V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

RICARDO OLIVERA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Ricardo Olivera – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-234-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito empresarial. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Empresarial I, durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, qual se realizou entre os dias 08 e 10 de setembro de 2016, em Montevidéu - UY.

Os trabalhos apresentados fomentaram importante debate entre os profissionais e acadêmicos, representando assim um importante espaço de interação em torno de questões teóricas e práticas, vivenciadas na área do Direito Empresarial /Comercial.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos que foram submetidos a critérios rigorosos de seleção, que se deu através de avaliação por pares, a fim de garantir, além da imparcialidade, aqueles que apresentavam melhor qualidade sob o ponto de vista da profundidade e complexidade dos temas propostos bem como dos demais critérios exigidos no Edital.

Os artigos apresentados no GT foram reunidos pela aproximação dos temas propostos, a fim de que pudessem ampliar e enriquecer os debates suscitados. A diversidade de propostas contidas nos estudos apresentados permitiram aos pesquisadores aprofundar e ampliar a compreensão sobre temas como: A Função e Responsabilidade Social da Empresa, o direito falimentar e recuperação judicial das empresas, Lei Anticorrupção, a Desconsideração da Personalidade Jurídica, assuntos relacionados à Responsabilidade Civil dos administradores, além da temática relacionada ao mercado de valores mobiliários. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Certamente as publicações que integram o livro do GT Direito Empresarial, consolidarão ainda mais o espaço e a relevância que ocupa o Direito Empresarial, presente de forma indissociável e imbricada nas grades curriculares dos Cursos de graduação e Pós Graduação.

Espera-se que a publicação da Coletânea contribua para a reflexão e o aprofundamento e das temáticas propostas,

Profa. Dra. Isabel Christine Silva De Gregori - UFSM

Prof. Dr. Ricardo Olivera

EL INTERÉS SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CON PARTICIPACION ESTATAL

O INTERESSE SOCIAL NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL

Alejandro Miller Artola

Resumo

El trabajo analiza la participación del Estado en sociedades anónimas que son instrumentos que funcionan bajo el derecho privado. Estas sociedades se constituyen y tienen un funcionamiento orgánico conforme a la Ley de Sociedades Comerciales. Sin embargo, cabe plantearse el interrogante de si la presencia del Estado en el capital accionario genera un cambio de paradigma en la noción del interés social, como pauta de debida gestión de los administradores sociales. Entendemos que no. A diferencia de otros derechos comparados no hay normas específicas lo que permite la respuesta negativa. Maximizar el valor de la empresa es el criterio dominante.

Palavras-chave: Sociedades anónimas, Estado, Interés social

Abstract/Resumen/Résumé

O trabalho analisa a participação do Estado em sociedades anônimas que são instrumentos que funcionam sob o direito privado. Estas sociedades se constituem e têm um funcionamento orgânico conforme a Lei das Sociedades Comerciais. No entanto, cabe perguntar-se se a presença do Estado no capital acionário gera uma mudança de paradigma na noção de interesse social, como pauta de devida gestão dos administradores sociais. Consideramos que não. Ao contrário de outros direitos comparados não há normas específicas, o que permite a resposta negativa. Maximizar o valor da empresa é o critério dominador.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sociedades anônimas, Estado, Interesse social

I. Las sociedades anónimas y el fin de lucro

1. Las sociedades anónimas, a diferencia de otros tipos sociales mercantiles, tienen un inicio vinculado al Estado, esto es, en la época a la Corona gobernante. Así la Compañía de las Indias Orientales creada en 1602 recibe la autorización para operar por la Corona Holandesa y lo hace para la exploración y explotación de las "islas de las especies" (actualmente Indonesia, Malasia y Singapur). Fue un instrumento legal creado por virtud de una concesión real y con un fin de lucro.

2. En tal sentido hoy en día el derecho societario uruguayo señala que habrá sociedad mercantil -y por tanto sociedad anónima- cuando se organicen bienes y personas para el desarrollo de una actividad con el fin de que sus socios puedan participar en las ganancias (art. 1, Ley 16.060; en adelante "LSC"). Fin de lucro que se ve resaltado en las sociedades anónimas con el dividendo mínimo obligatorio del 20% de las utilidades netas de cada ejercicio (art. 320, LSC y la ley brasilera).

II. El interés social como pauta de actuación en las sociedades anónimas

1. Este fin de lucro ha conducido a establecer la existencia del concepto del "interés social" como un elemento presente en la vida de la sociedad anónima. Elemento que funge como pauta para marcar el rumbo de la debida actuación de los órganos sociales, el de administración (Directorio) y el de gobierno (Asamblea o Junta de Accionistas). Así la ley uruguaya expresa que el accionista que, en una operación determinada tenga, por cuenta propia o ajena, un interés contrario al de la sociedad deberá abstenerse de votar en tal caso (art. 325, LSC). Con relación a la administración la ley ordena que el administrador deberá actuar conforme a un deber de lealtad para con la sociedad (*"duty of loyalty"*) lo que supone priorizar el interés social por sobre todo interés personal y de la mayoría accionaria. Pero también debe conducirse de acuerdo al estándar de un "buen hombre de negocios" (*"duty of care"*), lo que conlleva a procurar siempre el interés social (arts. 83 y 391, LSC). En ambos deberes está la noción del interés social.

2. Ahora bien, este concepto del interés social resulta más fácil enunciarlo que procurar desentrañar su contenido. Muchas y muy diversas teorías se han elaborado para darle un sentido concreto, incluso hay aquellas que niegan su existencia. Haciendo un ajustado resumen podemos reducir las posiciones a dos posibles contenidos. Para algunos el interés social es identificado con el lograr lucro para los socios sea en forma exclusiva o primaria. Es lo que se conoce como el *"shareholders approach"*. En la otra vereda encontramos quienes entienden que la sociedad es un agente social y como tal está presente en la comunidad y por ende debe atender no solamente a los accionistas sino a otros intereses colectivos que están en la comunidad, como ser, los de sus empleados, proveedores, contratantes con la sociedad, clientes actuales y futuros, los consumidores de sus productos, la comunidad toda y además la preservación del medio ambiente. Se trata de la tesitura del *"stakeholders approach"*.

3. En Europa continental estas orientaciones también existen y se agrupan entorno a las concepciones sobre la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil. Tesituras institucionales y tesituras contractuales se oponen. Para los primeros, la sociedad es un contrato y el interés social se debe identificar con la causa contractual, es decir, con la satisfacción a los socios. Por el contrario, quienes identifican a la anónima como una institución verán un ente que tiene un fin propio, diferente del de sus socios, un fin que trasciende a ellos y que está vinculado con obtener rentabilidad para servir tanto a los socios como a los terceros involucrados o relacionados. La ley brasilera es afecta a esta concepción cuando dispone que el interés social es el logro del lucro pero

en ello sin desatender a los intereses colectivos (arts. 116 y 154, Ley 6404/1976). En el derecho uruguayo no hay una referencia legal a los intereses colectivos.

III. Las sociedades anónimas con participación estatal

1. Frente al desarrollo descomunal que las sociedades anónimas han tenido como una estructura jurídica eficiente para organizar una empresa, el Estado no podía estar ajeno. El Estado comienza a emplear esta forma jurídica para desarrollar ciertas actividades. Fundamentalmente aquellas en las que está en competencia con los privados.

2. Aparecen así las que hemos impropiamente denominado como "sociedades anónimas estatales" un término que alude a sociedades con participación en el capital social mayoritaria o única del Estado (sea el central, municipal o de alguno de sus vehículos como sus entes autónomos).

IV. El interés social en las sociedades anónimas con participación estatal

1. Este uso frecuente del Estado de las sociedades anónimas convoca a diversas reflexiones. Desde el ángulo del derecho comercial: ¿cuál será el interés social a perseguir en las anónimas estatales? Generar rentabilidad para la sociedad y para su accionista. O servir a los intereses de la comunidad, prescindiendo incluso del fin de lucro, incurriendo en pérdidas si fuera del caso. En este escenario ¿con qué pauta se ha de medir la actuación de sus administradores?

2. Para la doctrina italiana las sociedades estatales deben conducirse conforme a un criterio de economicidad. La sociedad debe ser autosuficiente, tener un balance equilibrado. El interés social es servir a su accionista sin desatender a la comunidad, pero hacerlo en un marco de rentabilidad para que no deba recurrir a aportes estatales. El interés público está en la presencia del Estado en el capital accionario, no en el giro de la sociedad. La participación del Estado no altera la estructura, principios y fines que enmarcan al instituto jurídico de la sociedad anónima. Por tanto deberán tenerse presentes las particulares de la anónima y respetarse las mismas incluso cuando el Estado es accionista ya que de lo contrario se estará desvirtuando la característica de sociedad mercantil de la anónima.

V. Las sociedades anónimas estatales en derecho uruguayo

1. La normativa societaria (Ley de Sociedades Comerciales, 16.060) a la que toda sociedad anónima se ve sujeta no establece ninguna separación o calificación cuando el Estado o cualquier entidad estatal participa del capital accionario.

2. Con esta premisa entendemos que el interés social es el común a toda sociedad anónima, caracterizado por generar valor, maximizar el valor para la sociedad en cuanto empresa, de forma tal que este incremento de valor sirva para el mejor desarrollo de la sociedad desde su óptica empresarial, generar rentabilidad para los accionistas a través del dividendo y del valor de sus acciones y generar beneficios para los terceros con los que la sociedad interactúa. Este concepto amplio de interés social entendemos que es superador de la tradicional dicotomía entre la sociedad como contrato y la sociedad concebida como institución. En efecto, sea como causa del negocio societario o bien como un interés propio y diferente del de sus socios, la generación de valor ha de satisfacer a ambos razonamientos por igual en tanto la maximización del valor ha de ser para la sociedad pero también derramado hacia los accionistas y terceros involucrados.

3. Teniendo presente lo anterior y no habiendo ninguna particular normativa al respecto, las sociedades anónimas deben en su gestión obedecer a esa estrella polar o criterio rector en su

accionar dado por la citada noción del interés social. No habrá una estatización de la anónima por la presencia estatal en su capital. No obstante, si la presencia del Estado es única como accionista en tal caso es factible reinterpretar ese concepto de interés social a través de la generación de valor para la empresa, pero no entendido éste en un sentido crematístico o dinerario, sino de beneficios, esto es, prestaciones para la comunidad. En cambio si la participación estatal no es única sino mayoritaria o minoritaria deberán el sentido del interés social mantenerse dentro de los cánones de la generación de lucro. A diferencia del derecho societario brasilero nuestro marco societario no cuenta con normas sobre las sociedades anónimas mixtas o de economía mixta lo que impide que se oriente la gestión hacia el interés público con prescindencia del interés social concebido como un interés privado, aun cuando no contrapuesto con aquél, es decir, no agrediendo tampoco al público. Pero orientado hacia la satisfacción de la sociedad y de sus socios con preferencia sobre otros intereses, aunque no agrediéndolos o causando daño, ya que la en la persecución de este interés deben tenerse presente la pauta de la obligación genérica de no dañar de nuestro derecho.

BIBLIOGRAFÍA

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Bogotá: Temis,1999; pp. 471-477.

PORTER, Michael y KRAMER, Mark. The Competitive advantage of Corporate Philanthropy. Boston: Harvard Business Review, 2003; pp. 27-35.

GALGANO, Francesco. Las Instituciones de la Economía Capitalista. Barcelona: ARIEL, 1990; pp. 165-176.

MILLER, Alejandro. Gestión de la Sociedad Anónima, Interés social y Responsabilidad Social Empresarial. Revista de Derecho Comercial. 5ta época. Año 1, n° 2. Montevideo: La Ley, 2016; pp. 3-77.

MAIRAL, Héctor. El Estado como Empresario. Tratado de la Empresa, tomo II –A. Director A. Piaggi. Buenos Aires: ABELEDO PERROT, 2010; pp. 615-616.

BAINBRIDGE, Stephen. Corporate Law. NYK: FOUNT PRESS, 2009.

CLARK, Robert. Corporate Law. Toronto: ASPEN, 1986.

DOBSON, Juan. Interés Societario. Buenos Aires: ASTREA, 2010.