

*La legislación societaria en el Perú**

Por Daniel Echaiz Moreno

1. Historia legislativa

Con fecha 27 de julio de 1966, se expidió la ley de sociedades mercantiles 16.123, la cual era concordante con el por entonces vigente Código Civil de 1936. Años después se promulga la ley general de sociedades a través del decr. legislativo 311 de 1984, siendo posteriormente modificada por el decr. supremo 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985 que da origen al texto único concordado de la ley general de sociedades; ambos dispositivos legales repiten prácticamente lo ya esbozado en 1966.

Era 1994 y continuábamos rigiéndonos por una legislación societaria cuya antigüedad superaba los 28 años, habiendo devenido en obsoleta por los cambios sucedidos en la realidad empresarial y en el contexto económico. Recordemos que ya contábamos con un nuevo Código Civil, dictado en 1984, el cual evitó (a diferencia de su antecesor) la regulación normativa de la sociedad civil como modalidad contractual. Asimismo, se sancionaron dos nuevos textos constitucionales en 1979 y 1993, con los cuales se introdujo una moderna concepción de la economía, basada en el libre mercado; y, finalmente, la década de los 90 fue escenario de una vasta producción legislativa orientada a promover las inversiones, para lo cual se enfatizaron diversos conceptos, tales como la seguridad jurídica, el contrato ley, la transparencia del mercado, la igualdad de oportunidades, la libertad de empresa, la libre competencia y la actuación subsidiaria del Estado, entre otros.

Resulta obvio que, dentro de este contexto, era imperativo reformular la ya obsoleta normatividad societaria, atendiendo además al fenómeno de la globalización económica, el auge del mercado de valores y el desarrollo empresarial. Es así que el 5 de septiembre de 1994 fue publicada la resolución ministerial 424-94-JUS, mediante la cual se nombró una comisión para elaborar el Anteproyecto de la ley general de sociedades (luego denominada Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades), la misma que estuvo integrada por los doctores Enrique Normand Sparks (presidente), Ricardo Beaumont Callirgos, Enrique Elías Laroza, Álvaro Llona Bernal, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Oswaldo Hundskopf Exebio, Hernando Montoya Alberti, Francisco Moreira García Sayán, Alfonso Rubio Feijóo, Emil Rupert Yañez y Julio Salas Sánchez.

Después de más de dos años de intensa labor, la referida Comisión entregó el correspondiente Anteproyecto de ley al ministro de Justicia el 31 de diciembre de 1996. A través del oficio 017-97-PR de fecha 3 de febrero de 1997, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República el Proyecto de ley signado con el número 2491/96-CR y, durante la sesión del 26 de febrero de 1997, la Comisión Permanente del Congreso de la República acordó nombrar la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, la que estuvo integrada por los congresis-

* Artículo publicado en el sitio web: <http://www.derechoempresarial.deamerica.net>.

tas Carlos Torres y Torres Lara (presidente), Javier Alva Orlandini, Jorge Avendaño Valdez, Jorge Muñoz Ziches y Jorge Trelles Montero, siendo luego incorporados los congresistas Ricardo Marcenaro Frers y Lourdes Flores Nano.

Por disposición del presidente de la Comisión Revisora, el 2 de marzo de 1997 se publicó el texto del Anteproyecto de ley elaborado por la Comisión Redactora. Posteriormente, con fecha 10 de mayo de 1997 se hizo lo propio con el Proyecto de ley aprobado por la Comisión Revisora. Asimismo, con fechas 3 de octubre y 28 de octubre de 1997 se publicaron los respectivos Proyectos de ley aprobados por la Comisión Permanente. Finiquitando este recuento, el 9 de diciembre de 1997 fue publicado el texto de la ley general de sociedades 26.887, actualmente vigente. Infírase, entonces, la amplia difusión que tuvieron los trabajos preparatorios, con la finalidad que pudiesen expresar sus comentarios, críticas o sugerencias todos aquellos involucrados con la materia.

2. Apreciación crítica

Realmente se produjo un cambio al dictarse la nueva ley general de sociedades, cambio que no solamente es cuantitativo al haberse pasado de 414 artículos a 448 artículos, nueve disposiciones finales y once disposiciones transitorias, sino (y por sobre todo) un cambio cualitativo, de esencia jurídica, que se complementa con una mejor estructura del texto normativo y el empleo de una adecuada técnica legislativa.

Los legisladores han logrado con esta ley un documento legislativo de apreciable valor jurídico, congruente con las modernas tendencias imperantes en el derecho comparado y, además, concebido para nuestra propia realidad, evitando así recurrir a aquella errónea costumbre tan generalizada que aconseja “importar” redacciones legales foráneas que no se condicen con el actual tráfico empresarial peruano. Esto no impide que dicho texto normativo sea objeto de un profundo y constante análisis razonado para superar las deficiencias que tuviese e ir acoplándolo al cambiante mundo de los negocios, puesto que como toda obra humana es perfectible; lo importante es comprender esta situación y realizar las pertinentes modificaciones legislativas en el momento adecuado.

3. Innovaciones significativas

Varias son las innovaciones realmente significativas y de gran importancia introducidas por la vigente ley general de sociedades. Seguidamente centraremos nuestra atención tan sólo en algunas de ellas, tales como el derecho de separación, los estados financieros, el dividendo obligatorio, la sociedad anónima cerrada, la sociedad anónima abierta y las sucursales; no obstante, dejamos constancia que existen otros temas que también merecen ser comentados como son el contrato de sociedad, los convenios parasocietarios, la reserva de preferencia registral, la caducidad, las acciones sin derecho a voto, las acciones en cartera y el derecho de oposición en procesos de reorganización societaria.

a) El derecho de separación

El art. 200 de nuestro texto legal societario consagra el derecho de separación como un mecanismo que tiende a la protección del socio que ya no desea seguir perteneciendo a la sociedad porque en su seno se han adoptado acuerdos que afectan las iniciales reglas de juego. El contrato de sociedad, al ser un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas circunscrito dentro de los denominados contratos de organización, debe permitir en igual medida tanto el ingreso de nuevas partes como la salida de las partes originarias; esto último se logra mediante el mencionado derecho de separación.

Así, la norma citada prescribe que el socio podrá ejercer su derecho de separación cuando se adopten los siguientes acuerdos: 1) el cambio del objeto social; 2) el traslado del domicilio al extranjero; 3) la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes, y 4) en los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto. Comparándola con la redacción contenida en el art. 210 de la anterior ley general de sociedades, se aprecia que ahora existe una mayor gama de supuestos en los que resulta aplicable la puesta en práctica de aquel derecho.

En efecto, por un lado, no sólo se acoge la limitación de la transmisibilidad de las acciones en cuanto a creación de supuestos limitantes, sino también respecto a la modificación de las limitaciones ya existentes, y por otro lado, se subsume una cláusula abierta para aquellas situaciones que pudiesen ser contempladas vía una ley o el estatuto, como sucedería cuando el socio de una sociedad integrante de un grupo empresarial que actúa de hecho desea separarse de aquélla para no asumir responsabilidades emanadas de la estructura corporativa grupal.

La norma comentada también es innovativa puesto que con la anterior redacción estaba reservada solamente para los accionistas que no hubiesen votado a favor del acuerdo, mientras que ahora está dirigida a los accionistas que en la junta general hayan dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto. Con esta regulación se amplía la protección legal de los inversionistas básicamente minoritarios.

b) Los estados financieros

De acuerdo a la cuarta disposición final de la ley general de sociedades, se entenderá dentro del concepto de estados financieros tanto al balance general como al estado de ganancias y pérdidas. Pues bien, el art. 223 del mismo texto jurídico estipula que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país. Así, se supera la incomprensible técnica legislativa empleada en la ley precedente, donde se detallaba el contenido tanto del balance como de la cuenta de ganancias y pérdidas en sus arts. 251 y 253, respectivamente.

Este aspecto se ha visto complementado con la resolución 013-98-EF/93.01 del Consejo Normativo de Contabilidad. Ahí se establece en su art. 1° que los prin-

cipios de contabilidad generalmente aceptados comprenden a las normas internacionales de contabilidad (ampliamente conocidas como las NIC), oficializadas mediante resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, así como las normas establecidas por organismos de supervisión y control para las entidades de su área siempre que se encuentren dentro del marco teórico en que se apoyan las normas internacionales de contabilidad. En igual sentido, su art. 2° precisa que excepcionalmente y en aquellas circunstancias que determinados procedimientos operativos contables no estén normados por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASC) se podrán emplear supletoriamente los principios de contabilidad aplicados en los Estados Unidos de Norteamérica (USGAAP).

c) El dividendo obligatorio

Suele ocurrir que en las sociedades exista un (entendible) conflicto de intereses entre los socios minoritarios por el dividendo y los socios mayoritarios que buscan reforzar el patrimonio de dicha sociedad, a través de la constitución de reservas o la capitalización de utilidades. A efectos de superar esta problemática, se considera conveniente legislar respecto al dividendo obligatorio y, en este orden de ideas, el art. 231 prescribe que es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el 20% del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

Nuevamente asistimos ante un mecanismo de protección de los inversionistas esencialmente minoritarios, aquellos comúnmente denominados socios rentistas o especuladores que solamente desean conseguir el retorno de su inversión, a diferencia de los inversionistas de mando o gestión que se preocupan por el crecimiento económico de la empresa.

La vigente normatividad es más idónea que la contenida en el art. 260 de la ahora derogada ley general de sociedades, puesto que: 1) el reparto debe ser necesariamente en dinero; 2) sólo se permite deducir del reparto el importe de la reserva legal, y 3) se ha eliminado la exigencia según la cual el dividendo obligatorio se daba únicamente en aquellos ejercicios en que la utilidad neta, deducidos impuestos y reserva legal, fuese superior al 7% del capital pagado.

Finalmente, cabe acotar que la propia legislación estatuye dos limitaciones al comentado dividendo obligatorio: 1) solamente puede acordarse respecto a la utilidad del último ejercicio y 2) no puede ser solicitado por titulares de acciones que tengan un régimen especial sobre dividendos; esto último se daría, por ejemplo, en el caso de las acciones pertenecientes a una clase que tengan precisamente este régimen especial.

d) La sociedad anónima cerrada

La empresa familiar está presente en la realidad peruana, como también lo sigue estando en el contexto mundial. Su nacimiento está ligado a los vínculos familiares que existen entre sus miembros y su desarrollo es innegable, así como plau-

sible porque constituye un excelente vehículo de crecimiento económico para el país. No obstante, el actual mundo globalizado donde conviven modernas tendencias corporativas que buscan la agilización del mercado y del tráfico mercantil exige que esas empresas familiares redefinan su actuación.

Dichas empresas familiares son de naturaleza eminentemente cerrada porque están estructuradas solamente para los integrantes de la familia y su gestión empresarial no suele responder a un criterio profesional. Tradicionalmente han optado por constituirse como una sociedad comercial de responsabilidad limitada, pero con ella pierden las ventajas que ofrece una sociedad anónima. Es así que el legislador de 1997 creyó conveniente regular una nueva institución jurídica: la sociedad anónima cerrada, un híbrido donde confluye el *intuitio personæ* con el *intuitio pecuniæ*, esto es, una sociedad capitalista con rasgos personalistas, pero que responde a una realidad vigente.

Dos características merecen destacarse en este momento: por un lado, las juntas no presenciales, reguladas en el art. 246 de la ley general de sociedades, que importan el establecimiento de la voluntad social por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad; y, por otro lado, el directorio facultativo, normado en el art. 247 del mismo texto legal, de manera tal que se permite que en el pacto social o en el estatuto de la sociedad se establezca que dicha sociedad carece de directorio, caso en el cual sus funciones serán ejercidas por el gerente general. Ambas medidas legislativas agilizan la estructura y gestión interna de la sociedad anónima cerrada.

e) La sociedad anónima abierta

La sociedad anónima abierta tiene sus antecedentes legislativos en la ley de sociedades anónimas de accionariado difundido, aprobada mediante decr. legislativo 672, así como en la ley del mercado de valores, aprobada a través del decr. legislativo 755, normas jurídicas ahora derogadas.

El art. 249 de nuestra actual ley general de sociedades sostiene que la sociedad anónima es abierta cuando se cumpla una a más de las siguientes condiciones: 1) ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; 2) tiene más de setecientos cincuenta accionistas; 3) más del 35% de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al 2% del capital o exceda del 5% del capital; 4) se constituya como tal, o 5) todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

Puede inferirse claramente que esta modalidad societaria se define como aquella que recurre al ahorro público para financiarse o que tiene gran dimensión. Es menester subrayar el carácter obligatorio de su calificación, por lo que la sociedad anónima es abierta *iure et de iure*, aunque también se considera como posibilidad el carácter facultativo o voluntario. Realmente se ha llenado un vacío reinante en la anterior legislación societaria y, con su regulación, se promueve definitivamente el mercado de capitales, la gran empresa y el financiamiento bursátil.

f) Las sucursales

Las sucursales constituyen un “brazo” mediante el cual la sociedad extiende su campo de actuación empresarial. Con la anterior ley general de sociedades se careció de un tratamiento jurídico adecuado respecto a esta figura de organización corporativa, lo que no sucede ahora, ya que la regulación legislativa es más específica y detallada. Así, el art. 396 de la vigente normatividad societaria define a la sucursal como todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social, estipulándose claramente que carece de personería jurídica independiente de su principal.

En una época como la actual donde cada vez es más insistente el desarrollo de la concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo, la sucursal se erige adecuadamente para responder a las necesidades de organización y gestión de negocios societarios, puesto que, muchas veces, producto de una fusión surge una gran empresa que necesita desconcentrar su manejo gerencial y descentralizar su presencia en diversos mercados, siendo lo pertinente recurrir a la sucursal para cumplir tal propósito.

4. Perfeccionamiento en el tiempo

Habíamos sostenido en líneas precedentes que la ley general de sociedades, como toda obra humana, es perfectible en el tiempo y, precisamente así lo ha entendido el legislador quien, durante estos casi cinco años de vigencia, ha introducido algunas modificaciones que se juzgaban necesarias.

La ley 26.931 modificó el art. 161, inc. 4° de la norma societaria, referido a los impedimentos para ser director de una sociedad. Antes se aludía a los funcionarios y empleados de la Administración pública y de las entidades del sector empresarial en que el Estado tenga el control y cuyas funciones tengan relación con las actividades de la sociedad, salvo que ésta sea una empresa del Estado de derecho público o privado, o la participación del Estado en la empresa sea mayoritaria. Por el contrario, ahora se estipula que no pueden ser directores los funcionarios y servidores públicos que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieren directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades.

Asimismo, mediante la ley 26.985 se modificó el art. 232 de la ley general de sociedades que regula la caducidad del cobro de dividendos, añadiéndose un segundo párrafo según el cual sólo en el caso de las sociedades anónimas abiertas el plazo de caducidad será de diez años, mas no de tres años como es la regla general.

La ley de fortalecimiento del sistema de reestructuración patrimonial 27.146, incluyó una novena disposición final a la normatividad societaria, de acuerdo a la cual en cualquier caso de incompatibilidad entre las legislaciones societaria y concursal en materia de proceso de reestructuración patrimonial, procedimiento simpli-

ficado, disolución y liquidación, concurso preventivo y concurso de acreedores se preferirá la aplicación de la legislación concursal.

Por su parte, la ley de títulos valores 27.287, introdujo varias modificaciones al texto jurídico comentado en temas como matrícula de acciones (art. 92), comunicación a la sociedad (art. 93), certificado de suscripción preferente (art. 209) y régimen de prelación en emisión de obligaciones (art. 309).

Finalmente, en este breve recuento legislativo cronológico cabe mencionar la ley 27.303 que modificó los arts. 252 y 254 de la ley general de sociedades, referidos a las denominadas “acciones doradas”. Así, se estipula que no será obligatoria la inscripción de la clase o clases de acciones que estén sujetas a estipulaciones que limiten la libre transmisibilidad, restrinjan la negociación u otorguen derecho de preferencia para la adquisición de las mismas derivadas de acuerdos adoptados con anterioridad a la verificación de los supuestos de constitución de una sociedad anónima como abierta o cuando estén suscritas íntegramente, directa o indirectamente, por el Estado.

5. Temas pendientes

Aún cuando la ley general de sociedades constituye un valioso documento jurídico, innovativo en la materia y plausible por su contenido, quedan temas pendientes de regulación legislativa, los que deberán ser correctamente analizados por los estudiosos del derecho para vislumbrar sus implicancias en el tráfico económico, el contexto empresarial y el mundo jurídico.

Algunas preguntas que exigen inmediata respuesta son: a) si una persona natural constituye una empresa individual de responsabilidad limitada y, con ésta, constituye además una sociedad, ¿ya cumplió con la pluralidad de socios que exige el art. 4°?; b) de acuerdo al art. 9° ¿existe legitimidad para adoptar una razón social igual o semejante cuando hay homonimia entre los socios?; c) ¿es adecuado permitir el control indirecto de acciones, regulado en el art. 105, aún cuando el capital social se vuelve algo ficticio?; d) los socios de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, ¿pueden ser personas jurídicas?, y e) según el art. 397, la sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal, ¿pero también es titular de los derechos que correspondan a ésta?

Además de estas cuestiones, debería: a) definirse qué se entiende por fondo empresarial, aludido en el art. 369, inc. 3°, cuestión que pretende salvarse vía el Anteproyecto de la ley marco del empresariado; b) extraerse la regulación normativa de los contratos asociativos porque no son aplicables exclusivamente a sociedades, siendo necesario trasladarlos a una legislación general de la empresa o, en todo caso, al Código Civil, y c) dictarse una ley sobre grupos de empresas para evitar conflictos de interés entre las empresas agrupadas que pueda derivar en un acuerdo impugnabile, atendiendo al texto del art. 139.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.