

# Hacia una reforma de la Ley General de Sociedades

Oswaldo Hundskopf Exebio

## I. INTRODUCCION

**L**AS SOCIEDADES MERCANTILES, en general, tienen un rol muy importante en la economía moderna y desempeñan las más complejas funciones en todas las fases del proceso de producción y comercialización de bienes y de servicios. Ellas acogen y agrupan energías, conocimientos y capitales para la realización de actividades comerciales, industriales y financieras de varias dimensiones.

La Ley les ha reconocido "personalidad jurídica" y voluntad propia y las ha dotado de recursos para la consecución de los fines que se han señalado. Son entidades autónomas, de propiedad de sus socios pero distintas de ellos; las cuales emergen mediante un contrato, habiendo establecido la ley el contenido que deben tener el acto constitutivo, las reglas que deben imperar cuando éste es incompleto o deficiente, las formalidades que deben celebrarse y la forma en que debe dársele publicidad.

En nuestro ordenamiento legal, la Ley 16123 o Ley de Sociedades Mercantiles, promulgada el año 1966, derogó los artículos 124 al 181 y 211 al 236 del Código de Comercio (secciones 1a. y 2a. del Libro Segundo de dicho Código). Dieciocho años después, el Decreto Legislativo 311, del 12 de Noviembre de 1984, ha modificado la Ley de Sociedades no pudiendo dejar de mencionar el Decreto Supremo No. 003-85-JUS, del 14 de enero de 1985, por medio del cual se ha aprobado el "Texto

Unico Concordado de la Ley General de Sociedades" y que consta de un Título Preliminar de 24 artículos, tres libros, 414 artículos y un anexo.

Ahora bien, en lo que respecta a Sociedades Mercantiles, el Decreto Legislativo 311 y su Texto Unico Concordado no ha introducido ningún cambio sustantivo en el articulado de la que fue Ley de Sociedades Mercantiles, y, desde el punto de vista formal, puede afirmarse que la actual Ley General de Sociedades es la sumatoria de la transcripción del articulado de la Ley de Sociedades Mercantiles, parcialmente reubicado en su numeración, más la inserción del articulado sobre Sociedades Civiles existente en el Código Civil de 1936 (artículos 1686 al 1748) con algunas modificaciones de importancia, precedidos ambos textos por un Título Preliminar, compuesto por 24 artículos que son sustancialmente los mismos que formaban la Sección Primera—Disposiciones Generales de la Ley 16123.

## II. ANTECEDENTES DE LA LEY 16123

Originalmente, en la Sección Primera del Libro Segundo del Código de Comercio, promulgado por Ley del 15 de Febrero de 1902, se regulaba a las compañías mercantiles. A tenor de su exposición de motivos, dicho Código se inspiró "en el respeto más absoluto del principio de libertad de asociación, sin trabas ni fiscalizaciones de ninguna especie; estableciendo como garantía para los derechos de terceros, la publicidad".

El Código de 1902 es sustancialmente el Código de Comercio Español de 1885, salvo el capítulo sobre letra de cambio que fue tomado de la legislación italiana; y el de cuenta corriente, de la ley argentina. A su vez, se suele decir que el Código Español es, en esencia, el Código de Comercio de Napoleón.

Ante el dinamismo de la actividad comercial y el surgimiento de nuevos hechos, nuevas instituciones, nuevos mecanismos y operaciones comerciales, se hizo urgente y necesaria la Reforma de nuestro Código de Comercio. Y esta necesidad se sintió y apareció como una realidad nacional durante muchas décadas. El primer intento de reforma del Código de Comercio estuvo constituido por la Ley 6606, promulgada en la época del Gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, el 16 de Marzo de 1929, es decir que a escasos 27 años de vigencia del Código

de Comercio ya se hacía necesario acometer la labor de su reforma para adecuarlo a la realidad económica comercial del país.

Por cierto que nuestros juristas nunca dejaron de ocuparse del estudio de las posibles reformas.

Proyectos sobre leyes de sociedades mercantiles fueron elaborados en 1914 y en 1928. En 1939, mediante Ley 6606, se creó una Comisión Reformadora del Código de Comercio. En 1961, el Dr. Jaime Rey de Castro, elaboró un proyecto completo de una Ley de Sociedades Anónimas. En cuanto a estudios de la materia, también debe mencionarse el trabajo del Dr. Hernando de Lavallo Vargas sobre "La Emisión de obligaciones por las sociedades anónimas", publicado en 1953. En 1955, el Dr. Luis Echeopar García, dio a publicación su libro denominado "Control de las Sociedades Anónimas en la Legislación de Chile, España, Suiza y Perú", y el Dr. Ulises Montoya preparó, en 1956, un trabajo titulado "Sociedades Anónimas, consideraciones para una ley" que, posteriormente, amplió y publicó en 1961, bajo el título "Sociedades Anónimas".

Todas las iniciativas citadas contribuyeron a la acción legislativa que culminó en la aprobación y promulgación, en el año 1966, de la que se llamó Ley de Soiedades Mercantiles No. 16123, con la cual se sustituyó y dejó sin efecto toda la Sección Primera del Libro Segundo del Código de Comercio de 1902, referido a Sociedades Mercantiles, constituyendo esta ley, conjuntamente con la Ley de Títulos-Valores No. 16587, las principales reformas efectuadas a nuestro Código de Comercio.

### *III. REVISION Y REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES*

Dentro del ámbito del Derecho Comercial hay un proceso continuo, permanente, dinámico, de adopción de reformas jurídicas nuevas para la realización de esfuerzos tendientes a lograr objetivos de carácter económico. Se vienen presentando, con el dinamismo que caracteriza al Derecho Comercial, nuevas modalidades contractuales, nuevas figuras que requieren de una adecuada reglamentación.

Se ha dicho, con razón, que la revolución tecnológica, llamada inicialmente revolución industrial, no habría consumado su obra de transformación sin las fórmulas jurídicas adecuadas. Han sido sociedades mercantiles, básicamente sociedades anónimas, las que cimentaron las

grandes empresas de producción de acero y de máquinas, la industria química y la eléctrica. Son hoy, también, sociedades anónimas las que en los países desarrollados o en proceso de desarrollo, elaboran toda la extensa gama de productos técnicos que caracterizan a nuestra época.

El trabajo de periódica revisión y de reforma viene realizándose en otros países. Para nuestra reforma, estos nuevos ordenamientos pueden ser fuente de información útil, no ciertamente para una ciega aceptación o imitación, sino para conocer la abundancia y variedad de alternativas utilizadas para reglamentar las nuevas instituciones y las nuevas modalidades comerciales.

Entre 1981 y 1985, hubo en marcha un proceso activo de revisión y de cambio. En efecto, a iniciativa del Gobierno de Turno, se formaron tres comisiones orientadas, la primera, hacia la reforma del Código de Comercio; la segunda, hacia la reforma de la Ley de Sociedades Mercantiles; y, la tercera, hacia la reforma de la Ley de Títulos-Valores.

Como quiera que la Comisión que tuvo a su cargo la preparación de un ante-proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Mercantiles desarrolló, en forma sostenida y sistemática, una labor de revisión y análisis, bien vale la pena referirse sucintamente a dicha labor, para finalmente, concluir con un brevísimos comentario al Decreto Legislativo 311, también llamado Ley General de Sociedades, el cual lamentablemente no recogió, ni siquiera parcialmente, las propuestas de modificación formuladas por la indicada Comisión.

#### *IV. CRITERIOS GENERALES ANALIZADOS EN LA COMISION REFORMADORA*

Respecto a la sociedad colectiva y comanditaria, respectivamente, puedo decir que la Ley contiene un conjunto de normas básicas, a la que conviene añadir ampliaciones o aclaraciones sin que necesariamente se incremente su articulado. Como se sabe, la sociedad colectiva es una sociedad de personas que comprometen en la sociedad todo su patrimonio personal, con socios habitualmente dispuestos a dirigirla personalmente y dedicarle todo su tiempo y esfuerzo. Una reforma debe aclarar con mayor precisión las facultades de los socios colectivos; los derechos y deberes de los socios industriales; la extensión de poderes, la reforma de elección y de remoción de los administradores, la presentación de memorias y balances, y los derechos de los socios no administradores. Asimismo, debe considerar la posibilidad que un tercero no

socio, pueda ser designado administrador de la sociedad, alternativa que debe contemplarse en la escritura de constitución. Indudablemente, las ampliaciones y aclaraciones son convenientes, puesto que la ley debe constituir segura guía de conducta en las vicisitudes de esta forma de sociedad mercantil. Sin embargo, la importancia económica de esta modalidad societaria ha disminuido considerablemente por la responsabilidad limitada que se deriva para sus socios.

En cuanto a las Sociedades en Comandita, éstas representan la transición entre la sociedad colectiva y la anónima. Tiene socios colectivos con responsabilidad igual a la de sus similares en las colectivas; tal que han invertido en ella. De allí que las normas que las rigen corresponden en parte a sociedades anónimas. Una inclusión importante puede ser la opción de nombrar gerentes a terceros no socios en la medida que la escritura de constitución social lo permite.

Respecto de las Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada, se consideró necesario evaluar la procedencia de modificar el articulado correspondiente, ya sea para permitir que las participaciones sociales se representen en títulos transferibles en la misma forma que las acciones o, en todo caso, obviar la exigencia de la escritura pública para la transferencia de dichas participaciones; lo cual conlleva la obligatoriedad de llevar un libro-registro de participaciones en el que se anotarían las transferencias.

En cuanto a la Sociedad Anónima, es plenamente justificado que la mayor atención, dedicación y tiempo del trabajo de la Comisión se haya dirigido a ella. La sociedad anónima, como se sabe, es una entidad legal con personalidad jurídica; con patrimonio propio, sujeto de derechos y obligaciones; formada por un grupo de personas propietarias de las acciones representativas de su capital social; las cuales dirigen, mediante funcionarios que designan, una empresa que se ocupa de producir y distribuir bienes o proporcionar servicios y que gozan de beneficios que expresamente la ley les ha concedido, siendo el principal de ellos el beneficio de la responsabilidad limitada para sus socios, que, sin lugar a dudas, le ha llevado a su auge actual. En la empresa unipersonal y en la sociedad colectiva, el empresario arriesga todo lo que tiene y lógico es que mida los riesgos que asume. Los recursos que pueda movilizar un individuo aislado y aun unos pocos individuos reunidos en una compañía colectiva son limitados. En cambio, la vitalidad de la sociedad anónima se debe a la posibilidad que ofrece a gran número de personas de efectuar aportes pequeños con riesgo limitado sólo al monto de esos

aportes; por consiguiente, el monto de la pérdida puede ser previsto y su máximo fijado de antemano.

La utilidad social de la sociedad anónima está en que ella facilita la instrumentación legal necesaria para realizar actividades industriales mineras, pesqueras, agrícolas y comerciales. Los riesgos empresariales y las utilidades se diluyen entre varias personas, aun de ingresos moderados, que pueden participar así, de manera creciente, en la riqueza que produce el equipo productivo de la comunidad. Es, sin lugar a dudas, una modalidad empresarial de asombrosa adaptabilidad y de indiscutible eficiencia y, por ello, no llama la atención que una modalidad que reúne tales ventajas y facilidades se venga utilizando con creciente intensidad en toda clase de actividades económicas, incluso como una modalidad a través de la cual el Estado realiza actividades empresariales (caso de las empresas de Economía Mixta y de las empresas estatales de Derecho Privado a que se refiere el Decreto Legislativo No. 216).

Ahora bien, cuando se examinan sociedades anónimas que agrupan gran número de accionistas, se puede apreciar que muchos de ellos son propietarios solamente temporales. Buena parte invierte en la sociedad parte de sus recursos sólo en forma temporal, y muchas veces los invierte con fines especulativos, sin tener ni interés sustancial, ni suficiente conocimiento, ni deseo de ocuparse de la dirección de la empresa. En realidad, lo que este tipo de accionista, en una sociedad anónima, necesita es que existan mecanismos que impidan que su dinero, puesto en acciones de la sociedad, no peligre por actos incorrectos y aun dolosos propiciados y/o realizados por las personas que lo administran.

#### V. PROPUESTAS DE LA COMISION NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES "CONASEV"

La Comisión recibió tres propuestas de la CONASEV, referidas a asuntos específicos que eventualmente podrían incluirse en la Reforma de la ley, y que deben ser materia de mayor análisis. Dichas propuestas son las siguientes:

##### a) *Participación de las Minorías*

La CONASEV planteó la innovación del artículo 188 de la Ley, de forma tal que en todos los casos se haga facultativa la constitución del Consejo de Vigilancia, aun cuando realicen oferta pública de valores, y paralelamente, propuso el fortalecimiento de los accionistas minoritarios dentro de las sociedades anónimas para

lo cual consideran necesaria la modificación del primer párrafo del artículo 158, a efectos que se establezca que tales accionistas minoritarios deberán tener obligatoriamente representación en el Directorio.

b) *Remuneraciones a los Directores*

A criterio de la CONASEV, la ley en su artículo 153 no es lo suficientemente clara y específica sobre las remuneraciones al Directorio; pues, si bien recoge la opinión predominante en la doctrina de que el cargo de Director debe ser retribuido, no ofrece los mecanismos de seguridad necesarios para impedir que se abuse de ese derecho en perjuicio de la propia empresa y de los accionistas, especialmente los minoritarios. Para suplir esta deficiencia, se propuso que en la Ley se especifiquen las diferentes modalidades a través de las cuales se puede retribuir al Directorio, fijando topes en sueldos mínimos vitales cuando se trata de cantidades fijas o del 5 o/o de las utilidades de la sociedad (después de impuestos y reservas), cuando se trata de participación de utilidades; y propuso, además, una serie de limitaciones y/o restricciones que ocasionaron un detenido y prolongado debate.

c) *Derechos de Suscripción*

A criterio de la CONASEV, la Ley de Sociedades Mercantiles cuando se refiere al derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones que se emitan en caso de aumento de capital, si bien le reconoce un contenido patrimonial y un valor específico, sanciona al accionista que renuncia a ejercer ese derecho, pues de esto no obtiene contraprestación económica alguna. Para la corrección de ello, ha planteado incorporar el derecho de preferencia para la suscripción de acciones, a un título de carácter circulatorio que se denominaría "Certificado de Suscripción Preferente"; el cual se negociaría en rueda de bolsa dentro de un plazo pre-determinado y que estaría sujeto a caducidad.

VI. TRES TEMAS ESPECIFICOS QUE FUERON DE INTERES PARA LA COMISION

a) *Sindicación de Acciones*

La Comisión debatió intensamente acerca de la conveniencia de introducir una o varias normas en la Ley de Sociedades respecto de la Sindicación de Acciones. Como se sabe, el texto actual de la

Ley no alude a dicha institución en forma directa o indirecta. De aprobarse ello en sentido positivo, a mi juicio la Ley debe referirse a las diversas modalidades de convenios de sindicación de acciones, a la validez de los mismos frente a la sociedad y a las obligaciones que se derivan de tales convenios.

b) *Contratos Asociativos*

La actual Ley 16123 incluyó dentro de la Sección Décima Segunda a la Asociación en Participación, la cual no constituye un tipo de sociedad siendo más bien un contrato asociativo. La actual Ley General de Sociedades se ocupa de ella en la Sección Sexta del Libro Tercero.

La Comisión también ha debatido acerca de la necesidad de incorporar, dentro de la misma Sección, otros tipos de contratos asociativos, como son el joint venture y el Consorcio, que universalmente se utilizan para la realización de negocios determinados.

c) *Escisión de Sociedades*

Una de las innovaciones importantes que debe contener la Ley de Sociedades es la figura de la Escisión o División de Sociedades, como alternativa de fragmentación o asignación de parte del patrimonio societario a la realización de una actividad mercantil a través de otra entidad, con independencia económica y jurídica, considerando, además, que en nuestra legislación tributaria e industrial ya se ha contemplado dicha alternativa. La llamada Escisión de Sociedades está normada actualmente en la legislación societaria francesa, italiana y argentina, respectivamente, y la doctrina internacional se viene ocupando de ella cada vez con mayor intensidad.

d) *Balance y Distribución de Utilidades*

En el Título X, de la Sección Tercera de la ley 16123, se encontraba normado en detalle lo relativo a la presentación y aprobación del Balance y del estado de Ganancias y Pérdidas, así como lo referente a la distribución de utilidades entre los socios. Hoy está en el Título X de la Sección Tercera del Libro Primero.

Al respecto, existió consenso en el seno de la Comisión en la necesidad de adecuar o actualizar tales normas para compatibilizarlas con las tendencias modernas de contabilización y registro así como cautelar a todos los socios en lo concerniente a una distribución de las utilidades efectivamente obtenidas.

*VII. SIGNIFICADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 311*

Conforme fue de público conocimiento, por Ley 23403, del 13 de Mayo de 1982, se facultó al Poder Ejecutivo para que promulgue, mediante Decreto Legislativo, el Código Civil, cuyo proyecto fue preparado por la Comisión creada por Decreto Supremo No. 95, del 1 de Marzo de 1965, encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936, previa aprobación o modificación de una Comisión Revisora Mixta, formada por parlamentarios y juristas.

Posteriormente, por Ley 23756, del 28 de Diciembre de 1983, se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar Decretos Legislativos sobre modificación, ampliación o derogación de dispositivos de códigos diferentes del Código Civil de 1936 y de otras leyes, en cuanto a juicio de la Comisión Revisora, creada por Ley 23403, fueren pertinentes para la aplicación del nuevo Código Civil, con cargo de que entren en vigencia en la misma fecha que éste y de dar cuenta al Congreso. Dicha Comisión Revisora presentó al Poder Ejecutivo un Proyecto de Decreto Legislativo sobre modificación de la denominación y estructura de la Ley de Sociedades Mercantiles No. 16123, proyecto que se convirtió en el Decreto Legislativo No. 311, a efectos que en una sola Ley General se regule a las Sociedades Mercantiles y a las Sociedades Civiles; éstas últimas excluidas del nuevo Código Civil.

Con independencia de las motivaciones o justificaciones, lo cierto es que por una falta de coordinación con la Comisión Reformadora de la Ley de Sociedades Mercantiles, y, por qué no decirlo, por excesiva precipitación, se dejó pasar una extraordinaria coyuntura, una ocasión propicia, para que nuestra Ley General de Sociedades sea, la que en realidad ahora no es, un instrumento jurídico moderno, de avanzada y acorde con la nueva terminología empresarial utilizada en nuestra nueva Constitución.

No obstante que estamos frente a hechos consumados y, consciente de que no es deseable que las leyes fundamentales estén sometidas a constantes cambios y/o modificaciones que muchas veces desconciertan en lugar de constituir mejoras, comparto el criterio de muchos colegas acerca de la necesidad de introducir enmiendas y modificaciones al articulado de la Ley General de Sociedades, no sólo en lo concerniente a las Sociedades Mercantiles, para lo cual puede, perfectamente, aprovecharse el trabajo ya efectuado por la Comisión Reformadora de la Ley de Sociedades Mercantiles, sino también en lo relativo a Sociedades Civiles. Su materialización es simplemente cuestión de tiempo.