

NL

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ
derecho privado y público

NÚMERO 87
MAYO 2008

PUBLICACIÓN MENSUAL DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

Luis Maisset de Españés (Argentina)
Ricardo Lorenzetti (Argentina)
Héctor Goyena Copello (Argentina)
Alessandro Soma (Italia)
Francesco Bilotta (Italia)
Franco Cipriani (Italia)
Girolamo Monteleone (Italia)
Juan Montero Arca (España)
Carmen Morano de Toro (España)
Roberto Drumi (Argentina)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Carlos Fernández Sessarego
Fernando Vidal Ramírez
Domingo García Belaunde
Juan Espinoza Espinoza
Samuel Abad Yupanqui
Victor García Tama
Jorge Santhostovan de Montoya
Jorge Toyama Miyagasaki
Juan Carlos Morón Urbina
Oswaldo Hundskopf Esobio
Carlos Ramos Núñez
Eugenio Ariano Deho
Juan Montero Galvez
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Cordova
Eloy Espinoza-Saldaña Barreira
Mario Castillo Freyre
Yuri Vega Mere
Anibal Torres Vásquez
Luis Lamas Puccio
Alfredo Bullard González
Carlos Cárdenas Quiróz
Wilfredo Sanguineti Raymond
Enrique Varsi Rospiagliosi
Felipe Osterling Parodi
Ricardo Beaumont Caltriges
Jorge Avendaño Valdez
Fernando de Travezqnes Granda

El principio de razonabilidad y su necesaria aplicación en el ámbito tributario

Análisis de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales

Comentarios a la Nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Evaluación de las propuestas técnicas y aplicación de los factores de evaluación

La inspección del trabajo en el Sector Público

Las implicancias jurídicas del Pleno Casatorio Civil sobre la transacción extrajudicial

La publicidad registral en el procedimiento concursal

La dificultad probatoria en el debido proceso penal por abuso sexual infantil

Juicio penal y juicio paralelo en el Código Procesal Penal del 2004

Daño extrapatrimonial (o moral) a las personas jurídicas

La intervención de las Fuerzas Armadas en las zonas no declaradas en estado de emergencia

La solución de la negociación colectiva por la vía arbitral

El contrato complementario en el régimen de contratación pública

Factores que restringen el gasto por depreciación

Normas Legales

LA CREACIÓN DE EMPRESAS

Punto de partida para la competitividad

Daniel
Echaiz Moreno*

En el presente artículo se analiza la importancia que tiene para el desarrollo económico de un país la constitución de empresas, a través de la cual se logra alcanzar la tan ansiada competitividad en el mercado, pues cuando las empresas se constituyen como personas jurídicas (esto es, se formalizan) se les abre un abanico de oportunidades que aumentarían sus beneficios y reducirían sus costos. En este sentido, el autor explica cada una de las alternativas que la legislación vigente otorga para la constitución de una empresa, las cuales van desde la empresa individual de responsabilidad limitada hasta la sociedad, refiriéndose básicamente a las principales características de cada una de ellas.

I. INTRODUCCIÓN

En 1986 se publicó "El otro sendero" de Hernando de Soto. Ahí se aludía a una simulación efectuada para abrir legalmente una pequeña tienda comercial, señalándose que –por entonces– debía tramitarse ante tres reparticiones públicas diferentes por espacio de 43 días y a un costo total de 590,56 dólares, "lo que equivalía a 15 veces el sueldo mínimo vital vigente a la fecha en que se terminó la simulación". Este no es un problema privativo del Perú, sino que, por el contrario, se extiende a otros países; así, por ejemplo, el 1 de enero del 2007 empezó a operar en España la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas

REFERENCIAS LEGALES:

- Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997): arts. 50 y ss., 234 y ss., 249 y ss., 265 y ss., 278 y ss., y 295 y ss.

Públicas y la Calidad de los Servicios, a propósito del reciente informe del Instituto de Estudios Económicos que califica a España y Portugal como los países en que más trabas burocráticas existen a nivel de la Unión Europea para la creación de una empresa, pues "hace falta casi 50 días para dar este paso y pasar hasta por 10 ventanillas para ver cumplido este objetivo".

* Abogado por la Universidad de Lima. Ha cursado la Maestría en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Curso de Especialización en Mercado de Valores en la Conasev. Socio del Estudio Jurídico Echaiz.

La creación de empresas es fundamental para el desarrollo económico nacional, tanto así que suele medirse la modernidad de un país en referencia a las fases para la constitución de una empresa, el número de días que demanda su tramitación y el costo de la misma. La realidad demuestra que, en esta materia, América Latina resulta más burocrática y costosa que otras regiones del mundo. Según los promedios del Banco Mundial, en el 2006 se requerían 11 procesos distintos para la constitución de una empresa en América Latina, mientras que en Estados Unidos y Canadá solo son 5 y 2 procesos, respectivamente; un empresario latinoamericano debía esperar 57,5 días por el trámite de constitución de la empresa, mientras que en Estados Unidos y Canadá el trámite tarda solo cuatro días; y el costo asciende en Latinoamérica a US\$ 1.048, mientras que en Estados Unidos y Canadá no sobrepasa los US\$ 282.

A pesar de los anteriores obstáculos, el empresario peruano es cada vez más consciente de la necesidad de crear empresas y no actuar en la informalidad, por lo que dichos obstáculos dejan de ser problemas para convertirse en retos. Así lo demuestra el vertiginoso crecimiento de la inscripción de empresas en los Registros Públicos, que en los últimos cinco años se ha duplicado pues ha dado un salto de 22.930 empresas en el 2002 a 46.973 empresas en el 2007. Si bien el 46% de las empresas se concentran en la capital del país, téngase en cuenta que otras ciudades congregan importantes números de nuevas empresas: Huancaayo más de 3.500, Chiclayo más de 1.900 y Trujillo más de 1.700. La pregunta es: ¿por qué constituir una empresa? La respuesta es concreta: porque solo así se consigue competitividad.

La competitividad significa saber competir, no conformarse con mirar el show, sino ser parte del espectáculo. Cuando una empresa se formaliza al haberse constituido como persona jurídica entonces se le abre un atractivo abanico de oportunidades para conseguir el acceso al sistema financiero, atraer a un socio estratégico, gozar de una línea de crédito, participar en concursos públicos y adjudicaciones como proveedora de bienes y/o servicios, listar sus acciones en la Bolsa de Valores, establecer una red corporativa sobre la base

de subsidiarias o sucursales, conocer el rendimiento de la inversión efectuada por sus propietarios o financiarse vía la emisión de bonos, entre otras. Todo esto conlleva a que aumenten sus beneficios (maximización) y disminuyan sus costos (minimización), lo cual supone alcanzar la competitividad en el mercado.

Teniendo en cuenta que las empresas peruanas no solo compiten entre ellas, sino también con empresas extranjeras (las que usualmente son de mayor dimensión), bien sea porque la empresa peruana se internacionaliza o bien porque la empresa extranjera arriba a nuestro país, entonces resulta fundamental sumar esfuerzos ("la unión hace la fuerza") mediante consorcios, asociaciones en participación, franquicias, grupos económicos, redes empresariales, alianzas estratégicas, etc. De acuerdo con la Encuesta Consumidores Peruanos 2007, realizada por la consultora Arellano, menos del 3% de empresarios peruanos está dispuesto a asociarse con otros; esto revela una alta vulnerabilidad frente a la competencia esencialmente extranjera. Ojalá que esta situación pronto se revierta; por el momento contamos con algunos emprendedores que demuestran que sí están dispuestos a alcanzar niveles competitivos como el restaurant China Wok que cuenta con 24 locales franquiciados en Chile, Panamá, Ecuador, Colombia, Costa Rica, El Salvador y Guatemala, o el restaurant Astrid & Gastón que, a través de cinco locales franquiciados, tiene presencia en México, Colombia, España, Venezuela y Panamá.

El empresario debe saber que el primer paso para alcanzar la tan ansiada competitividad es la creación de su empresa (o la formalización de la ya existente). Para esto necesita conocer con qué alternativas cuenta en el mercado, atendiendo a la vigente legislación. El abanico de opciones es amplio y va desde la empresa individual de responsabilidad limitada (conocida por sus siglas E.I.R.L.) hasta la sociedad, pasando por la asociación, el comité, la fundación y la cooperativa. Qué duda cabe que, de todas ellas, la atención se centra en torno a la sociedad (en general) y, dentro de esta, la sociedad anónima (en especial). Veamos entonces a continuación la sociedad en todas y cada una de sus alternativas:

FORMAS SOCIETARIAS REGULADAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES		
Nº	NOMBRE	ABREVIATURA
1	Sociedad anónima ordinaria	S.A.
2	Sociedad anónima cerrada	S.A.C.
3	Sociedad anónima abierta	S.A.A.
4	Sociedad colectiva	S.C.
5	Sociedad en comandita simple	S. en C.
6	Sociedad en comandita por acciones	S. en C. por A.
7	Sociedad comercial de responsabilidad limitada	S.R.L.
8	Sociedad civil ordinaria	S. Civil
9	Sociedad civil de responsabilidad limitada	S. Civil de R.L.

II. LA SOCIEDAD ANÓNIMA ORDINARIA

Ocupa el lugar central dentro de la normatividad de la materia y se han destacado en ella dos formas especiales (la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta) construidas, obviamente, a partir del esquema originario de la sociedad anónima, por lo que actualmente es posible adoptar alguna de esas dos formas especiales o quedarse simplemente con la estructura típica de la sociedad anónima que, en la práctica, suele denominarse "sociedad anónima ordinaria" o "sociedad anónima común".

La sociedad anónima ordinaria es la modalidad más tradicional que hoy por hoy existe prácticamente en todas las legislaciones del mundo, bien sea con ese nombre o con otro (por ejemplo: sociedad por acciones); se trata pues de una sociedad capitalista donde prevalece el aporte del socio. Su nacimiento es voluntario, lo que significa que son los propios fundadores quienes optan por esta alternativa societaria; sin embargo, hay casos en los que su nacimiento es legal porque resulta que la ley obliga a su adopción, tal como sucede por ejemplo con los bancos, que solo podrán constituirse como sociedades anónimas.

El número mínimo de socios es dos, careciendo de un número máximo porque la legislación procura la mayor atomización de su capital social. Asimismo, cuenta con una denominación social que se define como el nombre de fantasía que identifica a las sociedades capitalistas (por ejemplo: Ripley).

Por otro lado, existe la responsabilidad limitada de los accionistas, esto es, la limitación de

la responsabilidad a lo que el socio hubiese aportado, tradicional característica que ha propiciado el desarrollo de la sociedad anónima a lo largo de los siglos a nivel mundial. Esto significa que si el empresario es dueño de una casa, un terreno, un auto y una cuenta bancaria por US\$ 50.000, no necesariamente deberá arriesgar todo su patrimonio, ya que solo podría aportar US\$ 10.000 y ese será el límite de su responsabilidad.

En cuanto a la estructura de organización corporativa, esta se sustenta sobre tres pilares: la junta de socios (para las "grandes decisiones"), el directorio (para la "administración general") y la gerencia (para la "administración diaria").

Finalmente, en el aspecto estrictamente patrimonial su capital social se encuentra representado en acciones, las mismas que son títulos valores que están destinados a la circulación en el mercado, siendo este uno de los principales atractivos de la sociedad anónima porque pueden venderse fácilmente y pasar de mano en mano sin más trámite que un contrato privado. Dichas acciones, por cierto, pueden ser inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores (alcance facultativo).

III. LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

La sociedad anónima cerrada fue propuesta inicialmente para que reemplace a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, pero posteriormente se decidió mantener esta última, con lo que hoy en día conviven dos modelos societarios prácticamente idénticos, cuya diferencia más notoria es la representación del capital social mediante acciones (en la sociedad anónima cerrada)

y mediante participaciones (en la sociedad comercial de responsabilidad limitada). Es mejor contar con acciones porque se venden fácilmente con un contrato privado, mientras que la venta de las participaciones requiere minuta, escritura pública e inscripción en los Registros Públicos.

Respecto al número de socios, el mínimo sigue siendo dos, pero el máximo sí está restringido a 20, debido a su naturaleza precisamente cerrada (donde prevalece la persona del socio), lo que la convierte en una atractiva posibilidad para las empresas familiares (que no deseen admitir a un extraño). También cuenta con una denominación social y existe responsabilidad limitada de los socios.

Merece destacarse, por un lado, que no puede inscribir sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores (alcance prohibitivo) y, por otro lado, que cuenta con directorio facultativo, esto es, no obligatorio, siendo que, ante la carencia de directorio, sus funciones serán asumidas por el gerente general.

IV. LA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

La sociedad anónima abierta tiene como antecedente a la sociedad de accionariado difundido que existió en el Perú en la década de 1980.

Suele utilizarse cuando el número mínimo de socios es 750, pero también podría constituirse teniendo un número menor, aunque resulta recomendable para sociedades con capital social masificado que, fundamentalmente, optan por cotizar sus acciones en la Bolsa de Valores. Igual que en los anteriores supuestos, cuenta con una denominación social, existe responsabilidad limitada de los socios y su capital social está representado en acciones.

Para este tipo de sociedad, la transferencia de acciones no puede ser limitada por ninguna razón (a diferencia de la sociedad anónima cerrada que sí puede restringirla), deben inscribirse sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores (alcance obligatorio) y se está bajo

la supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), siendo pues la única forma societaria supervisada directamente por el Estado.

V. LA SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es una forma societaria actualmente en desuso por sus características poco atractivas para quien pretenda integrarse como socio.

El número de socios es dos como mínimo, careciendo de un límite máximo. Cuenta con una razón social, la misma que se define como el nombre que identifica a las sociedades personalistas y que se integra por el nombre de todos, algunos o un socio. Su capital social está representado en participaciones que no son títulos valores y, por ende, no se transmiten con la misma facilidad que las acciones.

Los socios asumen responsabilidad solidaria e ilimitada, lo cual es altamente riesgoso porque se carece de la responsabilidad limitada (de la sociedad anónima) y el acreedor puede demandar a todos, algunos o uno de los socios por toda la deuda de la sociedad. Tiene plazo fijo de duración (por ejemplo: seis meses o dos años), cuando la regla general en otras formas societarias es el plazo indefinido. La administración corresponde separada e individualmente a cada socio (así se genera un desorden dentro de la sociedad). Por último, se requiere unanimidad para decidir la prórroga del plazo de duración, la modificación del pacto social, la transferencia de las participaciones, etc., es decir, que basta que un socio se oponga para que se obstaculice la marcha de la sociedad.

VI. LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

La sociedad en comandita simple es otra de las formas societarias hoy en desuso que muestra como agravante –respecto a la anterior– su complejidad y todo ello parte de diferenciar entre sus socios a los que tienen la condición de colectivos de los que tienen la condición de comanditarios,

a lo que se suma que su capital social esté representado en participaciones que, como sabemos, no califican como títulos valores.

VII. LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

La sociedad en comandita por acciones está construida sobre el esquema de la sociedad en comandita simple, por lo que comparte características semejantes y adolece de los mismos defectos, debiendo resaltarse tan solo dos cuestiones. Por un lado, que su capital social está representado en acciones y, por otro lado, que la transmisión que efectúa el socio comanditario de sus acciones es libre, careciendo de reglas establecidas.

VIII. LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La sociedad comercial de responsabilidad limitada procuró ser originalmente reemplazada por la sociedad anónima cerrada, pero finalmente subsistió, por lo que actualmente puede apreciarse como la versión preliminar de la mencionada sociedad anónima cerrada.

Cuenta con un mínimo de dos socios y un límite máximo de veinte socios, siendo –por su naturaleza cerrada– la alternativa tradicional de las empresas familiares. Tiene una denominación social, su capital social está representado en participaciones (lo que la diferencia primordialmente de la sociedad anónima cerrada), en ella los socios tienen responsabilidad limitada a su aporte y existe el derecho de suscripción preferente (esto significa que los socios tienen la posibilidad de adquirir las nuevas acciones que se emitan para mantener su participación porcentual, evitando ser diluidos).

IX. LA SOCIEDAD CIVIL ORDINARIA

La sociedad civil ordinaria denota el carácter personalista, siendo pues una sociedad donde prima

la persona del socio. Es constituida para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales (como la abogacía, la contabilidad o la medicina) por alguno, algunos o todos los socios. Lo que la diferencia de los otros tipos de sociedades es la primacía del elemento personal sobre el elemento capital, es decir, el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades por alguno, algunos o todos los socios.

Cuenta con dos socios como mínimo, careciendo de un límite máximo. Asimismo, tiene una razón social, su capital social está representado en participaciones y la transmisión de estas (como la venta) requiere el consentimiento de los otros socios.

Merece destacarse que cuando no sea suficiente el patrimonio de la sociedad para responder por las deudas de esta se le podrá exigir a cada socio una proporción de la deuda impaga, pero el socio demandado puede solicitar que no sea obligado al pago por el acreedor sin que previamente este no se haya dirigido contra los bienes de la sociedad, pudiendo además señalar al acreedor los bienes de la sociedad con los cuales puede lograr el pago de sus créditos.

X. LA SOCIEDAD CIVIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La sociedad civil de responsabilidad limitada está construida normativamente sobre la estructura de la sociedad civil ordinaria, por lo que solo difiere de esta en dos aspectos: por un lado, tiene un número máximo de socios que es treinta y, por otro lado, los socios no responden personalmente por las obligaciones sociales, ya que su responsabilidad está limitada al aporte que hayan efectuado.