Exposición de Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades hecha por Dr. Enrique Normand Sparks, Presidente de la Comisión Redactora, a la Comisión Revisora del Congreso de la Republica

La reforma de la Ley General de Sociedades es una necesidad sentida por todos. Hay dos elementos importantísimos que ameritan una reforma. De un lado, la antigüedad de la norma. Si vemos el antecedente histórico y la evolución de la legislación societaria en el Perú, vamos a encontrar que hay dos veleros de los cuales se nutre la actual legislación. De un lado la legislación societaria mercantil, que tiene su inmediato origen en la Ley Nº16123, que era a su vez, un cuerpo legal grandemente inspirado en la Ley española de 1951. Este núcleo de normas societarias, mercantiles, mas adelante se mezcla, se fusiona con la legislación societaria civil contenida en el Código Civil de 1936, cuando se dicta el Código de 1984 y una Ley General de Sociedades recoge toda la materia societaria, es decir, tanto la relativa a las sociedades civiles como a las sociedades mercantiles.

Esta realidad legislativa nos pone frente a normas que tienen casi 50 años en el caso, de las de sociedades mercantiles más de 50 años en cuanto a las sociedades civiles.

Estamos así ante una legislación que no puede menos que ser calificada como antigua. A esto, que es una comprobación puramente cronológica, se suma otro elemento que es la gran transformación que sufre el proceso, el marco económico en el Perú en los últimos años.

La legislación societaria vigente, que había funcionado relativamente bien, que era una legislación acertada, funcionó de manera adecuada durantes un tiempo, esto es, en tanto la economía peruana se movía en unos cauces y a un ritmo mucho más lento. Hoy día la economía mundial y con ella la economía peruana, han adquirido una dimensión y una dinámica que no se condice con las normas societarias que rigen en el materia en el Perú.

Estas dos situaciones sumadas a un elemento importantísimo que es la dinámica del derecho societario hacen imperativo un cambio. El derecho societario tiene una característica muy dinámica, quizás es el ámbito del derecho comercial donde se da el cambio de manera mas permanente y mas rápida.

Es interesante señalar la experiencia de la legislación anglosajona. En Inglaterra hay unos comités nombrados tradicionalmente cada 20 años, para revisar la legislación societaria.

La ultima de estas comisiones trabajo en 1985, pero en el ínterin, en 1986, en 1989 y en 1993, se ha trabajado reformas a la ley societaria, es decir, que estos hitos de reforma de veinte en veinte años, han demostrado hoy en día ser aún demasiado amplios, demasiados largos

La dinámica del derecho societario exige una movilidad mucho más rápida, mucho mas activa. Estas comprobaciones nos demuestran, per se, que era necesario revisar la legislación societaria peruana.

Esta realidad sentida por profesores, sentida por gente que estudia la materia, sentida por legisladores y sentida sobre todo por los comerciantes, en el más amplio concepto de comerciante, por la gente que realiza una actividad económica, clamaba por un “aggiornamiento” de la legislación societaria peruana.

Es frente a esta realidad que en septiembre del año 1994, el Ministerio de Justicia nombra una Comisión con el encargo de redactar el proyecto de una nueva Ley General de Sociedades. La comisión es conformada por once miembros, todos abogados en ejercicio, la mayoría de ellos con actividad docente en el campo mercantil. Es anecdótico pero interesante señalar que si se suma la experiencia docente de los miembros de la Comisión, llegamos cerca de los 200 años, de enseñanza

universitaria y que la Comisión se estructura integrando profesores de distintos grupos generacionales lo que permite lograr dentro de la Comisión un buen equilibrio generacional y de perspectivas.

La comisión al iniciar su tarea debe encarar una primera gran interrogante: ¿Que hacer frente a la Ley General de Sociedades vigente? ¿Deberá revisar, corregir, innovar, cambiar, modificar, complementar? Y encuentra que todas y cada una de estas tareas tenia que ser cumplida y que no era suficiente enmendar o parchar la legislación vigente, sino que se precisaba también darle una nueva estructura total a la ley. Así lo recoge el proyecto y no con un sentido iconoclasta, no con el prurito de destruir lo que estaba hecho. Lo hace, reconociendo que en derecho mercantil el jurista, el legislador inventa poco, el legislador, el jurista tiene la tarea de recoger la realidad, tiene que respetar las instituciones y formas societarias existentes y aceptadas. ¿Qué tendrá que hacer, entonces, frente a ellas? Tendrá que ordenarlas, sistematizarlas, recoger las soluciones, no olvidemos que el derecho es la ciencia de las opciones.

¿Cómo reestructurar la Ley, que instituciones recoger, que instituciones corregir, que instituciones añadir? Ese trabajo es el que ha hecho la Comisión.

Y lo ha hecho recurriendo a un principal elemento que es la comprobación de la realidad nacional. Hubiera sido muy fácil copiar alguna de las legislaciones extranjeras; repetir lo que hemos visto que es una especie de designio fatal en el derecho mercantil peruano: la tentación de copiar la legislación extranjera. Ello ocurrió con el código de Comercio, con la Ley General de Sociedades. En el trabajo se ha descartado esa tentación fácil y se ha trabajado en un proyecto distinto, en un proyecto que se sustenta en la realidad nacional, que se sustenta en respetar aquellas instituciones, inclusive el texto de aquellos artículos que han funcionado eficiente y claramente, aquellos artículos que no han suscitado problemas de interpretación, problemas de aplicación, algunos

de esos artículos se han respetado y recogido, casi al pie de la letra, en el proyecto. Sin dejar, por supuesto, de nutrirse de la valiosa fuente del derecho comparado, se ha trabajo fuertemente con la legislación española, también con la legislación mexicana y la chilena. En la legislación europea se ha consultado y trabajado sobre la base de las legislaciones inglesa, suiza y francesa.

En su trabajo la Comisión ha consultado a diversas instituciones, se pidió opinión a CONASEV, a la Bolsa< de Valores de Lima, al Colegio de Notarios de Lima, a la Cámara de Comercio, a la CONFIEP, a INDECOPI y a la Asociación de Bancos.

También se pidió asesoría a muy distinguidos y destacados auditores en los aspectos contables y de auditoria que toca la Ley.

¿Con estos elementos de trabajo que ha hecho la Comisión? Ha logrado un considerable avance, ha estructurado un nuevo esquema de ley de sociedades, respetando la estructura de la actual Ley General de Sociedades, que por lo demás es un estructura que no es ajena al ordenamiento de los principales cuerpos legales de este país, así se podría decir que tiene inclusive una estructura similar a la del Código Civil, esto es, una parte de reglas generales, de dispositivos generales, y luego las instituciones mas concretas y puntuales.

El proyecto esta dividido en 4 libros, a su vez subdivididos en Secciones:
Un primer Libro que recoge las reglas generales aplicables a todas las sociedades;
Un segundo Libro relativo a loas sociedades anónimas;
Un tercer Libro sobre las otras formas societarias;y
Un cuarto Libro con las normas complementarias que contiene 9 Secciones sobre obligaciones, reorganización, sucursales, liquidación y extinción, sociedades irregulares, contratos asociativos y registro.

Se ha buscado priorizar la sociedad anónima, se tuvo la tentación en un momento de creer que la sociedad anónima podía ser la única forma societaria vigente en el país. ¿Por qué? Por que la comprobación era que había una gran difusión de la sociedad anónima: sin embargo, ciertas investigaciones e indagaciones , sobre todo a nivel de provincias, arrojaron, por ejemplo en el caso de Arequipa, que actualmente existe once sociedades encomanditas vigentes y 21 sociedades colectivas frente a varios miles de sociedades anónimas y, lo que es mas, que desde 1972 a la fecha solo se ha constituido dos sociedades colectivas, y dos sociedades en comanditas, de las cuales una ya dejo de funcionar.

Esta realidad determino que la Comisión tuviera que respetarla y acatarla. No se podía privar al comerciante o al empresario de la posibilidad, si asi lo quería en determinado momento o si las circunstancias así lo reclamaban, de poder acudir a estas otras formas societarias. A su vez tal comprobación brindó también una orientación en cuanto al énfasis, a la necesidad de poner más énfasis, más cuidado, más detalle en las sociedades anónimas, pero sin eliminar las otras formas societarias. Asi se hizo, sólo se eliminó la sociedad comercial de responsabilidad limitada, al estimarse que la función que cumple la sociedad comercial de responsabilidad limitada que es, desde un punto de vista doctrinario, una sociedad de capitales con fuertes notas personalistas, se podía lograr con la nueva formas que introducía el proyecto y que es la sociedad anónima cerrada.

El concepto de sociedad anónima cerrada que contiene el proyecto recoge las notas más características de la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Entre ellas tenemos que contiene limitaciones a la transferencia de las participaciones, una organización administrativa simple en cuanto puede prescindirse del directorio; admite la posibilidad que la sociedad termine con la muerte del socio, aun cuando quepa pacto en contrario, y se ha limitado el número de socios a 20. Estos elementos hacen de la anónima cerrada una sociedad pequeña que recoge todas las características de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

En cuanto a los principios generales que han orientado el trabajo de la Comisión, cabe señalar los siguientes: se ha buscado con mucho rigor mantener el principio mercantil y societario, que este derecho no es un derecho de sanción. El derecho mercantil no sanciona, el derecho mercantil a los incumplimientos les atribuye consecuencias. Este genial principio se sustenta en el hecho que a los comerciantes no es necesario sancionarlos, que es suficiente atribuirle consecuencias negativas respecto de lo que ellos buscan. Si las instituciones del derecho comercial les brindan limitación de responsabilidad, celeridad, etc., son estos elementos los que se pierden por el incumplimiento. Caso típicos es el de las sociedades irregulares. Cuando una sociedad deviene en irregular no se impone una multa, no se castiga a nadie con una penalidad, no se le impone una sanción. Simplemente se pierde la limitación de la responsabilidad. Se pierde la estabilidad de la sociedad, cualquier tercero acreedor o cualquier administrador puede pedir la disolución de la sociedad. Es decir, hay consecuencias no sanciones. Este principio se ha respetado en todas las normas de la ley.

Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se ha eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencias, no se condice con la prescripción que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva. Este es unos elementos interesantes que se ha introducido en el proyecto.

Se ha buscando simplificar los procedimientos. Los procedimientos que existen en la actual ley, son procedimientos lentos, torpes, inclusive en algunos casos impracticables. Hemos de simplificar todos estos procedimientos.

Se ha ordenado los aspectos procesales de la Ley. Luego de la dación de la Ley General de Sociedades ha habido en nuestro país un cambio procesal muy importante. Inclusive en la nomenclatura de los términos y la esencia de sus instituciones. Acorde con ello se ha adaptado al proyecto las nuevas formas procesales y a su actual terminología.

Estos son algunos de los grandes lineamientos o principios que se han seguido al estructurar el trabajo.

En cuanto a las reglas generales relativas a todas las Sociedades, hemos introducido importantes novedades ha permitido que existan sociedades, persigan o no fines de lucro. Basta que el ente tenga una actividad preponderadamente económica para que pueda constituirse como sociedad.

Se ha ampliado el concepto del estatuto a todas las formas societarias. El análisis del texto de la ley vigente nos lleva a ver que el estatuto es una institución particular y privativa de la sociedad anónima. Sin embargo, en nuestro país la realidad había rebasado esta limitación y en muchos casos en el pacto social de una sociedad colectiva se recogió un estatuto. Esta realidad ha sido reconocida y aceptada en el proyecto.

Se ha ampliado la protección del nombre, tanto de la denominación como la de la razón social. La ley vigente resulta muy restringida en cuanto sólo otorga protección a un nombre prácticamente igual. El proyecto ha establecido la posibilidad que se pueda oponer alguien con un nombre igual o similar. Se ha ampliado así el espectro de protección al nombre de las sociedades y adicionalmente se ha incorporado las reglas sobre la reserva registral del nombre que permiten a una empresa en formación obtener salvaguarda, mediante la inscripción en el registro, del nombre que se pretende usar al formar la sociedad.

Se ha establecido una serie de reglas para preservar la sociedad inscrita. La sociedad es un vehículo, es un elemento en el tráfico económico, el tercero que contrata con un sociedad inscrita no tiene por que padecer las consecuencias de una falla que acarrea la nulidad de la Sociedad. Por ello en el proyecto se ha establecido que si se declara la nulidad de una sociedad inscrita, ello tiene como efecto que la sociedad entra en liquidación. No se puede ignorar que la nulidad hiere de muerte a la Sociedad, pero este ente que ha venido funcionando frente a terceros bajo la fe del , tiene que seguir un proceso que permita a la Sociedad desaparezca ordenadamente sin perjudicar los derecho adquiridos de los terceros.

Se ha introducido un cambio muy radical respecto de la distribución de utilidades. Las utilidades en ordenamiento vigente se reparten de acuerdo a la época y al monto en que los aportes integran el capital. El proyecto se ha apartado de este principio que era un principio que creaba confusión y en algunos casos resultaba impracticable y ha establecido como regla general que ellas tocan por igual a todas las acciones estén pagadas o no. Solo la pierde el socio moroso, aquel que esta en atraso en sus pagos, en sus aportes, es el único que pierde el derecho a las utilidades ¿Por qué?, Por que el socio a quien se le ha dado plazo para pagar su aporte esta cumpliendo cabalmente con su compromiso con la empresa, y el pago es parte del acuerdo que ha hecho con la sociedad. En tanto el accionista está cumpliendo tiene el derecho a percibir las utilidades de la empresa. Por supuesto, que esta norma admite pacto en contrario, no es una norma imperativa, pero creemos que es un avance importante e interesante en la legislación societaria.

Se ha establecido la posibilidad que las opciones que dan las sociedades, o las opciones que se den respecto de acciones o participantes de las sociedades no estén sujetas al plazo del código civil. El plazo de seis meses de las opciones que consagra el Código Civil resulta demasiado corto, resulta ineficiente para muchas de las actividades económicas

Recogiendo la norma que existe en la Ley de Arbitraje, se ha establecido, la posibilidad que se pacte el arbitraje obligatorio en el pacto social habiéndolo así extensivo a los nuevos que entren a la sociedad.

En cuanto a las acciones también se han introducido importantes innovaciones en proyecto.

Por ejemplo, se ha establecido que toda las acciones tendrá igual valor nominal. La ley actual permite que distintas series en una sociedad tengan diversos valores nominales, ello ha sido eliminado. Sobre todo por que en un país que los estados financieros se reajustan anualmente, los reajustes de la cuenta capital, creaban problemas de saldos y picos por distribución.

Cuando todas las acciones tienen un mismo valor nominal, el monto del ajuste se prorratea, y el valor nominal de tos sube por igual.

Se ha mantenido la actual prohibición de acciones al portador, el proyecto solo contempla las acciones nominativas. Creemos que hay varias razones. Primero las razones fiscales que llevaron a la eliminación original subsisten en cierta forma. Luego hay razones históricas. Desde la dación del Decreto Supremo Nº287-68-HC, no existen acciones al portador en el Perú, se ha vivido sin acciones, sin que se sienta una grande necesidad de restablecer esta forma de acciones.

A ello suman hoy en día otras razones, tales como las de control, inclusive societario, cuando es una sociedad cerrada, cuando es una sociedad abierta, de lavado de dinero, etc.

Se ha recogido una novedad muy interesante, que aun cuando es muy técnica resulta altamente interesante. Se ha distinguido en el proyecto dos instantes: el de la creación de las acciones y el de la emisión de las acciones.

Las acciones se crean con el acto fundacional o con el aumento del capital, pero solamente se emiten las acciones en el momento que son suscritas y pagadas en el porcentaje que señala la ley.

También se ha mantenido que se puedan colocar acciones sobre la par, esto es, por encima de su valor nominal pagando una prima. Pero se ha introducido la novedad que se puedan colocar acciones bajo la par, con un mecanismo de transparencia muy importante de cómo se debe tratar contablemente el resultado de la suscripción de acciones bajo la par.

Se ha establecido normas que precisan como se maneja la copropiedad de las acciones. Los casos de acciones, propiedad de una sucesión o de un grupo de herederos que acaban siendo copropietarios, y que tiene problemas entre si para acreditar la representación frente a la sociedad es una realidad sentida en la práctica. Se han incorporados reglas que permiten solucionar este problema.

De otro lado, se ha precisado que la representación de un accionista sólo puede ser dada a una persona. El absurdo de la anécdota histórica de Vidaurre contra Vidaurre ocurría en las juntas de accionistas. Se daba poder a tres personas con un tercio cada una del paquete accionario de un mismo accionista. Y en la Junta, uno se abstenía, el otro aprobaba y el otro votaba en contra ¿Qué corría entonces? Que en virtud de este mecanismo un accionista quedaba investido de la posibilidad de impugnar el acuerdo que el mismo también había aprobado. Era una contradicción jurídica grande que surgía de esta situación, se ha buscado de eliminar tal absurdo.

Se ha recogido las accionistas sin voto y se señala que se han recogido las acciones sin voto por cuanto actualmente existe legislación sobre acciones sin voto. Empero, el proyecto ha ido un paso más allá que la legislación vigente que permite a las acciones sin voto recuperar el voto en determinadas circunstancias.

El proyecto propone eliminar totalmente el voto de estas acciones, se las convierte en verdaderas acciones sin voto. El accionista que opta por las acciones sin voto, esta dispuesto a cambiar sus derechos políticos por un derecho económico especial y para eso, se ha establecido que las acciones sin voto van a tener un dividendo preferencial y además van a tener un preferencia en la distribución del haber social. Estos accionistas sin voto que no tiene derecho políticos deben ser cautelados de manera muy especial frente a la marcha de la sociedad, para ello se ha establecido en el proyecto un conjunto de normas a su favor: así se ha impuesto la obligación que se les dé informe semestral; se ha establecido el derecho de separación en determinados casos; se les ha dado el derecho de impugnar acuerdos, y, se les ha reconocido de manera muy amplia y puntual el derecho de suscripción preferente.

El proyecto también recoge las acciones en cartera y lo hace en dos niveles. Este es un aporte interesante, va a poder haber acciones en cartera por emisión, es decir, la sociedad va a poder reservarse, de un aumento de capital o en el acto constitutivo un paquete de acciones para mantenerlo en cartera o va a poder mantener en cartera acciones que adquiera en el mercado. Los mecanismos societarios exigen mucha veces, hoy en día, que las grandes sociedades tengan acciones de cartera, bien sea para evitar caídas bruscas de la bolsa, bien sea para dar incentivos o bonos a sus funcionarios y trabajadores. Esta figura, que es institución común en las legislaciones más avanzadas del derecho societario, no era posible de manera amplia en el Perú.

En cuanto a la Juntas Generales, se han introducido interesantes modificaciones.

La distinción que se hacía entre Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, ha sido eliminada. Ha sido práctica común en el Perú convocar simultáneamente a Junta General Extraordinaria y Ordinaria, lo que constituye una contradicción en sí mismo porque la junta es ordinaria o extraordinaria no por los temas que trate, sino por la oportunidad en que se celebra. Para evitar distorsiones y para que no haya lugar a duda, se ha propuesto la junta obligatoria anual que equivaldría a la junta ordinaria legal; ello sin excluir la posibilidad que se establezcan juntas obligatorias estatutarias. El estatuto podrá prever la realización periódica de otras juntas obligatorias.

Se han simplificado las normas de quórum, y voto. El voto se computa tradicionalmente en el Perú de acuerdo al capital pagado, esto era un calvario para el control en las juntas de sociedades que no tuvieran su capital íntegramente pagado. El proyecto prescribe que el quórum se compute por el número de acciones. Ello es otra consecuencia del mismo principio que se ha aplicado en cuanto al reparto de las utilidades y que ya ha sido mencionado.

El socio que está al día en el pago de sus aportaciones no tiene porque sufrir ninguna consecuencia negativa. El es un cumplidor de sus obligaciones para con la sociedad, en consecuencia, debe tener expedito su derecho a voto. Sólo lo pierde en la medida que se convierta en moroso.

Otra novedad que contempla el proyecto es que el quórum se compute al inicio de la sesión. Ocurría con frecuencia en la práctica que un grupo de accionistas que no estaba satisfecho con la forma como se desarrollaba la asamblea, se retiraba, luego se pedía que se volviera a computar el quórum y éste se había perdido.

Para evitar estas artimañas, se ha establecido que el quórum se fije al momento del inicio de la asamblea, así la junta general queda constituida y funciona sin verse afectada por los cambios o defecciones que pudieran ocurrir.

Se ha incluido también la posibilidad que un accionista al momento de registrar sus acciones, las excluya para el cómputo del quórum calificado, esto resulta un aporte interesante. Ocurre muchas veces que a los accionistas minoritarios se les inducía, casi se les forzaba, a asistir a las juntas ordinarias, que eran aquellas en las que tenían interés porque en ellas se aprueba la gestión y se aplican las utilidades, y se incluía en estas asambleas asuntos tales como modificaciones del estatuto, o aumentos de capital; utilizándose así su presencia para alcanzar el quórum más exigente que señala la ley. Según el proyecto el accionista puede manifestar que asiste a la junta, pero sólo para asistir y votar respecto de los asuntos no calificados, esto es, para los asuntos que requieren de quórum ordinario. Con esta salvedad no se computa su presencia para efectos de quórum calificado.

Para la fiscalización y la protección de las minorías, se ha recogido una serie de mecanismos. Se ha partido por eliminar el consejo de vigilancia. El consejo de vigilancia es una institución que nunca funcionó. La institución estaba predicada en nuestra ley, para ser elegida por el mismo mecanismo la misma gente que elegía el directorio; se daba el absurdo de tener un órgano de control y un órgano de administración, elegidos ambos por la misma gente y en la misma forma, era una situación que no cumplía una real función controladora.

La realidad reconociendo esta situación optó por cualquiera de las otras alternativas que permitía la ley, y se evitó el consejo de vigilancia. Ha habido poquísimas empresas en el Perú que han llegado a tener consejo de vigilancia.

El proyecto respeta el voto acumulativo para la elección del directorio. El voto acumulativo que introdujo la Ley Nº 16123, que ha funcionado eficientemente y que ha dado cabida en los directorios a las minorías de manera clara y sin discusión o cuestionamiento, se ha establecido como forma general de elección. Si se pueden pactar otros mecanismos de voto; pero siempre que sea un voto que respete y que dé cabida a las minorías.

Para proteger el derecho de estas minorías, se ha establecido también un mecanismo de auditoria anual externa; es decir una auditoria permanente y se le ha puesto en tres niveles distintos. En la sociedad anónima abierta es obligatoria, las sociedades anónimas abiertas tienen que tener auditoria anual permanente, y no se puede nombrar para este efecto a cualquier auditor, solamente se va a poder nombrar a auditores que estén en una lista preestablecida por la Conasev.

Las sociedades anónimas, digamos regulares, si es que no está ya en el pacto social, basta que el diez por ciento de los accionistas lo pidan para que se incorpore el estatuto; y sino estuviera recogido en el pacto social o en el estatuto, el veinte por ciento pueden pedir tal auditoria para un determinado ejercicio.

En las sociedades anónimas cerradas, tratándose de grupos más pequeños y de empresas en las que hay una presencia personal de los accionistas se ha puesto un quórum mucho más alto, esto es, 50% para pedir la auditoria anual permanente.

Los mecanismos de protección a la minoría que se han bosquejado son sin perjuicio de haber respetado todas las reglas en beneficio de los accionistas minoritarios que contiene la legislación actual.

Un accionista con una acción puede pedir la convocatoria a la junta general anual, cinco por ciento pueden pedir información en la sociedad anónima abierta, veinte por ciento pueden pedir la distribución del cincuenta por ciento en las utilidades, etc.

En cuanto a la administración, se ha precisado que la administración está integrada en la sociedad anónima por el directorio y por la gerencia.

Se ha establecido una novedad en la sociedad anónima cerrada. Se puede prescindir del directorio. Como se trata de una sociedad pequeña que tiene un número limitado de accionistas, la presencia de esos accionistas en una junta puede cumplir cabalmente la misión del directorio. Si la sociedad lo estima necesario, conveniente, se puede tener directorio, pero hay la posibilidad de prescindir de este órgano de administración.

Para zanjar una vieja polémica que existía en el Perú, el proyecto precisa que los directores deben ser personas naturales. Consideramos que el directorio es órgano de consejo de la administración. En el derecho comparado encontramos que en España se le llama "Consejo de administración". Es una especie de asamblea, de grupo de gente que aconseja, orienta a la gerencia no en el día a día sino que los lineamientos, grandes orientaciones de la marcha societaria y esto lo hacen más eficientemente y con más carácter de continuidad las personas naturales, frente a una persona jurídica que puede ir nombrando distintas personas y perder el carácter de continuidad con el manejo y en la información.

Se ha recogido en el proyecto una institución muy novedosa orientada a evitar una ficción en la que se incurría con frecuencia en el Perú. Se incluye los directorios con sesiones no presénciales. Con esta figura se acabó la ficción de hacer un acta y circularla y que la gente la firme sin haberse reunido. Ahora se va a poder decir, no hubo sesión pero hay un acuerdo escrito y ese acuerdo opera como si se hubiera reunido el directorio.

Pero si algún director se opone a que esto opere, sí tiene que haber sesión.

De otro lado se ha establecido una norma muy importante para remediar otro problema que se ha padecido con frecuencia en muchos directorios. Al efecto se ha consagrado que quien es elegido director no responde a sus electores. Por la elección se convierte en director y ya no tiene más función que la de servir en el consejo de administración en beneficio de los intereses de la sociedad.

Regresando al tema de la estructura de la sociedad anónima que mencionábamos antes, se ha recogido tres clases societarias, tres formas de sociedad anónima, la sociedad anónima normal o regular y, luego se ha puesto en los dos extremos, la sociedad anónima abierta, esto es, la gran sociedad y al otro extremo la sociedad anónima cerrada.

Al haberse incorporado tres formas en el proyecto, creemos que se ha realizado un aporte muy importante por cuanto ocurre con relativa frecuencia que en la evolución económica de una empresa muchas veces y ojala fuera así en todos los casos, se empieza como pequeña y va creciendo en el tiempo. Si la envergadura de sus negocios es exitosa, va creciendo con el tiempo, con el mecanismo de tres escalones o tres niveles de sociedad anónima, se permite a la sociedad ir pasando de una de estas clases de sociedad anónima a la otra mediante un simple proceso de adaptación, sin tener que recurrir al proceso complicado de la transformación. Basta con que adecue su estatuto para que opere este cambio.

A la sociedad anónima abierta, se le ha definido en el proyecto como aquella que tiene inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores acciones u obligaciones convertibles en acciones o aquella que tenga más de mil accionistas o aquella que tenga una minoría muy difundida. Es decir, que tenga cien o más accionistas que en conjunto sumen 30 por ciento del capital sin considerar aquellos que

Tengan 5 por ciento o más de las acciones, o sea, tienen que ser cien o más accionistas pequeños que sumen 30 por ciento para que también una sociedad anónima sea abierta.

A esta clase de sociedad anónima se le ha incluido un control por la CONASEV, pero un control en sus aspectos societarios. Se ha establecido contrariamente a lo que se regula para la sociedad anónima cerrada, que no puede establecerse ninguna limitación a la transmisibilidad de las acciones, ni ningún derecho de preferencia entre los accionistas.

La sociedad anónima abierta es una sociedad que está orientada, pensada, para tranzarse en el mercado bursátil, para tranzarse abiertamente; y en consecuencia, sus acciones no pueden tener ninguna carga o peculiaridad que les impida o dificulte entrar en este tráfico de manera eficiente, rápida, dinámica y segura.

Para la sociedad abierta se ha rebajado los quórums, recogiendo legislación que ya existe, pero era realmente importantísimo preserva este tratamiento. En una sociedad anónima abierta, como son las que ya existen hoy día en el Perú, reunir los quórums que señala la ley es prácticamente imposible. De haber reestablecido los quórums 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 quórums que se exigía.

Es importante señalar, que en la práctica, en las economías más desarrolladas, por ejemplo en norte América, ocurrió un fenómeno, en especial durante los años 60 y 70, en que grandes empresas se manejaban sólo con un 7 y 8 por ciento del accionariado, este número reducido era el único que asistían a las juntas. Si éste fenómeno se produjera localmente, las sociedades abiertas no podrían funcionar con los quórums actualmente vigentes.

La sociedad anónima cerrada recoge en el proyecto como una sociedad con veinte accionistas; no puede tener valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, es decir no puede tener inscritas en el registro ni acciones, ni abonos u obligaciones.

Para esta forma societaria consagra en el proyecto dos elementos: Un derecho de adquisición preferente entre los socios, si algún socio quiere transferir, los demás socios tiene un derecho preferente para adquirir esas acciones y se ha establecido la posibilidad de pactar un “placet” o “agreements”, esto es, la figura que si alguien quiere transferir acciones, la sociedad tiene que aprobar al adquiriente. En éste un elemento personalista, un elemento “intuito peronae” en la sociedad anónima cerrada.

Alguien está dispuesto asociarse con algunos, pero no con todos. Si alguien de los socios quiere venderle a un tercero, la sociedad tiene que dar su aprobación al nuevo socio. ¿Y cómo se resuelve esto si no hay aprobación ¿Si la sociedad no da la aprobación, tiene la obligación de adquirir las acciones; es decir, hemos compatibilizado la posibilidad de disponer de las acciones del socio con la de atribuirle a los socios un carácter personalista, cerrado, propio de la sociedad anónima cerrada.

Otra secuencia de este carácter cerrado, es que a las juntas no puede ir en representación de un socio sino otro socio. Si yo tengo una sociedad anónima cerrada, no quiero ajenos en la marca de la sociedad.

Se ha establecido, para ellas un mecanismo de convocatoria mucho más fácil que aquellos que existen ahora; basta un fax, una esquela, correo electrónico, es decir, cualquier medio que brinde

constancia de recepción, para que se pueda convocar a las juntas generales de estas sociedades. Como son un máximo de 20 socios, estos socios deben registrar en la sociedad una dirección a la cual se le deberán mandar estas comunicaciones y ello suple, evita la necesidad de publicar avisos de convocatoria.

También se ha establecido las juntas presénciales. Puede haber juntas de accionistas en la sociedad anónima cerradas sin presencia de los accionistas. Ya hay en nuestro país lugares especialmente acondicionados que cuentan con salones con sistemas de video, precisamente para que se puedan realizar estas juntas no presénciales. No va a darse la ficción de simular una junta, ni de tener que dar permitir, se va a participar en la discusión, se va a permitir participar en la asamblea de la sociedad, pero sin presencia física.

Y se ha propuesto una institución interesante: el derecho del socio de separarse de la sociedad anónima cerrada y ello también para la abierta si en determinados casos la sociedad pierde su calidad de tal.

Así por ejemplo, en la sociedad anónima abierta si los socios mayoritarios deciden cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro del Mercado de Valores, el socio que está perdiendo una de las condiciones con que contaba la sociedad cuando ingresó a ella, esto es, la de ser una sociedad anónima abierta, tiene el derecho de separación.

Respecto de las otras formas societarias, se ha establecido una nueva técnica legislativa: se ha reducido notoriamente el número de normas que las regulaban y se han puesto sólo aquellas necesarias para encuadrar la forma societaria, permitiendo que el pacto social establezca todas las demás reglas que se deseen respecto de estas formas societarias, de estas otras sociedades.

¿Por qué? Porque respecto de ellas se dan dos elementos que así lo permiten. Uno primero: estas sociedades son sociedades más cerradas, en que la función tutelar de la ley es menor, no es el caso de una sociedad anónima en que se invita al público en general a participar y que la ley debe salvaguardar, que la ley tiene que cuidar la participación de esta gran masa de gente que acude a la sociedad anónima, aquí va a ser una sociedad pequeña en que los socios van a tener una participación más activa y directa en el contrato formativo de la sociedad. Segundo: se deja una amplitud grande de la voluntad de las partes en la medida en que no se rompan los esquemas propios de cada forma societaria, atendiendo a que los socios estás más próximos y por lo tanto con mejor aptitud de determinar los pactos que los regirán.

La emisión de obligaciones, presenta un cambio importante, tal como estaba ubicada la materia en la ley vigente, la emisión de obligaciones estaba restringida a las sociedades anónimas.

Hoy día se ha puesto de manera clara e inequívoca que cualquier forma societaria puede emitir obligaciones.

Se ha abierto la posibilidad de crear lo que se llama los “programas de emisión”, que es el nuevo concepto del lanzamiento de estos valores a los mercados. Se va a poder hacer en un solo acto la aprobación, la estructuración de todo un programa de emisión de obligaciones: distintas series, distintas emisiones, distintas oportunidades, distintos tipos de valores, todo ello en un acto unitario.

Se ha conservado la tradicional limitación a la emisión de obligaciones al monto del patrimonio de la empresa, salvo los casos de garantías especificas; pero también se ha introducido la novedad que si se obtiene una calificación de favorable de riesgo, aprobada por la CONASEV, la sociedad puede emitir obligaciones por encima de tales límites.

Se ha llamado al actual fideicomisario de la emisión de obligaciones, comisario. Al darse la Ley de Instituciones Financieras surge por primera vez la institución del fideicomiso bancario y para evitar una duplicidad de términos se ha hecho el cambio.

Se ha abolido el régimen de prelaciones que tenía la ley respecto de la emisión de obligaciones. La ley dice que la primera emisión se paga primero que la segunda, y así sucesivamente, un rango inconveniente e innecesario que restringía la colocación de obligaciones.

Se ha establecido dos elementos muy importantes.

Primero permitir que si la colocación se va a hacer en el extranjero, ella se pueda adaptar a la legislación extranjera. Y segundo, se ha establecido que para adecuar la emisión a las exigencias más complejas que tiene hoy el mercado, se permita la posibilidad de contener varios de los elementos de detalle de la emisión en un prospecto que ya no va en la escritura pública porque es un mamotreto de considerable extensión y que bastará sea depositado en la CONASEV y en el Registro.

En la reorganización de sociedades se han recogido cambios muy interesantes. Se ha ampliado la transformación, que antes estaba predicada sobre la base que sólo se podía transformar una sociedad de una forma societaria a otra de las formas societarias reconocidas en la de la Ley. Ello se ha ampliado y en el proyecto la transformación permite también que cualquier persona jurídica se pueda convertir en sociedad y cualquier sociedad en otra forma de persona jurídica. Es decir, se ha abierto la puerta de transformación más allá del ámbito societario.

Se ha eliminado el terrible padecimiento que imponía la Ley en cuanto a tener que insertar los balances de transformación en la correspondiente escritura pública. Ello era una exigencia prácticamente imposible de cumplir en las sociedades grandes pues implicaba tener que cerrar los balances en una fecha arbitraria y tenerlos listos para el día anterior al de la fecha de la escritura. Esto determinaba que se mistificara las cosas, que se dejaran abiertos los registros, se postergara la inserción de los balances, etcétera. El proyecto reconociendo cuál es el propósito del balance, esto es dar una información transparente; lo pone a disposición en la sociedad, pero ya no se inserta en la Escritura Pública.

En las fusiones hemos mantenido las dos formas de fusión: la fusión por incorporación y la fusión por constitución de una nueva sociedad.

Se ha establecido una novedad que resulta interesante y que había faltado en los procesos de fusión en el Perú. La exigencia que se cuenta con un proyecto de fusión. Cuando se proponer una fusión se va a tener que preparar un documento que describa la fusión. Es decir, que informe anteladamente y en todo detalle a los accionistas de todas las empresas que van a ser materia de la fusión, cuáles son las empresas que se fusionan, cuáles son los términos de la fusión, qué ventajas ofrece la fusión, en qué condiciones se hace la fusión, cuál es la situación económica y financiera de las empresas que van a ser fusionadas.

Se ha precisado la fecha de entrada en vigencia de la fusión. Este problema acarreaba en la práctica muchas dificultades. La ley tributaria había establecido un plazo perentorio que era el día de la escritura pública para considerarlo como fecha de vigencia de la fusión. Empero, no se reconocía una realidad y es que las fusiones lo son de empresas en marcha, empresas que necesitan un plazo para adecuarse, para poner un movimiento todo el mecanismo de fusión, para subsanar esto, el proyecto permite que se fije un día, una oportunidad especifica, en que entrará en vigencia la fusión.

Se ha recogido la novedad de la fusión simple, que es aquella fusión que realiza una sociedad que es propietaria del íntegro, del total de las acciones de las otras sociedades que se incorporan, y a la que se le ha dado un procedimiento mucho más sencillo; puesto que en este caso la fusión no es sino el reconocimiento formal de una situación que existía de hecho.

Se ha recogido la escisión que no estaba regulada por la legislación societaria peruana. Esto es una novedad y la hemos definido de acuerdo a la más moderna doctrina como aquella institución mediante la cual una sociedad fracciona su patrimonio en bloques, luego transfiere todos o algunos de estos bloques y las acciones resultado de dicha transferencia son recibidas no por la sociedad sino por sus socios.

Se ha definido que los bloques patrimoniales son un conjunto de activos o un conjunto de activos y pasivos. Se ha recogido la exigencia que se cuente con un proyecto que describa amplia y puntualmente la escisión. Y se ha respetado el derecho de oposición de los terceros y el derecho de separación de los socios en esta forma de reorganización. También se han recogido otras formas de reorganización cuando se conjuga o se combinan dentro de una misma operación, por ejemplo, varias escisiones, varias fusiones o escisiones y fusiones en un solo acto.

Finalmente, se han establecido dos novedades muy importantes en cuanto a la reorganización de sociedades. La primera, reglas claras sobre la radicación en el Perú de las sociedades extranjeras.

Se ha permitido que una sociedad constituida y domiciliada en el exterior pueda venir al Perú, adaptarse a la legislación peruana, cancelar su inscripción en su lugar de origen e inscribirse en el Registro, todo ello manteniendo su personalidad jurídica. Esto es un aporte muy interesante que tiene la ventaja de facilitar muchísimo el tráfico internacional.

También se ha permitido la reorganización de las sucursales de sociedades extranjeras en el Perú. Hoy en día se tenía que pasar por la ficción que una sociedad extranjera tenía que aportar sus activos a una sociedad local y este proceso implicaba una transferencia. Conforme al proyecto se permite que la sociedad del extranjero, la sociedad matriz, la oficina principal, desgaje la sucursal y la constituya como sociedad peruana.

En cuanto a las sucursales se han incorporado normas sobre disolución y liquidación que no existían. La falta de reglas había puesto un reto cuando se trataba de liquidar una sucursal. Se tenía que recurrir por analogía a las normas de disolución y liquidación que contemplaba la ley para las sociedades, pero no para las sucursales. Se han establecido las normas pertinentes.

En cuanto a disolución, extinción y liquidación de sociedades se ha precisado las tres etapas del proceso. La ley señala muy claramente las causales de disolución, el mecanismo de liquidación, para la extinción la trataba un poco al paso. Se ha precisado que la culminación del proceso es la extinción, que es la que concluye con la personalidad jurídica de la sociedad.

En cuanto a las sociedades irregulares se han introducido dos interesantes instituciones: la primera, concederle al socio el derecho de separación. El socio que acude a la sociedad a reclamar que la sociedad irregular se regularice y no es atendido, antes estaba en una posición desamparada no tenía solución, no tenía manera de protegerse; pues bien en este caso ese socio acredita que ha buscado la regularización de la sociedad, que no ha sido atendido en sus reclamaciones y se puede separar de la sociedad. Asimismo, se ha introducido una norma de precisión, tomada del derecho anglosajón, que es que en las sociedades irregulares se les puede atribuir, para ciertos efectos, una determinada forma societaria si ella surge de la forma como han actuado los socios o de los documentos en virtud de los cuales han actuado los socios.
Es decir que si la intención demostrada por la sociedad irregular era actuar como una sociedad colectiva, se le puede atribuir esta forma societaria en cuyo caso los socios tienen responsabilidad solidaria, etc. o si era actuar como sociedad anónima se tendrían las consecuencias que de ella se deriven.

En los contratos asociativos se ha ampliado el tema al recogerse de manera más puntual y ordenada dos formas de contratos asociativos: la asociación en participación, mediante la cual el asociante interesa a un asociado en sus negocios pero él es el que figura frente a los terceros. Para todo efecto el asociado se mantiene como un participante silente que no aparece que no realiza ninguna actuación propia de la asociación en participación; y de otro lado, se ha recogido la figura del consocio. Figura que ha funcionado durante muchísimos años, décadas en el Perú y que no estaba recogida de manera clara por el derecho positivo. Esta figura se da cuando las dos empresas asociadas participan ambas activamente de manera visible. Por ejemplo, ha sido frecuente en el Perú que dos empresas constructoras figuren simultáneamente, que la dos tengan responsabilidad, en que las dos tengan una actuación independiente pero actúen juntas para lograr el objetivo que las ha agrupado. Esto se ha recogido como “consorcio”.

En las Disposiciones Finales, se han recogido las disposiciones propias de un cambio legislativo como éste y se ha establecido dos aportes novedosos uno, es el relativo a las sociedades que han tenido una inactividad registral prolongada. Aquellas sociedades que desde el año 1986 no han tenido ninguna inscripción en el Registro quedan automáticamente extinguidas. Por supuesto con la posibilidad que si un interesado sale al frente, la presunción no se le aplica a la sociedad y con una norma de salvaguarda que precisa que esta extinción no perjudica los derechos de terceros, los derechos fiscales, ni los derechos laborales. Con diez años de inactividad, la mayoría de estos derechos y obligaciones estarían prescritos, pero de todas maneras se ha querido dejar tal posibilidad.

De otro lado, al haberse comprobado que existen muchas empresas con período de disolución vencido, respecto de lo cual no se ha actuado, se les ha incluido también bajo este presunción de disolución automática.

Esta presentación resume, en muy grandes rasgos, algunas de las innovaciones, rectificaciones y cambios que se han introducido en el proyecto, que se somete a la Comisión Revisora.