

LEY 16.060. A 25 AÑOS DE SU SANCIÓN. HACIA SU REVISIÓN.

EVA HOLZ

HOMENAJE AL PROF. DR. SIEGBERT RIPPE KAISER

Conocí al Prof. Dr. Siegbert Rippe a su regreso de México, en donde estuvo radicado por varios años, en los albores del retorno a la democracia en el Uruguay, cuando yo era una reciente aspirante en Derecho Comercial. Tuve el honor de acompañarlo – junto con el Dr. Alvaro Tarabal- en la labor docente a lo largo de su primer año de reincorporación como tal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Desde entonces y en diversas instancias, realizamos en forma conjunta varios trabajos académicos a lo que se sumó un nuevo vínculo a partir de mi designación como docente de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. A partir de las experiencias que compartimos a lo largo de estos aproximadamente 30 años quisiera resaltar no ya la excelencia académica – que se aprecia con holgura en su brillante currículum- sino las cualidades personales del Profesor Rippe. En todos los ámbitos en que lo he visto actuar, destacan su ecuanimidad y mesura, bondad, sensibilidad, rectitud y acérrima defensa del Derecho. Y su gran sentido del humor y sencillez. Haber estado a su lado, escuchándolo y observando su desempeño académico y personal ha contribuido a modelar mis propios desarrollos y enfoques.

Así es que dedico las líneas siguientes al Prof. Dr. Siegbert Rippe Kaiser.

INTRODUCCIÓN. LA LEY 16.060. FUENTES. MODIFICACIONES POSTERIORES.

En forma previa al análisis de algunos de los aspectos centrales en los que entendemos nuestra ley 16.060 debe ser actualizada y revisada, corresponde recordar sus fuentes. La principal se halla en la ley argentina de sociedades comerciales de 1972 con las reformas de 1984; y otras fuentes complementarias se encuentran en algunos aspectos del Código Civil italiano de 1942, en las leyes españolas de Sociedades Anónimas de 1951 y de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, así como la ley francesa de Sociedades de 1966, la ley brasileña de Sociedades por Acciones de 1977, la ley chilena de Sociedades Anónimas de 1981 y el Código portugués de Sociedades Comerciales de 1986¹.

Entre el 6 de enero de 1990 y el 1 de julio 2014², la ley 16.060 fue modificada implícita o explícitamente por leyes diversas, unas, de tipo presupuestal por artículos concretos contenidos en algunas leyes relativas a los Presupuestos Generales de Sueldos, Gastos e Inversiones, (por ejemplo, leyes 17.296, 18.719) o a las Rendiciones de Cuentas y Balances de Ejecución Presupuestal (por ejemplo, leyes 17.904, 18.362), otras, específicas para incorporar modificaciones puntuales, y finalmente, otras centradas en algunos temas no societarios pero con impacto explícito o implícito en disposiciones de la ley societaria como son, a título de ejemplo, las leyes que regulan el mercado de valores (ley 16.749, primero, ley 18.627³, después), la ley orgánica registral (ley 16.871⁴), la ley tributaria (ley 18.083⁵), la ley de declaración judicial del concurso y de reorganización empresarial (ley 18.387⁶), la ley general de cooperativas

¹ Holz Rippe “Sociedades Comerciales”. Un estudio actualizado” pags 19 y 20 Montevideo 2014, FCU

² Holz Rippe ob. cit. pag. 17

³ Del 2 de diciembre de 2009

⁴ De fecha 28 de setiembre de 1991

⁵ De fecha 27 de diciembre de 2006

⁶ De fecha 23 de octubre de 2008

(ley 18.407⁷), la ley que regula las participaciones patrimoniales al portador (ley 18.930⁸).

Ninguna de las modificaciones posteriores a la sanción de la ley 16.060 cambia la estructura fundamental de la ley salvo en materia de debentures u obligaciones negociables, cuyo régimen estaba incorporado en sede de sociedades anónimas (artículos 434 a 473), los que fueron derogados y reemplazados en su práctica totalidad por la legislación propia del mercado de valores, actualmente recogida en la ley 18.627⁹.

Esta circunstancia lleva a que hoy, a casi 25 años de vigencia de la ley 16.060, los institutos y soluciones que ella recogió y que se basaron en textos legales y conceptos doctrinarios aún anteriores, como se visualiza en las fechas de sanción de la legislación que sirvió como sus fuentes, merecen ser revisados. A fin de adecuar la regulación del instrumento societario a las necesidades del mundo empresario actual.

De allí que en las líneas siguientes referiremos, sin agotarlos y como un mero aporte a la reflexión que una posible futura reforma legal debe conllevar, algunos de los temas centrales que en nuestra opinión deben ser objeto de revisión en la ley 16.060 en su redacción actualmente vigente. Análisis que no empaña ni mengua la importancia que esta ley revistió y aún tiene, en el Derecho Positivo nacional que así vió unificadas las soluciones dispersas y dispares, también en muchos casos obsoletas, previamente vigentes en nuestro país en materia de sociedades comerciales.

⁷ De fecha 24 de octubre de 2008

⁸ De fecha 17 de julio de 2012

⁹ Holz Rippe ob. cit. pags. 12 y 21

SOLUCIONES LEGALES A REVISAR

Imperatividad y detallismo.

Ya a la fecha de su sanción y por cierto también en la actualidad, la ley se caracteriza por contener numerosas normas imperativas, muchas veces en aspectos secundarios. Lo que resulta inconveniente para la fluida utilización del instrumento societario en la actividad económica. A lo que se suma que la ley es sumamente detallista, abundando en disposiciones no sustantivas. Este doble exceso, de imperatividad y casuismo normativo, debiera ser mejorado. Apreciación especialmente pertinente en relación a la regulación de las sociedades anónimas, tipo en el que la ley 16.060 se sobre-extiende¹⁰ en aproximadamente 200 artículos, incluyendo múltiples previsiones relativas al funcionamiento de los órganos que correspondería en todo caso fueran materia de los estatutos o del reglamento interno de la sociedad y tampoco – menos aún- ameritan ser objeto de normas imperativas. A vía de ejemplo, citemos el detalle con el que se regula la asamblea de accionistas de las sociedades anónimas, en particular el desarrollo de la misma, su presidencia, la participación de asesores, los cuartos intermedios, etc., arts. 345 a 360 de la ley.

Por cierto que la revisión que promovemos no implica descuidar la importancia del interés general en el funcionamiento adecuado de un instrumento crucial de la actividad económica como es la forma societaria, previniendo que la misma sea utilizada como herramienta de fraudes, abuso de derecho, o violando el orden público. Pero ese cuidado debe ser sin desmedro de su equilibrio con la autonomía de la voluntad y libertad de las personas en el ejercicio de su actividad. Que es uno de los puntos de la revisión de la ley societaria que propiciamos.

¹⁰ Insume desde el art. 244 al 434 actualmente, luego de la derogación de las normas relativas a debentures y obligaciones negociables

Ejemplificando una hipótesis temática cuya regulación adecuada consideramos necesaria para preservar el interés general, mencionemos las disposiciones relativas a los grupos en los que participan sociedades. La ley societaria vigente contempla en forma parcial e insuficiente los fenómenos complejos de la concentración societaria, la formación de grupos y la actuación de los mismos¹¹. Y la mayor parte de estas situaciones comprometen el interés general. Ya que es indiscutible que la actividad económica de la actualidad y previsiblemente la futura se desarrolla crecientemente centrada en conglomerados y grupos multinacionales cuya facturación global supera el producto bruto de muchos países, lo que les otorga poderío en su actuación dentro y fuera de las fronteras nacionales que debe regularse, evitando los excesos que las decisiones centralizadas del grupo pueden causar dentro de las fronteras de nuestro país. Pero establecer los límites a la actuación de los grupos en aras del interés de la colectividad en su conjunto u otras normas necesarias para la correcta utilización de la herramienta societaria, no significa ni requiere que la ley resulte superabundante y/o excesiva por su minuciosidad, como acontece en diversas áreas normativas en la ley vigente.

La sociedad como contrato

La ley 16.060 recogió la teoría del contrato plurilateral de sociedad para todos los tipos sociales. Esta tesis, a lo sumo admisible para las sociedades personales, resultaba insuficiente ya a la fecha de sanción de la ley 16.060¹².

En la actualidad, esa solución es insostenible. Y ello más allá que entendemos que no es necesario ni conveniente establecer definiciones legales de la naturaleza jurídica de la sociedad. Por una parte porque la sociedad anónima no puede subsumirse ni tratarse como un contrato. A mayor abundamiento, pensemos por ejemplo en las

¹¹ En algunas disposiciones relativas a “los socios”, se trata de la vinculación, dominio o control de una sociedad sobre otra; en las normas sobre fusión y escisión se tratan otras expresiones de la concentración, arts. 115 a 142, o en el Capítulo III de la ley se regulan los consorcios y grupos de interés económico.

¹² Ver al respecto Alejandro Millwer “SOCIEDADES ANONIMAS- Directorio-Síndico”, pag 86 y ss AMF, Montevideo, noviembre de 2005, en relación a la ley argentina y los comentarios de Odriozola, así como los suyos propios en la materia.

sociedades emisoras de valores por oferta pública, o cuya dispersión accionaria lleva a que los administradores sean los reales titulares del “poder” en su seno. De donde la regulación del tipo en base al contrato plurilateral de organización, y la regulación equilibrada de potestades que se atribuyen a los administradores y accionistas muestra sus mayores falencias. A esta situación se agrega la admisión de la sociedad unipersonal - que la mayor parte del derecho comparado recoge sin dificultad, y que propugnamos se admita también en nuestro país-, y que evidentemente implica también el apartamiento de la solución contractualista que consagra nuestra ley societaria.

El capital de las sociedades

La ley 16.060 asignó fundamental importancia al capital, muy superior a la que le atribuyó al patrimonio social –que es en realidad el que expresa la situación económico-financiera de la empresa social–. Esa importancia se refleja en la inclusión y hasta el sobredimensionamiento de principios clásicos como los de la necesidad, estabilidad e intangibilidad manifiestos en abundantes disposiciones. Así, en la parte general de la ley numerosas disposiciones refieren a los aportes, su objeto, su valoración, resaltándose que los mismos impliquen obligaciones de dar y sean susceptibles de ejecución forzada en aquellos tipos sociales que limitan la responsabilidad de los socios a la integración de su aporte, art. 58, como en las sociedades anónimas, arts. 281 y 282; de responsabilidad limitada, arts. 228, 229; y en comandita respecto del capital del socio comanditario, arts. 212 y 476. Normas cuyo objeto es asegurar aportes reales y efectivos que, en definitiva, son la única garantía con que cuentan los acreedores de sociedades comerciales caracterizadas por la responsabilidad limitada de sus socios. Amén de tales disposiciones, ya en la parte especial de la ley encontrábamos normas relativas a montos mínimos de capital (hoy derogados ¹³), para las sociedades anónimas, art. 279, así como suscripciones e integraciones mínimas, art. 280, o aumento

¹³ Como ya se ha dicho, la ley 18.083 eliminó el capital mínimo de la sociedad anónima.

obligatorio, art. 288¹⁴. Otra expresión de la importancia asignada por la ley 16.060 se constata en la preocupación con la que reguló la reducción del capital, que exigió supuestos, formalidades y garantías intensas para su resolución y ejecución, arts. 290 a 293 y 295, así como la propia participación de los acreedores y debenturistas en el proceso, art. 294. Similarmente, la protección del capital se aprecia en la prohibición de emitir acciones sin valor nominal, art. 296, o bajo la par (hoy también derogada), art. 297¹⁵ o la de la adquisición de acciones por la sociedad, salvo circunstancias excepcionales y a término, art.314¹⁶¹⁷.

Las derogaciones y modificaciones introducidas con posterioridad a la sanción de la ley en relación al capital han llevado de la mano a que todos los procedimientos legales de salvaguardia del mismo carezcan de sustancia. Todos ellos en la actualidad son meros mecanismos formales carentes de objeto real. En efecto, si observamos que todas las sociedades – y en particular las anónimas, que es el tipo social en el que se expresa fundamentalmente la tesitura del accionista-inversor, pueden tener cualquier capital, y ni siquiera debe suscribirse e integrarse el mismo (en las sociedades anónimas basta suscribir el 50% del capital social e integrar por lo menos el 25% de dicho capital, art. 280) a lo largo de todo el tiempo de su funcionamiento, las disposiciones en relación a su aumento, su reducción o reintegro no aportan ninguna protección ni información útil para los terceros que contratan con la sociedad. Como tampoco tiene ninguna utilidad el control de las integraciones de capital que legalmente efectúa el órgano estatal de control (Auditoría Interna de la Nación) en el iter constitutivo de las sociedades anónimas, o en sus modificaciones ulteriores.

Como expresábamos, estos resultados reflejan que, en la actual concepción del legislador, el capital ha dejado de cumplir las funciones que la doctrina tradicional le asignaba referidos más arriba. Y en relación a la función de garantía, observemos que la tutela de los acreedores sociales no se halla en el capital social, ni siquiera

¹⁴ Derogado por ley 19.074 de 3 de mayo de 2013

¹⁵ El párrafo 1º del art. 297 citado fue derogado por la ley 16.749, art. 52, por lo que dicha prohibición específica dejó de existir.

¹⁶ Sobre la interpretación administrativa del término “capital social”, ver decreto 335/990, art. 8º, de 26.07.90.

¹⁷ Holz Rippe ob cit pags 124 y siguientes.

enteramente en el patrimonio de la sociedad. Más bien ella reside en la capacidad de generar liquidez adecuada para hacer frente a las obligaciones sociales. Tengamos presente, además, que los terceros acreedores, en general han asumido el riesgo de crédito con conocimiento razonable de las circunstancias económico financieras de la sociedad.

En función de todos los extremos expresados entendemos que deben revisarse todas las disposiciones relativas a los aportes, así como la formación y modificación del capital social, adecuándolas a la menor significación de aquel en el funcionamiento de la sociedad.

Revisión de la tipología

La ley 16.060 mantuvo los tipos de sociedades que las leyes nacionales anteriores ya reconocían, incorporando algunas variantes en sede de sociedades de responsabilidad limitada y diferenciando las sociedades anónimas en abiertas y cerradas. Esa tipología al día de hoy debe ser revisada.

En efecto. Debería analizarse la conveniencia de extender el alcance de la ley para incluir a las sociedades civiles y las de economía mixta, así como las sociedades de un solo socio.

A su vez, la tradicional oferta de tipos sociales debería flexibilizarse permitiendo que ellos sean más aptos para amoldarse y servir a las necesidades y demandas de la realidad siempre dinámica y cambiante.

También debe reconocerse de hecho que no se constituyen ni utilizan sociedades de capital e industria, que por ende deberían ser eliminadas.

Similarmente, las variantes que la ley actualmente contempla para las sociedades de responsabilidad limitada, no solo no son utilizadas sino que son sumamente engorrosas e innecesarias. En efecto. Hoy la ley determina que el número de socios en este tipo no excederá de cincuenta, y si lo superara deberá transformarse

en sociedad anónima en un plazo de dos años bajo sanción de disolución, salvo que en ese plazo el número de los socios se reduzca a cincuenta o menos, art. 223. A su vez, aquellas que tengan más de veinte socios, se ven sometidas a requisitos de organización diferenciados. Todas esas previsiones, reiteramos, actualmente lucen superfluas. Por tanto, entendemos que debería regularse únicamente las características fundamentales de ese tipo social, eliminando todas las referencias al número de socios y la diferente regulación orgánica y de adopción de decisiones que la actual legislación demanda.

A su vez, como diremos seguidamente, tampoco parece conveniente mantener en la ley societaria regulación relativa a las sociedades que acuden al mercado de valores. Dicha regulación debería unificarse en la normativa específica de ese mercado, actualmente regido por la ley 18.627 que – agreguemos- ya contempla algunas exigencias orgánicas para las sociedades emisoras de valores.

Finalmente, en relación a las sociedades anónimas, la regulación de los derechos y obligaciones de administradores y accionistas, deberá también revisarse a la luz de la creciente preponderancia de los primeros en desmedro de los últimos que nos muestra el funcionamiento de este tipo social, ya sea por desinterés, o porque crecientemente el accionista es un inversor a quien no interesa la gestión social sino el resultado económico de de la misma.

Otras revisiones significativas

Seguidamente, señalamos algunos otros aspectos que entendemos relevantes de cara a la revisión de la ley societaria, sin pretender formular un detalle o enumeración exhaustiva.

La concentración societaria

Según ya anticipamos, la ley 16.060 únicamente aborda este fenómeno en forma inorgánica y puntual ¹⁸.

En una visión actualizada, a casi veinticinco años de la sanción de la ley 16.060, la necesidad de contar con un régimen más completo sobre concentración se ha agudizado. En particular a la luz de la realidad económica nacional, en la que algunos fenómenos de la concentración como es la organización de los agentes económicos en grupos societarios o aún no societarios, nacionales, regionales e internacionales, han adquirido una magnitud insoslayable. El vacío normativo genera ámbitos en los que los partícipes de los grupos actúan en nuestro país según su conveniencia lo aconseje en cada oportunidad, sin cortapisa ni restricción que tome en cuenta los perjuicios que tal actuación pudiera causar en los socios no pertenecientes al grupo ni a los terceros que interactúen con ellos.

Constitución y modificación de sociedades anónimas. Unificación del régimen

Entendemos que no hay ningún sustento conceptual o teórico que avale la subsistencia de un doble control público en los procesos aquí referidos. Más aún cuando como ya hemos detallado, el control sobre la integración del capital que competía a la actual Auditoría Interna de la Nación pierde su relevancia a partir de la eliminación de los capitales mínimos en este tipo social, dispuesto por la ley 18.083. Y la legalidad de las disposiciones estatutarias o su modificación, es materia habitual de los controles que efectúan los Registros Públicos en nuestro país.

Eliminación de la regulación de las sociedades que emiten valores (abiertas) y la constitución de sociedades anónimas por suscripción pública

Como anticipamos, la ley 16.060 introdujo como novedad la diferenciación entre dos tipos de sociedades anónimas: las abiertas y las cerradas. El art. 247 de la ley en

¹⁸ Ver nota 11 precedente

su redacción actual ¹⁹ entiende por sociedades anónimas abiertas únicamente las que recurren al ahorro público para la integración de su capital fundacional o para aumentarlo, coticen sus acciones en bolsa o contraigan empréstito mediante la emisión pública de obligaciones negociables. Complementariamente, las sociedades controlantes y controladas de las abiertas, quedan sujetas de todas formas a la obligación de suministrar información al órgano estatal de control a fin de que éste pueda ejercer sus cometidos de fiscalización sobre las que sí lo son. Por oposición, la ley considera sociedades anónimas cerradas las que no están incluidas en las variantes definidas por el artículo anterior, art. 248.

En la actual estructura legal, la calificación de una sociedad en una u otra categoría trae como consecuencia diferencias en su régimen. Ejemplo de ello son los arts. 88, 101, 249, 272, 331, 348, 375, 398, 409, 414, 415, 416, entre otros; normas que, bien promueven la formación de sociedades abiertas y la inversión de capital en ellas como el art. 101, que admite el pago de intereses a los accionistas de esas sociedades mientras no inicien sus operaciones comerciales, o bien establecen exigencias más severas en materia de documentación, funcionamiento interno (obligatoriedad de una administración bajo directorio, sindicatura preceptiva, convocatoria a asamblea por publicaciones) y fiscalización estatal, como está previsto en otras disposiciones arriba citadas, requerimientos que se han intensificado con la sanción del decr. 322/011 de 16.9.2011 reglamentario de la ley 18.627 de 2.12.2009 de mercado de valores ²⁰.

Complementariamente, la ley abunda en disposiciones previendo la constitución de sociedades por suscripción pública, esto es captando ahorro público ya en su formación. La realidad es que no se ha utilizado este sistema de constitución desde la sanción de la ley.

¹⁹ Dada por el art. 114 de la ley 18.996 del 7 de enero de 2012.

²⁰ Comunicar las convocatorias a asambleas con una anticipación mínima de 5 días hábiles y de 2 días hábiles en el caso de asamblea unánime; proporcionar la documentación necesaria para proceder a la formación del legajo de la sociedad, en el plazo que fije la Auditoría Interna de la Nación; requerir la conformidad del órgano estatal de control, prevista en el artículo 88 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en la redacción dada por el artículo 499 de la Ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008; registrar sus estados contables, si la sociedad se encuentra en las hipótesis previstas por el artículo 97 (bis) de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en la redacción dada por el artículo 500 de la Ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008.

Entendemos que en la actualidad, el conjunto de disposiciones que regulan a los sujetos, los valores y requisitos de la oferta pública, deben estar en un único cuerpo normativo, como lo es la vigente ley 18.627. Por ende, si algunas de las disposiciones que la ley 16.060 establece para las denominadas sociedades abiertas, que en puridad deberían agruparse en el régimen general de emisores de valores de oferta pública, se entienden sustantivas, ellas deben eliminarse de la ley societaria e incorporarse a la ley de regulación del mercado de valores. Y las que son redundantes, inaplicables o meramente formales sencillamente deben derogarse, incluyendo todas las normas relativas a la constitución por suscripción pública.