

VNIVERSITAS

Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas - N° 110 - julio-diciembre de 2005

Publicación Admitida en el Sistema Nacional de Indexación y Homologación de Revistas Científicas y Tecnológicas de Colciencias



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Resolución N° 2985
del Ministerio de Gobierno
Resolución N° 0516
del 4 de marzo de 1986
Ministerio de Comunicaciones
Tarifa Postal N° 229

Vniversitas	Bogotá (Colombia)	N° 110	pp. 13-562	Julio-Diciembre	2005	ISSN 0041-9060
-------------	----------------------	--------	------------	-----------------	------	-------------------

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 conciben 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 YAÑEZ 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. Inférase, 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 NORMAND SPARKS, RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, ÁLVARO LLONA BERNAL, OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO, HERNANDO MONTOYA ALBERTI, EMIL RUPERT YAÑEZ 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”.

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 aquellas 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 trascendencia³.

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 constrañe 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

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.

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.

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 distributable 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 MONTROYA 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”. MONTROYA 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. Apréciese 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 acarrear 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