

# ¿Es necesaria una nueva Ley General de Sociedades?

*Pedro Flores Polo*

Abogado. Gerente General de la Cámara de Comercio de Lima.

## 1. INTRODUCCIÓN. ¿DEBE LEGISLARSE PARA LA COYUNTURA?

Estamos en agosto de 1994 y nos encontramos ante una coyuntura donde se busca agilizar los mecanismos para captar inversiones y lograr la reactivación de la economía peruana. Se busca que el Perú se reinserte en la economía mundial y que tome el tren de la modernidad y de la globalización; que aproveche la apertura de su mercado hacia otros más grandes, como el NAFTA (Tratado de Libre Comercio entre USA, México y Canadá), Mercosur (Mercado Común del Sur), y los demás tratados bilaterales y multilaterales hoy en boga. El signo de la modernidad es agruparse para competir con mayor posibilidad. Nadie puede manejarse solo. Ya no pueden concebirse las economías "centralmente planificadas" como se pensaba en nuestro país en la década del setenta, durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, o sea, la dictadura militar de Velasco Alvarado. Han pasado veinticuatro años desde esa ingrata experiencia, a lo que debe acumularse el problema de la hiperinflación, del terrorismo y del narcotráfico, hasta llegar a 1990 y encontrar a nuestro país al borde de la quiebra, terminado el gobierno aprista. En realidad, alguna vez leí que los países no quiebran. Los gobernantes pasan. Son sus habitantes y especialmente los más pobres quienes sufren en carne viva las inclemencias y padecimientos que estos errores garrafales de sus gobernantes traen consigo. En el campo de las actividades económicas, son los empresarios, asociados bajo las múltiples formas societarias que conocemos, quienes sufren las consecuencias inmediatas de los "problemas coyunturales". Entonces los políticos sostienen que las soluciones se

encuentran en la ley y si la ley vigente no resulta compatible con la coyuntura, pues a cambiarla. Muchos abogados sostenemos lo mismo. El autor de este artículo considera que no es necesario cambiar leyes de carácter formal; de estructura o arquitectura jurídica, como la Ley General de Sociedades, sino adecuarla al momento presente y a los requerimientos del futuro, pero sin modificarla radicalmente, como sucedió con la vigente Ley General de Sociedades (Decreto Legislativo 311) que no constituye ningún avance, sino más bien un retroceso para el Derecho Empresarial Peruano.

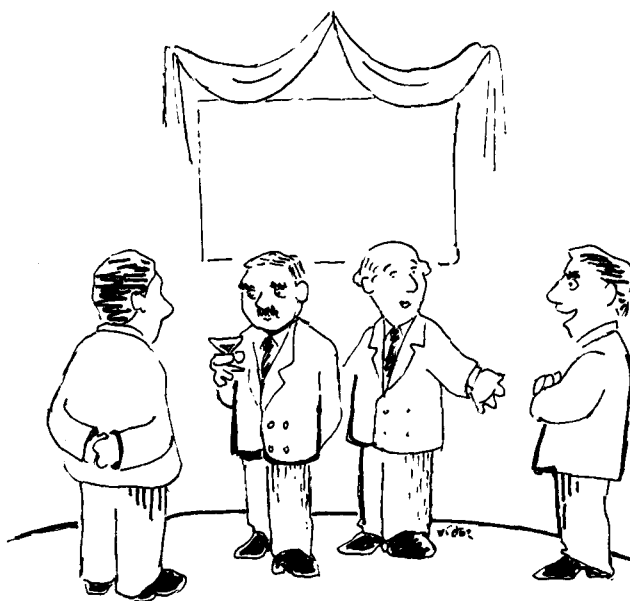
El Derecho Societario Peruano, en la coyuntura actual, debe avanzar hacia el Derecho Empresarial, cuyos principios generales los precisó la Constitución de 1979, la que en su artículo 130 definía el concepto jurídico de "empresa"; y que siguen vigentes como antecedentes muy importantes, porque las constituciones no se derogan sino se reemplazan por otros modelos de pacto social como es la nueva Constitución de 1993 cuyas normas, en lo referente a la empresa, no son incompatibles; todo lo contrario, abren un nuevo marco para el llamado "modelo liberal", que nosotros preferimos entender como un modelo de libre apertura para la iniciativa privada, dentro de los conceptos cristianos de la economía social de mercado, donde el hombre es el agente y fin de la producción partiendo de las premisas insustituibles que consagra el artículo primero.

Alguna vez hemos sostenido que nuestro Derecho Comercial necesita sumergirse en el Derecho Empresarial y volcarse a través del Código de la Empresa, que reemplazaría al vigente y obsoleto Código de Comercio de 1902, del cual forma parte la Ley General de Sociedades que se insertó en 1966, mediante su antecedente, la derogada Ley de Sociedades Mercantiles (Ley

16123). El Código de Comercio de 1902 fue adecuado a la realidad empresarial en 1966 con la Ley de Sociedades Mercantiles (Ley 16123) y en 1967 con la Ley de Títulos Valores (Ley 16587), cuyas normas obedecieron a la coyuntura de aquel entonces. Ahora, del viejo Código sólo rige -a medias- el Libro Primero y lo referente al Derecho Marítimo (Buques. Libro Tercero); ambos rebasados por la realidad. Han pasado veintiocho años desde aquel entonces y por supuesto creemos que es necesario actualizar sus normas, para permitir un marco jurídico más cercano a las nuevas reglas del modelo económico que estamos desarrollando, pero sin reemplazar el texto legal orgánico por otro, sino perfeccionando sus normas; actualizándolas; modernizándolas; adecuándolas a necesidades futuras, porque esa es la función del legislador, no legislar para la coyuntura sino para el presente pero mirando al futuro, no al futuro inmediato sino al futuro mediato.

Permítaseme recordar que el modelo de sociedad anónima, tan mal usado en nuestro medio empresarial, no se inventó para pequeñas sociedades de tipo familiar, o de tipo unipersonal, manejadas por un gerente que hace y deshace, porque conoce el negocio y buscó dos testaferros para hacer la ficción legal de la pluralidad de socios, desnaturalizando la esencia de la forma societaria más difundida en el mundo. Pero esa es nuestra realidad y por eso es que el legislador la ha eludido, creando las empresas individuales de responsabilidad limitada, pero con relativo éxito, porque el modelo de sociedad anónima no ha podido ser reemplazado por otro mejor. Entonces, pregunto: ¿para qué una reforma integral si el esquema vertebral está bien concebido en la Ley General de Sociedades? Hoy día se pretende imputar a la sociedad anónima todos los defectos, inconvenientes y pecados (si cabe la expresión peyorativa) que sufren los empresarios para afrontar nuevas perspectivas contractuales en el mundo de los negocios. Por ejemplo, se dice que la legislación societaria vigente no permite la formalización de los contratos llamados *joint venture*, cuando esta forma contractual, como ha sido concebida en el Derecho Comercial Internacional, no requiere un marco jurídico que la regule porque se desnaturalizaría sus objetivos, fundamentalmente porque quienes se asocian en el *joint venture* lo que menos quieren es formar sociedad (no hay *affectio societatis*). Posiblemente, la figura que más se le acerque sea la del contrato de asociación en participación, normado por la Ley General de Sociedades. Pero, en términos generales se trata de un contrato innominado que si no encuentra cabida en la fórmula rígida de la Ley General de Sociedades, la tiene en el esquema flexible del Código Civil de 1984. No olvidemos que este Código introdujo la corriente extranjera de la "civilización" del Derecho Comercial, porque muchas de sus normas,

inclusive todo el título de la compra-venta fue derogado, remitiéndose a las normas del Derecho Civil (ver artículo 2112 del Código Civil). Si en la coyuntura actual y para el futuro el legislador quiere alentar el fomento a las inversiones, lo más aconsejable resulta no encasillar estas nuevas formas contractuales bajo esquemas rígidos. Pero, en cambio, son importantes estas reflexiones en torno al *joint venture* para aconsejar la adecuación de la Ley General de Sociedades a las exigencias de la vida empresarial de hoy, introduciendo un principio que brinde más flexibilidad a sus esquemas normativos.



En los tiempos de la dictadura militar de Velasco Alvarado se repudiaba a la sociedad anónima como la causante de todos los males del capitalismo yanqui o imperialismo, como se le llamaba despectivamente. Se trató de modificar los esquemas tradicionales del Derecho Societario insertándole el "modelo peruano". Alguien hubiera pensado que los militares habían logrado inventar un modelo societario de reemplazo. Pero no fue así. La famosa economía centralmente planificada, donde el Perú crecería hacia adentro, tenía su correlato con el modelo empresarial pluralista, cuyo eje reposaba en la Comunidad Laboral y en la Ley de Propiedad Social. Para darle vida a ese híbrido de las Comunidades Laborales se tuvo que recurrir al modelo de la sociedad anónima, obligando a las sociedades de personas y a los negocios individuales a que se transformaran en sociedad anónima para poder albergar al socio obligatorio que era la Comunidad Laboral, de lo contrario, el esquema no funcionaba. Ese es el peligro de legislar para la coyuntura y de modificar cuerpos orgánicos sin mayor debate.

## 2. ANTECEDENTES. LA COMISIÓN DE REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES No. 16123 (DEROGADA).

La Ley General de Sociedades vigente (Decreto Legislativo 311, del 12 de noviembre de 1984) tuvo como antecedente inmediato la derogada Ley de Sociedades Mercantiles 16123 del 27 de julio de 1966. Esta última rigió por dieciocho años y durante ese lapso no se produjo un cambio profundo en las relaciones jurídico mercantiles como para justificar su derogatoria y reemplazo por otro cuerpo orgánico. Sin embargo, la decisión política prevaleció y el régimen de turno en ese entonces (segundo gobierno del Arquitecto Belaunde Terry) anotó entre sus "logros" esta nueva ley, que de "Ley General" sólo tiene el nombre, porque no trajo consigo ningún aporte de nuevas instituciones o nuevos conceptos a tono con el avance del Derecho Comercial y Derecho Empresarial, tal como lo reconocen la generalidad de autores y profesionales que se han pronunciado al respecto. Esta comparación la puede hacer el propio lector y teniendo a la vista ambos textos legales, sacará sus propias conclusiones. **Se desconoce quién fue el autor del Decreto Legislativo 311. No hubo una Comisión de Reforma.** Fue una iniciativa del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia. Lo único que hizo quien elaboró esta Ley General de Sociedades fue un retoque formal para concordar su esquema normativo con el nuevo Código Civil de 1984 que recién entraba en vigencia en aquel entonces. Reubicó el articulado e insertó las normas sobre sociedad civil contenidas en el Código Civil derogado de 1936. Curiosamente a esta labor se le califica como "...unificación del Derecho Positivo de Sociedades", según los considerandos del Decreto Legislativo 311.

Previamente a la dación del Decreto Legislativo 311 hubo dos intentos de reforma de la Ley de Sociedades Mercantiles 16123. Por Resolución Suprema 054-81-JUS del 25 de agosto de 1981, se constituyó la comisión encargada "...de elaborar el anteproyecto destinado a reformar la Ley de Sociedades Mercantiles 16123". Esta comisión incorporó nuevos miembros y consiguió diversos plazos ampliatorios para cumplir su finalidad, pero no cumplió con entregar el anteproyecto que se le encargó y por ello, mediante Resolución Suprema 043-85-JUS del 19 de febrero de 1985 se dispuso su reestructuración, integrándola con nuevos miembros. La nueva Comisión estuvo integrada por los doctores Rafael Roselló de la Puente, Alvaro

Llona Bernal, Julio Salas Sánchez y Oswaldo Hundskopf Exebio. Se nos honró con la Presidencia y nos dieron el plazo de noventa días calendario para la presentación del anteproyecto final. Era Ministro de Justicia el Doctor Alberto Musso Vento. Paralelamente, el Ejecutivo trabajaba su proyecto de reforma, a nivel burocrático, que devino en el Decreto Legislativo 311.

La premisa introductoria que tomó como referencia la Comisión de Reforma de la Ley de Sociedades Mercantiles para su plan de trabajo fue considerar que era innecesario cambiar la ley por cambiarla. Así se lo hicimos saber al Ministro quien aceptó esta premisa y es así que, al presentarle nuestro trabajo, dentro del plazo de noventa días calendario que se nos concedió, decíamos lo siguiente: "En tercer lugar, quiero dejar sentado que ha prevalecido en la Comisión el ánimo de considerar, como premisa fundamental, que la estructura y régimen jurídico introducidos en nuestra legislación por la Ley 16123, son buenos para nuestra realidad y funcionan correctamente, pero requieren algunos ajustes aconsejados por la experiencia de 19 años en su aplicación. No se trata pues de que la Comisión aconseje cambiar radicalmente el texto de la Ley sino de actualizar y perfeccionar su normativa. Tanto y más si la legislación vigente ya está introducida y enraizada en el manejo forense, técnica judicial y práctica empresarial"<sup>(1)</sup>. Expresamos también en dicho documento que nuestro trabajo se vio aligerado por los importantes avances que había realizado la comisión nombrada originalmente en 1981. **Por Resolución Suprema 161-85-JUS del 24 de julio de 1985 el Gobierno dio por concluidas las labores de la comisión, agradeciéndole por los importantes servicios prestados a la Nación.**

### Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado por la Comisión de Reforma en 1985.

"La Comisión ha trabajado intensamente desde 1981, en que se constituyó originalmente y fruto de este trabajo consta en diversas Ponencias que, debidamente sustentadas, forman el texto integrado del Documento de Trabajo o Bases del Anteproyecto modificatorio de la Ley General de Sociedades, que presentamos al Ministerio de Justicia, cumpliendo el encargo conferido. En realidad, poco es el tiempo que ha podido disponer la Comisión para elaborar un trabajo más completo, con mayor profundidad conceptual, doctrinal y recogiendo más opiniones de las instituciones representativas de las profesiones y actividades empresariales del país,

(1) Oficio del 18 de junio de 1985 dirigido por la Comisión al Ministro de Justicia presentándole el Anteproyecto con varias propuestas de modificación a diversos artículos de la Ley 16123.

como hubiéramos querido. Entendemos que este Documento de Trabajo constituirá un aporte importante para el futuro trabajo parlamentario, donde deberán debatirse las modificaciones a la Ley General de Sociedades, así como la incorporación de nuevas formas societarias que se han venido insertando en el cuadro legal empresarial de nuestro país, sin detenerse a apreciar que el Derecho Comercial Peruano le presta sus estructuras jurídicas y societarias al Derecho Empresarial. Por lo antes expuesto, la Comisión ha comenzado por adecuar el texto de la Ley General, en su artículo 1, a la definición constitucional de "empresa", enfatizando que las sociedades deben contribuir con su esfuerzo productivo al bien común, como derecho-deber que impone la Carta Fundamental del país a toda sociedad-empresa. Pensamos que el Derecho Societario debe imbuirse profundamente del contenido del artículo 130 de la Constitución, para actualizar su normativa<sup>(2)</sup>. La Comisión ha considerado conveniente precisar un punto de partida para todo trabajo de modificación y perfeccionamiento del régimen societario nacional. La Ley General de Sociedades, en cuanto ha tomado los antecedentes casi al pie de la letra de la derogada Ley de Sociedades Mercantiles 16123, es una norma positiva, buena ley, que no puede derogarse ni reemplazarse sino después de una profunda reflexión, porque entendemos que su texto requiere ajustes, actualizaciones, modificaciones pero no supresión radical de su esquema, que viene funcionando normalmente desde 1966. Recogiendo esa experiencia en la aplicación de la Ley durante 19 años, hemos insertado propuestas de modificatorias de aquellos artículos como el numeral 9 y el numeral 23, donde proponemos sanciones para los casos de incumplimiento de las inscripciones en el Registro Mercantil y de la indicación de los datos registrales correspondientes a cada empresa, que constituyen elementos valiosos de información para terceros, pero que estaban normados sin sanción, como normas morales, y por ello, la propia ley propicia su incumplimiento. Uno de los temas más interesantes, que se ha actualizado últimamente en el medio forense peruano, ha sido el de si la ley debe o no aceptar el pago a cuenta de utilidades (dividendos) antes de cerrado el ejercicio anual. La premura del tiempo que se ha dado a la comisión para poder cumplir su cometido, ha impedido que se profundice al respecto; pero, hay consenso mayoritario en la comisión para distinguir entre el pago de dividendos y el pago a cuenta de utilidades, bajo responsabilidad del Directorio y la

Gerencia, considerándose tal adelanto como crédito en favor de la sociedad, habida cuenta de que se trata de una costumbre generalmente aceptada, que contribuye al dinamismo del mercado bursátil, y sometida incluso a tributación. Hay posiciones discrepantes, cuyos fundamentos son muy atendibles y serios. Corresponderá al legislador tomar la posición más acorde con la realidad nacional. En cuanto a la sociedad civil, la comisión considera necesario modificar el Decreto Legislativo 311, que dejó de lado la antigua definición de sociedad que contenía el Código Civil derogado de 1936, pero que no repudiaba la especulación mercantil como algo implícito en cualquier sociedad. Pensamos que el contrato de sociedad ha evolucionado radicalmente y debe orientarse hacia el concepto de "empresa" que define el Artículo 130 de la Constitución vigente, precisándose, además que deben contribuir con su esfuerzo productivo al bien común. También hemos considerado importante contemplar la derogatoria del Artículo 330 de la Ley General de Sociedades, en cuanto establece que en la sociedad civil ordinaria los socios responden "subsidiariamente", por las obligaciones sociales en proporción a sus aportes. Pensamos que dicho texto se refiere a una responsabilidad "subsidiaria" ajena al Derecho Peruano; que no figura en el nuevo Código Civil y que hemos podido apreciar en sociedades europeas, de tipo centralmente planificado o sabor cooperativista. Como no tenemos Exposición de Motivos del referido Decreto Legislativo, no hemos podido averiguar cuál fue la intención del autor de esta expresión; pero, definitivamente, no se acomoda a nuestro ordenamiento legal ni a la realidad legislativa peruana. Por ello hemos rescatado la definición que se recogía en el artículo 1710 del Código Civil de 1936 (derogado) y que resume el maestro Jorge Eugenio Castañeda, cuando dice: "En las sociedades de derecho civil la responsabilidad de los socios no es solidaria; pero tampoco es mancomunada; es una responsabilidad *sui generis*"<sup>(3)</sup>. Las Ponencias que se han desarrollado en el seno de la comisión proponen modificatorias a 84 artículos del texto vigente de la nueva Ley General de Sociedades; y dos nuevos textos que deberán incorporarse en su texto definitivo. Este trabajo constituye un aporte documentario para el futuro trabajo parlamentario donde se discuta, con más amplitud y profundidad, las modificatorias que requiere el régimen legal societario peruano. Creemos haber cumplido satisfactoriamente la difícil tarea que nos encargó el señor Ministro de Justicia, entregándole nuestro aporte de estudio y actualiza-

---

(2) La referencia corresponde a la Constitución de 1979. La Carta vigente no define a la empresa.

(3) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Código Civil Comentado. Pág. 452.

ción de las modificaciones más importantes que requiere la Ley General de Sociedades vigente. Lima, 18 junio de 1985".

### 3. LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES (DECRETO LEGISLATIVO 311). UNA "REFORMA INTRASCENDENTE".

Un análisis objetivo del Decreto Legislativo 311, sobre el aspecto estrictamente formal, porque no hay ninguna innovación sustantiva, nos permite afirmar que más del noventa por ciento de su contenido normativo corresponde a una copia textual de la Ley de Sociedades Mercantiles, con algunas modificaciones de sintaxis en los primeros veinticinco artículos, que ahora constituyen el Título Preliminar de la Ley General, y la sola inserción de un numeral: el artículo 14, que trata sobre el patrimonio social. El diez por ciento restante corresponde a la inserción, actualizada su redacción, de los artículos 1686 al 1748 del Código Civil derogado de 1936, sobre contrato de sociedad, con curiosas creaciones jurídicas, por llamarlas de algún modo, como la del numeral 330, que trata sobre la "responsabilidad subsidiaria" de los socios de la sociedad civil ordinaria; concepto ajeno a la legislación y doctrina peruanas en materia societaria.

---

*"Las sociedades mercantiles necesitan flexibilidad y no moldes rígidos que retrasen su avance empresarial"*

---

### 4. LA REALIDAD EMPRESARIAL, ECONÓMICA Y SOCIETARIA EN 1994. LA CONSTITUCIÓN DE 1993. NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN EN MATERIA SOCIETARIA. NECESIDADES QUE IMPONE LA REALIDAD JURÍDICA.

Es indiscutible que la realidad empresarial, económica y societaria de 1994 es muy distinta a la de 1966, fecha en que se promulgó la Ley de Sociedades Mercantiles No. 16123 (derogada). También es verdad que la realidad de 1985, año en que se dictó la Ley General de Sociedades (Decreto Legislativo 311) era muy diferente a la de hoy. Han pasado veinticuatro años y se han sucedido dos nuevas Constituciones

Políticas en dicho lapso. Además, en 1966 regía la Constitución de 1933 y no fue necesario modificarla para derogar el régimen de sociedades comerciales del Código de Comercio de 1902 y sustituirlo por la Ley de Sociedades Mercantiles No. 16123. Por último, en la nueva Constitución de 1993 ya no se define el concepto jurídico de empresa y no por ello podríamos afirmar que hemos retrocedido en Derecho Empresarial. Lo importante es que la realidad jurídica y legislativa del Perú se ha enriquecido con estos nuevos conceptos y el Derecho Empresarial Peruano se ha consolidado y tiene más contenido e instituciones que marchan acordes con los avances en el mundo de los negocios. El Título III de la nueva Constitución (Del Régimen Económico) en sus artículos 58 y siguientes delimita el marco de la **economía social de mercado**, donde la iniciativa privada es libre y ya no se concibe el rol empresarial del Estado con sentido populista, como lo hicieron los gobiernos que se sucedieron desde 1970 y que en nuestro país han provocado graves desequilibrios financieros, a tal punto que en 1990 las empresas estatales perdían seis millones de dólares diarios. En 1992 se dictó, antes de la nueva Carta, ciento veintisiete decretos legislativos que permitieron la orientación del marco legal empresarial hacia la modernidad y lo que se llama "apertura de la economía". **En conclusión, desde el punto de vista social, económico, empresarial y jurídico, el mundo de los negocios y de la empresa ha cambiado mucho en los últimos veinticuatro años.** Han surgido nuevas formas de contratación en materia comercial y empresarial, en general, y nuevas formas societarias, en particular. El cuadro de la sociedad anónima se ha enriquecido, en nuestro medio. A las formas tradicionales de constitución simultánea y por suscripción pública debemos agregar, ahora, las sociedades anónimas abiertas (Decreto Supremo 089-87-EF del 6 de abril de 1987) y las sociedades anónimas de accionariado difundido (Decreto Legislativo 672 del 24 de setiembre de 1991). Hay nuevas formas de contratación, como el *joint venture*, que no necesariamente deban encasillarse en fórmulas rígidas, como reclaman distinguidos expertos. La disyuntiva que motiva este artículo se concreta en respondernos si es necesaria una modificación radical de la Ley General de Sociedades, para albergar estas nuevas formas de negocios o si es suficiente con modernizar su texto, insertando las nuevas modalidades societarias, perfeccionando la normativa vigente y adecuándola al nuevo entorno de los negocios, a nivel mundial.

En nuestra opinión, la Ley General de Sociedades no necesita ser modificada radical y completamente; ni es necesario cambiar totalmente su texto y reemplazarlo por otro, como se sostiene por voces muy autorizadas. Es una cuestión conceptual donde nunca

encontraremos acuerdo unánime, pero la realidad nos sirve como fundamento, porque no hay ningún obstáculo insalvable, en estos momentos, para formar sociedades anónimas y contratar en las nuevas formas impuestas por el mundo empresarial. Tal es el caso del *joint venture*, que muchos quieren asemejar a la asociación en participación, pero que tiene sus propias características y que distinguidos especialistas aconsejan mejor dejarlo sujeto a la libre contratación, antes que encasillarlo. Creemos que las normas de la legislación societaria necesitan menos rigidez. Nos anotamos en el grupo de especialistas que demandan mayor flexibilidad para las normas societarias. **Agréguese a todo esto que los problemas que tenemos los abogados y empresarios, en este momento, no los originan las leyes societarias sino otras cuestiones aleatorias, como la pésima situación de los Registros Públicos, que sí constituye una traba que desnaturaliza los esfuerzos del gobierno por captar nuevas inversiones y reactivar la economía. Es inconcebible que un inversionista extranjero, acostumbrado a celebrar sus transacciones apoyado por la informática y los últimos avances tecnológicos, tenga que sufrir en nuestro medio, el vía crucis de esperar semanas o meses para inscribir un contrato de constitución social, o cambio de firmas para los directores o apoderados, o constitución de sucursal, simplemente porque el servicio que brindan los Registros Públicos es pésimo y el Ministerio de Justicia no hace nada para solucionarlo y el Poder Ejecutivo y el Legislativo no se ponen de acuerdo sobre la Ley del Sistema de los Registros Públicos. Esa coyuntura desalentará a cualquier inversionista. En Bogotá, para no tomar como ejemplo realidades muy distantes, el Registro Mercantil (atendido por la Cámara de Comercio), atiende cualquier requerimiento de inscripciones en pocos minutos y el inversionista, nacional o extranjero, en cinco minutos tiene la seguridad jurídica que busca para sus contratos. Ese es el problema más grave que nosotros advertimos en nuestra realidad societaria; antes coyuntural y adjetivo, que legal o normativo.**

Se sostiene por quienes abogan por una reforma radical traducida en una nueva ley, que las leyes comerciales envejecen muy rápidamente, y que es necesario ponernos al día con los tiempos modernos. Pero, se olvidan que nuestro Derecho Comercial ha sido "civilizado", es decir, teñido de Derecho Civil, de conformidad con las normas del Código Civil de 1984; se olvidan que hasta el contrato de compra-venta (mercantil por excelencia) ha sido insumido por el Derecho Civil y en la práctica nadie ha reclamado tener problemas u obstáculos por esta transformación tan radical, simple y llanamente porque si hubo problemas, estos fueron solucionados sin acudir a la ley comercial sino a la posibilidad de firmar contratos innominados, como

establece la fórmula flexible del nuevo Código Civil. Es cierto que han surgido nuevas formas societarias, o derivadas de la arquitectura tradicional de la sociedad anónima, como las sociedades anónimas abiertas y las de accionariado difundido. También es cierto que las sociedades de personas -caso de las sociedades colectivas y comanditarias- van perdiendo popularidad. Pero ello no justifica, en nuestra opinión, que se cambie la Ley General cada vez que surge una especie que se hace popular, porque esta preferencia va decayendo en el tiempo. Así ha sucedido con las sociedades de personas y las E.I.R.L. (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada) que ahora no tienen mucha acogida en nuestro medio porque siempre el hombre busca cobijarse de la responsabilidad solidaria que compromete su patrimonio particular y prefiere acogerse a la responsabilidad limitada, bajo la sombra de la sociedad anónima. Las nuevas formas de sociedad anónima, como las abiertas y las de accionariado difundido, son necesidades de la coyuntura presente, pero insumidas en el concepto tradicional de sociedad anónima; imbuidas de su estructura jurídica; son modelos que corresponden a la misma arquitectura jurídica y que no justifican cambiar totalmente la Ley General para albergarlas. Suficiente con incorporarlas a la Ley General de Sociedades, mediante una ley especial, para satisfacer a quienes son partidarios de los esquemas rígidos y establecer el principio general de legalidad, en cuya virtud, cada forma societaria que se cree o invente en el futuro, se acoja a la Ley General, tal como se trata a los nuevos títulos valores en la Ley 16587. Pueden surgir diversas formas societarias, dentro del rubro de las sociedades anónimas, pero su concepto esencial de capital con personalidad jurídica quedará inalterable. **Por ello, tampoco creemos que sea necesario, para estar "actualizados", eliminar a las sociedades de personas, como las sociedades colectivas y las comanditarias, porque eso significa desconocer la realidad nacional.** En provincias todavía tienen acogida las sociedades de personas, donde prevalece el elemento personal y de confianza en los socios, individualmente considerados y siguen constituyéndose sociedades colectivas, por ejemplo; como siguen teniendo vida los contratos de anticresis, pero en Lima es muy difícil que se presenten. Nos viene a la mente, al escribir estas líneas, la situación de las sociedades de profesionales, en 1966. La realidad de ese momento era que los servicios profesionales no podían prestarse por sociedades anónimas sino por sociedades civiles de responsabilidad limitada, al amparo del Código Civil de 1936 (derogado) porque las sociedades comerciales -se decía- persiguen lucro, y los servicios profesionales se orientan al servicio "social", siendo ajenos al lucro mercantil. Nada más falso y a espaldas de la realidad. El asunto es que, contra ese

criterio y sin necesidad de una nueva ley de tipo rígido, y sin modificar la Ley General de Sociedades, en la actualidad, sólo en el rubro de servicios médicos, hay cientos de sociedades anónimas legalmente constituidas, para albergar a las clínicas, asociando a decenas de médicos especialistas, en cada caso; y a nadie se le ha ocurrido pedir su disolución porque persiguen lucro y tienen estructura comercial. Hay también quienes abogan porque en la nueva Ley de Sociedades se exija más precisión en cuanto al "objeto social", evitando -dicen- que sea un "cajón de sastre". Esto desvirtúa la realidad, porque la experiencia demuestra que es necesaria una cláusula amplia que permita acoger cualquier otro tipo de negocio que necesite emprender la sociedad durante su existencia; caso contrario, cada vez que la sociedad necesite incursionar en una nueva línea o rubro de negocios, tendría que modificar y ampliar su objeto social. Las sociedades mercantiles necesitan flexibilidad y no moldes rígidos que retrasen su avance empresarial. En concreto, sostenemos que la ley debe caminar a tono con la realidad, pero no para encasillarla y someterla a moldes inflexibles, sino para facilitar los negocios y las relaciones contractuales. No busquemos el perfeccionismo a través de la ley, porque nunca lo encontraremos. Desde que se promulga la ley, ya están surgiendo nuevas necesidades que la van superando. Ese es el peligro de optar por modelos rígidos.

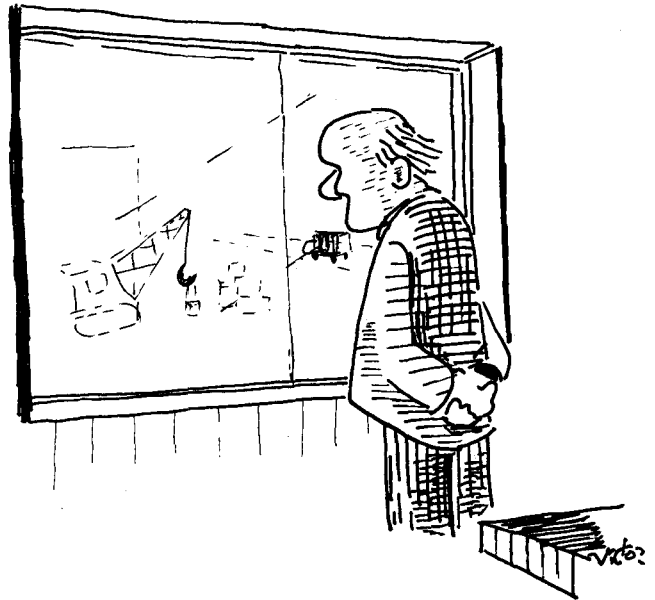
#### Modificaciones que requiere la legislación vigente.

Revisando las sugerencias que se vienen efectuando por expertos en Derecho Comercial y Derecho Empresarial, pasamos a enumerar las principales cuestiones que a nuestro parecer merecen incorporarse a una reforma parcial de la Ley General de Sociedades.

1) **Incorporar las acciones sin derecho a voto.** Estamos de acuerdo. La Ley española sobre sociedades anónimas de 1989 ha tomado esta fórmula que es positiva en naciones, como la nuestra, que están pugando por dar todas las facilidades para la inversión y ampliación del mercado de valores mediante mecanismos que permitan canalizar ahorro interno. El CCD (Congreso Constituyente Democrático) acaba de aprobar la modificatoria de los artículos 108 y 109 de la Ley General de Sociedades, posibilitando la emisión de acciones sin derecho a voto.

2) **Incorporar el modelo de las "empresas de factoring".** Nos parece innecesario, porque la Ley General de Sociedades es una especie de "ley marco", donde se establecen los esquemas fundamentales de sociedades de capitales y de personas, para que los interesados escojan, sin perjuicio de que, por ley especial (en este caso la Ley de Bancos), se dicten las normas

específicas que regulen los detalles de su actuación en el mercado financiero. Me remito a los comentarios del Doctor Rolando Castellares Aguilar, experto en Derecho Bancario.



3) **Eliminar las acciones al portador.** No estamos de acuerdo. Estas acciones existieron en nuestro medio hasta terminar la década del setenta y las eliminó la ley tributaria, con fines de control fiscal (Decreto Supremo 287-68-HC). Pero pagaban una tasa más alta de Impuesto a la Renta. En algún momento el mercado de capitales las necesitará.

4) **Perfeccionar las normas sobre acciones con prima, acciones de cuota (sin valor nominal), acciones con voto plural y otros privilegios contenidos en acciones.** Estamos de acuerdo, siempre que se haga un estudio de nuestra realidad empresarial orientado a proteger al inversionista, cautelando el principio de transparencia; y que se opte por un modelo muy flexible que permita incluir otras modalidades que pudieran surgir en el futuro.

5) **Perfeccionar el régimen para la sociedad en constitución.** Estamos de acuerdo. Pero, la opción debe orientarse a un sistema flexible que permita operar a los responsables de la primera etapa de vida de la sociedad, antes de su inscripción, quienes asumen responsabilidad personal y solidaria por todo lo que ocurra en dicho lapso. Este problema se ha agudizado en la coyuntura actual, por los inconvenientes expuestos sobre el deficiente servicio que prestan los Registros Públicos. El nuevo régimen debe cautelar principalmente el interés de los terceros que contratan con la empresa en constitución.

6) **Transferencia de acciones antes de su emi-**



sión. El artículo 102 de la Ley vigente prohíbe esta transacción, pero, dado el avance logrado en materia de mercado de capitales y de valores, siempre que se cautele el principio de transparencia y el legítimo derecho del comprador, nos parece una opción interesante.

7) **Perfeccionar el régimen de los dividendos pasivos a fin de reajustar su valor y preservar el capital social.** Estamos de acuerdo.

8) **Establecer el principio de legalidad,** en cuya virtud, toda nueva forma societaria creada o por crearse mediante ley especial, quede comprendida dentro del ámbito de la Ley General de Sociedades. Así se evitará la tentación de cambiar la ley cada vez que cambie la coyuntura.

9) **No estamos de acuerdo con incorporar como forma societaria el contrato de franquicia (*franchising*)** porque, al igual que el contrato de *joint venture*, es un contrato innominado que no necesita encasillarse; que puede vivir dentro del ámbito del Código Civil; que necesita amplia flexibilidad. En la práctica es un contrato de asociación de capitales, a través del cual se genera.

10) **Perfeccionar las normas sobre unión y escisión de sociedades,** tomando las características más destacadas de las teorías corporativista y contractualista, en función de nuestra realidad. La ley peruana le da un tratamiento muy superficial a la fusión de sociedades y no contempla la figura de la escisión de sociedades, excepto en alguna norma de carácter tributario. La globalización de la economía impone estas nuevas instituciones de Derecho Societario dentro del concepto genérico de "concentración empresarial". El Doctor Julio Salas Sánchez sostiene, por ejemplo, que la ley desconoce la etapa previa de los actos de fusión, pensando que la Junta General decide todo, como si la fusión fuese un acto de generación espontánea. Esta etapa previa tampoco fue tratada en la derogada ley española que sirvió de fuente a la nuestra, en 1966. En el aspecto operativo, la exigencia de la ley peruana de tener un balance cerrado al día anterior de la escritura pública -acota Salas Sánchez- tropieza con el impase de que los contadores no pueden hacer este trabajo en un día; los notarios, tampoco pueden tener abierto su protocolo más de veinticuatro horas. En el Registro Mercantil no se entiende este problema, observando los títulos cuando la fusión no se presenta como acto único sino con actos adicionales. Respecto a la escisión de sociedades, nos remitimos a la excelente tesis de Roxana Sala Estremadoyro, ex alumna de la Universidad Católica.

11) **Legislar sobre la exclusión de accionistas de las sociedades anónimas,** permitiendo a la Junta General Extraordinaria que decida la exclusión, cuando el accionista actúa contra los intereses de la sociedad, le hace competencia desleal o comete actos delictivos

contra los directivos y otros accionistas, dañando -además- el patrimonio social. Existe una curiosa Ejecutoria Suprema que deniega la posibilidad de excluir a los malos accionistas de una empresa de transporte (Empresa de Transportes Cinco S.A.), que no sólo atentaron contra la vida de los directores y otros accionistas, sino que dañaron las instalaciones de la empresa, siendo reprimidos por la justicia penal, y pese al repudio y exclusión decidida por la Junta General Extraordinaria, la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, declaró infundada la demanda porque, según ella, no hay en la Ley General de Sociedades, norma que lo permita y por tratarse de una sociedad de capitales donde -según la Corte Suprema- no prevalece el elemento personal.

12) **Precisar el alcance de las acciones de garantía en el Derecho Societario,** para evitar que desnaturalicen las acciones especiales que contiene la Ley General de Sociedades, porque, en la práctica, se hace uso indiscriminado de las acciones de amparo e inclusive del hábeas corpus, para impugnar acuerdos de las Juntas Generales o Directorios de las sociedades anónimas; o se inventan procesos que van más allá del amparo, basados en el Título Preliminar del Código Civil (Caso Leandro Reaño vs. Banco de Comercio, sobre impugnación de acuerdos; así como el hábeas corpus interpuesto contra los directores del Banco de Comercio, en favor de Carlos Manrique Carreño, removido de su cargo de Presidente del Directorio. Exp. 87-94. Novena Sala Penal de la Corte Superior de Lima. Sentencia 27 de enero de 1994).

13) **Revisar y establecer plazos y sanciones para el incumplimiento de obligaciones elementales** por las sociedades comerciales y empresas en general, como son la inscripción de actos modificatorios y nombramiento de directores, gerentes, administradores, miembros del Consejo de Vigilancia, liquidadores y otros representantes (artículos 9 y 17 de la ley) para la indicación de los datos de inscripción y otros de cada empresa (artículo 23) y para las publicaciones que manda la Ley (artículo 24); porque estas obligaciones están orientadas a cautelar los derechos de los terceros que contratan con la sociedad. Tampoco hay plazos ni sanciones por no elevar oportunamente a escritura pública los acuerdos de reducción o aumento de capital, distorsionando la realidad de las finanzas de las sociedades, hecho que atenta contra el principio de transparencia, como también atenta la falta de control sobre el capital pagado de las empresas con acciones no cotizables en Bolsa, a las que la CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores) jamás podrá supervisar, pero es común crear sociedades con capitales considerables que desaparecen en veinticuatro horas, cuando debería imponérseles alguna especie



de encaje para resguardar derechos legítimos de terceros.

Hay muchas otras sugerencias similares que, como podemos advertir, corresponden casi exclusivamente al régimen de la sociedad anónima y no se refieren a otros tipos de sociedades mercantiles, lo que

nos demuestra que el texto vigente de la Ley General de Sociedades requiere ajustes y modificaciones parciales, pero no una sustitución total, teniendo en consideración, fundamentalmente, que este cuerpo de leyes está ampliamente introducido en nuestro medio empresarial y forense.<sup>48</sup>