

---

# EL SISTEMA CONSTITUTIVO DE LA ANÓNIMA URUGUAYA Y SU INCIDENCIA EN EL FUNCIONAMIENTO SOCIETARIO

*RICARDO OLIVERA GARCÍA*

Decano Emérito de la Facultad de Derecho,  
Director del Programa Master de Derecho de la Empresa  
y Catedrático de Derecho Comercial  
Universidad de Montevideo

## SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES NORMATIVOS. III. EL RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES. IV. PLURIPERSONALIDAD GENÉTICA - UNIPERSONALIDAD SUPERVINIENTE. V. LA SUPERPOSICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y LA DEMORA INNECESARIA DEL TIEMPO DE CONSTITUCIÓN. VI. OTROS EFECTOS DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA PRODUCTO DE LA DEMORA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUTIVOS. VII. EL PROBLEMA DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LAS ANÓNIMAS. VIII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES. IX. REFLEXIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho uruguayo el sistema de constitución de las sociedades anónimas resulta rehén de la historia.

Como todos recordamos, la primera etapa de evolución de la sociedad anónima se caracterizó por representar un estatuto jurídico especial de privilegio otorgado por el soberano (octroi) para una actividad específica y particular, por el que todos sus participantes y sus herederos se sustraían a la aplicación de las normas de derecho común<sup>1</sup>. Esta exclusión del régimen común consistía en quebrar el principio de que los bienes del deudor son la garantía de sus acreedores otorgando, para una actividad específica, el beneficio de la limitación de responsabilidad. En función de este beneficio, los socios de una sociedad anónima (accionistas) respondían por las deudas sociales solamente con los bienes aportados a la sociedad<sup>2</sup>.

El Código de Comercio francés de 1807 dio un primer gran paso, modificando el régimen de estatutos jurídicos especiales por un régimen de estatuto general de la anónima, pero sujetando la constitución de las mismas a la autorización estatal<sup>3</sup>.

El avance hacia un sistema normativo recién se produjo con la ley de 24 de julio de 1867 que estableció que las sociedades anónimas podían constituirse sin autorización del gobierno (art. 21), cambiando el régimen de autorización por un régimen de publicidad<sup>4</sup>. El régimen francés de libertad de constitución se difundió rápidamente a España (1869), Alemania (1870), Bélgica (1873) e Italia (1882). Este régimen de libertad de constitución ha imperado hasta el presente en el derecho comparado<sup>5</sup>.

1. Vé. BRUNETTI, *Tratado de Derecho de las Sociedades*, (trad. esp.), Buenos Aires, 1960, t. II, p. 203.
2. En estas primeras etapas del desarrollo del concepto de sociedad anónima estábamos todavía muy lejos de recoger el concepto de personalidad jurídica de las sociedades y de concebir a la sociedad anónima como un sujeto de derecho independiente, con su propio patrimonio, y al accionista como un sujeto externo a la sociedad, titular de derechos económicos y políticos frente a la misma, derivados de su legitimación como tenedor de una acción.
3. En el régimen del Código de Comercio francés, la constitución de sociedades anónimas estaba sujeta a autorización gubernamental, otorgada por decreto del Conseil d'État.
4. Vé. RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 1986, t. 1, p. 717.
5. Afirma GARRIGUES que "*¡¡La idea de que la fundación de una sociedad anónima no es asunto privado que pueda quedar enteramente remitido a la autonomía contractual es, pues, tan antigua como la sociedad anónima misma*" (Fundación de la Sociedad Anónima, Revista de Derecho Mercantil (RDM), N° 1 (1940), ps. 11-12.

Sin perjuicio de que el Derecho uruguayo proclama también la existencia de un sistema normativo, en el cual rige la libertad de constitución de sociedades anónimas, un análisis más profundo de las disposiciones legales en la materia y de los criterios establecidos para su aplicación revela que el sistema no ha superado aún el régimen de autorización y que persisten una serie de restricciones, limitaciones y cortapisas, que determinan que la supuesta libertad de constitución resulte desvirtuada.

Estas restricciones inciden en una serie de temas: el alcance de la autonomía de la voluntad en la celebración de negocios societarios, la forma de pactar una relación societaria, el comienzo de la personalidad jurídica, el régimen de capital social.

Muchas de estas restricciones son rémoras de la legislación societaria anterior, mientras que otras surgen de los criterios interpretativos de la ley sostenidos por alguna doctrina y por los organismos públicos de control societario.

Por esta razón, vale la pena realizar primero un rápido repaso de los antecedentes normativos que, en esta materia, establece la ley uruguaya, para pasar luego al estudio del régimen vigente, de los criterios de aplicación y de las consecuencias jurídicas que dichas normas y dichos criterios de aplicación producen en el funcionamiento del sistema.

## II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Las Ordenanzas de Bilbao, que rigieron en el Uruguay hasta la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1866<sup>6</sup>, no contenían regulación alguna respecto a las sociedades anónimas. Sin perjuicio de esto, algunos bancos constituidos antes de esa fecha bajo la forma de sociedades anónimas, fueron aprobados por leyes especiales, al amparo del régimen establecido por la Constitución de la República de 1830 (art. 17)<sup>7</sup>.

El Código de Comercio reguló a las sociedades anónimas dentro del Título II del Libro II, "De las compañías o sociedades" (arts. 403 a 424), siguiendo la línea marcada por el Código de Comercio francés de incluir a las anónimas como una modalidad contractual, conjuntamente con las restantes sociedades comerciales<sup>8</sup>. El codificador uruguayo previó el establecimiento de sociedades anónimas por tiempo determinado y con autorización del Poder Ejecutivo (art. 405)<sup>9</sup>. Dispuso a continuación el contenido mínimo del acto de constitución de la sociedad (art. 406)<sup>10</sup>, en norma no contenida en las fuentes corrientes del instituto (Código de Comercio francés de 1807 y español de 1829), sino tomada del Código de Wurtemberg<sup>11</sup>. El codificador no estableció para las anónimas ningún capital ni integración inicial mínimos, limitándose a requerir que el capital y la manera de formarlo aparecieran expresados en el acto de formación de la sociedad (art. 406).

El problema de la constitución de una sociedad anónima sin capital suscrito o integrado vino a ser resuelto por la ley N° 2.230 de 2 de junio de 1893, famosa por haber introducido en el derecho uruguayo la figura del concordato preventivo y por haber sustituido el régimen de quiebras de sociedades anónimas por un régimen especial de liquidación judicial<sup>12</sup>.

Esta norma incluye entre las causas de disolución necesaria de las sociedades anónimas la de "no poder llenar la sociedad el fin para que fue creada" (art. 2 inc. 4). A continuación, el art. 3 dispone que esta causal se produce cuando no alcance a suscribirse al menos el 20% del capital autorizado (inc. 1) o cuando no pueda cubrirse con dinero efectivo a lo menos el 25% del capital suscrito (inc. 2)<sup>13</sup>. Dispone además que, al conceder

6. Vé. OLIVERA GARCIA-RIPPE, *Evolución y panorama del Derecho Comercial uruguayo*, Montevideo, 1989, p. 18 y ss.

7. OLIVERA GARCIA, *Instalación de bancos en el Uruguay*, Montevideo, 1982, ps. 5-6.

8. El hechizo contractualista del Código francés duró poco tiempo. A partir de la ley de 1867, la jurisprudencia francesa echó por tierra este criterio y comenzó a reconocer el principio mayoritario en las sociedades anónimas, aun para la modificación de las bases fundamentales de la sociedad. Vé. OLIVERA GARCÍA, *El derecho de receso: cinco lustros después*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, año II (2003), N° 3, p. 55; también en Estudios de Derecho Societario, Buenos Aires, 2005, p. 622 y ss.

9. Sobre el régimen establecido por el Código de Comercio puede verse: HUGHES, *Las sociedades anónimas en el Uruguay. Procedimiento para su instalación*, Revista de Derecho Comercial Sociedades Anónimas (RDSCA), año 1 (1946), N° 6, p. 171; PEREZ FONTANA, *La fundación de la sociedad anónima*, RDSCA, año 4 (1949), N° 35, p. 123.

10. Negocio que la sociedad va a emprender, el tiempo de su duración, el capital, la manera de formarlo, el domicilio elegido, el modo de administración y las condiciones de emisión de acciones.

11. ALCORTA, *Fuentes y concordancias del Código de Comercio*, Buenos Aires, 1887.

12. Vé. PEREZ FONTANA, *El concordato preventivo de las sociedades anónimas*, Montevideo, 1982.

13. La ley N° 2.230 introdujo en la normativa uruguaya la distinción entre los conceptos de capital autorizado, suscrito e integrado, que aun se mantiene en la legislación actual. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la Ley de Sociedades Comerciales*, en AA.VV., *Temas de Derecho Societario. Diez años de la Ley de Sociedades Comerciales. Análisis y perspectivas*, Montevideo, 2000, p. 99; también en Estudios, cit., ps. 291-292.

la autorización, el Poder Ejecutivo concederá un término prudencial dentro del cual deberán realizarse las suscripciones e integraciones mínimas, vencido el cual retirará la autorización concedida (art. 4) <sup>14</sup>.

El régimen del Código de Comercio, complementado por las normas en materia de suscripción e integración de capital de la ley N° 2.230, fue reformado por la ley N° 13.318 de 28 de diciembre de 1964. Esta ley introdujo varias modificaciones sustanciales al régimen de constitución de las anónimas: (a) La sociedad se constituirá mediante escritura pública o privada, firmada por tres fundadores por lo menos, quienes serán suscriptores de acciones (art. 207); (b) La sociedad tendrán un capital autorizado mínimo, expresado en moneda nacional (art. 206) <sup>15</sup>; (c) Previo a la firma del acto de constitución deberá suscribirse el 50% del capital social e integrarse, en dinero o en bienes susceptibles de estimación pecuniaria, un mínimo del 20% del capital suscripto (art. 207) <sup>16</sup>; (d) La autorización de constitución se transfiere al Poder Judicial, correspondiendo su otorgamiento a los Juzgados Letrados de Primera Instancia, quienes deberán oír a la Inspección General de Hacienda y al Ministerio Público, acerca de la legalidad de las disposiciones estatutarias y el cumplimiento de los requisitos de constitución (art. 208); (e) El acto de constitución, estatutos y resolución autorizante deben ser inscriptos en el Registro Público de Comercio y publicados en el Diario Oficial y en otro diario (arts. 208 y 229); (f) Antes de los 60 días de realizadas las publicaciones debe haberse integrado un nuevo 20% de las acciones suscritas, cuya omisión se sancionaba con la cancelación de la autorización para funcionar (art. 208) <sup>17</sup>.

El codificador comercial no ingresó nunca en el tema de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Si bien alguna doctrina <sup>18</sup> y alguna jurisprudencia <sup>19</sup> habían sostenido con anterioridad la tesis de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, el reconocimiento legal de la misma recién se produjo con la sanción de la Ley de Registros N° 10.793 del 25 de setiembre de 1946 (art. 19). Esta norma declaró personas jurídicas a las sociedades constituidas de conformidad con el Código de Comercio. Es decir que, en el régimen establecido por la ley N° 10.793, la personería jurídica era reconocida a las sociedades comerciales regulares –incluidas las anónimas– una vez completado el procedimiento constitutivo previsto legalmente <sup>20</sup>.

Este régimen de autorización por los poderes públicos para la constitución de sociedades anónimas influyó notablemente en el sistema vigente, tal como habremos de analizar.

### III. EL RÉGIMEN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Con fecha 4 de setiembre de 1989 fue aprobada la ley N° 16.060 que, con algunas modificaciones menores, representa el régimen vigente en materia de sociedades comerciales (LUSC).

Siguiendo el modelo de la ley argentina <sup>21</sup>, la LUSC prevé que las sociedades anónimas podrán constituirse por acto único o por suscripción pública (art. 250).

En la constitución por acto único, el consentimiento de todos los fundadores –que deben ser por lo menos dos– se produce en forma simultánea, oportunidad en la cual los mismos suscriben e integran además el capital social. En cambio, en la constitución por suscripción pública, el consentimiento, suscripción e integración se producen en forma sucesiva o escalonada, por adhesión a un programa.

En la constitución por acto único, la LUSC prevé el otorgamiento del negocio social en escritura pública o privada, la cual deberá contener las menciones exigidas a las sociedades comerciales en general (indivi-

14. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima en el Derecho uruguayo*, 2ª ed., Montevideo, 1973, ps. 51-52.

15. El capital mínimo fue fijado por la ley en \$ 500.000. Posteriores leyes lo llevaron a \$ 5:000.000 (ley 13.782/69) y a \$ 50:000.000 (ley 14.100/72).

16. Las disposiciones sobre la forma de expresión del capital y sobre suscripciones e integraciones mínimas establecidas por la ley N° 13.318 no resultaban de aplicación para las sociedades anónimas financieras de inversión, constituidas al amparo del régimen establecido por el art. 7 de la ley N° 11.073 de 24 de junio de 1948. Vé. OLIVERA GARCIA, *Las sociedades financieras de inversión en el Derecho uruguayo*, Anuario de Derecho Comercial (ADCO), t. 5, Montevideo, 1991, p. 199; también en Estudios, cit., ps. 768-770.

17. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., ps. 55-56.

18. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, *Las sociedades comerciales ¿son personas jurídicas?*, Montevideo, 1918.

19. Sent. 6-5-1899, RDJA, t. 6, p. 218.

20. OLIVERA GARCÍA-OLIVERA AMATO, *El "disregard of legal entity" en la jurisprudencia*, ADCO, t. 10, Montevideo, 2004, p. 359; también en Estudios, cit., p. 161.

21. La Ley argentina de Sociedades Comerciales 19.550 fue la fuente principal tanto del proyecto PEREZ FONTANA como del proyecto FERRO-DELFINO-RODRIGUEZ que fueron los antecedentes de la LUSC. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Elementos para la interpretación de la Ley de Sociedades Comerciales*, en A.A.V.V., *Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, p. 9 y ss.; También en Estudios, cit., ps. 64-65.

dualización de los otorgantes, tipo social, denominación<sup>22</sup>, domicilio<sup>23</sup>, objeto, capital, aportes<sup>24</sup>, forma de distribuir las utilidades<sup>25</sup> y de soportar las pérdidas, administración y plazo<sup>26</sup>) (art. 6), así como las específicas del tipo social de anónima (clase, monto, condiciones de creación y emisión, y demás características de las acciones; régimen de administración, asambleas y control interno y forma de su nombramiento<sup>27</sup>) (art. 251).

En el momento de otorgamiento del negocio de constitución, los fundadores deberán integrar por lo menos el 25% del capital contractual expresado en los estatutos y suscribir lo que reste para completar el 50% de dicho capital contractual (arts. 252 y 280). No existe ningún requisito de suscripción o integración posterior, ni plazo para integrar el capital suscrito.

El texto original de la LUSC mantenía la solución de exigir a las sociedades anónimas un capital contractual mínimo en el momento de su constitución, fijado originalmente en \$ 18.000 (art. 279). Este capital era actualizado anualmente por el Poder Ejecutivo, en función de la variación de la Unidad Reajutable (art. 521). Una reciente reforma a la ley societaria, realizada por la ley N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006, eliminó el requisito de capital contractual mínimo para las anónimas<sup>28</sup>.

El trámite de constitución de la sociedad por acto único supone tres etapas: la aprobación del órgano estatal de control, la inscripción registral y la publicación.

El negocio de constitución de la sociedad requiere aprobación del órgano estatal de control, el que fiscalizará la legalidad de las disposiciones establecidas en los estatutos sociales y las suscripciones e integraciones de capital efectuadas (art. 252 inc. 2). El decreto 335/990 de 26 de julio de 1990, reglamentario de la LUSC, dispuso que la Inspección General de Hacienda<sup>29</sup> ejercería la función de órgano estatal de control (art. 1). Posteriormente, la ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996 transformó este organismo en Auditoría Interna de la Nación (AIN) (art. 45)<sup>30</sup>.

La LUSC establece el siguiente trámite administrativo de aprobación de los estatutos sociales (art. 252): (a) El contrato deberá ser presentado ante la AIN dentro de los 30 días de celebrado; (b) La AIN deberá expedirse dentro de los 30 días de presentada la solicitud; (c) Si se formularan observaciones se conferirá vista a los fundadores por el plazo de 10 días, transcurridos los cuales la AIN dispondrá de 15 días para dictar resolución; (d) Si en los plazos establecidos la AIN no hubiera dictado resolución, se considera fictamente aprobado el contrato original o con las observaciones aceptadas; (e) Si la AIN denegara la aprobación, los fundadores podrán interponer recursos administrativos ante la propia AIN y el Poder Ejecutivo y, posteriormente, acción de nulidad del acto ante el Tribunal lo Contencioso Administrativo<sup>31</sup>.

El contrato, con el testimonio de la resolución administrativa o la constancia de su aprobación ficta deberá ser inscripto en el Registro Nacional de Comercio, dentro de los 30 días contados desde el día siguiente a la fecha de la expedición del testimonio o de la constancia de aprobación ficta. Esta constancia debe ser expedida por la AIN dentro de los 5 días de producida la aprobación ficta (art. 253).

Efectuada la inscripción, la LUSC manda que, dentro de los 60 días siguientes, se publique en el Diario Oficial y en otro diario o periódico de la sede de la sociedad un extracto conteniendo la denomi-

22. Respecto a la denominación social, el art. 12 de la LUSC establece que deberá indicar el tipo social y que no podrá ser igual o semejante a la de otra sociedad preexistente. Vé. BUGALLO, *Nombre comercial: normas marcarias y societarias*, RDCO, año 32 (1999), p. 883 y ss.; OLIVERA GARCÍA, *Protección del nombre comercial de las sociedades anónimas*, Rev. Judicatura, año II, N° 11, Montevideo, 1977; también en Estudios, cit., p. 109 y ss.

23. El art. 13 de la LUSC define el domicilio como el departamento, ciudad o localidad donde la sociedad establezca su administración.

24. En el caso de las sociedades anónimas, el aporte deberá ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (art. 58 inc. 3).

25. El art. 320 de la LUSC establece la obligación de las sociedades anónimas de distribuir a sus accionistas por lo menos el 20% de las utilidades netas de cada ejercicio.

26. Las sociedades comerciales no pueden ser pactadas a plazos superiores a 30 años (art. 15), con excepción de las anónimas cuyo plazo podrá superar los 30 años (art. 251 n. 2).

27. Se prevé que los estatutos designen además el primer directorio o el administrador, así como el síndico o la comisión fiscal (art. 251 n. 3).

28. Esta ley dispuso además que las sociedades anónimas deberán tener su capital representado en moneda nacional, salvo aquellas que tengan por objeto principal invertir en activos radicados en el exterior, a las cuales la reglamentación podrá autorizar a representar su capital en moneda extranjera (art. 279, LUSC con texto dado por el art. 100, ley N° 18.083).

29. La Inspección General de Hacienda fue creada por decreto del 10 de marzo de 1915 con la finalidad de controlar los actos de las sociedades anónimas.

30. La ley N° 16.736 dispone que la AIN será un órgano funcionalmente desconcentrado del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas que actuará con autonomía técnica en el desempeño de sus cometidos.

31. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano jurisdiccional, independiente del Poder Judicial, al cual la Constitución de la República le da competencia exclusiva para conocer en las demandas de nulidad contra actos administrativos definitivos emanados de la Administración Central, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales contrarios a una regla de derecho o dictados con desviación de poder (art. 309).

nación social, el capital, el objeto, la duración, el domicilio y los datos referentes a la inscripción (arts. 255 y 17) <sup>32</sup>.

En la constitución por suscripción pública supone la formación, en forma sucesiva o escalonada, del consentimiento para la constitución de la sociedad anónima. Las etapas de este proceso constitutivo son las siguientes: (a) Preparación por los promotores de un programa conteniendo las bases del estatuto, las emisiones programadas y las condiciones de la suscripción ofrecida, el cual debe ser aprobado por la AIN e inscripto en el Registro Nacional de Comercio (art. 258); (b) Designación de un fiduciario que representará a los suscriptores de capital, el cual deberá ser una entidad de intermediación financiera o una bolsa de valores (art. 259); (c) Plazo de suscripción no mayor de 3 meses desde la inscripción del programa en el registro, en el cual deberán celebrarse entre el fiduciario y los suscriptores contratos de suscripción de acciones que completen los mínimos previstos por la ley (integración del 25% del capital contractual y suscripción del saldo hasta completar el 50%) (art. 261); (d) Asamblea constitutiva de la sociedad celebrada dentro de los 2 meses de vencimiento del plazo de suscripción, con un quórum mínimo de la mitad más una de las acciones suscritas, la que tomará decisión por el voto de la mayoría de los suscriptores presentes que representen por lo menos la tercera parte del capital suscrito (arts. 266 y 267); (e) Aprobación de la constitución por la AIN, inscripción en el Registro Nacional de Comercio y publicación de un extracto en el Diario Oficial y en otro diario o periódico, en idéntico procedimiento que el previsto para la constitución por acto único (art. 273).

La constitución de sociedades anónimas por suscripción pública no estaba prevista en el régimen anterior a la LUSC y, a partir de la aprobación de la LUSC, no existió en el Uruguay ningún caso de constitución de una sociedad por este procedimiento.

En el régimen de la LUSC, la personería jurídica de la sociedad se adquiere desde la celebración del contrato constitutivo, en el caso de la constitución por acto único, o desde la suscripción del acta de la asamblea constitutiva, en el caso de la constitución por suscripción pública (art. 278). Los procedimientos posteriores previstos por la ley son requisitos impuestos para la constitución regular de la sociedad.

Este es el procedimiento vigente, el cual plantea una multiplicidad de dificultades y cuestiones que habremos de analizar seguidamente.

## IV. PLURIPERSONALIDAD GENÉTICA - UNIPERSONALIDAD SUPERVINIENTE

La legislación uruguaya exigió tradicionalmente la plurisubjetividad en el otorgamiento del negocio societario. En el régimen del Código de Comercio, si bien la ley nada decía al respecto, la posición mayoritaria sostenía la necesidad de la concurrencia de por lo menos dos fundadores para constituir una sociedad anónima <sup>33</sup>, aun cuando existieron al respecto posiciones disidentes <sup>34</sup>. La reforma introducida por la ley N° 13.318 de 1964 pasó a exigir expresamente que el acto de constitución de la sociedad fuera otorgado por tres fundadores que fueran suscriptores de capital (art. 207) <sup>35</sup>.

Sin perjuicio de esta exigencia de la pluralidad de fundadores, se admitió pacíficamente que, luego de constituida la sociedad, la totalidad de las acciones pudieran concentrarse en manos de un solo accionista <sup>36</sup>.

Esta realidad de la anónima unipersonal perduró en el sistema jurídico uruguayo por más de un siglo, sin que existiera en dicho período ningún pronunciamiento administrativo ni jurisdiccional en contrario. En todo este lapso, las sociedades anónimas estuvieron sujetas a la fiscalización permanente del Estado, incluyendo la celebración de sus asambleas sociales, donde fue frecuente la comparecencia de un solo y único accionista con la totalidad del capital accionario.

La aprobación de la LUSC volvió a plantear la incertidumbre sobre la procedencia de la unipersonalidad superviniente de la anónima, en la medida que la definición de sociedad comercial establecía expresamente

32. El texto original de la LUSC preveía la realización de una sola publicación en el Diario Oficial. La ley N° 16.296 de 12 de agosto de 1992 –primera reforma a la LUSC- introdujo la obligación de realizar además otra publicación en otro diario o periódico del lugar de la sede de la sociedad. Esta reforma, que tuvo su origen en una iniciativa de los medios de prensa, representa en los hechos un tributo impuestos a los fundadores de sociedades anónimas, en beneficio de los titulares de medios de prensa privados.

33. PEREZ FONTANA, *La fundación de la sociedad anónima*, cit., p. 315.

34. MORA RODRÍGUEZ, *Fundación de una sociedad anónima por una sola persona*, RDCSA, t. VII, Montevideo, 1952, p. 531.

35. Vé. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., ps. 60-61.

36. Vé. ROCCA, *Derecho Comercial*, Montevideo, s/f, t. IV. vol. 2, ps. 85-86.

que “[h]abrá sociedad comercial cuando, dos o más personas físicas o jurídicas, se obliguen ...” (art. 1), destacando la pluralidad de personas como un elemento estructural de esta modalidad negocial.

Si bien alguna doctrina aislada sostuvo que, después de la LUSC, no es procedente el funcionamiento de la sociedad anónima con un solo accionista<sup>37</sup>, la mayoría de la doctrina se ha inclinado por admitir la posibilidad de actuación de la anónima unipersonal<sup>38</sup>.

La LUSC contiene diversas normas que sustentan la procedencia de la sociedad anónima con un solo accionista:

a) El art. 116 regula la escisión de sociedades, previendo que el acto constitutivo de las sociedades que se creen sea otorgado por los representantes de la sociedad que decide la escisión (art. 140). Se trata de un caso de unipersonalidad genética de la anónima, que se crea por voluntad de un solo fundador.

b) El art. 156 prevé la reducción a uno del número de socios, en caso de rescisión parcial de la sociedad (muerte, incapacidad, inhabilitación, exclusión o receso). En esta hipótesis, la sociedad no se disuelve sino que la ley otorga al socio restante la opción, dentro del plazo de un año, de disolver la sociedad o recomponer la pluralidad societaria. En este período, la sociedad funcionará con un solo socio. Si bien este régimen no resulta aplicable a las sociedades anónimas por expresa exclusión legal (art. 158), marca el principio de la posibilidad de funcionamiento de la sociedad con un solo socio.

c) El art. 159 num. 8 incluye entre las causales de disolución de las sociedades la “reducción a uno del número de socios según lo dispone el artículo 156”. La exclusión de las anónimas del régimen del art. 156 determina que no exista disolución posible en caso de que todo el capital accionario se concentre en manos de una sola persona.

Por otra parte, la disolución no opera de pleno derecho, sino que debe ser resuelta por los órganos sociales o declarada judicialmente (art. 162). Esta declaración sólo puede ser solicitada por los socios o por terceros interesados, siendo cuestionable que exista en los hechos otro interesado que el propio accionista único para pedir la disolución.

Sin perjuicio de la opinión de la doctrina y de las opciones de interpretación favorables que surgen de la propia LUSC, en los hechos el tema fue definitivamente zanjado con la aprobación por el Poder Ejecutivo del decreto 335/990 del 26/7/1990, el cual dispone lo siguiente: “*Declárase que la totalidad del capital accionario de las sociedades anónimas puede pertenecer a una sola persona física o jurídica, no siendo de aplicación para aquéllas lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 159*”.

El criterio interpretativo que recoge el decreto es que no procede la disolución de la sociedad anónima por reducción a uno del número de socios (art. 159 n. 8) por referirse esta norma exclusivamente a las situaciones previstas por el art. 156 (muerte, exclusión y receso) y no resultar la misma aplicable a las sociedades anónimas (art. 158)<sup>39</sup>.

Esta norma interpretativa, que carece de jerarquía legal, produjo en los hechos el efecto de consolidar la figura de la anónima con unipersonalidad superviniente. En los 17 años de vigencia de la ley y de su norma reglamentaria no existió ningún cuestionamiento a la anónima unipersonal en vía administrativa o jurisdiccional. Las sociedades anónimas continuaban siendo fiscalizadas por el Estado, a través de la Auditoría Interna de la Nación, sin que este organismo haya planteado jamás observación alguna a la comparecencia de un solo accionista representando la totalidad del capital accionario de la anónima. Tampoco existió ningún pronunciamiento judicial que entendiera que una anónima se disolvió por concentración de su capital en manos de una sola persona, ni que otorgara a esta circunstancia efecto o consecuencia alguna sobre la limitación de la responsabilidad del accionista.

La historia uruguaya no hace más que corroborar el valor que tradicionalmente ha tenido la sociedad anónima como estructura organizacional de la actividad empresarial. La posibilidad de crear una entidad separada, con personería jurídica propia, con patrimonio propio, con una responsabilidad propia independiente de la responsabilidad personal de sus socios transforma a la anónima en un vehículo indispensable para el desarrollo del comercio. La posibilidad de limitar el riesgo de los negocios constituye un requisito esencial para que los mismos puedan realizarse, aun por un operador económico individual.

37. RODRÍGUEZ OLIVERA, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, Montevideo, 2006, vol. 4, t. 1, p. 167 y ss.

38. FERRO ASTRAY, *Sociedad unipersonal*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 11 y ss.; RIPPE, *Sociedad de un solo socio*, ADCO, t. 7, p. 45 y ss.; OLIVERA GARCÍA, *La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios*, Anales del Foro, N° 100, Montevideo, 1991, p. 59; también en Estudios, cit., p. 23; WONSIK, en A.A.V.V., *Manual de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1990, t. I, ps. 60-62.

39. Estrictamente, similar argumento podría realizarse en caso de la concentración de las cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada en un solo socio, como consecuencia de un negocio de cesión. En este caso, tampoco estamos en presencia de la situación prevista por el art. 156, puesto que no se trata de un caso de rescisión parcial.

Una actividad sujeta a un riesgo infinito no hace más que desincentivar iniciativas de negocios, atentando contra la productividad y el desarrollo. Esta realidad va más allá de la unidad o pluralidad subjetiva de los emprendedores.

## V. LA SUPERPOSICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y LA DEMORA INNECESARIA DEL TIEMPO DE CONSTITUCIÓN

La demora de los procedimientos constitutivos de las sociedades anónimas fue históricamente un problema en el Uruguay.

En el régimen anterior a la LUSC, este procedimiento insumía muchos meses cuando no años. La presentación ante el Juzgado Letrado competente, la vista a la Inspección de Hacienda y al Ministerio Público, la inscripción registral y las publicaciones se traducían en un procedimiento por demás complejo y engorroso. En caso de existir alguna observación de parte de la Inspección General de Hacienda o del Ministerio Público, el procedimiento preveía que el expediente volviera al Juzgado actuante, éste diera vista al interesado, y se retomara luego el largo periplo previsto por la ley. Las resoluciones judiciales de rechazo de la autorización eran objeto de los mismos recursos previstos contra los fallos judiciales ante los Tribunales de Apelaciones y la Suprema Corte de Justicia<sup>40</sup>.

De este modo, el iter constitutivo de la anónima suponía que -en un procedimiento sin dificultades- los estatutos sociales fueran analizados, por su orden, por la Inspección General de Hacienda, el Ministerio Público, el Juez autorizante y el Registro.

Además, la ley no establecía plazos para la actuación de los órganos resolutorios o asesores, de modo que los estatutos que contenían cierta sofisticación o especialidad estaban por lo general sujetos a tiempos de autorización muy largos.

Esta situación determinó que se desarrollara en la práctica la costumbre de comprar sociedades anónimas preconstituidas (*shelf corporations*), las cuales podían ser puestas rápidamente en operación, sin necesidad de aguardar los tiempos de constitución requeridos por la ley.

Estas sociedades tenían además estatutos estándar que reflejaban un modelo muy elemental de organización de la sociedad y no se adaptaban, en muchos casos, a las necesidades negociales de las partes. La incorporación de reglas de funcionamiento diferentes a las contenidas en el estándar debía hacerse a través de una posterior reforma de los estatutos sociales -sujeta a los mismos procedimientos y demoras que la constitución- o de acuerdos parasociales.

La LUSC procuró lograr una aceleración de los procedimientos de constitución de las anónimas. Para esto, suprimió la intervención judicial y del Ministerio Público, otorgando al órgano estatal de control (Inspección General de Hacienda) los poderes de aprobación. Al mismo tiempo, estableció un plazo para la resolución, interpretando el silencio de la Administración a favor del administrado como una aprobación ficta de la solicitud planteada.

Sin embargo, mantuvo un doble control de legalidad sobre el procedimiento constitutivo: el realizado por el órgano estatal de control y el correspondiente al registrador<sup>41</sup>.

El tema de la duplicación del control estatal sobre la constitución de las anónimas fue debatido durante el trámite de aprobación de la LUSC, optándose finalmente por mantener el mismo<sup>42</sup>, en atención a la experiencia acumulada por la Inspección General de Hacienda como organismo de control.

40. alguna doctrina sostuvo la naturaleza administrativa de la función de autorización para el funcionamiento de las sociedades anónimas confiada por la ley al Poder Judicial, sujetándola al procedimiento de impugnación de los actos administrativos (BRITO, *Aspectos administrativos de las sociedades anónimas. Control de las mismas por parte de la Administración Pública*, en A.A.V.V., La Sociedad Anónima. Presente y futuro, Montevideo, 1978, p. 97 y ss.). Sin embargo, este criterio no prosperó en la práctica.

41. La Ley argentina de Sociedades Comerciales N° 19.550 estableció igualmente un doble control de legalidad a cargo de la autoridad de contralor y del Registro Público de Comercio o Juez de registro (art. 167). Esta solución fue criticada por la doctrina que veía en la misma una duplicación innecesaria de las funciones de control (Vé. FARINA, *Tratado de Sociedades Comerciales*, Rosario, 1979, t. II-B, ps. 74-75; ZALDIVAR-MANOVIL, RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. III, 3° ed., Buenos Aires, 1983, ps. 52-53). Posteriormente, la ley N° 22.316 transfirió a la Inspección General de Justicia las funciones atribuidas por la legislación mercantil al Registro Público de Comercio. A partir del 6 de febrero de 1981, en la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sud se halla en vigencia la ley N° 22.315, que atribuye al citado organismo administrativo funciones registrales, de fiscalización y administrativas. En función de este régimen, el control de legalidad en la constitución de las sociedades anónimas se halla unificado en un organismo ubicado en sede administrativa (ZALDIVAR-MANOVIL, RAGAZZI-ROVIRA, ob. cit., vol. III, ps. 840-841).

42. Vé. Comisión Especial de la Cámara de Representantes (CER), Carpeta 1044/88, ps. 16-18; Carpeta 1106/88, ps. 30-31.

La nueva normativa no logró revertir la situación anterior. El innecesario doble control establecido por la ley, los criterios de control utilizados por la Inspección General de Hacienda –a los cuales nos referiremos más adelante- y las desviaciones sufridas por el régimen de aprobación ficta y de los plazos de constitución previstos por la ley determinaron que el panorama anterior a la LUSC no se viera modificado sustancialmente. Salvo excepciones, los operadores económicos optaron por adquirir sociedades preconstituidas en vez de constituir las mismas, procediendo luego –en pocos casos- a reformar sus estatutos y, en la mayoría de los casos, regulando la especialidad de sus relaciones a través de convenios de sindicación de acciones.

Esto determinó además que se mantuviera el proceso de estandarización de la contratación societaria, planteándose en los hechos escasa variabilidad en el contenido de los estatutos sociales.

La sociedad anónima es la única modalidad societaria en la cual existe un control de legalidad del procedimiento constitutivo a cargo de la autoridad administrativa. El mismo no existe en los restantes tipos de sociedades comerciales<sup>43</sup>, en las sociedades cooperativas<sup>44</sup>, en las sociedades anónimas usuarias de zona franca<sup>45</sup>, en las asociaciones agrarias<sup>46</sup> y, en los casos de aumento del capital contractual de las mismas anónimas<sup>47</sup>.

## VI. OTROS EFECTOS DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA PRODUCTO DE LA DEMORA DE LOS PROCEDIMIENTOS CONSTITUTIVOS

La histórica y tradicional demora en los procedimientos constitutivos de las anónimas ha condicionado otros institutos de la LUSC: el régimen de capital autorizado y el origen de la personalidad jurídica.

### A) Régimen de capital autorizado

En el caso de las sociedades anónimas, la LUSC no exige ni la integración ni la suscripción total del capital contractual, contenido en los estatutos sociales.

En este sentido, la LUSC se apartó del régimen establecido por los antecedentes consultados por el legislador<sup>48</sup>, recogiendo la distinción entre capital autorizado, suscrito e integrado que establecía la ley N° 2.230 de 1893<sup>49</sup>.

Según vimos, la LUSC dispone que, en la constitución por acto único, los fundadores deberán integrar por lo menos el 25% del capital social (expresado en los estatutos), suscribiendo lo que reste hasta llegar al 50% (art. 280). Los mismos porcentajes son exigidos por la LUSC para los casos de constitución por suscripción pública (arts. 261 y 264).

43. La ley N° 16.060 dispone que el contrato de sociedad comercial se inscribirá en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) (art. 6). En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada se exige además la publicación de un extracto del contrato en el Diario Oficial y en otro diario o periódico (art. 227).

44. La ley N° 16.156 de 29 de octubre de 1990 dispuso la inscripción directa de los estatutos en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio). Vé. RIPPE, *Algunas reflexiones sobre el nuevo régimen de obtención de personería jurídica de las cooperativas y sus relaciones con la Ley de Sociedades Comerciales*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 65 y ss.

45. La ley N° 15.921 de 17 de diciembre de 1987 sobre zonas francas dispone que las sociedades anónimas cuyo único objeto sea el de realizar operaciones en calidad de usuarios de zona franca podrán inscribir directamente ante el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) el acta de constitución y el estatuto, publicando luego por una vez en el Diario Oficial un extracto de dichos instrumentos (art. 17). Posteriormente, la LUSC dispuso que estas sociedades continuarán rigiéndose por su régimen legal especial (art. 516 inc. 3).

46. La ley N° 17.777 de 21 de mayo de 2004 previó la constitución de asociaciones agrarias, las cuales se caracterizan por tener su capital representado por títulos negociables y otorgar a sus socios el beneficio de limitación de responsabilidad (arts. 6 y 15). El procedimiento constitutivo de las mismas se perfecciona por la inscripción del acta de constitución y los estatutos en la Sección Sociedades Agrarias del Registro de Personas Jurídicas (art. 10). Vé. OLIVERA GARCÍA, *La asociación agraria: ¿una anónima "light"?*, trabajo inédito presentado a las Jornadas de Sociedades Comerciales en homenaje a la Dra. Nuri Rodríguez Olivera, Salto, 2005.

47. La ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 modificó el art. 284 de la LUSC disponiendo que todo aumento de capital contractual será resuelto por asamblea extraordinaria de accionistas sin necesidad de conformidad administrativa, salvo que el contrato social disponga que debe seguirse el procedimiento establecido por el art. 252. Agrega más adelante que la resolución de la asamblea se inscribirá en el Registro Público de Comercio (hoy Registro Nacional de Comercio) y se publicará.

48. La regulación del capital de las sociedades anónimas es construida por la LUSC sobre la estructura de las normas de la Ley argentina de Sociedades Comerciales. Vé. OLIVERA GARCÍA, y otros, *Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, p. 135 y ss.

49. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Análisis y perspectivas*, loc. cit.

Esto implica que el capital contractual de la sociedad no refleja su capital real, suscrito o integrado, sino simplemente el importe máximo hasta el cual la sociedad puede suscribir e integrar capital. En esta estructura, dentro del margen del capital contractual, los aumentos y reducciones de capital pueden realizarse sin modificación de los estatutos sociales. Esto hace que la LUSC regule a la anónima como una sociedad de capital variable, más parecida al régimen de las sociedades cooperativas<sup>50</sup>, diferenciándose de la anónima típica, organizada tradicionalmente como una sociedad de capital fijo<sup>51</sup>.

Esta solución busca eludir la necesidad de recurrir a una reforma de estatutos cada vez que la sociedad necesita aumentar su capital social. El capital es una fuente de financiamiento de los negocios sociales, por lo que su aumento –a diferencia de otras reformas estatutarias– se transforma muchas veces en una función permanente de la actividad social. La existencia de procedimientos absurdamente lentos para esta reforma se transforman en un obstáculo para el desarrollo corriente del negocio.

Ante esta situación, en lugar de simplificar los procedimientos de constitución y reforma, el legislador optó por flexibilizar los requisitos de suscripción e integración de capital, permitiendo que la sociedad mantenga un margen de capital contractual a suscribir e integrar que podrá ir utilizando a lo largo de la vida social sin necesidad de recurrir a una reforma de estatutos.

El procedimiento de aumento del capital social fue finalmente simplificado por la ley N° 17.243 del 29 de junio de 2000 que estableció que, salvo disposición estatutaria en contrario, los aumentos de capital contractual pueden inscribirse directamente en el Registro Nacional de Comercio, sin necesidad de previo control administrativo de legalidad<sup>52</sup>. Sin embargo, el legislador no revisó en esa oportunidad el régimen de suscripción e integración parcial del mismo previsto por la LUSC.

Esta solución plantea importantes problemas de información para los accionistas y el mercado, ya que el capital no surge de la publicidad de los estatutos, sino que se transforma en una información interna y secreta, cuyo conocimiento requiere una compulsa expresa de los libros sociales y de los estados contables formulados por la sociedad.

Simplificado el procedimiento de reforma estatutaria por aumento del capital contractual, carece de toda justificación el mantenimiento por el sistema societario uruguayo de un régimen de capital variable, que admita aumentos y reducciones sin necesidad de reforma.

## B) Origen de la personalidad jurídica

Otra de las consecuencias de la demora de los procedimientos constitutivos de las sociedades anónimas es el régimen de comienzo de la personalidad jurídica, el cual fue establecido por la LUSC no solamente para las anónimas, sino para todas las sociedades comerciales.

La mayoría de los regímenes jurídicos han optado por reconocer la personalidad jurídica a las sociedades comerciales una vez cumplidos los trámites de registración y publicidad previstos por la ley según el tipo<sup>53</sup>.

Este fue además el régimen vigente antes de la LUSC donde la Ley de Registros de 1946 (art. 19) reconocía personería jurídica a las sociedades constituidas de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

La LUSC se aparta de este modelo y establece con meridiana claridad que *“La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley”* (art. 2). Esta afirmación es nuevamente reiterada en sede de las anónimas (art. 278) en cuanto dispone que *“Las sociedades anónimas adquirirán personería jurídica desde la celebración del contrato constitutivo (artículo 251) o desde la suscripción del acta de la asamblea constitutiva (artículos 269 y 270) con el alcance establecido en la Sección III del Capítulo I”* (que se refiere a las sociedades en formación).

50. Vé. MEZZERA-RIPPE, *Curso de Derecho Comercial*, Montevideo, 1999, t. II vol. 2, p. 231; RODRÍGUEZ OLIVERA, *Capital y patrimonio*, Montevideo, 1998, p. 6.

51. PEREZ FONTANA, *La sociedad anónima*, cit., p. 28. La distinción entre sociedades de capital fijo y variable reside en la necesidad de reforma del contrato social para su modificación.

52. Vé. OLIVERA GARCÍA, *Modificaciones de la Ley de urgencia en materia societaria*, ADCO, t. 9, Montevideo, 2001, p. 27; también en Estudios, cit., p. 516 y ss.

53. En Alemania, Aktiengesetz (1965), art. 41.1; en Francia, Loi sur les sociétés commerciales (1966), art. 5; en Italia, Codice Civile (1942), art. 2331; en España, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (1989), art. 7; en Brasil, Lei de sociedades por ações (1976), art. 94. En el Derecho argentino, esta es la opinión prevaleciente en la doctrina, a partir de lo dispuesto por la Ley de Sociedades Comerciales, art. 7 (HALPERIN-OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, p. 123; ZALDIVAR-MANOVIL, RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos*, cit., vol. I, Buenos Aires, 1973, p. 142). En contra: SUAREZ ANZORENA, en ZALDIVAR-MANOVIL- RAGAZZI-ROVIRA, *Cuadernos*, loc. cit.

Es decir que, en el régimen uruguayo las anónimas adquieren personería jurídica y el tipo de sociedad anónima desde el momento de su acto de constitución, sin necesidad del cumplimiento de ningún requisito de publicidad<sup>54</sup>. Mientras no se culminen los procedimientos de constitución previstos por la LUSC, la sociedad tendrá el estatuto jurídico de una anónima en formación, sujeta a los artículos 19 a 21 de LUSC.

La especial norma uruguaya en materia de comienzo de la personalidad jurídica tiene por finalidad específica resolver los serios problemas conceptuales que se planteaban en el régimen anterior a la LUSC respecto a los negocios jurídicos realizados por las sociedades anónimas en el período de formación<sup>55</sup>. En la medida que, en el régimen anterior, la personalidad jurídica se adquiría recién al culminarse los procedimientos establecidos por el Código de Comercio para la constitución regular, se planteaba el problema de establecer en qué patrimonio recaían los negocios jurídicos realizados en el período de formación de la sociedad y cómo se realizaba luego la eventual transferencia patrimonial a la sociedad regular, una vez completado su procedimiento constitutivo. Este tema había provocado importantes divisiones en la doctrina e incertidumbre en los operadores económicos<sup>56</sup>.

En la medida que los procedimientos constitutivos eran desmesuradamente lentos, la necesidad de la sociedad de comenzar a operar en formación resultaban mayores, siendo también mayor el problema de resolver la ubicación y transferencia patrimonial de los bienes adquiridos en dicho período.

Frente a esta realidad, la LUSC optó por modificar la solución de la ley de 1946 y confirió personalidad jurídica a la sociedad desde el otorgamiento del contrato social<sup>57</sup>. El legislador dio prioridad a la necesidad de resolver el problema del funcionamiento de las sociedades durante el período de formación sobre la preservación de la seguridad jurídica, derivada de la necesidad de asociar la personalidad jurídica con el cumplimiento de determinados requisitos de publicidad por las sociedades que se constituyen<sup>58</sup>.

## VII. EL PROBLEMA DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO EN EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LAS ANÓNIMAS

Un problema de mayor importancia en el régimen de las sociedades anónimas en el Derecho uruguayo es el determinar el alcance de la autonomía de la voluntad de los particulares a la hora de celebrar el negocio social.

Este tema conceptual, existente desde siempre, pasó a cobrar singular relevancia a partir de 1990, con la vigencia de la LUSC, la cual cambió el régimen del Código de Comercio, con escasa normativa en materia de anónimas y un necesario amplio margen a la autonomía de la voluntad, por un sistema de hiperregulación societaria.

A pesar del tiempo transcurrido desde su vigencia, no existe acuerdo entre los autores respecto a la interpretación que debe darse a muchas de las disposiciones de la ley. En particular, a la potestad que tienen los particulares de establecer contractualmente soluciones diversas a las consagradas por el legislador.

El punto central de discusión consiste en el alcance del concepto de orden público en el marco de la LUSC.

54. OLIVERA GARCÍA, *La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios*, Anales del Foro N° 100, Montevideo, 1991, p. 59; también en Estudios, cit., ps. 27-28; OLIVERA GARCIA-OLIVERA AMATO, *El "disregard of legal entity"*, cit., p. 359; también en Estudios, cit., p. 161.

55. Vé. PÉREZ IDIARTEGARAY, *Validez e imputación de los actos celebrados durante el período de constitución de las sociedades comerciales*, Revista de Derecho Comercial y de la Empresa (RDCOyE), N° 13-14, enero-julio 1980, p. 5 y ss.

56. La doctrina nacional estaba dividida en cuanto a la validez de los actos celebrados por la sociedad en formación: (a) Para un primer sector, estos actos eran nulos por carecer la sociedad de personalidad jurídica (DE BRUN CARVAJAL, Opinión manifestada en Sala de Abogados del Banco Hipotecario del Uruguay, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay (RAEU), año XXXIV, p. 464; PÉREZ FONTANA, *Los contratos celebrados por las sociedades en formación*, RDCSA, año 16, N° 173, p. 243); (b) Para un segundo sector, se trata de actos válidos que deben ser ratificados por la sociedad (QUAGLIATA, *¿Puede una sociedad anónima en formación adquirir inmuebles?*, RAEU, año XXXII, p. 347; CARAMBULA, *Adquisición por sociedades anónimas en formación según el derecho sustantivo y el derecho fiscal*, RAEU, año XXXIV, p. 238; MEZZERA ALVAREZ, *Curso de Derecho Comercial*, Montevideo, 1979, t. II, vol. II, p. 37); (c) Para un tercer sector, en el régimen anterior a la LUSC, las sociedades en formación tenían personería jurídica, por lo que los negocios realizados recaían directamente en su patrimonio (CIBILS HAMILTON, opinión transcrita por PRUNELL, *Régimen de contratación con el Banco Hipotecario del Uruguay*, Montevideo, 1957, p. 539).

57. En la LUSC el contrato de sociedad comercial es consensual, no requiriendo la ley que la voluntad de los socios sea manifestada por escrito. Además, el consentimiento puede ser expreso o tácito.

58. En el Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales presentado al Consejo de Estado en 1981 por el Grupo de Trabajo FERRO ASTRAY-DELFINO CAZET-RODRIGUEZ OLIVERA, la posición de DELFINO CAZET fue disidente con la mayoría, proponiendo que la personalidad jurídica fuera reconocida a las sociedades comerciales regularmente constituidas (Repartido del Consejo de Estado N° 802/1978, Carpeta N° 908).

La noción de orden público es relativamente moderna en el derecho, no extendiéndose más allá del Código de Napoleón<sup>59</sup>. En el derecho romano existía la máxima *privatorum conventio juri publico non derogat*, solución que fue luego recogida por el Fuero Juzgo y las Partidas<sup>60</sup>. Es decir que el principio recogido desde siempre por el derecho privado fue que no se anulan las convenciones contrarias a las leyes que se refieren al derecho privado o a los intereses de los particulares.

A partir del siglo XIX, la doctrina jusprivatista comenzó a destacar que, dentro del derecho positivo, existen normas que interesan a la sociedad y normas que interesan a los individuos. Las leyes dictadas en beneficio de la sociedad están sustraídas a la libertad privada, porque el interés general que las inspira prevalece sobre el interés de los particulares, a quienes le son impuestas imperativamente sin que las puedan renunciar ni desconocer en la realización de los actos o negocios jurídicos. En cambio, las leyes de derecho privado, como son dictadas en el sólo interés o beneficio de los particulares, no se imponen a éstos obligatoriamente, pudiéndolas derogar, dejarlas sin efecto y renunciarlas en sus convenciones<sup>61</sup>.

La distinción apuntada entre leyes dictadas en interés social y leyes dictadas en interés de los particulares da origen al concepto de orden público, incorporado por el derecho como límite a la potestad de los particulares de derogar, en sus convenciones privadas, las disposiciones legales. Este principio es consagrado por el art. 11 de nuestro Código Civil, el cual dispone que “[n]o pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

El principio de la libertad de contratación tiene en nuestro derecho rango constitucional desde la Constitución de 1830<sup>62</sup>. En el régimen vigente, el art. 10 de la Constitución Nacional dispone que “[l]as acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan al orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La LUSC es muy poco precisa a la hora de establecer el alcance del concepto de orden público y el margen establecido para el ejercicio por los otorgantes del negocio constitutivo de la anónima de su autonomía volitiva. Por un lado, existen disposiciones que sancionan expresamente con nulidad determinadas estipulaciones contractuales o actos sociales<sup>63</sup>. Por otro lado, existen disposiciones que expresamente prevén la posibilidad de que el contrato establezca soluciones diversas a las previstas en la ley<sup>64</sup>.

Sin embargo, la mayoría de las disposiciones de la ley no establecen si las mismas son o no de orden público; en otros términos, si es válida la renuncia que realicen los socios a dichas disposiciones legales.

En la doctrina se han sostenido diferentes posiciones. Para algunos<sup>65</sup>, la generalidad de las normas contenidas en la ley N° 16.060 son inderogables, de modo que el ámbito de la autonomía de la voluntad de los particulares queda reducido a aquellos casos en los cuales la ley expresamente prevé la posibilidad de que el contrato establezca una solución diferente a la disposición legal. Para otros<sup>66</sup>, solamente son de orden público aquellas disposiciones en las cuales la ley establece expresamente la nulidad u otra sanción jurídica en caso de que los particulares se aparten de la solución que la norma establece.

59. DE ROA, *Del orden público en el derecho positivo*, Buenos Aires, 1926, pág. 1.

60. GALLINAL, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil del Uruguay*, págs. 235-238, citado por SUPERVIELLE, *El orden público y las buenas costumbres*, RDJA, t. 54, pág. 188.

61. Vé. DEMOLOMBE, *Cours de Code de Napoleon*, Paris, 1880, t. I, N° 17; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1869, t. I, pág. 43; LAURENT, *Principes du droit civil français*, Paris, 1878, t. I, pág. 82; BAUDRY-LACANTINERIE *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1908, t. I, N° 268; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1915-1918, t. I, N° 291; CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1912, pág. 39.

62. El art. 134 de la Constitución de 1830 expresaba: «Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo atacan el orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

63. Es el caso de las disposiciones que establecen la nulidad de las cláusulas leoninas (art. 25), de la constitución de la sociedad o el aumento de su capital por participaciones recíprocas (art. 52), de la renuncia a aprobación o impugnación de los estados contables (art. 97 inc. 2), del pacto que niegue la exclusión del socio por justa causa (art. 147), de la emisión de acciones bajo la par (art. 297 inc. 1), de las decisiones de asambleas sobre temas no incluidos en el orden del día (art. 358).

64. Es el caso de las disposiciones que establecen la responsabilidad por aportes de créditos (art. 60), la valuación del aporte de títulos (art. 65), la determinación del valor de la cuota del socio recedente (art. 154), el régimen de administración plural de las sociedades colectivas (art. 201), la adopción de resoluciones en las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 239 y 240), los derechos de las acciones de goce (art. 311), el régimen de registro de acciones para las asambleas de sociedades anónimas (art. 350), el régimen de actuación por mandatario en las mismas (art. 351), el quórum de las asambleas extraordinarias (art. 355), el régimen de representación de las sociedades anónimas (art. 376), el régimen de suplencias y vacancias de los administradores (art. 379), el régimen de mayorías en el directorio (art. 386).

65. RODRÍGUEZ OLIVERA, en AAVV, *Introducción a la nueva ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias*, Montevideo, 1990, pág. 71.

66. JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, *Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16.060 de sociedades comerciales*, ADCO, N° 6, pág. 145.

Por nuestra parte <sup>67</sup>, hemos sostenido que, 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. A tales efectos, no es suficiente la simple lectura y exégesis de las disposiciones que integran el derecho positivo. Es necesario analizar su fundamento y el fin que persiguen las normas y las instituciones jurídicas. No existe ninguna razón para aplicar en materia de sociedades comerciales un criterio diferente al aplicado para el resto del ordenamiento jurídico. Corresponderá al intérprete, en cada caso, indagar cuál ha sido el objeto perseguido por el legislador con la aprobación de la norma y, en consecuencia, discernir cuál es el interés que la misma protege <sup>68</sup>.

Sin perjuicio de estos cuestionamientos realizados por la doctrina, en los hechos, en su actividad de control de legalidad del procedimiento constitutivo de las anónimas, la AIN ha aplicado sistemáticamente la ley del mínimo esfuerzo. El órgano de control ha entendido que resulta contraria a la ley cualquier estipulación contenida en los estatutos sociales que contradiga, en lo más mínimo, la solución establecida por la LUSC, sin entrar a indagar en ningún caso cuál es el interés protegido por la norma. El único margen admitido a la autonomía de la voluntad está representado por aquellos temas que la LUSC no regula o aquellos otros en que la LUSC autoriza expresamente el pacto en contrario.

Este criterio arbitrario, opuesto al principio de libertad de contratación de rango constitucional, determina que los estatutos de sociedades anónimas no contengan en muchos casos los elementos esenciales del negocio asociativo celebrado entre las partes y se limiten a consagrar una estructura institucional que servirá de vehículo para la canalización de los mismos.

El estímulo derivado de esta práctica errada de la Administración es la creación o adquisición de sociedades anónimas con estatutos de contenido estándar, con un modelo elemental de organización. El genuino contenido negocial del pacto societario o bien queda en el entendimiento indocumentado de las partes, con un fuerte incremento de los costos de agencia, o bien es objeto de pactos parasociales, con el consiguiente incremento de los costos de transacción, así como otras debilidades que analizaremos seguidamente.

## VIII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PARASOCIALES.

Los pactos parasociales, convenios de accionistas o sindicatos de accionistas son negocios celebrados entre socios o accionistas de sociedades comerciales, con la finalidad de regular, fuera del ámbito de la sociedad, el ejercicio de derechos personales, incluidos en el estatuto jurídico de socio. Se trata de pactos lícitos, otorgados entre las partes en ejercicio de su autonomía de contratación, los cuales pueden perseguir muy diferentes finalidades negociales. Sin embargo, en el régimen uruguayo, la peculiaridad de estos pactos es que los mismos resultan muchas veces utilizados para establecer entre accionistas de sociedades anónimas que, el criterio limitativo de la autoridad de control, objeta que resulten incluidos en los estatutos sociales.

La LUSC de sociedades comerciales se ha pronunciado por la validez de los convenios de sindicación de accionistas. El art. 331 dispone en su inciso 1 que "*[s]erán legítimos los convenios de accionistas sobre compra y venta de sus acciones, ejercicio de los derechos de preferencia y de voto y cualquier otro objeto lícito*". Esta norma buscó zanjar la discusión planteada a nivel doctrinario en cuanto a la validez de estos convenios parasociales <sup>69</sup>.

Además de admitir expresamente la validez y eficacia de los convenios de sindicación de accionistas en las relaciones entre las partes, la LUSC admite la oponibilidad de estos convenios respecto de terceros, a condición de que: (a) Se entregue a la sociedad un ejemplar del convenio con firmas certificadas notarialmente; (b) Se inscriba un ejemplar en el Registro Nacional de Comercio <sup>70</sup>; y (c) Se anote en los títulos accionarios o se haga constar en el libro de Registro de Acciones escriturales. Si bien alguna doctrina <sup>71</sup> se ha inclinado por sostener que estos requisitos deben cumplirse acumulativamente, otros <sup>72</sup>, con mejor criterio, han entendido que debe distinguirse la oponibilidad del convenio respecto a la sociedad y respecto a otros terceros.

Los convenios de sindicación de acciones resultan normalmente concebidos como acuerdos entre grupos de accionistas que comprometen su voto conjunto en determinado sentido en las asambleas sociales o que se

67. OLIVERA GARCÍA, *El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales*, ADCO, t. 8, Montevideo, 1999, p. 109.; también en Estudios, cit., p. 108.

68. Vé. COLOMBRES, *El orden público en el Código de Comercio*, Jurisprudencia Argentina, 1964, II, pág. 25.

69. Vé. GARRIGUES, *Sindicatos de accionistas*, RDM, 1955, p. 91 y ss.; PEDROL, *La anónima actual y la sindicación de acciones*, Madrid, 1969, p. 243.

70. Este requisito es incluido por la ley N° 17.904 de 7 de octubre de 2005, art. 15.

71. BENITEZ, *De los Accionistas*, en A.A.V.V., *Análisis exegético de la Ley 16.060 – Sociedades Comerciales*, dir. Gaggero-Pérez Idiartegaray-Rippe, Montevideo, 1993, t. II, p. 83.

72. HOLZ, *Convenios de Sindicación*, ADCO, t. 5, Montevideo, 1991, p. 138 y ss.

confieren recíprocamente derechos de preferencia en el caso de comercialización de sus acciones<sup>73</sup>. La finalidad de los mismos es la creación de un centro de poder político en el seno de la sociedad anónima, el cual les permita una incidencia colectiva en los negocios sociales que individualmente no podrían poseer.

Sin embargo, la práctica societaria uruguaya le ha asignado a los convenios de sindicación de acciones una utilidad diferente. Los mismos se han convertido, en la mayoría de los casos, en acuerdos parasociales celebrados entre la totalidad de los accionistas, en los cuales se incluyen todas aquellas reglas de funcionamiento del negocio social que el régimen vigente hace imposible o inconveniente incluir en los estatutos sociales. Es decir que, en estos casos, la relación societaria pasa a estar formada por las disposiciones estatutarias y por aquellas otras emanadas de los convenios de sindicación de accionistas, en muchos casos oponibles a la sociedad.

Las razones que motivan esta práctica son básicamente dos: (a) Las excesivas limitaciones que al ejercicio de la autonomía de la voluntad impone la AIN, al realizar el control de legalidad de los estatutos sociales, realizando una interpretación equivocada del concepto de orden público en la LUSC e realizando, en otros casos, observaciones de mérito que exceden claramente sus facultades; y (b) La lentitud y complejidad de los procedimientos de reformas de estatutos, que privan muchas veces de flexibilidad y temporaneidad a la modificación de los pactos sociales.

Este escape de las restricciones impuestas a las normas estatutarias a través de la celebración de pactos parasociales plantea importantes dudas respecto a su licitud, ya que podría entenderse que nos encontramos con actos en fraude a la ley<sup>74</sup>, máxime cuando la propia LUSC prevé la oponibilidad de estos pactos parasociales respecto a la sociedad. ¿Es razonable que aquello que la ley prohíbe a los accionistas pactar en el contrato, éstos puedan hacerlo en un pacto parasocial?<sup>75</sup>

Esta cuestión no se ha planteado hasta el presente en los tribunales uruguayos pero, de prosperar este criterio, seguramente provocaría serias dificultades para el funcionamiento del comercio, impidiendo pactos lícitos y necesarios para otorgar a las partes las seguridades que la actividad de riesgo encarada demanda.

La solución al problema no debe buscarse en los pactos parasociales sino en el necesario replanteo del ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes celebran un el negocio constitutivo de una sociedad anónima.

## IX. REFLEXIÓN FINAL

La descripción y el diagnóstico efectuados sobre el procedimiento constitutivo de las sociedades anónimas en el Derecho uruguayo nos retrotrae a la afirmación realizada al comienzo del trabajo: nuestro régimen jurídico no ha superado la etapa histórica de la autorización estatal en el proceso constitutivo de las sociedades anónimas.

Si bien la LUSC no habla de "autorización" sino de "aprobación" estatal de la constitución de las anónimas (art. 252), el concepto es sustancialmente el mismo<sup>76</sup>: la constitución de una sociedad anónima no es un acto libre y soberano de quienes se proponen desarrollar una actividad económica. Su consentimiento no es suficiente, sino que requiere de un consentimiento estatal posterior para que la sociedad resulte regularmente constituida. El cambio revolucionario respecto de las anónimas producido por la ley francesa de 24 de julio de 1867 y expandido desde Francia a todo el derecho continental no logró traspasar aún las fronteras del sistema uruguayo.

Ni desde el punto de vista legal ni desde el punto de vista cultural el sistema uruguayo ha reconocido que la intervención estatal en el procedimiento constitutivo de las anónimas debe limitarse a dar una adecuada publicidad a los negocios de sociedad anónima celebrados por los particulares y que su voluntad no resulta necesaria en el desarrollo de este proceso constitutivo. La constitución de una sociedad anónima no es un acto complejo de coparticipación público-privada, sino que supone la celebración de un negocio de derecho privado que debe de estar solamente sujeto al consentimiento lícito de las partes.

73. OLIVERA GARCÍA, *Restricciones estatutarias a la transferencia de acciones*, ADCO, t. 2, Montevideo, 1986, p. 214.

74. Vé. MOSSET ITURRASPE, *El fraude a la ley*, en A.A.V.V., *Fraudes*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Buenos Aires, 1993, p. 7 y ss.

75. Un pacto frecuente en los pactos de accionistas es el establecimiento de restricciones a la transferencia de las acciones (sindicato de bloqueo), el cual suele establecerse en el caso de capitales accionarios representados por acciones al portador. Por su parte, el art. 305 de la LUSC establece que la transmisión de acciones será libre y que sólo puede limitarse la transmisibilidad de las acciones nominativas y escriturales. De interpretarse que esta norma es de orden público, ¿será válido el pacto parasocial que acuerda restricciones a la transferencia de las acciones al portador? ¿Será esta restricción oponible a la sociedad? HOLZ se ha pronunciado por la validez de este pacto (ob. cit., p. 135).

76. SAYAGÜES LASO distingue actos administrativo de autorización y de aprobación. Los actos de autorización son aquéllos que habilitan a una persona física o jurídica para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente, removiendo un obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo. En cambio, los actos de aprobación suponen la expresión de una voluntad administrativa que acepta como bueno un acto de otro órgano, completando así su eficacia jurídica (*Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, t. I, pas. 414-417). En este sentido, el régimen de la LUSC establece un requisito de autorización y no de aprobación estatal.

Por su parte, si bien la LUSC insiste en utilizar reiteradamente la expresión “contrato social” para referirse a los estatutos de la sociedad anónima<sup>77</sup>, luego no trata al negocio constitutivo como un contrato. La regulación de la anónima no se encuentra construida sobre un paradigma contractual sino sobre un paradigma institucional. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no tiene en el acto constitutivo de las sociedades anónimas la misma dimensión y alcance que la ley le asigna en las restantes modalidades contractuales. El margen asignado por la ley –y fundamentalmente por alguna doctrina y por la jurisprudencia administrativa– a la libre decisión de los otorgantes del negocio resulta absolutamente residual, haciendo predominar el interés por contar con una regulación de la organización social objetivamente equilibrada por sobre el interés particular y específico de los otorgantes de ajustar el negocio social a sus especiales necesidades.

La doctrina<sup>78</sup> habla de tres prejuicios sobre los que se apoya la regulación de las sociedades de capital: (a) El prejuicio tecnocrático, por el cual tiende a pensarse que el legislador y la doctrina que lo prolonga están en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes y adecuadas; (b) El prejuicio paternalista, por el cual se tiende a presuponer que los arreglos a los que las partes son capaces de arribar no garantizan unas relaciones suficientemente equilibradas; y (c) El prejuicio político que, por una traslación inexacta de los valores de la polis a la vida de los negocios, tiende a institucionalizar los derechos del socio como si se tratase de los derechos del ciudadano.

El legislador desconoce la realidad del comercio y desarrolla un sistema supuestamente protector en beneficio de quien no necesita y, definitivamente, no desea ser protegido. En el momento de constitución de la anónima es precisamente cuando los operadores económicos tienen su mayor poder y soberanía, la que resulta de consentir o no la realización del negocio. La protección paternalista del Estado –de muy dudosa eficacia– no resulta necesaria.

En sustancia, el sistema vigente en materia de constitución de sociedades anónimas se apoya en un gran error conceptual: pensar que la limitación de responsabilidad –y, eventualmente, la posibilidad de incorporar el estatuto de accionista en títulos negociables– es una concesión especial del Estado. Esta concesión resulta otorgada solamente a quienes se ajustan al modelo de organización que el Estado, en su infinita sabiduría, considera más adecuado. Corresponderá entonces al Estado controlar el acceso de los particulares a este régimen excepcional que el mismo concede.

La regulación de la figura de la sociedad anónima no constituye un derecho excepcional derivado de una concesión estatal. La limitación de responsabilidad de los operadores económicos en los contratos que realizan y la incorporación de derechos en títulos valores es una potestad de los operadores económicos que puede ser realizada en el marco de la libertad de contratación que los mismos tienen. No resulta necesaria la figura de la sociedad anónima para lograr estos beneficios.

La anónima cumple una función facilitadora de estos resultados, permitiendo reducir los costos de transacción que implicaría negociar y pactar un mecanismo limitativo de responsabilidad en cada uno de los negocios que el operador celebra. Por lo tanto, la regulación societaria no debe tener por función sustituir sino simplemente complementar la voluntad de las partes, con un carácter absolutamente subsidiario, completando los vacíos que éstas hayan dejado. La estructura y organización de la sociedad anónima debe tender a coincidir con la voluntad de las partes y no con la voluntad del legislador.

Cuando esto no ocurre, el mercado toma su justa venganza contra el régimen perverso que lo limita. En muchos casos, esta venganza tal vez consista en la abstención de los operadores en participar en determinados negocios, por considerar que los costos de agencia, derivados de limitaciones o restricciones impuestos por el sistema al funcionamiento social, hacen excesivamente onerosos e inconvenientes los mismos. En muchos otros casos –los más– la venganza consiste en recurrir a procedimientos oblicuos e indirectos para lograr, por otras vías, aquellos objetivos negociales que la normativa, en forma absurda, parece impedirles. El modelo uruguayo de proliferación de sociedades anónimas preconstituidas, con estructuras estatutarias básicas, y pactos de accionistas que construyen la genuina estructura del negocio social constituye ejemplo elocuente de este fenómeno.

La solución de la cuestión planteada no pasa necesariamente por una reforma de la ley societaria –la cual no estaría de más– sino por un profundo cambio cultural respecto a cuál es la función que la ley societaria debe cumplir y cuál es la importancia que en este proceso debe asignarse a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Corresponderá a quienes estudian, interpretan y desarrollan el derecho societario la tarea de realizar una auténtica reconstrucción del régimen de las anónimas, sobre la base de organizar la misma como una herramienta eficiente, idónea para facilitar los objetivos económicos de las partes.

77. El art. 250 inc. 2 de la LUSC expresa: “Respecto a este tipo societario se considerarán sinónimos los términos contrato social y estatuto”.

78. PAZ-ARES, *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de las Sociedades?*, en *Tratando de la Sociedad Limitada*, dir. Paz-Ares, Madrid, 1997, p. 161 y ss.