

Recepción del Principio de Autonomía de la Voluntad en la ley de Sociedades por Acciones Simplificada uruguaya

Tendencia que llegó para quedarse

Moira Cohen Ventura¹.

Palabras clave: *normas sustantivas de carácter mandatorio - marco residual – autodeterminación - indisponibilidad, de derechos - generar reglas propias*

Sumario

Se hace necesario que las **normas sustantivas de carácter mandatorio**; atributivas de derechos subjetivos, sean únicamente un **marco residual** que propicie un adecuado ambiente de negocios orientado a la **autodeterminación**.

Cierta doctrina en ocasiones; al valorarlas; confunde este rango de las normas sustantivas, pues le atribuye la impronta de orden público; como si de aspectos adjetivos se tratara.

Es que si fueran normas adjetivas (tales como las procesales, registrales, tributarias) que generan estructuras indisponibles por parte de los particulares, tendría mayor sentido ese corset de **indisponibilidad, de derechos** porque ello supone la creación de restricciones o limitaciones en aras de una estandarización procedimental o del interés general.

La recepción de normas sustantivas como marco residual de un sistema regulatorio, no supone negar el derecho de los particulares de **generar reglas propias** dentro de las cuales puedan moverse como verdadera hoja de ruta para proyectar sus negocios, evitando que el sesgo de la imperatividad les recorte esa posibilidad, a riesgo de atentar contra el progreso en toda su dimensión

1) Precisiones metodológicas y plan de la obra.

Muchas son las señales de la necesidad de oportuna revisión y modificación del marco jurídico del derecho societario en nuestro medio. Algunos pasos ya se han dado, en alguna intervención puntual de cambios legislativos que fueron marcando tendencia o en la irrupción de un nuevo tipo social, entre otros.

Resta ajustar íntegramente la ley de sociedades comerciales vigente en una merecida modernización que la coloque a la altura de las circunstancias, para que el derecho societario uruguayo se sitúe como un referente más que brinde un entorno adecuado para hacer negocios.

El plan del trabajo supone realizar un análisis sobre las principales innovaciones de la ley de Sociedades por Acciones Simplificada uruguaya (ley N°19.820), en adelante SAS; orientado a hacer luz sobre uno de los principios más significativos que allí se recogen, como es el de Autonomía de la Voluntad, para pasar a hacer consideraciones dogmáticas sobre la procedencia del instituto; su principio contrario Orden Público y una valoración a modo de cierre.

2) Qué cambios conceptuales se hace necesario revisar dentro de la ley de sociedades comerciales vigente (LSC), receptados en la ley de SAS.

Las fuerzas impulsoras de los vientos de reforma legislativa al régimen societario regulado en la ley N° 16.060 (en adelante LSC), derivaron en que: se sancionara la ley de Sociedad por Acciones Simplificada y se introdujera en el Parlamento Nacional para su consideración un texto proyectado modificativo de la ley vigente, que fuera redactado por los Profesores Ricardo Olivera García; Alicia Ferrer Montenegro y Alejandro Miller Artola; el que está siendo sometido a su consideración en dicho órgano legislativo.

Con respecto a este último; sin hacer modificaciones estructurales al texto normativo vigente (LSC), se introducen cambios conceptuales a las soluciones actuales, que buscan flexibilizar el funcionamiento societario, aumentando los requerimientos de transparencia, así como el reconocimiento pleno de herramientas tecnológicas en el propio funcionamiento (tanto referido a la información como a la comunicación telemática).²

Por razones de formato y extensión del presente trabajo, se tratarán algunas consideraciones sobre la norma de SAS y no se abundará en esta ocasión en la norma proyectada (que reformula aspectos de la vigente LSC), sin perjuicio de que el proyecto recoge novedosas soluciones normativas, que abrevan en eficientes soluciones hoy vigentes en derecho comparado.

Ambos textos normativos se apoyan en algunas necesidades de reformulación de varios institutos vigentes pero perimidos y distorsivos para propiciar la generación de negocios.

La normativa de sociedades evolucionó en todo el mundo y particularmente lo ha hecho también, la que fue fuente directa de nuestra LSC, que ha recibido reformas sustanciales.

Por último, no puede ignorarse el aporte de la doctrina a través de propuestas concretas, en una sostenida actividad de instancias y publicaciones que no han hecho más que clamar por cambios que conversen con las mejores prácticas de derecho comparado.

3) Principales verticales de la ley de Sociedades por Acciones Simplificada que orientaron el cambio de paradigma.³

La sanción de la LSC en el año 1989, significó un avance frente al derecho positivo de la época; inorgánico y bastante perimido, al recoger expresamente mecanismos funcionales. Pero se imponía la revisión de algunas figuras y eso se logró con la sanción de la ley N° 19.820 que fuera promulgada por el Poder Ejecutivo el 18 de septiembre de 2019, denominada “Ley de Promoción del Emprendedor”. Ella recoge en su Título II lo relativo a la creación del nuevo tipo societario, la sociedad por acciones simplificada.

Es así como este cuerpo normativo regula las características del tipo social con la ductilidad necesaria que permite su uso para micro, pequeños, medianos y grandes

² Conforme Carta remitida por los autores del Anteproyecto al Presidente de la República el 22 de junio de 2021.

³ Promulgada por el Poder Ejecutivo el 18 de septiembre de 2019, denominada “Ley de Promoción del Emprendedor”. Ella recoge en su Título II lo relativo a la creación del nuevo tipo societario la sociedad por acciones simplificada.

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes-originales/19820-2019>

emprendimientos. Sigue la tendencia actual en materia de sociedades comerciales, de conceder ⁴mayor libertad contractual, la reducción de las normas imperativas; la simplificación de las estructuras societarias y la reducción de los costos de agencia y transacción. ⁴ vigentes en otros ordenamientos, que aseguran una mejor relación con los procesos económicos.⁵⁶

El contenido de la ley de SAS recoge las experiencias de derecho comparado y en lo sustancial, aquellos aspectos que formaron parte del proyecto de Ley uniforme de la OEA.⁷

Las novedades legislativas que introdujo la ley de SAS e ingresaron en nuestro medio, llevan a hacer dos consideraciones conceptuales: se recogió explícitamente la simplificación del tipo y se abreva en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que ha sido su verdadero eje central. Esto, sobre la base de que sean los propios socios, conocedores de su negocio quienes determinen la regulación del instrumento jurídico del que se valdrán para llevar adelante el mismo.

⁸⁵

Su exposición de motivos buscó poner en valor a la autonomía de la voluntad como verdadero pivote inspirador de las pautas que finalmente recogió la norma.⁶

⁴ MERLINSKI Ricardo; Manual de Sociedades Comerciales: Tercera Edición: actualizado por VALLARINO Claudia. FCU diciembre de 2022. Sec. IV. Ps. 269 y sgtes.

⁵ OLIVERA GARCÍA Ricardo. Estudios de Derecho Societario. Rubinzal-Culzoni Ed. Buenos Aires. 2005. P.17.- Por una forma societaria a la medida de las necesidades de los uruguayos.

⁶ OLIVERA GARCÍA Ricardo. Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual, Semana Académica 2015, AA VV. Montevideo, FCU, 2015.

⁷ 1. La creación de un tipo social comercial nuevo, regular, con capital representado en acciones y limitación de la responsabilidad del accionista; 2. La aplicación de las normas de sociedades anónimas y de normas generales recogidas en la LSC en forma subsidiaria; 3. La exclusión de las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, que tengan más de 20 socios; que el Estado participe como accionista en forma directa o indirecta o que requiera la adopción de un tipo social diferente (como por ejemplo la actividad de intermediación financiera); 4. El acogimiento del principio de autonomía de la voluntad en el acto constitutivo salvo el caso de las normas que la ley declare de orden público; 5. La posibilidad que pueda ser creada por una o más personas físicas o jurídicas o continuar con un solo accionista; 6. La ausencia de control de legalidad previo pasándose directamente a su inscripción registral; 7. La limitación de responsabilidad de los accionistas por las obligaciones sociales, incluidas las derivadas de impuesto y obligaciones laborales; 8. La posibilidad de establecer un objeto indeterminado; 9. La existencia de un plazo de duración definido sin prever plazos máximos como en las sociedades personales; 10. La obligatoriedad de suscripción íntegra del capital social en el momento de constitución, previendo una integración preceptiva de un mínimo del 50% en el mismo momento y del 50% restante en un plazo máximo de 2 años; 11. La posibilidad de restricción a la libre negociación de las acciones que vaya más allá del simple derecho de preferencia y de receso o exclusión de los accionistas por disposición estatutaria; 12. Una amplia libertad de organización y funcionamiento de los órganos sociales (flexibilizando su funcionamiento y la aplicación de las TICS); 13. La posibilidad de emitir acciones de voto singular, múltiple o sin derecho a voto,

⁴ MILLER Alejandro. La Sociedad por acciones simplificada. Nacimiento y Evolución. La Sociedad por Acciones Simplificada. AA VV. La Ley Uruguay. Ricardo Olivera García, Alejandro Miller, 2021. P.35. Manual de Derecho Comercial. Tomo I. FCU. Año 2022.

⁵ OLIVERA GARCÍA Ricardo. Qué son las Sociedades por Acciones Simplificada. La Sociedad por Acciones Simplificada. AA VV. La Ley Uruguay. Ricardo Olivera García, Alejandro Miller, 2021.

⁶ OLIVERA GARCÍA Ricardo. Qué son las Sociedades por Acciones Simplificada. AAVV. Ob. Cit.. P. 75. Citando a Jiménez de Aréchaga J. La Constitución Nacional, Montevideo; Cámara de Senadores, 1992. T. VIII. Ps. 215-217; Delpiazzo C. Derecho Administrativo Uruguayo, México: Porrúa, 2005, pag.7; Risso Ferrand, M. Derecho Constitucional, Montevideo, 1998, t.III, ps. 78.80.

así como de autoconvocatoria de accionistas; 14. La posibilidad de votación por simple mayoría; 15. Una amplia efectividad de los acuerdos de accionistas incluso facilitando su ejecución in natura; 16. La previsión de requisitos de aprobación de asamblea a la enajenación global de los activos y otorgamiento del derecho de receso a los disidentes; 17. La posibilidad de acudir a arbitraje facultativo como forma de resolución de los conflictos societarios.

Las opciones reinantes hasta el momento habían sido los tipos puros de sociedades personales (absolutamente inviables); la sociedad anónima (con su compleja estructura) o la de responsabilidad limitada (con sus conocidas limitaciones).

Qué cambios se propuso la ley de SAS para superar las pautas rectoras vigentes en la LSC.

Dos aspectos conexos y dependientes, signan su principal característica: la representación de su capital en acciones y la no responsabilidad de los accionistas por las obligaciones sociales, más allá de sus respectivos aportes. A lo largo de la historia ha sido el Derecho Comercial quien ha debido crear mecanismos de limitación de responsabilidad, cuando ésta se derive de una actividad de riesgo, en función de considerar saludablemente que el riesgo es inherente a toda actividad empresarial y que un involucramiento mayor en la responsabilidad por parte de sus accionistas sería disuasivo de la necesidad de emprender.⁷

De cómo hizo la ley de SAS para cristalizar estos objetivos y cambios que se precisaban, se lista a continuación algunas de sus principales innovaciones, a saber: i.- muy robusta limitación de responsabilidad y abandono de responsabilidades solidarias (como se encuentra en la actual SRL en la LSC); ii.- prescindencia de la personalidad jurídica imbuida del concepto de conjunto económico y no tanto de la existencia de fraude probado; iii.- unipersonalidad genética de las SAS; idea disruptiva en nuestro medio si las hay; iv.- plasticidad del tipo social para desarrollar cualquier actividad económica de diferente volumen con algunas excepciones que confirman la regla; v.- las sociedades con participación estatal no están habilitadas a adoptar este tipo social, lo que ha sido visto preliminarmente como una consecuencia de la reducción de controles que recepta el régimen de las SAS en contraposición al hoy vigente y previsto para sociedades anónimas; vi.- hay algunas restricciones previstas y reservadas a las sociedades anónimas en la LSC vigente, que quedaron incluidas en el texto definitivo de la ley de SAS que resultó sancionado.⁸

4) Por qué eran necesarios estos cambios y qué cosas dejaron atrás:

El desafío, tanto de la ley de SAS como del proyecto modificativo de la LSC, que ha sido mencionado en el presente trabajo, fue derribar algunos principios y resabios heredados que se encuentran hoy recogidos en la LSC y que han sido superados por el derecho patrimonial comparado.

Se listan a continuación; simplemente a título de punteo descriptivo cuáles son esos conceptos que continúan vigentes en la LSC y tanto la ley de SAS como el propio derecho comparado ya no sigue: pluralidad subjetiva de voluntades; primacía del orden público frente a la autonomía de la voluntad; funcionamiento societario desactualizado de las herramientas tecnológicas hoy disponibles; la huérfana de las sociedades dentro de la LSC (la Sociedad de

⁷ OLIVERA GARCÍA RICARDO. Qué son las Sociedades por Acciones Simplificada. La Sociedad por Acciones Simplificada. AA VV. La Ley Uruguay. Ricardo Olivera García, Alejandro Miller, 2021. P.75.

⁸ Sería el caso por ejemplo de una sociedad anónima constituya ella sola una SAS; que ella se transforme por sí sola adoptando este tipo, por el régimen de transformación.

Responsabilidad Limitada); los solemnes controles de las SA: herencia renacentista del acto del príncipe: las mayorías se imponen y no siempre tienen razón; la licuación de la participación del socio en los casos de aumento de capital y la privación sistemática al dividendo; derecho de

información; vocación de principio sin correlato eficiente de norma tuitiva concreta que a veces deja sin protección a quien lo ejerza; el monto de capital contractual en las sociedades anónimas no da cuenta de su efectiva suscripción e integración y por ende entre otros, no es indicativo de su solvencia patrimonial; el régimen de expresión del capital integrado en acciones, tampoco; las acciones al portador; rémora del pasado; muchos y dispersos sistemas interpretativos sobre la responsabilidad de administradores, entre otros.

5) Ventajas de la aplicación sistemática del principio de autonomía de la voluntad y breve reseña de su marco teórico:

El permanente movimiento pendular que ha vivido la humanidad entre la convicción de su autodeterminación y el sometimiento sistemático a un orden externo e impuesto es el común denominador de todos los tiempos.

Resulta tentador en todas las construcciones filosóficas reducir el planteo a un sofisma de falsa oposición. Este podría consistir en plantear lo siguiente: O bien se acuña un principio de libertad absoluta (siendo cada uno artífice de su propio destino y sus consecuencias), o bien se entiende que ese camino conduce al caos que torna imposible la convivencia social y entonces la única forma de organizar el ejercicio de los legítimos derechos individuales es a través de la férrea regulación que indique el deber ser. Hacer lo uno implica resignar lo otro, para este planteo. Prolífica literatura se ha escrito al respecto, asumiendo como premisa las mezquindades humanas que la ha llevado a concluir que: i.- en toda actividad social y humana sólo hay un interés individual propio contrapuesto al ajeno; ii.- esto no deja espacio a la buena fe; iii.- las previsiones convencionales llevan ínsita una intención de fraude que sólo se mitiga con normas limitativas o prohibitivas; iv.- la falta de control o la ausencia de restricciones impuestas por los ordenamientos jurídicos llevan necesariamente a conductas desviadas del interés general.

Sumado a esto, es en un estadio evolutivo muy avanzado y ya bien entrado el siglo XIX que los ordenamientos jurídicos fueron explícitos en el reconocimiento del Derecho Humanitario (en el ámbito de Derecho Público) y con eso el surgimiento y consolidación del Estado de Derecho. Pero con el fortalecimiento de la figura del Estado moderno, se presenció una suerte de retroceso en la concesión de libertades de contratación en la esfera puramente privada. Desde esa perspectiva el involucramiento del Estado en las actividades de los particulares se percibió necesario y unido a sus funciones secundarias.⁹

El siglo XX fue generando vientos de imperatividad que se enquistaron en varios sistemas jurídicos. Sin embargo, nuestra Carta Magna y los principios recogidos en los códigos Civil y de Comercio, bregan, por lo contrario.¹⁰

⁹ OLIVERA GARCÍA Ricardo- SARLO Oscar. Sesquicentenario del Código de Comercio Uruguayo. De la codificación decimonónica a la recodificación del siglo XXI. AAVV. FCU. Año 2017.

¹⁰ Artículo 7 (Constitución de la República): “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”.

Una de las consecuencias del excesivo celo regulatorio es que los acuerdos sociales (constitutivos de las propias estructuras) terminan siendo el eco de la normativa imperativa, recogiendo soluciones e institutos que poco tienen que ver con el objetivo del emprendimiento; las necesidades de sus inversores o del mercado. La verdad del asunto termina siendo absorbida por acuerdos paralelos (más adaptados a la realidad que buscan desarrollar). Esto quita transparencia

y uso genuino de las herramientas societarias a la vez que priva de derechos en ocasiones a los participantes que de otra manera habría correspondido reconocer.

La concepción moderna del contrato supone que lo es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas.¹¹

6) Valoración:

Las normas jurídicas de Derecho Positivo son descriptivas y recogen categorías y disposiciones en un mandato de deber ser. Pero detrás de ellas, hay políticas legislativas que son las rutas a través de las cuales se diseñan las definiciones y opciones que toma el legislador. Su cuño puede estar imbuido de ciertos principios que inevitablemente sesgan e inclinan las soluciones y consecuencias que cada cuerpo normativo recoja.

La ley de SAS y el Proyecto normativo modificativo de la LSC abrevan explícitamente en el Principio de Autonomía de la Voluntad. Eso hace ingresar toda posibilidad de autodeterminación de los operadores jurídicos a la hora de darse a sí mismos contenidos negociales; más aún en cuanto a poder dotar de funcionalidad a sus acuerdos societarios, alineados a los fines para los cuales los han constituido.

La consecuencia directa de su inclusión es que (en la ley de SAS y en el proyecto normativo modificativo de la LSC), los operadores, en primera persona podrán: dotar de soluciones sustantivas llamadas a regular el acuerdo societario; su propia organicidad; el funcionamiento de los órganos sociales; entrada y salida de socios y permiso para realizar tales o cuales negocios, sin tener que recoger su diseño negocial en acuerdos para societarios, alternativos que a veces viven en las sombras.

La historia demostró que la humanidad siempre ha sido creativa e innovadora; en todos los ámbitos. Precisa el espacio para desarrollar las nuevas ideas. Las normas prohibitivas deberían ser la excepción, acuñadas por muy justificadas razones de interés general, que ratifiquen una vez más ese rasgo de excepcionalidad.

La autodeterminación llegó para quedarse. Nuestros predecesores (en la baja Edad Media) ya sembraban la actividad de comercio con eses señero principio. La heterotutela per-se debería

¹¹ ROTHENBERG Mónica. “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2019. Pag. 1.

tener un justificativo que la legitime. No debería presumirse. Esto habla bien del Derecho y la esfera de libertad que toda vocación regulatoria debe poder atender en todos los tiempos.
