

La jerarquización de la autonomía de la voluntad en el proyecto de ley de sociedades uruguayo

Alicia Ferrer Montenegro¹

Sumario: El orden público nada aporta el buen funcionamiento de las sociedades y no resulta más que un freno al ejercicio de la autonomía de la voluntad como principio esencial del derecho privado patrimonial. Como solución de principio, son los otorgantes del negocio societario quienes están en mejores condiciones de decidir cuáles con las reglas que habrán de regular el funcionamiento de la sociedad, disponiendo del derecho patrimonial proveniente de su aporte. El negocio societario debe ajustarse a las especiales características de la relación económica acordada por las partes, a las que corresponde establecer las condiciones del mismo.

Palabras clave: orden público, autonomía, contrato, sociedad.

Una de nuestras primeras lecturas en el aprendizaje del Derecho Comercial, nos enseñó que *“lo que caracteriza al negocio jurídico y lo que hace de él el instrumento fundamental de la autonomía privada es la posibilidad de que las partes, aun cuando sea dentro de determinados límites, regulen las consecuencias del negocio en conformidad a los propios intereses..... Así las partes, a través del negocio jurídico, pueden regular las propias relaciones; los efectos del negocio jurídico serán, en términos generales, esto es, en el ámbito de la autonomía de las partes, correspondientes a los propósitos prácticos a que tendían las partes al realizar el negocio.”*²

Los empresarios suelen tener intereses complejos o multiplicidad de intereses que intentan plasmar en un esquema formal que es el contrato.

Mediante la autorregulación normalmente contemplan sus diferentes intereses.

En las sociedades comerciales, al momento de su constitución o luego de la misma, la regla debería ser la misma.

Bado³ dice que, *desde la perspectiva de la teoría contractualista, imperante en el derecho societario uruguayo, la autonomía de la voluntad es un instrumento de eficiencia de la estructura societaria y la interpretación dispositiva de la norma es el único método eficaz para reducir los costos de transacción. La ley societaria debe funcionar como una fuente e integración de las previsiones de las partes y no como una fuente de obligaciones.*

¹ Alicia Ferrer Montenegro.

² ASCARELLI, Tullio, Introducción al derecho comercial. Parte general de las obligaciones comerciales. Buenos Aires. EDIAR 1947. páginas 189-190.-

³ BADO, Virginia. La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En Revista de derecho Comercial Quinta Época. Año III Número 10 página 52. LA LEY URUGUAY Montevideo 2018

Afirmación a cuento de lo mucho que se ha discutido sobre el orden público societario desde la sanción de la ley de sociedades 16.060. Treinta y cinco años después de su entrada en vigencia, la discusión persiste.

Una afirmación incontestable es que la ley de sociedades no se expresa sobre la cuestión, como si lo hacen otras normas legales como la que regula las relaciones de consumo o la competencia en el mercado o la del contrato de seguros. En estas últimas el legislador a texto expreso dijo que son normas de orden público y que protegen -consecuentemente- el interés general.

Cierto es que la ley societaria regula meticulosamente muchos aspectos del funcionamiento de las sociedades, protege enfáticamente ciertos derechos de los socios y deja escaso margen a la libertad de los socios para incorporar sus propias normas en el contrato social.

La lectura del Código Civil en su artículo 11 sirve de sustento: “No pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”

De los argumentos precedentes se nutren aquellos que entienden que las normas societarias son de orden público y que solo hay margen para la libertad de los socios en aquellos casos en que la ley explícitamente lo autoriza: “salvo pacto en contrario” sería la expresión que ampara la libertad contractual.

Hay quienes entienden que la normas contiene disposiciones de orden público y otras que autorizan a las partes a ejercer su autonomía de la voluntad. El tono imperativo de la norma legal es el que indica su naturaleza indisponible. Básicamente son normas que determinan la nulidad o cualquier otra sanción jurídica toda vez que los particulares se apartan de su acatamiento.

Una tercera posición⁴ entiende que, en nuestro derecho positivo, el principio general es el de la libertad, de acuerdo con el cual los particulares pueden realizar todos aquellos actos que no sean contrarios a normas de orden público conforme el artículo 10 de la Constitución Nacional. Para determinar si una norma es o no de orden público, deberá indagarse en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido por la norma.

Esta es la postura que a nuestro juicio parece la más adecuada frente a la discusión planteada.

De tal manera que el proyecto de ley modificativo de la Ley 16.060,⁵ que obtuviera unánime sanción por el Senado uruguayo, se ha ocupado de la jerarquización de la autonomía de la voluntad en la legislación societaria.

El espíritu de los redactores queda consignado en la Exposición de Motivos: “*Como solución de principio, son los otorgantes del negocio societario quienes están en mejores*

4 OLIVERA, Ricardo. El orden público en la ley de sociedades comerciales. En Estudios de Derecho Societario. Página 108. RUBINZAL CULZONI. Argentina. 2005. POZIOMEK, Rosa Autonomía de la voluntad en la cesión de cuotas a terceros. En Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación. Página 479. FCU Montevideo 2009. 5 Proyecto de Ley presentado bajo firma de los líderes de las bancadas de todos los partidos políticos con representación parlamentaria y redactado por los Profs. Ricardo Olivera, Alejandro Miller y Alicia Ferrer.

condiciones de decidir cuáles con las reglas que habrán de regular el funcionamiento de la sociedad, disponiendo del derecho patrimonial proveniente de su aporte. El negocio societario debe ajustarse

a las especiales características de la relación económica acordada por las partes, a las que corresponde establecer las condiciones del mismo”.

El carácter dispositivo de las normas tiene las excepciones en que la propia ley establece la nulidad ante su violación, se proteja un interés público, los derechos de terceros, atribuya responsabilidades o regule acciones judiciales.

De esta manera queda consagrada la libertad de los contratantes -regla consagrada en nuestros códigos civil y comercial desde hace casi dos siglos- con límites claros y sin dar lugar a discusiones interpretativas.

En definitiva, la ley societaria no puede ser de orden público, la imperatividad impuesta por el legislador nada aporta al buen funcionamiento de las sociedades y no resulta más que un freno al ejercicio de la autonomía de la voluntad como principio esencial del derecho privado patrimonial.