

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
RAÚL FERRERO COSTA
FELIPE OSTERLING PARODI
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
FRANCISCO MIRO QUESADA RADA
LUIS E. ROY FREYRE
GUSTAVO BAGACORZO
VÍCTOR GARCÍA TOMA
JORGE RENDÓN VÁSQUEZ
CESAR SAN MARTÍN CASTRO
ULISES MONTÓYA ALBERTI
JORGE CARRIÓN LUGO
PINKAS FLINT BLANCK
FELIPE VILLAVICENCIO T.
PABLO TALAVERA ELGUERA
JOSE UGAZ SÁNCHEZ-MORENO
HUGO A. FORNO FLOREZ
ROSENDO HUAMANI CUEVA
MANUEL ROMÁN OLIVAS
ESTEBAN CARBONELL O'BRIEN

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

GUNTHER JAKOBS
CLAUS ROXIN
JORGE MOSSET ITURRASPE
JORGE PEYRANO W.
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
NÉSTOR PEDRO SAGDES
MIGUEL POLAINO NAVARRETE
FRANCESCO DONATO BUSNELLI
CARLOS VATTIER FUENZALIDA
JOSÉ HURTADO-POZO

DIRECTOR

JOSE ANTONIO CARO JOHN

ESPECIAL

EL NUEVO PROCESO DE
PÉRDIDA DE DOMINIO

Rosario Fernández Figueroa
Fidel Rojas Vargas
Romy Chang Kcomt
Roberto Cáceres Julca

Abril

4

2008

JuS

Doctrina & Práctica

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA Y ACTUALIZADA
PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN, ENTRE OTROS:

PENAL

JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA

El caso Laura Bozzo: responsabilidad penal por la difusión de programas en los que se utiliza a menores de edad

PROCESAL PENAL

RAMIRO SALINAS SICCHA

La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004

CIVIL

RUBÉN MÉNDEZ REATEGUI

Reflexiones en torno al incumplimiento contractual

PROCESAL CIVIL

VÍCTOR ROBERTO OBANDO BLANCO

Los principios procesales

CONSTITUCIONAL

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS

La distinción entre "delito de función" y "delito cometido en el ejercicio de las funciones"

LABORAL

CARLOS ALBERTO QUISPE MONTESINOS

Las acciones positivas en el acceso y conservación del empleo de las madres trabajadoras

TRIBUTARIO

RICARDO LAZARTE GAMARRA

El crédito fiscal a partir de las recientes modificaciones

ADMINISTRATIVO

ÓSCAR FALLEN INCHÁUSTEGUI

El arbitraje obligatorio en el Estado

EMPRESARIAL

DANIEL ECHAIZ MORENO

La Ley General de Sociedades a diez años de su vigencia (1998-2008)

INFORMES PRÁCTICOS

JURISPRUDENCIA

ACTUALIDAD LEGAL

GRILEY

Daniel ECHAIZ MORENO(*)

La Ley General de Sociedades a diez años de su vigencia (1998-2008)



SUMARIO: 1. Presentación. 2. Antecedentes. 3. Principales temas de regulación innovativa. 4. Perfeccionamiento en el tiempo. 5. Análisis crítico: lo errado, lo inconcluso y lo imprevisto. 6. Principales temas de regulación equivocada. 7. Principales temas de regulación incompleta. 8. Principales temas sin regulación. 9. Corolario.

RESUMEN: *En el presente artículo, el autor analiza la Ley General de Sociedades, a diez años de su vigencia, destacando los nuevos aportes en materia societaria, así como también las principales modificaciones legislativas que ha experimentado durante su vigencia.*

1. Presentación

La Ley General de Sociedades acaba de cumplir, el pasado 1 de enero, diez años desde su entrada en vigencia, oportunidad que se presta para efectuar un balance y análisis crítico de dicho periodo con miras al futuro de aquella norma jurídica.

El primer acercamiento que tuve con la Ley General de Sociedades fue, en realidad, no con la misma ley, ni con el proyecto legislativo, ni siquiera con su anteproyecto, sino con sus primeros borradores que eran generosamente comentados por algunos miembros de la Comisión Redactora durante su cátedra universitaria y de quienes tuve el privilegio de ser alumno en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima: los

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Academia de la Magistratura. Presidente del Estudio Jurídico Echaiz. Miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Página web: www.echaiz.com, E-mail: daniel@echaiz.com.

doctores Hernando Montoya Alberti, Álvaro Llona Bernal, Oswaldo Hundskopf Exebio y Ricardo Beaumont Callirgos, a los que se sumarían los doctores Alonso Morales Acosta y Carlos Torres Morales, entonces asesores legislativos. Esa experiencia se reforzó tiempo después con el propio presidente y otro miembro de la misma Comisión Redactora: los doctores Enrique Normand Sparks y Julio Salas Sánchez, mis profesores en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el Curso de Especialización en Mercado de Valores de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev), respectivamente.

Las enseñanzas de tan ilustres catedráticos versados en el Derecho societario afianzaron en mí el deseo de elaborar una tesis de índole jurídico-empresarial⁽¹⁾ y marcó, qué duda cabe, el camino hasta ahora recorrido, donde he tenido oportunidad de acercarme aún más a las cuestiones societarias a partir del ejercicio de la abogacía, la docencia universitaria, las publicaciones, las conferencias, las ponencias, las membresías académicas, etc. Basándome en lo anterior, me tomo la licencia de realizar un balance y un análisis crítico de la Ley General de Sociedades, a diez años de su vigencia, y exponerlos en las siguientes líneas. Para empezar expondré sus antecedentes, luego señalaré qué modificaciones legislativas ha experimentado

durante su vigencia y, posteriormente, abordaré los principales temas de regulación innovativa, de regulación equivocada, de regulación incompleta y sin regulación.

2. Antecedentes

Con fecha 27 de julio de 1966 se expidió la Ley de Sociedades Mercantiles, aprobada mediante Ley N° 16123, la cual era concordante con el, por entonces vigente, Código Civil de 1936. Años después se promulga la Ley General de Sociedades a través del Decreto Legislativo N° 311 de 1984, siendo posteriormente modificada por el Decreto Supremo N° 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985 que da origen al Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades; ambos dispositivos legales repiten prácticamente lo ya esbozado en 1966, pues el primero solo añade la regulación de la sociedad civil (que antes se encontraba en el Código Civil), mientras que el segundo se limita a agregar un Título Preliminar.

Era 1994 y continuábamos rigiéndonos por una legislación societaria cuya antigüedad superaba los 28 años, habiendo devenido en obsoleta por los cambios sucedidos en la realidad empresarial y en el contexto económico. Recordemos que ya contábamos con un nuevo Código Civil, dictado en 1984, el cual evitó (a

Año	Norma	Dispositivo legal	Contenido
1966	Ley de Sociedades Mercantiles	Ley N° 16123	Sociedades mercantiles
1984	Ley General de Sociedades	Decreto Legislativo N° 311	Sociedades mercantiles + sociedades civiles
1985	Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades	Decreto Supremo N° 003-85-JUS	Título Preliminar + sociedades mercantiles + sociedades civiles

(1) ECHAIZ MORENO, Daniel, *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)*, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 2000.

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; finalmente, la década de los noventa 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 normativa 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 N° 424-94-JUS, mediante la cual se nombró una comisión para elaborar el anteproyecto de la Ley General de Sociedades (luego denominada Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades), la que estuvo integrada por los doctores Enrique Normand Sparks (presidente), Ricardo Beaumont Callirgos, Enrique Elías Laroza, Álvaro Llona Bernal, Alfredo Ferrero Diez 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 correspondiente anteproyecto de ley al ministro de Justicia el 31 de diciembre de 1996. A través del Oficio N° 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 N° 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 Ley General de Sociedades, la que estuvo integrada por los congresistas Carlos Torres y Torres Lara (presidente), 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 de octubre 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 fue publicado el texto de la Ley General de Sociedades, actualmente vigente. Infiérase, entonces, la amplia difusión que tuvieron los trabajos preparatorios, con la finalidad que pudiesen expresar sus comentarios, críticas o sugerencias todos aquellos involucrados con la materia.

Fecha	Documento legislativo	Autor
02/03/1997	Anteproyecto de la Ley General de Sociedades	Comisión Redactora (Comisión Normand)
10/05/1997	Proyecto de la Ley General de Sociedades	Comisión Revisora del Congreso de la República
03/10/1997	Proyecto de la Ley General de Sociedades	Comisión Permanente del Congreso de la República
28/10/1997	Proyecto de la Ley General de Sociedades	Comisión Permanente del Congreso de la República
09/12/1997	Ley General de Sociedades	Congreso de la República

3. Principales temas de regulación innovativa

Al dictarse la nueva Ley General de Sociedades se produjo un cambio, que no solamente es cuantitativo al haberse pasado de 414 a 448 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 el empleo de una adecuada técnica legislativa.

Los legisladores han logrado con la Ley General de Sociedades un documento legislativo de apreciable valor jurídico, congruente con las modernas tendencias imperantes en el Derecho comparado y, además, concebido para nuestra propia realidad, evitando así recurrir a aquella errónea costumbre, tan generalizada, que aconseja “importar” redacciones legales foráneas que no se condicen con el actual tráfico empresarial peruano. Esto no impide que dicho texto normativo sea objeto de un profundo y constante análisis razonado para superar las deficiencias que tuviese e ir acoplándolo al cambiante mundo de los negocios, puesto que como toda obra humana es perfectible; lo importante es comprender esta situación y realizar las pertinentes modificaciones legislativas en el momento adecuado.

Varias son las innovaciones realmente significativas y de gran importancia introducidas

Anterior Ley General de Sociedades		Vigente Ley General de Sociedades	
Libro Primero	Sociedades mercantiles	Libro I	Reglas aplicables a todas las sociedades
		Libro II	Sociedad Anónima
Libro Segundo	Sociedades civiles	Libro III	Otras formas societarias
		Libro IV	Normas complementarias
		Libro V	Contratos asociativos
Libro Tercero	Normas complementarias	Título Final	Disposiciones finales y transitorias

por la vigente Ley General de Sociedades. A continuación centraremos nuestra atención tan solo en seis de ellas: a) el derecho de separación; b) los estados financieros; c) el dividendo obligatorio; d) la sociedad anónima cerrada; e) la sociedad anónima abierta; y f) las sucursales. Dejamos constancia que existen otras innovaciones igualmente interesantes como son el contrato de sociedad, 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.

3.1. El derecho de separación

El artículo 200° de nuestro texto legal societario consagra el derecho de separación como un mecanismo que tiende a la protección del socio que ya no desea seguir perteneciendo a la sociedad, porque en su seno se han adoptado acuerdos que afectan las iniciales reglas de juego. El contrato de sociedad, al ser un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, circunscrito dentro de los denominados contratos de organización, debe permitir en igual medida tanto el ingreso de nuevas partes como la salida de las partes originarias; esto último se logra mediante el mencionado derecho de separación.

Así, la norma citada prescribe que el socio podrá ejercer su derecho de separación cuando se adopten los siguientes acuerdos:

a) el cambio del objeto social; b) el traslado del domicilio al extranjero; c) la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y d) en los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Comparándole con la redacción contenida en el artículo 210° de la anterior Ley General de Sociedades, se aprecia que ahora existe una mayor gama de supuestos en los que resulta aplicable la puesta en práctica de aquel derecho; en efecto, por un lado, no solo se acoge la

limitación de la transmisibilidad de las acciones en cuanto a creación de supuestos limitantes, sino también respecto a la modificación de las limitaciones ya existentes; y por otro lado, se subsume una cláusula abierta para aquellas situaciones que pudiesen ser contempladas vía una ley o el estatuto, como podría suceder cuando el socio de una sociedad integrante de un grupo empresarial que actúa de hecho, desea separarse de aquella para no asumir responsabilidades emanadas de la estructura corporativa grupal.

Acuerdos que otorgan al socio el derecho de separación		
Anterior Ley General de Sociedades	Vigente Ley General de Sociedades	Comentario comparativo respecto a la nueva regulación legal
Traslado de sede al extranjero	Traslado del domicilio al extranjero	El domicilio surte efectos legales, mas no la sede que puede variar dentro o fuera del país
Cambio de objeto	Cambio del objeto social	Se precisa que el objeto de la sociedad es social
Limitación de la transmisibilidad de las acciones nominativas	Creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes	Por un lado, no se refiere a las acciones nominativas porque todas califican como tales (al no existir acciones al portador) y, por otro lado, alude a la modificación de las limitaciones (que las tornen más gravosas)
---	Demás casos que establezca la ley o el estatuto	Esta cláusula abierta permeabiliza el ejercicio del derecho de separación en otros supuestos legales o estatutarios

La norma comentada también es innovativa, puesto que con la anterior redacción estaba reservada solamente para los accionistas que no hubiesen votado a favor del acuerdo, mientras que ahora está dirigida a los accionistas que en la junta general hayan dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hubiesen sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto. Con esta regulación se amplía la protección legal de los inversionistas básicamente minoritarios.

3.2. Los estados financieros

De acuerdo con la Cuarta Disposición Final de la Ley General de Sociedades, se entenderá dentro del concepto de estados financieros tanto al balance general como al estado de ganancias y pérdidas. Pues bien, el artículo 223° del mismo texto jurídico estipula que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país. Así se supera la incomprensible técnica legislativa empleada en

Sujetos legitimados para ejercer el derecho de separación		
Norma legal	Legitimación activa	Comentario
Anterior Ley General de Sociedades	Los accionistas que no hayan votado en favor del acuerdo	"Que no hayan votado en favor del acuerdo", comprende a los que votaron en contra y los que se abstuvieron
Vigente Ley General de Sociedades	Los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo	Se restringe a los que votaron en contra, oposición que deberá constar en acta
	Los accionistas ausentes	No importa si la ausencia es justificada o injustificada
	Los accionistas que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto	Es posible la privación legítima (suspensión del derecho de voto) cuando, por ejemplo, el socio tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad
	Los accionistas titulares de acciones sin derecho a voto	Su particular posición (carente del derecho político básico) le otorga el derecho de separación como parte de su estatuto mínimo de protección legal

la ley precedente, donde se detallaba el contenido tanto del balance como de la cuenta de ganancias y pérdidas en sus artículos 251º y 253º, respectivamente.

Este aspecto se ha visto complementado con la Resolución N° 013-98-EF/93.01 del Consejo Normativo de Contabilidad. Ahí se establece en su artículo 1º que los principios de contabilidad generalmente aceptados comprenden a las normas internacionales de contabilidad (ampliamente conocidas como las NIC), oficializadas mediante resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad (CNC), así como las normas establecidas por organismos de supervisión y control para las entidades de su área, siempre que se encuentren dentro del marco teórico en que se apoyan las normas internacionales de contabilidad. En igual sentido, su artículo 2º precisa que, excepcionalmente y en aquellas circunstancias que determinados procedimientos operativos contables no estén

normados por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), se podrán emplear supletoriamente los principios de contabilidad aplicados en los Estados Unidos de América (USGAAP).

Al respecto es preciso anotar que, tradicionalmente, el Financial Accounting Standards Board (FASB) emitía los "Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados" (PCGA) y el International Accounting Standards Comité (IASB) emitía las "Normas Internacionales de Contabilidad" (NIC), hasta que, a partir del 2001, surge el International Accounting Standards Board (IASB) —con sede en Londres— como la nueva institución responsable de la elaboración y la emisión de normas internacionales para la información financiera, así como de la interpretación de estas, las que ahora se denominan "Normas Internacionales de Información Financiera" (NIIF), que incluyen las antiguas NIC y las nuevas NIIF⁽²⁾.

(2) Cfr. AQUINO FEBRILLET, Mateo, "Normas internacionales de información financiera", en *Diario digital RD*, Santo Domingo, en www.diariodigital.com.do/articulo,1987.html. Para mayor información, cfr. RUBÍOS, Wilfredo, "Aplicación de las NIIF en el Perú", en www.sbs.gob.pe/PortalSBS/InfPublico/niif/06_Aplicacion_NIIF_en_el_Peru.pdf.

Normas Internacionales de Contabilidad oficializadas y vigentes en el Perú			
NIC	Título	Resolución del CNC	Vigente a partir del
1	Presentación de estados financieros	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
2	Existencias	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
7	Estados de flujos de efectivo	005-94-EF/93.01	1 de enero de 1994
8	Políticas contables, cambios en estimaciones contables y errores	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
10	Sucesos posteriores a la fecha del balance general	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
11	Contratos de construcción	007-96-EF/93.01	1 de enero de 1996
12	Impuesto a la renta	028-2003-EF/93.01	1 de enero de 2003
14	Información por segmentos	023-01-EF/93.01	1 de enero de 2001
16	Inmuebles, maquinaria y equipo	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
17	Arrendamientos	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
18	Ingresos	007-96-EF/93.01	1 de enero de 1996
19	Beneficios a los trabajadores	028-2003-EF/93.01	1 de enero de 2003
20	Tratamiento contable de los subsidios gubernamentales y revelaciones referentes a la asistencia gubernamental	005-94-EF/93.01	1 de enero de 1994
21	Efectos en las variaciones en los tipos de cambio de monedas extranjeras	038-2005-EF/93.01	1 de enero de 1996
23	Costos de financiamiento	007-96-EF/93.01	1 de enero de 1996
24	Revelaciones de entes vinculados	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
26	Tratamiento contable y presentación de información sobre planes de prestaciones de jubilación	005-94-EF/93.01	1 de enero de 1994
27	Estados financieros consolidados e individuales	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
28	Inversiones en asociados	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
29	Información financiera en economías hiperinflacionarias	005-94-EF/93.01	1 de enero de 1994
30	Revelaciones en los estados financieros de bancos e instituciones financieras similares	007-96-EF/93.01	1 de enero de 1996
31	Participaciones en asociaciones en participación	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006

32	Instrumentos financieros: revelación y presentación	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
33	Utilidades por acción	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
34	Informes financieros intermedios	014-98-EF/93.01	1 de enero de 1999
36	Deterioro del valor de los activos	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
37	Provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes	019-00-EF/93.01	1 de enero de 2000
38	Activos intangibles	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
39	Instrumentos financieros: reconocimiento y medición	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
40	Inversiones inmobiliarias	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
41	Agricultura	024-2001-EF/93.01	1 de enero de 2003
Normas Internacionales de Información Financiera oficializadas y vigentes en el Perú			
NIIF	Título	Resolución del CNC	Vigente a partir del
1	Adopción por primera vez de las normas internacionales de información financiera	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
2	Pagos basado en acciones	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
3	Combinaciones de negocios	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
4	Contratos de seguros	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
5	Activos no corrientes mantenidos para la venta y actividades interrumpidas	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006
6	Exploración y evaluación de recursos minerales	034-2005-EF/93.01	1 de enero de 2006

3.3. El dividendo obligatorio

Suele ocurrir que en las sociedades exista un (entendible) conflicto de intereses entre los socios minoritarios por el dividendo y los socios mayoritarios que buscan reforzar el patrimonio de dicha sociedad, a través de la constitución de reservas o la capitalización de utilidades. A efectos de superar esta problemática, se considera conveniente legislar respecto al dividendo obligatorio y, en este orden de ideas, el artículo 231° prescribe que es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad dis-

tribuible de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan los accionistas que representen cuando menos el 20% del total de las acciones suscritas con derecho a voto. Nuevamente asistimos ante un mecanismo de protección de los inversionistas esencialmente minoritarios, aquellos comúnmente denominados “socios rentistas” o “socios especuladores” que solamente desean conseguir el retorno de su inversión, a diferencia de los inversionistas de mando o gestión que se preocupan por el crecimiento económico de la empresa.

El dividendo obligatorio		
Concepto	Anterior Ley General de Sociedades	Vigente Ley General de Sociedades
Forma del reparto	No especificaba	Necesariamente en dinero
Deducciones	Impuestos y reserva legal	Reserva legal
Frontera cuantitativa de procedencia	Si la utilidad neta, luego de las deducciones, superaba el 7% del capital pagado	No existe
Limitaciones	No existían	Solo puede acordarse respecto a la utilidad del último ejercicio No lo puede solicitar los socios que tengan un régimen especial sobre dividendos

La vigente normativa es más idónea que la contenida en el artículo 260° de la ahora derogada Ley General de Sociedades, puesto que: a) el reparto debe ser necesariamente en dinero; b) solo se permite deducir del reparto el importe de la reserva legal; y c) se ha eliminado la exigencia según la cual el dividendo obligatorio se daba únicamente en aquellos ejercicios en que la utilidad neta, deducidos impuestos y reserva legal, fuese superior al 7% del capital pagado.

Finalmente, cabe acotar que la propia legislación estatuye dos limitaciones al comentado dividendo obligatorio: en primer lugar, solamente puede acordarse respecto a la utilidad del último ejercicio; y en segundo término, no puede ser solicitado por titulares de acciones que tengan un régimen especial sobre dividendos; esto último se daría, por ejemplo, en el caso de las acciones pertenecientes a una clase que tengan precisamente este régimen especial.

3.4. La sociedad anónima cerrada

La empresa familiar está presente en la realidad peruana, como también lo sigue estando en el contexto mundial. Su nacimiento está ligado a los vínculos familiares que existen en-

tre sus miembros y su desarrollo es innegable, así como plausible porque constituye un excelente vehículo de crecimiento económico para el país. No obstante, el actual mundo globalizado, donde conviven modernas tendencias corporativas que buscan la agilización del mercado y del tráfico mercantil, exige que esas empresas familiares redefinan su actuación.

Zona geográfica	Porcentaje del total de empresas
Francia	61%
Finlandia	63%
Suiza	67%
Bélgica	69%
Portugal	70%
España	75%
Reino Unido	76%
México	80%
Austria	83%
Estados Unidos	85%
Chile	90%
Suecia	90%
Alemania	93%
Italia	95%
Unión Europea	75%
Mundo	66%

(3) Cfr. http://prensa.iefamiliar.com/view_manager.html?root=391,397.

La longevidad de las empresas familiares más antiguas ⁽⁴⁾			
Zona geográfica	Empresa	Actividad	Año de fundación
En el mundo	Kongo (del Japón)	Construcción de templos budistas	578
En Europa	Grupo Barone Ricasoli (de Italia)	Producción de vinos y aceite de oliva	1141
En España	Codorníu	Elaboración de vinos	1551
En Perú	El Comercio	Edición del diario de mayor circulación	1839 ⁽⁵⁾

Dichas empresas familiares son de naturaleza eminentemente cerrada porque están estructuradas solamente para los integrantes de la familia y su gestión empresarial no suele responder a un criterio profesional. Tradicionalmente han optado por constituirse como una sociedad comercial de responsabilidad limitada, pero con ella pierden las ventajas que ofrece una sociedad anónima. Es así que el legislador de 1997 creyó conveniente regular una nueva institución jurídica: la sociedad anónima cerrada, un híbrido donde confluye el *intuitu personae* con el *intuitu pecuniae*, esto es, una sociedad capitalista con rasgos personalistas, pero que responde a una realidad vigente.

Dos características merecen destacarse sobre el particular: por un lado, las juntas no presenciales, reguladas en el artículo 246° de la Ley General de Sociedades, que importan el establecimiento de la voluntad social por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad; y, por otro lado, el directorio facultativo, normado en el artículo 247° del mismo texto legal, de manera tal que se permite que en el pacto social o en el estatuto de la

sociedad se establezca que dicha sociedad carece de directorio, caso en el cual sus funciones serán ejercidas por el gerente general. Ambas medidas legislativas agilizan la estructura y gestión interna de la sociedad anónima cerrada.

Características de la sociedad anónima cerrada

- 1 Su propósito inicial fue reemplazar a la sociedad comercial de responsabilidad limitada
- 2 Se constituye de manera voluntaria, por decisión de los propios socios
- 3 Cuenta con 2 socios como mínimo (como regla) y 20 socios como máximo
- 4 Tiene una denominación social, que es un nombre de fantasía
- 5 Su capital está representado en acciones, que son títulos valores
- 6 No puede inscribir sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores
- 7 Los socios tienen responsabilidad limitada de acuerdo con sus aportes
- 8 Puede prescindir del directorio, en cuyo caso las funciones del directorio las asume el gerente general

(4) Cfr. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Ángel, "Las empresas familiares más antiguas del mundo", en www.ua.es/~dossierprensa/2006/06/18/5.html.

(5) El control familiar es asumido por la familia Miró Quesada a partir de 1875.

3.5. La sociedad anónima abierta

La sociedad anónima abierta tiene sus antecedentes legislativos en la Ley de Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 672, así como en la Ley del Mercado de Valores, aprobada a través del Decreto Legislativo N° 755, normas jurídicas ya derogadas.

El artículo 249° de nuestra actual Ley General de Sociedades sostiene que la sociedad anónima es abierta cuando se cumpla una a más de las siguientes condiciones: a) ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; b) tiene más de 750 accionistas; c) más del 35% de su capital pertenece a 175 o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del 5% del capital; d) se constituya como tal; o, e) todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

Puede inferirse claramente que esta modalidad societaria se define como aquella que recurre al ahorro público para financiarse o que tiene gran dimensión. Es menester subrayar el carácter obligatorio de su calificación, por lo que la sociedad anónima es abierta *iure et de iure*, aunque también se considera como posibilidad el carácter facultativo o voluntario. Realmente se ha llenado un vacío reinante en la anterior legislación societaria y, con su regulación, se promueve definitivamente el mercado de capitales, la gran empresa y el financiamiento bursátil.

3.6. Las sucursales

Las sucursales constituyen un "brazo" mediante el cual la sociedad extiende su campo de actuación empresarial. En la anterior Ley General de Sociedades no existía un tratamiento jurídico adecuado respecto a esta figura de organización corporativa, lo que no sucede aho-

Características de la sociedad anónima abierta

- 1 Su antecedente es la sociedad de accionariado difundido
- 2 Se constituye por mandato legal o de manera voluntaria, por decisión de los propios socios
- 3 Cuenta con 2 socios como mínimo (como regla) y no tiene límite como máximo
- 4 Tiene una denominación social, que es un nombre de fantasía
- 5 Su capital está representado en acciones, que son títulos valores
- 6 Debe inscribir sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores
- 7 Los socios tienen responsabilidad limitada de acuerdo con sus aportes
- 8 Se encuentra bajo la supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores

ra, ya que la regulación legislativa es más específica y detallada. Así, el artículo 396° de la vigente normativa societaria define a la sucursal como todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social, estipulándose claramente que carece de personería jurídica independiente de su principal.

En una época como la actual –donde cada vez es más insistente el desarrollo de la concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo– la sucursal se erige adecuadamente para responder a las necesidades de organización y gestión de negocios societarios, puesto que, muchas veces, producto de una fusión surge una gran empresa que necesita desconcentrar su manejo gerencial y descentralizar su presencia en diversos mercados, siendo lo pertinente recurrir a la sucursal para cumplir tal propósito.

Principales empresas multinacionales con sucursales en el Perú		
País	Empresa	Actividad
Estados Unidos	Bloomberg	Información financiera
Estados Unidos	Hunt Oil Company	Energía
Chile	Lan Airlines	Transporte aéreo
Estados Unidos	Occidental Petroleum Corporation	Gas y petróleo
Japón	Sony Corporation	Electrónica

4. Perfeccionamiento en el tiempo

Como ya señalamos, la Ley General de Sociedades, como toda obra humana, es perfectible en el tiempo y, precisamente, así lo ha entendido el legislador quien durante estos diez años de vigencia ha efectuado modificaciones, incorporaciones, aclaraciones y derogaciones que se juzgaban necesarias, tal como apreciamos en el siguiente recuento cronológico.

La Ley N° 26931 modificó el artículo 161°, inciso 4 de la norma societaria, referido a los impedimentos para ser director de una sociedad. Antes se aludía a los funcionarios y empleados de la administración pública y de las entidades del sector empresarial en que el Estado tenga el control y cuyas funciones tengan relación con las actividades de la sociedad, salvo que esta sea una empresa del Estado de Derecho público o privado, o la participación del Estado en la empresa sea mayoritaria. Por el contrario, ahora se estipula que no pueden ser directores los funcionarios y servidores públicos que presten servicios en entidades públicas, cuyas funciones estuvieren directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades.

Con la Ley N° 26977 se modificó la Primera Disposición Transitoria de la Ley General de Sociedades que regula el plazo para la adecuación de las sociedades a dicha norma legal, haciéndolo extensivo hasta la primera reforma que efectúen a su pacto social y estatuto social o, a más tardar, hasta el 31 de diciembre de 1999.

Mediante la Ley N° 26985 se modificó el artículo 232° de la Ley General de Sociedades que regula la caducidad del cobro de dividendos, añadiéndose un segundo párrafo según el cual solo en el caso de las sociedades anónimas abiertas el plazo de caducidad será de 10 años, mas no de 3 años como es la regla general.

La Ley N° 27017 precisó los alcances de la Sexta Disposición Final de la Ley General de Sociedades, referida a la vigencia de la Ley N° 26844 –mediante la cual se establecen disposiciones aplicables al proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado del sector hidrocarburos–, en el sentido que en dicha disposición final se comprende igualmente la vigencia del artículo 10° de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley N° 26876) que incorpora en los alcances de aquel dispositivo jurídico, a las empresas de ener-

gía eléctrica dedicadas a la generación, transmisión y/o distribución de energía.

Asimismo, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, aprobada mediante Ley N° 27146, incluyó una Novena Disposición Final a la normativa societaria, según la cual en cualquier caso de incompatibilidad entre las legislaciones societaria y concursal en materia de proceso de reestructuración patrimonial, procedimiento simplificado, disolución y liquidación, concurso preventivo y concurso de acreedores se preferirá la aplicación de la legislación concursal.

La Ley N° 27237 modificó la Octava Disposición Transitoria de la Ley General de Sociedades prorrogando la suspensión de la entrada en vigencia de los artículos 176° segundo párrafo, 220° y 407°, inciso 4 hasta el 31 de diciembre de 2000. Luego vendrían sucesivas prórrogas: hasta el 31 de diciembre de 2001 por la Ley N° 27388, hasta el 31 de diciembre de 2003 por la Ley N° 27610 y hasta el 31 de diciembre de 2004 por la Ley N° 28233.

Por su parte, la Ley de Títulos Valores, aprobada a través de la Ley N° 27287, introdujo varias modificaciones al texto jurídico comentado en temas como matrícula de acciones (artículo 92°), comunicación a la sociedad (artículo 93°) y régimen de prelación en emisión de obligaciones (artículo 309°), además de derogar lo concerniente al certificado de suscripción preferente (artículo 209°).

La Ley N° 27303 modificó los artículos 252° y 254° de la Ley General de Sociedades, referidos a las denominadas "acciones doradas". Así, se estipula que no será obligatoria la inscripción de la clase o clases de acciones que estén sujetas a estipulaciones que limiten la libre transmisibilidad, restrinjan la negociación

u otorguen derecho de preferencia para la adquisición de las mismas derivadas de acuerdos adoptados con anterioridad a la verificación de los supuestos de constitución de una sociedad anónima como abierta o cuando estén suscritas íntegramente, en forma directa o indirecta, por el Estado.

Posteriormente, la Ley N° 27649 modificó el artículo 253° de la Ley General de Sociedades que versa sobre el control de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) a las sociedades anónimas abiertas, añadiéndole un inciso según el cual el ente regulador del mercado bursátil está facultado para determinar las infracciones e imponer las sanciones correspondientes.

La Ley N° 28160 modificó el artículo 44° de la Ley General de Sociedades en cuanto a las publicaciones que debe realizar la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp). Se exige publicar una relación de las sociedades cuya constitución, disolución o extinción haya sido inscrita durante el mes anterior, así como una relación de las modificaciones de estatuto o pacto social inscritas durante el mes anterior. Dichas publicaciones se efectuarán, ya no en el diario oficial *El Peruano*, sino en la página web de la mencionada Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y en el Portal del Estado.

Finalmente, la protección de los socios minoritarios de las sociedades anónimas abiertas se insertó en el texto societario mediante la Ley N° 28370 que, por un lado, derogó la primigenia Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas (Ley N° 26985) y, por otro lado, incluyó los nuevos artículos 262°-A, 262°-B, 262°-C, 262°-D, 262°-E, 262°-F, 262°-G, 262°-H, 262°-I y 262°-J.

Norma legal	Fecha de publicación	Alcance	Referencia
Ley N° 26931	11/03/1998	Modifica	Impedimentos para ser director de una sociedad anónima
Ley N° 26977	19/09/1998	Modifica	Plazo para la adecuación de las sociedades a la LGS
Ley N° 26985	29/10/1998	Modifica	Caducidad del cobro de dividendos
Ley N° 27017	22/12/1998	Precisa	Legislación antimonopolio y antiloligopolio del sector eléctrico
Ley N° 27146	24/06/1999	Incorpora	Incompatibilidad entre las legislaciones societaria y concursal
Ley N° 27237	21/12/1999	Modifica	Suspensión de la entrada en vigencia de varios artículos de la LGS
Ley N° 27287	19/06/2000	Modifica	Matrícula de acciones, comunicación a la sociedad y otros
Ley N° 27287	19/06/2000	Deroga	Certificado de suscripción preferente
Ley N° 27303	10/07/2000	Modifica	Acciones doradas
Ley N° 27388	30/12/2000	Modifica	Suspensión de la entrada en vigencia de varios artículos de la LGS
Ley N° 27610	28/12/2001	Modifica	Suspensión de la entrada en vigencia de varios artículos de la LGS
Ley N° 27649	23/01/2002	Modifica	Facultades de control de la Conasev
Ley N° 28160	08/01/2004	Modifica	Publicaciones de la Sunarp
Ley N° 28233	28/05/2004	Modifica	Suspensión de la entrada en vigencia de varios artículos de la LGS
Ley N° 28370	30/10/2004	Incorpora	Protección de los accionistas minoritarios de las S.A.A.

5. Análisis crítico: lo errado, lo inconcluso y lo imprevisto

Existen innovaciones realmente significativas y de gran importancia introducidas por la vigente Ley General de Sociedades, sin embargo y aun cuando esta constituye un valioso documento jurídico, innovativo en la materia y admirable por su contenido, existen errores, temas inconclusos y lagunas jurídicas, pendientes de una acertada regulación legislativa, 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 del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, lo que sucede es que el legislador es humano (de ahí lo errado), muchas veces prefiere actuar con prudencia ante lo desconocido (de

ahí lo inconcluso) y nunca puede prever todos los casos que se darán en la realidad (de ahí lo imprevisto); ciertamente, la ley afrontó su prueba de fuego cuando entró en vigencia, construyéndose así lo que Joaquín Garrigues denomina como “el Derecho vivo”⁽⁶⁾, esto es, aquel que se nutre de la casuística.

6. Principales temas de regulación equivocada

A continuación expondremos cinco temas en los que consideramos existen los errores más notorios de la Ley General de Sociedades, siguiendo para ello el propio orden de la normativa societaria. Ellos son: a) el control indirecto de acciones; b) la impugnación de los acuerdos societarios; c) la calificación social; d) la abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada; y, e) la disolución de la sociedad por falta de pluralidad de socios.

6.1. El control indirecto de acciones

Nuestra Ley General de Sociedades 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 [...]”. 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 de 2002 la cervecera colombiana Bavaria compra un porcentaje significativo del accionariado de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, la cual en marzo de 2000 había adquirido la Compañía Cervecera del Sur, por lo que entonces Bavaria domina directamente a Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, esta 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 fue advertida durante los debates de la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, 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 actual⁽⁷⁾) se acordó “revisar la redacción del artículo 105°, a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones”⁽⁸⁾ (las cursivas son nuestras); sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes proyectos⁽⁹⁾ y, finalmente, en la propia ley.

(6) GARRIGUES, Joaquín, *Temas de Derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978.

(7) 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.

(8) Acta de la sesión de la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, de fecha 26 de marzo de 1997, en CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Memoria Ley General de Sociedades 1997*, Congreso de la República, Lima, 1998, p. 47 *in fine*.

(9) 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.

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

Mecanismos de protección de los inversionistas minoritarios de los grupos de empresas			
Actual regulación legal		Propuesta de regulación legal	
1	La proscripción del derecho de voto	1	El ejercicio del derecho de separación
2	El no cómputo para el quórum	2	La percepción de un dividendo garantizado

El derecho de separación podría ser ejercido por todo inversionista que no desee continuar como titular minoritario de una empresa integrante de un 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 Ley General de Sociedades, más aún 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”⁽¹⁰⁾ (las cursivas son nuestras).

Quienes teniendo la posibilidad de ejercer el derecho de separación no deseen hacerlo, podrían exigir la percepción de un dividendo garantizado, el cual se cumpliría en los términos en que la Ley General de Sociedades contempla el llamado “dividendo obligatorio” en su artículo 231° y el 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 los socios que representen cuando menos el 20% del total

(10) Sin embargo, Montoya Alberti ofrece una lectura distinta de este dispositivo, al señalar: “Dichos supuestos [del derecho de separación] están contemplados en la ley [léase: Ley General de Sociedades, según se infiere del texto completo] y solo por estos procede separarse de la sociedad. [...] Sin embargo, la Ley General de Sociedades 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” (MONTAYA ALBERTI, Hernando, “Efectos del derecho de separación”, en *Gestión*, Lima, 8 de julio de 1999, p. 11).

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 este 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 hace imposible, entre otras cuestiones, 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° al 359°-1), la Ley de Sociedades Anónimas de Chile (artículo 121°), la Ley de Sociedades Anónimas de España (artículo 74° inciso 1) y la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina (artículo 32°), entre otras normas jurídicas.

6.2. La impugnación de los acuerdos societarios

El interés social es una institución tan tradicional y recurrente como abstracta, y así lo reconoce la doctrina. Sobre el particular, Carmen Galán López manifiesta: “La cuestión de la definición del interés social es uno de los temas más debatidos en la doctrina que apunta la dificultad de precisar lo que no es sino un concepto jurídico indeterminado. Por ello las diversas construcciones se suceden desde planteamientos más clásicos constructivos hasta

Los grupos de empresas circulares en la legislación extranjera		
País	Norma legal	Regulación legal
Francia	Ley de Sociedades Comerciales	Artículo 358°.- “Una sociedad por acciones no puede poseer acciones de otra sociedad si esta detenta una fracción de su capital superior al 10%”
Chile	Ley de Sociedades Anónimas	Artículo 121°.- “Las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa”
España	Ley de Sociedades Anónimas	Artículo 74°.- Adquisición originaria de acciones propias.- 1. “En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante”
Argentina	Ley de Sociedades Comerciales	Artículo 32°.- Participaciones recíprocas: nulidad.- “Es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas [...]”

planteamientos más modernos que buscan la respuesta a partir de los datos de la concreta aplicación a la realidad social planteada⁽¹¹⁾.

Por su parte, Luis Velasco San Pedro explica las dos tendencias imperantes en torno al interés social: "Algunos identifican el interés social con el interés común a todos los socios, mientras que otros lo identifican con el interés de la empresa, en donde concurren no solo los intereses de los socios sino también el de otros sujetos, como el de los trabajadores"⁽¹²⁾.

Si ya es confuso el contenido del interés social, más complicado resulta aún su relación con el interés grupal (que también exige definirse) y que usualmente se torna conflictiva porque la satisfacción de este último (aspiración natural en el grupo de sociedades) implica sacrificar en no pocas ocasiones el interés de alguna o algunas sociedades filiales.

Hay autores que defienden el denominado "principio de comunicación de responsabilidad", en virtud del cual se establece la responsabilidad solidaria por el abuso del poder de control que perjudica el interés social de las filiales, aun cuando se satisfaga el interés grupal. Ello puede ser adecuado desde que, parafraseando el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, la ley ampara el uso del derecho, pero no su abuso. Sin embargo, imputar responsabilidad solidaria es hoy en día el "deber ser" en los grupos de sociedades, mas no el "ser" porque el artículo 1183° del Código Civil la restringe a una existencia expresa (legal o contractual) y no tácita.

Por estas consideraciones no compartimos la opinión de Henry Carhuatocto Sandoval cuando señala: "Así, un grupo de empresas puede responder a una voluntad maestra que les dará cohesión y unidad, situación que puede traer prosperidad y bienestar a los miembros del grupo; sin embargo, cuando producto del deficiente o mal uso de esta facultad de control se perjudica gravemente el interés social de un miembro, el controlante debe responder en forma solidaria por estos actos ante terceros, la sociedad controlada y los socios perjudicados"⁽¹³⁾.

Nos preguntamos si podría adoptarse un acuerdo que satisfaga el interés grupal, pero que perjudique el interés de alguna o algunas sociedades filiales; este último es el interés social. Tal inquietud encuentra respuesta actualmente en el artículo 139°, primer párrafo *ab initio* de la Ley General de Sociedades donde se lee: "Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad [...]".

Entonces, según la norma transcrita, si se adoptase un acuerdo que lesiona el interés social sería impugnable, independientemente de que satisfaga o no el interés grupal. Discrepamos de esa previsión legal, la cual no es más que un rechazo subrepticio a la figura de los grupos de sociedades porque estos existen precisamente "para crecer como grupo" y, por consiguiente, el interés colectivo debe prevalecer sobre los intereses individuales; si esto

(11) GALÁN LÓPEZ, Carmen, "El aumento del capital por compensación de créditos", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1991, p. 459, nota 45.

(12) VELASCO SAN PEDRO, LUIS, "El derecho de suscripción preferente", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1994, T. III, Vol. 1 [Modificación de estatutos, aumento y reducción de capital. Obligaciones], p. 559.

(13) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La utilización fraudulenta de la persona jurídica*, Jurista, Lima, 2005, p. 168.

no se permite, como ocurre ahora, cualquier acuerdo adoptado en el seno de un grupo de sociedades estaría expuesto a su cuestionamiento vía impugnación.

En ese orden de ideas, ya en el 2000 propusimos, en nuestro Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas⁽¹⁴⁾, modificar el artículo 139° de la Ley General de Sociedades para que en su redacción se incluya el siguiente texto: "Tampoco procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas constituido conforme a la ley de la materia y el acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal"⁽¹⁵⁾. Dicho aporte fue tomado en cuenta por la comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, que trabajó por mandato legal⁽¹⁶⁾ entre enero y octubre de 2000, siendo una de sus propuestas añadir la siguiente norma a la Ley General de Sociedades, como artículo 450°: "En las sociedades parte de un contrato de grupo: [...] b) No procede la impugnación de acuerdos que prefieran el interés del grupo al interés de la sociedad"⁽¹⁷⁾.

Ninguno de estos anteproyectos legislativos ha recibido finalmente sanción legislativa, por lo que el tema sigue pendiente, pudiendo presentarse nuevas controversias como el caso Romero-Raffo⁽¹⁸⁾ que, aunque se produjo con la legislación societaria actualmente derogada,

aún resulta ilustrativo para el asunto examinado. Sucede pues que la Fábrica de Tejidos San Cristóbal y el Consorcio Peruano de Confecciones (pertenecientes originalmente al Grupo Raffo) atravesaban una difícil situación económica. En ese sentido, Inversiones Shapaja (empresa integrante del Grupo Romero-Raffo, dedicada exclusivamente al negocio inmobiliario) se constituyó como fiadora solidaria ante los diversos acreedores de aquellas, procediendo a constituir hipotecas sobre varios inmuebles de su propiedad, con lo cual los afectó al pago de diferentes obligaciones.

Ante el inicio de una serie de acciones legales que tenían como propósito rematar las garantías otorgadas por Inversiones Shapaja y con la finalidad de evitar que los inmuebles afectados fueran vendidos a precios inferiores a su valor de mercado, la inmobiliaria dispuso entregar algunos de sus bienes como dación en pago, honrando así sus obligaciones ante los acreedores garantizados por ella.

En ese contexto, Carlos Raffo Dasso, accionista minoritario de Inversiones Shapaja y otros socios de esta, impugnaron judicialmente la adjudicación en pago efectuada por aquella, alegando —entre otras cuestiones— que la junta general extraordinaria de accionistas había decidido ilegalmente disponer de los activos de la sociedad, sin ningún beneficio evidente para

(14) El mencionado anteproyecto legislativo integró, como anexo, la tesis que elaboramos para optar el título de abogado en la Universidad de Lima. Cfr. ECHAIZ MORENO, *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)*, cit.

(15) ECHAIZ MORENO, Daniel, "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas", en *Normas Legales*, T. 293, Trujillo, 2000, pp. B-24 y B-25; idem, *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2001, p. 157.

(16) Resolución Ministerial N° 001-2000-JUS.

(17) Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas presentado ante el Ministerio de Justicia con fecha 10 de octubre de 2000.

(18) Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel, *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Fórum Casa Editorial, Trujillo, 2005, pp. 45-54.

esta y con el solo ánimo de pagar deudas de terceras empresas, afectando gravemente el patrimonio social. La inmobiliaria contestó la demanda señalando que no puede hacerse referencia a empresas beneficiadas por el acuerdo de dación en pago cuando se está frente al cumplimiento de obligaciones, las que, en última instancia, han favorecido a todo el Grupo Romero-Raffo.

Otra vez, entonces, la tensión entre el interés grupal y el interés social de las filiales. Para superar la referida situación conflictiva, Jorge Silvio Sicoli comenta que hoy “[...] se ha dejado de lado el esquema de ‘intereses contrapuestos’ para sustituirlo por el de ‘intereses convergentes’”⁽¹⁹⁾. Esta es una aspiración que lamentablemente todavía no es realidad; se cumplirá cuando se entiendan las ventajas de los grupos de sociedades, donde ciertamente no deben existir intereses contrapuestos sino intereses convergentes; todo ello, a partir de la comprensión de la teoría de los grupos de interés (que convoca a los inversionistas mayoritarios y minoritarios, los trabajadores, los acreedores, los consumidores y usuarios, el Estado y la comunidad) dentro del contexto de aplicación de prácticas de *corporate governance*.

6.3. La calificación social

La terminología jurídica (como todo lenguaje especializado) resulta a veces intrincada o, cuando menos, confusa 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 jurídi-

co. 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 para las sociedades; o que la empresa *holding* es la sociedad tenedora de acciones; o se regula a la empresa controlante y la empresa 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; 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 dedi-

⁽¹⁹⁾ SILVIO SICOLI, Jorge, “Alianzas entre empresas”, en *Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 915.

cada 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: anónima ordinaria, anónima cerrada, anónima abierta, colectiva, en comandita simple, en comandita por acciones, civil ordinaria y civil de responsabilidad limitada).

Hasta aquí colegimos fácilmente en la siguiente conclusión: toda sociedad es empresa, pero no toda empresa es sociedad. Y esto lo

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

Nuestra normativa societaria contempla en su Libro Quinto al consorcio y a la asociación en participación bajo el título de “contratos asociativos”, los cuales, como sabemos y según nos

Alternativas de organización empresarial en el Perú			
Organización	Modelo empresarial	Norma legal	
Individual	Empresa unipersonal	Código de Comercio	
	Empresa individual de responsabilidad limitada	Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada	
	Fundación	Código Civil	
Asociación			
Colectiva	Comité	Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas	
	Cooperativa		
	Sociedad	Sociedad anónima ordinaria	Ley General de Sociedades
		Sociedad anónima cerrada	
		Sociedad anónima abierta	
		Sociedad colectiva	
		Sociedad en comandita simple	
		Sociedad en comandita por acciones	
Sociedad civil ordinaria			
Sociedad civil de responsabilidad limitada			