

EFFECTIVIDAD DE LA NORMATIVA QUE EXIGE PUBLICACIONES. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO Y FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD

Rosa Poziomek y Jenifer Alfaro

SUMARIO:

El régimen jurídico uruguayo como tantos otros ha optado por dar a publicidad determinados hechos, actos o negocios mediante publicación en un Diario oficial, al que en general agrega la publicación en otro diario. Ello ocurre en materia de sociedades comerciales ámbito en el cual se emplean en algunos casos la inscripción registral como medio de cognoscibilidad, y en otros la publicación (acumulativamente en algunos supuestos como ser constitución o reformas de SRL y SA). La ponencia analiza diferentes supuestos en los que la ley uruguaya impone publicar con efectos diferentes, pero siempre con la finalidad de comunicación sea a terceros en general o a determinados destinatarios concretos: acreedores o accionistas. Si bien en todos los casos las ponentes manifiestan una fuerte crítica al mecanismo, debido a que no es idóneo para cumplir el fin perseguido, en el caso de convocatoria a asambleas de sociedades anónimas cerradas, el reproche es mayor debido a que se invierte el principio general en materia de notificaciones (publicidad como excepción cuando no es posible notificación directa y personal) generando perjuicios (exposición de la interna societaria). En todos los casos corresponde dar paso al uso de medios digitales de publicidad, tanto con destinatarios determinados (correo electrónico u otros) como indeterminados.



1. Introducción

La legislación de cada Estado establece diferentes mecanismos para dar publicidad a determinados hechos, actos y negocios, siendo la inscripción registral y la publicación en diarios, entre los preferidos.

En el caso de la inscripción registral, la publicidad es uno de los efectos reconocidos por la normativa, en algunos casos como el efecto jurídico fundamental (efecto mera noticia) o secundaria como ocurre en materia de acciones de recupero de activos (es el caso de la acción pauliana en el cual el plazo para su promoción inicia su cómputo con la inscripción del acto impugnado). Con la inscripción no se puede hablar de una notificación sino de una cognoscibilidad, un mecanismo para que la información que se registra en el sistema -no todo lo que surge del documento que es soporte del acto inscripto- esté disponible al público. El Derecho uruguayo y particularmente la normativa societaria exige publicaciones en diferentes disposiciones, las que se consideran cumplidas a través del Diario Oficial más otro diario al cual poca exigencia se impone.

A la finalidad teórica buscada por nuestra ley de sociedades de dar publicidad a terceros a determinados actos, se agrega la función notificadora (convocatoria a asambleas, emplazamiento para oponerse a fusión o escisión dirigido a acreedores o socios, para dar algunos ejemplos).

Cabe analizar si se trata de un medio idóneo para los fines perseguidos por la normativa, considerando que es conocida la escasa difusión que tiene en nuestro medio el Diario Oficial e incluso el “otro diario” que en la práctica se utiliza.

La ineficiencia práctica de este recurso adquiere especial relevancia si analizamos disposiciones que relacionan las publicaciones con el ejercicio de derechos fundamentales como lo son: el voto, el receso, derecho de preferencia. De igual forma en lo relativo a otras publicaciones refieren a actos o negocios de interés de terceros, fundamentalmente, los acreedores.

En la presente ponencia analizaremos particularmente algunos supuestos previstos en la normativa societaria uruguaya.

2. Normativa societaria

La Ley de sociedades comerciales uruguayas N° 16.060 (en adelante LSCU o La Ley) dispone en su artículo 17 con carácter general que cualquier publicación requerida en la ley sin determinación de órgano de publicidad se efectuará en el Diario Oficial y en otro diario.

A continuación, referiremos algunos de los supuestos previstos.

2.1. Las publicaciones en el procedimiento para alcanzar el tipo social

La Ley regula a las sociedades comerciales, en base a dos pilares fundamentales: la naturaleza contractual del negocio y la personería jurídica que se le atribuye. Podemos diferenciar dos etapas en la vida de la sociedad comercial: la

de constitución o fundación de naturaleza contractual que a su vez da lugar al surgimiento de un nuevo sujeto de derecho previendo la obligación de adoptar alguno de los tipos sociales previstos en la ley de acuerdo a diferentes estructuras de funcionamiento orgánico y régimen de responsabilidad de los socios frente a los pasivos de la sociedad.

En la regulación de la sociedad como contrato se dispone que le serán aplicables las normas y los principios generales en materia de contratos. Es decir, requiere para su validez capacidad de los sujetos contratantes, consentimiento no viciado, objeto y causa lícita.

Ello sin perjuicio de que para ser una sociedad regularmente constituida y regirse por el tipo social elegido, requiere que se cumplan los requisitos de fondo y forma dispuestas en la Ley –sin perjuicio de que el nuevo sujeto nace con el simple acuerdo de voluntades. Será necesario que se otorgue el contrato en documento privado con firmas certificadas o escritura pública cumpliendo con los requisitos generales de todo contrato además de los específicos de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley. Se exige la inscripción del contrato social en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio, contándose con un plazo de treinta días, a partir del día siguiente a la firma del contrato. La inscripción puede ser solicitada por cualquiera de los socios firmantes del contrato, o cualquier persona autorizada a tal efecto.

Con la inscripción, la sociedad comercial se considera regularmente constituida, salvo el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima que requieren publicaciones de un extracto del contrato o estatuto dentro de los siguientes 60 días en el Diario Oficial y otro diario¹ (para el tipo sociedad anónima además queda sometida al control del órgano estatal competente –actualmente Auditoría Interna de la Nación-).

Por su parte el artículo segundo dispone que la sociedad será sujeto de derecho², dotada de una personalidad jurídica que nace con el acuerdo de voluntades sin que se requiera que se formalice por escrito, sin perjuicio de que para la constitución regular de la sociedad la ley establece formalidades. Se regula las categorías de sociedades en formación, de hecho e irregular, a las que se considera personas jurídicas aunque no hayan adquirido el tipo.

Sociedad en formación es la que está cumpliendo en tiempo y forma con los requisitos para constituirse regularmente, sociedad de hecho es la que no ha instrumentado por escrito el acuerdo de voluntades e irregular es la que habiendo

¹ Artículo 8 LSCU.

² Artículo 2: “La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley”.

otorgado el contrato por escrito, no ha cumplido con la registración y publicación y se han vencido los plazos.

En el caso de las sociedades irregulares les rige un un régimen particular: la normativa dispone que la existencia de la sociedad se podrá acreditar por cualquier medio de prueba admitido legalmente. Se prevé que las estipulaciones del contrato serán válidas y eficaces entre la sociedad y los socios; los socios entre sí y los socios frente a la sociedad; no podrán ser invocadas frente a terceros, y la sociedad puede reclamar contra terceros derechos emergentes de la actividad social realizada.

Se dispone la posibilidad de que cualquiera de los socios pueda solicitar en cualquier momento la inscripción o la publicación³, comunicando dicha circunstancia al resto de los socios, los que podrán no adherirse u oponerse o solicitar la disolución.

Por tanto, la consecuencia de la no publicación en plazo de un extracto del contrato en el supuesto de SRL y SA, no es la invalidez o ineficacia del contrato social o estatuto ni se ve afectada su personalidad jurídica sino que implica la imposibilidad de aplicarle a la sociedad la normativa del tipo que se pretendió adoptar, en especial, un régimen de responsabilidad agravado, previendo que los terceros puedan accionar indistintamente o en forma conjunta contra la sociedad, los socios o administradores, acreditando la existencia de la sociedad por cualquier medio de prueba, así como la prescindencia del régimen de representación pactado rigiendo la representación indistinta por los socios.

Es decir que además de responder la sociedad por las obligaciones provenientes de su actividad, se le agrega la responsabilidad de los socios solidaria entre sí y con la sociedad por las obligaciones sociales sin poder invocar el beneficio de excusión, ni las limitaciones que se fundan en el contrato social. Los administradores poseen la misma responsabilidad que los socios, pero sólo por las operaciones en las que hayan intervenido.

En lo que refiere a la publicación dentro del plazo (60 días), la misma se ve incentivada: su concreción da paso a la regularidad, dejando de lado el régimen de las sociedades en formación. Régimen que implica la responsabilidad de los socios generada durante ese período, que cesará automáticamente tratándose de actos necesarios para su regular constitución o en el supuesto de los que impliquen el cumplimiento anticipado del objeto social, requerirá la ratificación por parte de la sociedad.

³ Artículo 42 LSCU.

Totalmente diferente sucede en materia de modificación del contrato social o estatuto, en cuyo caso hasta la publicación del cambio (para SRL y SA) el mismo no tendrá efectos entre socios, frente a terceros y la sociedad.

Corresponde preguntarse cuál es la finalidad de la publicación en materia de trámite de adquisición del tipo social y de modificaciones del contrato social o estatuto. Si se trata de dar a conocer a los terceros de la existencia y determinados elementos de la sociedad y dejar en claro las reglas que se le aplican, cabe cuestionarse desde ya su eficacia.

2.2. Algunas modificaciones con particularidades: Transformación, fusión y escisión

Sin duda entre los mecanismos previstos en el Derecho societario de mayor impacto en la estructura del negocio societario, podemos señalar a la transformación, la fusión y la escisión.

En sede de transformación el artículo 107 prevé que un extracto de las estipulaciones de la resolución de transformación debe publicarse por tres días en el Diario Oficial y en otro diario, a los efectos de publicitar la resolución y dar noticia que los balances estarán a disposición de socios o accionistas en la sede o sedes sociales, durante el plazo de treinta días a contar del siguiente a la última publicación. En aquellas sociedades que no se requiera unanimidad para decidir la transformación⁴ los socios o accionistas que hayan votado negativamente o los ausente podrán receder en el plazo de 30 días a partir del siguiente al de la última publicación. En este supuesto las publicaciones no solo tienen por finalidad dar noticia a socios o accionistas de la resolución de transformación –lo que implica que comience a regirse por el estatuto de otro tipo societario– sino que habilita al ejercicio de uno de los derechos fundamentales de los socios como lo es el de receso.

Para la fusión la normativa requiere que sea precedida de un compromiso otorgado por los representantes de la sociedad, en cumplimiento de lo resuelto por los socios de cada sociedad. Los efectos de este compromiso no solo comprenden a las sociedades celebrantes, sino también a los socios de las mismas, proyectándose además sobre los acreedores de las sociedades intervinientes.

En ese sentido, el artículo 126 de la LSCU establece que un extracto del compromiso de fusión debe ser publicado, teniendo como destinatarios a socios y acreedores de todas las sociedades en proceso de fusión. La norma legal prevé

⁴ SRL y SA salvo que el contrato o estatuto lo prevea.

que quedará a disposición de socios, accionistas y acreedores el compromiso y los balances especiales. A partir de la última publicación: a) los socios contarán con un plazo de 30 días para comunicar su decisión de receder; b) los acreedores de las sociedades que se disuelven deberán ⁵ presentarse a denunciar sus créditos o formular oposición a la fusión antes del vencimiento del término de 20 días. La sociedad creada o incorporante responderá por los créditos denunciados en plazo más los registrados en los balances especiales (artículo 127).

La disposición referida es muy similar a la existente en nuestro derecho en la ley N° 2.904 de enajenación de establecimiento comercial, a diferencia de otras legislaciones de derecho comparado, que establecen una responsabilidad indiscriminada de la sociedad creada o absorbente por todas las obligaciones de las sociedades que se disuelven por la operación.

De lo antes señalado parecería que un acreedor de una sociedad que se fusiona, tendrá como únicos derechos el de hacer efectivo el cobro de su crédito contra la nueva sociedad o la absorbente y el de oponerse a la fusión. En este último caso, se establece una fórmula que toma en cuenta: por un lado la protección de los acreedores, por el otro, impedir que se obstaculice la operación, permitiendo que la sociedad los desinterese o sean debidamente garantizados.

Producida la disolución y transmisión a título universal del patrimonio de las sociedades fusionadas a la creada o de la absorbida a la incorporante, las primeras y la absorbida verían extinguida su personalidad. Por tanto, el acreedor que no se presenta no podría ejercer sus derechos contra el obligado principal. Se sostiene ⁶ que la persona jurídica muere, el centro de imputación jurídica inicial desaparece, se crea un nuevo centro de imputación. Por tanto es posible diferenciarlo del supuesto de la enajenación de establecimiento comercial en el cual quien no se presenta en plazo a denunciar su crédito contra el enajenante y no figura en los libros de éste, pierde una garantía (la casa de comercio que sale del patrimonio de su deudor) no pudiendo accionar contra el adquirente como deudor solidario, pero mantiene su crédito contra quien ya le debía, es decir quien enajenó el referido activo.

La misma normativa la encontramos en sede de escisión en los artículos 137 y 138.

Podemos entender que la publicidad tiene por fin notificar a acreedores y socios de la convocatoria a presentarse, lo cual puede aceptarse si se trata de

⁵ Más allá del término, en ningún caso se trata de una obligación: la denuncia del crédito no es una obligación sino una carga y la oposición a la fusión es un derecho.

⁶ Delfino Cazet, Luis A. Fusión, transformación y escisión de las sociedades en La nueva Ley de Sociedades. FCU. Montevideo 1990.

acreedores o socios no identificados (supuesto de difícil verificación respecto de socios atento el régimen actual de identificación de accionistas ante el Banco Central del Uruguay o que surgen del contrato social) o incluso es entendible en caso de acreedores o socios con domicilio desconocido. Pese a no tratarse de un mecanismo en el cual se cumpla el objetivo, resulta de difícil sustitución. Diferente es la valoración cuando se conoce identidad y domicilio del acreedor o socio: la norma equivoca el camino debiendo prevalecer la notificación personal.

2.3. Asamblea de Accionistas

El artículo 345 de la LSCU impone algunas formalidades para la regular convocatoria de la asamblea: la convocatoria deberá ser publicada por lo menos por tres días en el Diario Oficial y otro diario. Tal publicación deberá realizarse en un plazo mínimo de 10 días y un plazo máximo de 30 días de la fecha de realización de la asamblea. Es decir que tal notificación no solamente debe ser efectuada, sino realizarse en plazo.

Frente a la señalada regla, el artículo 348 dispone para las sociedades anónimas cerradas, que la convocatoria “podrá” ser efectuada mediante citación personal fehaciente al accionista en el domicilio registrado por éste en la sociedad.

Lo anterior puede interpretarse en el sentido que para el legislador uruguayo el procedimiento de las publicaciones es el que brinda mayor seguridad jurídica, el que permite presumir que todos los accionistas han tomado conocimiento de la convocatoria, preservando los derechos de los socios. Tómese en cuenta que para las sociedades abiertas en las que se presume el desconocimiento de la identidad de los socios, el único mecanismo es éste. Por el contrario, puede sostenerse que la Ley no privilegia un mecanismo frente al otro y obedece al sistema normativo en el cual estaba inmerso: el del anonimato de los titulares de acciones que hacía de las publicaciones el medio idóneo para un convocante que no tenía certeza de sus partícipes. La realidad actual es otra y pese a que no puede tenerse certeza de los destinatarios en todos los casos ya que, no siendo el registro del Banco Central de propiedad, puede haberse verificado el cambio de titularidad sin conocimiento de la entidad emisora. Si bien para ejercer derechos deberá comunicarse el cambio, es discutible si la convocatoria a Asamblea al accionista enajenante (aún en el registro) es legítima.

La finalidad de las publicaciones en este supuesto es la notificación de la convocatoria a Asamblea, que aun reconociendo que tales publicaciones en el Diario Oficial y en otro de poca circulación no ofrecen la difusión que se le pretendió dar, es el previsto en la norma y hasta tanto se modifique la misma las resoluciones tomadas en una asamblea citada de esa forma, cumple con uno de los requisitos de validez.

En ese sentido, las ponentes han analizado en anterior trabajo⁷ el alcance y las consecuencias de la modificación de la modalidad usual de convocatoria utilizada por la sociedad. Específicamente se estudió el supuesto de una sociedad cerrada que en forma permanente ha utilizado la modalidad de la convocatoria a Asamblea mediante notificación personal a sus accionistas, y que en un momento determinado procede a realizar la convocatoria formal a través de publicaciones. Se expusieron dos posturas en cuanto a si la modificación *per se* genera consecuencias sobre las resoluciones adoptadas por la asamblea: a. se trata de un vicio que acarrea la nulidad de la Asamblea por vulnerar el derecho del socio con la consiguiente responsabilidad del órgano de administración o b. no genera consecuencias. correspondiendo analizar caso a caso si se trata de una modificación justificada.

Para Poziomek la opción que nuestra ley admite, no puede llevar a sostener la imposibilidad para la sociedad de utilizar las publicaciones como medio válido de convocatoria en sustitución del mecanismo usado hasta ese momento, alegando vicio en la misma. El fundamento radica en que para el legislador el procedimiento de las publicaciones es el que brinda mayor seguridad jurídica, el que permite presumir que todos los accionistas han tomado conocimiento de la convocatoria, preservando los derechos de los socios, aun reconociendo que tal mecanismo en la práctica no cumple con la finalidad pretendida, concluyendo que la posibilidad de convocatoria personal no excluye la de publicaciones en diarios.

Para Alfaro cuando en una sociedad anónima históricamente se empleó la notificación personal de la convocatoria a Asamblea, la convocatoria mediante publicaciones es contraria a Derecho por vulnerar los derechos de los accionistas. Ello con fundamento en los principios de buena fe, de seguridad jurídica, confianza legítima y en aplicación a la teoría de los actos propios.

No corresponde profundizar en ello en tanto es contenido de otro trabajo al cual nos remitimos.

Conclusiones

La LUSC establece que la publicación el Diario Oficial y otro diario, es el mecanismo a emplear para comunicar diferentes actos vinculados a la vida de dicha entidad.

⁷ “Nulidad de la Asamblea por modificación en el procedimiento de convocatoria” en Semana Académica, IDC año 2012.

En lo que refiere a la estructura societaria, este mecanismo de publicidad no tiene alternativa. Es así que debe publicarse la constitución (extracto) y toda reforma, entendiéndose por tal el procedimiento para la obtención del tipo social en el caso de las SRL y SA como paso siguiente a la inscripción registral. En teoría pone en conocimiento de la existencia de la entidad que ya es sujeto de derecho desde el contrato social o estatuto. En la práctica se presenta como una fuente de información alternativa a la registral, donde se encuentra de forma resumida los datos básicos de la misma, a los que se accede *ex post* cuando surge el interés en ello (no cuando se realiza la publicación). Aunque en la reforma el objetivo es el mismo: noticiar del cambio, la consecuencia es diferente ya que hasta cumplir con las publicaciones la modificación carece de eficacia.

En materia de sociedades anónima puntualmente, las publicaciones tienen también un rol en la interna, constituyendo el medio de principio para convocar asambleas. Aunque ello se podía justificar en sociedad anónimas abiertas o en cerradas con acciones al portador en el régimen original de la Ley, siempre ha merecido críticas en anónimas cerradas con acciones nominativas y resulta más cuestionable en el presente con un régimen total de identificación de accionistas. Si bien existe un margen de anonimato del titular de acciones al portador incluso para la sociedad emisora en tanto el registro ante el Banco Central del Uruguay no es de propiedad, lo cierto es que el ejercicio de derechos requiere comunicación de la identidad a dicho Organismo público y que la publicación en Diario oficial y otro diario de baja circulación no es la solución. Todo esto deja en evidencia un sistema de notificación de una decisión concreta como es la de convocatoria a Asamblea que parte de lo que en la mayoría de sociedades uruguayas es la excepción: ignorancia para la sociedad emisora de quienes son sus accionistas. Si agregamos que la convocatoria puede contener indicios de información sensible para la entidad, la imposición de la publicación puede ser perjudicial. Pensemos en un orden del día con referencias a endeudamiento, necesidad de recursos (que pueden indicar la existencia de dificultades o alertar a competidores sobre nuevas acciones a tomar), conflictos internos entre socios o con el Directorio, alianzas estratégicas a través de fusiones, entre otros muchos ejemplos.

En definitiva, estamos ante un medio de comunicación que no cumple el objetivo perseguido y presenta desde inconveniencias hasta perjuicios, con lo cual se vuelve un imperativo habilitar su sustitución por medios digitales tanto para notificaciones a sujetos identificados como a destinatarios indeterminados (terceros en general, acreedores) o determinados con ubicación no conocida.