

LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y EL DERECHO DEL MERCADO

ENTREVISTA A RODRIGO URÍA M.*

El Derecho Mercantil, por su propia naturaleza, acusa rápidamente el impacto de los cambios que a lo largo de la historia han ocurrido en el mundo de los negocios y de la actividad económica. Concebido inicialmente como un Derecho para mercaderes, se lo percibió luego como un Derecho de los actos de comercio y, más recientemente, como el Derecho de la Empresa. Sin embargo, asistimos actualmente al fenómeno de la pérdida de identidad del Derecho Mercantil, que se manifiesta en el hecho de que muchos aspectos principales de la actividad comercial están regulados por normas que no son en puridad Derecho Mercantil, como por ejemplo, leyes del mercado de valores, tributarias, contables e incluso penales. Además, otros acontecimientos como la globalización de la economía y la creación de grupos de integración regional contribuyen de manera significativa a variar la fisonomía del Derecho Mercantil.

Durante su reciente visita a Lima, el doctor Rodrigo Uría M., prestigioso jurista español, concedió a THEMIS-Revista de Derecho, la entrevista que ahora publicamos, a través de la cual expuso los aspectos más saltantes de esta evolución -o revolución- de lo que tradicionalmente se conoce como Derecho Mercantil, cuyas manifestaciones parecen indicar el surgimiento de un nuevo Derecho. Asimismo, expresa valiosas opiniones acerca del nuevo ordenamiento societario peruano. Todo ello nos lleva a considerar que las opiniones vertidas por el doctor Uría constituyen un significativo aporte para los estudiosos del Derecho Mercantil y, en particular, del Derecho Societario.

El Perú ha sustituido recientemente una legislación societaria que, luego de más de treinta años de vigencia, empezaba a mostrarse obsoleta. Esta coyuntura nos plantea la problemática de la adecuación de la legislación mercantil a una realidad en continuo cambio... ¿resulta conveniente en materia societaria hacer leyes detalladas que luego deban actualizarse continuamente? o, por el contrario ¿sería conveniente implementar normas menos exhaustivas, pero, por ende, más flexibles?

Yo soy partidario, en el ámbito del Derecho Mercantil y del Derecho de Sociedades, de que las normas no supongan un corsé para la actividad empresarial. Es evidente que los hechos económicos van siempre más de prisa que el Derecho. Por lo tanto, sería deseable que las normas mercantiles fuesen menos regulatorias y que estableciesen principios, porque la casuística en el ámbito del Derecho de los negocios es inmensa. No cabe duda, entonces, de que aquella norma que intente atrapar todos los supuestos será siempre defectiva, pues dejará de lado algunos supuestos, además de que siempre se producen mutaciones en la vida de los negocios y en la vida económica que dejan a la ley obsoleta.

¿Y usted cree que las normas españolas, o las peruanas, que generalmente son muy parecidas, cumplen con estas condiciones?

Es difícil porque, en este momento, el Derecho Mercantil está perdiendo su identidad. El Derecho Mercantil ha sido un Derecho que se ha desgajado

* La presente entrevista fue realizada y editada por Gonzalo Barrionuevo Alba, miembro del Comité Directivo de THEMIS - Revista de Derecho, y Hugo Sifuentes Domenack, miembro de THEMIS - Revista de Derecho. Agradecemos la colaboración prestada por el doctor Fernando Vega Sánchez para la consecución de la misma.

del Derecho Civil, y en este momento hay que hablar ya de un Derecho de la Economía, que es un Derecho donde se mezclan muchas cosas. El Derecho Mercantil, entendido como Derecho del empresario o de la empresa tiene que ser una cosa multi-forme, tiene que ser muy flexible. Es indudable que el Derecho Mercantil se encuentra un poco desatendido en este momento, porque hay muchos aspectos de la actividad empresarial que están regulados por normas que no son, estrictamente, de Derecho Mercantil. Por ejemplo, si uno mira a la gran sociedad cotizada en bolsa, y luego mira a la pequeña sociedad cerrada, puede darse cuenta de que son dos entes que no tienen casi nada que ver. Entonces, es necesario que las leyes mercantiles, o bien estén en una revisión permanente, lo cual es complicado porque los sistemas legislativos siempre están penetrados de razones políticas, o bien consistan en normas generales pensadas para que hechos diversos se adapten a sus disposiciones.

Como puede verse, yo no soy muy partidario de leyes mercantiles muy detalladas que regulen cada uno de los supuestos, entre otras cosas, porque tales supuestos vienen siendo regulados por otras normas, como las leyes del mercado de valores, códigos penales, normas contables, etc. Vemos cómo el Derecho Mercantil está perdiendo su identidad y se convierte en un Derecho del Mercado, un Derecho que regula o que ayuda al mercado, según se quiera hablar. En tal sentido, yo preferiría que las normas mercantiles fuesen menos detalladas de lo que son actualmente. Lo que sucede es que la seguridad del tráfico mercantil requiere, sobre todo en garantía de terceros y desde el punto de vista registral, que existan una serie de supuestos acotados, pues, en caso contrario, la seguridad de los terceros que contratan con las empresas se vería muy afectada. En resumidas cuentas, yo sostengo que en este momento, por ejemplo, tiene mayor importancia la regulación de las grandes sociedades bursátiles a través de las leyes que regulan los mercados de valores, o a través de códigos de conducta; probablemente estas normas tengan más importancia práctica que las leyes de sociedades consideradas en sí mismas.

Desde el Código de Comercio de 1902-cuyo articulado denota la influencia de su similar español de 1885-, ha sido una constante en la legislación peruana resaltar el fin de lucro de las sociedades como una de sus características. La nueva Ley General de Sociedades rompe con esta tradición al señalar que basta que las sociedades realicen actividad económica, con prescindencia de que tengan o no fin de lucro ¿Qué comentarios le merece esta modificación? ¿No podría suponer acaso bo-

rrar una de las distinciones entre las sociedades y otras formas asociativas?

En este momento en el mundo asistimos a un crecimiento extraordinario de lo que se ha denominado el tercer sector, que es el sector de la fundaciones, de las organizaciones no gubernamentales, etc. El empresario y la empresa se han dado cuenta de que aparte de la rentabilidad económica que obtienen hoy en día de la inversión de los recursos y la percepción de las ganancias, hay otro terreno en el que pueden obtener una rentabilidad importante, que es la rentabilidad social. Efectivamente, el ánimo de lucro ha dejado de ser la categoría definitoria de la sociedad mercantil, que ahora se ha convertido simplemente en el desarrollo de una actividad económica. Entonces, vemos como la empresa mercantil en este momento desarrolla instrumentalmente una actividad de presencia en el mercado, pero una presencia de patrocinio, de mecenazgo, de ayuda a la comunidad a través de otras formas sociales que antes estaban totalmente dissociadas de la empresa mercantil, y que ahora se van acercando paulatinamente a ella.

En nuestro Derecho se encuentra sólidamente arraigada la idea de que la sociedad requiere contar, para ser tal, con una pluralidad de socios. Tal es el caso que nuestra Ley General de Sociedades prevé que si la sociedad pierde su pluralidad y no se reconstituye en seis meses, se disuelve de pleno derecho. Dentro de esta perspectiva, ¿considera usted posible incorporar dentro de nuestro sistema societario a sociedades unipersonales como ya se viene dando en otros ordenamientos?

En España la consagración legal de la sociedad unipersonal data de 1995, lo hace la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y se aplica también a las sociedades anónimas. Ahora bien, yo considero que la idea de la sociedad como una pluralidad de personas responde a un concepto de sociedad ya obsoleto, que es el concepto de que la sociedad es un contrato. Pienso que debemos ir más allá, pienso que la sociedad es una organización. Una organización que realiza una actividad productiva en el mercado de la producción o de los servicios, donde no resulta necesaria la pluralidad para que la sociedad exista. Debo mencionar también que se confunde muy a menudo la tesis contractual de la sociedad con la tesis más moderna de que la sociedad se descompone en un conjunto de contratos, tesis a la que subyace la idea de que el contrato de sociedad no es tanto un contrato entre los socios sino más bien un contrato entre el socio o los socios y la sociedad. Cabe señalar que la disciplina de la responsabilidad limitada está iluminada

por el punto de vista de los terceros, y a ellos les da igual que existan 3, 4 o 5 millones de accionistas en una sociedad. En efecto, a los terceros lo que les interesa es que exista una actividad económica, que exista un capital y que ese capital se preserve.

En tal sentido, considero que debemos, en primer lugar, superar la teoría contractualista de la creación de la sociedad por contrato entre los socios, ir luego a la teoría organicista de la sociedad como organización, para finalmente volver a la teoría contractualista y decir que la sociedad no es otra cosa que un cúmulo de contratos, en vertical y en horizontal: el contrato entre la sociedad y sus administradores y directores, hacia arriba; el contrato entre la sociedad y sus empleados, hacia abajo; el contrato entre la sociedad y sus proveedores, hacia la derecha; el contrato entre la sociedad y sus clientes, hacia la izquierda. Es decir, yo creo que la tesis más moderna, y a la que desde mi modesto punto de vista hay que adscribirse, es la teoría que afirma que la sociedad es una organización que se descompone en una larga serie de contratos. Pero eso no tiene nada que ver con la teoría contractualista de la sociedad, pues dicha teoría limita las posibilidades de la sociedad.

En resumen, de lo anterior se desprende que es perfectamente legítimo, y esto se ha recogido en el Derecho español desde la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que una persona pueda tener varias sociedades unipersonales.

Es un fenómeno a nivel mundial la preponderancia que han alcanzado las sociedades de capitales -sobre todo la sociedad anónima, su representante por antonomasia- en detrimento de las sociedades de personas. Esta situación se refleja en una disminución considerable del número de sociedades colectivas y otras sociedades de personas ¿Cuáles cree usted que serán los resultados de esa tendencia en el futuro? ¿Asistimos acaso a la desaparición de las sociedades de personas?

Yo creo que existe una clara tendencia a la desaparición de las sociedades de personas, y esto está muy ligado con lo que decíamos anteriormente, ¿por qué una persona que tiene un negocio, que tiene una organización empresarial en el mercado, no va a poder acogerse al régimen de la limitación de responsabilidad? Es evidente que si tiene la posibilidad va a optar por dicho régimen. Entonces, ¿por qué alguien va a crear una sociedad sin limitación de responsabilidad cuando debería poder crear una sociedad unipersonal con limitación de responsabilidad? En Europa las sociedades personalistas están terminadas, excepto en Alemania, donde la

"Kommanditer Gesellschaft" tiene todavía algún sentido, fundamentalmente por razones fiscales. Es evidente que las sociedades personalistas y las propias cuentas en participación van en camino a la desaparición en los mercados desarrollados.

El auge de la sociedad anónima como figura societaria se ve reflejado en la gran diversidad de manifestaciones que ella ha adoptado en el tráfico mercantil, desde la pequeña sociedad anónima familiar hasta los gigantes del "Corporate System"; lo que llevó a considerar que si bien existía una sola ley de sociedades anónimas, eran varias las clases de sociedades anónimas reguladas por esa ley. Dentro de este contexto ¿considera usted que debe continuar regulándose de forma unitaria a la sociedad anónima, o por el contrario, es recomendable la inclusión en un único texto normativo de diversas modalidades de la misma?

Bueno, ese es un problema de política legislativa y como todos los problemas de política, aunque en este caso sea legislativa, es muy opinable. En Perú se ha optado por establecer 3 tipos de sociedad anónima: la abierta, la cerrada y, por llamarla de alguna manera, la ordinaria o normal. La sociedad anónima abierta tiene vocación de ser la gran sociedad de capitales, con muchos socios. La sociedad anónima cerrada es una sociedad anónima con responsabilidad limitada, pero con un número tasado de socios, y que responde un poco a la idea norteamericana de la *"Close Corporation"*. Sin embargo, dentro de ese esquema resulta difícil encontrar un lugar para la sociedad de responsabilidad limitada. En efecto, si se pretende que la sociedad anónima abierta incorpore a la gran sociedad bursátil o con muchos socios, mientras que la sociedad anónima cerrada sea el cauce para los negocios no tan grandes, familiares o donde los socios se conozcan, no se distingue qué tipo de actividad económica va a dar sentido a la sociedad de responsabilidad limitada. En España tenemos un sistema distinto, donde existe la sociedad anónima, para cuya constitución se requieren 10 millones de pesetas como capital mínimo, y luego la limitada, que es una sociedad anónima simplificada pero sin límite de capital. Debo decir, con toda sinceridad, que considero superior a la solución española (con esto no quiero ser en absoluto chauvinista a favor del sistema societario español, porque yo soy siempre muy crítico con estos legisladores) porque me parece más simple: hay un tipo social para la gran sociedad y otro que se corresponde con la mediana y pequeña sociedad.

¿En todo caso, cuáles deberían ser los criterios que se tomen como base para diferenciar las sociedades anónimas abiertas de las cerradas -o las públi-

cas de las privadas, en la terminología anglosajona? ¿El capital, el número de socios, la cotización en bolsa o algún otro?

Bueno, eso es difícil, cualquier criterio de capital mínimo -como se aplica en España- es siempre arbitrario. No hay manera de fundamentar por qué se han puesto 10 millones de pesetas. Aunque en realidad no es un problema que me preocupe demasiado, pues 10 millones de pesetas es un cifra relativamente abordable. Pero, yo no me perdería de verdad en eso. Pienso que es conveniente permitir que el que quiera haga una S.R.L., y el que quiera haga una sociedad anónima. No pongamos límites, los límites de capital se ponen por razones burocráticas. Existen realmente dos posibilidades: hay una forma personalista de sociedad para quien la quiera -si es que la quiere alguien-, y luego están estas dos formas de sociedades de capital; la sociedad de responsabilidad limitada, más simple pero con el problema de no poder estar en los mercados de capitales por vía de emisión de acciones o de obligaciones, y la sociedad anónima, que sí puede estar en ellos.

Es un fenómeno ya común la aparición y desarrollo de gigantescas corporaciones, verdaderos estados sin territorio donde el más grande accionista no llega a tener más que un pequeño tanto por ciento del capital social. Un resultado lógico de esta situación es que los accionistas de estas grandes sociedades se hayan dividido en accionistas de mando y rentistas sin mayor interés en la gestión social ¿Qué opinión le merece la afirmación de cierto sector de la doctrina que afirma que la *affectio societatis* estaría presente sólo en aquellos accionistas interesados en el mando y la gestión de la compañía, mientras que los demás carecerían de ella?

Considero que es verdad, lo que pasa es que es una verdad a medias. En las grandes sociedades bursátiles hay cada vez menos pequeños accionistas que compran las acciones en bolsa pensando en la revalorización y en el dividendo, y hay cada vez más fondos de inversión e inversores extranjeros. Es decir que el ahorro, en vez de ir directamente a la bolsa va a los fondos de inversión, va a los fondos de pensiones y a las compañías de seguros. Entonces resulta que en las bolsas se reduce mucho el número de accionistas. Son accionistas que utilizan estos instrumentos empresariales ¿Por qué utilizan estos instrumentos? En primer lugar, porque piensan que en esas sociedades intermedias hay analistas y expertos que van a invertir su capital de la mejor manera posible. Por lo tanto, el fenómeno de la dispersión brutal del número de accionistas, del anonimato total de la masa de accionistas, está cambiando muy rápidamente con los fondos de

inversión, fondos de pensiones y compañías de seguros. Considero además que esa situación no debe preocuparnos, porque, en el fondo, estas entidades son buenos guardianes de la marcha de las empresas; entre otras cosas, porque tienen una responsabilidad frente a sus clientes, que les están dando dinero para que ellos lo inviertan. Creo entonces que estamos ante un fenómeno positivo, y que la crítica que se hacía hace 20 años o 30 años a la gran sociedad anónima por la separación absoluta de la propiedad y la gestión está perdiendo sus fundamentos. La antinomia entre la propiedad y la gestión está reduciéndose, y todo el sistema moderno del *Corporate Governments* va dirigido precisamente a eso, siendo fundamental el rol de los inversionistas institucionales. Todo el movimiento del *Corporate Governments* pretende estructurar la dirección y la gestión de las sociedades de manera que el consejo de administración no represente sólo a los accionistas significativos directos, sino que represente también a los accionistas significativos indirectos, a través de los fondos, y que luego represente también a lo que se llama "*firm flow*", que es la parte que realmente está en manos de la sociedad.

Dentro de las grandes sociedades nos encontramos frecuentemente con grupos de accionistas que no participan en la gestión de la empresa, sea por su ínfima participación en el capital social o porque su interés se limita a la percepción de dividendos. Estos accionistas resultan vulnerables al comportamiento oportunista de los administradores o al abuso de las mayorías ¿Cuál considera usted que es el mecanismo idóneo para protegerlos, sobre todo si tenemos en cuenta que la nueva Ley General de Sociedades ha suprimido el Consejo de Vigilancia, órgano que si bien tuvo poca relevancia práctica, al menos nominalmente estaba destinado a la protección de las minorías?

Yo tengo una opinión muy negativa del nuevo régimen de responsabilidad de los administradores en España, porque se ha endurecido mucho la Ley de Sociedades de 1951, que a mi me parecía que se encontraba en el justo medio. Yo creo que no es, en el fondo, un problema de que los administradores se sientan perseguidos por los accionistas. Lo que deben sentir los administradores es que existe un mercado de control muy sofisticado y que si no lo hacen bien, van a perder sus empleos. Y no es que los vayan a echar, es que una sociedad mal gestionada va a ser adquirida por otro grupo, otra empresa va a hacer una oferta pública de adquisición y sustituirá a todos los administradores. La adquirente va a ofrecer poco dinero a los accionistas de la adquirida porque ésta viene siendo mal administrada y con su equipo, que la va a administrar muy bien, va a crear

un beneficio extraordinario por la diferencia entre el precio que paga y el valor que va a crear. En resumidas cuentas, yo creo que es un poco antiguo hablar de cómo van a controlar los accionistas a los administradores; a los administradores más que los accionistas los controlan, de alguna forma, los inversionistas finales y, desde luego, el mercado, que los reemplazará si no funcionan bien a través del mercado de control, de los "take overs".

¿Usted cree que los accionistas, sobre todo los accionistas minoritarios y los pequeños inversionistas deben ser protegidos de alguna manera o, como propugna otro sector de la doctrina, mientras obtengan beneficios económicos y éstos beneficios sean buenos no necesitan mayor protección?

Yo no comparto esa idea, mientras ellos obtengan beneficios económicos y éstos sean buenos no necesitan más, siempre y cuando que los beneficios que perciban sean los que tiene que obtener la compañía. Pero, permítame usted decirle que ese problema ya no se plantea en el ámbito del Derecho Societario; ese problema se plantea en el ámbito del Derecho del Mercado peruano. O sea, la protección del pequeño accionista, o es muy residual -y estamos hablando del pequeño accionista de una sociedad de provincias, por ejemplo-, o debe realizarse a través de la legislación del mercado de valores, que lo protege mediante información. Es decir, hay dos casos de accionistas minoritarios: el accionista que invierte en los mercados de valores y el accionista minoritario de una pequeña sociedad. Cuando entramos a la gran sociedad, se desborda el ámbito del Derecho Mercantil y el Derecho Societario; entramos en el Derecho de los Mercados de Valores, que debe establecer las reglas de información y transparencia pertinentes para las negociaciones de las compañías.

Los procesos de integración regionales han alcanzado un auge sin precedentes, desembocando en la creación de bloques económico-políticos tales como la Unión Europea, el Nafta o el Mercosur; esto ha traído como reflejo la creación de diversas modalidades de empresas comunitarias y ha modificado substancialmente criterios clave de la legislación societaria como el domicilio o el lugar de constitución ¿Qué comentarios le merece este fenómeno? ¿Significará la introducción de cambios fundamentales en el Derecho Societario?

Los fenómenos de integración económica tocan muy de cerca a las sociedades y yo creo que está realmente en un estadio avanzado un Derecho global en materia de sociedades o, lo que es lo mismo, cada

vez se parecen más las sociedades en Europa y en EEUU. Los americanos han cedido en muchas cosas, mientras que los europeos han avanzado, se han modernizado. Las diferencias se producen ahora a nivel de las actividades domésticas, es decir, entre las sociedades pequeñas o medianas, pero yo creo que el fenómeno de integración hace que vayamos hacia un Derecho universal donde cada vez haya menos diferencias en la concepción de las sociedades de los diversos países.

Los imperativos del tráfico mercantil moderno y los abusos realizados bajo el mecanismo de la personalidad jurídica han motivado el surgimiento de la doctrina del levantamiento del velo societario, que indudablemente plantea un conflicto entre la seguridad jurídica y ciertos principios de justicia ¿Cuáles cree usted que son las dificultades que se derivan de la aplicación de esta doctrina y cómo percibe el futuro de la misma?

La teoría del levantamiento del velo se desarrolló esencialmente con motivo de un famoso proceso donde un juez español, en el año 1948, en nombre de los acreedores españoles levantó el velo de la personalidad jurídica de un gran grupo transnacional y declaró la quiebra de todos los socios e incluso ocupó físicamente los activos de las sociedades. Desde entonces hasta aquí, la teoría del levantamiento del velo se utiliza con gran éxito. Sin embargo, a mí me parece una barbarie; que se levante el velo de la personalidad jurídica y se haga responsables solidarios a los accionistas de las sociedades, hayan tenido funciones de control o no, me parece una barbaridad, supone poner en tela de juicio el principio de la limitación de la responsabilidad y el mercado sin limitación de responsabilidad no existe. La limitación de responsabilidad y la personalidad jurídica están para usarse; ahora bien, puede haber casos excepcionales -abuso de la personalidad jurídica y ciertas materias laborales- que justifiquen la aplicación del levantamiento del velo, aunque siempre de una manera restrictiva.

Finalmente, ¿cómo percibe el futuro del Derecho Mercantil *ad-portas* del siglo XXI?

El Derecho Mercantil, como su propio nombre indica, es un Derecho de mercaderes, es un Derecho del comercio. Luego se inventó la teoría de los actos de comercio. Después se dijo que era el Derecho de la Empresa, ahora se dice que es el Derecho del Mercado; entonces, yo no tengo un apego a ninguna teoría. Yo no sé si dentro de quince años vivirá el Derecho Mercantil con las mismas características que tiene ahora. Creo más bien que habrá una especie de Derecho del Mercado, un Derecho uniforme del mercado.

Estudio Yori & Bustamante
Asociados

J. Alberto Bustamante Belaunde

Martín Castro Meneses

Jacqueline Chappuis Cardich

Orlando De Las Casas

José Luis Godoy Martínez

Milagros Maraví Sumar

Ricardo Yori Umlauff

Shoschana Zusman Tinman

Canaval y Moreyra 454 5to. Piso San Isidro, Lima 27 - Perú Telf.: (51-1) 221-2861 Fax: (51-1) 421-6729
postmast@yoribus.com.pe

CORPORACION
furukawa

VIDRIOS Y CRISTALES

Av. Paseo de la República 1427 La Victoria
Central: 470-1831 Fax: 470-8660
e-mail: v28j@correo.dnet.com.pe

PERFILES Y CERRAMIENTOS

Av. México 397 La Victoria
Central: 265-4470 Fax: 265-4770
e-mail: difusa@correo.dnet.com.pe