

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 legislación 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 aquella—, “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 SANCHEZ 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 Couste 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

- BEALMONT 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.
- BENARDEU LENZANO, RAFAEL y CABANAS TREJO, RICARDO, *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ECHAIZ MORENO, DANIEL, *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001.
- GRÓN 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.
- MUNTOYA 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.
- MUNTOYA 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.