

PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA EN EL PERÚ

*Daniel Echaiz Moreno**

RESUMEN

En opinión del autor, la vigente Ley General de Sociedades del Perú contiene una regulación legal de avanzada, siendo una norma jurídica construida para el Perú. Sin embargo, aún quedan errores por corregir, temas por completar y cuestiones por regular. En este muy interesante trabajo se proponen diversos temas que deberían ser nuevamente analizados a fin de mejorar la regulación del derecho societario peruano, lo cual sin lugar a dudas servirá de referente a la legislación comparada.

Palabras clave: sociedad, exclusión del socio, control indirecto, disolución, denominación social, fondo empresarial, sucursal, contratos asociativos, sociedad unipersonal, grupos de sociedades.

PROPOSALS FOR CORPORATION LAW REFORM IN PERU

ABSTRACT

In opinion of the author, the in force General Law of Societies of Peru contains a legal regulation of advanced, being a juridical

Fecha de recepción: 26 de septiembre de 2005
Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2005

* Abogado *Summa cum laude probatus* por la Universidad de Lima con estudios de posgrado en la maestría en derecho de la empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diplomado en mercado de valores por la Conasev y diplomado en administración tributaria por la SUNAT. Presidente de Echaiz Estudio de Abogados. Asesor técnico de la Dirección de Normas Legales del Colegio de Contadores Públicos de Lima. Catedrático en las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Alas Peruanas, así como en el diplomado de posgrado en derecho de la empresa y en la maestría en derecho de la empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. www.echaiz.com / daniel@echaiz.com

norm “constructed for Peru”. Nevertheless, still mistakes stay for correcting, be afraid for completing and question for regulating. In this one very interesting work they propose diverse topics that they should be analyzed again in order improved the regulation of the Corporate Peruvian Law, which no doubt will use as modal to the compared legislation.

Key words: *society, exclusion of the associate, indirect control, dissolution, social denomination, managerial fund, branch, associative contracts, individual society, groups of societies.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LO ERRADO
 - 2.1. La exclusión del socio en la sociedad anónima
 - 2.2. El control indirecto de acciones
 - 2.3. La calificación social
 - 2.4. La abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada
 - 2.5. La disolución de la sociedad por falta de pluralidad de socios
3. LO INCONCLUSO
 - 3.1. Los convenios parasocietarios
 - 3.2. La legitimidad en la adopción de la denominación o razón social
 - 3.3. El fondo empresarial
 - 3.4. La titularidad de derechos respecto a la sucursal
 - 3.5. La regulación legal de los contratos asociativos
4. LO IMPREVISTO
 - 4.1. La naturaleza jurídica de la sociedad
 - 4.2. La sociedad de un solo socio
 - 4.3. Los grupos de sociedades
5. COROLARIO

1. INTRODUCCIÓN

Realmente se produjo un cambio al dictarse la nueva Ley General de Sociedades (en adelante: LGS), cambio que no solamente es cuantitativo al haberse transitado de 414 artículos a 448 artículos (actualmente, con recientes modificaciones ya llega a los 458 artículos), nueve disposiciones finales y once disposiciones transitorias, sino (y por sobre todo) un cambio cualitativo, de esencia jurídica, que se complementa con una mejor estructura del texto normativo y la utilización de una adecuada técnica legislativa. Los legisladores han logrado con la Ley General de Sociedades un documento legislativo de apreciable valor jurídico, congruente con las modernas tendencias imperantes en el derecho comparado y, además, concebido para nuestra propia realidad, evitando así recurrir a aquella errónea costumbre tan generalizada que aconseja *importar* redacciones legales foráneas que no se condicen con el actual tráfico empresarial peruano. Esto no impide que dicho texto normativo sea objeto de un profundo y constante análisis razonado para superar las deficiencias que tuviese e ir acoplándolo al cambiante mundo de los negocios, puesto que como toda obra humana es perfectible y recordemos que la pertinencia de una ley sólo podrá verificarse cuando entra en vigencia; lo importante es comprender esta situación y realizar las correspondientes modificaciones legislativas en el momento adecuado.

Es menester repasar (aunque brevemente) la historia peruana en materia de legislación societaria. Con fecha 27 de julio de 1966 se expidió la Ley de Sociedades Mercantiles, aprobada mediante Ley 16123, la cual era concordante con el por entonces vigente Código Civil de 1936. Años después se promulga la LGS a través del decreto legislativo 311 de 1984, siendo posteriormente modificada por el decreto supremo 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985 que da origen al texto único concordado de la LGS; ambos dispositivos legales repiten prácticamente lo ya esbozado en 1966.

Era 1994 y continuábamos rigiéndonos por una legislación societaria cuya antigüedad superaba los veintiocho años, habiendo devenido en obsoleta por los cambios sucedidos en la realidad empresarial y en el contexto económico. Tengamos en consideración que ya contábamos con un nuevo Código Civil, dictado en 1984, el cual evitó (a diferencia de su antecesor) la regulación normativa de la sociedad civil como modalidad contractual; asimismo, se sancionaron dos nuevos textos constitucionales en 1979 y 1993, con los cuales se introdujo una moderna concepción de la economía, basada en el libre mercado; y, finalmente, la década de los años noventa del siglo pasado fue escenario de una vasta producción legislativa orientada a promover las inversiones, para lo cual se enfatizaron diversos conceptos, tales como la seguridad jurídica, el contrato ley, la transparencia del mercado, la igualdad de oportunidades, la libertad de empresa, la libre competencia y la actuación subsidiaria del Estado, entre otros.

Resulta obvio que, dentro de este contexto, era imperativo reformular la ya obsoleta normatividad societaria, atendiendo además al fenómeno de la globalización económica, el auge del mercado de valores y el desarrollo empresarial. Es así que el 5 de septiembre de 1994 fue publicada la resolución ministerial 424-94-JUS, mediante la cual se nombró una comisión para elaborar el anteproyecto de la LGS (luego denominada comisión redactora del anteproyecto de la LGS o, simplemente, la comisión NORMAND), la misma que estuvo presidida por el doctor ENRIQUE NORMAND SPARKS e integrada, además, por los doctores RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, ENRIQUE ELÍAS LAROZA, ÁLVARO LLONA BERNAL, ALFREDO FERRERO DÍEZ CANSECO, OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO, HERNANDO MONTOYA ALBERTI, FRANCISCO MOREYRA GARCÍA SAYÁN, ALFONSO RUBIO FEIJÓO, EMIL RUPERT YÁÑEZ y JULIO SALAS SÁNCHEZ. Después de más de dos años de intensa labor, la referida comisión entregó el respectivo anteproyecto de ley al ministro de Justicia el 31 de diciembre de 1996. A través del oficio 017-97-PR de fecha 3 de febrero de 1997, el poder ejecutivo envió al Congreso de la República el proyecto de ley signado con el 2491/96-CR y, durante la sesión del 26 de febrero de 1997, la Comisión Permanente del Congreso de la República acordó nombrar la comisión revisora del anteproyecto de la LGS, la que estuvo presidida por el congresista CARLOS TORRES Y TORRES LARA e integrada, además, por los congresistas JAVIER ALVA ORLANDINI, JORGE AVENDAÑO VALDEZ, JORGE MUÑIZ ZICHES y JORGE TRELLES MONTERO, siendo luego incorporados los congresistas RICARDO MARCENARO FRERS y LOURDES FLORES NANO.

Por disposición del presidente de la comisión revisora, el 2 de marzo de 1997 se publicó el texto del anteproyecto de ley elaborado por la comisión redactora. Posteriormente, con fecha 10 de mayo de 1997 se hizo lo propio con el proyecto de ley aprobado por la comisión revisora. Asimismo, con fechas 3 y 28 de octubre de 1997 se publicaron los respectivos proyectos de ley aprobados por la comisión permanente. Finiquitando este recuento, el 9 de diciembre de 1997 ya fue publicado el texto de la LGS, aprobada mediante Ley 26887 y actualmente vigente. Infiérase, entonces, la amplia difusión que tuvieron los trabajos preparatorios, con la finalidad que pudiesen expresar sus comentarios, críticas o sugerencias todos aquéllos involucrados con la materia.

Varias son las innovaciones realmente significativas y de gran importancia introducidas por la vigente LGS, entre las cuales destacan el derecho de separación, los estados financieros, el dividendo obligatorio, la sociedad anónima cerrada, la sociedad anónima abierta, las sucursales, los convenios parasocietarios, la reserva de preferencia registral, la caducidad, las acciones sin derecho a voto, las acciones en cartera y el derecho de oposición en procesos de reorganización societaria, sólo por mencionar algunas de ellas. Sin embargo, y aun cuando la Ley General de Sociedades constituye un valioso documento jurídico, innovativo en la materia y admirable por su contenido, existen errores, temas inconclusos y vacíos legales,

pendientes de una acertada regulación legislativa y los que deberán ser correctamente analizados por los estudiosos del derecho societario para vislumbrar sus implicancias en el tráfico económico, el contexto empresarial y el mundo jurídico. Dejamos constancia que estas cuestiones no desmerecen en absoluto el destacado trabajo de la comisión redactora de la LGS, integrada por ilustres juristas, de los cuales nos consta su profesionalismo por haberlos tenido privilegiadamente como nuestros profesores en las aulas universitarias, tal es el caso de los doctores ENRIQUE NORMAD SPARKS, RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, ÁLVARO LLONA BERNAL, OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO, HERNANDO MONTOYA ALBERTI, EMIL RUPERT YÁÑEZ y JULIO SALAS SÁNCHEZ. Lo que sucede es que el legislador es humano, muchas veces prefiere actuar con prudencia ante lo desconocido y nunca puede prever todos los casos que se darán en la realidad; ciertamente, la ley afronta su prueba de fuego recién cuando entra en vigencia, construyéndose así lo que JOAQUÍN GARRIGUES denomina como *el derecho vivo*, esto es, aquel que se nutre de la casuística.

2. LO ERRADO

Seguidamente expondremos acerca de los temas en los que consideramos existen los principales errores en la LGS, siguiendo para ello el propio orden de la normatividad societaria. Ellos son los siguientes, a saber: la exclusión del socio en la sociedad anónima, el control indirecto de acciones, la calificación social, la abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada y la disolución de la sociedad por falta de pluralidad de socios.

2.1. La exclusión del socio en la sociedad anónima

Nuestra LGS consagra, en su artículo 55, las cláusulas que obligatoriamente deberá contener el estatuto social y subsume —al finalizar su texto— una regulación abierta, de acuerdo a la cual podrá contener los pactos lícitos que los socios estimen convenientes para la organización de la sociedad; en este sentido, resultaría acorde con ello que se pronuncie respecto a las causales de exclusión de socios. Por su parte, el artículo 22 de la misma norma jurídica prescribe que,

“contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo”.

Sin embargo, creemos que esta sería una interpretación muy legalista que desconocería las diversas aristas de la hermenéutica jurídica y, lo que es más grave,

la propia esencia de la sociedad anónima. Así aparece la corriente de opinión según la cual la inserción de supuestos de exclusión de socios en el estatuto de una sociedad anónima atenta contra la propia naturaleza de ésta y, por lo tanto, vulnera el espíritu de la LGS; a este criterio doctrinal nos adscribimos. Tengamos en cuenta que la sociedad anónima es, por antonomasia, una sociedad de capitales donde predomina el carácter *intuitu pecuniae*, lo que se contrapone a las sociedades de personas en las que prevalece el carácter *intuitu personae* e, inclusive, a las sociedades mixtas o híbridas donde subyacen rasgos personalistas. Esto significa que el socio que forma parte de una sociedad anónima lo es fundamentalmente en razón de su aporte al capital social más que en atención a sus calidades personales.

Ahora bien, explica GONZALO MERCADO NEUMANN que,

“la exclusión de socios es un mecanismo de naturaleza resolutoria que produce la disolución de la relación singular socio-sociedad, en cuya virtud un socio es forzado a hacer abandono de la sociedad por haber cometido alguna infracción juzgada lesiva y contraria a los intereses sociales”, —agregando que— “constituye un caso de separación forzosa del socio, un acto realizado contra su voluntad, por el cual se extingue su condición de tal y la sociedad prosigue su existencia con los socios que permanecen en ella”¹.

Este mismo autor reconoce expresamente lo siguiente:

“La exclusión de socios ha sido desde siempre un instrumento natural en las sociedades de personas o de estructura contractual donde prima el *intuitu personae*. En las denominadas sociedades intermedias, es decir, en aquellos tipos sociales que combinan elementos de las sociedades de personas y de las sociedades corporativas, se admite la existencia de la exclusión de socios. En las sociedades de capitales, en cambio, se discute la compatibilidad entre esta figura y la compleja estructura corporativa de ellas, desligada de toda responsabilidad personal de los socios”².

Inferimos algunas premisas universales respecto a las sociedades de capitales, cuyo paradigma es la sociedad anónima: primera, el socio le importa a la sociedad más por lo que aporta que por lo que es (naturaleza *intuitu pecuniae*); segunda, es

1 MERCADO NEUMANN, GONZALO, “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”, en: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, Perú, enero-diciembre del 2002, n° 33, pág. 123.

2 MERCADO NEUMANN, GONZALO, “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”, en: *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, Perú, enero-diciembre del 2002, n° 33, pág. 123.

común la existencia de un amplio número de socios, lo que se patentiza claramente en aquéllas de accionariado difundido (en el caso peruano, las sociedades anónimas abiertas); tercera, las decisiones se adoptan realmente de manera corporativa (en junta general de socios), velando por los intereses sociales; cuarta, los socios no asumen una responsabilidad personal (elemento intrínseco que propicia el auge de la sociedad anónima); y, quinta, existe una separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad (postulado central de la teoría del gobierno corporativo). En consecuencia, ante los actos lesivos a la sociedad provenientes de un socio, dicha sociedad deberá accionar judicialmente contra éste, a efectos de resarcirse por los daños y perjuicios irrogados, mas no podrá excluirlo. Este parece ser el criterio actualmente imperante en nuestra normatividad societaria, aunque debemos admitir que no está exento de controversia porque el legislador ha optado por el silencio, antes que por la regulación expresa. Analicemos este asunto.

Sabido es que la sociedad anónima cerrada es una figura mixta o intermedia o, dicho de otra manera, una sociedad anónima (que tiene su capital social representado mediante acciones) con rasgos personalistas (como los límites a la transmisibilidad de las acciones); pues bien, el artículo 248 de la LGS indica que,

“el pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas”.

Igual acontece respecto a la sociedad colectiva, una modalidad societaria marcadamente personalista (con responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios), puesto que el artículo 276 del texto normativo antes citado regula lo concerniente a la exclusión de los socios, lo que se hace extensivo, por propio mandato legal, a la sociedad en comandita. En materia de sociedad comercial de responsabilidad limitada, el artículo 293 de la LGS contempla que,

“puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social”,

siendo concordante con la opinión de autorizada doctrina española cuando dice:

“El grado significativo en los asuntos sociales que se presupone en los socios y la intensidad de sus relaciones puede justificar la exclusión de aquellos que incumplan sus obligaciones o deberes para con la sociedad, o que hayan experimentado un cambio en sus circunstancias personales que les haga perder la idoneidad para seguir perteneciendo

a ella, siempre que tales eventos tengan la suficiente entidad para provocar un efecto de esa trascendencia”³.

Finalmente, en cuanto a las sociedades civiles (de indiscutible naturaleza personalista), el artículo 303 inciso 3 de la citada LGS estipula que su pacto social incluirá reglas relativas a los casos en que procede la exclusión del socio.

Hemos abordado rápidamente todos los supuestos en los que nuestra vigente legislación societaria bien permite la incorporación (vía el pacto social y/o el estatuto social) de cláusulas donde se señalen las causales de exclusión de socios o bien contempla algún supuesto específico para tal efecto. Sin embargo, guarda silencio sobre el tema cuando se pronuncia sobre la sociedad anónima (en general) y la sociedad anónima abierta (en particular). Es menester precisar que existe un único supuesto en el que tácitamente se permite la exclusión del socio en la sociedad anónima, empero subrayamos que es una solución residual; esto lo hallamos en el artículo 80 de la LGS al prescribir:

“(…) cuando el accionista se encuentre en mora la sociedad puede (...) demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación en el proceso ejecutivo o proceder a la enajenación de las acciones del socio moroso (...)”, —añadiendo que— “cuando la venta no pudiera efectuarse parcial o totalmente por falta de comprador, las acciones no vendidas son anuladas, con la consiguiente reducción de capital [social] (...)”.

Entonces nos preguntamos: ¿por qué esta regulación legal?, ¿acaso es producto de la casualidad que la legislación societaria consagre disposiciones sobre la exclusión de socios sólo cuando se refiere a las sociedades de personas o sociedades intermedias?, ¿por qué no encontramos normas referidas a la sociedad anónima que permitan la exclusión de socios por concepto legal o convencional?, ¿qué significa el silencio del legislador? y ¿podremos ser tan literales y legalistas como para afirmar que la exclusión de socios en la sociedad anónima es factible, ya que lo que no está prohibido está permitido?

No es este el lugar ni el momento para desentrañar la naturaleza del derecho y navegar en las diversas teorías que justifican su existencia. Sin embargo, debemos recordar que el derecho no es sólo la legislación y que el operador jurídico no es aquel que se constriñe exclusivamente al conocimiento del texto legal; ese criterio positivista y exegético felizmente ya ha sido superado. Hoy en día se concibe que el derecho se sustenta en diferentes fuentes, como son, claro está, la legislación, pero

3 BONARDEU LENZANO, RAFAEL Y CABANAS TREJO, RICARDO, *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1998, pág. 33.

también la doctrina, la jurisprudencia e, inclusive, la costumbre (esta última tan importante en cuestiones mercantiles). Cada institución o figura jurídica adquiere vida propia y es nuestra labor constante comprender el porqué de su existencia; actualmente, este proceso se torna dinámico, complejo y multidisciplinario en el derecho societario porque entran a tallar, además de las cuestiones jurídicas, motivaciones económicas. Así colegimos, entonces, que la exclusión de socios no se condice con la propia naturaleza de la sociedad anónima y, por lo demás, hacia ahí apunta nuestra legislación societaria, aun cuando no lo exprese palabra tras palabra. Finalmente, es imperativo reconocer que aquel artículo 22 de la LGS conduce a pensar que, ante la morosidad del socio, la sociedad siempre cuenta con dos alternativas: exigirle el pago o excluirlo, más aun cuando se ubica dentro de las *reglas aplicables a todas las sociedades*, pero precisamente ahí reside el error, ya que esta disposición no resultaría extensible a las sociedades anónimas, según lo explicado.

Aun nos resta un tópico importante que es el vinculado al interés social y el cual forma parte de la teoría de los grupos de interés. Podría argumentarse que sería entendible regular la exclusión del socio en la sociedad anónima cuando éste atente contra el mencionado interés social; más aún, se tornaría en una exigencia propia de las circunstancias. Ante ello debemos responder que la prevalencia del interés social es indiscutible⁴ dentro de la sociedad, empero dicha circunstancia no se garantiza posibilitando la exclusión del socio sino permitiendo que la sociedad ejercite las correspondientes acciones legales, situación ampliamente prevista en nuestra LGS. Lo contrario redundaría en trabas al comercio (que se supone ágil y fluido), salvaguarda unos intereses en perjuicio de otros (lo que es un mero traslado del problema) y, por consiguiente, “la medicina terminará siendo peor que la enfermedad”.

2.2. El control indirecto de acciones

Nuestra LGS contiene, en su artículo 105, un precepto innovador, cuyo texto es el siguiente:

“Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum (...)”.

4 Sin embargo, no es absoluta porque admite, quizá como única excepción, la superioridad del interés grupal cuando la sociedad es parte integrante de un grupo empresarial.

Este artículo recibe el título de “control indirecto de acciones”.

Debemos precisar ante todo que la mencionada denominación deviene en equivocada, puesto que, atendiendo a una interpretación literal del articulado, no estamos ante la dominación indirecta (que se da cuando, por ejemplo, a partir de diciembre del 2002 la cervecera colombiana Bavaria compra un porcentaje significativo del accionariado de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, la cual en marzo del 2000 había adquirido la Compañía Cervecera del Sur, por lo que ahora Bavaria domina directamente a Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, ésta domina directamente a la Compañía Cervecera del Sur y, por consiguiente, la colombiana domina indirectamente a esta última empresa) sino ante dos relaciones de dominación directa (la sociedad A domina a la sociedad B y la sociedad B domina a la sociedad A), cuya nota característica es la configuración de un grupo participacional circular. Esta situación parece haber sido advertida durante los debates de la comisión revisora de la LGS, ya que en la sesión del 26 de marzo de 1997 (y a propósito del anteproyecto publicado a inicios de aquel mes, cuyo artículo 105 es idéntico al actual⁵) se acordó:

“revisar la redacción del artículo 105, *a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones*”⁶ [bastardilla fuera de texto].

Sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes proyectos⁷ y, finalmente, en la propia ley.

Empero, esta discusión, aunque no es bizantina, tiene un valor meramente académico porque la misma norma societaria ha señalado, en su primera disposición final, que los títulos son solamente indicativos y *no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal*. No obstante, la discusión es otra: nos preguntamos si la proscripción del derecho de voto y el no cómputo para el quórum son los mecanismos adecuados para proteger a los inversionistas minoritarios de un grupo de empresas; por nuestra parte, consideramos que las soluciones viables son

5 Cfr. Perú, *Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por la comisión redactora (artículo 105)*, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de marzo de 1997.

6 “Acta de la sesión de la comisión revisora de la Ley General de Sociedades, de fecha 26 de marzo de 1997”, en: *Congreso de la República. Memoria Ley General de Sociedades 1997*, Lima (Perú), Congreso de la República, junio de 1998, pág. 47 *in fine*.

7 Cfr. “Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la comisión revisora (artículo 105)”, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 10 de mayo de 1997; “Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la comisión revisora (artículo 105)”, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 3 de octubre de 1997; y “Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la comisión revisora (artículo 105)”, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 28 de octubre de 1997.

otras: el ejercicio del derecho de separación y la percepción de un dividendo garantizado, ambos de aplicación alternativa.

El derecho de separación podrá ser ejercido por todo inversionista que no desee continuar como titular minoritario de una empresa integrante de grupo; por tanto, la relación aquí entablada es entre el socio minoritario y la sociedad en la cual detenta tal calidad, sin importar que dicha sociedad sea dominante o dominada. Es en razón de esta última consideración que rige plenamente el dispositivo societario sobre el particular, es decir, el artículo 200 de la LGS, más aun cuando al enumerar los supuestos en que cabe el ejercicio de tal derecho, termina diciendo en su inciso 4:

“[y] en los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto”⁸ [bastardilla fuera de texto].

Quienes teniendo la posibilidad de ejercer el derecho de separación no deseen hacerlo podrán exigir la percepción de un dividendo garantizado, el cual se cumpliría en los términos que la LGS contempla el llamado *dividendo obligatorio* en su artículo 231 y el mismo que se calcularía sobre los resultados económicos de la empresa donde el solicitante detenta la calidad de inversionista minoritario. Por consiguiente, deberán distribuirse dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuable de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan socios que representen cuando menos el 20% del total de títulos suscritos con derecho a voto, entendiéndose que la solicitud se refiere al ejercicio económico inmediato anterior.

Hay que precisar que, en las empresas integrantes de un grupo circular, el capital social se vuelve algo ficticio puesto que éste circula dentro de un camino iterativo de nunca acabar, lo que convierte a esta modalidad participacional en la más peligrosa; al respecto, recordemos que la figura jurídica del capital social cumple primordial y casi exclusivamente una función de garantía, por lo que cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el derecho tiende a proteger. Asimismo, la estructura circular de un grupo de empresas impide diferenciar al sujeto dominante de las empresas dominadas, ya que todos aquellos que conforman el grupo tienen la doble condición de dominantes y dominados; esto imposibilita, entre otras cuestiones,

8 Sin embargo, HERNANDO MONTOYA ALBERTI ofrece una lectura distinta de este dispositivo; al efecto, señala: “Dichos supuestos [del derecho de separación] están contemplados en la ley [léase: LGS, según se infiere del texto completo] y sólo por éstos procede separarse de la sociedad. (...). Sin embargo, la LGS ha introducido un elemento adicional, propio de la libertad de contratación y es que ahora es posible pactar otras causales de separación que no estén contempladas en la ley, sino que basta haberlas incluido en el estatuto y aplicarlas”. MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, “Efectos del derecho de separación”, en: *Diario Gestión*, Lima (Perú), 8 de julio de 1999, pág. 11.

determinar el interés grupal, prerrogativa atribuida exclusivamente al sujeto dominante. Atendiendo a estas razones, varias legislaciones extranjeras han prohibido la existencia del grupo de empresas circular, tales como la Ley de Sociedades por Acciones de Brasil (artículo 244), la Ley de Sociedades Comerciales de Francia (artículos 358 a 359-1)⁹, la Ley de Sociedades Anónimas de Chile (artículo 121)¹⁰, la Ley de Sociedades Anónimas de España (artículo 74 inciso 1)¹¹ y la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina (artículo 32)¹², entre otras normas jurídicas.

2.3. La calificación social

La terminología jurídica (como todo lenguaje especializado) resulta a veces intrincado o, cuando menos, confuso y ello conlleva a que se degenere su utilización, siendo usual que se consideren como sinónimas aquellas expresiones que no lo son realmente. Lo acotado encuentra cierta justificación (entendámosla como causa eximente) cuando el usuario de aquel incorrecto vocabulario legal es un lego en derecho o, más aún, alguien ajeno al mundo jurídico. El problema que reviste ciertamente gravedad y trascendencia se da cuando dicho usuario es abogado, magistrado, legislador o cualquier otro operador jurídico; aquí no cabe alegar ninguna causa eximente y, lamentablemente, los ejemplos que podemos hallar con regularidad son más de los que debiéramos tolerar, siendo uno de los casos más ilustrativos los conceptos *empresa* y *sociedad*, por lo que analizaremos su aparente similitud y su real diferencia.

La doctrina, la legislación, la jurisprudencia y la casuística preponderantes del derecho comparado utilizan ambas expresiones como equivalentes. Así, se sostiene que los grupos de *sociedades* pueden constituirse por diferentes tipos de *empresas*; o que, en circunstancias excepcionales, cabe el levantamiento del velo *societario* de una *empresa*; o que el consorcio y la asociación en participación son contratos de colaboración *empresarial*, estructurados básicamente para las *sociedades*; o que el fraude *societario* es un delito *empresarial*; o que la *empresa holding* es la *sociedad* tenedora de acciones; o se regula a la *empresa* controlante y la *empresa*

9 “Artículo 358. Una sociedad por acciones no puede poseer acciones de otra sociedad si ésta detenta una fracción de su capital superior al diez por ciento”.

10 “Artículo 121. Las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa”.

11 “Artículo 74. Adquisición originaria de acciones propias. 1. En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante”.

12 “Artículo 32. Participaciones recíprocas: nulidad. Es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas, (...)”.

subsidiaria en la legislación *societaria*. Estos y muchos otros ejemplos encontramos en diversos sistemas jurídicos, no siendo privativos de ninguno de ellos en particular. Nos preguntamos, entonces, si aquel uso tan generalizado es correcto o si, por el contrario, constituye un error extendido indiscriminadamente.

Ante tal pregunta debemos responder sin vacilaciones que, en los ejemplos citados, somos testigos de una incorrecta terminología jurídica. Y, para asentar nuestro criterio, diremos en tono simplista que la empresa es el género y la sociedad es la especie. Esta premisa es tan sencilla como verídica. En efecto, la empresa (entendida como la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios) puede estructurarse adoptando un modelo individual o un modelo colectivo y en cada caso variarán las modalidades empresariales dependiendo de la legislación en que se enmarque. Así, por ejemplo, en el Perú, una empresa puede organizarse individualmente como empresa unipersonal, empresa individual de responsabilidad limitada e, inclusive, como fundación; y, colectivamente, podrá adoptar la forma legal de asociación, comité, cooperativa y la vasta tipología societaria (en sus diversas variantes, tales como: anónima ordinaria, anónima cerrada, anónima abierta, colectiva, en comandita por acciones, civil de responsabilidad limitada, etc.).

Hasta aquí colegimos fácilmente en la siguiente conclusión: toda sociedad es empresa, pero no toda empresa es sociedad. Y esto lo graficamos concordándolo con la anterior explicación: la sociedad anónima abierta será, a la vez, una sociedad y una empresa; pero la cooperativa será empresa, mas no sociedad. Apréciase que no se trata de un mero juego de palabras, sino de un auténtico problema conceptual sobre dos instituciones jurídicas ciertamente vinculadas (porque, repetimos, toda sociedad es empresa), pero diferenciadas en su acepción y naturaleza (puesto que la empresa es el género y la sociedad es la especie). La discusión no es superflua y su real importancia la observamos en los efectos que acarrearán en el plano estrictamente del derecho. Veamos, a modo de ejemplo, sólo dos casos concretos que nos ofrece la propia LGS.

Nuestra normatividad societaria contempla en su último libro quinto al consorcio y a la asociación en participación bajo el título de “Contratos asociativos”, los cuales, como sabemos y según nos demuestra la práctica mercantil, pueden ser utilizados por todo tipo de personas jurídicas (y no solamente por las sociedades) e, incluso, por personas naturales; son, en realidad, contratos empresariales que escapan al ámbito societario. Ha pretendido justificarse esta situación manifestándose que transitoriamente se les reguló ahí hasta que sean trasladados al Código Civil o a la Ley Marco del Empresariado, pero parece poco convincente seguir alegando una supuesta transitoriedad cuando la LGS ya está en su octavo año de vigencia.

Por otro lado, enfoquemos la común diferenciación entre las llamadas sociedades de personas y sociedades de capitales, aunque esa distinción hoy en día esté relativizada; modelos típicos de ambas son la sociedad civil (como un estudio de abogados) y la sociedad anónima (como una empresa cervecera), respectivamente. Las primeras tienen representado su capital social mediante participaciones, mientras que las segundas lo tienen representado mediante acciones; sólo estas últimas son títulos valores y, por ende, de fácil transmisibilidad y negociabilidad. Es lógico, entonces, hablar de junta general de accionistas cuando la sociedad cuenta con acciones y los titulares de éstas son accionistas, mas no cuando la sociedad tiene participaciones y sus titulares son participacionistas; aquí estaremos ante una junta general de participacionistas. Ambos supuestos podremos englobarlos en el nombre genérico de junta general de socios. No obstante, la LGS utiliza erróneamente esta última denominación en vez de junta general de participacionistas tratándose de sociedades de personas; ello lo apreciamos, por ejemplo, en su artículo 301.

2.4.La abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada

Nuestra anterior LGS consignaba en su artículo 273 como abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada: “SR Ltda.”, pero en vista que el estribillo *tda* no era de uso generalizado, el legislador creyó conveniente consagrar en el nuevo ordenamiento societario (recogiendo la vigente práctica comercial) la abreviatura “SRL”. Empero, quedó flotando una lógica pregunta: si se trata de una sociedad *comercial* de responsabilidad limitada, ¿por qué no abreviarla como “SCRL”?

RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS pretende absolver aquella interrogante, manifestando lo siguiente:

“La respuesta es que la “C” se utiliza para la sociedad civil, tal como se hallaba previsto en los artículos 330 y 332 de la antigua ley y [en el] artículo 296 de la ley vigente 26887”¹³.

Sin embargo, nos permitimos discrepar de tal argumento. Veamos. El artículo 330 de la anterior LGS estipula, para la sociedad civil, la abreviatura “S. Civ.”; por su parte, el artículo 332 de dicho texto legislativo consagra, para la sociedad civil de responsabilidad limitada, la abreviatura “S. Civ. RL”; y, finalmente, el artículo 296 de

13 BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, “¿Por qué debiéramos elegir la sociedad anónima cerrada con preferencia a la sociedad comercial de responsabilidad limitada?”, en: *Estudios sobre la nueva Ley General de Sociedades*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima (Perú), abril de 1998, suplemento especial, pág. 30.

nuestra vigente *lex societatis* expresa, para la sociedad civil, la abreviatura “S. Civil” y, para la sociedad civil de responsabilidad limitada, la abreviatura “S. Civil de RL”. Como puede apreciarse, en ninguno de los cuatro supuestos se emplea la abreviatura “SCRL”, por lo que no generaría confusión su utilización legislativa. Por ende, si deseamos ser coherentes, debería considerarse como abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada a las siglas: “SCRL”.

2.5.La disolución de la sociedad por falta de pluralidad de socios

El primer párrafo del artículo 4 de la LGS prescribe que “la sociedad se constituye cuando menos por dos socios”, lo que significa la regla general porque existen varias excepciones, que mencionaremos más adelante. La misma norma antes citada sostiene al finalizar su primer párrafo que,

“si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo”.

Por su parte, el artículo 407 inciso 6 de la LGS contempla como una de las causales de disolución de la sociedad la

“falta de pluralidad de socios si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida”.

Y, siguiendo la temática de nuestra legislación societaria, diremos que de disolverse la sociedad vendrá posteriormente su liquidación y, finalmente, su extinción.

El artículo 423 de la LGS pretende legislar a la sociedad irregular, pero termina pronunciándose respecto tanto a la sociedad de hecho (aquella que opera sin haberse constituido legalmente) como a la sociedad irregular propiamente dicha (aquella que, habiéndose constituido legalmente, sigue operando después de haber sufrido algún incidente en el camino que le hace perder la condición de regular). Y, precisamente, una de las causales de irregularidad, prevista en su inciso 6, se presenta

“cuando continúa en actividad, no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto”.

El paso siguiente a la irregularidad, parafraseando el artículo 426 de la LGS, es, alternativamente, la regularización o la disolución de la sociedad, lo que es solicitado por los socios, los acreedores de los socios, los acreedores de la sociedad o los administradores.

Hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares: primera, la sociedad requiere, por regla general, de dos socios como mínimo; segunda, si se pierde la pluralidad antedicha, existe un plazo de seis meses para recomponerla (búsqueda de un nuevo socio); tercera, vencido el plazo y no recompuesta aquella pluralidad, entonces la sociedad incurre en causal de disolución y, por ende, debe disolverse, liquidarse y extinguirse; cuarta, si la sociedad sigue operando se convierte en irregular; y, quinta, ante la condición de irregular caben dos posibilidades: regularizarla (es decir, hacerla pasar de irregular a regular recomponiendo la pluralidad de socios) o disolverla (lo cual conlleva a su posterior liquidación y extinción). Llegamos así a la cuestión controvertida. Nuestra legislación societaria refiere contradictoriamente, por un lado, que el efecto de la pérdida de la pluralidad de socios y su no recomposición en el plazo legal es la disolución de pleno derecho (artículo 4 primer párrafo in fine de la LGS) y, por otro lado, que ante la misma situación el efecto es la disolución (artículo 407 inciso 6 de la LGS).

La disolución de pleno derecho es, como su nombre lo indica, absoluta y no admite ninguna excepción, de forma tal que ante ella la sociedad debe disolverse sí o sí. Por el contrario, la disolución (*lata* y sin ningún agregado) es relativa porque permite que se ingrese en el terreno de la sociedad irregular que admite tanto la disolución como la regularización. En consecuencia, el asunto controvertido es si una sociedad que ha perdido la pluralidad de socios, no la ha recompuesto en los seis meses siguientes y sigue operando puede regularizarse incorporando un nuevo socio o sólo le queda el camino de la disolución. Así, tenemos que, dentro del mismo cuerpo legal, subsisten dos disposiciones: una que prescribe la disolución de pleno derecho y, otra, que hace lo propio con la simple disolución. Contamos, asimismo, con dos herramientas de hermenéutica jurídica, cuales son la interpretación literal y la interpretación sistemática, las que ofrecen argumentos a favor de una y otra posición.

De acuerdo a la interpretación literal apreciamos que la expresión *disolución de pleno derecho* no admite contravención y, por consiguiente, tampoco que, vía acuerdo entre los socios, se regularice una situación que está “herida de muerte” por mandato legal; en tal orden de ideas, la posterior alusión a la simple disolución debiera entenderse en aquel sentido: como una disolución de pleno derecho. Por el contrario y según la interpretación sistemática diremos que ambas normas se ubican dentro de la LGS, pero la segunda (aquella que propugna la simple disolución) es la específica porque se refiere precisamente a la disolución de la sociedad, mientras

que la otra (aquella que alega la disolución de pleno derecho) se encuentra dentro del contexto de las “reglas generales” aplicables a todas las sociedades.

Entre ambas tesis, esta última parece ser la menos convincente, lamentablemente. En efecto, poco puede alegarse ante una expresión tan lacónica como “disolución de pleno derecho”. Por ello, creemos que no queda otro camino que la disolución, siendo inviable, en las circunstancias expuestas anteriormente, la regularización de la sociedad con la incorporación de un nuevo socio después de haber vencido el plazo legal. Claro está que nada impide para que, durante la etapa de liquidación, la sociedad se transforme, fusione o escinda, en aplicación de las estipulaciones contenidas en los artículos 342, 364 y 388 de la LGS, respectivamente. Entonces, en una situación práctica, la sociedad que perdió la pluralidad de socios y que pretende recomponerla después de haber transcurrido más de seis meses, sólo podría hacerlo si es que se disuelve y liquida, de forma tal que durante la liquidación, por ejemplo, adopta otra forma societaria.

Lo expuesto, que constituye nuestra respuesta legal ante la problemática planteada y que se enmarca dentro de la legislación vigente, no significa que compartamos tal criterio normativo; muy por el contrario, dejamos asentada nuestra discrepancia. Y es que el legislador debe comprender que el derecho mercantil es una disciplina jurídica especialmente permeable porque regula las cuestiones comerciales que se nutren, más que otras, de la propia realidad; en tal sentido, la autonomía de la voluntad cobra singular importancia. Como manifestaba nuestro maestro ENRIQUE NORMAND SPARKS en una frase que usualmente recordamos,

“el derecho mercantil no es un derecho de sanciones, sino un derecho de consecuencias”.

Siendo ello así, como firmemente lo creemos, el legislador debió prever que la falta de recomposición de la pluralidad de socios en el plazo legal conlleva a la disolución y que, de continuarse en actividad, implica la irregularidad que subsume dos posibles alternativas: la regularización o la disolución. Nada más; entonces, simple disolución y no disolución de pleno derecho.

Como se aprecia, en este contexto propuesto se generan consecuencias: si la sociedad no recompuso su pluralidad de socios en el plazo de seis meses será irregular y, si es irregular, surge la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, los representantes y, en general, de quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de dicha sociedad irregular, a la luz del artículo 424 de la LGS. Por el contrario, en el actual contexto se genera, no consecuencias, sino una sanción, por lo demás ilógica y desproporcionada: si la sociedad no recompuso su pluralidad de socios en el plazo de seis meses se disuelve de pleno derecho. Abogamos, entonces, atendiendo a las consideraciones precedentes, por una pronta

modificación legislativa del artículo 4 de la LGS para que se suprima aquella alusión a la disolución de pleno derecho y quede tan sólo como una simple disolución.

3. LO INCONCLUSO

Ahora pasemos a los temas en los que consideramos existe una labor inconclusa en la LGS, siguiendo para ello también el propio orden del texto societario. Ellos son los siguientes, a saber: los convenios parasocietarios, la legitimidad en la adopción de la denominación o razón social, el fondo empresarial, la titularidad de derechos respecto a la sucursal y la regulación legal de los contratos asociativos.

3.1. Los convenios parasocietarios

Los convenios o acuerdos parasocietarios son aquellos celebrados entre socios o entre éstos y terceros respecto a asuntos que, en cierta medida, conciernen a la sociedad¹⁴. El ejemplo típico lo encontramos en la sindicación de acciones que es el acuerdo tendiente a lograr la concertación de las voluntades de los accionistas para votar o bloquear en similar sentido, distinguiéndose así entre los sindicatos de voto y los sindicatos de bloqueo, respectivamente; consideramos plausible la existencia de los primeros porque materializan el aforismo “la unión hace la fuerza” al permitir la vinculación entre inversionistas minoritarios, mientras que discrepamos de los segundos ya que denotan una actitud meramente obstruccionista e insensata que, sin más y *per se*, dificultan la marcha societaria.

Inferimos que el convenio parasocietario de sindicación de voto influye en la junta general de socios porque éstos asistirán con una voluntad preconcebida, gracias al acuerdo celebrado con anterioridad a dicha junta general. Nos preguntamos si aquí se desnaturaliza su esencia jurídica, si la junta general de accionistas se torna simplemente en algo formal y ficticio, si la voluntad de los socios es suplida por un acuerdo que la trasciende y si la sociedad debe conocerlos, reconocerlos o desconocerlos. Pues bien, nuestras respuestas ante tales interrogantes apuntan en dos sentidos: por un lado, sostenemos que dicho convenio parasocietario de sindicación de voto no afecta la voluntad de los socios ya que son ellos quienes lo celebran, libre y voluntariamente, precisamente en el ejercicio de su autonomía privada y, por otro lado, la sociedad que conoce aquel acuerdo debe acatarlo, siéndole

14 Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER, “Contratos parasocietarios”, en: *Diario Gestión*, Lima (Perú), 9 de septiembre de 1999, pág. 14.

perfectamente exigible; podemos afirmar que éste es el criterio seguido por nuestra LGS en su artículo 8.

La normatividad societaria peruana ha dado un paso adelante al contemplar a los convenios parasocietarios dentro de su texto legal; sin embargo, se trata de un dispositivo meramente genérico que no se pronuncia sobre las diversas manifestaciones de esta categoría contractual que comprende respecto a la sindicación de acciones, entre otros, el sindicato de voto (que pretende gobernar la sociedad o ejercer influencia sobre dicho gobierno), el sindicato financiero (en el que se tiende a la especulación con valores mobiliarios), el sindicato de colocación (que implica la suscripción de los valores mobiliarios para lanzarlos al mercado), el sindicato de garantía (el mismo que procura la colocación de valores mobiliarios a cambio de una comisión), el sindicato de resistencia (donde se limita la transferencia de las acciones a terceros) y el sindicato de administración (en el cual los directores y/o los gerentes se vinculan estrechamente a un grupo de socios, velando por los intereses de éstos y no de la sociedad).

3.2. La legitimidad en la adopción de la denominación o razón social

El artículo 9 de la LGS contiene una prohibición general en los siguientes términos:

“No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello”.

De lo anterior se deduce que la prohibición no es absoluta, sino relativa, en tanto existe una vía de escape: los casos en que se demuestre la legitimidad para contrariar la prohibición. Pero ¿cuáles son esos casos? Nuestra legislación societaria no se pronuncia sobre el particular, sólo se limita a expresar aquella circunstancia y seguidamente guarda silencio; he aquí lo inconcluso. Encontramos, cuando menos, dos supuestos fácilmente apreciables de legitimidad, atendiendo a lo anteriormente explicado: por un lado, los grupos de empresas y, por otro lado, la homonimia.

En los grupos de empresas se afirma que existe autonomía jurídica, pero no autonomía empresarial puesto que, precisamente, hay una estructura corporativa grupal que se rige por la aplicación del interés grupal; en ese sentido, sería perfectamente dable que las subsidiarias que un grupo empresarial compartan una misma palabra en su denominación social que las identifique como empresas vinculadas, tal como acontece con el Grupo COSAPI en el cual pueden apreciarse,

entre otras, las siguientes subsidiarias: COSAPI Data (soluciones en sistemas de información), COSAPI Soft (desarrollo de sistemas de información) y COSAPI Chile (construcción), además de la *holding* COSAPI Organización Empresarial¹⁵ e igual sucede con el Grupo Telefónica donde se aprecian a empresas como Telefónica Cable (televisión por cable), Telefónica Comunicaciones Personales (comunicación celular), Telefónica Consultora de Proyectos (valor añadido y teleasistencia), Telefónica Consultora y Servicios (*outsourcing* administrativo y de redes) y Telefónica Finance Limited (financiera)¹⁶. En estos y otros casos, de acuerdo a la norma general anteriormente citada, no sería posible la coexistencia registral de dichas denominaciones sociales, pero se les exceptúa porque la legitimidad radica en la titularidad común dentro del grupo empresarial.

Respecto a la homonimia pensemos en el caso de dos personas homónimas que identifican a sus sociedades civiles con sus respectivos nombres, pudiendo generar la coexistencia de razones sociales iguales, lo que está proscrito a nivel registral, pero sí está permitido en sede industrial, a tenor del artículo 158 de la Ley de Propiedad Industrial que regula tácitamente el contrato de coexistencia marcaria. Creemos que la homonimia sí legitimaría para frenar la prohibición contenida en el artículo 9 de la LGS, siempre que se haya observado el procedimiento legal para la homonimia, previsto en la Ley 27411, y ello no cause, claro está, confusión en el mercado a los consumidores y usuarios.

3.3. El fondo empresarial

La reorganización societaria alude a los mecanismos con los que se modifica la estructura actual de una sociedad para adaptarla a nuevas circunstancias y hacerla más competente y viable en el mercado. Existen, fundamentalmente, tres modalidades legisladas en cuanto a dicha reorganización societaria, cuales son la transformación, la fusión y la escisión. Esta última comprende, a su vez, dos variantes: la escisión por división cuando se divide todo el patrimonio en dos o más bloques patrimoniales y la escisión por segregación cuando se segregan uno o más bloques patrimoniales, los cuales se transfieren en ambos casos a nuevas sociedades o son absorbidos por sociedades ya existentes, según el artículo 367 de la LGS. Lo que se escinde, en uno u otro supuesto, son bloques patrimoniales, figura que ha sido definida en el artículo 369 de la mencionada legislación societaria como un activo o un conjunto de activos, el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos o un fondo empresarial. Por

15 Cfr. "COSAPI", en: <http://www.cosapi.com.pe>

16 Cfr. "Telefónica", en: <http://www.telefonica.es/quienes/05/index.html>

consiguiente, exponiéndolo de modo más didáctico, encontramos hasta siete alternativas respecto a la conformación del bloque patrimonial que se escinde: primera, un activo; segunda, un conjunto de activos; tercera, el conjunto de un activo y un pasivo; cuarta, el conjunto de un activo y varios pasivos; quinta, el conjunto de varios activos y un pasivo; sexta, el conjunto de varios activos y varios pasivos; y, séptima, un fondo empresarial. Hasta aquí todo es loable porque la legislación societaria ha acogido dentro de su texto normativo a la escisión, una moderna institución que se inscribe dentro del fenómeno de la concentración empresarial; el problema es que no explica qué se entiende por el denominado fondo empresarial, al que solamente lo menciona.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano no existe pronunciamiento alguno acerca del fondo empresarial, a pesar que lo tenemos expresado en la LGS desde finales del año 1997, siendo acaso la única referencia el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado que es tan sólo una propuesta que sigue aguardando sanción legislativa. En su última versión que data de octubre del 2003 se le define en su artículo 15 en los siguientes términos:

“El fondo empresarial es el patrimonio conformado por activos consistentes en bienes tangibles e intangibles, destinados por el empresario titular del mismo al desarrollo de una actividad empresarial, el que una vez registrado constituye y tiene la naturaleza de patrimonio autónomo destinado en exclusividad a la actividad empresarial que señala su titular, otorgando a éste el beneficio de excusión respecto del resto de su patrimonio”.

Atendiendo a la definición antes transcrita, el fondo empresarial vendría a ser el conjunto de activos organizados por el empresario, puestos en movimiento y registrados según las disposiciones de tal proyecto legislativo; en buena cuenta, se aproxima a la noción contemporánea de empresa. Considérese que la empresa atraviesa en su evolución por cuatro etapas claramente marcadas: la creación, la diferenciación, la unificación y la congregación, consiguiéndose la mayor importancia en la tercera fase, esto es, la unificación porque es ahí cuando se vislumbra que la empresa es la reunión dinámica de diversos elementos, no sólo materiales (como la maquinaria, la materia prima y la infraestructura), sino también intangibles (tal es el caso de la marca, el secreto industrial y el nombre comercial) y que necesitan ser organizados precisamente por el empresario.

El fondo empresarial, también llamado fondo de comercio o hacienda, resulta atractivo porque constituye un vehículo de financiamiento empresarial, desde que,

“pueden constituirse derechos reales, así como celebrarse toda clase de actos y contratos sobre un fondo empresarial, sea a título oneroso o gratuito” (postulado recogido en el artículo 23 del anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado).

Precisamente por sus ventajas ya ha sido materia de regulación legal, sólo por citar uno de los casos más antiguos, en Argentina mediante la Ley de transmisión de establecimientos comerciales e industriales, aprobada por la Ley 11867 de fecha 9 de agosto de 1934, aún vigente, donde precursoramente se señala en su artículo 1:

“Declárese elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, las existencias en mercaderías, el nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales (...) y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial (...)”.

Urge, entonces, regular este tema para darle contenido al artículo 369 inciso 3 de la LGS. Sólo como nota informativa es de mencionar que, después de leer el texto propuesto del anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, llama particularmente nuestra atención su artículo 19 donde se estipula que,

“la inscripción confiere al titular del fondo empresarial beneficio de excusión sobre el resto de su patrimonio frente a las pretensiones de sus acreedores derivadas de la actividad empresarial a que está afecto el fondo”, —precisándose que—, “en virtud del beneficio que antecede, los acreedores sólo podrán afectar el patrimonio personal del titular cuando los bienes que integran el fondo resultaran insuficientes”,

contemplándose así tácitamente la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica o también denominada doctrina del levantamiento del velo societario, mecanismo residual y excepcional que importa desconocer la personalidad jurídica autónoma e independiente de la sociedad para llegar hasta sus titulares y que, por sus propios efectos, merece una regulación más específica y concreta, como lo venimos abogando hace algún tiempo.

3.4. La titularidad de derechos respecto a la sucursal

En el actual contexto mundial es apreciable que la organización corporativa tiende a la concentración de empresas y la vinculación económica entre ellas, a efectos de responder con solvencia a las necesidades del mercado, donde la demanda acrecienta gracias a la globalización que debilita las fronteras entre los países. Así, es común encontrar empresas que extienden sus tentáculos por diferentes zonas geográficas, estableciendo mecanismos de control y valiéndose de instrumentos empresariales, como lo son la subsidiaria y la sucursal, usualmente tratadas como sinónimas, cuando su naturaleza jurídica revela que son distintas.

Respecto a la subsidiaria, el *Diccionario jurídico* ESPASA estipula:

“La constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participaciones se distribuye a otra sociedad (madre). Forma típica de formación de grupo de empresas, en que manteniéndose la independencia jurídica se produce una unidad de dirección económica (...). En sentido amplio, puede considerarse sociedad filial no sólo la que se constituye por la sociedad madre, sino incluso aquella ya en funcionamiento en la que otra sociedad acaba teniendo participación significativa”.

Efectivamente, la empresa subsidiaria (también llamada hija, filial, secundaria, incorporada, dominada o controlada) se caracteriza por su independencia jurídica y su dependencia económica o empresarial; lo primero implica que tiene denominación, objeto, titular o titulares y plantel de trabajadores, así como la titularidad de los derechos y obligaciones que le correspondan, mientras que lo segundo importa la sujeción a una política empresarial dictada por quien ejerce su dominio o control corporativo. Cabe precisar que la subsidiaria siempre acarrea dos efectos: por un lado, la existencia de una empresa *holding* (tenedora de las acciones o participaciones de dicha subsidiaria) y, por otro lado, la conformación de un grupo de empresas (constituido, cuando menos, por la *holding* y la subsidiaria).

En cuanto a la sucursal, el *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía* la caracteriza como el

“establecimiento que, situado en distinto lugar que la central de la cual depende, desempeña las mismas funciones que ésta”, —añadiendo que—, “no tiene patrimonio ni personalidad propios y lleva el nombre de la empresa principal”.

Se aprecia, entonces, que la sucursal es una mera extensión de la empresa matriz, por lo cual carece de todo atributo que normalmente se le confiere a las personas jurídicas al no constituir un sujeto de derecho distinto del cual depende jurídica y económicamente. Nuestra LGS, a diferencia de su antecesora, ha brindado una definición legal de la sucursal, prescribiendo en su artículo 396 que es

“todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social”, —subrayando que aquélla—, “carece de personería jurídica independiente de su principal”,

por lo cual, atendiendo a su artículo 397, “la sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal”, siendo nulo todo pacto en contrario.

Lo anterior es acertado, pero incompleto porque si bien se pronuncia respecto a las obligaciones de la sucursal que son asumidas, como corresponde, por la matriz, no hace lo propio en cuanto a los derechos de la sucursal que deben ser ejercidos también por esta matriz. Felizmente contamos con una jurisprudencia que cubre este vacío legal, la misma que nos informa que una empresa (Diter S.A.) otorgó hipoteca en garantía de una deuda a favor de una sucursal (Sociedad Mercantil Inversionista S.A. - sucursal Callao) y, ante el incumplimiento, quien solicita la ejecución es la matriz (Sociedad Mercantil Inversionista S.A.), por lo cual la Corte Suprema resolvió que ello era factible porque

“no puede admitirse que la sucursal es una persona jurídica diferente de la sociedad principal” (Casación n° 1878-97)

y, con ello, hace extensiva no sólo la responsabilidad por obligaciones que recae en la empresa matriz, sino también la titularidad de derechos.

3.5. La regulación legal de los contratos asociativos

Los contratos asociativos son aquellos que permiten la integración empresarial para el mejor desarrollo de diversas actividades económicas. La asociación en participación es uno de los más conocidos en el derecho comparado y lo encontramos como “cuentas en participación” en España, “sociedad accidental” en Bolivia y “sociedad en participación” en Argentina. Igual acontece con el consorcio, presente desde el Código Civil italiano de 1942 y que también se le conoce como *entente* en Francia y la ampliamente difundida “unión transitoria de empresas” en Argentina.

Nuestra anterior LGS (ahora derogada) sólo contempló a la asociación en participación; por ello, causó impacto en el foro peruano cuando la nueva legislación societaria (actualmente vigente) acogió al consorcio y reguló a ambos dentro del libro quinto dedicado a los contratos asociativos. Inmediatamente surgió una duda: ¿se había legislado realmente el consorcio o, más bien, su texto correspondía al *joint venture*? HERNANDO MONTOYA ALBERTI comentó que se había optado por el nombre de consorcio, pero que sus características respondían al *joint venture*¹⁷; en semejante sentido, WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO explicaba que se trataría del *joint venture*, puesto que esa fue la intención del legislador y por lo cual hubiera

17 MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, “Los contratos de colaboración empresarial y la codificación del derecho mercantil”, en: *Revista peruana de derecho de la empresa*, n° 47, Editorial Asesorandina, Lima (Perú), noviembre de 1997, pág. 108.

sido preferible llamarlo por su denominación castellana: contrato de riesgo compartido¹⁸.

El debate pretendió salvarse a partir del anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, ya que en la versión publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 6 de mayo de 1999 se desarrollan tres contratos de colaboración empresarial, cuales son la asociación en participación, el consorcio y el riesgo compartido. En torno a la controversia suscitada, consideramos que, aun cuando la diferencia sea algo sutil, la LGS ha regulado efectivamente al consorcio y no al riesgo compartido; en este último, de alcance más limitado, se comparte solamente el riesgo. Y aquí yace lo inconcluso: falta regular esta tercera modalidad de los contratos asociativos, evitando darle el correspondiente tratamiento jurídico a una figura contractual de origen anglosajón, de creciente arraigo en Latinoamérica y con especial énfasis en el Perú donde la minería es la actividad económica que, por antonomasia, se erige en el marco adecuado para su celebración, además de otras actividades como la metalmecánica, el *marketing* y hasta el entretenimiento electrónico.

4. LO IMPREVISTO

Finalmente, hay cuestiones que no han sido previstas en la LGS, tales como las siguientes, a saber: la naturaleza jurídica de la sociedad, la sociedad de un solo socio y los grupos de sociedades. Dejamos constancia que hay otros tópicos pendientes que no abordamos por sobrepasar los límites del presente trabajo, tales como el capital social mínimo y la teoría del gobierno corporativo.

4.1. La naturaleza jurídica de la sociedad

Pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de una institución o figura del derecho ocasiona usualmente ingresar a un terreno controvertido donde diversas teorías procuran descubrir su esencia, compleja tarea cuando se trata de una ciencia social donde la argumentación cobra un *rol* protagónico, de manera tal que la mayoría de conceptos resultan debatibles. De ahí la antigua noción de jurisprudencia que pretendía “decir derecho con prudencia” bajo el entendido que un fallo establece una verdad jurídica (formal) que no siempre se condice con la verdad real (material) y que, por consiguiente, zanja un litigio, pero no concluye una discusión.

18 GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER, “El contrato de consorcio”, en: Estudios societarios & ley general de sociedades, Gaceta Jurídica Editores, Lima (Perú), junio de 1999, pág. 363.

En ese sentido, la sociedad, como típica y emblemática institución del derecho mercantil, no se encuentra ajena al ardoroso debate que se cierne sobre su naturaleza jurídica. Así tenemos las teorías del contrato (contractualista), del acto complejo, del acto en masa, de la persona jurídica y de la institución (institucionalista), entre otras. Y esta mixtura de criterios se dejó entrever en el seno de la comisión redactora del Anteproyecto de la LGS cuando se sometió a discusión el artículo 1 de su texto normativo, más aun cuando se criticaba que la anterior legislación societaria haya asumido (expresamente para algunos y tácitamente para otros) la posición de la teoría contractualista. Ante tal panorama se creyó conveniente abandonar el debate, reservarlo para la doctrina y simplemente guardar silencio a nivel legislativo, es decir, se optó por una “solución práctica”, a la que usualmente recurrimos en el mundo del derecho, pero la cual de ninguna manera cerró el debate. Aun cuando reconocemos que se trata de un tema polémico, no por ello evitaremos pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de la sociedad, opinión que por lo demás forma parte de la corriente doctrinaria hoy en día imperante en el derecho comparado. Se trata de una situación ciertamente *sui generis* que no puede encasillarse de modo exclusivo en ninguna de las teorías anteriormente mencionadas; en efecto, es un contrato que genera una persona jurídica.

Es un contrato porque, sin lugar a dudas, parte de un acuerdo de voluntades entre los contratantes (los futuros socios), quienes convienen en constituir la sociedad para desarrollar una actividad económica en común, a tenor del artículo 1351 del Código Civil concordado con el artículo 1 de la LGS. Pero no se trata de cualquier clase de contrato, sino de uno particularmente especial y menos difundido que las demás categorías: el contrato plurilateral con prestaciones autónomas. En éste, los contratantes no se encuentran uno frente al otro (lo que sí sucede en los contratos con prestaciones recíprocas como una compraventa), sino que, por el contrario, están del mismo lado mirando hacia un objetivo compartido: la constitución de la sociedad. Siendo esto así hallamos a varias partes que lo celebran, esto son los socios que puedan incorporarse inclusive durante la vida de la sociedad (de ahí que sea plurilateral) y no le resulta aplicable, por ejemplo, la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), normada en el artículo 1426 del Código Civil, ya que cada socio tiene que cumplir un *rol* independiente de los demás (de ahí que sea con prestaciones autónomas).

Sin embargo, no queda en un contrato, desde ya poco común, según comentamos, sino que además genera una persona jurídica y eso no sucede en otras ocasiones, ni siquiera con los contratos de consorcio y de asociación en participación que procuran la integración empresarial. La sociedad, por el contrario, surge como persona jurídica a partir del contrato y adquiere vida propia en tanto asume la condición de sujeto de derecho con la doble titularidad: activa (derechos) y pasiva (obligaciones). Así, aquello que empezó como un contrato es ahora una persona jurídica que cuenta,

por ejemplo, con una organización corporativa (junta de socios, directorio y gerencia) y una organización jurídica interna (pacto y estatuto sociales). Y esta persona jurídica puede celebrar contratos (por ejemplo: de *underwriting*), establecer alianzas estratégicas (dando origen a un grupo empresarial), expandirse en el mercado (constituyendo una *holding* con subsidiarias), asumir nuevas formas de organización corporativa (mediante fusiones o escisiones), acceder al mercado de valores (emitiendo bonos) y adoptar tantas otras acciones que no serían posibles si hubiese quedado en el contrato de sociedad.

4.2. La sociedad de un solo socio

Cuando una multinacional pretende incursionar en el mercado peruano constituyendo una subsidiaria en nuestro país bajo el esquema de la organización societaria encuentra un inicial inconveniente en la exigencia contenida en el artículo 4 de la LGS, según la cual se requiere cuando menos dos socios para la constitución de la sociedad. Y es que tratándose de una multinacional de tamaño considerable, sólida presencia en el mercado, reconocida reputación, suficiente patrimonio y que goza de un admirado *know how*, quizá poco pueda interesarle contar con un socio, mas aún si se trata de un inversionista local (si le interesase sería más conveniente la celebración de un contrato de *franchising*). En ese escenario, pareciese que sólo tiene dos alternativas, ninguna de las cuales satisface inicialmente a la multinacional: constituir una empresa individual de responsabilidad limitada (primera opción) o buscar un socio para constituir una sociedad (segunda opción).

Empero, rápidamente el inversionista extranjero se percató que nuestra legislación societaria, si bien exige pluralidad de socios, no establece los márgenes de participación de cada uno de ellos, por lo que aquella multinacional decide reservarse el 99.99% de participación en el capital social de la nueva sociedad, destinando el restante 0.01% a un tercero (generalmente, el abogado o el gerente general) que ni siquiera tendrá que desembolsar un centavo. Aquí se logró la formalidad legal y, por lo tanto, es una decisión legalmente incuestionable; de ahí que la verdad jurídica sea que esta sociedad tendrá dos socios, empero la verdad real es que sólo tiene un socio que es la multinacional.

La situación descrita que no es privativa de las multinacionales, sino que también se extiende a las sociedades originarias del Perú, puede parecer exagerada, pero en realidad resulta más común de lo que pudiese creerse. Y no estamos acaso refiriéndonos a los supuestos excepcionales que la propia normatividad jurídica franquea, tal como sucede, por ejemplo, con las subsidiarias de las empresas del sistema financiero, las sociedades agentes de bolsa y las empresas del Estado que,

de acuerdo a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (artículo 36 inciso 3), el texto único ordenado de la Ley del Mercado de Valores (artículo 201) y la Ley de la Actividad Empresarial del Estado (artículo 7) respectivamente, se constituyen como sociedades anónimas sin exigírseles la pluralidad de socios¹⁹. Así apreciamos que el socio controlador de Cuyuma, filial del Grupo Milpo, es Compañía Minera Milpo con el 99.91%; de Pesca Perú Huarmey, empresa miembro del Grupo Wiese Sudameris, es su también subsidiaria Del Mar con el 99.98%; de Transportes 77, integrante del Grupo Backus, es Unión de Cervecerías Backus y Johnston con el 99.99%; y de Farmacéutica del Pacífico, filial del Grupo Gloria, es su empresa de bandera Gloria con similar 99.99%.

Y el distribuir la participación en el capital social con márgenes extremos (pero que acontecen en la realidad, según lo que comentamos) de 99.99% y 0.01% no es la única manera de cumplir con la exigencia formal de la legislación societaria, puesto que también cabe recurrir a otra forma, algo más elaborada, pero que admirablemente se sustenta en los conceptos jurídicos. Nos referimos a la constitución de una empresa individual de responsabilidad limitada (persona jurídica) por una persona natural para que luego ésta con aquélla constituyan una sociedad, con lo cual tendremos que esta sociedad cuenta con dos socios: una persona natural y una persona jurídica (la empresa individual de responsabilidad limitada) cuyo único titular es dicha persona natural. Y es que el propio artículo 4 de la LGS prescribe que los socios pueden ser personas naturales o jurídicas, además que el artículo 78 del Código Civil estipula que “la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros (...)”.

En atención a lo expuesto, consideramos que hoy en día sí es posible en el Perú la constitución de sociedades con un solo socio, amparándose en los artilugios legales anteriormente comentados y, obviamente, no previstos por el legislador. Cabe entonces preguntarse si es pertinente la existencia de sociedades que cuenten con un solo titular, inquietud que adquiere mayor relevancia desde que varias legislaciones extranjeras admiten expresamente a la denominada *sociedad unipersonal*, es decir, la sociedad con un solo socio que, estructurada sobre el esquema de organización individual, asume la regulación societaria. Son ejemplos de lo anterior la sociedad de fundación unipersonal, de Alemania; la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, de Italia; la empresa unipersonal, de Colombia; y la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, de Francia, España, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo. Somos de la opinión que el postulado esencial del

19 Por lo demás, son estos los casos que, atendiendo al artículo 363 de la LGS, podrán generar una fusión simple si es que la matriz decide fusionarse con su filial, cuyo único titular es dicha matriz.

contemporáneo Derecho Empresarial es ofrecer un abanico de alternativas para que sea el empresario quien elija la que más le conviene: un abanico de contratos, un abanico de títulos valores o un abanico de modalidades empresariales. Si esto es así, como asumimos y defendemos, es menester contar también con el modelo de la empresa unipersonal; en última instancia, será el propio empresario quien optará o no por dicha alternativa si es que desea acceder a los beneficios societarios (como la emisión de acciones) a través de un esquema de organización individual. Y con esto conseguimos, además, el sinceramiento en tanto ya no se constituirán sociedades que reposan aparentemente sobre una pluralidad de socios cuando, en verdad, se reducen sólo a un titular.

4.3. Los grupos de sociedades

Con el tiempo fue delineándose un nuevo concepto: la empresa y, con él, una serie de transformaciones en el *modus* de pensar. En efecto, la empresa, como nuevo centro de la vida económica, *reclama* su espacio y empieza a convertirse en tema de reflexión; así, los comerciantes (imbuidos del concepto empresarial) avizoraron que el fenómeno concentracionista podía y debía trasladarse a su escenario para ser aprovechado en el desarrollo de sus empresas. Bajo tal concepción, surgen y siguen surgiendo variadas figuras, todas ellas enmarcadas dentro de lo que se ha convenido en llamar como *concentración empresarial*, en las que se pone en práctica el antiguo (y muchas veces eficaz) axioma “la unión hace la fuerza”. Se dice que KARL MARX vaticinó una concentración económica creciente en grandes empresas que sería paralela a una proletarización igualmente creciente²⁰. Hoy día, no cabe duda que lo primero es una realidad cada vez más frecuente y es que las fórmulas concentracionistas constituyen una alternativa viable de crecimiento y desarrollo para las empresas, de efectos positivos, siempre que se cuente con un marco legal adecuado.

Dentro de la concentración empresarial encontramos a aquellas en que no se pierde la personalidad jurídica (a diferencia de la versión opuesta que constituyen las fusiones) y que reciben el nombre de *uniones de empresas*, en las que son posibles el establecimiento de relaciones de coordinación o de subordinación; en aquellas hay una estructura horizontal, ya que los intervinientes colaboran en situación de igualdad (como el consorcio o la asociación en participación), mientras que en éstas la estructura es vertical, lo cual se grafica en los grupos de sociedades, fenómeno actual que recibe diversos epígrafes como grupos de empresas, grupos

20 Citado por GIRÓN TENA, JOSÉ, “La evolución de los tipos de empresa hasta el cuadro actual de los mismos”, en: *Las grandes empresas*, Valladolid (España), s/e, s/f, pág. 20.

empresariales, grupos de empresarios, grupos empresarios, grupos económicos, sociedades de empresas, empresas vinculadas, empresas vinculadas económicamente, sociedades imbricadas, conglomerados y conjuntos económicos, entre otros.

A nuestro entender, el grupo de sociedades es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada²¹, constituido por dos o más sociedades²² jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal²³ y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas. Queda claro, entonces, que los grupos de sociedades denotan tres rasgos intrínsecos: la autonomía jurídica, la dirección unificada y la relación de dominación-dependencia. Este último carácter resulta esencial para diferenciar a la institución examinada de otras figuras similares, como el cártel, el *pool* aeronáutico, el consorcio, la asociación en participación y el *joint venture*.

Cada vez puede observarse con más lucidez que la empresa es una comunidad de intereses. La complejidad estructural que ha ido adquiriendo con el paso del tiempo hace que su influencia alcance a mayor número de sujetos; esto se torna más relevante cuando nuestro centro de atención es un grupo de sociedades. Así se denomina *grupo de interés* a cada sector comprometido por las consecuencias derivadas de la actuación del grupo de sociedades, el cual a veces es concebido como un grupo de presión frente a la organización empresarial²⁴, atendiendo a que últimamente habrían *conquistado* algunos derechos. No obstante, creemos que ellos, en vez de presión, ejercen tutela de sus derechos y, si bien muchos de éstos han sido recientemente consagrados por la legislación, no es muestra de un triunfo caprichoso, sino más bien de una conquista tardía. Recuérdese que el fin superior del derecho es la paz social con justicia y, para lograrla, debe dispensarse la protección necesaria a todo aquel que la requiera.

“[Los] grupos de interés no siempre se encuentran al interior de la estructura operativa de la empresa, sino que en algunos casos se trata de grupos de interés (...) que se

21 La naturaleza multiarticulada se vislumbra en las diversas modalidades que puede adoptar un grupo de sociedades.

22 Las empresas serán de cualquier tipo, aunque preferentemente suelen ser sociedades.

23 El interés grupal se encuentra por encima de los intereses de cada miembro del grupo, sin importar que éste detente la calidad de dominante o dominado.

24 Cfr. OSORIO, MANUEL, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires (Argentina), 1979, pág. 339 (voz “grupos de presión”).

encuentran fuera de la empresa y que, sin embargo, se ven afectados, positiva o negativamente, por el comportamiento de la misma”²⁵.

La cita transcripta es de gran precisión y podemos justificarla mediante dos argumentos. En primer lugar, como ya lo expresamos líneas arriba, la empresa (y, con mayor razón, el grupo de sociedades) no tiene fronteras actualmente, siendo insospechados sus alcances. Y, en segundo término, siguiendo a SANTIAGO RUESGA diremos que,

“[hoy día] cualquier decisión en alguna parte del mundo tiene consecuencias significativas para individuos y comunidades en muchos otros lugares del planeta”²⁶;

esto configura la tan nombrada globalización que también acarrea efectos jurídicos.

Los grupos de sociedades, debido a su naturaleza de fenómeno complejo, subsumen diversos grupos de interés, cada uno de los cuales persigue la tutela de sus derechos. Podemos distinguir así a los inversionistas (incluyendo los inversionistas mayoritarios y minoritarios), los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores, los tecnócratas y el Estado. El derecho debe ofrecer una regulación específica e integral sobre los grupos de sociedades que cautele los intereses involucrados; algunas muestras en este sentido ya se han dado en legislaciones extranjeras, no faltando los fallos que sientan jurisprudencia. Entre los principales problemas que debe afrontar cada grupo de interés tenemos: el deslizamiento patrimonial y la ausencia de información (inversionistas minoritarios); el deslizamiento patrimonial, la ausencia de información y la transferencia de personal intragrupo (trabajadores); los productos o servicios defectuosos y las prácticas monopólicas u oligopólicas (consumidores y usuarios); la subcapitalización (acreedores); la disminución de ingresos vía recaudación tributaria y la afectación de la supremacía estatal (Estado); etc.

En el Perú nuestra LGS no se pronuncia sobre el tema de los grupos de sociedades, aun cuando ello es una exigencia derivada de la propia realidad empresarial. Desde hace algunos años proponemos una regulación jurídica integral de este fenómeno concentracionista²⁷, postulando diversas soluciones para los problemas planteados,

25 SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, TULA, “Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica”, en: *Revista peruana de derecho de la empresa (derecho empresarial: responsabilidad civil y empresa)*, n° 40, Editorial Asesorandina, Lima (Perú), diciembre de 1991, pág. 200.

26 RUESGA, SANTIAGO, “Reflexiones en torno a la globalidad”, en: *Revista ciencia económica*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima (Perú), julio-diciembre de 1997, año XVIII, n° 40, pág. 79.

27 ECHAIZ MORENO, DANIEL, *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001.

tales como las siguientes: el ejercicio del derecho de separación, la percepción de un dividendo garantizado y el canje accionario o participacional (inversionistas minoritarios); la cogestión, la participación laboral en la negociación del contrato de dominación y el grupo como titular de la relación laboral (trabajadores); la imputación de responsabilidad al grupo de empresas y el abuso de posición de dominio (consumidores y usuarios); la responsabilidad solidaria parcial y la responsabilidad solidaria total (acreedores); la capacidad jurídica tributaria del grupo de sociedades (Estado); entre otras. Ciertamente, varias de estas soluciones apuntan al allanamiento de la personalidad jurídica, lo cual deberá considerarse como una salida de segundo grado, aplicable cuando otros mecanismos legales (como el abuso del derecho o el fraude a la ley) no reparen cabalmente y del modo esperado a quien ha sufrido el perjuicio, puesto que su utilización indiscriminada podría generar un clima de desconfianza entre los inversionistas, quienes preocupados por su eventual responsabilidad ilimitada optarían por no constituir grupos de empresas o por hacerlo en forma clandestina.

En suma, la regulación jurídica de los grupos de sociedades (y, más aún, en general, de los grupos de empresas) es necesaria porque existen muchas partes involucradas (grupos de interés) que ven afectados sus legítimos intereses cuando se enfrentan a ellos. Así lo han entendido la Ley de Sociedades Anónimas alemana (1965), la Ley de Sociedades Comerciales francesa (1966), el Proyecto Cousté francés (1970), el Código Civil italiano (modificado en 1974), la Ley de Sociedades por Acciones brasileña (1976) y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras mexicana (1990); inclusive, en la Unión Europea se prepara un Proyecto de Ley sobre Grupos de Sociedades desde el año 2000 y, en el Perú, también en el año 2000, se constituyó una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, pero esta finalmente sólo planteó la regulación de un tema específico, cual es el contrato de grupo, no prosperando la propuesta legislativa.

5. COROLARIO

Nuestra vigente LGS contiene una regulación jurídica de avanzada y nos reconforta saber que es una norma jurídica “construida para el Perú”. Sin embargo, aún quedan errores por corregir, temas por completar y cuestiones por regular. Y ello tiene que ser así porque el derecho es dinámico y, con mayor razón, lo es el derecho empresarial dentro del cual se asienta la disciplina jurídica societaria. Ofrecemos nuestro concurso permanente para el análisis razonado de nuestra legislación societaria, ofreciendo no sólo críticas constructivas, sino por sobre todo propuestas de contenido práctico; bien sabemos que el derecho es una ciencia social, por lo que es imperativa la activa participación de quienes, de una u otra manera, estamos involucrados en el mundo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, “¿Por qué deberíamos elegir la sociedad anónima cerrada con preferencia a la sociedad comercial de responsabilidad limitada?”, en: *Estudios sobre la nueva Ley General de Sociedades*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, abril de 1998, suplemento especial.
- BONARDEU LENZANO, RAFAEL y CABANAS TREJO, RICARDO, *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ECHAZ MORENO, DANIEL, Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001.
- GIRÓN TENA, JOSÉ, “La evolución de los tipos de empresa hacia el cuadro actual de los mismos”, en: *Las grandes empresas*, Valladolid, s/e, s/f.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER, “El contrato de consorcio”, en: *Estudios societarios & ley general de sociedades*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, junio de 1999.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER, “Contratos parasocietarios”, en: *Diario Gestión*, Lima, 9 de septiembre de 1999.
- MERCADO NEUMANN, GONZALO, “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”, en: *Revista Ius et Praxis*, n° 33, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, enero-diciembre del 2002.
- MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, “Los contratos de colaboración empresarial y la codificación del derecho mercantil”, en: *Revista peruana de derecho de la empresa*, n° 47, Editorial Asesorandina, Lima, noviembre de 1997.
- MONTOYA ALBERTI, HERNANDO, “Efectos del derecho de separación”, en: *Diario Gestión*, Lima, 8 de julio de 1999.
- OSORIO, MANUEL, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979.
- SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, TULA, “Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica”, en: *Revista peruana de derecho de la empresa (derecho empresarial: responsabilidad civil y empresa)*, n° 40, Editorial Asesorandina, Lima, diciembre de 1991.