

REVISTA DE REVISTAS

Derecho mercantil	778
-----------------------------	-----

internacional es necesario como mínimo dos sujetos. De acuerdo con esto, la minoría siempre tiene el derecho de crear una norma para sí, que concurre con las normas de la mayoría. Pero cuando la minoría se compone de un solo Estado, este solo Estado no puede crear una norma de derecho internacional que concorra con una norma de la mayoría. Un Estado no puede bloquear el deseo de los demás Estados de reconocer el carácter imperativo de una determinada norma del derecho internacional común.

Para Shestakov, el término "en su conjunto" no es muy claro, por lo que propone en su substitución la frase "todos o casi todos los Estados". Con esta fórmula el autor considera que subraya el reconocimiento universal de las normas de *jus cogens* y también el hecho de que un solo Estado no puede obstruir a la comunidad internacional en la creación de una regulación jurídica imperativa en aquellas esferas de relaciones que requieren de su establecimiento.

El tercer elemento de las normas de *jus cogens* está relacionado con la aplicación y su significado, y consiste en que la derogación particular de algunos Estados, aun en sus relaciones entre ellos, es inválida desde su origen.

Por último, Shestakov, tomando en cuenta los anteriores elementos, formula su propia definición de *jus cogens* internacional: "una norma de derecho internacional común que regula las relaciones más importantes de la comunidad mundial, y que recibe el reconocimiento general de norma que no puede ser derogada por algunos Estados bajo la sanción de que dicha derogación es inválida desde su origen."

La concepción soviética del derecho internacional, definitivamente, no puede ser conocida por una breve reseña que tiene una limitación espacial, por lo que sólo nos queda afirmar que muchas concepciones utilizadas por el autor en este artículo podrían ser discutibles en un trabajo futuro con mayor amplitud. El artículo tiene por virtud, entonces, despertarnos la inquietud para trabajos futuros sobre el tema de la teoría soviética del derecho internacional.

Manuel BECERRA RAMÍREZ

DERECHO MERCANTIL

BALZA NAVARRO, Eduardo, "Estudio de las normas sobre arrendamiento

financiero de bienes", *Revista de Derecho Privado*, Venezuela, año 1, núm. 3, julio-septiembre de 1984, pp. 71-143.

En el año de 1952, D. P. Boothe, Jr., celebra un contrato de arrendamiento sobre cierta maquinaria necesaria para la elaboración de alimentos objeto de un pedido especial que le hiciera el Ejército estadounidense, determinación tomada por Boothe debido a que carecía de recursos necesarios para comprarla, o tal vez por el excesivo costo de adquisición, o incluso por la transitoriedad del suministro de dichos alimentos.

Este acontecimiento dio paso a un nuevo contrato, el arrendamiento financiero (*leasing*). En efecto, como respuesta a las necesidades del tráfico comercial, aparece esa nueva figura jurídica que permite al arrendatario obtener el uso o disfrute de bienes durante su vida útil, sin necesidad de destinar gran parte de capital para su adquisición, con la posibilidad de contar con la tecnología más avanzada, el consecuente ingreso al mercado, y con la facultad de optar, al finalizar el contrato, entre adquirir la propiedad del bien, prorrogar el contrato o adquirir en arrendamiento otro bien en sustitución del primero; todo lo cual nos permite inferir que las características de este nuevo contrato trastocan, ciertamente, aquellas del concepto clásico de arrendamiento.

Bajo este contexto Balza Navarro analiza al arrendamiento financiero, para lo cual toma como base las "normas sobre arrendamiento financiero de bienes" dadas en Venezuela el 7 de septiembre de 1982. Advierte que es a partir de esa fecha cuando en este país se regula al contrato, si bien ya se mencionaba en otros ordenamientos y existían arrendadores financieros desde 1969.

El autor expone una serie de reflexiones en torno a este contrato de reciente aparición, negocio que representa un instrumento jurídico adecuado para el desarrollo del empresario y su empresa.

Diversos son los aspectos del arrendamiento financiero tratados por el autor, a saber: concepto, naturaleza jurídica, clases, semejanzas y diferencias con otros contratos, elementos, obligaciones de las partes, naturaleza jurídica de la arrendadora y fundamento legal de las normas sobre arrendamiento financiero.

Concepto. Previo al análisis de la legislación venezolana, Balza Navarro vierte diversos conceptos del derecho extranjero: Francia, Bélgica, Italia, España y Ecuador, de los que destaca como puntos de coincidencia: el reconocimiento por los diversos ordenamientos del epíteto de "arrendamiento", la posibilidad de contratar sobre bienes muebles o inmuebles, la inclusión en el precio de la renta tanto el valor del

bien como los impuestos, y gastos accesorios, y el derecho del arrendatario para optar por la prórroga del contrato, la compra del bien u otra opción terminal.

De acuerdo con lo expuesto por el autor, el arrendamiento financiero a la luz del derecho venezolano no difiere del concepto suministrado por la legislación extranjera.

Naturaleza jurídica. Para determinar si se trata de un nuevo contrato, o bien de un negocio mixto, el tratadista explica las diversas teorías al respecto y concluye, en principio, que se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y típico, es decir, un contrato de naturaleza propia desarrollado en tres etapas o fases: 1ª La adquisición del bien por parte de la arrendadora financiera; 2ª La entrega de dicho bien para su uso por un tiempo determinado a cambio de una contraprestación dineraria, y 3ª El uso del derecho de opción que tiene el arrendatario.

Sin embargo, Balza Navarro se contradice, porque después reconoce la existencia de este negocio como un contrato mixto, si bien finalmente rectifica al considerar que el arrendamiento financiero "es un contrato no asemejable en su totalidad o exclusivamente al arrendamiento, sino que participa de varias formas contractuales que unidas o vinculadas entre sí, constituyen el contrato de arrendamiento financiero" (p. 90).

Clases. El autor advierte la distinción doctrinal entre *leasing* operacional y *leasing* financiero; el primero revocable, generalmente sobre bienes elaborados en serie (*v.g.*, automóviles), cuyo precio de renta difiere del precio del arrendamiento financiero, y el arrendatario carece del derecho de opción.

Por el *leasing* financiero (arrendamiento financiero propiamente dicho), en cambio, el arrendador financiero se obliga a poner los bienes, conforme las indicaciones del arrendatario, a disposición de éste para su uso o goce temporal por un tiempo forzoso, a cambio de una contraprestación en dinero que deberá ser cubierta en parcialidades (cánones) y comprender, además del valor de tales bienes, los impuestos, comisiones y demás accesorios. Además, el arrendamiento tiene el derecho de optar, al finalizar el contrato, entre la compra del bien, la prórroga del contrato, la sustitución del bien por otro, o la participación en el producto de la venta del bien a un tercero (como lo prevé para el derecho mexicano la fracción III del artículo 27 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, en adelante LGOAAC).

Arrendamiento financiero y otros contratos. Con auxilio de la doctrina y del derecho común Balza Navarro expone las diferencias de

nuestro contrato con otros como el préstamo, la venta a plazos y el arrendamiento.

Elementos del contrato. Analiza tanto los esenciales como de validez. Por lo que hace a la causa del negocio, estima que para la arrendadora financiera es el beneficio o provecho económico obtenido por el financiamiento, mientras que para el arrendatario lo constituye el uso del bien que necesita sin acudir al crédito o al desembolso de sumas de dinero para la adquisición del bien.

Derechos y obligaciones de las partes. En este punto cabe destacar la obligación de la arrendadora de adquirir el bien según y conforme las especificaciones dadas por su (futuro) arrendatario, ya que, como expresa el autor, la doctrina ha considerado que dicha obligación debe asumirse "en forma plena y total". Así parece reconocerse en la mayoría de las legislaciones, y la nuestra no es la excepción (*cfr.*, artículo 25, LGOAAC); en ninguna de ellas se reconoce la posibilidad de que la arrendadora no adquiera tales bienes cuando ya sea propietaria de los mismos.

Naturaleza jurídica de las arrendadoras. De acuerdo con la ley de Venezuela las arrendadoras, sociedades financieras, son institutos de crédito. En el derecho mexicano se trata de organizaciones auxiliares de crédito concesionadas para operar como arrendadoras y constituidas bajo el tipo de sociedad anónima (*cfr.*, artículos 3, 5 y 8, LGOAAC).

Fundamento legal. Para finalizar su trabajo, Balza Navarro señala que las normas sobre arrendamiento financiero de bienes son inconstitucionales porque fueron dictadas por el presidente de la República de Venezuela con base en el Decreto de Estado de Emergencia (estado que ya no existía en la fecha de las normas) y no con fundamento en la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito, por lo que a su juicio el Ejecutivo federal invadió material de reserva legal al expedir tales normas.

Como podemos apreciar, el trabajo resulta interesante, rebasa las cuestiones estrictamente mercantiles y presenta un panorama amplio de un contrato nuevo cuyo uso debe difundirse como el instrumento jurídico adecuado para el desarrollo y crecimiento económico de las empresas.

Soyla H. LEÓN TOVAR

BERREIDA, Delfino, E. A., "El *leasing* y la quiebra", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, núm. 91, febrero de 1983, pp. 3-23.

La celeridad del tráfico comercial se manifiesta con la reciente creación del arrendamiento financiero (*leasing*), contrato mercantil moderno que permite disponer del uso de equipo, maquinaria y, frecuentemente, automóviles durante su vida útil, sin necesidad de pagar su precio de contado, sino mediante el pago de determinadas sumas periódicas de dinero y con la posibilidad de obtener eventualmente la propiedad de ellos, o bien de restituirlos.

Novedoso y de actualidad resulta este contrato, que no escapa al estudio de los doctrinarios del derecho.

En el trabajo que reseñamos, el autor analiza las diversas situaciones a que se encuentra sujeto el contrato de *leasing* cuando se declara la quiebra de uno de los contratantes.

Para exponer cómo incide la quiebra en dicho contrato, el autor parte del marco conceptual de *leasing*, su comparación con otras figuras afines y su naturaleza; para luego ubicarlos en la declaración de quiebra, en la situación de las relaciones preexistentes a dicha declaración y de la quiebra tanto del cliente tomador, como de la entidad financiera, y, finalmente, destacar algunas consideraciones sobre el llamado periodo de sospecha en que se sitúa la entidad financiera quebrada y sus alcances.

Expresa el autor que el *leasing* es un instrumento contractual moderno y apto para que el empresario satisfaga sus necesidades de equipo y de sustitución de la obsolescencia; agrega que esta operación de financiamiento reúne un acto jurídico de administración y otro de disposición.

El financiamiento que brinda una de las partes y al que recurre la otra constituye un dato esencial del contrato, pues —señala el autor— “sin financiación no habría *leasing*, en el sentido de negocio jurídico autónomo”. La disposición del bien, por parte del cliente tomador, junto con la obtención de un lucro por parte de la entidad financiera que brinda el financiamiento, constituyen la causa del contrato.

Tales características del *leasing*, manifiesta, distinguen al contrato de otras figuras, tales como la compraventa a plazos o de contado y la locación, pues la primera impide la devolución del bien cuando ha dejado de ser económicamente útil, y la segunda imposibilita el acceso a su propiedad. En cambio, en el *leasing* la alternativa de comprar o restituir el bien debe estar permanentemente vigente durante la ejecución del contrato.

Con un breve pero detallado análisis, el autor expone los principales efectos de la declaración de quiebra a la luz del derecho concursal argentino; destaca el despojeramiento de los bienes del fallido, que se

produce de pleno derecho, que procura tutelar la integridad del patrimonio del fallido y que implica la inhabilitación del mismo para el ejercicio de sus derechos patrimoniales, así como la transferencia de bienes y facultades al síndico, para satisfacer los intereses legítimos de terceros.

Dicha declaración incide en el desarrollo posterior de las relaciones contractuales y el *leasing* no está exento de sus repercusiones. Los acreedores del fallido quedan sujetos a las normas concursales, por lo que deben accionar para obtener el reconocimiento de su crédito y sus preferencias, si las hay.

En el derecho argentino, la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento derivado de la quiebra no procede, de ahí que el pacto que establezca la resolución del *leasing* en estos términos carece de validez, a menos que dicha resolución se hubiera producido antes de la sentencia de quiebra, o que hubiere sido demandada judicialmente con anterioridad al auto que declara la quiebra. En nuestro derecho, en cambio, el que hubiere contratado con el quebrado puede exigir al síndico que declare si va a cumplir o a rescindir el contrato, aun cuando no hubiere llegado el momento de su cumplimiento (artículo 139 de la Ley General de Quiebra y Suspensión de Pagos, en adelante LGQSP).

Debido a la carencia de normas expresas en la legislación argentina, el autor considera que la suerte del contrato de *leasing* debe ser determinada por el juez, quien debe tomar en cuenta las normas análogas previstas en la ley, la protección del crédito, la integridad del patrimonio del fallido, el estado del concurso y el interés general.

Asimismo, destaca la adecuación de principios y normas concursales al estado de cumplimiento del contrato; analiza la quiebra del cliente tomador y expone los supuestos de prestaciones de fallido íntegramente cumplidas; aquellas a cargo de la entidad financiera y las recíprocas pendientes de cumplimiento. En estas últimas advierte que cuando el *leasing* se encuentra en pleno estado de ejecución "durante su faz administrativa", queda resuelto por la declaración de la quiebra, pues de lo contrario se prolongará la vida comercial del fallido a través del concurso y que ésta —en su opinión— no es la intención de la quiebra.

En el derecho mexicano los contratos bilaterales pendientes de ejecución, total o parcialmente, pueden ser cumplidos por el síndico con la autorización del juez, oída la intervención (artículo 139, LGQSP); además, la quiebra no afecta a los contratos celebrados sobre bienes cuya administración y disposición conserva el quebrado (artículo 143, *idem*).

Ahora bien, por lo que toca a la entidad financiera, el autor expresa que sólo el Banco Central argentino puede solicitar la quiebra de aquélla en liquidación, y una vez declarada, éste asume las funciones de síndico. Para el derecho mexicano, en cambio, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros es la facultada para solicitar la suspensión de pagos o la declaración de quiebra de las arrendadoras financieras, organizaciones auxiliares del crédito constituidas como sociedades anónimas (artículo 79, fracción II de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito —LGOAAC— y las funciones de síndico son realizadas por las instituciones de crédito (artículo 79, fracción I, LGOAAC).

Ante la quiebra de la arrendadora —agrega el autor—, la suerte del *leasing* dependería de las mismas reglas previstas para la quiebra del cliente tomador; sin embargo, si el arrendamiento financiero se celebra en el periodo de sospecha, que transcurre desde la fecha con la cual se inicia la cesación de pagos hasta la sentencia que declara la quiebra, y en el cual los actos realizados pueden ser declarados ineficaces por presumirse de mala fe, no es impugnabile tal acto realizado por el Banco Central en su carácter de liquidador y, como consecuencia, los acreedores no pueden demandar la declaración de ineficacia.

Por ello, para terminar su exposición, Barreida hace hincapié en la importancia que reviste adoptar todas las medidas y formalidades necesarias en la ejecución del *leasing*, para evitar su impugnación y la consiguiente declaración de ineficiencia, para el caso de quiebra del cliente tomador, fundamentalmente si la traslación de dominio del bien dado en arrendamiento financiero ocurrió durante el periodo de sospecha.

Como podemos observar, el tema tratado pone de manifiesto la importancia de dos instituciones jurídicas complejas: la quiebra y el arrendamiento financiero; esta última poco tratada por la doctrina debido a que hasta hace pocos años había sido ignorada por el derecho; hoy en día, la mayoría de las legislaciones la regula, si bien se discute su naturaleza jurídica, no hay duda de que es uno de los mejores instrumentos jurídicos y financieros para el desarrollo económico de las empresas y del consecuente beneficio para los empresarios, ya individuales o sociales.

Soyla H. LEÓN TOVAR

DERAINS, Ives, "Las características del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y sus reglas", *Panorama del arbitraje comercial internacional*, México, IMCE, ADACI, UNAM, 1983, pp. 251-260.

El autor hace aquí una compacta y clara síntesis de las características del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, así como de sus principales reglas de procedimiento. La lectura vale la pena, en tanto que, en pocas páginas, deja una noción aproximada, pero clara, de lo que es este importante modo de resolver las controversias del comercio internacional.

Como características primordiales de este arbitraje, Derains señala las siguientes: a) arbitraje no especializado; b) de carácter internacional, y c) institucionalizado.

La primera significa que acepta litigios de todo tipo, siempre y cuando sean de carácter mercantil e internacional, a diferencia de algunas otras cortes de arbitraje que se especializan en conflictos relativos a un determinado ramo del comercio, como el comercio de granos o de textiles. Los calificativos "mercantil" e "internacional" se han entendido por dicha Corte en sentido muy amplio; así, el carácter mercantil no se define de acuerdo con lo que establezca un determinado Código de Comercio, sino atendiendo a si un asunto entra en el "mundo de los negocios". Por "internacional" se entiende, no sólo el conflicto entre personas de nacionalidades diferentes, sino también el conflicto entre una persona física o moral de un Estado y una persona moral del mismo Estado, pero cuyo capital mayoritario pertenece a extranjeros.

El arbitraje es internacional, porque en la Cámara existen árbitros de diversas nacionalidades, y porque puede desarrollarse en cualquier país. Y es institucionalizado, en tanto que se realiza con el apoyo de una institución, la Cámara de Comercio Internacional.

En cuanto a las reglas de procedimiento del arbitraje en esta Cámara, el autor destaca, como un rasgo típico, el hecho de que permiten la conciliación de las partes en un buen número de casos (un 30% aproximadamente). La conciliación no es, sin embargo, una instancia obligatoria, sino tan sólo una posibilidad que las partes pueden libremente explotar. Puede darse la conciliación antes de comenzar el proceso, o bien durante el proceso.

La conciliación preprocesal se da únicamente en un 2% de los casos, o sea que la inmensa mayoría de los casos que se resuelven por acuerdo se concilian durante el procedimiento. Esto se debe a que las reglas procesales señalan que los árbitros, escogidos por las partes o designados por la Cámara, según sea el caso, tienen la obligación de redactar un

documento, llamado "acta de misión", en el cual se deben definir cuáles son las cuestiones en litigio sobre las que los árbitros han de decidir. El plazo para redactar el documento es de dos meses, durante los cuales las partes presentan sus puntos de vista y argumentos respecto de la cuestión, para que los árbitros los tengan en cuenta.

La redacción de este documento permite que las partes se den cabal cuenta de su situación jurídica y que la controversia quede jurídicamente planteada. Se ha discutido mucho la conveniencia de este documento, por considerarse que implica una pérdida de tiempo innecesaria; pero la experiencia de la Cámara ha demostrado que, gracias a su elaboración, las partes suelen encontrar caminos para conciliar sus intereses y terminar la controversia, en un alto número de casos (un 28% del total), sin necesidad del laudo.

El "acta de misión" también desempeña una función importante en el desarrollo ulterior del proceso: facilita la labor de los árbitros, al circunscribir su labor al examen de las pruebas y eximirlos de nuevas discusiones acerca del planteamiento jurídico de la cuestión; también funciona como un medio de control, de parte de la Cámara, sobre las decisiones de los árbitros, ya que éstos tienen que enviar el laudo que emitan a la Cámara, donde se confrontará con el "acta de misión", a fin de que la Cámara lo apruebe o lo regrese al árbitro con observaciones.

Dice el autor que el "acta de misión" desempeña un papel similar al que juega el "compromiso arbitral" en los países de tradición romanista. Esto es algo que merece la pena ser estudiado con más cuidado, porque, desde el punto de vista de los juristas de tradición angloamericana, el "compromiso arbitral" es considerado como un obstáculo para el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

El trabajo resulta muy interesante, como obra de divulgación de un sistema de arbitraje que va cobrando importancia cada vez mayor en México y en el mundo.

Jorge ADAME

ESPINOSA, Carlos Alberto, "Directorio: quórum y mayoría", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año 16, núm. 96, diciembre de 1983, pp. 837-848.

Tema de suma importancia para las sociedades mercantiles en general y para la anónima en particular, el que ahora motiva nuestra atención.

En efecto, *mayorías* y quórum son, según la doctrina, *garantías pasivas* de los asociados, es decir, que no requieren para su existencia la voluntad del socio, sino que se imponen porque la ley fija esas exigencias o prohibiciones, de tal manera que ciertos derechos de los socios se hallan tutelados automáticamente (Rodríguez y Rodríguez, J., *Tratado de sociedades*, 1981, t. I, p. 491).

El autor escinde su estudio en dos partes: I. Quórum y II. Mayoría, referidos al directorio, esto es, al Consejo de Administración.

En ambas, el profesor Espinosa se refiere a interesantes aspectos, enmarcados siempre en la doctrina y legislación argentina y extranjera.

En la *primera parte*, se destaca, por su "simplicidad y buen criterio", lo establecido al respecto por la Ley de Sociedades Mercantiles de Perú de 1966: "El quórum del *directorio* es de la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquél" (artículo 166).¹

Suscribe además, el autor, la afirmación de Messineo en el sentido de que mayoría es sinónimo de mitad más uno.

En otro lugar de esta sección, se señalan consecuencias. En efecto, se expresa que la falta de quórum ocasiona que el acto (constitución o deliberación) del Consejo se vea afectado de nulidad. De la misma forma lo califica Frè, mas Ascarelli lo tacha de ineficaz.

Ahora bien, cuando un consejero tiene intereses contrarios a la sociedad, debe abstenerse de votar, sin que ello implique no considerarlo para el cómputo del quórum. En México, si el consejero que por ley debe abstenerse de votar, vota, es responsable de los daños y perjuicios que cause a la corporación (artículo 156 de la Ley de Sociedades Mercantiles —LSM—). Existen, pues, restricciones al voto de los administradores (ver, además, los artículos 196 y 197, LSM).

Por otra parte, la ley argentina, al igual que la mexicana, mantienen la supervivencia del quórum, no obstante que sea factible revocar los nombramientos de los administradores (artículo 155, LSM).

Conforme a la ley mexicana, el cargo de administrador no puede desempeñarse a través de representante; consecuentemente, para el directorio de las sociedades por acciones, no cabe el voto por poder, ya que en ellas el voto debe recaer en personas físicas (artículo 147, LSM). Lo contrario, sí es permitido por la Ley de Sociedades argentina.

Se nos advierte que el quórum establecido por ley es el mínimo, el cual puede ser incrementado por los estatutos, pero jamás aminorado. Asimismo, se nos indica que debe haber quórum desde la apertura del directorio, durante toda la sesión y hasta el momento de la votación.

A pesar de que el profesor Espinosa aplaude la nueva redacción del

artículo 260 de la Ley de Sociedades argentina, origen de su disertación —antes decía en su parte conducente: “el quórum será de la *mitad más uno* de sus integrantes”; reformado estatuye: “el quórum no podrá ser inferior a la *mayoría absoluta* de sus integrantes”—, prefiere, por precisa, la fórmula del ordenamiento peruano.

Observa además el autor que los estatutos no tienen por qué exigir la presencia de la totalidad de los integrantes del directorio, pues esto es desvirtuar le colegialidad del órgano y el principio de mayoría.

Motivo del *capítulo segundo* de este trabajo, es desentrañar el significado del término *mayoría* en el ámbito del directorio.

Después de adoptar el sentido gramatical del vocablo, se nos explica que en la ley no se establece el régimen jurídico de mayorías que ha de seguirse para las deliberaciones del propio Consejo de Administración, pues dicha tarea han de complementarla, por disposición de la propia Ley de Sociedades, los estatutos, bajo las variantes siguientes: simple mayoría (o mayoría relativa) de votos presentes; mayoría absoluta de los integrantes del directorio; mayoría absoluta de votos presentes; mayorías especiales, para ciertos y determinados casos.

Cabe mencionar la regla general existente al respecto: las normas legales para el funcionamiento de las asambleas son aplicables al directorio, sin pretender su aplicación analógica. Lo cual implica —según Frè— la aplicación de los principios generales, válidos para los órganos que deliberan colegiadamente, bajo el régimen de mayorías (véase Rodríguez y Rodríguez, J., *op. cit.*, t. II, p. 114).

Más adelante, refiérese también el escritor a otros aspectos interesantes que resultan complementarios del estudio. Es el caso del empate en la votación, para el que la mayoría de las legislaciones no se pronuncia, y las restantes conceden el privilegio del desempate, a través del voto de calidad, al presidente del directorio; entre éstas se encuentra la legislación mexicana (artículos 143, *in fine*, LSM).

Por lo que atañe a los votos nulos y abstenidos, algunos autores los consideran como votos contrarios. Con relación a ambos, el profesor Espinosa estima, como otros doctrinarios, que no deben tomarse en cuenta para la determinación de la mayoría. Con la advertencia de que la abstención, en ocasiones, “es falta de conocimiento del asunto o de la comprensión de él o es un gesto de delicadeza”. Mientras que la abstención impuesta por la ley parece al autor más una prohibición.

Sugere el tema, pertinente la ocasión, para añadir que la doctrina mexicana habla de dos quora: el de *funcionamiento* o *presencia* como el “número mínimo de *acciones* que deben estar presentes para que una asamblea general pueda estimarse válidamente reunida”, y el de *acuer-*

do, deliberación o votación como el "número mínimo de las acciones presentes que ha de formular su voto favorable a una propuesta de resolución, para que ésta pueda estimarse eficaz y válidamente adoptada". Amén de que el primero condiciona la existencia del segundo (cfr., Rodríguez y Rodríguez, J., *op. cit.*, t. II, pp. 38 y 39).

Resulta pues interesante la aportación del profesor Espinosa a tan relevante aspecto de la sistemática del derecho societario.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

HAUPTMANN, Jean Marc, "El futuro de la sociedad anónima en Alemania", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año 16, núm. 94, agosto de 1983, pp. 535-544.

El futuro de la sociedad anónima (S.A.) en la República Federal de Alemania, después de verificar la crisis que adolece y a pesar de las reformas propuestas a la ley correspondiente, es poco halagüeño.

El autor de este trabajo nos refiere las causas de la crítica situación corporativa, al mismo tiempo que nos ofrece los remedios posibles para superarla.

Las causas de la crisis societaria, en opinión de Hauptmann, son de dos tipos: unas provenientes de los empresarios, otras de los inversores.

Efectivamente, los hechos nos muestran que los empresarios prefieren constituir sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L.) en vez de S.A., porque el régimen legal (*Aktiengesetz*) de éstas es bastante estricto y con tal carácter hay que proteger intereses contrapuestos como son los de los accionistas minoritarios, los de los acreedores societarios y los de los asalariados.

En este orden de ideas, el prestigio de la S.A. se ha menoscabado con la trascendente presencia, hasta devenir desventajosa, de la cogestión paritaria.

Asimismo, los empresarios recurren más al financiamiento externo que a la venta de sus acciones. De esta forma, los costos operativos, además de aminorarse, son deducibles del impuesto; amén de que el empresario permanece dueño absoluto de su negocio.

Por su parte, los ahorristas han dejado de comprar acciones de S.A. porque sus derechos pecuniarios y corporativos han venido a menos. Amén de que las garantías, los rendimientos y los atractivos fiscales son más promisorios en otras formas de inversión que en el mercado accionario.

Al reconocer el profesor Hauptmann en la S.A. un *imprescindible* instrumento de financiación para la economía moderna, apunta correctivos de alcance general y de derecho corporativo, con la finalidad de superar el trance que la S.A. atraviesa en su país.

Las soluciones persiguen atacar, precisamente, las causas arriba denunciadas.

En el ámbito del *derecho societario*, debe interesarse a los accionistas en la marcha de la sociedad a través de estimular su participación activa, decidida y definitiva, de forma tal que se logre neutralizar la poderosa influencia de la cogestión paritaria. Ello se obtiene mediante nuevos mecanismos que sugiere el autor, tales como suprimir la asamblea general y confiar la administración de la corporación a expertos (bancos fiduciarios, por ejemplo), quienes, al enviar la información pertinente, recibirían de los accionistas las resoluciones de la sociedad por una simple carta, es decir, mediante la técnica del voto por correspondencia.

Las enmiendas de *alcance general* son de orden macrojurídico y macroeconómico y se enmarcan dentro de una política de restricciones. En este sentido, se recomienda disminuir la magnitud de la deuda pública e inyectar el dinero disponible en los distintos circuitos económicos. Conveniente parece también al autor reducir las tasas de interés en el mercado monetario, de manera tal que la acción (títulovalor) devenga competitiva con relación a las demás formas de inversión. Propone, además Hauptmann, la desgravación fiscal tanto para la sociedad como para los dividendos, con la intención de que los accionistas inviertan en la corporación capitales importantes y aquélla sea generosa en la repartición de rendimientos.

No debe descuidarse —aconseja el escritor— a las otras dos *fuerzas* existentes de la empresa: los directivos y los asalariados. Ambos deberán convencerse de que su integración a la empresa resulta importante, de tal manera que se les interese en participar no sólo con su trabajo eficiente y la moderación en sus reivindicaciones salariales, sino también en el capital social.

Aun cuando en nuestro medio la S.A. sea la figura más utilizada, más solicitada, no deja de ser sintomática y, por ende, preocupante, la reflexión que Hauptmann nos presenta en esta ocasión, la cual tiende a rescatar lo que fuera "el más relevante descubrimiento de los tiempos modernos, más valioso que el del vapor y la electricidad" (*cfr.*, Ripert, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, p. 51).

TORRES Y TORRES LARA, Carlos, "Naturaleza jurídica de la cooperativa. El caso peruano su nueva Ley General de Cooperativas (1981)", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año 16, núm. 94, agosto de 1983, pp. 575-580.

Distintos ordenamientos jurídicos en el Perú regularon diversamente a la cooperativa, ya como sociedad o como asociación y hasta como club.

Sin embargo, fue hasta la Ley General de Cooperativas de 1964, cuando se dilucidó el asunto, al establecerse con toda intención un nuevo tipo de persona moral en la que se omitió imponerle epíteto alguno y denominarla sencillamente *cooperativa*.

Desde luego, esta situación requirió ajustes normativos. En efecto, la Ley General de Cooperativas de 1981, al crear un nuevo libro en el registro de personas jurídicas, precisamente el libro de cooperativas, en donde se inscribirían éstas, respetó y continuó la línea trazada por la Ley de 1964.

En este orden de ideas, otra de las innovaciones introducidas fue fijar la legislación supletoria a la propia Ley de Cooperativas: en primer lugar, los principios generales del cooperativismo, y luego, la legislación de sociedades mercantiles o el Código Civil, según el caso, siempre y cuando éstos estuvieren acordes con aquéllos.

Por otra parte, Torres y Torres nos refiere que en virtud de la ausencia de calificativos a la cooperativa, la Ley de 1981 permite considerarle como persona de derecho privado, público o social, según las condiciones jurídicas que la rodeen. Para ilustrar esta caracterización, el autor nos presenta claros ejemplos en cada una de esas calidades.

Otra de las cuestiones que en este trabajo se aborda, es la de calificar a la cooperativa como empresa mercantil cuando realiza actos de comercio. Aún más, afirma el autor, existe la orientación generalizada de estimar siempre a la cooperativa como *ente mercantil*, situación, añade Torres y Torres, que vendrá a consolidarse cuando el derecho positivo peruano reconozca a la *acción empresarial* como elemento tipificador de la actividad mercantil.

En suma, aquí se nos presenta a la cooperativa como una persona jurídica *sui generis*, es decir, un centro de imputación, distinto a la asociación o sociedad, regida por sus peculiares principios de economía de servicio y democracia económica; perteneciente, según su origen, fines y facultades, al *jus privatum*, *publicum* o *sociale*, amén de devenir civil o mercantil.

No cabe duda que la actual legislación peruana ha regulado al fenómeno socioeconómico de la cooperación, en forma peculiar y flexi-

ble, amoldable a las necesidades de la vida real. Tal circunstancia hace interesante y singular la aportación de este trabajo.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO PENAL

NOVOA MONREAL, Eduardo, "¿Se justifica el derecho a castigar?", *Cuadernos Panameños de Criminología*, Panamá, núms. 11 y 12, Imprenta Universidad de Panamá, 1982-1983, pp. 61-75.

Esta reseña versa sobre una ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el tema "El derecho a castigar", celebrado en Mérida, Venezuela, en el año de 1982. Su autor era entonces profesor del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Central de Venezuela.

Al tratar este tema, que tanta polémica ha suscitado, comienza por delimitar el uso de la expresión "derecho de castigar", a fin de abarcar las posiciones teóricas que sostienen el sentido absoluto de la pena y la necesidad de que ella se imponga como sanción a todo responsable de un delito por el solo hecho de haberlo cometido, independientemente de otros fines provechosos o meramente utilitarios que pudieran lograrse con su aplicación. Su examen se circunscribe al plano de la teoría del derecho, pero con un propósito crítico. Sus objeciones las formula en forma de proposiciones, que comentaremos a continuación.

1. "El Derecho de Castigar no se aviene con un Derecho de pura ordenación formal; luego su sustento debe encontrarse fuera del Derecho." A fin de que esta idea quede más clara, conviene explicar que para este autor el derecho es el instrumento de una determinada concepción política, y su función es la de:

Formular el conjunto completo, armonioso y eficiente de normas necesario para imponer una determinada concepción política de organización social, y esta concepción, desarrollada de acuerdo a ideas políticas, económicas y sociales aceptadas por quienes ejercen el gobierno efectivo de la sociedad, será comunicada a los juristas para que ellos se encarguen de la elaboración concreta del derecho positivo correspondiente. (P. 64.)