
ALMA ARIZA-FORTICH
UNIVERSIDAD DE LA SABANA
alma.ariza@unisabana.edu.co



Universidad de
La Sabana

Néstor Humberto Martínez Neira, Cátedra de derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 674 pp.

Recientemente fue publicada la *Cátedra de Derecho Contractual y Societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*, texto de la autoría del abogado y economista Néstor Humberto MARTÍNEZ NEIRA, profesor de Derecho Mercantil y Director de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana de Bogotá. Esta nueva obra, según el propio autor, es continuación de *Asamblea General de Accionistas*, publicada en 1979, y pretende el estudio del Derecho societario desde la teoría del negocio jurídico y, busca resolver dificultades propias de la práctica del derecho comercial y bursátil a través de una fusión del derecho de sociedades, obligaciones y contratos. Para ello, el texto trasciende del Derecho societario para presentar el Derecho bursátil como otra fuente del primero, aplicable especialmente a las sociedades públicas.

La obra se estructura en diecisiete capítulos que se detienen en el análisis de los diferentes actos jurídicos que rodean el contrato de sociedad, desde su constitución, pasando por el ejercicio mismo de la actividad societaria, incluyendo las reformas y modificaciones a la estructura social. Este texto contribuirá no sólo a la formación de abogados en el derecho de sociedades, sino al acercamiento a diversos problemas prácticos que generan discusión en el ejercicio del Derecho, que de seguro presentarán desde esta obra una nueva visión de soluciones sustentadas, por lo demás, tanto en doctrina nacional y extranjera, como en decisiones judiciales.

Los primeros capítulos introducen el derecho de sociedades, partiendo del régimen general de las obligaciones y los contratos. Desde el primero de ellos y con especial dedicación en el segundo, el autor sostiene lo que reforzará a lo largo de esta obra: “las sociedades tienen origen en un contrato de naturaleza consensual” (p. 47). En efecto, MARTÍNEZ NEIRA, partiendo del artículo 98 del Código de Comercio, abandera la defensa, no sólo de la consensualidad del contrato social, sino de que sea justamente el acuerdo de voluntades el que le sirva de sustento. La escritura pública no determina, por tanto, la constitución de la sociedad, únicamente indica el momento a partir del cual surge la persona jurídica nacida del contrato. La escritura otorga autenticidad al contrato y certeza de su contenido a los terceros. Alcanza a calificar de “desatino conceptual” la Ley 1258 de 2008 en tanto que admitió en el derecho colombiano las llamadas sociedades unipersonales. Agrega el autor que las sociedades unipersonales y las sociedades por acciones simplificadas no desestiman la naturaleza contractual de la sociedad, sino que amplían el

espectro de actos que dan origen a la actividad mercantil (p. 74). Será esta una manifestación que se repita a lo largo de la obra.

El capítulo 1 sirve igualmente de referente para el estudio de la eficacia del nombramiento de los directores, representantes legales y revisores fiscales de las sociedades, frente a la inscripción de tal designación en el certificado de existencia y representación legal. Así, partiendo de la distinción de las dos modalidades de sistemas registrales (constitutivo y declarativo), el autor afirma que en Colombia de ordinario el registro es declarativo y sólo excepcionalmente constitutivo (p. 52), y concluye que las reglas sobre la designación de los representantes legales, directivos, administradores y revisores fiscales de la sociedad, por virtud de los artículos 164 y 442 del estatuto mercantil, en tanto se enmarcan en la protección de los terceros, impiden a las sociedades desconocer que quienes aparecen inscritos en el registro son efectivamente representantes o revisores fiscales, así se hayan designado otras personas, “lo que no impide que dichos terceros puedan, por su propia decisión, hacer oponibles a su favor los nombramientos aún no inscritos” (p. 57).

En el mismo capítulo, al explicar los principios que gobiernan el Derecho societario, y puntualmente el principio de la expansividad, el autor analiza los efectos de la unificación de regímenes entre las sociedades civiles y mercantiles impuesto por la Ley 222 de 1995. Señala que tal unificación, en modo alguno conllevó la desaparición de las sociedades civiles, es decir, “aquellas que se forman para la realización de actos o empresas que se reputan civiles”, puesto que a pesar de la unificación del derecho privado en torno a la ley mercantil aplicable por igual a las sociedades civiles y a las comerciales, en relación con las reglas que gobiernan la vida del contrato se conservan, a lo sumo, tres diferencias entre ellas: 1) La sociedad civil no está sometida a control y vigilancia del Estado, como en cambio sí lo están las sociedades mercantiles, sometidas a la inspección suprema del presidente de la República (art. 189, núm 24 CP); 2) las sociedades civiles no son comerciantes y, por tanto, no están sometidas a las obligaciones de los comerciantes a las que alude el artículo 19 del Código de Comercio; 3) los actos de inscripción en el registro mercantil (no de matrícula) de las sociedades civiles, se llevan a cabo en un libro independiente (L. XIII) al de las sociedades comerciales (L. IX) por virtud de la Resolución 1072 del 31/5/96 de la SIC¹ (p. 60).

A su turno, y con ocasión del principio de buena fe, en el texto se realiza un estudio de los deberes secundarios de conducta, con apoyo de importante jurisprudencia tanto de la justicia ordinaria colombiana como de la arbitral. Indica específicamente que en estos eventos el incumplimiento de la buena fe constituye un incumplimiento contractual en la medida en la que “[l]a buena fe-lealtad así concebida da lugar entonces a que si una de las partes viola la obligación contractual de actuar de buena fe, leal y honestamente, el juez puede resolver el contrato, a pedido de la otra, tal como si el contrato no hubiese sido cumplido” (p. 67).

¹ Superintendencia de Industria y Comercio.

En el capítulo 2, luego de justificar la afirmación según la cual las sociedades tienen origen en el contrato, la obra realiza algunas puntualizaciones respecto del contrato de sociedad con inversión pública y del contrato de sociedad en las instituciones financieras. Posteriormente, analiza los elementos del contrato social (consentimiento, pluralidad de socios, aportación y ánimo de lucro), precisando, respecto de la aportación, que basta con la obligación de efectuar el aporte, sin que se exija que el mismo se lleve a cabo efectivamente. Dedicar un espacio a justificar, con apoyo en la doctrina extranjera y en fallos arbitrales colombianos², que la *affectio societatis*, entendida como la intención de tratarse como iguales³, no constituye un elemento esencial del contrato de sociedad. Ello no se deduce del contenido del artículo 98 del Código de Comercio que es el que enmarca el contrato de sociedad (p. 91). De esta manera, luego de un interesante razonamiento alrededor de la *affectio societatis*, el autor presenta como ejemplo para ratificar la afirmación antedicha el de las sociedades de capitales y, en particular, las sociedades anónimas inscritas en bolsa. En éstas, no existe tal ánimo de asociarse y más que socios, quienes hacen parte de las mismas se consideran inversionistas.

“En economías en desarrollo como la nuestra, en donde se requieren volúmenes de inversión cada vez más importantes que generen riqueza, que sean fuente de distribución de ésta y que generen empleo, resulta fundamental que el derecho acompañe de cerca las formas de organización económica que permitan estimular nuevas inversiones productivas y muchas más inversiones de riesgo”.

Esta consideración es la que, a juicio del autor, explica la incorporación al derecho colombiano de las empresas unipersonales y con ellas el empresario unipersonal, protagonista del capítulo 3 del libro. Se realiza un recuento de los antecedentes legislativos de la figura en Colombia, calificada por el autor como “modelo de verdadero hermafroditismo jurídico” (p.131) en tanto ni es sociedad (ya que al tener como fuente el contrato requiere pluralidad de constituyentes), ni tampoco es el mismo empresario el titular del patrimonio afecto. En todo caso, pese a que el capítulo está referido a la empresa unipersonal, que se realizan algunas precisiones respecto a la sociedad de acciones simplificadas y que varias de las conclusiones respecto de la primera aplican igualmente a la segunda, la obra queda corta en la referencia a este último tipo societario. Hubiera sido deseable un capítulo dedicado igualmente a las S.A.S., que pese a la posición adoptada por el autor respecto a la base contractual de la sociedad en general, ha ido desplazando a los tipos societarios tradicionales.

Continuando en la línea de estudio de los aspectos jurídicos generales de la sociedad, el siguiente capítulo analiza este tipo contractual a la luz de la capacidad jurídica, de los administradores y de las facultades de éstos. El texto se detiene en las teorías que explican la relación entre la sociedad y sus administradores (teoría contractualista y teoría organicista), y estudia el mandato explicando con esta figura la función del administrador para ambas teorías. Termina el capítulo con una

² Fallo arbitral del 17/3/04 de Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez y otros. Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Reveiz y Fernando Silva García.

³ Georges RIPERT, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. II, Buenos Aires, Labor, 1981, p. 49.

breve referencia a la teoría *ultra vires*, apoyando la inoponibilidad como la sanción de ineficacia parcial para aquellos actos celebrados por el representante en exceso de sus facultades. En todo caso, el autor expone con claridad la doctrina que enfrenta a la suya, destacando la posición de profesores que como Francisco REYES VILLAMIZAR, José Ignacio NARVÁEZ y Gabino PINZÓN, sostienen que en estos eventos la sanción del acto debe ser la nulidad (p. 167). Cierra el debate la referencia a la jurisprudencia colombiana que se apunta en la tesis de la inoponibilidad (C.S.J, Sala Civil, sentencia del 30/11/94, exp. 4025 G.J. 2470 p. 1150 y ss.).

Explicados los conceptos básicos de la sociedad a la luz del Derecho de obligaciones y contratos, los siguientes capítulos se dedican a exponer algunas de las formas en las que los socios ejercen sus derechos. Así, el capítulo 5 estudia la representación en las asambleas de accionistas, aquí el autor aprovecha para presentar la teoría general de la representación y con ella, su clasificación. El autor categoriza la representación legal según la fuente de la que proviene precisando que mientras la patria potestad proviene de un hecho jurídico, la representación de las personas jurídicas proviene de un acto jurídico de acuerdo con la ley. Ambas, entonces, son formas de representación legal (p. 172). A continuación, el capítulo estudia casos especiales de representación legal regulados por el derecho societario, v. gr., la comunidad sobre acciones, las acciones pignoradas, en anticresis, en fiducia, entre otras.

El voto del accionista como acto jurídico es estudiado en el capítulo 6, en el que igualmente se examina la acción sin derecho a voto en Colombia, así como el derecho de inspección de todo accionista visto aquí como un instrumento del derecho a voto. Las asambleas de accionistas, manifestación de la voluntad social, son el objeto del capítulo 7. Es en este marco en el que se presentan las funciones privativas y las que son potestativas del máximo órgano social, las clases de asamblea y, por supuesto, la convocatoria a la misma, incluyendo un espacio para las reglas sobre mayorías especiales y para las nuevas reglas de mayorías consagradas en la Ley 222 de 1995. Introduce a continuación los posibles vicios de los actos asamblearios, lo que le permite presentar las acciones judiciales a las decisiones tomadas en asambleas en el capítulo próximo.

La fusión y la escisión son explicadas en los capítulos 9 y 10. En ellos, luego de una referencia general a estas figuras, el autor se detiene en aspectos que resultan problemáticos en su ejercicio práctico, ofreciendo una nueva visión de los mismos con apoyo de doctrina y jurisprudencia nacional.

Cuando el lector espera haber terminado la obra, el autor lo sorprende con una sección que no se incluye en la mayoría de tratados sobre el derecho societario. De esta manera, la teoría del abuso del derecho, tanto general como aplicada al derecho societario, encuentra su espacio en el capítulo 11 de la obra. El autor se detiene en el ejercicio abusivo del derecho de voto, puntualizando en la actuación de los grupos societarios, en el ejercicio abusivo como condición de mayorías y minorías, en la modalidad de abuso de la posición dominante, terminando en la capitalización como mecanismo para diluir a un accionista o a un grupo de accionistas.

El capítulo 12 se dedica al contrato de suscripción de acciones, para poder así dedicarse en el siguiente a los mecanismos de negociación, con una interesante referencia a su titularización (p. 537), así como a las modernas modalidades de negociación de acciones (oferta todo o nada, *tag-along* o cláusula adhesiva, *drag-along*, o cláusula de arrastre, *deadlock*, *call options* u opción de compra y *put* u opción de venta). A continuación se estudian el usufructo de acciones y la cesión de contratos y cuotas sociales.

El pacto arbitral, y dentro de él, la cláusula compromisoria, se estudia de manera general en el capítulo 16. Se hace una referencia a la teoría general de este mecanismo alternativo de solución de controversias, para luego exponer la relación de estas figuras con el contrato de sociedad. Se destaca una interesante conclusión del autor que parte de la independencia del contrato de sociedad con su cláusula compromisoria, aún en el evento en el que esté incluida en el primero: “a la cláusula compromisoria no le son aplicables los medios de reforma y extinción del contrato social, toda vez que al ser un negocio jurídico autónomo y privado, no puede ser modificado ni extinguido por la voluntad de una mayoría social, sino por unanimidad de las partes que lo han celebrado” (p. 624).

La obra finaliza con un breve estudio del régimen especial de las sociedades de inversión pública, que luego de detenerse en el concepto de las sociedades de economía mixta, y en su régimen estatutario, puntualiza el análisis de las sociedades sometidas al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

Para finalizar, debe mencionarse que la división temática del texto resulta novedosa respecto de las obras tradicionales de derecho de sociedades colombiano. Ello, en tanto la línea argumentativa gira alrededor de la sociedad como contrato, y de los negocios jurídicos que se celebran en desarrollo del mismo, haciendo referencia constante al régimen general de obligaciones y contratos, y puntualizando en la solución de problemas jurídicos concretos, en el marco de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, tanto de la justicia ordinaria como de la arbitral.

Este libro aborda con visión de conjunto el derecho societario a través de una exposición clara y didáctica de aquellos actos que tienen íntima relación con el negocio jurídico societario, procurando presentar alternativas prácticas a frecuentes dilemas con los que se puede enfrentar el intérprete. El texto será referencia forzada para todos quienes tengan interés en la investigación de problemas relacionados con el Derecho societario y, aún más, para quienes pretendan hacer de él su fuente de ejercicio profesional.