



EDITORIAL

El Equipo de Derecho Mercantil está conformado por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus integrantes nos dedicamos a la investigación y difusión de los diversos temas relacionados con el Derecho Mercantil.

En esta oportunidad les hacemos llegar una nueva entrega de nuestro Boletín semestral, el cual se caracteriza por contener opiniones de importantes especialistas en el área de mercantil, los mismos que nos ofrecerán una vez más de forma desinteresada el desarrollo y análisis de temas controvertidos en la actualidad. Entre los especialistas se cuenta con la participación de Daniel Echaiz Moreno, Luis A. Peschiera Rubini, Daniel A. Gonzales La Rosa, Oswaldo Hundskopf, Javier Caballero, Joseph Andrade Gartner y Jorge Zambrano, quienes gentilmente colaboraron con nosotros y les agradecemos de manera muy especial. De la misma forma no dejamos de agradecer a uno de nuestros ex miembros y asesor permanente por haber participado con un artículo, el cual es una muestra de su compromiso actual con el Equipo.

Con esta publicación, el Equipo de Derecho Mercantil reafirma su compromiso de contribuir con el desarrollo del estudiante a través de la presentación de opiniones autorizadas en el medio.

Finalmente queremos agradecer a todos los involucrados con esta nueva entrega del Boletín y manifestar que ésta es una puerta para que los especialistas puedan publicar el desarrollo y análisis de sus ideas, y también los alumnos miembros del Equipo se inicien en ésta labor que contribuye con el desarrollo del Derecho.

Paola Meza Alayo
Coordinadora del Equipo de Derecho Mercantil
Asociación del Taller de Derecho de la PUCP

MIEMBROS

Coordinadora:

Paola Meza Alayo

Comisión de Publicación:

Jorge Vizcarra Pedroza (Director)
Julio Vallenás (Director)
Sandra Echaiz Moreno
Roxana Urquiza Cabanillas
Jorge Pineda Henostroza
Mayra Galdo Meléndez
Luis Enrique Guerrero Gallegos
Raúl Olarte Cámere

Miembros

Carlos Vergara Padilla
Nelly Espinoza Campos
Juan Carlos Robles Gonzales

Agradecimiento a:
Javier Correa Miller †

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

 Daniel Echaiz Moreno¹

1. INTRODUCCIÓN.-

La sociedad implica, por definición, la reunión de dos o más personas porque si sólo habría un titular mal podría hablarse de sociedad y, por ende, de socio. De ahí que las alternativas típicas (aunque no las únicas) en el mundo para la organización empresarial sean la sociedad (en el modelo colectivo) y la empresa individual (en el modelo precisamente individual). La legislación peruana se inscribe en dicha tendencia y regula a la sociedad en la Ley General de Sociedades² y a la empresa individual de responsabilidad limitada en la Ley

de la EIRL³. Respecto a aquélla prescribe en su artículo 4: "La sociedad se constituye cuando menos por dos socios".

2. LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA COMO EXCEPCIÓN.-

El postulado transcrito anteriormente constituye la regla contenida en la Ley General de Sociedades y, por consiguiente, admite algunas excepciones. Ello sucede, por ejemplo en el Perú, en los siguientes supuestos donde se permite la constitución de sociedades anónimas sin exigirseles la pluralidad de socios⁴:

Las excepciones legales a la pluralidad de socios

Norma legal	Dispositivo	Regulación legal
Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones	Ley N° 26702	Artículo 36. Reglas para la constitución de subsidiarias.- Para la constitución de subsidiarias por parte de las empresas del sistema financiero y de seguros rigen las siguientes reglas: (...) 3. No es exigible la pluralidad de accionistas
Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores	Decreto Supremo N° 93-2002	Artículo 201. Constitución de subsidiaria.- Para la realización de las actividades a que se refieren los incisos j) y r) del artículo 194, las sociedades agentes de bolsa deberán constituir subsidiarias en cada caso. Dichas subsidiarias se constituyen como sociedades anónimas, no siendo exigible la pluralidad de accionistas
Ley de la Actividad Empresarial del Estado	Ley N° 24948	Artículo 7. Son empresas de Derecho Privado las constituidas originalmente o reorganizadas como sociedad anónima de acuerdo a ley, cuyo capital pertenece totalmente al Estado

1.- Daniel Echaiz Moreno (Lima, 1977). Abogado summa cum laudae por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Curso de Administración Tributaria (CAT) por el Instituto de Administración Tributaria (IAT) de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Curso de Especialización en Mercado de Valores por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV). Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Academia Diplomática del Perú (ADP). Socio del Estudio Jurídico Echaiz. Miembro colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil (IPDM). Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Miembro del staff de árbitros del Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL) y del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS). Autor de los libros "Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral" (Lima, 2000), "La empresa en el Derecho moderno" (Lima, 2001), "Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia" (Trujillo, 2005) y "Régimen Comercial Peruano" (Bogotá, 2006), así como más de 240 artículos, Conferencista con más de 280 ponencias sustentadas en Perú (Lima, Chiclayo, Tumbes, Cajamarca, Trujillo, Arequipa, Chimbote, Huancayo, Huacho y Piura), Argentina (Buenos Aires) y Venezuela (Maracaibo). Web page: www.echaiz.com / E-mail: daniel@echaiz.com

2.- Perú. Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9/12/1997.

3.- Perú. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15/9/1976.

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



Equipo de Derecho

m e r c a n t i l

ENTREVISTA AL DR. OSWALDO HUNDSKOPF

TEMA: DIRECTOR ENCUBIERTO



Sandra Echaiz Moreno

1 .- La actual organización corporativa de la empresa destaca el rol de los administradores y, dentro de ellos, de los directores. Habiendo usted participado como miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, explíquenos cuál es la orientación de la regulación legal respecto a los directores, contenida en dicha norma jurídica.

Respuesta:

La figura del directorio ha sido ampliamente reconocida en la Ley General de Sociedades y en la doctrina especializada.

Recordemos que el Decreto Supremo N° 003-85-JUS; Texto Único Concordado de la antigua Ley General de Sociedades ya regula dicha figura. La nueva Ley General de Sociedades sólo se limitó a modificar las normas referidas al mencionado órgano social a fin de adecuarlas a las nuevas exigencias y necesidades del mercado.

En mi opinión, las principales fortalezas del directorio son las siguientes:

- Es un órgano colegiado, conformado por personas naturales.
- La designación recae en personas idóneas y afines al objeto social dentro de la concepción que el directorio es un órgano técnico.
- Las prácticas de Buen Gobierno Corporativo recomiendan que los directores sean independientes, es decir, no accionistas, ya que su visión es y será más objetiva, transparente e imparcial.
- La Ley N° 26887 define y puntualiza los diferentes supuestos en los cuales el Directorio tiene responsabilidad directa y en algunos casos personal, solidaria e ilimitada.
- La opinión favorable del directorio, ayuda y apoya a que sean confirmadas o ratificadas las decisiones de la Junta General de Accionistas tornándolas más sólidas.

Actualmente, el directorio establece las políticas en las conducciones y dirección de la sociedad, las cuales son producto del consenso, que refleja la experiencia que los directores tienen y que se interrelaciona en búsqueda del máximo beneficio para la sociedad.

"En la actualidad, siendo que dicha figura no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, se debe considerar que los directores encubiertos son una suerte de asesores ad honorem, sin riesgos, no estando involucrados directamente en el negocio. En ese sentido, difícilmente podría imputárseles responsabilidad."

Justamente esto es lo que la actual Ley General de Sociedades busca recoger en sus diversas normas que regulan al directorio.

2 .- En la Ley General de Sociedades encontramos diversas calificaciones para los directores, haciéndose referencia a los directores titulares, alternos y suplentes. ¿Qué semejanzas y diferencias existen entre ellos?

Respuesta:

Las figuras de los directores alternos o suplentes fueron reconocidas por la Ley General de Sociedades, ya que en la práctica comercial era usual que existan diversos mecanismos para afrontar la posible ausencia o inhabilitación de los directores titulares, pero en la normativa vigente no existían normas que regulen estos mecanismos de manera eficiente.

Los directores titulares, cuya función es permanente, son aquellos que en condiciones regulares, entiéndase fuera de los casos de vacancia, ausencia o impedimento, deberán asistir a las sesiones del directorio. En tanto que los directores suplentes son aquellos que han sido designados para sustituir a cualquier

director titular, en los casos antes mencionados, mientras que los alternos son designados para sustituir a un director titular específico, no pudiendo reemplazar a otro titular.

3 .-Dentro del Common Law se regula la figura del director encubierto, siendo pues una institución anglosajona desconocida en Latinoamérica. ¿Cuáles son las principales características del director encubierto?

Respuesta:

El director encubierto es aquella persona que, sin ser director, influye directamente en las decisiones del directorio de manera que bajo sus instrucciones o decisiones los directores de la sociedad están acostumbrados a actuar.

Las principales características de esta figura son: (i) el director encubierto, entendido como una persona sea natural o jurídica que no forma parte del directorio, (ii) las instrucciones que esta persona comunica a los miembros del directorio, (iii) los miembros del directorio que reciben y acatan las instrucciones; y (iv) la costumbre de acatar esas instrucciones de parte de los miembros del directorio.

En la actualidad, siendo que dicha figura no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, se debe considerar que los directores encubiertos son una suerte de asesores ad honorem, sin riesgos, no estando involucrados directamente en el negocio. En ese sentido, difícilmente podría imputárseles responsabilidad.

4 .-¿A qué se debe la utilización de la figura del director encubierto en la práctica empresarial?

Respuesta:

Se trata de un tema de gran importancia pues busca imputar responsabilidad a aquella persona que sin aparecer dentro de la estructura de la sociedad, es la que realmente se encuentra tomando las decisiones que afectan el desempeño de la misma.

El director encubierto controla la administración de la sociedad y, en ese sentido, su actuación debe sujetarse a las diversas normas y obligaciones que corresponden a los demás directores de la sociedad.

5 .-¿Podría considerarse al director encubierto como un director real y al director real como un testaferro?

Respuesta:

La figura del director encubierto tiene como finalidad extender la responsabilidad del directorio a aquella persona que maneja la administración sin formar parte de la organización de la sociedad.

En consecuencia, debo afirmar que, en efecto, esta figura busca asimilar la responsabilidad del director encubierto a la de los directores de la sociedad, como si se tratase de un director real.

A su vez, no puede perderse de vista que los directores reales de la sociedad son capaces de tomar sus propias decisiones sea personalmente o como órgano colegiado.

En ese sentido, ellos son responsables de los acuerdos que hayan adoptado independientemente de la actuación o injerencia del director encubierto.

Siendo ello así, considero que los directores reales a que haces referencia no podrían ser considerados como testaferros del director encubierto.

6 .-El director encubierto, ¿es equiparable al director de facto?

Respuesta:

Considero que no, las figuras son en cierto sentido opuestas, pues el director de facto actúa como director sin haber sido nombrado como tal o haber renunciado o sido reemplazado y en ningún momento busca permanecer entre las sombras, en tanto que el director encubierto no actúa como director, ni se presenta como tal ante terceros, sino que mantiene una influencia directa en las decisiones de los directores,

"La figura del director encubierto tiene como finalidad extender la responsabilidad del directorio a aquella persona que maneja la administración sin formar parte de la organización de la sociedad. (...) en efecto, esta figura busca asimilar la responsabilidad del director encubierto a la de los directores de la sociedad, como si se tratase de un director real."

además, siempre se mantiene oculto, de ahí que sea difícil probar la existencia de un director encubierto en una sociedad.

7 .-Cuando en una organización empresarial compleja se refiere la influencia de un supuesto director encubierto, ¿no se le estará confundiendo con la holding de un grupo de empresas?

Respuesta:

Las holdings mantienen el control de la sociedad o del grupo de sociedades mediante la titularidad de las acciones de estas, su influencia es mayoritaria en la Junta General de Accionistas y en la designación de los directores, pero no mantiene una influencia reiterada en el directorio.

Sin embargo, nada obsta que la holding de un grupo de empresas pretenda actuar como un director encubierto, por lo que deberán separarse ambas figuras pues las diferencias son muy claras.

8 .-Imputar responsabilidad al director encubierto, ¿supondría levantar el velo a la persona jurídica?

Respuesta:

Recordemos que, siendo la teoría del levantamiento del velo societario un mecanismo de excepción, ultima ratio, para su aplicación se debe cumplir con el requisito de la subsidiariedad. Incluso si se logra demostrar la situación de control y el abuso de derecho o fraude a la ley, lo cual puede ser discutible, considero que no se podría cumplir con el tercer requisito antes mencionado pues, a través de la figura del director encubierto se puede solucionar el tema sin necesidad de aplicar medidas tan extremas como el levantamiento del velo societario.

9 .-¿Considera usted importante en nuestra legislación la figura del director encubierto? De ser afirmativa su respuesta, ¿Cuál sería el alcance de la responsabilidad legal del director encubierto?

Respuesta:

Deberían aprovecharse los 11 años de la aprobación de la Ley General de Sociedades, para hacer un balance de su contenido e identificar sus defectos, omisiones, contradicciones y evaluar la incorporación de las modernas instituciones societarias, dentro de las cuales incluiría la figura del director encubierto.

Respecto de los alcances de su responsabilidad, creo que establecer un esquema de responsabilidad similar a la de los demás directores sería un buen comienzo.

Muchas gracias,

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO



**TALLER
DERECHO**