentos e impartir orientación adaptados a las pequeñas y medianas empresas, con inclusión de orientación elaborada y adaptada a los contextos nacionales específicos, manteniendo la armonización con los Principios rectores.
 - B) Apoyar el fomento de la capacidad dirigido específicamente a las pequeñas y medianas empresas.
 - C) Fomentar las asociaciones e incrementar la difusión y aplicación por conducto de las cámaras de comercio y las cadenas de valor.

⁴⁶ Por ejemplo, una empresa pequeña con menos de diez empleados que se dedique al comercio de minerales o metales desde una zona caracterizada por los conflictos y las violaciones de los derechos humanos vinculados a la minería tiene un alto perfil de riesgo en materia de derechos humanos. Sus procesos y políticas destinados a velar por que no se vea involucrada en esas violaciones habrán de ser proporcionales a ese riesgo.

D) Recopilar datos y ejemplos de prácticas llevadas a cabo por pequeñas y medianas empresas⁴⁷.

Por último, nos parece de vital importancia destacar el Principio rector 17, referido a la debida diligencia con que deben proceder las empresas en materia de derechos humanos. Este deber de debida diligencia tiene por objeto que las empresas identifiquen, prevengan, mitiguen y respondan a las consecuencias negativas de sus actividades sobre derechos humanos.

El proceso de debida diligencia debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, lo que incluye el deber que tienen las empresas grandes de vigilar a las pequeñas y medianas, así como exigirles que den cumplimiento a su obligación de respetar los derechos humanos. De esta forma, la obligación de debida diligencia incluye lo siguiente:

1. Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales (generalmente otras empresas, incluidas medianas y pequeñas).
2. La diligencia debida varía de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones.
3. Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

VI. CONCLUSIONES

El derecho internacional de los derechos humanos está obligando al derecho internacional privado a actualizarse en cuanto a la óptica tradicional con que abordaba los problemas que le son propios. El derecho internacional privado está obligado a adaptarse a esta nueva evolución del derecho y coadyuvar a la gobernanza global, para lo cual debe afrontar diversos retos, entre los cuales se encuentra su reestructura para acercarse cada vez más al derecho internacional público, especialmente el dedicado a la protección de los derechos humanos. El derecho internacional privado debe reinventarse debido a la tendencia actual de constitucionalizar los tratados de derechos humanos, como ha sucedido en Colombia y México.

⁴⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/23/32 del 14 de marzo de 2013.

Desde los juicios criminales por delitos de guerra contra empresas de la Alemania fascista, se han venido desarrollando progresivamente las teorías sobre responsabilidad de las empresas ante violaciones de derechos humanos. El avance más reciente en la materia han sido los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”.

Si bien los Principios rectores no son vinculantes en sí mismos, sirven para visibilizar la obligación de las empresas para respetar los derechos humanos. Además, algunos Estados como México y Colombia, han venido constitucionalizando los diversos tratados de derechos humanos de los cuales forman parte y han reconocido la protección horizontal de los derechos humanos, con lo cual los Principios rectores, al reproducir obligaciones contenidas en otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, pueden hacerse exigibles con mayor frecuencia o facilidad.

Los Principios rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura, sin importar si son transnacionales o no. El tamaño de la empresa influye en el tipo de enfoque que adopten para hacer frente a su responsabilidad de respetar y proteger los derechos humanos. Las violaciones a los derechos humanos, pueden o no ser más visibles, dependiendo el tamaño de la empresa.

El tema de las empresas y los derechos humanos se asocia, con frecuencia, a los abusos cometidos por las corporaciones transnacionales, pero respetar estos derechos no es una responsabilidad exclusiva de las grandes empresas. De hecho, las pequeñas empresas pueden tener grandes impactos sobre los derechos humanos, pues las implicaciones de la actividad empresarial sobre los derechos humanos tienen más que ver con el contexto operacional y el tipo de actividad que con el tamaño de la empresa. Las pequeñas empresas pueden aportar grandes beneficios para el respeto a los derechos humanos debido a su flexibilidad, proximidad a la comunidad y rápida capacidad de respuesta. Para ellas, el proceso de diligencia debida debería resultar más simple y menos costoso, teniendo en cuenta que sus actividades tienden a afectar a un espectro más limitado de derechos humanos.

REGIONAL CODIFICATION OF THE CORPORATE FORM: A CONTRIBUTION TOWARDS HEMISPHERIC INTEGRATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT

JEANNETTE M.E. TRAMHEL*

Abstract: The Model Law on the Simplified Corporation that emanated from the 2017 OAS General Assembly has the potential to contribute significantly towards hemispheric integration and economic development. This paper examines how that can be achieved and, within the context of corporate social responsibility, considers a possible complementary responsibility of states to simplify and modernize the process of incorporation such that the benefits of a simplified incorporation process and simplified corporate form are available to all businesses, including Micro, Small, and Medium Sized Enterprises (MSMEs); implementation of legislation consistent with global standards can encourage formalization of the informal sector and thereby facilitate more equitable and sustainable economic development.

Resumen: La ley Modelo sobre sociedad por acciones simplificada que emanó de la Asamblea General de la OEA en 2017 tiene el potencial de contribuir a la integración hemisférica y al desarrollo económico. Este trabajo examina cómo se puede lograr esto y en el contexto de la responsabilidad social corporativa considera una posible responsabilidad complementaria de los Estados de simplificar y modernizar el proceso de incorporación de forma tal que los beneficios de un proceso simplificado de incorporación y simplificación corporativa estén a disposición de todas las empresas, incluidas las MIPYMES; la aplicación de leyes compatibles con las normas mundiales puede fomentar la formalización del sector no estructurado y facilitar así un desarrollo económico más equitativo.

Summary

I. Introduction. II. Criticisms of the Corporate Model. III. Response to Criticisms – Promote Corporate Responsibility. IV. Response to Criticisms – Revise the Corporate Model. 1. Domestic Level. A) Modernize Outdated Corporate Law. B) Facilitate Business “Registration” and “Registry”–Simplify the Process. C) Encourage Formalization of the Informal Economy. 2. International Level. A) Advance International Standardization. B) Improve Access to International Markets. C) Enable Foreign Investment into Domestic Markets. V. Reflections.

* Senior Legal Officer, Department of International Law, Secretariat for Legal Affairs, Organization of American States. The views and opinions expressed in this article are solely those of the author and are not intended to reflect the official policy or position of the Organization of American States or the Secretariat for Legal Affairs.

I. INTRODUCTION

At its most recent session in June 2017, the General Assembly of the Organization of American States (“OAS”) resolved “to take note” of the Model Law on the Simplified Corporation, requested its widest possible dissemination and encouraged its adoption by Member States¹. As per the second perambulatory paragraph of the resolution, the General Assembly is “mindful of the contribution that these new forms of companies may make to economic development in member states”; accordingly, the intention of this paper is to examine that anticipated contribution and how it might be expected to unfold. The paper will not analyze the Model Law in relation to international standards for simplified incorporation, given that this was explored in some depth in another paper that is forthcoming presently². Instead, this work considers firstly, whether incorporation should be considered at all, in light of criticisms of the corporate form in recent years; secondly, responses to those criticisms; thirdly, within that framework the role of simplified incorporation in formalization and improved access to credit, and finally, possible responsibility of states to effect such change.

II. CRITICISMS OF THE CORPORATE MODEL

With a conference theme dedicated to the “corporation”, a useful starting point may be to consider criticisms of the corporate model. After all, it would be imprudent to promote something under scrutiny without first examining the validity of these criticisms. Although corporations and their activities had been the

¹ Model Law on the Simplified Corporation. AG/DOC. 5579 (adopted at the 47th OAS General Assembly on June 21, 2017). Operative language is “to take note of the (Model Law); to request the (CJI) and its Technical Secretariat to disseminate the (Model Law) as widely as possible among the member states; to invite member states to adopt, in accordance with their domestic laws and regulatory framework, those aspects of the (Model Law) that are in their interest; and to instruct the Department of International Law to provide those member states that so request with all collaboration and support necessary (for implementation)”. The Model Law, which is modelled after Colombia’s Law of Simplified Companies, L. 1258, 5 December 2008, *Diario Oficial* [D.O.] (Colom.), had previously been considered by the InterAmerican Juridical Committee (“CJI”), which approved a resolution in that regard in 2012. Project for a Model Act on the Simplified Corporation. CJI/RES. 188 (LXXX-O/12) corr. 1 states in para. 2, “to approve the Report of the (CJI): Recommendations on the proposed model act on the simplified stock corporation, (CJI/doc.380/11 corr.1), which is attached to this resolution”. That resolution was subsequently transmitted to the political organ, the OAS Permanent Council for its due consideration. Being of a juridical nature, the resolution was referred by the aforementioned council to its Committee on Political and Juridical Affairs where it was considered at meetings, including those held December 4, 2014 and December 1, 2016. At its meeting held March 30, 2017, the CAJP agreed upon Draft Resolution: Model Law on the Simplified Corporation. OEA/Ser. G, CP/CAJP-3408/17 rev. 1, April 4, 2017.

² J.M.E. TRAMHEL, “The Simplified Joint Stock Corporation: A New Structure for Doing Business in the Americas?” *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), vol. 24, n° 35, 2017 (forthcoming).

subject of criticism for decades, it was discussions prompted by the documentary and accompanying book, both entitled “The Corporation”³ that pushed to the forefront of mainstream populism an examination of the corporate structure itself as the possible root cause for corporate “misbehavior”⁴. In summary, it was argued that two fundamental elements of an incorporated entity, namely, “limited liability” and “separate legal personality” are key elements that in combination enable the corporation to conduct its business affairs in order to maximize profit at the behest of shareholders and, unlike other “natural persons”, to do free from social conscience. Moreover, these characteristics also enable the incorporated entity to attract investment capital and expand its business activities in ways that would otherwise be extremely difficult. With accountability only to its shareholders, so it is argued, the corporation enjoys a type of liberation that can lead to, if not encourage, corporate misbehavior.

Although it would be unfair and inaccurate to attribute criticisms and subsequent consequences entirely to a single work, it must be acknowledged that in the time since its release, “things have changed”. As the author has stated “the original film was a call to action. Now an entire generation of advocates, from both within and outside corporations is successfully demanding that major corporations redefine their very purposes and missions to include social and environmental values”⁵.

That quotation is informative on several points: “major” corporations are often “international” corporations. Although major international corporations have been the subject of scrutiny for decades, this has been largely from the perspective of others (including other lawyers), such as those in the fields of human rights, labor, environment, international trade or taxation. And although international activities of corporations and/or the activities of international corporations have been the subject of interest for those in the field of private international law (“PIL”), it is only relatively recently that the structure of the corporate entity itself has become of interest⁶. Quite probably, this is because governance of the corporate structure

³ J. Bakan, “The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power”, 2003; M. Achbar / J. Abbott / J. Bakan, “The Corporation”, documentary film, 2003. Big Picture Media Corporation, available at: <http://thecorporation.com/>

⁴ The term “misbehaviour” is used here simply as a catch-all and is not intended to minimize the serious and egregious activities that have been undertaken frequently by incorporated entities, including human rights abuses, environmental degradation, corrupt practices, etc. These activities have been reviewed extensively in “The Corporation” and in work by others, for which lack of time precludes their citation.

⁵ J. BAKAN, “Breaking News: The Sequel is Underway”, available at: <http://www.thecorporation.com/> (accessed September 11, 2017).

⁶ The CJI began consideration of the topic of simplified companies in 2011, Annual Report of the [CJI] to the General Assembly. OEA/Ser.Q, CJI/doc.425/12, August 10, 2012, Chapter II, Topics Discussed by the [CJI] at the Regular Sessions held in 2012, Topic 5–Simplified joint stock companies. The United Nations Commission for International Trade Law (“UNCITRAL”) Working Group I began

has been considered to fall within the scope of domestic law. As PIL has expanded its scope (or Private International Law has evolved into the camps of “pure” PIL and International Private Law⁷) and as methods of harmonization and codification have evolved towards greater use of models and soft law instruments, this too, has expanded the range of subjects that have become of interest, with corporate structure being one.

Given that many business entities that conduct international business are incorporated entities, it would seem appropriate to consider corporate structure both from the “pure” PIL perspective as well as from the viewpoint to promote development of international private law. A primary rationale for harmonization, namely, to reduce uncertainty and thereby encourage commerce and trade, applies very well to the corporate form.

Moreover, this topic provides us with a unique opportunity as international lawyers; it is an invitation to take off the PIL hat, or at least raise it a little, to look at these issues more broadly and both from the “public” and the “private” law perspective. Whereas one looks at the function and role of the corporation within a social context, the focus of the other is the entity itself. Despite the continuing tendency of specialization, there is growing recognition of the need for an interdisciplinary approach, even within law, by which we can reach out to others and bring a wider lens to the discussion.

III. RESPONSE TO CRITICISMS – PROMOTE CORPORATE RESPONSIBILITY

Al though criticism of international business is not new, in the past, the focus has largely been on activities of the business, rather than the corporate form, although as was explained above, it has been argued that some corporate actions may be enabled by certain of the elements that are characteristic of the corporate form (i.e., limited liability and legal personality). The calls to action that have been made, although they pre-date the term, can be considered to fall within the broadly defined scope of corporate responsibility or (corporate “social” responsibility (CSR) which may or may not include environmental responsibility).

“an assessment of the legal and regulatory issues at stake in the field of microfinance” in 2009, which evolved to include consideration of simplified business start-up. UNCITRAL, 2017. Annotated Provisional Agenda. A/CN.9/WG.I/WP.105, see paras. 5-12.

⁷ The term “Private International Law” is considered by some to refer only to the traditional and narrow scope of the field comprising conflict of laws rules, whereas the term “International Private Law” is considered to refer to the more expansive field. In this paper, the abbreviation “PIL” is generally used to encompass the latter and broader concept.

An early response to the call was development of corporate codes of conduct. Some corporations developed and adopted internal, voluntary codes to regulate their own activity⁸. Others developed industry-specific codes⁹. Some codes were developed by international organizations or associations that encouraged their adoption. An early example dates back to the original Sullivan Principles of 1977¹⁰.

Without embarking upon a historical account, it may be summarized that in recent years these efforts have developed within the rubric of international dialogues on “business and human rights” and/or “business and the environment”. What has emerged as the current formulation and among the most well-known of these developments are the Guiding Principles on Business and Human Rights, also known as the Ruggie Principles¹¹. At the same time, there has also emerged the UN Global Compact, a voluntary group of companies and non-business that encourages business to align their strategies with ten principles on human rights, labour, environment and anti-corruption and to advance broader social goals such as the UN Sustainable Development Goals¹².

These international developments have also been matched with similar initiatives within our own hemisphere, as the OAS has addressed CSR over the past decade in various instruments. Most notably, in the Declaration of Mar del Plata of November 5, 2005, Heads of State and Government recognized that “sustained economic growth, with equity and social inclusion, is an indispensable condition to create jobs, fight extreme poverty, and overcome inequality in the Hemisphere” and that “(t)o achieve these ends, it is necessary to improve transparency and the investment climate in our countries, build human capital, encourage increased incomes and improve their distribution, promote corporate social responsibility, and foster a spirit of entrepreneurship as well as strong business activity”¹³.

⁸ Examples include the following from Pepsi and McDonalds, available at: <http://www.pepsico.com/company/global-code-of-conduct> http://corporate.mcdonalds.com/mcd/investors/corporate-governance/codes-of-conduct/standards_of_business_conduct.html

⁹ One example is the NICE Code of Conduct and Manual for the Fashion and Textile Industry, May 2012, produced by the Nordic Fashion Association, available at: <http://ethics.iit.edu/codes/NICE2012.pdf> (accessed September 15, 2017).

¹⁰ The focus of the original Sullivan Principles was the end of apartheid in South Africa by means of economic pressure sustained through corporate social responsibility; the principles comprised conditions for doing business that a corporation was to demand for its employees, which included non-segregation. In 1999, new “Global” Sullivan Principles had a more expanded focus.

¹¹ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2011. Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. HR/PUB/11/04, available at: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (accessed September 15, 2017).

¹² United Nations Global Compact, available at: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc> (accessed September 15, 2017).

¹³ Fourth Summit of the Americas, Declaration of Mar del Plata “Creating Jobs to Fight Poverty and Strengthen Democratic Governance” Mar del Plata, Argentina, November 5, 2005, available at: http://www.summit-americas.org/iv_summit/iv_summit_dec_en.pdf (accessed September 15, 2017).

Most recently, in June 2017, the OAS General Assembly adopted the latest in a series of resolutions concerning promotion and protection of human rights in business¹⁴. Several points can be elicited from the perambulatory paragraphs. Firstly, the OAS underscores the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development, which “promotes development based on responsible corporate behavior” and makes reference to the aforementioned Ruggie Principles. As such, the body of international instruments on the subject is acknowledged.

Secondly, the OAS recognizes “that companies have the capacity to contribute to economic wellbeing, development, technological progress, and wealth, together with the responsibility for respecting human rights and promoting gender equality and equity and the economic empowerment of women, among other issues”. This constitutes important recognition of the two components and their complementarity; the capacity of companies to contribute towards economic growth and corporate social responsibility.

Thirdly, the OAS considers “the importance of continuing progress on the subject of business and human rights in the hemisphere through constructive dialogue among *all* actors involved, whether from the public sector, private sector, or civil society (emphasis added)”. This inclusive approach is acknowledgement of the role and contributions from the corporate and private law sectors, including the PIL component.

Fourthly, the OAS takes note of the reports prepared on this topic by the Inter-American Juridical Committee (CJI) and the Inter-American Commission on Human Rights (“IACHR”). The reports of the CJI will be considered further below.

The last perambulatory paragraph notes previous resolutions on the matter that have been adopted by the General Assembly. Specifically mentioned is AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), in which the IACHR was requested to conduct a study on inter-American standards on business and human rights based on an analysis of conventions, case law, and reports put forth by the inter-american system. Resolutions on the broader topic of promotion of corporate responsibility have also been numerous¹⁵.

¹⁴ Promotion and Protection of Human Rights (adopted at the third plenary session held on June 21, 2017) AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), title ix. Promotion and protection of human rights in business.

¹⁵ Promotion and Protection of Human Rights, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) recalls in the preamble previous resolutions adopted by the General Assembly on the subject of promotion of corporate social responsibility in the Hemisphere, *inter alia*, AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2554 (XL-O/10), and AG/RES. 2753 (XLII-O/12).

The CJI, which serves the organization as the advisory body on juridical matters¹⁶, has also taken up the subject. As was noted in the most recent General Assembly resolution discussed above, in response to an earlier mandate from that body, at its 90th regular session held in March 2017, the CJI adopted a resolution and accompanying report on the Conscious and Effective Regulation of Business in the Area of Human Rights¹⁷. It had previously also adopted Guidelines Concerning Corporate Social Responsibility in the Area of Human Rights and the Environment in the Americas¹⁸, which contains recommended guidelines for OAS member states. These Guidelines have been considered by the political organ at a special meeting to “foster the exchange of best practices and experiences in the promotion and protection of human rights in business” scheduled as mandated pursuant to OAS General Assembly resolution¹⁹.

It may be concluded from this brief overview that initiatives at the international and regional levels continue to actively promote corporate social responsibility.

IV. RESPONSE TO CRITICISMS – REVISE THE CORPORATE MODEL

Modernization and simplification of the corporate model can also contribute toward the ultimate goals of corporate responsibility, a more just and fair social order, and economic growth and development. Let us consider how that may be so.

1. DOMESTIC LEVEL

A) *Modernize Outdated Corporate Law*

It has been suggested that company law throughout many Latin American jurisdictions is outdated and unnecessarily rigid, that it is based on forms of business association inherited from nineteenth century European codification and, consequently, lacks the flexibility to adapt to new economic realities²⁰.

¹⁶ Charter of the OAS, Article 99.

¹⁷ Conscious and Effective Regulations for Companies in the Sphere of Human Rights, CJI/RES. 232 (XCI-O/17); Report (by the same name), CJI/doc.522/17 rev. 2. Both dated March 9, 2017.

¹⁸ Corporate Social Responsibility in the Area of Human Rights and the Environment in the Americas, CJI/RES/ 205 (LXXXIV-O/14), March 13, 2014; Report (by the same name), CJI/doc.449/14 rev. 1, corr. 1, February 24, 2014.

¹⁹ Promotion and Protection of Human Rights in Business, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14).

²⁰ F. REYES, “Modernizing Latin American Company Law: Creating an All-Purpose Vehicle for Closely-Held Business Entities—The New Simplified Stock Corporation,” *Penn. State Int’l. Law. Rev.*, vol. 29, n° 3, 2011, (Early draft), Article 8, p. 1. These forms are usually the following: partnerships, (*sociedad colectiva*), stock corporation (*sociedad anónima*), limited liability company (*sociedad de responsabilidad limitada*) and limited partnership (*sociedad en comandita*).

Moreover, in many such jurisdictions, legislative reform would entail reform of an entire uniform commercial code, unlike legal systems wherein each type of business association is governed by its own statute that can be updated as necessary and more easily²¹. Some aspects of the company law that is prevalent across most of Latin America constitute inherent barriers to the development and modernization of the corporate form, including the following: 1) aforementioned challenges of comprehensive code reform and related inflexibility of the numerous *clausus* approach; 2) the “public order” and “public policy” character of a large number of provisions in company law that have as their underlying purpose the protection of investors, which may be appropriate for publically-held companies but which are unnecessarily restrictive for most businesses that operate outside the securities market; 3) the differentiation between civil and commercial companies and application of different rules dependent upon the nature of the business, which requires detailed analysis of the purpose clause and thereby raises costs and creates uncertainty; 4) the consequence of the contractual basis of company law, wherein business associations arise out of a contractual agreement between two or more persons, which precludes the single-owner incorporated entity; 5) the reluctance to recognize and enforce shareholder agreements; 6) the expansive exceptions to limited liability that are beyond the scope of corporate grounds so that exposure is tantamount to strict liability, which discourages domestic and foreign investment; 7) the excessive legal formalities to incorporate and that require participation of a notary, attorney or certified accountant, which create significant barriers; 8) the limited function of the mercantile registry which serves only to provide publicity, instead of a “constitutional” registry where legal existence could be presumed upon filing; 9) the numerous causes for nullification that allow any party at almost any time to challenge validity of incorporation, which creates legal uncertainty; 10) the nature of company laws as regulatory, rather than enabling, so that failed compliance with extensive and complex mandatory provisions results in nullification; 11) where legal capacity is dependent upon the purpose clause, the possibility that a corporate act may at any time be declared as *ultra vires* creates uncertainty for third parties; 12) rigid rules regarding capital contributions negatively influence the ability to attract investment; and, 13) lack of effective judicial control that corresponds with modernized company law and a highly formalistic approach in procedural laws reduce the options for effective and efficient dispute resolution²². More detailed examination of these restrictions and their incompatibility with global best practices has been considered elsewhere²³.

²¹ F. REYES (note 20), p. 7.

²² F. REYES (note 20), pp. 7-21.

²³ J. TRAMHEL (note 2), Part III.

As a result of these aspects of company law, in most of these jurisdictions, creating and operating an incorporated business is complex, time-consuming and expensive; consequently, many Latin American businesses are significantly restricted and operate at a competitive disadvantage on the global playing field. Although this situation affects all business, the consequences are particularly severe for MSMEs. Should the benefits and advantages associated with incorporation not be made available and accessible to all kinds of businesses, both large and small? What steps can be taken by states to ameliorate these disadvantages?

B) *Facilitate Business “Registration” and “Registry” – Simplify the Process*

Various global and regional initiatives²⁴ point towards consensus on the need to simplify the process for “starting” a business, that is, the entire spectrum of business “registration.” In most jurisdictions, that process involves a series of steps that can be classified into one of three categories²⁵. Most jurisdictions require three initial basic steps, the first of which is business “registry.” For incorporated entities, this step is known as “incorporation” by which the business is “born” into legal existence and given a business name. The next two steps constitute registration as a tax payer and registration as an employer. A second category of steps that may also be required and that vary by jurisdiction include registration with other government entities, such as subnational tax administration units (e.g., regional, state or municipal authorities), employment or labor ministries (regarding employee benefits, etc.). A third category of steps that may be required are the “business-specific” registrations, such as licenses concerning hygiene, health and safety (e.g., for food services or vehicle operation), sale of restricted substances (e.g., alcohol or medicine) or to verify conformity with municipal bylaws (e.g., restrictive zoning)²⁶.

²⁴ These include the following: UNCITRAL, Working Group I, pursuant to its mandate to reduce legal obstacles faced by MSMEs throughout the business life cycle, as of 2014 began to focus on “the legal questions surrounding the simplification of incorporation.” UNCITRAL (2017). Annotated Provisional Agenda. A/CN.9/WG.I/WP.105, para. 12. The World Bank Group provides practical advice on simplifying incorporation and business registration in its toolkit. World Bank Group, 2013. Reforming Business Registration, A Toolkit for Practitioners, available at <http://documents.worldbank.org/curated/en/577211468155378578/Reforming-business-registration-a-toolkit-for-the-practitioners>. The Asia-Pacific Economic Cooperation (“APEC”) in 2009 launched an Ease of Doing Business Action Plan, the goal of which is to make the process of starting a business “cheaper, easier and faster” in the APEC region. APEC Policy Support Unit (2016). APEC’s Ease of Doing Business – Final Assessment 2009-2015: A Collaborative Report Between the APEC Economic Committee and the APEC Policy Support Unit, p. 1, available at: <http://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2016/10/APEC-Doing-business.pdf>.

²⁵ Adapted from UNCITRAL (2016). Contribution by UNCTAD: Lessons Learned on Business Registration. A/CN.9/WG.I/WP.98, p. 4.

²⁶ UNCTAD Lessons Learned (note 25).

Thus, business “registration” has been described as “a series of processes involving registration with multiple public agencies to be able to operate legally and within the ‘formal’ economy”²⁷. It is important to note that business “registry” is only the first step—albeit an important one—along that continuum. It is simplification of that initial step which is a primary objective of the Model Law on the Simplified Corporation.

C) *Encourage Formalization of the Informal Economy*

Noteworthy from the above quotation is that registration pursuant to this process will enable a business “to operate legally and within the ‘formal’ economy.” As has been pointed out by Hernando de Soto, many people across Latin America already run businesses according to agreements and social contracts among themselves and what is needed is “(...) to create one legal system that everybody recognizes and obeys”²⁸.

The informal economy has been defined as “all economic activities by workers and economic units that are—in law or in practice—not covered or insufficiently covered by formal arrangements”²⁹. This definition encompasses both informal employment (which takes place in both informal and formal sectors) and informal economic activity.

Because of its very nature, the informal economy is difficult to quantify, but in broad terms, it has been estimated to comprise more than half of the global labor force and more than 90% of MSMEs worldwide³⁰. In Latin America and

²⁷ UNCTAD Lessons Learned (note 25).

²⁸ Cited in Commission on Legal Empowerment of the Poor and United Nations Development Programme, 2008, *Making the Law Work for Everyone*, vol. II. Working Group Reports, back cover, available at: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/legal-empowerment/reports-of-the-commission-on-legal-empowerment-of-the-poor/making-the-law-work-for-everyone—vol-ii—english-only/making_the_law_work_II.pdf

²⁹ ILO, *Recommendation Concerning the Transition from the Informal to the Formal Economy*. Adopted by the General Conference at its One hundred and Fourth Session, Geneva, 2 June 2015, para. 2(a) and (b). “Economic units” in turn, are defined as “units that employ labour; that are owned by individuals working on their own account, either alone or with the help of contributing family workers and cooperative and social and solidarity economy units”. The term “informal” is not synonymous with “illegal” and as defined in para 2(b), it “does not cover illicit activities”. It may best be considered as “extra-legal, namely, employment and economic activities that fall outside of the formal economy”.

³⁰ ILO Website: *Informal Economy*, available at: <http://www.ilo.org/employment/units/emp-invest/informal-economy/lang—en/index.htm> (accessed May 2, 2017). According to a 2009 study by the OECD, out of a global working population of 3 billion, 60% (1.8 billion) is informally employed and that figure is predicted to rise to 66% by 2020. Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Website: *Is Informal Normal? Messages, figures and data*.

the Caribbean, informal employment averaged 46.8% in 2013³¹ with rates of informal employment by country that range from approximately 40 – 75%.³²

“Formalization”, or integrating the informal economy into the formal³³, is of benefit both to individual actors and society as a whole. Individual workers gain the protections afforded by legal contracts of employment and social security. Individual businesses (i.e., “economic units”) also benefit from legal contracts throughout the supply chain and thereby gain access to legal redress and dispute resolution mechanisms. One of the key advantages for small business, however, is improved opportunities for access to credit. Lenders are much more willing to offer financing to formally recognized businesses and at lower rates of interest; institutional lenders usually require formal documentation as security and as a prerequisite to extending credit. Moreover, improved access to credit is frequently accompanied by access to financial and business advisory services.

Formalization also results in benefits to government and society overall. The formalized business can be more easily regulated, which leads to improved sanitation, health and safety. Opportunities for extortion and corruption are reduced. Formalized businesses are required to pay taxes, which generates government revenues and also provides a valuable source of economic data.

The benefits of formalization and growth of MSMEs has been recognized as an important way to promote economic development, as acknowledged in international instruments, particularly the United Nations Sustainable Development Goals³⁴. Reaffirming SDG commitments, the OAS General Assembly also “encourage(s) models for development and economic growth that are more inclusive” and promotion in particular of the growth of MSMEs³⁵.

³¹ ILO, *Regional Office for Latin America and the Caribbean. Thematic Labour Overview: Transition to Formality in Latin America and the Caribbean*, 2014, p. 8.

³² ILO, *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture*, 2nd ed., 2013, p. ix, available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—stat/documents/publication/wcms_234413.pdf

³³ This is not a one-way, irreversible process, but rather one of fluidity.

³⁴ SDG #8 aims to “promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all” and to achieve that goal, target 8.3 encourages states “to promote development-oriented policies that support productive activities, decent job creation, entrepreneurship, creativity and innovation, and encourage the formalization and growth of (MSMEs)”. UN General Assembly, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2015. A/RES/70/1 (Resolution adopted by the United Nations General Assembly on September 25, 2015), available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E

³⁵ Advancing Hemispheric Initiatives on Integral Development. Adopted at the fourth plenary session held on 15 June 2016, AG/RES. 2881 (XLVI-O/16), paras. 38 and 41

To achieve these benefits and encourage formalization of the informal economy, it is imperative to simplify business registration. It is simplification of the initial step within that process—business registry (i.e., incorporation) – that is a primary objective of the Model Law on the Simplified Corporation.

2. INTERNATIONAL LEVEL

A) *Advance International Standardization*

The Model Law on the Simplified Corporation is consistent with and has contributed towards emerging international standards for the simplified corporate form. As has been discussed elsewhere³⁶, this Model Law was designed around twelve key elements that constitute “emerging globally recognized best practices for simplified incorporation”³⁷. These elements are as follows: separate legal personality, limited liability, possibility of a single shareholder, possibility of a single director, no minimum capital contribution, broad purpose clause or none at all, simplified incorporation documents³⁸, flexible organizational structure, no mandatory requirement for intermediaries (e.g., notaries) to incorporate, decisions by majority vote, no mandatory requirement for internal auditors, and maximum freedom of contract³⁹.

By simplifying the requirements, in particular, elimination of the mandatory requirements for intermediaries and internal auditors, the process of incorporation becomes easier and affordable and, therefore, more accessible to a wider range of business owners.

B) *Improve Access to International Markets*

Millions of MSMEs across the region are already doing business; what they need is a simple and cost-effective way to formalize these businesses and thereby obtain the dignity and benefits of participation in the formal sector. A formalized business is more likely to expand to international markets as it will

³⁶ J. TRAMHEL (note 2).

³⁷ Most, if not all twelve and if not in explicit form, have been identified as key by various entities, including the World Bank, UNCITRAL and UNCTAD. See J. TRAMHEL (note 2), text accompanying footnotes 41-46. See also, M. DENNIS / J.M. PLIEGO RAMOS, “Creating an Enabling Legal Environment for Micro-, Small-, and Medium-Sized Enterprises: Simplified Incorporation and Registration,” *Ar. J. Int’l & Comp. Law*, vol. 33, n° 1, 2016, p. 71.

³⁸ Some suggest that annual reporting requirements should also be simplified.

³⁹ Although the Model Law does not include a specific provision on freedom of contract, this is implicit from the aforementioned and other provisions.

have the legitimate status necessary to obtain customs clearances and other documentation for cross-border trade. Formalization is almost a prerequisite for access to international markets, which is virtually impossible for the vast number of MSMEs that operate within the informal sector.

Secondly, for existing formalized businesses, use of a regionally recognized, standard corporate form may facilitate cross-border trade and commerce. As per the recent resolution, the OAS General Assembly “invite(s) member states to adopt, in accordance with their domestic laws and regulatory framework, those aspects of the [Model Law] that are in their interest”⁴⁰. One can surmise that were several states to do so, a regional “corporate model” might emerge, which would facilitate the ease of doing business in the Americas.

C) *Enable Foreign Investment into Domestic Markets*

Although the emphasis throughout this paper has been on the advantages of the Model Law for MSMEs, “simplified” should not be considered synonymous with “small”. Larger businesses can also benefit from modernized legislation on incorporation, structure and governance. The twelve elements described above are advantageous to businesses of all sizes, and larger companies will benefit in particular from provisions that permit flexibility in the organizational structure and that ensure maximum freedom of contract. In addition to these twelve elements considered essential to simplified incorporation, the Model Law also contains additional provisions that will help to modernize and streamline corporate structure and governance. The “simplified” corporation would better be equated with one that is efficient and cost-effective.

Secondly, availability of a simplified process and form of incorporation should also encourage foreign investment. The same advantages that benefit local businesses, those of lower cost and less complexity, are also attractive to foreign businesses. Availability of a recognizable corporate form would serve to reduce uncertainty and promote cross-border trade and commerce.

V. REFLECTIONS

Concerns have been raised over the years about corporate “misbehavior” and rightly so. And as this overview has briefly described, there have been responses at both international and regional levels that have raised the consciousness and made the call for greater corporate social responsibility. That work is not yet complete and the urging must continue.

⁴⁰ See note 1.

However, States have responsibilities, too. Pursuant to the principle of progressive realization as articulated in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, states shall undertake “to take steps (...) with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized”⁴¹. These rights include the right to decent work, right to an adequate standard of living, and social security. People unable to secure decent work in the formal economy invariably resort to informal means of earning a living; informality is a response to a dysfunctional formal economy. Rather than acting as a barrier to restrict informal economic activities, law should serve as a tool to facilitate and encourage transition to formalization.

As noted above, in the June 2017 OAS General Assembly States acknowledged that “companies have the capacity to contribute to economic wellbeing, development, technological progress, and wealth”⁴². If such capacity is recognized on the one hand, it would seem counterproductive to retain outdated corporate legislation that hamstrings incorporation and effective operations on the other. Therefore, perhaps greater advocacy is required to encourage states to examine the laws on the books and to take steps as may be appropriate. That, in fact, is just what was recommended: at the June 2017 General Assembly, States resolved “to take note of the Model Law on the Simplified Corporation; to request the (CJI) and its Technical Secretariat to disseminate the (Model Law) as widely as possible among the member states; to invite member states to adopt, in accordance with their domestic laws and regulatory framework, those aspects of the (Model Law) that are in their interest (...)”⁴³.

Business has been called to task to carry out its activities responsibly; states must carry out their corresponding responsibilities so that businesses may do so. Together, this work will realize the potential of business to serve as economic engines of development that is fair, just and sustainable.

⁴¹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, signed 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, Article 2.

⁴² See note 14.

⁴³ See note 1.

MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN EL MERCOSUR: UNA PRUEBA PARA LA INTEGRACIÓN REGIONAL

ALBERTO M. POLETTI ADORNO*

Resumen: Las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) son nuevas estructuras empresariales que gozan, desde hace cierto tiempo, de un régimen especial para su conformación y funcionamiento. Los países del MERCOSUR cuentan con normas internas que, aunque se refieren a los mismos temas, presentan diferencias significativas. Ello nos lleva a reflexionar si es necesaria una armonización legislativa entre los países para obtener un mejor funcionamiento del Fondo de Garantías atendiendo al lugar que ocupan las MIPYMES en la economía de los países. También se analizarán los mecanismos existentes que deben ser utilizados para el éxito del proceso, entre los que sin duda se encuentra el acceso a la información por el sector privado de las oportunidades de negocios más allá de las fronteras de su país de origen.

Abstract: Micro, small and medium enterprises (MSMEs) are new business structure that are entitled to a special regulation in order to order their creation and working. Countries of MERCOSUR follow internal norms that, even if they refer to the same topics, present important differences. This lead us to consider if there is a necessity for the legislative harmonization among the countries in order to obtain a better operation of the Guarantee's Fond considering the place of the MSMEs in the economy of the countries. We may also consider the existing processes that must be followed in order to obtain success in these developments, such as access to public information and the business opportunities beyond the borders of the country of origin.

Sumario

I. Introducción: Las micro, pequeñas y medianas empresas. II. La conformación de nuevas empresas. 1. La definición de MIPYMES. 2. La actividad transnacional. Aplicación de normas de derecho MERCOSUR y de derecho internacional privado. 3. Distinción con otras organizaciones empresariales. III. La participación de las MIPYES en la economía de los países. 1. El FOCEM y el Fondo de Garantías. 2. El sector privado y el acceso a la información. IV. Conclusión.

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción (UNA), Paraguay. Doctor en Derecho de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne de Francia. Profesor de la Universidad Columbia del Paraguay. Las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor. Correo: alberto_poletti@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN: LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

La necesidad de adaptar el derecho a las nuevas relaciones empresariales hizo que los legisladores de distintos países vayan reconociendo, además de las estructuras societarias y comerciales tradicionales (SA, SRL, comandita por acciones, colectiva, entre otros) a nuevos actores: las micro, pequeñas y medianas empresas. En realidad, estas estructuras están presentes desde hace tiempo y el reconocimiento legislativo no debe ser una sorpresa cuando, conforme a estadísticas y documentos oficiales, las citadas empresas tienen una importante contribución no solamente para el desarrollo económico del MERCOSUR sino también para la consolidación y el desarrollo social de la región por la creación de empleos y una mejor distribución de la renta regional de los países¹.

Así, notemos que en el Uruguay, una investigación realizada por la IICA en el año 2009 sobre las micro, pequeñas y medianas empresas urbanas de los sectores de industria y servicios arrojó como resultado que el 99% de los empresarios dirige una PYME (Pequeña y Mediana Empresa) y que el 77% de los uruguayos trabaja en una empresa pequeña². En el Paraguay, según la Dirección General de Encuesta, Estadísticas y Censos, las micro, pequeñas y medianas empresas concentran el 61% de la mano de obra ocupada en el país, pero sólo representan el 8,7% de los ingresos totales de la economía, mientras que las grandes empresas, que ocupan al 35% de toda la mano de obra productiva, concentran el 90,4% del total de ingresos en Paraguay³.

II. LA CONFORMACIÓN DE NUEVAS EMPRESAS

El tema interesa al derecho y a la economía. En la práctica, el cumplimiento de requisitos formales establecidos por cada país constituyen aspectos que deben ser considerados a la hora en que un emprendedor decide poner en marcha los factores productivos para crear una empresa. No obstante, las definiciones y los problemas que enfrentan estas personas no son pocos, siendo indispensable distinguirlos de otros procesos empresariales.

¹ Resolución GMC/MERCOSUR 90/93, Políticas de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas del MERCOSUR, disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/Res_90_93_Polit.apoyo%20micro%20peque%C3%B1as%20y%20med.emp.del%20Merc._Acta_04_93.PDF

² A. BETANCUR, "Políticas de desarrollo o promoción de PYMES Rurales y Urbanas en Uruguay", *Biblioteca Virtual IICA*, Uruguay, 2009, disponible en: <http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/uruguay/Documentos%20de%20la%20Oficina/CoyunturaAgropecuaria/coy-dic2009.pdf>

³ Diario 5 días, Asunción, 11/03/2013. En Paraguay también las PYMES concentran los recursos humanos, disponible en: <http://5dias.com.py/25329-en-paraguay-tambien-las-pymes-concentran-los-recursos-humanos>

1. LA DEFINICIÓN DE MIPYMES

Debe destacarse que existe una pluralidad de opciones en cuanto a los criterios para la conformación y clasificación de las MIPYMES de acuerdo a su producción anual, la cantidad de empleados y la posibilidad de excluir a ciertas profesiones⁴.

Cuadro 1: Análisis de la estructura de las MIPYMES

	Microempresa	Pequeña Empresa	Mediana Empresa
Argentina Art. 2 de la Ley N° 24.467/1995. Modificaciones por la Ley N° 25.300/2000 y Ley 27.264/2017		Encomiéndose a la autoridad de aplicación definir las características de las empresas que serán consideradas PYMES, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada región del país, y los diversos sectores de la economía en que se desempeñan (Ver cuadro 2)	
Brasil (Ley 139 del 10 de noviembre de 2011 y complementada por Ley 123/2006) ⁵	Ganancia/Receita bruta igual o inferior a R\$ 360.000,00	Ganancia/Receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual o inferior a R\$ 4.800.000,00	
Paraguay (art. 4 Ley 4457/2012)	Formada por un máximo de diez personas, en la que el propietario trabaja personalmente él o integrantes de su familia y factura anualmente hasta el equivalente a G. 500.000.000 (Guaraníes quinientos millones)	Unidad económica que facture anualmente hasta G. 2.500.000.000 (Guaraníes dos mil quinientos millones) y ocupe hasta treinta trabajadores	Hasta Gs. 6.000.000.000 (Guaraníes seis mil millones) de facturación anual y ocupe hasta cincuenta trabajadores

⁴ F. GATTO / C. FERRARO, "Las PYMES en el Mercosur; definiciones y primeras estimaciones", CEPAL, LC/BUE/R. 186, julio 1993, p. 74, disponible en: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/25961/P25961.xml&xsl=/argentina/tpl/p9f.xsl&base=/argentina/tpl/top-bottom.xsl>

⁵ Brasil: Ley complementaria 123 del 14 de diciembre de 2006, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm#art89

⁶ Ministerio de Industria, Minas y Energía de Uruguay, disponible en: <http://www.miem.gub.uy/web/mipymes/-/%C2%BFes-mi-empresa-una-mipyme->

Uruguay ⁶ Ley 16.201 del 13/08/1991 y Decreto 504 del 20 de diciembre de 2007	Ocupan no más de 4 personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA no superan el equivalente de 2.000.000 de Unidades Indexadas (UI)	Ocupan no más de 19 personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA no superan 10.000.000 de UI	Ocupan no más de 99 personas y cuyas ventas anuales excluido el IVA no superan el equivalente de 75.000.000 de UI
Venezuela/ Art. 5 del Decreto No 6215 del 15 de julio del 2008		Se considerará Pequeña Industria a aquéllas que tengan una nómina promedio anual de hasta cincuenta (50) trabajadores y con una facturación anual de hasta cien mil Unidades Tributarias (100.000 UT).	Se considerará Mediana Industria a aquéllas que tengan una nómina promedio anual de hasta cien (100) trabajadores y con una facturación anual de hasta doscientas cincuenta mil Unidades Tributarias (250.000 UT).

En el caso de la República Argentina, es importante mencionar que la Resolución 11/2016 sustituye la Resolución 24/2001, y estableció que se consideran Micro, Pequeñas y Medianas Empresas aquéllas cuyas ventas totales anuales expresadas en Pesos (\$) no superen los valores establecidos en el cuadro que se detalla a continuación⁸.

Cuadro 2: Valores por sector en la República Argentina

Sector Categoría	Agropecuario	Industria y Minería	Comercio	Servicios	Construcción
Micro	\$ 2.000.000	\$ 7.500.000	\$ 9.000.000	\$ 2.500.000	\$ 3.500.000
Pequeña	\$ 13.000.000	\$ 45.500.000	\$ 55.000.000	\$ 15.000.000	\$ 22.500.000
Mediana Tramo 1	\$ 100.000.000	\$ 360.000.000	\$ 450.000.000	\$ 125.000.000	\$ 180.000.000
Mediana Tramo 2	\$ 160.000.000	\$ 540.000.000	\$ 650.000.000	\$ 180.000.000	\$ 270.000.000

La distinción en el sistema argentino, que no aparece en otras legislaciones, nos lleva a considerar que el número de empleados de una empresa no siempre refleja la capacidad de producción. Dos microempresas pueden ser iguales en número de empleados pero son muy diferentes si una produce *software* y otra bienes de consumo.

⁷ Venezuela: Decreto 6215/2008, disponible en: http://www.inapymi.gob.ve/documentos/LEY_PROMOCION_INDUSTRIA.pdf

⁸ Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/259547/norma.htm>
Es importante mencionar que para definir el sector de actividad al cual pertenece una empresa, se adoptó el Codificador de Actividades aprobado por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) por Res. Gral. 3.537 del 30/10/2013 que figura en el art. 2° de la Res. 11/2016.

Con la utilización de valores locales en los distintos países, puede notarse que las mediciones utilizadas en la definición de MIPYMES dentro de los Estados de la región no coinciden y con ello puede verse con mayor claridad en el cuadro que se coloca a continuación y que, independientemente de los acertados cuadros que puedan realizar los economistas y especialistas en el ámbito de la administración de sociedades, nos permite tener una idea de la situación.

Cuadro 3: Equivalencia de MIPYMES en el MERCOSUR

Tarifas de compra de Moneda Extranjera al 01/10/17	Microempresa	Pequeña Empresa	Mediana Empresa
Argentina 1 Dólar = \$ 17,54- Pesos 1 Real = \$ 5,54 Pesos		Cat. Inferior Agropecuarios 2.000.000 \$ AR o 114.053 U\$ o 360.815 R\$	
Brasil Real (R\$) 1 Dólar U\$. = 3,16	Igual o inferior a 360.000 R\$ o 113.821 U\$	Superior a 360.000 R\$ o 113.822 U\$	
Paraguay Guaraní (Gs.) Dólar U\$ 5550 Peso AR 290 Real BR 1700 Fuente: Cambios Chaco www.cambioschaco.com.py	Igual o inferior a 500.000.000 Gs. o 90.090 U\$ o 1.724.138 \$ o 194.117 R\$	Hasta 2.500.000.000 Gs. o 450.450 U\$ o 8.620.690 \$ o 1.470.588 R\$	Hasta 6.000.000.000 Gs. o 1.081.081 U\$ o 20.689.655 \$ o 5.000.000 R\$
Uruguay Peso Uruguayo (UY) Unidad indexada ⁹ a la fecha 3.6791	2.000.000 por UI	10.000.000 por UI	75.000.000 por UI
Venezuela 1 Unidad Tributaria equivale a 300 Bolívares (Bs) ¹⁰	Menos de cinco trabajadores (OCEI)	Ventas anuales hasta cien mil (100.000) unidades tributarias	Ventas anuales hasta doscientos cincuenta mil (250000) unidades tributarias

¿Es éste un régimen conveniente? Si consideramos que un país puede otorgar ciertas facilidades para la constitución de MIPYMES y otro país aplica a los países las normas ordinarias para la creación de empresas, es que pueden surgir algunas controversias que pueden ser solucionadas cumpliendo el régimen de instalación de las empresas en el país.

Nótese por ejemplo que la ley complementaria n° 147 del 7 de agosto de 2014 en el Brasil estableció un procedimiento para la simplificación del registro y legalización de las empresas y negocios, vinculado a la Secretaría de la micro y pequeña empresa de la Presidencia de la República, compuesto por representantes de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal, de los municipios y demás órganos de apoyo y de registro empresarial. Ello es importante porque muchas MIPYMES trabajan en la informalidad ante el desgano en realizar los trámites de formalización, el temor a la burocracia o la falta de conocimientos sobre el procedimiento.

⁹ Fuente: www.ine.gub.uy

¹⁰ Fuente: El Nacional, 20/02/2017, disponible en: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/unidad-tributaria-pasara-177-300-bolivares-partir-del-marzo_81782

En algunos países, la apertura de ventanillas únicas para la creación y el registro de empresas hacen que estos trámites se vean simplificados. En el Paraguay, el Sistema unificado de apertura y cierre de empresas (SUACE) fue creado por Resolución 639/2006 del Ministerio de Industria y Comercio. En la Argentina, se presentó recientemente el Decreto 252/2016 que implementa la Ley de apoyo al capital emprendedor y que, según sus promotores, busca facilitar la creación de una empresa en veinticuatro horas.

Creemos que, en el caso que una pequeña empresa sea calificada como empresa mediana o incluso de mayor porte en otro país, se debería dar preeminencia a la calificación del Estado de origen y sus normas locales. Si por imperativos empresariales se debe abrir una filial o sucursal en otro estado, la pequeña empresa deberá cambiar de régimen y cumplir con todas las normas del país donde desea instalarse. Ante la imposibilidad de obtener en muchos casos financiación y asistencia en tal proyecto, los empresarios buscan asociarse con sus homólogos de otros países para realizar acciones que no pueden realizar en el país.

2. LA ACTIVIDAD TRASNACIONAL. APLICACIÓN DE NORMAS DE DERECHO MERCOSUR Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Al realizar actividades en otros países, las empresas se someten a una serie de nuevas normas distintas a las usualmente aplicables en su territorio de origen. La competitividad puede verse afectada ante la existencia de normas que dificulten las operaciones: nótese que no existe un sistema que señale que la empresa registrada en un país no necesita registrarse en otro Estado en el caso de realizar operaciones frecuentes. Además, pueden surgir normas de calidad, estandarización y requerimientos del nuevo mercado.

La armonización de normas en el MERCOSUR fue realizada parcialmente por medio de la Resolución GMC 58/1998 que aplica diversos criterios para definir las MIPYMES, distinguiendo el personal ocupado, las ventas y los sectores productivos. Así, tenemos normas específicas para la industria, el comercio y servicios y las empresas artesanales.

A) Industria

Tamaño	Personal ocupado desde-hasta	Ventas anuales US\$ desde-hasta
Micro	1-10	1-400.000
Pequeña	11-40	400.001-3.500.000
Mediana	41-200	3.500.001 -20.000.000

B) Comercio y servicios

Tamaño	Personal ocupado desde-hasta	Ventas anuales US\$ desde-hasta
Micro	1-5	1-200.000
Pequeña	6-30	200.001-1.500.000
Mediana	31-80	1.500.001-7.000.000

Se establece en la Resolución GMC 58/1998 citada que las MIPYMES no deberán estar controladas por otra empresa o pertenecer a un grupo económico que en su conjunto supere los valores establecidos.

También se señala que dejarán de pertenecer a la condición de MIPYMES, sólo si durante dos años consecutivos superan los parámetros establecidos. Esta cláusula tiene por objetivo no desestimular el crecimiento ante la eventualidad de superar los parámetros cuantitativos que caractericen al estrato MIPYMES.

C) Empresas artesanales

Considerando que muchas de estas empresas se encuentran ubicadas en el estrato de las Microempresas, las mismas deben contemplar una distinción especial donde se destaque, en primer lugar, el carácter de expresión cultural y artística y un aporte significativo de trabajo manual.

D) Falta de internalización de normas

Si, a tenor de las normas del MERCOSUR, la Resolución GMC 58/1993 no requiere incorporación a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR (art. 5 inc. a) y art. 9 ii) de la Dec. CMC N° 23/00) existe otra norma vinculada a la Conferencia de La Haya cuya discusión podría resultar pertinente.

La Argentina ha ratificado por Ley 24.409 la Convención de La Haya sobre reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras del 1° de junio de 1956. En su art. 1 la Convención reconoce de pleno derecho la personería jurídica adquirida en un Estado contratante si cumplió con las formalidades de registro o de publicidad siempre que allí se encuentre su sede estatutaria y se cuente con la capacidad de poseer bienes y de otorgar contratos y otros actos jurídicos, previéndose que en caso de no darse los citados requisitos, será igualmente reconocida si fue constituida conforme a la ley que la rige.

No siendo aplicable esta Convención con los demás Estados del MERCOSUR, podría aplicarse la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia

de sociedades mercantiles. En el art. 3 se prevé que la persona jurídica privada debe sujetarse a la ley del Estado de reconocimiento si desea realizar actos comprendidos en su objeto social o establecer sede efectiva¹¹.

¿Podríamos considerar compatible esta norma en un proceso de integración? El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un fallo del 30 de setiembre de 2003, asunto C-167/01 “Inspire Art”, concede a las empresas europeas plena libertad para elegir “a la carta” el tipo social que mejor se adapte a sus necesidades y por lo tanto sea menos exigente o más flexible. Al analizar si los artículos 43 y 48 CE se oponen a una normativa nacional que supedita el ejercicio de la libertad de establecimiento con carácter secundario en dicho Estado, por parte de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, a determinados requisitos establecidos en el derecho de sociedades interno para la constitución de sociedades, relativos al capital mínimo y a la responsabilidad de los administradores, se sostuvo que las razones por las que se haya constituido la sociedad en el primer Estado miembro, y el hecho de que ejerza sus actividades exclusivamente, o casi exclusivamente, en el Estado de establecimiento, no la privan del derecho a invocar la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado CE, salvo que se demuestre la existencia de abuso en el caso concreto¹².

3. DISTINCIÓN CON OTRAS ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Muchas veces las MIPYMES empezaron como empresas familiares, pero ello no es una regla por lo que se describirán brevemente a estas últimas.

Una empresa familiar es un negocio cuya propiedad pertenece –en su totalidad o en su mayoría– a miembros de una sola familia, extendiéndose por lo general el concepto “familiar” más allá de la consanguinidad y abarca también a los cónyuges.

Son varias las características que pueden existir en una empresa familiar. Notemos que sus miembros trabajan en equipo, son menos burocráticas y tienden a resolver sus problemas internamente, además de que suele endeudarse menos que las que no son familiares. Nótese que en la ausencia de un familiar capacitado, es recomendable efectuar un llamado a un tercero que cuente con dicha formación, situación que existe en las PYMES.

¹¹ L. RAPALLINI, *Temática de Derecho Internacional Privado*, La Plata, Editorial Lex, pp. 214-219.

¹² TJCE, “*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*”, Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht te Amsterdam–Países Bajos, disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dde339ae6228d-74f29a771c8aa980035e3.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPb3z0?text=&docid=55011&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=81171>

También puede notarse que en ambas organizaciones, la falta de sistemas administrativos estandarizados, de personal capacitado y una asignación ineficaz de los recursos, pueden llevarlas a su fracaso¹³.

Debemos asimismo distinguir a las MIPYMES de las *Start-up* que constituyen “una organización temporal en búsqueda de un modelo de negocio escalable y replicable”¹⁴. Si bien se hallan normalmente vinculadas a la tecnología, lo esencial en esta organización es contar con un alto potencial de crecimiento y la facilidad para llevar el modelo de negocio a otros mercados (geográficos, sectoriales, etc.).

Hechas estas aclaraciones, es dable mencionar que cada una, dependiendo del tipo adoptado en cada país (sociedad de responsabilidad limitada, anónima, por acciones u otra) tendrá un tipo distinto de dirección, financiación, distribución de dividendos y eventualmente, modificación por fusión, absorción o cierre.

Las diversas legislaciones adoptan sin embargo normas especiales y derogatorias del régimen ordinario para las MIPYMES.

Así, por ejemplo se autoriza a llevar un sistema simplificado de libros laborales (art. 51 de la ley complementaria 123/2006 de Brasil, art. 85 de la ley 24.467 de Argentina, art. 46 de la ley 4457/2012 de Paraguay).

El artículo 642 de la Ley uruguaya 10.170 del 29.12.90, sustituye varios impuestos por un impuesto único a la pequeña empresa. Los arts. 39 y 40 de la ley paraguaya al igual que el art. 13 de la ley brasileña citada y del art. 79 de la ley argentina prevén también facilidades impositivas. Tanto es así que las empresas argentinas inscritas en el registro especial descuentan de ganancias 10% de sus inversiones; pagan el IVA a 90 días; compensan el costo del impuesto al cheque. El impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, ya no existe más gracias a la Ley PYME.

También las diversas leyes de los países otorgan un importante mecanismo a la tecnología y la innovación (art. 35 de la ley argentina 25.300, arts. 59 y 64 de la ley 123/2006 de Brasil, art. 19 de la Ley 4457/2012 de Paraguay, entre otras).

El acceso al crédito, además de estar garantizado en normas del proceso de integración regional, también tiene un reconocimiento especial en las legislaciones de los países. El art. 33 de la ley 24.467 argentina crea las sociedades de garantía recíproca para el otorgamiento de garantías mediante la celebración de contratos regulados en la ley y el asesoramiento técnico, económico y financiero en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin.

¹³ M. NIETO, “La empresa familiar, un negocio de por vida”, *Ideas para PYMES*, disponible en: http://www.ideasparapymes.com/contenidos/empresa_familiar_negocio_familia_emprender.html

¹⁴ F. PALAO, “Qué es una *start-up* (y qué no)”, Blog, disponible en: <http://www.franciscopalao.com/2012/11/20/que-es-una-startup-y-que-no/>

También el Brasil exonera (art. 70 ley 123 citada) a las micro y a las pequeñas empresas de la obligación de realizar reuniones y asambleas previstas en la legislación civil, que son substituidas por la deliberación representativa de la mitad más uno del capital social. Es importante destacar que en el Brasil, la ley exige la obligación de obtener la residencia o de tener un socio brasileño con por lo menos el 51 % del capital social, exigencia que no se observa en otros países.

No hemos encontrado en otros sistemas una disposición similar al art. 49 de la ley paraguaya que prevé que en los casos en que las micro y pequeñas empresas se vean obligadas al pago de multas por la comisión de infracciones formales, puedan sustituirlas por cursos de capacitación a ser realizados por el sector público o privado, debidamente fiscalizados. Las multas serán exoneradas contra la presentación del certificado de cumplimiento y aprobación del curso realizado en el equivalente del costo del curso.

Lo cierto es que no solo en América las MIPYMES dudan en instalarse en otros países. La Comisión Europea estimó recientemente que únicamente el 2% de las PYME de la UE establecen filiales en otros Estados Miembros, esto es: 500.000 compañías de un total estimado de 20,7 millones de PYMES¹⁵.

Entre las medidas que podrían promoverse para lograr una mayor presencia del sector y favorecer la libre circulación, el desarrollo y crecimiento de empresas se citaron: la unificación del capital social mínimo; el establecimiento de un modelo de estatutos sociales europeo; la generalización de la posibilidad de constituir *online*; la unificación de los trámites administrativos; y, principalmente, una gradual armonización de la parte sustantiva del derecho mercantil.

En el MERCOSUR existen iniciativas dentro del Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM) para promover el desarrollo del sector.

III. LA PARTICIPACIÓN DE LAS MIPYMES EN LA ECONOMÍA DE LOS PAÍSES

Dentro del MERCOSUR, podría analizarse si los derechos reconocidos en el art. 1 del Tratado de Asunción, relativos a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente podrían aplicarse a las MIPYMES.

¹⁵ X. COSTA / J. GUAL, "Las PYMES también se quieren ir de Erasmus", *Togaz.biz*, 27/01/2015, disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Comunitario/Comunitario/Las-PYME-tambien-se-quieren-ir-de-Erasmus.html>

Y creemos que la respuesta debería ser positiva. Ello atendiendo a que las autoridades regionales han establecido normas específicas que reconocen la importancia de las MIPYMES en las economías de los países. Sin embargo, las trabas existentes hacen que la respuesta hoy sea negativa y pueden analizarse el impacto del FOCEM y las necesidades de los consumidores.

1. EL FOCEM Y EL FONDO DE GARANTÍAS

Debemos destacar que por Decisión CMC N° 41 del 15 de diciembre de 2008 se creó el Fondo MERCOSUR de Garantías para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Fondo de Garantías), destinado a garantizar operaciones de crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas que participen de actividades de integración productiva en el MERCOSUR con el fin de estimular la complementación productiva, contribuyendo al incremento de la competitividad de los distintos sectores económicos de los Estados mie.

Originalmente se estableció¹⁶ que el aporte fijado para los países era: Argentina 27%; Brasil 70%; Paraguay 1%; y Uruguay 2%.

Durante la suspensión del Paraguay en el MERCOSUR, el Reglamento del Fondo MERCOSUR de Garantías para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, que consta como Anexo de la Decisión 46-2012-CMC, estableció un Fondo de Garantías compuesto, por recursos aportados de acuerdo con los siguientes valores y de conformidad con lo previsto en el art. 13 del Reglamento: Argentina, US\$ 27.000.000,00 (veintisiete millones de dólares estadounidenses); Brasil, US\$ 70.000.000,00 (setenta millones de dólares estadounidenses); Uruguay, US\$ 2.000.000,00 (dos millones de dólares estadounidenses); y Venezuela, US\$ 27.000.000,00 (veintisiete millones de dólares estadounidenses).

Al decidirse el levantamiento de la suspensión, el gobierno de Paraguay solicitó una revisión del citado reglamento y que se establezca el aporte del país. Nótese que el art. 5 del anexo de la Decisión 39/14 confirmó los montos y estableció la participación paraguaya en US\$. 1.000.000,00 (un millón de dólares estadounidenses), estando pendiente la aprobación de la norma en el Congreso paraguayo y la posibilidad de recibir parte de los US\$ 25.400.000 que constituyen el fondo entre los Estados partes¹⁷.

Sin duda, realizar una integración a nivel económico de empresas y personas puede asegurar el éxito del proceso de integración en el MERCOSUR que muchos consideran estancado. Ahora bien, consideramos que otorgar dineros a las PYMES no es una solución.

¹⁶ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 42/08

¹⁷ C. CÁCERES, "Fondo de garantías para las Pymes", *Diario 5 días*, 10/07/2017, disponible en: <https://www.5dias.com.py/95611-fondo-de-garantias-para-las-mipymes>

Y compartimos la opinión de Alberto Acosta quien dijo: “la mejor manera de fundir a una PYME es prestándole mucho dinero. Porque el problema de la PYME no es falta de dinero sino falta de gerenciamiento. Planifican mal, no se organizan bien, no cuentan con recursos humanos capacitados y sus sistemas de control son ineficientes o nulos”¹⁸.

Es importante destacar entonces que los fondos otorgados a las MIPYMES provienen de aportes de los Estados miembros y del FOCEM y por ende, están sometidos a diversos controles nacionales e internacionales tanto en fases previas a la adjudicación como en etapas posteriores, para controlar el desembolso y ejecución del proyecto.

Además de asegurar el financiamiento y los controles del dinero, se deben destacar otras iniciativas. En el ámbito bilateral, Paraguay y Brasil suscribieron recientemente convenios para realizar capacitaciones y transferencias de tecnologías¹⁹. Argentina realizó igualmente contactos para promover la participación y contactos de las PYMES en el territorio paraguayo²⁰.

A fin de facilitar el acceso a créditos en los países y evitar que los potenciales beneficiarios tengan que recurrir ante los órganos del MERCOSUR se previó que el Operador del Fondo de Garantías firmará convenios con instituciones financieras con sede en los Estados Partes, habilitando a tales instituciones a utilizar la garantía del Fondo de Garantías para operaciones de crédito realizadas con empresas situadas en el territorio de los Estados Partes, bajo las condiciones previstas en este Reglamento.

La falta de mención sobre la jurisdicción competente para resolver las competencias entre particulares es un elemento que deberá ser debidamente subsanado. Creemos que debería darse competencia a los órganos de solución de controversias del MERCOSUR antes que los de los Estados, atendiendo a la existencia de órganos especializados en el ámbito del derecho de la integración del MERCOSUR.

2. EL SECTOR PRIVADO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Es importante destacar la existencia de la Decisión 4/2013 adoptada en Montevideo el 11 de julio de 2013, que en su art. 1 dispone: “Los representantes de los movimientos y organizaciones sociales de los Estados Partes podrán solicitar

¹⁸ A. ACOSTA GARBARINO, “Paraguay es como una pyme”, *Diario Última Hora*, 22/03/2015, disponible en: <http://www.ultimahora.com/paraguay-es-como-una-pyme-n882173.html>

¹⁹ PPN.COM.PY, “Celebran con gran éxito cooperación para el desarrollo de pymes”, 18/03/2015, disponible en: <http://www.ppn.com.py/html/noticias/noticia-ver.asp?id=121017&desc=Celebran-con-gran-exito-cooperacion-para-el-desarrollo-de-pymes>

²⁰ Sur1810, “Argentina lleva a 119 PYMES a desarrollar negocios a Paraguay”, disponible en: http://sur1810.com/nota/11037/argentina_lleva_a_119_pymes_a_desarrollar_negocios_a_paraguay/

a los órganos del MERCOSUR subordinados al Consejo del Mercado Común, al Grupo Mercado Común y a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, información relativa al estado de vigencia de normas aprobadas, al estado de adopción de normas por los nuevos Estados Partes, a la relación de una norma con otras normas MERCOSUR y/o al conjunto de normas que regulan una materia específica”.

Esta interpretación efectuada por órganos administrativos del MERCOSUR viene a paliar la imposibilidad de los particulares de recurrir a órganos judiciales.

En el caso de las MIPYMES, los particulares y las organizaciones del sector privado pueden recurrir a órganos del MERCOSUR y a órganos de sus respectivos países conforme a la legislación interna para conocer las posibilidades ofrecidas, entre otros temas, por el Fondo de Desarrollo de MIPYMES.

Y es allí donde surge que para garantizar el éxito de las MIPYMES en el proceso de integración se requiere facilitar la difusión de oportunidades. Los sectores privados deben buscar asociados más allá de sus fronteras. El sector público puede proveer la información necesaria pues cuenta con una estructura capaz de recolectar informaciones de la que no dispone el sector privado.

Hemos mencionado que la distribución de los fondos de garantías del MERCOSUR entre los Estados, ante las disparidades existentes en las legislaciones de los países, debería realizarse teniendo en cuenta la norma comunitaria. Sería igualmente importante promover mecanismos de participación de las PYMES en contrataciones públicas tal como lo prevén los arts. 8.21 y 8.22 de la Alianza del Pacífico.

Sin ánimo de ser exhaustivos, presentamos algunas instituciones que tienen como objetivos proveer información sobre las MIPYMES en los países.

Cuadro 4: Órganos de información y apoyo a MIPYMES

País	Organismo
Argentina	Secretaría de emprendedores y PyMEs dependiente del Ministerio de Producción http://www.produccion.gob.ar/sepyme
Bolivia	Viceministerio de MIPYMES del Ministerio de Producción http://produccion.gob.bo/vmpe
Brasil	SEBRAE – Servicio Brasileño de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas http://www.sebrae.com.br
Chile	Portal y directorio de las pequeñas y medianas empresas PYMES chilenas emprendedores http://pymesdechile.cl/
Colombia	Dirección de la micro, pequeña y mediana empresa del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – http://www.mincit.gov.co/mipymes/
Ecuador	Subsecretaría de MIPYMES y Artesanías del Ministerio de Industrias y Productividad http://www.industrias.gob.ec/subsecretaria-mipymes-y-artesantias/
Paraguay	Viceministerio de micro, pequeñas y medianas empresas http://mipymes.mic.gov.py/
Perú	Sector Micro y Pequeñas Empresas (MYPE) e Industrias del Ministerio de Producción http://www.produce.gob.pe/index.php/ministerio/sector-mype-e-industria
Uruguay	Dirección nacional de artesanías, pequeñas y medianas empresas http://www.dinapyme.gub.uy
Venezuela	Instituto Nacional de desarrollo de la pequeña y mediana empresa http://www.inapymi.gob.ve/

La duda que surge es si el sector privado puede trabajar independientemente del sector público. Sin duda alguna en ciertos casos se prefiere evitar los vaivenes políticos y contar con corresponsales del ámbito no gubernamental. La Decisión CMC 17/2012 prevé la participación de entidades de fomento en cada país que puede ser cualquier entidad pública, privada o mixta que actúe en los Estados partes para fomentar la utilización de los fondos. Se establece que las mismas no participan en los procesos de aprobación de garantías y refinanciamiento por parte del Fondo de Garantías.

Considerando que la internacionalización de los negocios es una decisión difícil para las MIPYMES que, saliendo del territorio conocido, se aventuran a un mercado nuevo y asumen un riesgo, la necesidad de información, asociación e intercambios entre sectores productivos de distintos países se hace necesaria para lograr el éxito en el nuevo emprendimiento. Por ende, la labor de las Cámaras de Comercio, Salones de Feria y Exposiciones resultan importantes para presentar ventajas. Asimismo, las asociaciones de pequeños empresarios en un país permitirán compartir los costos para participar en eventos internacionales.

IV. CONCLUSIÓN

La antigua Comisión de Pequeñas y Medianas Empresas del Sub-Grupo de Trabajo Nro. 7 adoptó un modelo en el cual se determinaba la categorización de las PYMEs en los Estados partes del MERCOSUR y un coeficiente de tamaño para dicha operación²¹.

A la fecha y conforme a la Decisión CMC 24/2014 “Estructura del Grupo Mercado Común y tipología de sus órganos dependientes” se ha creado el Grupo ad hoc fondo MERCOSUR de apoyo a pequeñas y medianas empresas (GAHFOPYME). La adopción de normas internas por los países que demuestran un sistema distinto de denominación y clasificación de las MIPYMES hace necesario un nuevo trabajo de armonización para evitar inconvenientes a un sector ya vulnerable.

Por otro lado, el acceso a la información de normativas y oportunidades dentro del MERCOSUR se ve facilitado no solo por el desarrollo de medios tecnológicos sino también por la creación de estructuras de apoyo e información a las MIPYMES, tanto dentro del sector público como del sector privado, sin dejar de considerar a las Universidades y asociaciones de empresarios y consumidores que, entre tantos agentes económicos, tienen un rol preponderante en el desarrollo de la integración en este ámbito.

²¹ Fórmula $C=10x(PO/POm \times V/Vm)^{1/2}$ donde: C = Coeficiente de tamaño; PO = Personal ocupado de la empresa; POm = Personal ocupado de referencia; V = Ventas de la empresa; Vm = Venta anual de referencia. Ver RED ACADÉMICA URUGUAYA, *Las pequeñas y medianas empresas*, versión de julio de 1998, disponible en: <http://www.rau.edu.uy/mercosur/faq/pre24.merco.htm>

LA ACTIVIDAD AUTORREGULATORIA DE LA EMPRESA Y LOS FOROS DE CODIFICACIÓN. FUNDAMENTOS GENERALES PARA UNA LECTURA TRANSVERSAL

JENNER A. TOBAR TORRES*

Resumen: El trabajo presenta de manera general el contexto socio jurídico a partir del cual se producen los fenómenos autorregulatorios en los diversos foros de codificación internacionales. Se analizan las condiciones a partir de las cuales los particulares actúan en los foros de codificación identificados, y se abordan las características principales de los productos normativos de la autorregulación privada, estableciendo que los productos generados en foros de codificación responden a diversas dinámicas de interrelación con el Estado, así como a diferentes niveles de vinculatoriedad y autonomía.

Abstract: The paper presents, in a general way, the socio-legal context from which self-regulatory phenomena occur in the international codification forums. The conditions under which private individuals act in the codification forums identified are analyzed, and the main characteristics of the normative products of private self-regulation are addressed, establishing that the products generated in codification forums respond to different dynamics of interrelationship with the State, as well as different levels of binding and autonomy.

Sumario

I. Algunas consideraciones sobre la relación público/privado en torno a la autorregulación. II. La autorregulación normativa privada. 1. La normalización y certificación industrial. 2. El autocontrol y autodisciplina de las profesiones y la industria. 3. La autorregulación de las nuevas tecnologías. 4. La generación de usos y reglas comerciales. III. Conclusión.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN PÚBLICO/ PRIVADO EN TORNO A LA AUTORREGULACIÓN

Bajo el fenómeno globalizador los procesos y relaciones entre el Estado y los particulares han sido crucialmente afectados por el surgimiento de nuevas

* Docente de tiempo completo de la Universidad Libre de Colombia. Abogado y Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

identidades, tecnologías, redes de comunicación, y relaciones de poder, de tal forma que “el control estatal sobre el espacio y el tiempo se ve superado cada vez más por los flujos globales de capital, bienes, servicios tecnología, comunicación y poder”¹.

La distinción entre las esferas pública y privada, como elemento central del pensamiento liberal, ha sido punto común de encuentro de los Estados contemporáneos, en donde en términos generales lo público corresponde al Estado, y lo privado corresponde al individuo y sus relaciones íntimas². De este modo, la dicotomía público/ privado presupone una distinción entre “*uma esfera pública, a das responsabilidades e competências públicas* (“*poder público, “state action”*”), e *uma esfera privada, a das atividades privadas, de desenvolvimento dos direitos dos cidadãos e dos poderes privados*”³.

En una lectura sencilla del fenómeno, la regulación podría ser considerada como la facultad del Estado para crear normas tendientes a intervenir y disciplinar el ejercicio de ciertas actividades comerciales o un modo especial de acceso a ciertos bienes, siendo el concepto de regulación el opuesto de la noción de mano invisible del mercado⁴, de tal forma que la autorregulación sería entendida como la actividad de los particulares a través de las cuales estos se proveen a sí mismos reglas de conducta para gobernar sus actuaciones en sus respectivos sectores, entendiendo acá por particulares: “*Enterprises and trade associations, professionals, and civil society organizations (CSOs). Industries are often complemented by civil society organizations and non-governmental bodies. The single stakeholder model, with a single constituency, typically an industry or a profession, has been more recently complemented by the multi-stakeholder model where industries, CSOs, and often governments convene, trying to accommodate diverging objectives and conflicting interests. The most common legal form is nonprofit*”⁵.

La producción del derecho ha sido uno de los baluartes de soberanía que el Estado tradicionalmente ha reclamado para sí. Sin embargo, en el campo económico internacional se ha venido observando una progresiva pérdida del formalismo jurídico, expuesta en la permisión del derecho comercial internacional a abrir

¹ M. Castells, *La era de la información. El poder de la identidad*, vol. II, México, Siglo XXI editores, 2001, p. 271.

² S. FIGUEROA RUBIO, “Derechos sin liberalismo? La distinción público-privado, la propiedad privada y el mercado en el actual sistema de derechos”, *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, n° 1, p. 86.

³ P. COSTA GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, Editorial Almedina, 2005, p. 236.

⁴ J.L. SALDANHA SANCHES, “A regulação: historia breve de um conceito”, *Revista da orden dos advogados*, 2000, p. 5.

⁵ F. CAFAGGI, “The many features of transnational private rule-making: unexplored relationships between custom, jura mercatorum and global private regulation”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 36, 2015, p. 890.

sus puertas a nuevos actores y a nuevas dinámicas de producción del derecho que rompen con la idea clásica de producción jurídica estatal, para dar campo a una apertura normativa producto de la autorregulación privada⁶.

Se observa como en la alteración del monopolio estatal de las fuentes del derecho desempeñan un papel especial las corporaciones y grupos económicos y sociales, invirtiéndose la relación entre los poderes públicos y los grupos sociales respecto del modelo clásico de representación política y de creación legislativa y judicial: tales grupos confían en la autonomía normativa para la gestión de sus asuntos, y prefieren los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos de base negociadora que las instancia jurisdiccionales⁷.

Esto es especialmente notorio en el escenario internacional donde las redes de autorregulación creadas por privados o por confluencias público-privadas suelen ser muchas más comunes en número y producción. En el escenario internacional la producción de normas se ha desconcertado hacia la producción de reglas ductiles o *soft law* mientras que en los espacios nacionales aún existe predominio de la regulación pública a través de normas de *hard law*⁸.

En efecto, se ha evidenciado una consolidación de actividad autorregulatoria en áreas donde en otros tiempos el Estado era soberano indiscutido. Como lo señala SASSEN: “*while central, the role of the state in producing the legal encasements for economic operations is no longer what it was in earlier periods. Economic globalization has been accompanied by the creations of the new legal regimes and legal practices and the expansion and some older forms that bypass national legal systems. This is evident in the rising importance of international commercial arbitration and the variety of institutions that fulfil rating and advisory functions that have become essential for the operation of the global economy*”⁹.

Como consecuencia de estos puntos de contacto y de tensión entre los privados y el Estado se han suscitado serios cuestionamientos alrededor de la vigencia de las categorías público/privado, alrededor de la posibilidad de que los privados se conviertan en actores con poder de gobernanza global¹⁰, y sobre cómo tal poder reconfigura la relación Estado-sociedad.

⁶ J.C. FERNANDEZ ROZAS, *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, pp. 21-25.

⁷ G. MARCILLA CORDOBA, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28, p. 244.

⁸ W. MATTLI / N. WOODS, “In whose benefit? Explaining regulatory change in global politics”, en: Mattli, W. / Woods, N. (eds.), *The politics of global regulation*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 3.

⁹ S. SASSEN, “De-nationalized State Agendas and Privatized norm-making”, en: Ladeur, K.H. (ed.), *Public governance in the age of globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004, p. 63.

¹⁰ Sobre el concepto de gobernanza global, Scotti resalta como este concepto juega un importante rol en la redefinición de un modelo operativo que cambia los procesos de decisión, señala la autora que

Bajo los planteamientos clásicos de las teorías liberales, solo las autoridades públicas y principalmente el Estado son legítimos para detentar autoridad y prescribir el comportamiento, pues estas autoridades son las únicas autorizadas por la sociedad, de tal forma que como señala CUTLER “*under democratic theory, only elected representatives and their delegates may function authoritatively in prescribing and proscribing behavior*”¹¹.

Esto no representaría a los actores privados como incapaces de ejercer autoridad, si no que sujetaría el ejercicio de la misma por parte de los particulares a la autorización, delegación o incluso el silencio permisivo de las autoridades estatales correspondientes¹². Partiendo de un contexto heterárquico de producción del derecho, la noción de legitimidad debe ser reinterpretada para dar paso a procesos deliberativos y procedimentales que en clave sistémica ofrezcan una alternativa a la visión jerárquica del derecho estatal¹³.

En un sentido semejante, autores como BLACK plantean que en la actualidad la actividad regulatoria es producto de interacciones y no del ejercicio de un reconocimiento o autorización formal por parte de los gobiernos estatales. Señala BLACK que “*the collapse of the public/private distinction as a useful tool for analysing governance and regulation is manifested in the identification of ‘hybrid’ organisations or networks that combine governmental and non-governmental actors in a variety of ways*” (...) *Added more recently are networks: the interactions of a range of actors, of which the state is only one, and which it has been argued government both does use and should use to govern*”¹⁴.

De este modo, el desarrollo de la actividad regulatoria ya no sería un ejercicio en el que el Estado se comporte como actor exclusivo o dominante, pues existe una serie de interacciones e interdependencias entre el mismo y los particulares, de tal

este término fue acuñado de por la *Commission on Global Governance* en su informe “*Our Global neighbourhood*”, del año 1995 donde se estableció que “la gobernanza global no es gobierno global (...) es la suma de muchas formas en que individuos e instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos en común (...). Es un proceso continuo a través del cual intereses en conflicto o divergentes pueden ser ordenados y acciones de cooperación pueden realizarse. Ello incluye instituciones formales y regímenes con poderes para vigilar su cumplimiento, así como arreglos informales que las personas o las instituciones han acordado o perciben como afines a sus intereses”. Cfr. L. SCOTTI, “Los escenarios del derecho internacional privado actual: globalización, integración y multiculturalidad”, en: Fernández Arroyo, D.P. / Moreno Rodríguez, J.M. (coords.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración – Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 147-168.

¹¹ C. CUTLER, “Private international regimes and interfirm cooperation”, en: Bruce Hall, R. / Biersteker, T., *The emergence of private authority in global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 32.

¹² C. CUTLER (nota 11), p. 35.

¹³ H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 412.

¹⁴ J. BLACK, “Critical reflections on regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, n° 27, p. 8.

forma que como propone Black, “*Regulation is a two-way, or three or four-way process, between all those involved in the regulatory process, and particularly between regulator and regulatee in the implementation of regulation. In Offe’s terms, regulation is ‘co-produced’*”¹⁵.

En efecto, en el campo internacional los particulares se han convertido en actores con relevancia político-económica semejante a los Estados, evidenciándose el surgimiento de auténticos regímenes corporativos de manos de actores no estatales. Así pues, en la actualidad se observan dos escenarios concurrentes en este campo: los Estados construyen regímenes internacionales apoyados en la actividad normativa y autorregulatoria de los particulares existiendo primacía estatal, pero también se puede observar casos de regímenes corporativos que desempeñan un papel de igual frente al Estado¹⁶.

Esto ha llevado a que se planteen propuestas tendientes a explicar este fenómeno de nueva concurrencia entre lo público y lo privado. Por relevar un ejemplo, lo que algunos autores han denominado como teoría de las jurisdicciones mixtas pretende explicar el relacionamiento de las fuentes normativas de origen privado y público, en donde se pueden encontrar relaciones tanto de complementariedad como de competencia.

Una de las consecuencias de la consolidación de regímenes privados en el escenario económico internacional es con la aparición de la autorregulación de tales actores privados los efectos no se quedan exclusivamente en la órbita privada sino que trascienden a lo público y alcanzan al Estado, lo cual, si bien no implica la desaparición de la distinción entre público y privado, si exige una reinterpretación de tal relación, y plantea nuevas necesidades de gobernanza y regulación que rompan con los referentes de producción jurídica del Estado keynesiano¹⁷.

Así pues, la relación entre los actores públicos y privados en el campo internacional es de influencia recíproca e interdependencia mutua para lograr sus objetivos¹⁸, y resulta innegable que el ejercicio de funciones públicas –delegadas o no– por parte de los actores privados representa un verdadero desafío a las teorías jurídico-políticas liberales clásicas¹⁹.

¹⁵ J. BLACK (nota 14), p. 7.

¹⁶ V. HAUFLE, “Crossing the boundaries between public and private: international regimes and non-state actors”, en: Rittberger, V., *Regime Theory and International relations*, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1995, pp. 94-95.

¹⁷ S. SASSEN (nota 9), p. 65.

¹⁸ V. HAUFLE (nota 16).

¹⁹ C. CUTLER (nota 11), p. 33.

Estas funciones o tareas públicas se encuentran en permanente conexión y continuidad con actividades privadas, como resalta Gonçalves “misturas e proximidades entre competências públicas e liberdades privadas existem de facto, e ostentam, alias, recortes muito variados”²⁰. Ejemplo de tales contactos entre unas y otras puede ser la denominada “autorregulación públicamente regulada”, los efectos públicos de algunos actos privados –vgr. las certificaciones voluntarias–, aquellos eventos en los que la ley sujeta la eficacia o validez de un acto privado a un acto público de control, o la privatización funcional en la cual una entidad privada asume el desarrollo de una actividad pública delegada²¹.

En este contexto de imbricaciones mutuas entre lo público y lo privado, entre el Estado y la sociedad, no es menos problemático establecer que pertenece a cada categoría. Identificar las fronteras de lo público y lo privado ya no es un ejercicio sencillo, y por eso mismo es inadecuado considerar un único criterio diferenciador, sino que se deben considerar varios elementos para establecer el grado de publicación del fenómeno o sujeto de análisis²².

Por cuestiones de espacio, en el presente escrito se hace referencia apenas a uno de los tantos criterios diferenciadores entre la actividad autorregulatoria privada y la producción regulatoria estatal: el *soft law* y el *hard law*.

II. LA AUTORREGULACIÓN NORMATIVA PRIVADA

La actividad regulatoria a cargo del Estado ha venido sufriendo una progresiva descentralización en las funciones de dirección, mando y control, pero también en la función de producción normativa, lo que ha llevado al surgimiento de nuevas dinámicas de interrelación entre el Estado y la sociedad en torno a las figuras de regulación y autorregulación²³.

En efecto, cualquier clase de autorregulación lleva implícita la posibilidad para los autorreguladores de crear normas o reglas para sí mismos lo cual quiebra la estructura básica del paradigma heterorregulatorio, donde el regulador es el Estado y el regulado la sociedad, para generar un sistema cerrado donde regulador y regulados convergen en una sola unidad²⁴.

²⁰ P. COSTA GONÇALVES (nota 3), p. 246.

²¹ P. COSTA GONÇALVES (nota 3), pp. 246-248.

²² M.M. DARNACULLETA GARDELLA, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada* (Tesis doctoral), Departament de Dret Públic, Girona, Universitat de Girona 2003, p. 488.

²³ M.M. DARNACULLETA GARDELLA, “La autorregulación y sus fórmulas como instrumento de regulación en la economía”, en: Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la Regulación*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2010, p. 651.

²⁴ V. MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 130

Se produce entonces una descentralización de la producción normativa donde el Estado ya no detenta el monopolio de las fuentes del derecho, jugando en tal proceso un papel importante los particulares y colectivos privados, quienes a partir de su creciente protagonismo en el funcionamiento e integración de los diversos subsistemas, logran modificar el modelo clásico de representación política y de toma de decisiones legislativas y jurisdiccionales del Estado de derecho, para fortalecer su autonomía normativa en la gestión de sus asuntos, frente a las regulaciones uniformes que puedan ofrecer el Estado²⁵.

En este sentido, Teubner ha expuesto como espacios como el económico, la ciencia, la tecnología, la medicina, la educación, las comunicaciones, entre otros, han desarrollado necesidades masivas de normas y reglamentaciones que no son atendidas directamente por los entes gubernamentales sino por ellas mismas, por lo cual señala que “*in globalization dominant law-making is shifting from the centres of law that had been politically institutionalized in the nation state (legislatura and judiciary) to the peripheries of law, to the boundaries between the law and other globalized social sectors. The new world law is primarily peripheral and spontaneous. Private government, private iredulations and private justice are becoming central sources of law (...)*”²⁶.

Esto lleva a que a partir de la autorregulación se generen contenidos normativos propios de cada subsistema que son aplicados voluntariamente y controlados por los propios autorreguladores, y aunque en varios casos no sean reglas obligatorias estas “tienen un valor regulatorio de facto inmenso porque quien no se atiene a ellas (vgr. normas de calidad de producción, de protección medioambiental, etiquetas verdes, etc) corre el riesgo de ser arrojado fuera de los mercados o, desde luego, como mínimo, de tener que competir en condiciones de absoluta inferioridad”²⁷.

Esta capacidad de las organizaciones dotarse a sí mismo de sus propias normas de conducta es definida por autores como Moreira como “auto-reglamentación”, la capacidad de aplicar y ejecutar tales normas se denomina “auto-ejecución”, y la capacidad de tales colectivos para sancionar a sus propios miembros por las infracciones a sus normas se le llama “autodisciplina”. La autorregulación normativa no implica que una organización tenga en su esfera de poder estas tres capacidades, puede existir autorregulación con una o dos de ellas²⁸.

²⁵ G. MARCILLA CORDOBA (nota 7), p. 244.

²⁶ G. TEUBNER, “Global private regimens: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomus sectors”, en: ladeur, K.H. (ed.), *Public governance in the age of globalization*, Aldershot, Ashgate, 2004.p. 75.

²⁷ S. MUÑOZ MACHADO, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en: Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la Regulación*, vol. 1, Madrid, Iustel, 2001, p. 124.

²⁸ V. MOREIRA (nota 24), pp. 69-72

Precisamente, frente a esta capacidad de los particulares de crear sus normas MOREIRA señala que “*Chamar-se-á auto-regulamentação á faculdade normativa das entidades dotadas de poder de auto-regulação. A criação de normas, de regras de conduta é a mais nobre das dimensões da auto-regulação. Em sentido estrito tal é sentido do termo autonomia, ou seja, a capacidade de autodefinição das suas próprias normas de conduta*”²⁹.

Los regímenes privados transnacionales se ven influenciados por la esfera pública de manera distinta dependiendo de si se relaciona con *soft law* o con *hard law*. Señala CAFAGGI que: “la distribución entre el *hard law* y el *soft law* en el ámbito público afecta las funciones de la regulación privada transnacional, mientras que la escogencia de modelos regulatorios, que implican diferentes relaciones de regulación, refleja y afecta la naturaleza del régimen público internacional. Cuando el *hard law*, incluyendo los tratados internacionales, se implementa, la regulación privada actúa como un complemento para especificar reglas y las diseña para mercados específicos, y frecuentemente la delegación formal o informal se implementa. Cuando el *soft law* es escogido la regulación privada opera principalmente como un vehículo para endurecer el *soft law*, entregándole fuerza vinculante. En el primer caso se incrementa la efectividad, en el segundo caso le confiere mayor legitimidad. Obviamente existen regímenes de regulación privada transnacional que operan con independencia de cualquier régimen público y buscan legitimidad en diferentes niveles”³⁰.

El resultado normativo de la autorregulación ha sido comúnmente calificado como *soft law*³¹. Tradicionalmente, este llamado *soft law* se estudia como antípoda de lo que se conoce como *hard law*, entendiendo este último como aquel conjunto de normas e instrumentos jurídicos que son exigibles a través de las vías institucionales de solución de conflictos y que en consecuencia su aplicación puede derivar en condenas de responsabilidad para los actores³².

En consecuencia, el *soft law*, puede ser entendido como aquel conjunto de normas que no pueden ser impuestas coercitivamente recurriendo a la fuerza

²⁹ V. Moreira (nota 24), p. 70.

³⁰ F. CAFAGGI, “Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional”, *Revista de Derecho Privado*, n°26, 2014, p. 210.

³¹ En este sentido, J.C FERNANDEZ ROZAS (nota 6), p. 24.

³² Al respecto véase M.I DEL TORO HUERTA, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, vol.VI, 2006, p. 528. Este autor desarrolla un interesante estudio alrededor de concepto de *soft law* y plantea allí que los conceptos *soft law* / *hard law* no son necesariamente opuestos sino complementarios, en razón a que la distinción tradicional que recae en las fuentes de producción jurídica resulta insuficiente toda vez que existen casos en que normas de *hard law* no pueden ser fácilmente exigibles a través de los medios institucionales de resolución de conflictos, y por el contrario, existen normas de *soft law* con amplia aceptación jurídico-social.

pública, pero que pueden resultar vinculantes por la aceptación voluntaria de los sujetos pasivos, quienes por diferentes razones aceptan tales reglas, las cuales pueden emanar tanto del Estado como de actores no estatales³³.

No obstante, algunos autores consideran que no se puede equiparar completamente los regímenes privados con el *soft law*, pues aunque la frontera entre uno y otro es difusa, la coercibilidad puede ser el factor clave de diferenciación. En efecto, si bien es cierto la adopción de normas autorregulatorias es voluntaria, su cumplimiento se torna obligatorio una vez han sido adoptados por el regulado: “*Transnational private standards are voluntary; most of them become binding when regulated entities subscribe to them or join the organization managing the regime (e.g. become members). The adoption of standards is voluntary but compliance is mandatory. Whether these regimes effectively monitor compliance and enforce standards once violations arise varies across sectors*”³⁴.

Por el contrario, tratándose de normas de *soft law* tanto su adopción como su cumplimiento es voluntario. Esto da lugar a que surjan relaciones de complementariedad entre los productos de la autorregulación y el derecho en sus versiones de *hard law* y *soft law*, y de esta forma el *soft law* puede ser usado como alternativa o complemento a la regulación privada, a través de relaciones de cooperación o competencia, horizontales o verticales, formales o informales³⁵.

Este *soft law* es la base de las denominadas regulaciones civiles, las cuales se caracterizan porque su obligatoriedad no está en sanciones legales, sino que sus violaciones enfrentan otro tipo de mecanismos disuasivos como sanciones del mercado o sanciones sociales³⁶.

Señala CAFAGGI que: “A nivel transnacional el *soft law* puede incrementar la competencia entre lo público y lo privado y reducir la ‘cooperación’ cuando el mismo se desarrolla como una alternativa a la regulación privada. Cuando se usa como un complemento refuerza la coordinación ya que requiere que sus principios sean aceptados a nivel doméstico. La expansión del *soft law* a nivel transnacional puede reducir el número de acuerdos de co-regulación basados

³³ G. KAUFMANN-KHOLER, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en: *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010, p. 107.

³⁴ F. CAFAGGI (nota 5), p. 879.

³⁵ Ver F. CAFAGGI, *A Comparative Analysis of Transnational Private Regulation: Legitimacy, Quality, Effectiveness and Enforcement*, European University Institute Department of Law, EUI Working Paper Law 2014/15, p. 51.

³⁶ D. VOGEL, “The private regulation of global corporate conduct”, en: Mattli, W. / Woods, N. (eds), *The politics of global regulation*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 154.

en una combinación de regulación pública y privada y en un incremento en el reconocimiento de los estándares diseñados privadamente por organizaciones internacionales”³⁷.

Así mismo, esta complementariedad puede ser tanto horizontal o vertical, la primera se presenta cuando regímenes privados y organizaciones internacionales coexisten a nivel transnacional, coordinando sus actividades de manera implícita o explícita, formal o informalmente. La complementariedad vertical se encuentra cuando un régimen privado transnacional es complementado por la legislación pública a nivel nacional o viceversa³⁸.

La complementariedad entre los regímenes privados transnacionales y el *hard law/soft law*, también puede ser formal o informal. Es formal en el caso del *hard law* cuando las legislaciones incorporan estándares privados por referencia, pero también se puede encontrar ejemplos de cooperación informal: “*There are informal sequential cooperative forms where the private organization sets standards on the basis of a process open to stakeholder consultation and participation of both public and private actors and the public actor approves it and/or incorporates it into legislation or into an administrative act*”³⁹.

No obstante, se insiste en que las dinámicas de integración y competencia entre los productos del *soft law* y el *hard law* provocan que en ocasiones las fronteras entre uno y otro no sean claras, pues como se desarrollará a continuación, eventualmente por los compromisos y sincronías entre actores públicos y privados, el *soft law* puede convertirse en *hard law*, y viceversa⁴⁰.

Ejemplos de lo anterior es lo que sucede al interior de algunos foros de codificación internacional donde reglas de *soft law* son convertidas en *hard law* mediante su absorción por parte del foro o su recomendación, directa o

³⁷ F. CAFAGGI (nota 30), p. 208

³⁸ F. CAFAGGI (nota 30), p. 208. En una ampliación de su trabajo, Cafaggi desarrolla ejemplos de cada uno de estos niveles de complementariedad: “(in Horizontal complementarity) Examples can be found in civil aviation between IATA, IFALPA and ICAO, in accounting between IOSCO and IASB, in food safety between FAO and GFSI, FAO and ISEAL, and in project finance between the Equator Principles Association and the International Finance Corporation (IFC); at the regional level between the EU Commission or EU Agencies like (1) in the case of advertising between EASA and the EU Commission, (2) in the case of payment systems between EPC, SEPA, the EU Commission and the ECB, (3) in the area of food safety between certification schemes and the EU Commission. (...) (in Vertical complementarity) There are numerous examples of EU legislation incorporating in different ways transnational private regulation. This is the case in accounting, derivatives, food safety, private services”. Ver F. CAFAGGI (nota 35), pp. 43-44.

³⁹ F. Cafaggi (nota 35), p. 53.

⁴⁰ D. VOGEL (nota 36), p. 155.

indirecta⁴¹, o por el contrario, cuando normas de *hard law* como las de tratados internacionales contienen provisiones tan amplias o indeterminadas que se convierten en la práctica en reglas de *soft law*; así mismo, es relativamente usual que normas de *soft law* sean utilizadas para la complementación o interpretación del *hard law*. Todas estas dinámicas de interrelación generan, entonces, que los límites entre uno y otro no siempre resulten claros.

Como se observa, se pueden encontrar en la actualidad múltiples ejemplos de autorregulación normativa en diversos foros de codificación, cada uno de ellos con diferentes niveles de interpenetración con la esfera estatal y con diverso grado de intensidad normativa. Entre los diferentes ejemplos de autorregulación donde los particulares generan reglas autorregulatorias tenemos:

1. LA NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN INDUSTRIAL

Dado el amplio contenido técnico de las industrias, y ante la necesidad de garantizar la seguridad de los procesos y la calidad de los productos y servicios, los privados han tendido hacia la estandarización de las reglas técnicas de la industria, tal proceso de estandarización se le conoce también como normalización. La certificación es la actividad a través de la cual se verifica y se plasma documentalmente el cumplimiento de una norma técnica⁴².

En un completo trabajo sobre la relación entre el derecho y la producción de estándares, Schepel señala que “*safety standards around the world are written and approved by private and semi-private organisations. In a process greatly accelerated over the last decade or so, these standards are increasingly harmonized either by regional or international federations standards bodies, by bilateral joint-development schemes, or by brute exports of standards to foreign markets*”⁴³.

Estos procesos autorregulatorios encuentran varias manifestaciones. Las normas técnicas surgen como respuesta a la creciente tecnificación de la industria, las exigencias de mitigar riesgos y las necesidades de normalización industrial. Por su parte, las llamadas *regulae artis* “son los métodos de proceder comúnmente reconocidos como idóneos en una actividad profesional y en la realización de una prestación que puede ser de muy variado contenido: desde la instalación de una caldera de calefacción hasta una intervención quirúrgica”⁴⁴.

⁴¹ Al respecto ver D.P. FERNANDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial”, en: Basedow, J. / Fernandez Arroyo, D.P. / Moreno Rodriguez, J.A. (coords), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010.

⁴² M.M. DARNACULLETA GARDELLA (nota 22), p. 138.

⁴³ H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance*, Portland, Hart Publishing, 2005, p. 1.

⁴⁴ J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación génesis y efectos*, Navarra, Editorial Arazandi, 2002, pp. 117-118.

Estas normas técnicas pueden ser adoptadas indistintamente por elaboradas por profesionales del gremio o sector o por organismos de normalización internacional y su aplicación será voluntaria. No obstante, eventualmente el Estado puede recoger tales normas en reglamentos técnicos, de carácter obligatorio, aprobados por los respectivos poderes públicos.

Esto último parece ser una tendencia de los foros codificadores a nivel global. Al mismo tiempo que surgen una multiplicidad regímenes privados globales, muchos de estos cuerpos normativos están siendo absorbidos, de diversas formas, por órganos públicos, de tal forma que una gran cantidad de reglas que se encargan de temas como la salud de los administrados tienen su origen en procesos globales de estandarización⁴⁵.

Pero la influencia es recíproca. Si bien los Estados se han mostrado incapaces de incorporar adecuadamente los procesos de estandarización en su propia jerarquía constitucional, ellos ejercen enorme influencia en los procedimientos y prácticas de los órganos de estandarización nacionales e internacionales⁴⁶.

2. EL AUTOCONTROL Y AUTODISCIPLINA DE LAS PROFESIONES Y LA INDUSTRIA

Teniendo en cuenta que las actividades de las empresas transnacionales abarcan múltiples áreas de actuación económica como las industrias extractivas, las telecomunicaciones, las tecnologías de la información, bienes de consumo electrónico, transportes, bancas y finanzas, seguros, entre otras, el desarrollo de las mismas tienen un importante impacto en aspectos sociales de las comunidades como los derechos y condiciones laborales, los derechos del consumidor, el medioambiente, la propiedad intelectual, etc.

Por este motivo, desde hace varios años ha surgido una preocupación hacia las demandas de responsabilidad frente a los actores del mercado, exigiéndose que las empresas transnacionales asumas compromisos de respeto hacia los derechos humanos de las comunidades donde sus actividades tienen impacto.

En este contexto, el autocontrol y autodisciplina de las profesiones se viene consolidando como una forma de autorregulación autorregulación normativa, a través de la creación de diversos códigos éticos, códigos de conducta, auditorias y certificaciones de responsabilidad social, guías de inversión éticas, entre otros, en áreas como los medios de comunicación, la publicidad y la ciencia donde las codificaciones deontológicas juegan un papel muy importante para responder desafíos éticos que el funcionamiento de tales campos plantea.

⁴⁵ H. SCHEPEL (nota 43), p. 405.

⁴⁶ H. SCHEPEL (nota 43), p. 414.

Quizá el instrumento de autorregulación que más aceptación ha tenido en este campo son los denominados códigos de conducta. Se habla entonces de auténticos códigos éticos que reglamentan el ejercicio profesional de los particulares, estableciéndose deberes de conducta y prohibiciones para el desarrollo de la profesión. Incluso, en algunos escenarios tales códigos éticos trascienden el ámbito estrictamente privado de la organización que los crea, para ser adoptados por el Estado por la relevancia e impacto que el desarrollo de tales las profesiones tienen en la sociedad.

De este modo, se pueden encontrar ante la presencia de reglamentos estatales que han tenido origen en desarrollos de profesionales particulares, siendo ejemplos de ello los códigos de ética en las ciencias de la salud, los códigos de deberes profesionales de los abogados, los códigos de ética en el ejercicio de la publicidad, el periodismo, etc, los cuales contienen auténticos procedimientos sancionatorios ante su inobservancia.

Los Códigos de conducta empresarial, como manifestación autorregulatoria, han experimentado una creciente relevancia en virtud de lo que se ha conocido como ética de los negocios o ética empresarial en donde la responsabilidad social empresaria ha ocupado un papel esencial en el desarrollo productivo empresarial y su supervivencia en el mercado. A través de la responsabilidad social empresarial se pretende “hacer referencia a una visión de los negocios que incorpora el respeto por los valores éticos, las personas, las comunidades y el medio ambiente”⁴⁷.

Ante la evidencia de los impactos sociales, laborales y ambientales que el desarrollo de algunas industrias genera, amplia y rápidamente divulgados por los medios de comunicación globales, los consumidores han comenzado a efectuar un control activo de tales impactos, adoptándolo como un factor relevante de elección en el mercado⁴⁸. De este modo, ante las presiones públicas y de organizaciones civiles, los códigos de conducta aparecen como una herramienta de las empresas para establecer pautas de comportamiento en su actividad que garanticen al público un comportamiento acorde a los valores sociales y ambientales defendidos por la sociedad y el Estado.

Actualmente existen más 300 Códigos de conducta, de buenas prácticas, de responsabilidad social y/o ambiental, entre otros, más de 3000 empresas presentan regularmente reportes en temas sociales, ambientales, de responsabilidad social, de prácticas ambientales, e instrumentos como la Carta de las Empresas para el Desarrollo Sostenible elaborada por la Cámara Internacional de Comercio ha sido acogida por más de 2300 firmas a nivel global⁴⁹.

⁴⁷ M.M. DARNACULLETA GARDELLA (nota 22), p. 198.

⁴⁸ R. JENKIS, “Códigos de conducta empresariales: autorregulación en una economía global”, *Comercio exterior Revista de análisis económico*, vol. 54, n° 9, 2004, p. 764.

⁴⁹ Ver D. VOGEL (nota 36), p. 158.

Asimismo, estos códigos de conducta no son exclusivos del sector empresarial, sino que también han sido adoptados por algunas organizaciones internacionales⁵⁰ e incluso Organizaciones no gubernamentales. Tanto en estos casos, como en los códigos de conducta corporativos, ha jugado un rol importante el concepto de “gobernanza” y de “responsabilidad social empresarial” que de cierto modo ha dirigido el debate.

Sin embargo, a pesar del auge en su implementación por las empresas y asociaciones empresariales, estos códigos de conducta han sido cuestionados por sus limitaciones, entre las que se destaca la ausencia de un monitoreo independiente que garantice que no son simples declaraciones de principios empresariales, la poca participación en su elaboración de los interesados directos –trabajadores, asociaciones ambientales, etc–, entre otros⁵¹.

Por ello hay quienes consideran que en la práctica los programas de responsabilidad social empresarial y los Códigos de conducta no comprometen en nada a las compañías multinacionales, quienes por su cuenta deciden que firmar, como hacerlo, y que cumplir⁵².

Teubner señala que el éxito en la aplicación de estos códigos está en su capacidad para lograr su judicialización en los derechos nacionales lo que no significa que aquellos carezcan de fuerza vinculante entre quienes los acogen. El objetivo es lograr que a través de la creación de normas de conflicto sistémicas-funcionales los Códigos de conducta, como expresión de la regulación privada, se integren como auténticas normas transnacionales⁵³.

No se trata de convertir los Códigos de conducta en derecho estatal, sino que a través de la participación activa de todos los actores públicos y privados involucrados se llegue a una hibridización de los Códigos de conducta en la cual la autonomía del código es preservada, pero agencias estatales e internacionales se involucren en la delimitación de los alcances del Código de Conducta, así como en su implementación y regulación.

⁵⁰ “Another example of a voluntary code for international organizations which includes human rights norms can be found in the standards for the “Accountability of International Organizations” currently elaborated by the International Law Associations (ILA), a private association of international lawyers”. A REINISCH, “The changing international legal framework for dealing with non-state actors”, en: Alston, P. (ed.), *Non- State Actors and Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, p. 47.

⁵¹ R. JENKIS (nota 48), pp. 776-777.

⁵² J. HERNANDEZ ZUBIZARRETA / P. RAMIRO, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2015, p. 48.
J. HERNANDEZ ZUBIZARRETA / P. RAMIRO (nota 52), p. 25.

⁵³ G. TEUBNER, “The corporate codes of multinationals: company constitutions beyond corporate governance and co-determination”, en: Nickel, R. (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oxford, Hart, 2009, p. 9.

Así las cosas, estas regulaciones civiles y en particular los Códigos empresariales han tenido un importante impacto y tienen aún un gran potencial. A través de ellos los Estados han logrado compensar la poca efectividad de algunos tratados internacionales han tenido en el control de los procesos de fabricación y calidad de ciertos productos, además a través de la expansión internacional de estos los códigos empresariales como *soft law*, los gobiernos han tenido la posibilidad de tener mayor inspección en la responsabilidad de las empresas globales fuera de sus fronteras, y controlar el impacto de estas empresas en sus políticas económicas⁵⁴. Sin embargo, varios sectores insisten en la existencia de un déficit de protección y reclaman mecanismos de control mas fuertes a las actividades empresariales.

A finales de junio de 2014, durante la 26 sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, se adoptó una importante decision: “establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el DIH”⁵⁵.

Aunque esta resolución fue apoyada por 20 países y mas de 600 organizaciones sociales alrededor del mundo, 14 países centrales –Estados Unidos, Canadá, Japón, y algunos miembros de la Unión Europea–, así como algunas empresas transnacionales mostraron su rechazo a la misma, señalándose incluso por el representante de Estados Unidos, que si se elaborara finalmente el instrumento, este no sería vinculante a los países que se opusieron al mismo en su elaboración. Es evidente que los Estados mas desarrollados propenden por la adopción de normas voluntarias como las que predominan en la actualidad, mas no por un instrumento vinculante. De este modo, las Naciones Unidas serán en los próximos años el escenario de discusión entre quienes defienden la voluntariedad de las normas de autorregulación ética empresarial y quienes consideran que se debe acudir a mecanismos con mayor fuerza coercitiva para superar el déficit de protección en materia de derechos humanos en el campo de la actividad empresarial transnacional⁵⁶.

3. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La autorregulación de las nuevas tecnologías, particularmente la regulación del internet es un escenario más donde la autorregulación normativa ha tomado lugar. Dada las características propias del internet, es claro que la regulación

⁵⁴ D. VOGEL (nota 36), p. 185.

⁵⁵ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, NACIONES UNIDAS, *Resolución A/HRC/26/L.22*, Ginebra, 26 de junio de 2014.

⁵⁶ Ver J. HERNANDEZ ZUBIZARRETA / P. RAMIRO (nota 52), pp. 115 ss.

de esta tecnología no puede circunscribirse a espacios locales o regionales, esto sumado a la innegable complejidad técnica existente en este campo, ha llevado a los propios operadores a generar acuerdos, códigos y mecanismos de autocontrol de sus actividades⁵⁷.

Entre estas formas de control se encuentran no solo la creación de normas sobre prácticas generales y estrategias para el control de riesgos, sino que formas de autorregulación declarativa e incluso técnica hace fuerte presencia, siendo ejemplo de ello los intercambios de información, la presencia de protocolos técnicos, etc.

En un amplio estudio sobre el panorama y las perspectivas sobre el rol del derecho internacional privado en la regulación de internet, SCOTTI resalta que “Entedemos que el Estado tiene un rol destacado para encarar ese desafío, pero que una buena gobernanza global, adecuada a la internacionalidad del fenómeno, conlleva un trabajo conjunto de todos los actores involucrados. Las respuestas deben provenir de una co-regulación entre los Estados y los actores privados”⁵⁸.

4. LA GENERACIÓN DE USOS Y REGLAS COMERCIALES

La fragmentación de la sociedad mundial propicia la aparición de estas nuevas formas heterárquicas de derecho en varios sectores de la sociedad, y particularmente en los mercados internacionales la *lex mercatoria*, es el régimen privado que pretende responder a la racionalidad y dinámica propia del subsistema económico y especialmente del comercio internacional.

Si se parte de la conocida idea que la *lex mercatoria* es un conjunto de “reglas de comportamientos y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional”⁵⁹, se tiene que no toda la actividad autorregulatoria se genera de manera uniforme entre los participantes del comercio, ni que todos los resultados de la autorregulación se aplican de manera constante y reiterada.

Se considera que extender el término de *lex mercatoria*, a todo el resultado de la actividad autorregulatoria de los actores privados en el comercio internacional sería desnaturalizar ambos conceptos. Como se ha visto, la autorregulación tiene diferentes manifestaciones, siendo tan solo una de ellas la autorregulación normativa, e incluso, la propia autorregulación normativa contiene en si misma múltiples manifestaciones de diversa índole e intensidad, de las cuales se ha dado cuenta de algunas de ellas en las líneas anteriores.

⁵⁷ M.M. DARNACULLETA GARDELLA (nota 22), pp. 354-355.

⁵⁸ L.B. SCOTTI, *Derecho internacional privado. Globalización e internet*, México D.F, Editorial Porrúa, 2016, p. 200.

⁵⁹ J.C. FERNANDEZ ROZAS (nota 6), p. 89.

De este modo, la *lex mercatoria* podrá ser una especie dentro de un género mucho más amplio que es la autorregulación de los actores privados en el comercio internacional, y dentro del subgénero particular que es la autorregulación normativa. En este sentido, se comparte la propuesta de Goode en limitar la *lex mercatoria* a la práctica internacional del comercio, pues “equiparar la *lex mercatoria* a la totalidad del derecho comercial transnacional nos priva de un rótulo útil para designar aquella parte del comercio transnacional que se deriva de la práctica transnacional de los comerciantes”⁶⁰.

Ahora bien, es común encontrar en la doctrina que los términos de usos y prácticas suelen ser asimilados al concepto de costumbre, y su vez estos vocablos se han utilizado en varias ocasiones como sinónimos del concepto de *lex mercatoria*. De hecho, los usos, prácticas y costumbres del comercio internacional suelen ser referenciados como una de las principales fuentes de la *lex mercatoria*.

Esto es indicador de una seria confusión terminológica. En lo que respecta a la asimilación entre usos y prácticas comerciales y la costumbre mercantil, mientras algunos autores precisan la distinción entre los dos vocablos, otros los confunden y les dan alcance semejante, señalando que tal distinción es inútil en la práctica⁶¹. El alcance de estos conceptos es diferente y su distinción, lejos de inútil, se torna necesaria para comprender las dinámicas de producción normativa de los particulares en el comercio internacional.

La costumbre puede ser definida como una conducta de reiterada repetición, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme, que se realiza bajo el convencimiento de cumplir un

⁶⁰ R. GOODE, “Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial internacional”, en: Basedow, J. / Fernandez Arroyo, D.P. / Moreno Rodriguez, J.A. (coords) *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, 2010, p. 86.

⁶¹ Sobre este debate ver E.I. LEON ROBAYO / Y. LOPEZ CASTRO, *Derecho mercantil consuetudinario*, Bogotá, Editorial Legis, 2016, pp. 6 ss; J. OVIEDO ALBÁN, “Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo”, *Revista Universitas*, n° 102, 2001, entre otros. Un interesante resumen de la controversia es realizado por Goode: “*The subject of trade usage and custom is bedevilled with problems of linguistic ambiguity. Usage is sometimes used to denote practice or behaviour; sometimes to indicate a pattern of behaviour which has risen to the level of a norm. It has been traditional to distinguish custom from usage, but the distinctions have been drawn in widely differing ways. For example, according to some authorities custom is the practice of a particular locality, usage the practice of a trade, profession or vocation. Others consider that usage is merely a pattern of behaviour and that custom is the application of the usage from a sense of binding obligation. Others again divide custom into different categories, according to the degree of their antiquity or universality. The modern approach is to treat the two terms as interchangeable. In transnational commercial law the term “usage” or “usages” is that generally adopted; in international law the reference is usually to custom*”, R. GOODE, “Usages and its reception in transnational commercial law”, en: Ziegel, J., *New developments in international commercial and consumer law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 9.

imperativo jurídico⁶². La costumbre mercantil sería entonces aquella que se circunscribe específicamente a las conductas realizadas en el marco de actuaciones entre comerciantes, a la cual se hará referencia en este acápite.

De este modo, la costumbre parte de usos y prácticas de los particulares, pero llega a presentar una serie de elementos característicos que la convierten en una entidad diferente. Los elementos que se acuñan tradicionalmente a una conducta para que sea considerada como costumbre son principalmente dos, un elemento material u objetivo que se trata de la existencia de un acto constantemente repetido y un elemento subjetivo que es la conciencia de obligatoriedad de dicho acto⁶³.

A partir de estos elementos específicamente atribuidos a la costumbre se puede desarrollar una diferenciación terminológica con los denominados usos y prácticas. Para varios autores la principal diferencia entre estos y la costumbre radica en que esta es fuente de derecho, mientras que aquellos son simplemente hechos, de tal forma que puede haber usos que no son costumbres, pero no sería posible costumbres que no deriven de un uso. El uso consiste en la repetición de actos y la costumbre nace de esa repetición⁶⁴.

Así pues, los usos podrían ser definidos como: “las conductas generalizadas o el rol de normas técnicas y reglamentos de un determinado sector económico al cual las partes adhieren o hacen referencia, sin ser parte de él. Se distinguen de las costumbres por la ausencia completa de contenido vinculante y de la generalidad (social) esperada de aquellos”⁶⁵, o también como “prácticas observadas por motivos de conveniencia, de orden técnico o profesional, con uniformidad, frecuencia, generalidad y costancia suficiente como para poder afirmar la existencia de una regla social de comportamiento en un sentido determinado dentro del curso normal de los negocios. Pero falta a estos la fuerza interna derivada de la convicción de quienes los practican, de estar cumpliendo verdaderas reglas jurídicas”⁶⁶.

Es absolutamente problemático el uso – y el abuso– que se le ha dado al concepto de *lex mercatoria* tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La idea que subyace al concepto –la idea que los comerciantes pueden generar formas de autorregulación con efectos vinculantes– es totalmente compartida por nosotros, pero al extender el término de *lex mercatoria* para definir toda la

⁶² Ver G.M. ATSHAN RUBIANO, “La costumbre mercantil nacional”, *Ensayos sobre la costumbre mercantil*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2005, p. 11.

⁶³ J. CUETO RUA, *Fuentes del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 111; G.M. ATSHAN RUBIANO (nota 62), p. 12.

⁶⁴ G.M. ATSHAN RUBIANO (nota 62), p. 12.

⁶⁵ F.E.Z. GLITZ, *La globalización del derecho contractual*, (trad. María Noel Antas), Río de Janeiro, Clásica, 2012, p. 160.

⁶⁶ G.M. ATSHAN RUBIANO (nota 62), p. 12.

actividad autorregulatoria relacionada con el comercio internacional, es apenas lógico que surjan los ya referidos debates en cuanto a su naturaleza, contenido, fuentes, coercitividad, etc.

Por supuesto se defiende la idea de una concepción heterarquica de derecho en la cual los roles de producción normativa son reasignados y compartidos entre el Estado y los particulares en todos los campos de actuación posibles, incluido por supuesto, el comercio internacional.

En este sentido, se considera que la *lex mercatoria* no es concepto adecuado para enmarcar toda esa actividad de producción normativa pues se estaría igualando bajo un solo término manifestaciones autorregulatorias de muy diversa índole, con distintos enfoques, intensidades, características, y ello solo da lugar a confusiones y debates como los ya reseñados. Cada manifestación autorregulatoria debe ser considerada por separado para buscar y encontrar la lógica sistémica que la precede y así establecer adecuadamente sus alcances.

La *lex mercatoria* puede convertirse en un concepto útil y relevante en el área mercantil internacional si se delimita su contenido exclusivamente a los usos y prácticas del comercio internacional, con independencia si tales usos y prácticas han tenido origen espontaneo en los comerciantes o si han derivado de propuestas o recopilaciones efectuadas por entidades privadas. Si se circunscribe el concepto de *lex mercatoria* a los auténticos usos y prácticas del comercio, el concepto podría encontrar una especie de refundación y una vuelta a sus orígenes que le permitiría asumir un rol mas activo en el, de tal forma que, aunque con menos alcance, más podría influir en la práctica mercantil internacional. Menos sería más.

III. CONCLUSIÓN

La autorregulación desempeña un rol fundamental, a partir del establecimiento de reglas por parte de grupos económicos-profesionales dirigidas a orientar o condicionar a los miembros del grupo, quienes se someten a dichas reglas de forma usualmente voluntaria y con efecto vinculante sobre su conducta como miembros del grupo.

No obstante, las relaciones entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado, han alcanzado tal grado de complejidad que reducir los conceptos de regulación y autorregulación como simples fenómenos contrapuestos, es dar una visión escueta que deja de lado la magnitud y densidad de relaciones entre lo público y lo privado en la actualidad. Si bien la autorregulación tiene como una de sus notas definitorias que es una forma de regulación cuyo desarrollo está en cabeza de los propios agentes regulados, directa o indirectamente, esto no implica la ausencia del Estado en todas las manifestaciones del fenómeno.

En efecto, en torno al fenómeno de la autorregulación, lo público y lo privado se cruzan constantemente formando una espesa red de tensiones y distensiones que se puede observar, por ejemplo, cuando las instancias públicas se remiten o se ven obligadas a remitirse a la autorregulación, o cuando ejercicios de autorregulación generan tal credibilidad que se logran elevar hasta la órbita pública que los hace ser considerados por las autoridades estatales.

Por ende, la regulación y la autorregulación son fenómenos que deben ser analizados bajo una lectura dúctil de la distinción público/privado que considere las relaciones de interdependencia y continuidades entre uno y otro. Esto puede ser explicado a partir de abordajes sistémicos. La premisa de partida es que los procesos de creación normativa desbordan las fronteras del subsistema político para tener lugar en las periferias o límites del derecho con los demás subsistemas sociales. En este sentido, los procesos de creación normativa y de constitucionalización no están restringidos a las organizaciones de derecho internacional público.

Se produce entonces una descentralización de la producción normativa donde el Estado ya no detenta el monopolio de las fuentes del derecho, jugando en tal proceso un papel importante los particulares y colectivos privados, quienes, a partir de su creciente protagonismo en el funcionamiento e integración de los diversos subsistemas, logran modificar el modelo clásico de representación política y de toma de decisiones legislativas y jurisdiccionales del Estado de derecho, para fortalecer su autonomía normativa en la gestión de sus asuntos, frente a las regulaciones uniformes que puedan ofrecer el Estado.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA EN EL OJO DE LA TORMENTA

MARIELA C. RABINO*

Resumen: La responsabilidad social empresarial, nacida del reclamo social, se desarrolló principalmente en un ámbito interno de autorregulación. El marco jurídico vigente referido al DIPr deviene insuficiente ante los casos resonantes. La comunidad internacional avanza tímidamente hacia una regulación vinculante aunque faltan respuestas sobre ámbitos puntuales como el consumeril y el laboral. Por su parte, los Estados deben reflexionar sobre la contradicción entre el rechazo a la fuente internacional o a la delegación de potestades propias y la imposibilidad manifiesta de alcanzar una cobertura íntegra desde un enfoque nacional.

Abstract: Corporate social responsibility, born of the social claim, was developed mainly in an internal area of self-regulation. The current legal framework referred to the IPPrL becomes insufficient in the case of resounding cases. The international community is timidly moving towards binding regulation, although there is a lack of responses on specific areas such as the consumeril and the labor market. For their part, States should reflect on the contradiction between the rejection of the international source or the delegation of their own powers and the manifest impossibility of achieving full coverage from a national perspective.

Sumario

I. Introducción. II. La autorregulación. 1. Antecedentes. 2. Concepto. 3. Ámbitos. 4. Dimensiones. III. Marco jurídico. 1. En general. 2. En particular. IV. Luces y sombras del sistema vigente. V. A manera de corolario.

I. INTRODUCCIÓN

En las XI Jornadas de Bogotá, Colombia, ASADIP nos convoca a reflexionar sobre la actividad internacional de la empresa con una perspectiva amplia. En esta línea trabajamos en la responsabilidad social empresarial (RSE).

* Abogada. Especialista en Asesoramiento jurídico de Empresas (UCA). Profesora de Derecho internacional privado y de Derecho de la integración, en grado y posgrado de universidades argentinas y en el exterior. Miembro de AADI, ASADIP, Institutos de la materia de la Academia Nacional de Derecho, CPACF y del CALZ, con cargo de Directora en el último. Autora de diversas ponencias, artículos y colaboraciones en la especialidad (mcrabino@hotmail.com).

MONTEQUIEU sostuvo que “el comercio, unas veces destruido por los conquistadores y otras paralizado por los monarcas, recorre toda la tierra; huye de donde se ve oprimido y descansa donde se le deja respirar...”.¹

En un inicio, el recorrido era temeroso y desconfiado de los vaivenes que mostraban las políticas nacionales. Los Estados, ávidos de inversiones, aceptaron brindar un marco legal y jurisdiccional que brinde seguridad jurídica. Así suscribieron los tratados bilaterales de inversiones, conocidos como TBI y se sometieron a una jurisdicción supranacional arbitral para resolver las controversias como el CIADI. Un importante logro para los particulares empresarios, por fin podían demandar a un Estado extranjero ante una jurisdicción neutral, independiente de la vía diplomática, y evitar que interponga su inmunidad de jurisdicción.

En simultáneo un avance de las negociaciones multilaterales del comercio en todos sus sectores dentro de la OMC y junto al desarrollo de los procesos de integración, los cuales aún en el nivel más bajo procuran la libre circulación de los factores productivos (mercaderías, capitales y personas), terminan por conformar un marco jurídico que aceleró y expandió la actividad internacional empresaria hasta su máxima expresión, a tal punto que hoy no se concibe encerrada dentro de las fronteras de un solo Estado.

Sin embargo, lo que parecía una panacea no tardó en mostrar su faceta negativa, ya que las figuras asociativas libres por el mundo, es decir, sin una regulación que controle su accionar fueron también el vehículo para canalizar un accionar ilícito o por lo menos ilegítimo.

UZAL² nos recuerda algunos resonantes casos que brindan claros ejemplos y han provocado importantes reacciones, baste sólo citar: “Enron”, “Worldcom”, “Parmalat”, “Global Crossing”, “Aol/Time Warner”, “Adelphia; Tycom”, “Dynergy”, “Madoff”, etc. En Argentina, los casos: “IBM-Banco Nación”, “Banco General de Negocios”, “Banco Austral”, “Banca República”, “Southern Winds”, etc.

Sin embargo la problemática no se limita a fraudes corporativos como delito transnacional³, muy por el contrario se extiende fuera de la empresa. De ello

¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro XXI “De las leyes con relación al comercio considerado en sus resoluciones”, Cap. V “Otras diferencias”.

² M. E. UZAL, *Derecho Internacional Privado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 787.

³ R. DURRIEU (H), “Fraude Corporativo como delito transnacional”, disponible en: www.estudiodurrieu.com.ar/articulo_2006_12_26.htm, quien señala: “Nadie olvidará a Ken Lay y Jeff Skilling de ‘Enron’ – la séptima empresa más grande en tamaño en los Estados Unidos de Norteamérica, de la que desviaron fondos a través de más de 900 firmas off shore fantasmas, produciéndose así la mayor quiebra privada no bancaria de la historia de ese país. Otro caso resonante fue el de Bernie Ebbers de ‘WorldCom’, donde dolosas exageraciones al dar a conocer supuestas utilidades y los estados de cash flow, fueron el desencadenante de una defraudación que osciló los 3800 millones de dólares. Entre otros casos resonantes también encontramos los de Dennis Kozlowsky y Mark Swart de ‘Tyco Corporations’,

dan cuenta los casos más recientes acaecidos en nuestro continente, como ser “*Chevron*”, referido a la contaminación ambiental en Ecuador y la posibilidad de trabar una cautelar sobre los bienes situados en Argentina pertenecientes a sociedades vinculadas⁴; “*Odebrecht*,” puso en evidencia la corrupción en varios países latinoamericanos; y días pasados, “*Johnson & Johnson*”, nos recordó la responsabilidad empresarial por sus productos⁵.

Los Estados legislan y controlan la actividad dentro de sus territorios y se encuentran impotentes para realizarlo extraterritorialmente. La comunidad internacional consciente de la magnitud de los riesgos fue propiciando en forma paulatina y sectorial una regulación.

El proceso regulatorio ha sido extenso, con altibajos y plagado de obstáculos por la simple razón que las empresas transnacionales representan un poder económico de magnitud equiparable o quizás superior al poder estatal. En consecuencia tuvieron una fuerte injerencia en los foros internacionales al momento de su tratamiento⁶.

Jaime Olis de ‘Dynergy Inc.’, ‘Martin Glass de Rite Aid Corp.’ o el de la ‘célebre’ Martha Steward. En el plano europeo, tomó gran notoriedad el caso de Fausto Tonna de ‘Parmalat’, donde se recurrió a la falsificación de balances contables y certificados de depósitos bancarios con miras a ocultar millonarias pérdidas y aparentar una liquidez que no tenían... Todos, en definitiva, son parte de la ‘criminalidad económica organizada de carácter transnacional’. Este último término fue utilizado, entre otros, por Gracia Martín, ‘Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia’, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 161”. Véase también, D. R. VÍTOLO, “Uso y abuso de las estructuras societarias off shore”, LL, 2005-B, p. 904.

⁴ CSJN, “*Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias*”, 04/06/2013, A. 53. XLIX, A.238.XLIX, Recurso de hecho.

⁵ Johnson & Johnson, la firma más grande del mundo de productos de cuidado personal y de salud, se enfrenta a su mayor condena legal hasta el momento: deberá pagar US\$417 millones a una mujer que desarrolló cáncer de ovario por usar su talco para bebé en su higiene íntima. Un jurado de Los Angeles, en California (Estados Unidos), determinó que la compañía no advirtió adecuadamente de los peligros de contraer la enfermedad al utilizar sus productos de talco, algo sobre lo que supuestamente tenía constancia. Segunda condena millonaria contra Johnson & Johnson por un caso de cáncer relacionado con los polvos de talco. Miles de mujeres han interpuesto demandas contra el gigante farmacéutico y aseguran haber contraído cáncer por el uso de productos que la firma recomienda para su higiene íntima. Johnson & Johnson ha perdido cuatro de cinco casos en Misuri (Estados Unidos), los cuales le han supuesto multas que suman más de US\$300 millones. La empresa tuvo que pagar US\$110,5 millones en mayo de este año a una mujer de Virginia que fue diagnosticada con cáncer de ovario en 2012, y perdió otros tres casos similares por los que le impusieron multas de US\$72, US\$70,1 y US\$55 millones, respectivamente (en total, US\$307,6 millones). Además, fue condenada en febrero de 2016 a pagar US\$72 millones por el caso de Jackie Fox, una mujer de Alabama (Estados Unidos), que falleció por cáncer de ovario tras haber utilizado los polvos de talco para bebés de la marca durante décadas. Sin embargo, ganó el juicio contra una mujer de Tennessee (Estados Unidos) con cáncer de ovario y uterino que también achacaba su enfermedad al uso del producto, y hubo otros dos casos en Nueva Jersey que fueron desestimados por falta de pruebas. Unas 1.200 personas han presentado demandas similares en todo el país.

⁶ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Hegoa, 2009, esp. pp. 381, 402 y 461.

Si bien es cierto que no todas las problemáticas caen en la esfera del Derecho internacional privado, también lo es que debemos tener presente el marco global en el cual se insertan los casos a fin de propender a soluciones adecuadas.

La situación descripta pone a la RSE en el ojo de la tormenta y ello nos impulsa a su análisis. Nuestro objetivo será mostrar el marco jurídico actual, evaluar su viabilidad y acercar los proyectos y las vías superadoras.

II. LA AUTORREGULACIÓN

La RSE nace como una respuesta a los reclamos sociales, se desarrolla dentro de la misma empresa y adquiere una multiplicidad de ámbitos pero siempre conserva su carácter voluntario mediante la autorregulación.

1. ANTECEDENTES⁷

En la década del '80 se comenzó a gestar un movimiento general de rectificación y de cambio de visión sobre el gobierno de la empresa. En Estados Unidos, la opinión pública comenzó a manifestar su disconformidad con la mediocridad de los resultados de las empresas y su forma de gestión. Por otra parte, también comenzó a hacerse sentir el peso de los inversores institucionales, especialmente los fondos de inversión y de pensiones. Si bien al inicio de la década, la Administración Reagan había favorecido la generación de ganancias de las empresas con el impulso de la desregulación, no es menos cierto que al mismo tiempo se favoreció un tipo de economía excesivamente especulativa y existieron casos resonantes de corrupción.

En 1991 se presentó en el Reino Unido el “informe Cadbury” en el que se hacía una propuesta de código de buen gobierno de la empresa. El informe propiciaba una mayor transparencia en las funciones dentro de la empresa, incluso de las remuneraciones de los gestores y además, la aplicación voluntaria de reglas de buen gobierno. Pero su aporte principal, según palabras de su autor, fue señalar que “el liderazgo de la empresa corresponde, directamente, al consejo de administración”, es decir, a los accionistas.

Se favorece en ese terreno la creación de una nueva “racionalidad empresarial” cuyos principios son: creación de valor para los accionistas, exigencias de rentabilidad a corto plazo y protagonismo ascendente de las bolsas de valores como mercado de control de las empresas.

⁷ M. PUCCIARELLO, “Instrumentación de la responsabilidad social empresarial. Algunas experiencias en la República Argentina”, *DT* (noviembre), 2008, pp. 997.

Desde entonces se expande la idea de RSE cuyo germen puede ser rastreado mucho tiempo antes en documentos eclesiásticos que si bien carecen de su expresión literal, brindan las bases necesarias para su concreción⁸.

2. CONCEPTO

Conceptualizar la RSE deviene una ardua tarea que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina al puntualizar la carencia de una única definición frente a las múltiples brindadas por diversos organismos privados, estatales, regionales e internacionales.

Así podemos citar:

OIT: “La RSE es el reflejo de la manera que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman sus principios y los valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores. La RSE es una iniciativa de carácter voluntario y que sólo depende de la empresa y se refiere a actividades que se considera rebasan el mero incumplimiento de la legislación”⁹.

Normas ISO 26000: “es la responsabilidad de cada organización para con la sociedad y el ambiente, por el impacto que sus decisiones y actividades (incluyendo productos, servicios o procesos), ocasionan en la sociedad y medio ambiente, ejercida con una conducta ética y transparente que contribuya al desarrollo sostenible (la salud y el bienestar de la sociedad), teniendo en cuenta las expectativas de las partes interesadas, cumple con la ley y es consistente con las normas internacionales de conducta y se integra a través de toda la organización y es practicada en sus relaciones”¹⁰.

Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas: “la RSE es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de la preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”¹¹.

Ministerio de TESS: “son elementos constitutivos de la RSE en nuestro país el cumplimiento de las normas legales y laborales, la capacidad y formación de los trabajadores por parte de las empresas, y la eliminación de la discriminación en el empleo y la erradicación del trabajo infantil”¹².

⁸ I. CAMACHO, “La RSE y la doctrina social de la Iglesia”, *Documentación Social*, n° 146, pp. 79 ss.

⁹ OIT, “Iniciativa *in focus* sobre la responsabilidad social de la empresa”, Subcomisión de empresas multinacionales, 295° reunión del Consejo de Administración, marzo 2006.

¹⁰ ISO (Organización Internacional de Normalización), “Guía de Responsabilidad Social”, ISO 26000, versión marzo 2009.

¹¹ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, Bruselas, 2001.

¹² C. TOMADA, citado en I.F. FUERTES / M. L. GOYBURU / B. KOSACOFF, “La responsabilidad social empresaria: ¿sólo un discurso?”, *Revista de Trabajo*, año 1, n° 1, nueva época, Buenos Aires, octubre 2005, pp. 159 ss., esp. p. 162.

Secretaría de Políticas Sociales y Desarrollo Humano del Ministerio de Acción Social de la República Argentina: “la RSE es un concepto amplio y asociado a intereses de toda la sociedad, procurando incorporarlos a objetivos colectivos que sean compatibles con una visión que priorice un desarrollo económico sustentable, la distribución equitativa de los ingresos y una democracia participativa”.

Si bien nos enfrentamos a la imposibilidad de arribar a un único concepto consensuado de RSE; podremos extraer sus connotaciones características al precisar sus ámbitos y dimensiones.

3. ÁMBITOS

La RSE gira principalmente en torno a cuatro ejes: 1) El respeto por el medio ambiente; 2) La transparencia política ligada además de evitar la corrupción, a la responsabilidad tributaria; 3) El respeto de los derechos del consumidor; 4) El respeto de los derechos internacionalmente reconocidos de los trabajadores.

La UNIAPAC¹³ marca ocho grupos de interés: a) distribuidores, clientes y consumidores; b) accionistas e inversionistas; c) trabajador y su familia; d) proveedores; e) gobierno; f) comunidad y medios de comunicación; g) la competencia; h) las generaciones futuras (medio ambiente).

4. DIMENSIONES

A los fines de implementar la RSE, las empresas transnacionales han desarrollado en primer término un despliegue hacia su interior y luego otro hacia el exterior.

El despliegue interno se traduce en códigos de conducta como modalidad más frecuente¹⁴. Las empresas establecen sus objetivos, prioridades, mecanismos, valores, etc. y los publican generalmente en sus páginas web a los efectos que la sociedad toda conozca sobre su compromiso social.

En tanto su despliegue externo involucra a terceros ya sean vinculados a la empresa como proveedores y trabajadores mediante la suscripción de acuerdos; o terceros ajenos a ella. Estos últimos pueden ser por ejemplo organizaciones no gubernamentales (ISO y SAI –*Social Accountability Internacional*–) quienes a través de normas privadas de RSE auditarán y certificarán el cumplimiento, por ejemplo de los derechos humanos y laborales fundamentales ISO 14100 y SA 8000 de SAI.

¹³ UNIAPAC Latinoamericana (Unión Internacional Cristiana de Dirigentes de Empresas), “Protocolo de Responsabilidad Social Empresaria”, agosto de 2009.

¹⁴ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 5), pp. 521 ss.

En el Libro Verde de la Comisión de Comunidades Europeas se distingue la dimensión externa de la RSE a la que extiende fuera del perímetro de la empresa hasta las comunidades locales e incluye, “además de los trabajadores y accionistas, un amplio abanico de interlocutores: socios comerciales y proveedores, consumidores, autoridades públicas y ONG defensoras de los intereses de las comunidades locales y el medio ambiente”.

III. MARCO JURÍDICO

Los distintos foros generadores han abordado la RSE ya sea desde una perspectiva general (1), al incluir todos los ámbitos y dimensiones; como mediante un tratamiento específico que fue paulatinamente incorporando aquellas cuestiones que preocupaban en un momento dado (2).

1. EN GENERAL

Dentro de la normativa general encontramos:

A) El Pacto Mundial contiene las Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos de Naciones Unidas. Luego de suprimir y abandonar el proyecto presentado por la Comisión y Centro de Empresas Transnacionales consistente en un código vinculante *ad-hoc*¹⁵, el 25 de julio de 2000 la ONU incorpora el diálogo social y establece un decálogo¹⁶. Posteriormente en el año 2003 se adoptan las normas aprobadas por la Subcomisión de Derechos Humanos. Las empresas pueden participar mediante la adhesión y manifestación pública a su favor o bien a través de redes, diálogos, aprendizaje y proyectos de colaboración. Establece la corresponsabilidad de las empresas junto a los Estados en consonancia con la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos y libertades universalmente reconocidos (ONU, 1999). En cuanto a los derechos de los trabajadores su enunciación

¹⁵ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 5), pp. 453 ss.

¹⁶ 1. Las empresas deben apoyarse y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel universal. 2. Evitar verse involucradas en abusos de derechos humanos. 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. 4. Eliminar todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio. 5. Abolir de manera efectiva el trabajo infantil. 6. Eliminar la discriminación respecto del empleo y la ocupación. 7. Las empresas deben apoyar la aplicación de un criterio de preocupación respecto a los problemas ambientales. 8. Adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental. 9. Alentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inocuas para el medio ambiente. 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno.

es acorde con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998 y establece tres mecanismos de control dirigidos a: empresarios (voluntario), Estados (vigilancia de cumplimiento) y sistema de vigilancia y verificación externa (similar al sistema de derechos humanos). El Pacto Global fue lanzado en Argentina en abril de 2004 y un año después contaba con 262 organizaciones adheridas, lo cual convirtió a la Red Argentina en la primera en América Latina y la tercera en el mundo por la cantidad de adhesiones¹⁷.

- B) La OCDE emitió la Declaración sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales con Directrices para empresas multinacionales en el año 1976. Fue sometida a varias revisiones en los años 1979, 1982, 1984, siendo las de mayor entidad las de 1991 que adiciona el medio ambiente y las del 2.000 con la creación de los Puntos nacionales de contacto. Destacamos un distinto grado de regulación ya que mientras la declaración posee normas vinculantes, las directrices consisten en recomendaciones, principios y normas voluntarias¹⁸. Las líneas directrices propiamente dichas se organizan en dos partes. Por un lado el prólogo, concepto, principios y principios generales, entre ellos: no discriminación, rechazo de fines proteccionistas, arbitraje y puntos nacionales de contacto. Y por otro la publicación de información dividida en apartados sobre: empleo, medioambiente, lucha contra la corrupción, consumidores, ciencia y tecnología y competencia y fiscalidad. Tres organismos de la OCDE participan en su implementación. El CIME (Comité de Inversiones y Empresas Multinacionales) formula comentarios con valor interpretativo, el TUAC (Comisión Sindical fundada en 1948) posee una función consultiva y posee legitimación activa para formular reclamos concretos, y el BIAC (Comité Consultivo Empresarial e Industrial) puede plantear modificaciones normativas. El apartado 10 crea a los Puntos nacionales de contacto (PNC) localizados en Estados nacionales¹⁹ con el fin de difundir, elaborar informes y resolver los conflictos. La resolución de casos se produce en cuatro fases: planteamiento, aceptación/rechazo, solución (rechazo fundado o investigación limitada) y recomendación a las empresas.
- C) La ALI alcanzó en 1992 los Principios sobre gobierno corporativo luego de quince años de investigación, análisis y desarrollo. El trabajo se divide en siete partes y una complementaria. Aborda los deberes y responsabilidades

¹⁷ I. F. FUERTES / M.L. GOYBURU / B. KOSACOFF (nota 11), pp. 159 ss.

¹⁸ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 5), pp. 402 ss.

¹⁹ En Argentina el PCN fue creado en el año 2000 y funciona en la Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, formalmente se puso en marcha en el año 2006.

de los directores y oficiales de los negocios societarios tanto hacia la sociedad como sus accionistas. Intenta clarificar la legislación vigente y combina el análisis de los requisitos legales con recomendaciones cuidadosamente articuladas para clarificar o proponer cambios que consideran apropiados. Los tópicos abarcan los objetivos y las conductas de los negocios societarios, la estructura de la sociedad, el deber de cuidado, el deber de negociación justa, el rol de los directores y de los accionistas en transacciones de control y ofertas y remedios societarios.

2. EN PARTICULAR

Los ámbitos regulados son de lo más variados y provienen de distintos foros reguladores, que enunciaremos a los fines organizativos en un orden cronológico:

La década del 70 se concentra en dos áreas, los consumidores y los trabajadores:

a) En el aspecto consumeril, la Conferencia de La Haya alcanza la Convención sobre la ley aplicable a la responsabilidad por el hecho del producto de 1973. La Convención, de tipo universal aunque con escasa ratificación²⁰, presenta una redacción compleja con elecciones múltiples acumulativas, subsidiarias y en cascada²¹. Trabaja sobre cuatro factores de conexión: 1) el lugar de la residencia habitual de la persona directamente dañada; 2) la sede principal del responsable del daño; 3) lugar de adquisición del producto, 4) el lugar del daño. Provee la aplicación del derecho donde ocurran dos de dichos factores. El artículo 4º enumera tres posibles agrupaciones de los factores de contacto. En todos se encuentra presente el lugar del daño (4), al cual se suman a cualquiera de los tres anteriores (1, 2 y 3). Por tanto, no resulta aplicable el derecho donde se presente solo un contacto, sino que al menos dos deben coincidir en el territorio de un Estado cuyo derecho será aplicable. El artículo 5º presupone una conexión más próxima con el lugar de residencia habitual de la persona directamente dañada (1), por sobre el resto (2 o 3). Reese explica que si en un caso pudieran aplicarse los artículos 4 y 5, el último prima²². No obstante el artículo 6º brinda a la parte actora la posibilidad de optar entre la ley interna de la sede del presunto responsable o del lugar del daño; en clara muestra de protección hacia la víctima. Luego el artículo 7º se

²⁰ Vigente en diez Estados: Croacia, Macedonia, España, Finlandia, Francia, Noruega, Países Bajos, Luxemburgo, Serbia y Eslovenia. Actualmente Brasil propuso a la Conferencia reimpulsar su difusión a fin de alcanzar una mayor vigencia.

²¹ Puede accederse a la traducción libre al español en A. BOGGIANO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, 2006, T II, Cap. XXXII.

²² Reporte de REESE, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Actos y Documentos de la 12ª Sesión, Reporte de REESE, p. 260, quien afirma “la ley del país donde ambas partes tienen su residencia y establecimiento es más cercana, más próxima que las combinaciones establecidas por el art. 4º.

aparta de la aplicación de las leyes del lugar del daño y de la residencia habitual de la víctima, cuando el presunto responsable no pudo razonablemente prever que el producto fuera comercializado en dicho Estado mediante canales habituales. Aquí, la Convención extiende su protección al proveedor contra la posibilidad de ser demandado en base a un derecho completamente fuera de su ámbito de expectativa. Finalmente, quedan excluidas las soluciones del derecho competente señalado por las normas convencionales si son manifiestamente contrarias al orden público del juez (art. 10)²³. De la OIT surge en el año 1977 la Declaración tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social que fue enmendada en el 2.000 con el agregado (*adden dum*) del listado de convenios en vigor y la Declaración de los Principios y Derechos Laborales Fundamentales (1998). Basada en el diálogo social tripartito contiene en su apéndice II una Guía en el marco del Programa de Empresas Multinacionales con parámetros y elementos para su puesta en práctica. Si bien el proyecto original tenía la forma de convenio, lo cual implica un marco jurídico de mayor jerarquía normativa y control elevado, la declaración cuenta con mecanismos de seguimiento a cargo del Sub Comité de Empresas Multinacionales de carácter tripartito y consiste en encuestas, un procedimiento de interpretación y actividades de promoción²⁴.

Década del 80: El mundo se centró principalmente en combatir el flagelo del narcotráfico que se ve reflejado en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de Viena de 1988²⁵.

Década del 90: a) Se agrega a la agenda internacional el fenómeno de la corrupción. Los dos tratados más relevantes son los de la Convención interamericana contra la corrupción de Caracas en 1996²⁶, obliga al Estado respecto de las medidas preventivas y penales que contiene para prevenir, evitar y erradicar la corrupción en la función pública; y la Convención de la OCDE para la Cooperación y el Desarrollo Económico de París en 1997²⁷, denominada: Convención para prevenir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. b) En materia de medio ambiente se produce el logro de alcanzar el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático adoptado en Nueva York en 1992, vigente desde 1994, y

²³ Puede ampliarse en: M.C. RABINO / J. J. CERDEIRA, “La responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n° 3, 2016.

²⁴ J. HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA (nota 5), pp. 371 ss. También puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n° 1, 2014.

²⁵ Argentina adhirió mediante Ley 24.072 (B.O. 1992).

²⁶ Argentina es parte mediante Ley 24.759 (B.O. 1997).

²⁷ Argentina, Ley 25.319, (B.O. 1998.)

aún continúan su profundización²⁸. Paralelamente los Estados mantienen los acuerdos sobre problemáticas específicas²⁹. En el año 2000 se suma el lavado de

²⁸ A partir de 2014, la CMNUCC tiene 196 partes, incluidos todos los estados miembros de las Naciones Unidas, así como Niue, las Islas Cook y la Unión Europea. Además, la Santa Sede y el Palestina son estados observadores. Protocolo de Kioto sobre el cambio climático - reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

²⁹ Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales, Aarhus, 1999. Convención Alpina junto con sus nueve protocolos. Acuerdo ASEAN sobre polución atmosférica transfronteriza. Convención para la conservación de los recursos vivos marinos de la Antártida (CCAMLR), Canberra. Tratado sobre misiles antibalísticos (Tratado ABM) (ABMT). Acuerdo de Asia-Pacífico sobre el desarrollo limpio y el clima. Convenio de Barcelona para la protección del Mar Mediterráneo, 1976. Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, Basilea, 1989. Convención sobre armas biológicas (Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas [Biológicas] y toxinas y sobre su destrucción) (BWC). Acuerdo de Bonn (medio ambiente). Convenio de los Cárpatos: Acuerdo marco sobre la protección y desarrollo sustentable de los Cárpatos. Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad. Convención sobre Armas Químicas. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (CTBT). Convención para la protección de las focas de la Antártida. Convención sobre cooperación en la protección y desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región central y occidental de África, Abidjan, 1981. Convención para la protección y desarrollo del medio ambiente marítimo de la región del Caribe, Cartagena de Indias, 1983. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino y zona costera de la zona sureste del Pacífico, Lima, 1981. Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste (Convención OSPAR), París, 1992. Convención para la Protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico sur, Nouméa, 1986. Convención para la protección, gestión y desarrollo del medio ambiente marino y costero de la región este de África, Nairobi, 1985. Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Convención de Asistencia), Viena, 1986. Convenio sobre la diversidad biológica (CDB), Nairobi, 1992. Convenio sobre ciertas armas convencionales. Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de bienes peligrosos por carretera, tren, y vías navegables internas (CRTD), Ginebra, 1989. Convenio sobre municiones de racimo. Convenio sobre notificación temprana de un accidente nuclear (Convenio de notificación), Viena, 1986. Convenio sobre pesca y conservación de recursos vivos de alta mar. Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia. Convención sobre seguridad nuclear, Viena, 1994. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daño nuclear, Viena, 1963. Convenio relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural de Europa. Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres, (Convenio de Bonn), Bonn, 1979. Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, (CITES), Washington DC, 1973. Convención de Londres sobre la descarga de desechos de 1972. Convención sobre la prohibición del uso de técnicas de modificación del medio ambiente con fines militares u hostiles. Convención sobre la protección y el uso de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Convención del agua ECE), Helsinki, 1992. Convención sobre los efectos transfronterizos de accidentes industriales, Helsinki, 1992. Convención relativa a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convenio de RAMSAR). Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación (CNULD), París, 1994. Convención para la protección del Mar Negro contra la polución, Bucarest, 1992. Convención para la protección del medio ambiente marítimo en la zona del mar Báltico (Convención de Helsinki de 1992), Helsinki, 1992. Convenciones dentro del Programa de UNEP sobre los mares regionales. Directiva sobre la protección legal de los inventos biotecnológicos. Comunidad de la Energía (Tratado de la Comunidad de la Energía del sur este de Europa) (ECSEE). Convención Espoo (Convención

dinero como fenómeno transnacional mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo (Italia) en diciembre de 2.000³⁰.

En la primera década del 2000, el temario avanza con el fraude corporativo. Los países asumieron un importante compromiso al suscribir la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción empresarial de Nueva York en diciembre de 2003³¹.

En la actual década se aborda el aspecto fiscal. El VII Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria, celebrado en Berlín en el año 2.014 acordó, a propuesta de Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido,

sobre la evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo), Espoo, 1991. *European Agreement Concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Inland Waterways* (AND), Ginebra, 2000. Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera (ADR), Ginebra, 1957. FAO *International Code of Conduct on the distribution and use of Pesticides*, Roma, 1985. FAO *International Undertaking on Plant Genetic Resources*, Roma, 1983. *Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea*. Geneva Protocol (*Protocol for the Prohibition of the Use in War of Asphyxiating, Poisonous or other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare*). Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques. *International Convention for the Conservation of Atlantic Tunas* (ICCAT), Rio de Janeiro, 1966. *International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil*, Londres, 1954, 1962, 1969. *International Convention for the Regulation of Whaling* (ICRW), Washington, 1946. Tratado Internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura. *International Tropical Timber Agreement*, (ITTA), Ginebra, 1994. *Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Kuwait, 1978. Regional Convention for the Conservation of the Red Sea and the Gulf of Aden Environment, Jeddah, 1982.* Protocolo de Kioto sobre el cambio climático - reducción de la emisión de gases de efecto invernadero. Acta sobre el Tratado de Aves Migratorias de 1918. Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan el ozono, Montreal, 1989. *North American Agreement on Environmental Cooperation*. Protocolo del Tratado de la Antártida sobre protección del medioambiente. *Putrajaya Declaration of Regional Cooperation for the Sustainable Development of the Seas of East Asia*, Malasia, 2003. *Ramsar Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat*, Ramsar, 1971. Convenio de Róterdam (Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional), Róterdam, 1998. Convención de Estocolmo (Convención de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes) Estocolmo, 2001. Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua. Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares 1996. Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar. Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación. Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, Viena, 1985, incluye el Protocolo de Montreal sobre sustancias que degradan la capa de ozono, Montreal 1987. Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, Viena, 1963. Convención de Waigani (Convención sobre la prohibición de la importación en los países isleños del Forum de residuos peligrosos y radioactivos y para controlar el desplazamiento transfronterizo y gestión de recursos peligrosos en la región sur del Pacífico), Waigani, 1995. Iniciativa sobre el clima de occidente; entre otros.

³⁰ Argentina, Ley 25.632, (B.O. 2002).

³¹ Argentina, Ley 26.097, (B.O. 2006).

un Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria³² que tiene por objeto promover la cooperación en materia fiscal mediante el intercambio de información. Este acuerdo fue elaborado por el Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE, quien tuvo en mira el FATCA, acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos y resulta la culminación del trabajo desarrollado sobre prácticas fiscales perniciosas, que ha considerado a la falta de un intercambio efectivo de información como uno de las razones clave para determinar las prácticas nocivas. Este acuerdo carece de carácter vinculante y se presenta como un modelo para convenios bilaterales que deben acompañarlo con el fin de intercambiar información anualmente sobre cuentas financieras superiores a 250.000 dólares de manera automática y estandarizada, es decir, sin requerimiento expreso. En la misma línea, la OCDE presentó en 2013 un Plan de Acción que diagnosticaba los principales problemas que habría que afrontar relativos a las BEPS³³, el cual recibió el respaldo del G20 en la cumbre de San Petersburgo. El plan incluye quince medidas cuyo desarrollo está dirigido a combatir el problema de la evasión fiscal de las empresas multinacionales, con recomendaciones relativas al hacer coordinado internacionalmente, en consecuencia propone modificar el Modelo de Convenio Tributario de la misma Organización y recomendaciones para modificar la normativa interna de cada país³⁴.

IV. LUCES Y SOMBRAS DEL SISTEMA VIGENTE

Surge con claridad de la fuente reseñada que los Estados y los distintos foros reguladores han abordado la problemática.

Ahora bien debemos cuestionarnos sobre la suficiencia del marco jurídico vigente.

La mayoría de la regulación es voluntaria, de carácter no vinculante para las empresas pero obligatoria para los Estados, las cuales tratan principalmente temas muy sensibles como ser: narcotráfico, corrupción, medio ambiente y lavado de dinero. Todos ellos de tinte más público que privado.

³² Argentina suscribió el Acuerdo Global y este año, 2017 es la fecha de inicio del intercambio automático de información con datos referidos a cuentas financieras que estén abiertas a finales de 2015 y a cuentas que se abran con posterioridad.

³³ BEPS, *base erosion and profit shifting*, consiste en las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas transnacionales para aprovecharse de las discrepancias e inconsistencias de los sistemas fiscales nacionales y para trasladar sus beneficios a países de escala o nula tributación, donde las entidades apenas ejercen alguna actividad económica o ninguna; y eludir de esta forma el pago del impuesto sobre sociedades.

³⁴ D. R. VÍTOLO, "Uso y abuso de las estructuras societarias *off shore*", *LL*, 2005-B, p. 904.

En el ámbito privado, la escasa fuente internacional alcanzada nuclea a pocos Estados (ver la Conferencia de la Haya en materia de responsabilidad por el producto) y el resto sigue la no obligatoriedad.

Destacamos el aporte de la OCDE referido a los Puntos nacionales de contacto en el marco de las Directrices para empresas multinacionales. Ellos abren un ámbito jurisdiccional nuevo para los particulares y en consecuencia facilitan el acceso a la justicia sobre todo para los trabajadores y los consumidores, tan necesaria ante la falta de recursos para accionar en el extranjero. Su implementación despejó algunos cuestionamientos que hemos realizado referidos a la falta de coordinación entre los distintos Puntos nacionales y la posibilidad de bloquear el sistema mediante procesos judiciales internos³⁵. Las estadísticas³⁶ muestran que coordinan entre ellos quien se encuentra en mejores condiciones de resolver, producen una suerte de fuero de atracción sumado a un *forum non conveniens*, en clara prevención de la litispendencia o resoluciones contradictorias. Además, a pesar del inicio de acciones judiciales dejan abierta la posibilidad de acordar. Los temas sobre empleo y relaciones industriales encabezan el ranking con un número considerable de casos. Si bien el sistema es voluntario, su principal punto débil, puede verse que solo uno de tres asuntos es rechazado y pone en evidencia las ventajas de los buenos oficios.

Por otro lado, un rasgo particular del Pacto Mundial de la ONU viene dado por la ampliación del diálogo tripartito en base a lo establecido por la OIT en cuanto agrega a las organizaciones de la sociedad civil, entidades académicas y otros *stakeholders* a la mesa de discusión.

Los foros generadores se presentaban descoordinados en el abordaje hasta ahora. Parece que comenzó una nueva etapa donde prima el trabajo en conjunto y la obligatoriedad normativa. Primero la OEA³⁷ y luego la ONU iniciaron proyectos de regulación sobre RSE. El 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la Resolución 26/9, A/HRC/RES/26/9 decidió que se elaborará un Instrumento jurídicamente vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos para lo cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta para redactar un tratado aplicable a las empresas.

³⁵ Puede verse nuestro trabajo, “La responsabilidad social empresaria y sus implicancias en el derecho internacional privado laboral desde la perspectiva argentina”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n° 1, 2014.

³⁶ Puede consultarse la página web de la OCDE.

³⁷ El Comité Jurídico Interamericano de la OEA sancionó la resolución N° 205 (LXXXIV-0-14) sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas que aprueba el informe y guía presentados y lo traslada al Consejo. Actualmente promueve el Programa sobre RSE y la Red RSE Américas; puede consultarse: <http://www.redrseamericas.org>

Sin duda sería deseable lograr un régimen internacional uniforme que rigiese íntegramente los derechos y las obligaciones de las sociedades multinacionales, mas esto resulta difícil, pues los Estados nacionales se niegan a renunciar a sus derechos de control sobre las actividades de esos entes que despliegan su actividad en campos financieros, industriales y comerciales, con una significación en la vida política y económica que muchas veces suele resultar muy considerable, convirtiéndose en factores de poder. Es evidente que la posibilidad de un control de funcionamiento efectivo de la sociedad multinacional se halla vinculada a la disposición de información de parte de los Estados interesados sobre la actividad global de estos grupos, a fin de prevenir conductas distorsivas, en las distintas áreas de influencia, resultando casi imposible obtener tales informaciones, sólo desde una perspectiva nacional³⁸.

V. A MANERA DE COROLARIO

La RSE contiene el término responsabilidad, es decir, obligación pero en realidad es de naturaleza voluntaria y en la mayor parte de sus despliegues unilateral. La contradicción lingüística³⁹ marca el terreno de la discusión.

La fuente internacional adoptada bajo la forma de principios si bien establece un orden público internacional, la sanción meramente moral carece de la imperatividad requerida en estos supuestos.

En las últimas décadas perdimos capacidades como ciudadanos y ganamos otras como consumidores globales y en algunos casos como inversores globales. Estos beneficios privados traen aparejados costos sociales. Los políticos presionan a las empresas para que actúen responsablemente pero ellas no tienen experiencia en hacer ningún cálculo moral. Las empresas no son ciudadanos, su propósito es jugar el juego económico lo más agresivamente posible. El reto para nosotros como ciudadanos es evitar que hagan las reglas⁴⁰.

Los derechos y deberes de la empresa desbordan los límites que les pueda fijar su objeto y finalidad de lucro, y se proyectan en responsabilidades hacia la sociedad, que es la que le permite insertarse en su seno como organización legítima, y que, además, le ha transferido buena parte de las funciones antes asumidas por el Estado. La contraprestación que la sociedad exige es su responsabilidad social

³⁸ M. E. UZAL (nota 1), p. 748.

³⁹ M. ACKERMAN, "Consideración jurídico-laboral de la llamada responsabilidad social empresaria (para una responsabilidad social responsable)", DT, 2008, pp. 477 ss.; y M.J. RODRIGUEZ MANZINI, "Responsabilidad social empresaria", LL 2011-E, p. 842.

⁴⁰ R.B. REICH, *Supercapitalism. The transformation of business, democracy and everyday life*, New York, Alfred B. Knop, 2007.

que opera como un límite al poder de organización, y como tal no puede quedar sujeto en sus contenidos e imperatividad a la voluntad o el arbitrio de la empresa.

La RSE debe ser entendida como un cúmulo de obligaciones impuestas normativamente, que deben ser asumidas como un costo ineludible⁴¹.

Si buscamos seguridad jurídica y terreno propicio para los negocios y la empresa, habrá de plantearse un sistema justo, más allá de los intereses sectoriales.

La RSE es un instrumento valioso, pero al provenir de un solo sector evidentemente no puede ser el único para una justa composición de intereses.

“La RSE no se debe considerar sustitutiva de la reglamentación o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permite tampoco soslayar la elaboración de nuevas normas apropiadas”⁴².

Celebramos los proyectos encaminados tanto en OEA como en ONU por su matiz vinculante y el trabajo conjunto entre ambas.

Sin embargo, la asimetría en el desarrollo normativo que hemos venido señalando⁴³, entre el derecho mercantil y los derechos de las partes débiles, como consumidores y trabajadores, nos hace insistir en propiciar su abordaje.

Ya lo decía claramente John Ruggie, Representante Especial de Naciones Unidas, “No conozco ninguna empresa que haya quebrado por invertir en derechos humanos; y algunas que sí, pero por no hacerlo”.

⁴¹ M. ACKERMAN (nota 38), p. 492.

⁴² Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde, Bruselas, 18/07/2001.

⁴³ Puede verse nuestro trabajo en *Contratos internacionales*, X Jornadas ASADIP, Buenos Aires, 2016, pp. 457-475.

Esta obra se terminó de imprimir
el 30 de noviembre de 2017
con un tiraje de 1-500 ejemplares
en los talleres gráficos de
Grupo Editorial Ibáñez
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels:2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

Notas

Notas

JORNADAS ASADIP 2017



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali
Vigilada Mineducación



Universidad de
La Sabana



Universidad de
los Andes



UNIVERSIDAD DE MEDELLIN



Universidad del
Rosario

Universidad
Externado
de Colombia



**UNIVERSIDAD
LIBRE**
Vigilada Mineducación

| C E
| D C

CENTRO DE ESTUDIOS DE
DERECHO COMPARADO



ISBN: 978-958-749-839-4



9 789587 498394