

¿EL NUEVO ESQUEMA PARA LA "SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA" PROTEGE A LAS MINORÍAS?

Pedro Flores Polo
Gerente General
Cámara de Comercio de Lima

En el esquema que desarrolla la nueva Ley General de Sociedades, Ley 26887, para la sociedad anónima abierta hay una serie de prohibiciones que se explicarían porque se trata de proteger a las minorías; y porque se busca que un mínimo razonable de accionistas, dentro de su volumen masivo, tenga la garantía de ser debidamente convocado y protegido frente al poder de la mayoría. Esta premisa es apropiada para un esquema de grandes sociedades anónimas, en otras palabras, para un esquema de gran empresa.

Todo esto lo trata de explicar la doctrina más generalmente aceptada, señalando que, de acuerdo a la naturaleza de las sociedades anónimas abiertas, la masificación impide a los accionistas concurrir constante y simultáneamente a una junta general; o tener un contacto más directo y personal con los directores, quienes generalmente no son accionistas sino técnicos; y porque ellos no conocen los procedimientos y cuestiones complejas que implica la conducción de un negocio. De allí que se diga que la sociedad abierta es un "capital con personería jurídica", pero nosotros agregaríamos que es un ente donde hacen equilibrio y coexisten dos tiranías: unas veces la tiranía mayoritaria y otras, la minoritaria.

Por eso, explica el doctor Manuel P. Olaechea:

"Por ser la sociedad anónima una sociedad de capitales, dividida en acciones, su ley debe cuidar y armonizar los dos intereses que intervienen en esta clase de sociedades. Uno, de orden público, dirigido a hacer posible la constitución y funcionamiento de la sociedad anónima, asegurando su más fácil dirección, con lo que consigue estimular la producción y la distribución de bienes; y otro de orden privado, cuya finalidad es la justa protección del pequeño accionista, que al adquirir acciones de una

Para algunos especialistas en materia de Derecho de Sociedades, nuestra nueva ley recoge muchos de los más novedosos preceptos de la doctrina comparada, elaborados pensando en hacer cada vez más atractiva nuestra legislación a la entrada de mayores capitales extranjeros, acentuando nuestra presencia en el mercado global.

El autor, teniendo en consideración que el mayor porcentaje de capitales de nuestro mercado interno pertenece a pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas informales, resalta el hecho de no haber sido, por lo menos en apariencia, debidamente legisladas en nuestra nueva Ley General de Sociedades, con el fin de protegerlas y desarrollarlas.

sociedad anónima acude con sus ahorros al proceso de producción. Es deber de la ley buscar la adecuada protección de ambos intereses, teniendo en cuenta la importancia de cada uno para el país, sin llegar al perjudicial exceso de desnaturalizar la sociedad anónima, que es una asociación de capitales, exagerando y multiplicando dispositivos que signifiquen excesiva y preferencial consideración a las personas intervinientes. Hay que tener presente que la figura de la sociedad civil de responsabilidad limitada existe para los accionistas que además del poder económico desean el poder político”.¹

Es interesante la opinión de este distinguido jurista; pero no la compartimos en todos sus extremos. Nos parece demasiado radical y terminante; porque incluye a todas las sociedades anónimas y eso, comparado con nuestra realidad societaria y empresarial tan heterogénea, no es muy acertado. No puede medirse ni mirarse con ojos de gran empresa a todas las sociedades anónimas del país, porque las grandes sociedades no pasan de 100, dentro de los reducidos volúmenes de dinero que manejan en comparación con una gran empresa norteamericana, japonesa o europea.

Precisamente esta generalización es la que impide que la ley empresarial peruana pueda ser entendida en otros países y continentes de mayor desarrollo, por la sencilla razón de que una pequeña empresa taiwanesa mueve más capital y recursos que una gran empresa peruana. Los términos de referencia son diferentes.

Aceptamos sí que el nuevo modelo busca proteger a las minorías, pero se preocupa casi exclusivamente de las minorías de las grandes empresas; es decir por las sociedades anónimas abiertas. La Ley no se hace mayores problemas respecto de los accionistas minoritarios de las pequeñas y microempresas.

En la exposición de Motivos del Proyecto Normand, se dice lo siguiente respecto a este tema:

“Para la sociedad abierta se han rebajado los *quórum*s, recogiendo legislación que ya existe, pero era realmente importantísimo preservar este tratamiento. En una sociedad anónima abierta, como son las que ya existen hoy en día en el Perú, reunir los *quórum*s que señala la ley es prácticamente imposible. De haber restablecido los *quórum*s más altos se estaba

condenando a estas sociedades a la inmovilidad en el momento en que no podían tomar ningún acuerdo por lo elevado de los *quórum*s que se exigía.”

Y además se señala que:

“Es importante señalar que, en la práctica, en las economías más desarrolladas, por ejemplo en Norteamérica, ocurrió un fenómeno especial durante los años 60 y 70, en que grandes empresas se manejaban sólo con un siete y ocho por ciento del accionariado; este número reducido era el único que asistía a las juntas. Si este fenómeno se produjera localmente, las sociedades abiertas no podrían funcionar con los *quórum*s actualmente vigentes”.²

En nuestra opinión, la sociedad anónima en el Perú está desnaturalizada, porque para la doctrina más generalmente aceptada, la sociedad anónima, en puridad de conceptos, se trata efectivamente de “un capital con personería jurídica”; por eso se le toma como ejemplo clásico de sociedad de capitales. Luego, si esa es nuestra realidad no podemos aplicarle, como sostiene el doctor Olaechea, a tabla rasa los conceptos propios de otras realidades, donde la sociedad anónima no se ha desnaturalizado en su aplicación.

Lo ideal sería usar la sociedad anónima sólo para reunir y asociar capitales importantes (un millón de dólares, por ejemplo, como capital o patrimonio mínimo), porque ello permite ejecutar o explotar empresas de regular envergadura. Otro índice de referencia es agrupar como empresa mediana a aquella que vende cuando menos un millón de dólares al año. Y como gran empresa a aquella que cuando menos obtiene un millón de dólares de utilidades anuales. Pero entre lo ideal y lo real hay un gran espacio.

Para las empresas de capital considerable y número de socios no menor de 100, en nuestro medio el modelo de la sociedad anónima abierta sería el ideal. En estas sociedades de nuestro ejemplo, los accionistas no buscan dirigir el negocio, sino que ponen su dinero como “inversión” o como “ahorro”, aunque esto último en menor proporción, porque nuestro país no tiene cultura de ahorro vía empresa y por eso no existe ahorro interno.

Nos estamos refiriendo, en términos macros, a la gran empresa dentro de nuestra realidad.

¹ OLAECHEA, Manuel Pablo. Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades. Su inconstitucionalidad y deficiencias. Lima: Estudio Olaechea, 1997. p. XVII

² (Nota del editor) La exposición efectuada por el doctor Enrique Normand Sparks, presidente de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley General de Sociedades, fue publicada el día 23 de abril de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Para las empresas que tienen menos de un millón de dólares de capital o patrimonio social, y menos de 100 accionistas, se utiliza en nuestro medio la sociedad anónima considerando básicamente el elemento de limitación de responsabilidad ("responsabilidad limitada"), que permite a los accionistas contar con los mecanismos flexibles de esta forma societaria. Ellas no cotizan acciones en Bolsa y no tienen problemas mayores sobre predominio de la mayoría sobre la minoría, o ansias de "poder político" como lo denomina el doctor Olaechea.

Aquí se inscriben las medianas empresas. Generalmente estas sociedades actúan dirigidas por un pequeño grupo de accionistas que copan el Directorio y que trabajan directamente en el negocio, porque lo conocen. Los accionistas minoritarios sí pueden aportar pequeños capitales con fines de ahorro, antes que de inversión. Generalmente, son testaferros; amigos, parientes, conocidos de los accionistas principales, que prestan su nombre pero no invierten nada, para darle pluralidad a la sociedad. Ahora el asunto lo facilita la nueva ley con el esquema de la sociedad anónima cerrada que se puede constituir con sólo dos accionistas.

En la base de la pirámide se encuentran miles de pequeñas y microempresas (PYMES), donde el esquema de la sociedad anónima resulta evidentemente desnaturalizado, ya que no albergan grandes capitales ni un número considerable de accionistas.

Según la ley vigente (Decreto Legislativo 705) microempresa es aquella cuyos ingresos anuales no exceden de 12 UIT (S/. 31,200 para 1998) y pequeña empresa la que no excede de 25 UIT (S/. 65,000 para 1998).

Hay decenas de miles de PYMES dentro de estos parámetros. Según el INEI su valor agregado representa el 30% del PBI y además generan el 43% del empleo para la PEA. Se calcula que con más apoyo crediticio podrían crecer y contribuir con 50% del PBI en el año 2000. Hoy existen 231,000 PYMES que generan medio millón de empleos anualmente.

Para estas miles de PYMES no resulta adecuado el modelo de la sociedad anónima *per se*; porque no es un modelo natural, ya que en las pequeñas microempresas prevalece el elemento "personal": la confianza y el trabajo. No hay concepto predominante de inversión ni de ahorro, porque no hay capital y los micro y pequeños empresarios ponen todos sus ahorros para que su empresa marche.

Estas micro y pequeñas empresas constituyen más del 90% del universo empresarial peruano; emplean mano de obra desocupada y no calificada; movilizan mucho dinero, a diario, en efectivo; y pugnan por formalizarse, para pagar sus impuestos y poder venderle a las medianas y grandes empresas formales, cosa que no pueden hacer porque la ley tributaria les impide emitir facturas. Sólo pueden emitir boletas de pago, que no permiten sustentar gastos para efectos tributarios.

El esquema más común es el de una persona que conoce el negocio y que tiene capital pequeño; o que trabaja a nivel familiar, con su esposa, hijos y parientes, y todos ellos quieren aportar para sacar adelante el negocio que les permitirá ganar dinero para subsistir. Ellos se brindan confianza y trabajo entre sí. Necesitan de la sociedad anónima fundamentalmente para favorecerse con el elemento de la "responsabilidad limitada". No quieren comprometer su patrimonio particular, que generalmente comprende la casa propia y el auto.

Generalmente, ninguno de estos accionistas de las PYMES desea el "poder político" ni el "poder económico" como afirma el doctor Olaechea ¿Por qué? Porque este poder lo ostenta el principal accionista o eje del negocio y los demás accionistas o socios no se lo discuten. Lo que quieren éstos, si son efectivos aportantes de sus acciones, es trabajo. Y si son testaferros, con mayor razón.

A estos micro y pequeños empresarios no les interesa ni conocen la existencia de la sociedad civil de responsabilidad limitada, ni el "poder político" ni el "poder económico" al que se refiere el doctor Olaechea. Quieren incorporarse al circuito formal; quieren trabajar; ni siquiera tienen una percepción clara, y mucho menos filosófica, de los términos "empresa" y "empresario".

Muchas veces quieren guardar distancia frente a los mismos empresarios formales; como lo hace el cholito o el serranito frente al "pituco" hablando en términos sociológicos. Ellos quieren trabajar; vender y "facturar", es decir, hacer "subcontratación", concepto que no entienden perfectamente pero que sienten en la práctica y si no, preguntémosle a los cientos de miles de microempresarios del Cono Sur y especialmente de Villa El Salvador, que fabrican por encargo de los grandes almacenes de la capital. Ellos son los olvidados de la Ley General de Sociedades; pero es posible que encuentren un esquema societario simple y ágil en el nuevo Código de la Empresa.

Para ellos el modelo ideal sería o una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) o la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, de connotación eminentemente "personalista", donde lo que interesa más que el capital es la confianza que deben dispensarse entre sí los socios -por eso su capital no consta en acciones ni en títulos de libre circulación sino en "participaciones sociales". Y por eso admiten "prestaciones accesorias" con cargo a beneficios, que generalmente son conocimientos técnicos o especializados, es decir, trabajo personal. Y por eso admiten también gerentes que ponen como condición esencial del contrato permanecer con esa calidad mientras dure la sociedad; pues lo que aportan estos "gerentes inamovibles" es trabajo altamente especializado.

Pero este modelo societario está siendo relegado. No tiene atractivo para la masa de microempresarios que pugna por formalizarse. Esa es la realidad que el legislador no ve o no quiere entender.

Justamente, sobre la base de esta realidad, la Cámara de Comercio de Lima, en el trabajo presentado al Gobierno exponiendo su posición institucional sobre el Proyecto de Nueva Ley General de Sociedades, critica constructivamente sus lineamientos generales, reclamando una alternativa más simple para las PYMES, y propone para ello:

"Profundizar la atomización de la sociedad anónima, agilizando más el esquema de la sociedad anónima cerrada que se diseña en el Proyecto."

En nuestra opinión, la Comisión Revisora presidida por el doctor Torres y Torres Lara se limitó a hacer

una revisión superficial del Proyecto Normand, y en esa revisión incorporó lo referente a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, más que por convicción, por criterio político, así como para atender el reclamo de numerosas instituciones del sector privado y de expertos que así lo reclamaban, pero sin variar el modelo original; porque si esa hubiera sido la intención, se hubiera profundizado la agilización de la sociedad anónima cerrada y mejorado el esquema de la EIRL, a la cual se ignoró, argumentando que una cosa es "sociedad" y otra es "empresa", dejándola para ser legislada por Código de la Empresa, cuando todos sabemos que la EIRL es una sociedad anónima en pequeño, atomizada, e ideada especialmente para recibir al negocio individual que desea acogerse a la limitación de responsabilidad.

La Cámara agrega:

"Además de lo anterior, dejar en libertad al pequeño o al microempresario para que escoja la forma societaria que más le convenga, coincidiendo así con las libertades de empresa e iniciativa privada que consagra la Constitución y que desarrolla la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757 y normas concordantes".

En conclusión, a nivel socioeconómico, el nuevo esquema planteado por la Ley General de Sociedades, Ley 26887, es favorable para la gran y mediana empresa; protege a la masa minoritaria de accionistas; pero resulta desfavorable para la micro y pequeña empresa que necesitan modelos societarios ágiles y simples, tal como lo enseña la realidad. Si piensa usted lo contrario, converse con un microempresario y pídale su opinión.