

La reforma societaria: cambios, implicancias y perspectivas

Entrevista a Alfredo Ferrero Diez Canseco

Abogado, Profesor de derecho mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

Por Adrián Pastor y Carlos Rodríguez(*).

La nueva Ley General de Sociedades incorpora grandes cambios a las formas societarias utilizadas en el Perú. El doctor Alfredo Ferrero Diez Canseco, miembro de la Comisión Reformadora, comenta las principales innovaciones de la nueva norma en la siguiente entrevista.

La derogada Ley General de Sociedades tenía mucha influencia de la legislación española sobre la materia. ¿Cuáles han sido las influencias o fuentes principales de la nueva Ley General de Sociedades -en adelante LGS-?

Para la elaboración de la LGS se tomaron diversos elementos. En primer lugar, se tuvo en cuenta la experiencia con la LGS anterior sobre la base de aquellos aspectos que requerían ser mejorados o modernizados; de acuerdo a la realidad y a las exigencias globales del derecho mercantil actual. En segundo lugar, hemos atendido a la realidad peruana en la que se presenta un fenómeno de apertura que ha generado un flujo de inversión extranjera, así como nuevas ideas que han influenciado nuestro derecho mercantil, como la aparición de figuras nuevas o la consolidación de figuras que en su momento fueron discutidas doctrinaria o jurisprudencialmente. En tercer

lugar, debemos mencionar que se revisó diversas legislaciones tales como la francesa, española, chilena y mexicana, para revisar como se trataban los diversos temas; pero no se puede decir que se haya tomado aspectos de sólo una de aquellas legislaciones, o que se haya trasladado la normativa de alguna de ellas a nuestra LGS.

En una conversación con el profesor Rodrigo Uría M., éste nos mencionó que había observado algunas cosas innovadoras e incluso audaces en la nueva legislación societaria en el Perú. ¿Usted le atribuye tales características a la nueva LGS?

Se trata de hacer una ley que pueda durar en el tiempo, lo que no implica que no puedan introducirse modificaciones a corto plazo para perfeccionar aspectos que pueden ser mejorados. Creo que lo que el legislador puede inventar es poco,

lo que hace, por lo general, es recoger lo que la realidad ya ha recogido, y plasmarla en una norma como una regulación específica.

Sin embargo, creemos que es una ley moderna a nivel internacional, o cuando menos creemos que tiene diferencias importantes respecto a la legislación societaria española de 1989, que se hizo como consecuencia de la necesidad de uniformizar la legislación de los países en la Comunidad Económica Europea. Asimismo, se diferencia de la ley peruana de 1966 y su reforma de 1984-85, que sí tenía una influencia grande de la legislación española. Cabe señalar que en la reforma de 1984-85 más que una modificación de la ley sustantiva hubo una reubicación del articulado como consecuencia de la introducción en la LGS de normas sobre sociedades civiles que fueron extraídas del Código Civil. Por ello, se le cambió de nombre, de Ley General de Sociedades Mercantiles a Ley General de Sociedades. En suma, no hubo ningún cambio sustancial.

¿Cuál cree usted que es la importancia de la introducción en la LGS de las formas especiales de sociedad anónima -en adelante SA-? ¿Qué implicancias puede traer su incorporación?

Debo empezar diciendo que la Comisión Reformadora, en realidad optó, sobre la base objetiva de los números estadísticos y de la realidad mercantil peruana, por priorizar a la SA en la reforma, porque dicha realidad indicaba que la sociedad anónima era la elegida por el consumidor para ser utilizada como vehículo en el desarrollo del comercio y que las otras formas societarias eran de escasa utilización.

Así, se opta por mantener la SA ordinaria como regulación general, creándose dos subtipos: la sociedad anónima abierta -en adelante SAA- y la sociedad anónima cerrada -en adelante SAC-. La SAA ya tenía antecedentes tanto en la Ley de Mercado de Valores -Decreto Legislativo No.755- como en el

Decreto Legislativo No.672. Estas normas regulaban la SAA y la sociedad de accionariado difundido, que eran sociedades anónimas dirigidas a un mismo público, lo que generaba confusión. La Comisión ha recogido la experiencia de esas normas y la ha adecuado a una sola figura bajo el nombre de sociedad anónima abierta (SAA), además de incluir otros aspectos particulares. La distinción básica con la SAC radica en que la SAA está pensada para un gran número de accionistas y, tal vez, con un gran capital.

Además de esto, debo indicar que los cambios tenían que ver con el tratamiento que debe darse a las sociedades que cotizan en bolsa, pretendiendo defender al pequeño accionista que podría estar indefenso entre el gran número de accionistas.

Por otro lado, se busca que la SAC suponga la existencia de un elemento personalísimo muy marcado e importante, por ejemplo mantener las acciones en un círculo restringido de personas. Para ello, se crean mecanismos que limitan la transferencia de los títulos. Esto aparentemente se contrapone con la naturaleza de la SA; pero en la práctica se ha podido observar que la SA también ha sido utilizada para pequeñas sociedades con pocos accionistas, donde las relaciones personales son más importantes que las de capital.

¿Cuál cree que fue la razón por la que la Comisión Revisora mantuvo la sociedad comercial de responsabilidad limitada -en adelante SRL- como tipo societario, si tenemos en cuenta que la LGS regula la figura de la SAC que cubre el mismo sector empresarial al que está dirigida la SRL?

La posición de la Comisión Reformadora, de la que formé parte, contemplaba la exclusión de la SRL en el proyecto que se presentó ante el Ministerio de Justicia, pero fue introducida en la LGS por la Comisión del Congreso. La gran

discusión se da porque algunos decían que la SRL, al ser una sociedad mixta, gozaba de beneficios fiscales que favorecían a ciertas compañías interesadas en invertir en el Perú. Dichas compañías exigían como requisito para su inversión constituirse como SRL a fin de gozar de estos beneficios. Este fue el argumento utilizado para mantenerla. Sin embargo, la SAC tiene exactamente los mismos elementos que la SRL, con la ventaja de tener una acción, que es un título de fácil transmisión, evitando tener que hacer la transmisión de las participaciones a través de escritura pública como en la SRL. Igualmente, hace algún tiempo hubo, respecto de las SRL, un beneficio que para efectos tributarios locales permitía tributar en cabeza de los socios y no de la persona jurídica.

Se justificaba su mantenimiento por este beneficio tributario y otros extranjeros, de los cuales no me consta su existencia ni su trascendencia. Pero más allá de esto, no tiene ningún sentido mantener a la SRL dentro de la LGS. Además, habría que analizar con detenimiento la normativa de la SRL a fin de determinar si puede responder a las necesidades del empresariado local.

¿Por qué se optó por mantener en la LGS tipos societarios de escasa o casi nula utilización?

La Comisión Reformadora utilizó un criterio pluralista, optando por mantenerlas por cuestiones de tradición jurídica y también porque no causan daño a nadie, de tal forma que se encuentran a disposición de quienes quieran utilizarlas. Asimismo, considero que para hacer una reforma no es necesario eliminar las formas societarias que, aunque son de poca utilización podrían ser usadas por alguien. Se dejaron allí para que el empresario tenga la opción de elegir entre la forma societaria que más le convenga.

En la actualidad, ¿cree que es adecuado, para efectos prácticos, considerar la

diferenciación entre sociedades mercantiles y sociedades civiles?

En la evolución del derecho mercantil se ha verificado la unificación del derecho civil y mercantil. Esto no lo vemos sólo a nivel de las sociedades, sino también a nivel de los contratos civiles y mercantiles, al punto que resulta difícil distinguir si se trata de un contrato mercantil o civil. A raíz de esa corriente unificadora es que el año 1984-85 se decidió incorporar la sociedad civil a la LGS, porque aunque sean civiles siguen siendo sociedades. En atención a esto, la Comisión Reformadora ha decidido mantener el criterio de regular la sociedad civil dentro de la LGS.

Retomando el tema de las formas especiales de sociedad anónima y, más específicamente, con relación a la SAC, ¿qué aspectos considera usted que son los más relevantes en su regulación en la LGS?

Es importante destacar algunos aspectos de la regulación actual de la SAC. Por ejemplo, la ventaja que significa la posibilidad de tener juntas no presenciales, es decir, la no exigencia de la presencia física de los accionistas para que se adopten los acuerdos. La LGS admite la posibilidad de consentir los acuerdos aunque no haya existido una junta precisamente. Esto es muy importante porque facilita las reuniones de los accionistas y, además, estamos reconociendo cómo son las juntas de determinadas sociedades en la realidad: no hay juntas, hay acuerdos. Antes lo que se hacía era crear la ficción de que se había realizado una junta. Sin embargo, la LGS establece que es obligatorio la realización de una junta cuando así lo solicite el 20% de los accionistas de la sociedad. Esto es una norma específica de la SAC, que no se repite en las SAA ni en la SA ordinaria.

Otro elemento importantísimo de la SAC es la figura del directorio facultativo. Es decir, si la sociedad decide que no necesita el directorio como

órgano, tiene la posibilidad de no tener uno. En las sociedades anónimas pequeñas las funciones del directorio y de la junta general están muy vinculadas porque, a veces, los directores son los mismos accionistas, por lo que no se requeriría un órgano intermedio entre la gerencia y la junta general. Quienes determinan la ausencia de directorio son los accionistas.

También, es importante destacar que en este tipo de sociedad existe un derecho de adquisición preferente por ley. En estos casos, el accionista que desee transferir sus acciones a un tercero deberá ofrecérselas primero a los demás accionistas. Este es un típico caso de restricción a la transmisibilidad legal de los títulos. Ahora bien, el estatuto puede suprimir la preferencia para esta adquisición si es que se incluye expresamente este supuesto.

Asimismo, es importante señalar que según el artículo 238, en el estatuto se puede establecer que cualquier o toda transferencia de acciones esté previamente aprobada por la sociedad. Esto quiere decir que la sociedad, a través de la junta general de accionistas, puede reservarse el derecho de consentir o no la transferencia de acciones. En este caso, la sociedad queda obligada a comunicar por escrito su denegatoria y a adquirir esas acciones al precio y condiciones ofertadas. ¿Por qué es importante el consentimiento de la sociedad? Supongamos que un socio quiere vender sus acciones, se las ofrece primero a la sociedad, pero ésta no puede o no quiere comprarlas. El socio quedaría en libertad de vender las acciones a un tercero. Pero si la ley establece como requisito para la venta la aprobación de la sociedad, está dando la posibilidad de que la misma sociedad sea la que las compre y evitar que las acciones pasen a manos de un tercero.

Asimismo, considero relevante destacar que el artículo 240 establece la posibilidad de que se incluya en el estatuto la facultad de los accionistas de adquirir las acciones del socio

fallecido. Esto significa que se está reconociendo que los accionistas pueden tener más beneficios que el heredero en la medida que al accionista le interesa ser socio del accionista fallecido, no de sus sucesores. La ley le otorga una significativa importancia al elemento personal, dando a los accionistas el derecho de adquirir esas acciones.

Estos elementos determinan el grado de relación personal que una SA puede tener aunque parezca contradictorio, tomando en consideración que este tipo de sociedad es una sociedad capitalista por excelencia. Se puede apreciar que el elemento personal juega a veces un rol mucho más gravitante que el elemento del capital.

Del mismo modo, ¿qué aspectos considera relevantes en la LGS con relación a la SAA?

Con relación a los quórum y mayorías reducidas, existe la posibilidad de tomar acuerdos en tercera convocatoria, por ejemplo. La peligrosidad de estos acuerdos depende de los accionistas que no van. Si no van es porque no les interesa, entonces tampoco les importa qué decisión se tome. En las grandes sociedades concurren a la junta los socios que representan el 10% del total de las acciones, entonces el que tiene el 1% tiene un gran peso en la junta. Si se ponen quórum muy altos, nunca va a llegar a tomarse acuerdos, se traba la marcha de la sociedad. El mensaje que se desprende es que el que está interesado que acuda a la junta, sino que se someta a las decisiones que se tomen en ella.

Otro aspecto importante es la posibilidad de que haya un aumento de capital sin derecho preferente. Cuando se produce un aumento de capital, se le otorga a los accionistas el derecho a suscribir ese aumento de capital para no ver disminuida su participación en el total del capital. Por ejemplo, si tengo el 10% de las acciones tengo derecho a suscribir el 10% del aumento de capital y mantener mi 10% respecto del total. El artículo 259

establece la posibilidad de que, en caso de aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas no tengan derecho preferente para suscribir las acciones y por lo tanto no conserven su porcentaje en el capital social. Esto se aplica en los casos en que el acuerdo se haya adoptado con el voto favorable del 40% de las acciones suscritas con derecho a voto y, además, cuando el aumento no esté destinado directa o indirectamente a mejorar la posición accionaria de alguno de los accionistas.

La LGS establece que los pactos entre accionistas que los obliguen entre sí o con terceros son inscribibles en el registro otorgándoles el carácter de oponibles frente a la sociedad. ¿Qué implicancias tiene esta innovación?

En este punto, es muy importante hacer la diferenciación entre las distintas limitaciones o restricciones a la transmisibilidad de los títulos. Estas pueden ser de tres tipos: legales, estatutarias y convencionales. Las limitaciones legales, son limitaciones impuestas por la ley. Por ejemplo, que la ley civil impida la transferencia entre cónyuges o que se prohíba a los extranjeros ser accionistas de una empresa establecida en una zona fronteriza, como sucede en algunas legislaciones. Las limitaciones estatutarias son aquellas contempladas en el estatuto aplicables a todos los accionistas en la medida en que consten expresamente en él; como el derecho de adquisición preferente a favor de accionistas, por el cual no se puede ofrecer acciones a un tercero sin antes haberlas ofertado a los propios socios, a fin de que adquieran esas acciones y así evitar que terceros ingresen a la sociedad. Por último, las limitaciones convencionales que son convenios entre accionistas -también conocidos en la doctrina como pactos de sindicación o pactos parasociales, es decir, fuera del pacto social- por los que un determinado grupo de accionistas acuerda limitar la transferencia de sus acciones,

siendo estos límites obligatorios sólo para quienes lo suscriben.

La antigua Ley General de Sociedades no preveía el caso de las limitaciones convencionales a la libre transmisión de las acciones. Así, en el segundo párrafo de su artículo 115 se señalaba que dichas limitaciones sólo tendrán efectos frente a la sociedad cuando estén expresamente consideradas en el estatuto, respecto a acciones nominativas. La sociedad no reconocía otros pactos, sólo los inscritos en el estatuto. Cada acuerdo tenía efecto sólo entre los firmantes, no respecto a la sociedad. En cambio, la LGS admite que la sociedad puede reconocer los pactos cuando estos le son comunicados, inclusive frente a terceros. Ésta es una diferencia fundamental entre la antigua y la nueva ley. Estos acuerdos siguen siendo pactos parasociales, porque son acuerdos fuera del pacto social que incluyen a los accionistas que han firmado el acuerdo, no a todo el universo de accionistas. Para ellos ese acuerdo es válido y la sociedad debe respetarlo.

Básicamente los convenios de sindicación y los pactos de preferencia se refieren a la transferencia de las acciones, a la restricción que se establece en cuanto a la circulación del título. Aparentemente, resulta una contradicción que al hablar de sociedades anónimas, en las que se supone que la transmisibilidad de títulos es muy flexible, nos estemos preocupando sobre las formas de restringir dicha transmisibilidad. Esto nos da una idea de la presencia de elementos personalistas en una sociedad, porque podría interesar que el título no circule más allá de un determinado grupo de personas; lo que demuestra que el elemento personal tiene acogida, en el mundo actual, a pesar de tratarse de una SA.

En este sentido, la LGS establece en su artículo 101, la posibilidad de que se pacte una prohibición temporal de transferir o gravar hasta por un plazo máximo de diez años, impidiendo una prohibición absoluta para la transferencia de dichos

títulos. Asimismo, el mencionado artículo dispone que los términos y condiciones de las prohibiciones deben ser anotados en la matrícula de acciones, en los certificados de anotaciones en cuenta o en los documentos que evidencien la titularidad de la respectiva acción.

¿En qué consisten los pactos de sindicación del voto?

Estos pactos consisten en acordar votar en un determinado sentido. Por ejemplo, un accionista que tiene el 2.5% de las acciones puede reunirse con otros y alcanzar un mayor porcentaje del accionariado para tener más peso en las decisiones de la sociedad. En estos casos, uno de los accionistas o un tercero asume la representación de las acciones sindicadas -aunque ahora se permite la representación múltiple-, para votar en un mismo sentido por todas ellas.

¿Qué pasaría si habiendo acordado los accionistas votar en un sentido, este representante lo hace en otro?

Para efectos de los convenios de voto, desde mi punto de vista, la sociedad no puede ser fiscalizadora de la forma del voto. Ese será un problema, que posiblemente se resolverá en vía judicial, entre los accionistas que dieron el poder y aquel que no votó en el sentido acordado, pero para la sociedad es válido ese voto. Esto porque la sociedad no tiene cómo saber cuál iba a ser el sentido del voto.

Yo no creo que la sociedad pueda hacer un arbitraje o establecer un órgano dirimente que disponga que tal señor ha actuado en contra de sus deberes de mandatario y que ha votado en forma distinta a la acordada. Esto ya pasaría a un ámbito distinto; reitero que la vía sería una acción judicial de los poderdantes en contra del apoderado que está nombrado.

Entonces, ¿habría un trato diferenciado

con los convenios que restringen la transmisibilidad de las acciones?

Sí. Uno es el sindicato de bloqueo que es aquél mediante el cual se produce un acuerdo entre varios accionistas que se obligan mutuamente a no transferir sus acciones en un determinado plazo o no transferirlas más allá de un mismo grupo o sin el consentimiento del grupo. Este acuerdo, si le fuera notificado, la sociedad puede hacerlo cumplir. De esta forma, el pase de acciones lo da la sociedad y cuando la sociedad reconoce a alguien como accionista, lo hace con el que está inscrito en la matrícula de acciones, es decir, al final es la sociedad misma la que quiere la transferencia de las acciones.

En el caso del sindicato de voto, la sociedad no tiene cómo saber cuál es el sentido del voto. Es más, aun si lo hubiera sabido, el accionista que no fue a la junta no podría impugnar el acuerdo porque su representante ha votado a favor.

¿Qué nos podría decir sobre la regulación de las acciones sin voto en la LGS?

La regulación actual de las acciones sin voto tiene diferencias fundamentales respecto a la anterior. Se presenta una innovación en el sentido de que ahora a la acción sin derecho a voto la propia legislación le da un contenido determinado de derechos, *versus* el contenido de derechos de las acciones con derecho a voto.

En la antigua Ley General de Sociedades, las acciones sin voto recuperaban ese derecho en una serie de circunstancias, lo que hacía que realmente estos títulos sean acciones con voto restringido. Esto desnaturalizaba las acciones sin voto. En la LGS este tipo de acciones nunca tienen el derecho a votar.

La acción sin derecho a voto da a su titular el derecho a percibir un dividendo preferencial, adicional al ordinario. Este mayor dividendo se entiende como una contraprestación por la renuncia al ejercicio del derecho de voto. Ahora

bien, a diferencia de, por ejemplo, la legislación española, la LGS no ha establecido el mínimo de este dividendo, asunto que se deja al estatuto. Como se entiende, las acciones sin derecho a voto deberán ser lo suficientemente atractivas para que los interesados deseen suscribirla. En caso contrario, convendría suscribir una acción con derecho a voto. Además, el artículo 96 dispone que si existen utilidades distribuibles se tiene la obligación de repartir este dividendo preferencial.

Otra gran diferencia es que la acción sin derecho a voto tiene preferencias al momento de liquidarse la sociedad. El artículo 97 de la LGS señala que, en este caso, las acciones sin derecho a voto tendrán el derecho a obtener el reembolso del valor nominal antes que cualquier otra acción. Esto porque, como las acciones sin derecho a voto no han estado encargadas de la gestión sino que ésta ha sido ejercitada en realidad por las acciones con voto, se ha querido compensar un poco esto, por una razón de equidad, con el reembolso preferente.

¿Cuál es el rasgo esencial de las acciones en cartera, así como su régimen en la LGS?

Las acciones en cartera son acciones que se han creado pero que aún no han sido emitidas, porque se está a la espera del momento adecuado. Supongamos que autorizan a una sociedad a emitir un millón de dólares en acciones en cartera y las va colocando en el mercado. Entonces, si yo veo que en un momento determinado el mercado se está saturando con mis acciones y me van a pagar menos de lo que yo espero por ellas, puedo tener acciones en cartera y emitirlas cuando lo considere adecuado. Es una forma de financiarse.

¿La sociedad podría emitir acciones en cartera sin que hayan sido pagadas?

No. Las acciones en cartera sólo pueden ser emitidas cuando han sido suscritas y pagadas. En por lo menos el 25% de su valor nominal. La

creación de la acción puede estar en un título, pero mientras no se haya emitido no se contabiliza todavía, simplemente es un documento. Además la LGS establece que las acciones en cartera no podrán exceder del 20% de las acciones emitidas.

¿Cuál es la diferencia con la adquisición por la sociedad de sus propias acciones regulada en el artículo 104 de la LGS?

En este caso, la LGS admite que en determinados supuestos la sociedad pueda adquirir sus propias acciones. Estas acciones deben ser las que están en el mercado, es decir, acciones ya emitidas, suscritas y pagadas, que la sociedad vuelve a recoger. La LGS establece que la sociedad puede adquirir sus propias acciones para amortizarlas, sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio títulos de participación que otorgan derecho a percibir por el plazo que se establezca un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad.

¿Cuáles son esos casos en los que la sociedad tiene derecho a adquirir sus propias acciones según la LGS?

Un caso es la adquisición de acciones propias para amortizarlas sin reducir el capital, en el que se requiere el acuerdo previo de la junta general para incrementar proporcionalmente el valor de las demás acciones. En este caso, ocurre que la sociedad compra acciones del mercado, las retira del mercado y, como el capital sigue inamovible, el valor nominal de las demás acciones tiene que incrementarse.

Otro caso es aquel en el cual la sociedad adquiere sus propias acciones cuando se quiere evitar un daño grave a la sociedad, en cuyo caso deben venderse las acciones en un plazo no mayor de dos años. Esto se da, por ejemplo, en el caso en que las acciones de la sociedad están bajando mucho de precio, entonces la sociedad sale a recoger sus acciones.

¿Qué motivó en la LGS la modificación del inciso 4 del artículo 161, referido a la limitación del ejercicio del cargo de director para funcionarios públicos?

Es una limitación al impedimento para el ejercicio del cargo de director en la medida en que se impide sólo a los funcionarios que por motivos de su propia actividad laboral tuvieran intereses en conflicto con el desempeño de su función de director. En la redacción anterior no se hacía esa precisión, se trataría por tanto de una aclaración, pero el espíritu de la norma se mantiene vigente.

Finalmente, ¿en qué otros temas cree que la LGS incorpora innovaciones y cambios relevantes?

Me parece fundamental destacar un tema registral, que es común a todas las sociedades reguladas, el de la denominación social. Se ha ampliado el ámbito de protección de la denominación social. En la antigua ley se establecía que no cabía la inscripción de un nombre que sea igual al que tenía otra sociedad. El criterio de que sea igual traía muchas complicaciones. Si se cambiaba una letra de un nombre inscrito, el nombre que resultaba ya no era igual y podía ser

inscrito. La LGS señala que no se puede inscribir una denominación social igual o semejante. El criterio de semejante da una mayor flexibilidad para proteger la denominación de la sociedad. Es por ello que el registrador mercantil va a tener una función básica al tener que establecer cuáles son los criterios de semejanza a utilizar, lo que implica que necesitará una preparación adecuada. También se establece la protección a los nombres de instituciones públicas y de los signos distintivos, anulando la posibilidad de inscribir una marca notoriamente conocida como denominación social de una empresa, sin tener el derecho a utilizarla. Por ejemplo, si tengo una empresa de zapatillas y la inscribo como Adidas S.A., es obvio que utilizo esa denominación para aprovechar la reputación que dicha marca tiene en el mercado. La ley actual está diseñada para proteger a las sociedades de este tipo de casos.

Finalmente, cabe mencionar que en la LGS se ha aclarado los temas relacionados con la reorganización de las sociedades. Específicamente se ha incluido aspectos relacionados a la fusión y escisión de sociedades. Asimismo, se ha regulado los contratos de joint-venture que en la ley se denominan consorcio. ¹⁴