

demuestra la práctica mercantil, pueden ser utilizados por todo tipo de personas jurídicas (y no solamente por las sociedades) e, incluso, por personas naturales; son, en realidad, contratos empresariales que escapan al ámbito societario. Se ha pretendido justificar esta situación manifestando que transitoriamente se les reguló ahí hasta que sean trasladados al Código Civil o a la Ley Marco del Empresariado, pero parece poco convincente seguir alegando una supuesta transitoriedad cuando la Ley General de Sociedades está celebrando su décimo aniversario de entrada en vigencia.

Por otro lado, enfoquemos la común diferenciación entre las llamadas “sociedades de personas” y “sociedades de capitales”, aunque esa distinción hoy en día esté relativizada; modelos típicos de ambas son la sociedad civil (como un estudio de abogados) y la sociedad anónima (como una empresa cervecera), respectivamente. Las primeras tienen representado su capital social mediante participaciones, mientras que las segundas lo tienen representado mediante acciones; solo estas últimas son títulos valores y, por ende, de fácil transmisibilidad y negociabilidad (principio de vocación circulatoria). Es lógico, entonces, hablar de “junta general de accionistas” cuando la sociedad cuenta con acciones y los titulares de estas son accionistas, mas no cuando la sociedad tie-

ne participaciones y sus titulares son participacionistas; aquí estaremos ante una “junta general de participacionistas”. Ambos supuestos pueden ser englobados en el nombre genérico de “junta general de socios”. No obstante, la Ley General de Sociedades utiliza erróneamente esta última denominación en vez de junta general de participacionistas, tratándose de sociedades de personas; ello lo apreciamos, por ejemplo, en su artículo 301°.

#### 6.4. La abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada

La anterior Ley General de Sociedades consignaba en su artículo 273° como abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada: “SRLtda”, pero en vista que el estribillo “tda” no era de uso generalizado, el legislador creyó conveniente consagrar en el nuevo ordenamiento societario (recogiendo la vigente práctica comercial) la abreviatura “S.R.L.”. No obstante, quedó flotando una lógica pregunta: si se trata de una sociedad “comercial” de responsabilidad limitada, ¿por qué no abreviarla como “SCRL”?

Ricardo Beaumont Callirgos pretende absolver aquella interrogante, manifestando lo siguiente: “La respuesta es que la ‘C’ se utiliza para la sociedad civil, tal como se hallaba previsto en los artículos 330° y 332° de la antigua

Órgano de gobierno de la sociedad		Naturaleza de la sociedad	Representación del capital	Titulares de la sociedad
Junta de socios	Junta de accionistas	Sociedad de capitales	Acciones	Accionistas
	Junta de participacionistas	Sociedad de personas	Participaciones	Participacionistas

(20) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, “¿Por qué debiéramos elegir la sociedad anónima cerrada con preferencia a la sociedad comercial de responsabilidad limitada?”, en *Estudios sobre la nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 30.

Ley y [en el] artículo 296° de la Ley vigente N° 26887<sup>(20)</sup>. Sin embargo, nos permitimos discrepar de tal argumento. Veamos, el artículo 330° de la anterior Ley General de Sociedades estipula, para la sociedad civil, la abreviatura “SCiv.”; por su parte, el artículo 332° de dicho texto legislativo consagra, para la sociedad civil de responsabilidad limitada, la abreviatura “SCivR.L.”; y finalmente, el artículo 296° de nuestra vigente *lex societatis* expresa, para la sociedad civil, la abreviatura “SCivil” y, para la sociedad civil de responsabilidad limitada, la abreviatura “SCivil de RL.”. Como puede apreciarse, en ninguno de los cuatro supuestos se emplea la abreviatura “SCRL.”, por lo que no generaría confusión su utilización legislativa. Por ende, si deseamos ser coherentes, debería considerarse como abreviatura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada a las siglas: “SCRL.”.

#### 6.5. La disolución de la sociedad por falta de pluralidad de socios

El primer párrafo del artículo 4° de la Ley General de Sociedades prescribe que “la sociedad se constituye cuando menos por dos socios”, lo que significa la regla general porque existen varias excepciones, que mencionaremos más adelante. La misma norma antes citada sostiene, al finalizar su primer párrafo, que “si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo”. Por su parte, el artículo 407°, inciso 6 de la Ley General de Sociedades contempla como una de las causales de disolución de la sociedad la “falta de pluralidad de socios si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida”. Siguiendo la temática de nuestra legislación societaria, diremos que de disolverse la sociedad vendrá posteriormente su liquidación y, finalmente, su extinción.

El artículo 423° de la Ley General de Sociedades pretende legislar a la sociedad irregular, pero termina pronunciándose respecto a la sociedad de hecho (aquella que opera sin haberse constituido legalmente) y a la sociedad irregular propiamente dicha (aquella que, habiéndose constituido legalmente, sigue operando después de haber sufrido algún incidente en el camino que le hace perder la condición de regular). Precisamente, una de las causales de irregularidad, prevista en su inciso 6, se presenta “cuando continúa en actividad, no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto”. El paso siguiente a la irregularidad, parafraseando el artículo 426° de la Ley General de Sociedades, es, alternativamente, la regularización o la disolución de la sociedad, lo que es solicitado por los socios, los acreedores de los socios, los acreedores de la sociedad o los administradores.

Hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares: a) la sociedad requiere, por regla general, de dos socios como mínimo; b) si se pierde la pluralidad antedicha, existe un plazo de seis meses para recomponerla (búsqueda de un nuevo socio); c) vencido el plazo y no recompuesta aquella pluralidad, entonces la sociedad incurre en causal de disolución y, por ende, debe disolverse, liquidarse y extinguirse; d) si la sociedad sigue operando se convierte en irregular; y, e) ante la condición de irregular caben dos posibilidades: regularizarla (es decir, hacerla pasar de irregular a regular recomponiendo la pluralidad de socios) o disolverla (lo cual conlleva a su posterior liquidación y extinción). Llegamos así a la cuestión controvertida. Nuestra legislación societaria refiere contradictoriamente, por un lado, que el efecto de la pérdida de la pluralidad de socios y su no recomposición en el plazo legal es la “disolución de pleno derecho” (artículo 4°, primer párrafo *in fine* de la Ley General de Sociedades) y, por otro lado, que ante la misma si-

tuación el efecto es la “disolución” (artículo 407°, inciso 6 de la Ley General de Sociedades).

La disolución de pleno derecho es, como su nombre lo indica, absoluta y no admite ninguna excepción, de forma tal que ante ella la sociedad debe disolverse sí o sí. Por el contrario, la disolución (lata y sin ningún agregado) es relativa porque permite que se ingrese en el terreno de la sociedad irregular que admite tanto la disolución como la regularización. En consecuencia, el asunto controvertido es si una sociedad que ha perdido la pluralidad de socios, no la ha recompuesto en los seis meses siguientes y sigue operando puede regularizarse incorporando un nuevo socio o solo le queda el camino de la disolución. Así, tenemos que, dentro del mismo cuerpo legal, subsisten dos disposiciones: una que prescribe la disolución de pleno derecho y otra que hace lo propio con la simple disolución. Contamos, asimismo, con dos herramientas que ofrece la hermenéutica jurídica: la interpretación literal y la interpretación sistemática, las que ofrecen argumentos a favor de una y otra posición.

De acuerdo con la interpretación literal apreciamos que la expresión “disolución de pleno derecho” no admite contravención y, por consiguiente, tampoco que, vía acuerdo entre los socios, se regularice una situación que está “herida de muerte” por mandato legal; en tal orden de ideas, la posterior alusión a la simple disolución debiera entenderse, en aquel sentido, como una disolución de pleno derecho. Por el contrario y según la interpretación sistemática diremos que ambas normas se ubican dentro de la Ley General de Sociedades, pero la segunda (aquella que propugna la simple disolución) es la específica porque se refiere precisamente a la disolución de la sociedad, mientras que la otra (aquella que alega la disolución de pleno derecho) se encuentra dentro del contexto de las “reglas generales” aplicables a todas las sociedades.

Entre ambas tesis, esta última parece ser la menos convincente, lamentablemente. En efecto, poco puede alegarse ante una expresión tan lacónica como “disolución de pleno derecho”. Por ello, creemos que no queda otro camino que la disolución, siendo inviable, en las circunstancias expuestas anteriormente, la regularización de la sociedad con la incorporación de un nuevo socio después de haber vencido el plazo legal. Claro está que nada impide que, durante la etapa de liquidación, la sociedad se transforme, fusione o escinda, en aplicación de las estipulaciones contenidas en los artículos 342°, 364° y 388° de la Ley General de Sociedades, respectivamente. Entonces, en una situación práctica, la sociedad que perdió la pluralidad de socios y que pretende recomponerla después de haber transcurrido más de seis meses, solo podría hacerlo si es que se disuelve y liquida, de forma tal que durante la liquidación, por ejemplo, adopta otra forma societaria.

Lo expuesto, que constituye nuestra respuesta legal ante la problemática planteada y que se enmarca dentro de la legislación vigente, no significa que compartamos tal criterio normativo, muy por el contrario, dejamos asentada nuestra discrepancia. El legislador debe comprender que el Derecho mercantil es una disciplina jurídica especialmente permeable porque regula las cuestiones comerciales que se nutren, más que otras, de la propia realidad; en tal sentido, la autonomía de la voluntad cobra singular importancia. Como manifestaba nuestro maestro Enrique Normand Sparks en una frase que usualmente recordamos, “el Derecho mercantil no es un Derecho de sanciones, sino un Derecho de consecuencias”. Siendo ello así, como firmemente lo creemos, el legislador debió prever que la falta de recomposición de la pluralidad de socios en el plazo legal conlleva a la disolución y que, de continuarse en actividad, implica la irregularidad que subsume dos posibles alternativas: la regularización o la disolución. Nada más; entonces, simple disolución y no disolución de pleno derecho.

Como se aprecia, en este contexto propuesto se generan consecuencias: si la sociedad no recompuso su pluralidad de socios en el plazo de seis meses será irregular y, si es irregular, surge la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, los representantes y, en general, de quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de dicha sociedad irregular, a la luz del artículo 424° de la Ley General de Sociedades. Por el contrario, en el actual contexto se genera, no consecuencias, sino una sanción, por lo demás ilógica y desproporcionada: si la sociedad no recompuso su pluralidad de socios en el plazo de seis meses se disuelve de pleno derecho. Abogamos, entonces, atendiendo a las consideraciones precedentes, por una pronta modificación legislativa del artículo 4° de la Ley General de Sociedades para que se suprima aquella alusión a la disolución de pleno derecho y quede tan solo como una simple disolución.

## 7. Principales temas de regulación incompleta

A continuación, desarrollamos cinco temas en los que existe una labor inconclusa en la Ley General de Sociedades, siguiendo para ello el propio orden del texto societario. Ellos son los siguientes: a) los convenios parasocietarios; b) la legitimidad en la adopción de la denominación o razón social; c) el fondo empresarial; d) la titularidad de derechos respecto a la sucursal; y e) la regulación legal de los contratos asociativos.

### 7.1. Los convenios parasocietarios

Los convenios o acuerdos parasocietarios son aquellos celebrados entre socios o entre

estos y terceros respecto a asuntos que, en cierta medida, conciernen a la sociedad. 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 estos 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 perfectamente exigible; podemos afirmar que este es el criterio seguido por nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 8°.

La normativa 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 (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 estos y no de la sociedad).

Sindicación de acciones	
Modalidad	Finalidad
Sindicato de voto	Gobernar la sociedad o influir en su gobierno
Sindicato financiero	Especular con valores mobiliarios
Sindicato de colocación	Colocar los valores mobiliarios en el mercado
Sindicato de garantía	Colocar valores mobiliarios a cambio de una comisión
Sindicato de resistencia	Limitar la transferencia de acciones a terceros
Sindicato de administración	Defender los intereses de los socios vinculados a la administración

### 7.2. La legitimidad en la adopción de la denominación o razón social

El artículo 9° de la Ley General de Sociedades 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, solo 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 de 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:

Grupo Cosapi <sup>(21)</sup>	
Subsidiaria	Objeto empresarial
Cosapi Data	Soluciones en sistemas de información
Cosapi Soft	Desarrollo de sistemas de información
Cosapi Chile	Construcción
Cosapi Organización Empresarial	Holding

Igual sucede con el Grupo Telefónica donde se aprecian a empresas como:

Grupo Telefónica <sup>(22)</sup>	
Subsidiaria	Objeto empresarial
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
Telefónica Finance Limited	Financiera

En estos y otros casos, de acuerdo con 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 (Decreto Legisla-

tivo N° 823) 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 Ley General de Sociedades, siempre que se haya observado el procedimiento legal para la homonimia, previsto en la Ley N° 27411, y ello no cause, claro está, confusión en el mercado a los consumidores y usuarios.

### 7.3. El fondo empresarial

La reorganización societaria alude a los mecanismos con los que se modifica la estructura actual de una sociedad para adaptarla a

(21) Cfr. "Cosapi", en [www.cosapi.com.pe](http://www.cosapi.com.pe).

(22) Cfr. "Telefónica", en [www.telefonica.es/quienes/05/index.html](http://www.telefonica.es/quienes/05/index.html).

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 Ley General de Sociedades.

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 consiguiente, exponiéndolo de modo más didáctico, encontramos hasta siete alternativas respecto a la conformación del bloque patrimonial que se escinde:

El bloque patrimonial	
1	Un activo
2	Un conjunto de activos
3	El conjunto de un activo y un pasivo
4	El conjunto de un activo y varios pasivos
5	El conjunto de varios activos y un pasivo
6	El conjunto de varios activos y varios pasivos
7	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 menciona.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano no existe pronunciamiento alguno acerca del fondo empresarial, a pesar que lo tenemos expresado en la Ley General de Sociedades desde su entrada en vigencia, esto es, hace diez años, siendo acaso la única referencia el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado que es tan solo una propuesta que sigue aguardando sanción legislativa. En la versión de octubre de 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 este 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 (unificación), porque es ahí cuando se vislumbra que la empresa es la reunión dinámica de diversos elementos, no solo 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 *azienda*– 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, solo por citar uno de los casos más antiguos, en Argentina mediante la Ley de transmisión de establecimientos comerciales e industriales, aprobada por la Ley N° 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 Ley General de Sociedades. Solo como nota al margen 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 solo podrán afectar el patrimonio personal del titular cuando los bienes que integran el fondo resultaran insu-

ficientes”; contemplándose así tácitamente la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica o 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.

#### 7.4. 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 económico [...]. En sentido amplio, puede considerarse sociedad filial no solo 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 “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 esta”, 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 los atributos que se le confieren a las

personas jurídicas al no constituir un sujeto de derecho distinto del cual depende jurídica y económicamente.

Nuestra Ley General de Sociedades, 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 esta laguna jurídica, la que nos informa que una empresa (Diter S.A.) otorgó hipoteca

Principales grupos empresariales en el sistema bancario peruano		
Grupo	País de origen	Subsidiaria bancaria
Grupo Credicorp	Perú	Banco de Crédito BCP
Grupo Brescia	Perú	BBVA Banco Continental
Grupo Rodríguez Pastor	Perú	Interbank
Grupo Scotia	Canadá	Scotiabank Perú
Grupo Altas Cumbres	Chile	Banco del Trabajo
Citigroup	Estados Unidos	Citibank Perú
Grupo Falabella	Chile	Banco Falabella

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 solo la responsabilidad por obligaciones que recae en la empresa matriz, sino también la titularidad de derechos.

### 7.5. 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 Ley General de Sociedades solo contempló a la asociación en participación; por ello, causó impacto en el foro peruano cuando la nueva legislación societaria acogió al consorcio y reguló a ambos dentro del Libro Quinto dedicado a los contratos

asociativos. Ante la novedad, 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*<sup>(23)</sup>; en semejante sentido, Walter Gutiérrez Camacho explicaba que se trataría del *joint venture*, puesto que ésa fue la intención del legislador y por lo cual hubiera sido preferible llamarlo por su denominación castellana: contrato de riesgo compartido<sup>(24)</sup>.

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 Ley General de Sociedades 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, pues se ha evitado 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<sup>(25)</sup>.

(23) MONTROYA ALBERTI, Hernando, “Los contratos de colaboración empresarial y la codificación del Derecho mercantil”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 47, Lima, 1997, p. 108.

(24) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, “El contrato de consorcio”, en *Estudios Societarios & Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 363.

(25) De ahí que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-PCM) regula al contrato de riesgo compartido en su artículo 204°, en cuyo segundo párrafo se lee: “Conforme a su naturaleza, los contratos de riesgo compartido son de carácter asociativo, destinados a realizar un negocio común,

## 8. Principales temas sin regulación

Finalmente, hay cuestiones que no han sido previstas en la Ley General de Sociedades, a continuación, abordaremos cuatro de ellas: a) la naturaleza jurídica de la sociedad; b) la sociedad de un solo socio; c) la exclusión del socio en la sociedad anónima; y d) el canje de acciones. No obstante, existen otros tópicos igualmente interesantes como son el capital social mínimo y la teoría del gobierno corporativo.

### 8.1. 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.

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. Esta mixtura de criterios se dejó entrever en el seno de la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades cuando se sometió a discusión el

artículo 1° de su texto normativo, más aún cuando se criticaba que la anterior legislación societaria había 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 géneris 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 Ley General de Sociedades. 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 este, 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 com-

partido: la constitución de la sociedad. Siendo esto así hallamos a varias partes que lo celebran, estos 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). 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.

### 8.2. La sociedad de un solo socio

Cuando una multinacional pretende incursionar en el mercado peruano constituyendo una subsidiaria en nuestro país bajo el es-

quema de la organización societaria encuentra un inicial inconveniente en la exigencia contenida en el artículo 4° de la Ley General de Sociedades, según el cual se requiere cuando menos dos socios para la constitución de la sociedad. Tratándose de una multinacional de tamaño considerable, con sólida presencia en el mercado, reconocida reputación, suficiente patrimonio y que goza de un admirado *know how*, quizás poco pueda interesarle contar con un socio, más aún si se trata de un inversionista local (si le interesase sería más conveniente la celebración de un contrato de *franchising*). En ese escenario, solo 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 inquestionable; de ahí que la verdad jurídica sea que esta sociedad tendrá dos socios, empero la verdad real es que solo 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 se cree. Es menester anotar que no estamos refiriéndonos a los supuestos excepcionales que la propia normativa jurídica franquea, tal como sucede, por ejem-

por un plazo que podrá ser determinado o indeterminado, en el que las partes aportan bienes o recursos o servicios que se complementan, participando en la utilidad, el ingreso bruto, la producción u otras formas que convengan, pudiendo ejercer cualesquiera de las partes o todas ellas la gestión del negocio compartido”.

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

plo, con las subsidiarias de las empresas del sistema financiero, las sociedades agentes de bolsa y las empresas del Estado que, de acuerdo con la legislación de la materia, se constitu-

yen como sociedades anónimas sin exigírseles la pluralidad de socios<sup>(26)</sup>.

Así, en la realidad empresarial encontramos casos como estos:

La estructura accionaria en el mercado peruano			
Grupo	Matriz	Subsidiaria	Participación
Crédito	Banco de Crédito	Inversiones BCP	99.99%
Graña y Montero	Graña y Montero	GME Desarrollo Inmobiliario	99.99%
Milpo	Compañía Minera Milpo	Cuyuma	99.91%

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

El distribuir la participación en el capital social con márgenes extremos (pero que acontecen en la realidad, según lo que apreciamos) 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 asombrosamente se sustenta –igualmente– en los propios conceptos jurídicos. Nos referimos a la constitución de una empresa individual de responsabilidad limitada (persona jurídica) por una persona natural para que luego esta con aquella 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 Ley General de Sociedades 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:

Somos de la opinión que el postulado esencial del 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. 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 solo a un titular.

Las sociedades unipersonales en la legislación extranjera	
Nombre	País
Sociedad de fundación unipersonal	Alemania
Sociedad de responsabilidad limitada unipersonal	Italia
Empresa unipersonal	Colombia
Sociedad unipersonal de responsabilidad limitada	Francia
	España
	Dinamarca
	Holanda
	Portugal
	Bélgica
	Luxemburgo

### 8.3. La exclusión del socio en la sociedad anónima

Atendiendo al artículo 83° de la Ley General de Sociedades, “las acciones se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de la junta general”; esto último ocurre, por ejemplo, cuando se realiza un aumento del capital social. Las acciones creadas deben ser suscritas, lo que constituye el “principio de integridad” y sirve para que la sociedad cuente con un obligado a efectuar el aporte. Así, las acciones creadas y suscritas serán pagadas para emitirse, a tenor del artículo 84° de la mencionada ley. No obstante, se permite la emisión aun cuando las acciones no hayan sido pagadas totalmente pues basta cumplir con el 25% de su valor nominal, en virtud del “principio de desembolso mínimo”<sup>(27)</sup>.

Es en esta situación donde se presenta la posibilidad que el socio incumpla con el pago de aportes, por lo que deviene en socio moroso y contra este, de acuerdo con el artículo 22° de la Ley General de Sociedades, la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación o excluir a dicho socio. A partir de la norma aludida nos preguntamos: a) ¿es un derecho de la sociedad optar por cualquiera de esas dos alternativas?; b) ¿podrá la sociedad elegir una alternativa diferente a las legisladas?; y c) de ser posible optar por una alternativa distinta, ¿requerirá estar prevista en el estatuto social?

En cuanto a la primera pregunta, la frase “la sociedad puede”, contenida en el artículo *sub examine*, nos releva de mayores comenta-

rios (interpretación por método gramatical). Sin lugar a dudas, se trata de un derecho de la sociedad optar entre la exigencia del cumplimiento del aporte y la exclusión del socio cuando este califica como un socio moroso. Es menester precisar que la norma resulta aplicable a las sociedades sin perjuicio de la forma societaria que hubiesen adoptado porque aquella se encuentra ubicada en el Libro Primero titulado precisamente: “Reglas aplicables a todas las sociedades” (interpretación por método sistemático). Por lo demás, siendo un derecho que la legislación franquea a favor de las sociedades entonces no se requiere su previsión estatutaria como requisito para el correspondiente ejercicio.

Respecto a la segunda, nada impide que la sociedad pueda actuar de una forma distinta a las previstas en el artículo 22° de la Ley General de Sociedades; por ejemplo, exigiendo el cumplimiento fraccionado del aporte según un cronograma de pagos. Téngase en consideración que la exclusión del socio es la medida más radical, en tanto el socio pierde su condición de tal por decisión social, ajena a su voluntad, de tal forma que si la sociedad puede lo más, con mayor razón puede lo menos (integración por método analógico a fortiori).

Finalmente, concerniente a la tercera, la alternativa distinta a la exigencia del cumplimiento y la exclusión del socio, previstas en el comentado artículo 22° de la Ley General de Sociedades, que si es posible según lo analizado, no requerirá estar prevista en el estatuto

(27) Distinta es la previsión legal del Código de Comercio colombiano (Decreto N° 410) puesto que, según el primer párrafo del artículo 376°, “al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del 50% del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba”. Lo anterior se complementa con el primer párrafo *ab initio* del artículo 400° que señala: “Mientras el valor de las acciones no esté cubierto íntegramente, solo se expedirán certificados provisionales a los suscriptores”. Y este mismo artículo subraya en su segundo párrafo: “Pagadas totalmente las acciones se cambiarán los certificados provisionales por títulos definitivos”.

social, pudiendo consistir en un acuerdo adoptado por la junta general de socios, en aplicación del artículo 115°, inciso 8 del referido texto societario, según el cual compete a la junta general resolver en los casos que lo requiera el interés social. Así, la sociedad podría considerar que, en aras de la satisfacción del interés social, es conveniente aceptar el cumplimiento fraccionado del aporte según un cronograma de pagos en vez de actuar judicialmente para exigir el cumplimiento del aporte o excluir al socio.

Nuestra Ley General de Sociedades no se pronuncia expresamente respecto a la exclusión del socio en la sociedad anónima, lo que difiere del tratamiento legal que ofrece para el resto de formas societarias. En este escenario es que surge la duda de si es posible o no incluir una cláusula estatutaria que permita la exclusión del socio en determinadas circunstancias. Téngase en cuenta que el artículo 55° de la Ley General de Sociedades estipula: “[...] Adicionalmente, el estatuto puede contener: a) Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad”.

El transcrito dispositivo legal contiene una cláusula abierta que posibilita la incorporación en el estatuto social de todo pacto lícito que resulte conveniente para la organización de la sociedad. En principio, entonces, sería factible considerar en una sociedad anónima una cláusula estatutaria con el siguiente texto: “El accionista, a quien se le encuentre responsabilidad por acto doloso o culposo en perjuicio de la empresa o cuyas actitudes sean contrarias al desarrollo de esta, de tal manera que se afecten

sus intereses sociales, será excluido en forma automática, pasando sus acciones a favor de la misma como indemnización por los daños y perjuicios generados y/o para efectos de cubrir parte del daño ocasionado”<sup>(28)</sup>. O también: “Son causas de exclusión de accionistas: el incumplimiento del pago de obligaciones económicas por aportaciones o cuotas por gastos de administración y otros; atentar contra los intereses de la empresa; aprovechar su condición de accionistas para negociar con terceros; haber sido privado de sus derechos civiles; grave falta; causar grave daño por escrito o verbalmente; mal uso de los fondos sociales o apropiación ilícita; ausencia prolongada, injustificada e incommunicada; y promover acciones divisionistas”<sup>(29)</sup>.

Los supuestos contemplados en las anteriores cláusulas estatutarias devienen en demasiado amplios en torno a la exclusión del socio, amparándose en que el citado artículo 55°, inciso a de la Ley General de Sociedades tiene un texto abierto y, más aún, en que, de acuerdo con el artículo 2°, inciso 24, literal a de la Constitución Política del Estado, nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, debiendo remarcarse que el estatuto social forma parte del contrato de sociedad, al mismo que como tal le resulta aplicable el artículo 1354° del Código Civil que bien refuerza la argumentación legal a favor de aquellas cláusulas cuando estipula que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (principio de libertad contractual).

(28) Este es el contenido del artículo 20° del estatuto social de la Empresa Molinera Tocache S.A. que fue materia de una acción de amparo (Expediente N° 123-2001-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de octubre de 2001).

(29) Este es el contenido del artículo 11° del estatuto social de la Empresa de Transportes El Nazareno S.A. que fue materia de un procedimiento administrativo en sede registral (Resolución N° 120-2000-ORLC/TR de fecha 25 de abril de 2000).



De ser así, solo habría que priorizar la autonomía de la voluntad para incluir las causales de exclusión de socios que se crean convenientes, sin ninguna restricción, prescindiendo, por ejemplo, de la propia naturaleza jurídica de la sociedad anónima que la muestra como una sociedad capitalista donde prima el *intuitu pecuniae*.

No nos parece acertado y, por ello, juzgamos que encontramos una mejor redacción de la norma en el Código de Comercio de Colombia cuando, en su artículo 110° prescribe: “La sociedad comercial<sup>(30)</sup> se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: [...] 14. Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato”. Cuando se indica que los pactos contenidos en el estatuto social deben ser compatibles con la índole de cada tipo de sociedad significa que respetarán la naturaleza jurídica de la forma societaria de que se trate y, en consecuencia, no serían admisibles causales de exclusión en una sociedad anónima que incidan en la propia condición personal del socio y no en su relación con el capital social, como las transcritas: haber sido privado de sus derechos civiles; ausencia prolongada, injustificada e incommunicada de la sociedad; y promoción de acciones divisionistas entre los socios<sup>(31)</sup>.

En cierta manera, la jurisprudencia peruana se ha pronunciado en este sentido cuando sostiene: “Décimo tercero.- Que, por las razones expuestas, la libertad de pacto que estable-

ce el artículo 55° de la Ley General de Sociedades no debe llevar a establecer que esta libertad es absoluta; por ello, estamos de acuerdo con aquella doctrina que establece que los pactos lícitos son aquellos que no solo no deben violar normas imperativas, sino además que no han de ser contrarios al sistema de regulación social impuesto por la Ley General de Sociedades<sup>(32)</sup>.”

La recapitulación de los comentarios aquí vertidos encuentra congruencia: en la sociedad anónima, *solo* cabe la exclusión del socio por falta de pago de sus aportes (artículo 22° de la Ley General de Sociedades), mas no por el incumplimiento de sus prestaciones accesorias u obligaciones adicionales, siendo ajena a la naturaleza jurídica de la propia sociedad anónima la incorporación en el estatuto social de causales de exclusión del socio que incidan en su condición personal.

Más conveniente hubiera resultado que el legislador se pronunciase sobre el tema en cuestión, a efectos de evitar criterios como el que bien se sintetiza en el voto en discordia que seguidamente transcribimos en su parte pertinente: “Sexto.- Que, dado que no existe norma que prohíba pactar la exclusión de accionistas en la sociedad anónima ordinaria, que la exclusión de accionistas no es una característica esencial de las sociedades anónimas cerradas y que no existe inconveniente en incluir en el estatuto de sociedades anónimas ordinarias disposiciones previstas para las sociedades anónimas cerradas que no contravengan la regulación de

la sociedad anónima ordinaria, se concluye que pactar causales de exclusión en las sociedades anónimas ordinarias es lícito, razones por las que debe revocarse la observación<sup>(33)</sup>. Discrepamos de los tres argumentos contenidos en este pronunciamiento judicial.

Que no exista una norma expresa que prohíba pactar la exclusión del socio en la sociedad anónima, no significa que ello esté per se permitido porque los límites a la contratación rebasan el texto estricto de las prohibiciones legales, puesto que también hay que considerar el orden público y las buenas costumbres (artí-

culo V del Título Preliminar del Código Civil), así como las leyes de carácter imperativo (artículo 1354° del mismo código) y, claro está, la propia naturaleza de las cosas (lo contrario es un acto *ultra vires* en su máxima expresión).

Por otro lado, que la exclusión del socio no es una característica esencial de las sociedades anónimas cerradas constituye una afirmación tendenciosa que procura restringir la figura de la exclusión del socio a esa forma societaria, cuando ello no es así porque nuestra Ley General de Sociedades contiene una regulación expresa para diversas formas societarias:

La exclusión del socio en la Ley General de Sociedades	
Norma legal	Forma societaria
Artículo 248°	Sociedad anónima cerrada
Artículo 276°	Sociedad colectiva
Artículo 293°	Sociedad comercial de responsabilidad limitada
Artículo 303°, inciso 3	Sociedad civil

Por lo tanto, la exclusión del socio no es una característica esencial “solamente” de las sociedades anónimas cerradas, sino de toda sociedad de naturaleza “cerrada”, donde encajan –en nuestro sistema legislativo– la sociedad anónima cerrada, la sociedad colectiva, la sociedad comercial de responsabilidad limitada y la sociedad civil, pero de ningún modo la sociedad anónima, siendo únicamente posible la exclusión del socio en esta cuando se trate de la afectación, en cuanto al aporte del socio, al capital social.

Finalmente, sostener que no existe inconveniente para incluir en el estatuto social de las sociedades anónimas aquellas disposiciones

previstas para las sociedades anónimas cerradas que no contravengan la regulación de aquella implica, igualmente, mucha ligereza en el razonamiento jurídico. Si la sociedad anónima, a diferencia de la sociedad anónima cerrada, carece de una norma legal expresa sobre las causales de exclusión del socio significa que estamos ante una laguna del Derecho que requiere, no de interpretación jurídica, sino de integración jurídica, siendo por ello aplicable bien el método analógico o bien el método principista.

*El método analógico* es el que se ejecuta en el voto en discordia *sub examine* al pretender que la norma de exclusión del socio en la

(30) La expresión “sociedad comercial” alude a la sociedad en general que comprende la sociedad colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad de economía mixta, la sociedad extranjera y la sociedad mercantil de hecho.

(31) En el Perú hay un intento, aunque circunscrito a la sociedad civil, cuando en el artículo 303° *in fine* de la Ley General de Sociedades se indica que, en el pacto social, podrán incluirse los demás pactos lícitos que los socios deseen establecer, “siempre y cuando no colisionen con los aspectos sustantivos de esta forma societaria”.

(32) Resolución N° 120-2000-ORLC/TR de fecha 25 de abril de 2000.

(33) Resolución N° 120-2000-ORLC/TR de fecha 25 de abril de 2000 (voto en discordia).

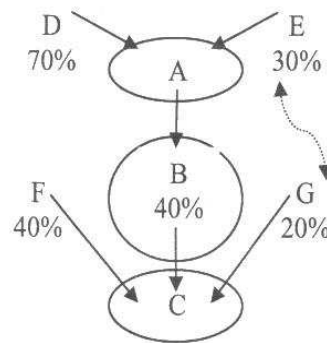
sociedad anónima cerrada se aplique por analogía a la exclusión del socio en la sociedad anónima, pero esto no es posible porque aquella norma, contenida en el artículo 248° de la Ley General de Sociedades, es restrictiva de los derechos del socio y, según dispone el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que restringe derechos no se aplica por analogía. Hay que acudir más bien al *método principista*, específicamente al principio “trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales”, de manera tal que los socios de una sociedad anónima (donde predomina el *intuitu pecuniae*), al ser diferentes de los socios de una sociedad anónima cerrada (en que prima el *intuitu personae*), merecen un trato distinto respecto a su exclusión de la sociedad.

#### 8.4. El canje de acciones

Durante la década del setenta se elaboró en Francia una “Propuesta de Ley sobre los Grupos de Sociedades y Protección de Accionistas y del Personal”, más conocida como el “Proyecto Cousté”<sup>(34)</sup>. En este documento se recoge la figura del canje de acciones en los grupos de sociedades piramidales, lo cual implica la transferencia de acciones que el socio minoritario de una sociedad de tercer nivel efectúa al socio que posea participación mayoritaria en esa sociedad, a cambio de que aquel se convierta en socio de la sociedad controlante de primer nivel. Ejemplificando lo dicho tenemos que la sociedad A controla a la sociedad B y esta controla a la sociedad C. Los socios de A son D y E con 70% y 30% de participación, respectivamente, mientras que los socios de C son B, F y G con 40%, 40% y 20% de participación, respectivamente. Este último (el socio G), en calidad de socio mino-

ritario de una sociedad de tercer nivel (la sociedad C), transfiere su participación del 20% a B, quien ahora será el socio mayoritario en la sociedad de segundo nivel (la sociedad B) con el 60%, a cambio que aquel (el socio G) se convierta en socio de la sociedad de primer nivel (la sociedad A) junto a D y E (quienes reducirán su participación original).

Una versión mucho más simplificada que la anterior se ha presentado posteriormente en diversos negocios, muchos de ellos de gran envergadura, siendo particularmente interesante el caso Bavaria que se ha dado en dos importantes ocasiones: a) en 1969, cuando la familia colombiana Santo Domingo saltó de Cervecería Águila (una compañía local en Barranquilla) a la Cervecería Bavaria (una gran sociedad con más de 100 mil socios); y b) en el 2002, cuando la misma familia Santo Domingo hizo lo propio desde Cervecería Bavaria hasta la multinacional SABMiller (la segunda cervecera en el mundo). En todos estos casos hay grupos de sociedades involucrados: el Grupo Santo Domingo, el Grupo Bavaria y el Grupo SABMiller.



(34) Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS. “Problemas actuales del Derecho de Sociedades: Proyecto de Ley Cousté sobre grupos de sociedades en Francia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 124, Madrid, 1972, pp. 221 y ss.

Respecto a la primera operación, en la literatura especializada se ha escrito: “Le pedí la opinión sobre la conquista de los Santo Domingo a un ex directivo de Bavaria de la época y me respondió: ‘Yo no diría que fue un negocio leonino para Bavaria, no creo, yo lo que sí creo es que fue un negocio mal concebido por parte de Alberto Samper [presidente de Bavaria] en el sentido de que él pudo comprar emitiendo unas acciones y vendiéndoselas al público y no haber comprado Águila con acciones de Bavaria. Es decir, le dio la oportunidad a Santo Domingo de ser el accionista más grande de Bavaria cuando aquello era una sociedad abierta’. [...] Hasta el momento en que se concretó la venta de Águila, Bavaria no tenía ni un solo socio con más del 3% de las acciones. De un golpe, los Santo Domingo ingresaron en la sociedad anónima con el 12%”<sup>(35)</sup>.

Y en cuanto a la segunda operación: “Luego de meses de rumores y especulaciones, la cervecera colombiana Bavaria, la segunda mayor de Sudamérica y fundada en 1889, ha sido adquirida por la sudafricana SABMiller en la mayor transacción de la historia del país sudamericano. Se trata de una fusión por absorción<sup>(36)</sup> en la cual la multinacional sudafricana con sede en Londres obtendrá el 71.8% de las acciones de Bavaria, propiedad de la familia Santo Domingo (dueña de Caracol Televisión y, hasta hace poco, de Avianca) que, a su vez, recibirá 225 millones de acciones ordinarias de SABMiller, lo que equivale al 15.1% de la compañía. SABMiller pagará cerca de 7800 millones de dólares”<sup>(37)</sup>.

Lo cierto es que, como puede apreciarse, el canje accionario en los grupos de sociedades es una modalidad frecuentemente utilizada. No obstante, la Ley General de Sociedades no cuenta con una norma específica, mas existe una previsión legal en el artículo 101° que merece traerse a colación: “Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar. [...] Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar las acciones, [...]”.

A partir de esto nos preguntamos si podrán canjearse las acciones de la sociedad controlada por acciones de la sociedad controlante cuando se ha pactado estatutariamente la prohibición temporal de transferir las acciones. Habrá que considerar entonces si el canje de acciones implica una transferencia de estas. Encontramos dos supuestos: el “canje propio” cuando solo se canjean acciones y el “canje impropio” cuando se canjean acciones y, además, se paga en dinero.

En el primer caso estamos ante un contrato de permuta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1602° del Código Civil: “Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes”. Y el artículo 1603° del mismo texto legal prescribe: “La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables”.

(35) REYES, Gerardo, *Don Julio Mario. Biografía no autorizada del hombre más poderoso de Colombia*, 2ª ed., Ed. B Colombia, Bogotá, 2004, pp. 92 y 93.

(36) Discrepamos de esta aseveración porque, de ser así, Bavaria se hubiese extinguido. Se trata, más bien, de la adquisición de una empresa.

(37) “Bavaria ha sido adquirida por SABMiller”, en [http://es.wikinews.org/wiki/Bavaria\\_ha\\_sido\\_adquirida\\_por\\_SABMiller](http://es.wikinews.org/wiki/Bavaria_ha_sido_adquirida_por_SABMiller).

Canje de acciones				
Modalidad	Concepto		Naturaleza jurídica	Normativa aplicable
Canje propio	Se canjean acciones		Contrato de permuta	Contrato de compraventa
Canje impropio	Se canjean acciones y se paga dinero	El valor de las acciones es igual o mayor al valor del dinero		
		El valor de las acciones es menor al valor del dinero	Contrato de compraventa	

Para el segundo caso debemos recurrir al artículo 1531° del Código Civil donde se lee: “Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé. Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor”.

Por tanto, en cualquiera de los dos supuestos concluiremos en la normativa aplicable al contrato de compraventa porque: a) si es canje propio donde solo se canjean acciones, eso es un contrato de permuta que se rige por las disposiciones del contrato de compraventa; b) si es canje impropio en el que se canjean acciones y además se paga dinero, siendo que el valor de las acciones es igual o mayor al valor del dinero, eso constituye un contrato de permuta que, como se anotó, se rige por las disposiciones del contrato de compraventa; y, c) si es canje impropio donde el valor de las acciones es menor al valor del dinero, eso califica como un contrato de compraventa. Y para el reiterado contrato de compraventa, la norma matriz dispone: “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero”.

Con lo expuesto en líneas precedentes queda asentado que el canje de acciones en una u otra modalidad supone una transferencia de las mismas y, siendo ello así, no podrán canjearse cuando, en aplicación del artículo 101° de la Ley General de Sociedades, se haya pactado en el estatuto social la prohibición temporal de transferirlas.

## 9. Corolario

Nuestra vigente Ley General de Sociedades 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 mercantil dentro del cual se asienta la disciplina jurídica societaria. Ofrecemos nuestro concurso permanente para el análisis razonado de nuestra legislación societaria, ofreciendo no solo críticas constructivas, sino por sobre todo propuestas de contenido práctico; bien sabemos que el Derecho es una ciencia social, por lo que es imperativo la activa participación de quienes, de una u otra manera, estamos involucrados en el mundo jurídico. **JuS**