

# Apuntes societarios desde España

Diálogo con Rodrigo Uría M.

Por Carlos Rodríguez y María Inés Vásquez (\*).

**La reforma de las instituciones societarias no constituye una preocupación exclusiva de nuestro país ni responde a una coyuntura nacional. En la siguiente entrevista, el profesor Rodrigo Uría M. expone sus ideas respecto a las formas societarias y su relación con el futuro del derecho mercantil.**

**La formación de la Comunidad Económica Europea -en adelante CEE- exige una serie de cambios y adaptaciones de parte de los países que deseen integrarla en distintos ámbitos como el económico, el administrativo o el legal. ¿Cómo se dieron estos cambios legislativos para el ingreso de España a la CEE, específicamente en el área societaria?**

Las exigencias de la CEE son diversas. Existen directivas sobre contabilidad, responsabilidad, sobre órganos, sobre capitales mínimos, intercambio de capitales, etc., que exigían naturalmente el cambio de la legislación. La ley de Sociedades Anónimas española de 1951 era una buena ley, funcionó muy bien pero efectivamente necesitaba de alguna reforma. Muchos pensábamos que era conveniente aprovechar el momento de la integración a la CEE para hacer una

Ley General de Sociedades en la cual se expliquen mejor las cosas; por ejemplo, donde se regulen los tipos sociales, como la peruana que es una magnífica ley. Pero el legislador español no optó por esta alternativa. En el año de 1987 se elaboró un proyecto de Ley General de Sociedades, que finalmente no prosperó por una decisión política. Al parecer creaba muchos problemas administrativos y registrales. Por ello, la ley de 1989 es un poco una reforma ortopédica de la ley del 51; no hace grandes cosas, sólo aquellas que imponen las directivas.

**¿Cuáles fueron los obstáculos que se presentaron al adoptar las directivas de la CEE?**

En realidad no creo que hayan existido grandes obstáculos. Pienso que el mercado impone ciertas transformaciones o adaptaciones a una legislación. Es probable que en donde haya sido más

duro es en la directiva sobre contabilidad, porque realmente han cambiado el sistema de contabilidad que existía, lo cual implicó cambiar la enseñanza de la contabilidad.

**El hecho de adecuar las normas internas a las exigencias de la CEE, a fin de lograr la integración con las normas comunitarias, ¿no conlleva a que el ordenamiento interno avance al paso, en muchos momentos lento, del orden legal comunitario?**

Esto muy difícil de explicar. Yo lo llamaría la petrificación. Si se tiene una norma y aparece una directiva, se tiene que sobreponer esa directiva al orden interno, lo cual implica una fusión de ambas, una adaptación. Una vez que se ha incorporado la directiva, el resultado ya no puede ser alterado desde el Estado, ya está en el acervo comunitario. Ese resultado ya es parte del Derecho comunitario. Existen dos Derechos comunitarios. El comunitario que constituye los órganos que pueden crear el Derecho de la CEE y los Derechos internos, que también son comunitarios pero que son de cada uno de los países miembros. En la medida que se adapta una norma de Derecho interno a la directiva esa norma ya pasa a ser Derecho comunitario puro, entonces los órganos legislativos del país ya no la pueden tocar. Éste es uno de los grandes agujeros de la CEE. En la medida que hay un gran déficit político y un parlamento que no legisla, entonces lo que se ha adaptado a las directivas de la CEE se queda petrificado. Este es un gran impase. Pero se va a corregir cuando entre en circulación el Euro, soy un europeísta convencido. No creo que pueda haber durante quince años unión económica y monetaria sin unión política.

**En relación a las sociedades en general, ¿considera usted adecuado mantener la diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles?**

En España las sociedades civiles están reguladas en el Código Civil, podríamos decir que son el tipo “básico” de sociedad. El Código Civil señala que hay sociedad cuando varias personas ponen en común su trabajo, bienes o hacienda y convienen en repartirse las ganancias de lo que han puesto en común. La sociedad civil no requiere ni siquiera forma escrita; la necesita para tener personería jurídica, sin embargo puede haber sociedad civil de hecho. No existe ya la sociedad civil en la práctica. En un momento hubo sociedades civiles exclusivamente para las asociaciones profesionales. Los abogados, los arquitectos, parecía que, como eran profesionales, estaban sometidos a unas reglas corporativas, deontológicas, etc., que no les permitían constituir una sociedad mercantil, porque el profesional no tenía la característica esencial de la sociedad mercantil, que es el ánimo de lucro; eran personas que se dedicaban a servir a otras a cambio de una contraprestación.

Entonces, creo que la sociedad civil en tanto forma societaria es arcaica, no tiene sentido en el mundo en el que vivimos ni en España, ni en Latinoamérica ni en ninguna parte del mundo.

**En relación a esto, la Ley General de Sociedades peruana define de manera amplia a la sociedad como una entidad dedicada a realizar actividades económicas, sin indicar si éstas actividades tienen fin lucrativo o no. ¿Cuál es su opinión al respecto?**

Bien, creo que debe dársele una interpretación progresiva. Decir que cuando se habla de actividades económicas se está haciendo referencia al mercado. Pero, creo que hay un concepto que ya está superado que es el ánimo de lucro. Cuando alguien entra al mercado a brindar bienes o servicios y recibe contraprestaciones por ellos, tienen ánimo de lucro. Por ejemplo, el abogado que presta sus servicios está lucrando;

pero, en realidad, no es lo que se concibe como el ánimo de lucro clásico. Entonces, me parece que lo que está sucediendo en este momento es que la sociedad civil ha dejado de contar, por que lo que hay son comunidades de bienes, y la sociedad civil sin ánimo de lucro se parece muchísimo a una comunidad de bienes, una comunidad de bienes hereditarios, de bienes inmobiliarios, etc. Pero entre la sociedad de bienes como forma parasocial absolutamente primaria y la sociedad de capitales ya no existe nada en común, porque inclusive las sociedades personales como la sociedad comanditaria, está en desuso. En España, por ejemplo, no se constituyen sociedades comanditarias. Realmente creo que en este momento se puede afirmar que, en la práctica, aparte de las sociedades mercantiles, no hay nada más. Sin embargo, existe una excepción: el “tercer sector”, conformado por las fundaciones, las organizaciones no gubernamentales, las entidades sin ánimo de lucro que revierten sus beneficios a la comunidad, las asociaciones, las que están tomando un auge muy importante. Sobre todo podemos mencionar que en países como Estados Unidos o en países latinos como España existen muchas ONG’s y fundaciones que desarrollan actividades que no son de mercado, pero que son actividades que están relacionadas con él. Por ejemplo, las grandes empresas españolas tienen fundaciones y a través de éstas realizan patrocinios, mecenazgo, actividades culturales, actividades deportivas o benéficas. Es una forma de hacer el llamado “marketing social”, es decir, mostrar que la empresa ayuda a la comunidad para mejorar su imagen; entonces los inversionistas la ven de una mejor manera y están dispuestos a comprar los títulos o acciones de dicha empresa. Por tanto, creo que ahora se puede dividir el mundo asociativo o societario en sociedades de capitales y tercer sector.

**¿Cuál es su opinión acerca de introducir características de las sociedades**

**personales a la sociedad de capitales? Por ejemplo, al regular la sociedad anónima cerrada la ley peruana limita la transmisibilidad de los títulos y admite el derecho de preferencia para la adquisición de acciones, rasgos que son propios de la sociedad personal.**

La sociedad anónima cerrada peruana se parece a la española. Esto no me parece ni bien ni mal. Creo que cuanto más opciones se den a los operadores en el mercado, mejor. Que ellos ejerciten la libertad de acogerse a una u otra forma social. Entonces, el que quiere hacer un negocio cuyas características le llevan a escoger una sociedad anónima cerrada -porque es un negocio con tinte familiar, porque es un negocio en el cual participan personalmente los accionistas, y por tanto la salida de un accionista y la entrada de otro puede dar cabida al ingreso de un competidor o puede perjudicar al propio negocio- que tenga la posibilidad de hacerlo. Me parece muy bien que haya dos tipos de sociedades y que cada cual escoja la que más le convenga.

**El tema de las acciones sin voto es novedoso para nosotros. ¿Cuál es la importancia de este supuesto en la legislación española? ¿Ha tenido éxito?**

Ha sido un fracaso total. Esencialmente por dos razones. Primero porque es un sistema poco claro y segundo porque tiene un dividendo fijado en la ley, lo cual es incorrecto. En la ley peruana se encuentra mejor regulado porque deja la determinación del dividendo al propio estatuto de cada sociedad, la junta se reúne para fijarlo. Entonces, las acciones sin voto pueden ser un buen sistema para tener otro producto de los que llamamos productos mixtos o híbridos, están a caballo entre las acciones y las obligaciones. Se trata de ofrecer al público capital, lo cual es más barato que ofrecer obligaciones. Creo que aquí puede funcionar, porque la figura está bien construida.

**¿Cuál es el tratamiento que la legislación española da a la actuación de los representantes o directores en relación al objeto social?**

Bueno, se aplica la doctrina del *ultra vires*.

Lo que sucede es que los directores no pueden esgrimir como argumento frente a terceros, que han realizado actos *ultra vires* y que esos actos sean nulos porque se presupone que los directores tienen toda la capacidad de administración de la sociedad. Un problema más complejo es si actúan dentro o fuera del objeto social. El *ultra vires* tiene dos partes. Una es estar dentro de la facultades y otra estar dentro del objeto social. Hay muy pocos casos de directorios que realizan actos fuera del objeto social. Pero si realmente un directorio realizase operaciones fuera del objeto social de una compañía, serían nulas las operaciones y tendrían que responder los directores, personalmente, por los daños y perjuicios causados a terceros. También responde la sociedad, pero los directores lo hacen solidariamente.

**El artículo 8 de la Ley General de Sociedades señala la posibilidad de que los pactos realizados entre los socios o entre éstos y terceros, si son inscritos, resulten oponibles a la sociedad. ¿Existe una norma similar en España?**

No me queda claro el tema de los pactos de los socios con terceros. Para el caso de los pactos entre socios existe la teoría de los pactos parasociales. De acuerdo a ella, estos pactos son aquellos que convienen los socios y que no están en el estatuto. Entonces, tiene que analizarse si esos pactos son oponibles a la sociedad. En el Derecho español si no están en el estatuto no se pueden oponer a la sociedad. Por ejemplo, una sindicación de votos no puede oponerse a la sociedad. Tienen acción los que han formado parte del pacto de sindicación de votos o sindicación de venta de acciones entre ellos, pero no frente a la sociedad.

**En nuestro país se ha incorporado a la nueva Ley General de Sociedades la figura de las acciones en cartera. ¿Cuál es el tratamiento que se le da en la Ley de Sociedades Anónimas española a esta figura?**

Ese es un asunto muy complicado. En España se prohíbe la autocartera en más del 10% de acciones de la sociedad. Se prohíbe los pactos de asistencia financiera entre grupos de sociedades o entre sociedades. La sociedad no puede utilizar sus recursos para otorgar préstamos a alguien para que compre acciones de la propia sociedad o para que una filial suya compre acciones de la sociedad. La sociedad no puede realizar pactos con otras sociedades, aunque no sean de su grupo, tendentes a que esa sociedad compre acciones de la primera, es decir la dos compre acciones de la uno, pero las tiene a disposición de la uno como si fuese autocartera. La autocartera tiende a proibirse, es temible como un instrumento a través del cual se puede descapitalizar a la sociedad, porque si la sociedad tiene mucha autocartera y se venden acciones, ahí se está restando valor a la sociedad. Las sociedades bancarias o de crédito no pueden superar el 2%, existe una ley especial.

Me parece que la ley peruana habla de la posibilidad de emitir acciones y tenerlas en cartera, lo que los norteamericanos llaman *treasure stock*. Pero eso es otra cosa, no tiene nada que ver con la autocartera. A mi no me parece mal. Una sociedad que crea acciones pero no las vende, las mantiene en caso tenga la necesidad de realizar alguna operación como la entrada de un socio interesante, o de alguna oferta pública de adquisiciones. Son acciones que están creadas, pero que en cualquier momento se pueden poner en circulación. Esta figura es francamente más moderna que la legislación española.

**¿Cómo es el tratamiento de la**

### **responsabilidad de los directores de las sociedades en la legislación española? ¿Se introdujeron cambios en la nueva Ley de Sociedades Anónimas o con el Código Penal de 1996?**

El Código Penal de 1996 es una obra legislativa estimable, pero que en la parte de delitos societarios y en otras es una maniobra absolutamente política. Es decir, el Partido Socialista que gobernaba en ese entonces en España, comprometido con la corrupción de los últimos cuatro años de gobierno, quiere hacer un brindis al sol y decide sacar un código penal durísimo que penalice todas aquellas cosas que a nivel de gobierno se identificaban con ese partido. Entonces se aprueba un código penal exagerado e insostenible en materia de derecho societario. Con ello, quieren decir que lo que pasó no puede volver a ocurrir, porque entonces sería claramente un delito. Esta medida me parece incorrecta. Penalizar la “vida” de la sociedad resulta absurdo.

---

**Al final va a existir un tipo social, la sociedad de capitales, que (...) va a poder ser utilizado tanto por pequeños negocios como por empresas cotizadas en bolsa. Entonces, se va a producir la clara decadencia del derecho mercantil y del derecho de sociedades.**

---

Lo que ocurrió en España con casos como el de Mario Conde, de Banesto, etc., es que en muchas situaciones se trató de ilícitos civiles y en otras de delitos, pero para esos casos ya existía un tipo penal que era el robo. Para sancionar casos como esos no necesitaban crear 28 delitos societarios, ya se encontraban regulados los delitos

de apropiación indebida, estafa y malversación de los caudales societarios.

Ahora, por ejemplo, que alguien utilice la representación en una junta general para su propio beneficio y en contra del beneficio de la sociedad, no debería constituir un delito, se trata de ilícitos civiles o mercantiles que tienen su penalidad por la vía de la reparación del daño. La reforma de la legislación penal, considero, es ajena a la realidad de los ilícitos societarios.

### **¿Y en la Ley de Sociedades Anónimas?**

En la Ley de Sociedades Anónimas se ha ampliado el tema de la responsabilidad sólo en lo que se refiere a la negligencia, a la culpa. Es evidente que no se puede reducir el Código Civil español y renunciar a la responsabilidad por dolo. Pero, en cambio, el exagerar tanto la exigencia de responsabilidad por culpa leve, por falta de diligencia o falta de cuidado, hace que exista una retracción de las personas que pueden ser directores, lo que trae como consecuencia que las compañías tengan que pagar mucho más dinero para conseguir que alguien sea director; máxime si, ahora con el Código de Buena Conducta, las sociedades deben tener muchos consejeros independientes. Pero si una persona es llamada para ser consejero independiente y está sometida a una responsabilidad solidaria tan estricta como la de la actual Ley de Sociedades Anónimas, naturalmente es más reacia a aceptar tal designación.

**La Ley de Sociedades Anónimas española exige como requisito para la formación de una sociedad anónima un capital mínimo; con lo que se buscaría que ella sea destinada a los grandes negocios y la sociedad de responsabilidad limitada y otros tipos sociales a los pequeños. En el Perú, la nueva Ley General de Sociedades no exige un capital mínimo para la constitución de**

**una sociedad anónima, con lo cual esta forma societaria se puede utilizar para grandes, medianos o pequeños negocios. Desde este enfoque, ¿qué sucede con un tipo social como la sociedad de responsabilidad limitada?**

La ley peruana contempla la sociedad anónima, la sociedad anónima abierta, la sociedad anónima cerrada y la sociedad de responsabilidad limitada. Entonces, efectivamente parece que la mayor parte de los negocios pueden tener cabida en la sociedad anónima cerrada -frente a la sociedad de responsabilidad limitada-, la misma que tiene algunas ventajas, como la transmisibilidad de las acciones, la cual resulta más simple frente a la transmisibilidad de las participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada.

La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema que se acaba de crear en Perú queda un poco al margen. En España tenemos la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. A la sociedad anónima se le ha puesto un límite de capital de 10 millones de pesetas por razones puramente administrativas. Yo hubiese sido partidario de no poner límite al capital. Es un límite discrecional, sin razones económicas o jurídicas. Se ha puesto para evitar que la sociedad anónima, que presenta una mayor complejidad registral, invada el registro. Las sociedades anónimas, al amparo de la ley del 51, eran el 90% de las sociedades que se constituían al año, ahora son nada menos que el 25%; pero no es por el capital sino por las ventajas que ofrece la flexibilidad de la sociedad limitada. Estoy seguro que si en España no hubiera un capital mínimo para las sociedades anónimas, en vez de haber un 25% habría un 30%. No le doy mucha importancia al capital mínimo de 10 millones de pesetas.

**Muchos opinan que se debe adecuar la sociedad anónima a las diversas formas**

**de negocios y que se debe dejar de lado los otros tipos societarios por considerarlos obsoletos, en atención a que en los últimos años un número cada vez mayor de personas "consumen" sociedades anónimas. ¿Cree usted que la sociedad anónima es la sociedad del futuro?**

Pienso que los hechos son determinantes. Lo importante es la limitación de las formas societarias. Al final va a existir un tipo social, la sociedad de capitales, que en un país se llamará anónima, en otras sociedad de responsabilidad limitada como en Italia, que va a ser la misma cosa y va a poder ser utilizado tanto por pequeños negocios como por empresas cotizadas en bolsa. Entonces, se va a producir la clara decadencia del derecho mercantil y del derecho de sociedades. Hay una parte, quizás la más importante en términos económicos del derecho de sociedades, que está siendo transferida a las leyes que gobiernan los mercados de capitales. Ahora, hablar de sociedades bursátiles obligadas a dar mucha información y a ser muy transparentes por los órganos reguladores en garantía de los inversionistas y las leyes del mercado de valores, y de sociedades anónimas que también están en el tráfico mercantil, resulta indiferente. Incluso las podríamos llamar sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas.

**En el Perú se encuentra vigente, aunque no en su totalidad, el Código de Comercio de 1902. Muchas de las materias que regulaba han sido extraídas y se encuentran reguladas independientemente de este código. ¿Se podría hablar de una fragmentación del derecho mercantil, la decadencia de esta rama que usted menciona?**

La codificación es un fenómeno decimonónico que nace con el Código de Napoleón y

que ha sido útil para un cierto tipo de sociedad, para una sociedad del siglo XIX que no tenía la complejidad económica que tiene la sociedad actual. El derecho mercantil al principio era un derecho, como su nombre lo indica, de los mercaderes. Después fue el derecho de la empresa, luego el derecho de los actos de comercio en masa y ahora es el derecho del mercado. El derecho mercantil no puede abarcar todos estos aspectos. Hay normas administrativas, normas fiscales, hay normas de regulación del mercado que no son parte del derecho mercantil. Se está creando un nuevo derecho del mercado que tiene una parte de derecho público, una parte de derecho privado; pero en esta parte de derecho privado no todo es derecho mercantil.

Tomemos un ejemplo: la letra de cambio. Su decadencia es asombrosa en los últimos años. Cuando empecé a ejercer la profesión hace aproximadamente 25 años todo el día andábamos ejecutando letras de cambio y resolviendo los problemas relacionados con el endoso en blanco, la responsabilidad del avalista, la letra

perjudicada, la letra en blanco, etc. Cuando dictaba clases prácticas en la universidad, éstas giraban en torno a las letras de cambio porque eran lo más importante. En la actualidad, casi nadie usa letras de cambio.

### **El derecho mercantil ha cedido el paso a otras ramas, como el derecho de la competencia, el derecho del mercado de valores...**

Naturalmente. Como que el derecho mercantil se está disolviendo. Si ustedes toman, por ejemplo, el derecho del mercado de valores, el derecho de propiedad industrial, el derecho de la propiedad intelectual -que adquiere cada vez más importancia-, el derecho de las telecomunicaciones, el derecho de la competencia, en el sentido de defensa de la competencia, el derecho de la competencia desleal, las leyes de comercio interior, los horarios comerciales, el derecho concursal, ¿es todo derecho mercantil? No, es una especie de *totum revolutio* que gobierna el mercado, el gran protagonista de todo es el mercado. <sup>HP</sup>