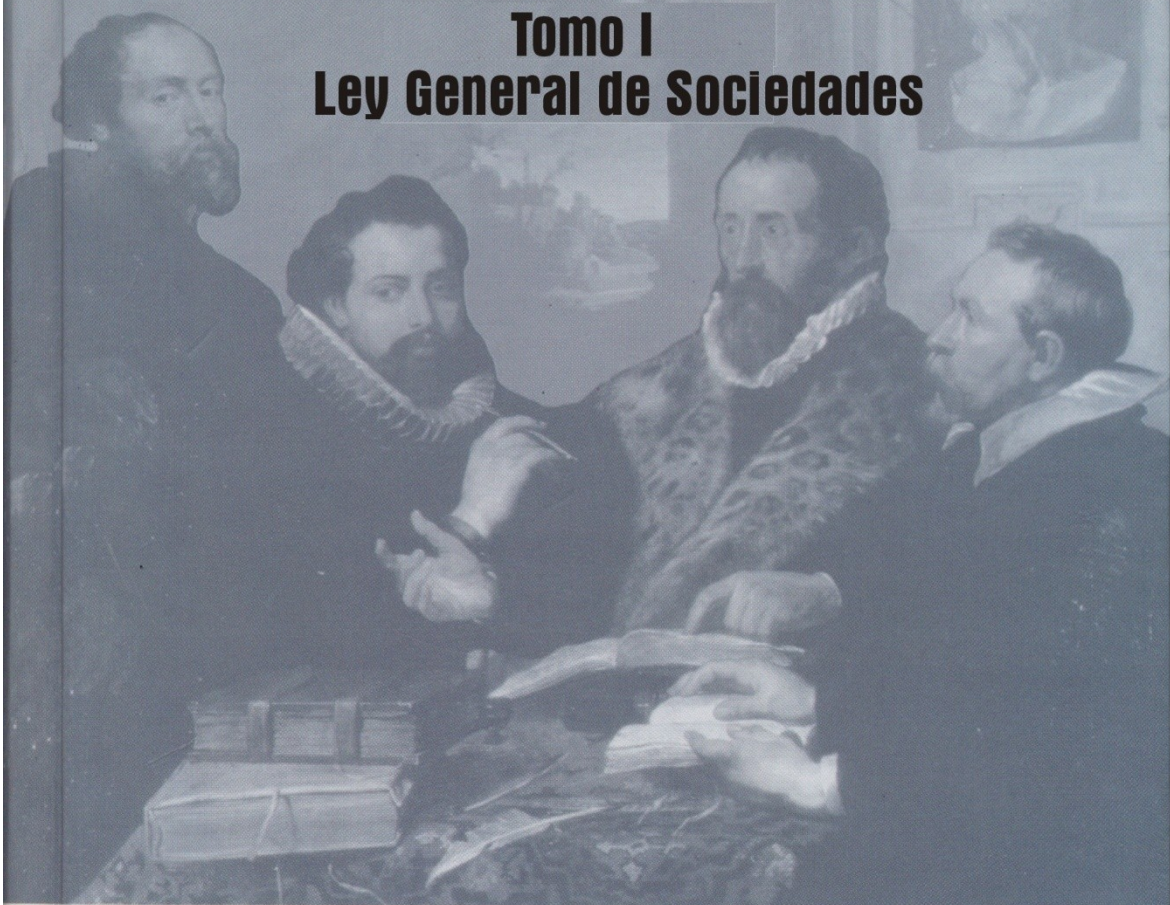


INSTITUTO PERUANO DE
DERECHO MERCANTIL

TRATADO DE
DERECHO MERCANTIL

Tomo I
Ley General de Sociedades



GACETA JURIDICA

INDICE

(Para dirigirse al tema: presione la tecla CTRL + clic del mouse)

1. LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS
2. LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR LA PROPIA SOCIEDAD
3. EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL
4. CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN
5. EL CONTRATO DE CONSORCIO
6. EL CONTRATO DE SOCIEDAD
7. EL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE
8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACCIONISTA
9. EL DIRECTORIO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS
10. LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES
11. ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACIÓN DE UTILIDADES
12. LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES
13. LA FUSION y LA ESCISION EN LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES: ALGUNAS APROXIMACIONES
14. EL GERENTE GENERAL
15. ANALISIS JURIDICO DEL "CONTROL" EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES
16. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS
17. IMPUGNACION y NULIDAD DE ACUERDOS SOCIETARIOS
18. LA INSCRIPCION REGISTRAL EN EL REGISTRO DE SOCIEDADES ACTOS INSCRIBIBLES, CONSTITUCIÓN y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD
19. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS
20. LA MODIFICACION DEL ESTATUTO, EL AUMENTO Y LA REDUCCION DEL CAPITAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA
21. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DENOMINACIONES SOCIALES, LOS NOMBRES COMERCIALES Y LAS MARCAS
22. EL OBJETO SOCIAL, ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LOS " ACTOS ULTRA VIRES "
23. LA EMISION DE OBLIGACIONES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA
24. EL ROL DE LA OPA EN EL GOBIERNO CORPORATIVO
25. EL PATRIMONIO SOCIAL CAPITAL Y APORTES
26. LAS PRESTACIONES ACCESORIAS
27. LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL
28. APUNTES SOBRE LA REORGANIZACION SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA
29. LAS RESERVAS
30. LA SINDICACION DE ACCIONES
31. LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

- 32. LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA (S.A.C.)
- 33. LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
- 34. LAS SOCIEDADES CIVILES
- 35. SOCIEDADES COLECTIVAS y EN COMANDITA SOCIEDADES MERCANTILES EN EXTINCIÓN
- 36. SOCIEDADES IRREGULARES
- 37. LAS SUCURSALES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES PERUANA
- 38. LA TRANSFORMACIÓN: MÁS ALLÁ DEL DERECHO SOCIETARIO
- 39. EL ALLANAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS

"La acción ha sido en todo el tiempo el concepto central de la sociedad anónima, hasta el punto de que en buen número de países este tipo social se conoce con la denominación de sociedad por acciones. La sociedad anónima nació con el capital dividido en acciones, y aunque el correr del tiempo haya cambiado su primitiva fisonomía por razones que no hacen al caso, la acción continúa representando invariablemente una determinada parte del capital social, confiriendo a su titular la condición de socio y sirviendo de módulo de los derechos correspondientes al accionista. Cuantas más acciones, más derechos, mayor preponderancia y mayor influjo en la administración y en las decisiones de la sociedad"(1).

I. DEFINICIÓN DE ACCIÓN

Es conveniente hacer previamente una referencia histórica al hecho de que en la evolución del régimen de las sociedades anónimas la consideración de acción como parte del capital social estaba justificada, ya que al no llevarse la idea de la personalidad jurídica en ese momento histórico a sus lógicas consecuencias, aparecía una conexión directa entre el socio -titular de la acción- y el capital social considerado como fondo común o patrimonio social. Como refiere Sánchez Calero(2), "históricamente el capital social es sinónimo de patrimonio líquido y la palabra acción empieza a presentarse como parte alícuota del patrimonio líquido, de manera que comprende no solo la cuantía de la aportación y el nombre de la persona que se compromete a realizarla, sino además la participación de cada accionista en el patrimonio neto".

En la evolución de la doctrina española al respecto, en el Código de Comercio de 1829 y en el de 1885, se hacen referencias a "fondo creado por acciones determinadas" y "... formando el fondo común de los asociados por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones o de otra manera indubitada", respectivamente, apreciándose en buena medida la confusión entre capital social y patrimonio, confusión que la doctrina posteriormente se encargaría de superar con la propia ley de sociedades española, tal como también se puede apreciar en nuestra legislación en materia societaria vigente. Al respecto, en la doctrina nacional, el maestro Ulises Montoya Manfredi(3) refiere acerca del capital, "que es necesario considerar que él no tiene por qué corresponder necesariamente a un equivalente patrimonial efectivo. La cifra capital indica el patrimonio que debe existir, no el que realmente existe. Es lo que la sociedad debe conservar en respaldo de sus acreedores, ya que éstos no tienen acceso al patrimonio de los accionistas".

La acción, en cuanto figura jurídica, ha seguido las alternativas que suelen ser propias de aquellas instituciones mercantiles que nacen en el derecho como manifestaciones consuetudinarias de la práctica del comercio y que se consolidan como formas jurídicas de cumplimiento obligatorio, cuando su generalización, pacífica aceptación y universal aplicación, así lo exigen(4).

Asimismo Sasot refiere que cuando la acción era un simple recibo que se extendía a favor de quien aportaba capital para integrar el fondo común necesario para llevar a buen término la aventura empresarial, se consideró que el depósito era la figura que de mejor manera le correspondía, pues el recibo que se entregaba al aportante era esencialmente un documento probatorio de la aportación efectuada. Sobre esta primera visión de la acción, concretamente Rubio(5) considera que la acción, no llamada así aun, era simplemente el recibo de la aportación con mera fuerza probatoria.

Posteriormente al convertirse el recibo en biglietti que acreditaba, además de la aportación, la participación que se reconocía a su titular en los beneficios que pudiera resultar de la aventura, incluida la devolución del capital aportado, se asignaron al biglietti las características propias del condominio o copropiedad.

Cuando el biglietti es sustituido por la cédula que acreditaba derechos patrimoniales, dividendos y participación en el saldo de liquidación de la sociedad, sino también derechos "políticos", asistencia a las asambleas y votar en la toma de decisiones, se asignan a la acción las características inherentes a los títulos de participación, por cuanto aquella se convierte en un título vinculativo entre sociedad y aportante que transforma a este último en "socio".

Finalmente, cuando el papel deja su denominación de cédula para tomar la de acción(6), es que se convierte en un título literal, en serie, de libre transmisibilidad y negociación, al que se le asignan las características inherentes a los títulos de crédito.

Brunetti, Ascarelli y Escarra aceptan la calidad de título de crédito de la acción, aunque reconociéndole características muy especiales. Bolaffio(7) señala que en la categoría de títulos de crédito verdaderos y propios están incluidas las acciones de las sociedades anónimas. La denominación título de crédito -refiere García M. E(8)- a pesar de las críticas que viene soportando, continúa teniendo el mayor número de adeptos.

Precisamente Mezzera es uno de los críticos(9) cuando señala que ese conjunto de derechos no se reducen a un crédito propiamente dicho ya que son de variada naturaleza que corresponden a la calidad de "socio". Esta y otras observaciones más, que anotaremos posteriormente, fueron y son los motivos que impulsaron a cuestionar la calidad de título de crédito de la acción.

En nuestro país, en la Nueva Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, el legislador la incluyó dentro del Libro Segundo, Parte Especial dedicada a los títulos valores específicos(10).

Las figuras del mundo societario en muchos casos tienen diferentes acepciones, dependiendo del enfoque que se les dé, sea económico, contable o jurídico. En el ámbito jurídico dar una única definición de lo que son las acciones no resultaría muy acertado, por lo que preferimos referir las tres definiciones que se manejan en doctrina.

Primera definición: La llamaremos "acción-cuota-parte".- La acción en este caso es entendida como el título que representa una cuota, parte o fracción del capital social, no del patrimonio, de la sociedad anónima.

Gay de Montellá, citado a pie de página por Sasot, explica que el capital social al ser denominación de carácter inmaterial diferenciada del poder económico latente en el capital dinero, exige una representación y una fragmentación para poder pasar tangiblemente a mano de los socios partícipes del mismo, la cual se concreta en la llamada acción" considerada, en este caso, como parte alícuota del capital social.

Nuestra actual Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, en su artículo 82, acogiendo esta segunda definición, señala que las "acciones representan partes alícuotas del capital social y tienen todas el mismo valor nominal" (11).

Segunda definición: La llamaremos "acción-valor".- Se entiende a la acción como aquel "documento", título o papel comercial que adquiere un valor económico en el mercado porque lleva incorporado derechos que benefician al poseedor del mismo, se encuentre o no en oferta pública.

Nos referimos a la importancia que tiene la acción en el mercado de valores donde las personas le otorgan un precio. Dentro del mercado de valores las acciones son uno de los títulos llamados valores mobiliarios(12), en los que los recursos financieros captados a través de su emisión constituyen elementos patrimoniales comprometidos a las resultas de la explotación de la sociedad receptora de los mismos.

Serra Puente Arnao(13) enmarcado en este enfoque refiere que la acción es el instrumento natural de captación de fondos propios de la sociedad anónima; de fondos que se integran al capital y a título de "propiedad", con vencimiento indefinido, de donde el aportante tiene como principal derecho, inherente a su calidad de tal, participar en las ganancias variables de la empresa.

Tercera definición: La llamaremos "acción-derecho".- Esta tercera y última acepción que recogemos considera a la acción como el título cuya tenencia en virtud de justo título confiere a su tenedor el ejercicio de determinados derechos, que analizaremos y comentaremos más adelante, relacionados al funcionamiento

y rentabilidad de la sociedad emisora, otorgando la calidad de accionista a la persona que la haya suscrito(14).

Por otro lado, y por la aclaración práctica que este enfoque tiene, la acción económicamente es definida como el documento que consigna qué parte del patrimonio del aportante deja de ser de su propiedad para pasar a ser propiedad de la sociedad, a cambio de participar, fundamentalmente, en las utilidades que ésta puede generar mediante la utilización del patrimonio transferido o cedido por el accionista, ya sea periódicamente, dividendos, o, al disolverse la sociedad, participando en los resultados de la liquidación(15).

Agustín Aguilera Ramos(16) nos dice: "no me parece que sea posible dar un concepto unívoco de acción. Ya ha sido rigurosamente explicado el significado del capital social y su división en acciones en la sociedad anónima y lo que constituye la esencia de la posición jurídica del socio de una sociedad de este tipo. Igualmente, se debe dar por sabido que de la acción, la doctrina y la propia ley distinguen tres aspectos: como parte del capital, como derecho y como título valor. De ellas, nos interesa ahora su acepción de acción como derecho o, como dice la ley, como conjunto de derechos"(17).

El Código de Comercio Español de 1829, fiel a la tradición que dividía en acciones el capital de las sociedades anónimas, recogió esa circunstancia como característica esencial de esas sociedades al definir las en el número 3 del artículo 265: "Puede contraerse la compañía de comercio: ... 3. Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno o muchos objetos, que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima". Pero, en cambio, el Código Español vigente, acaso por influjo del italiano que conocía sociedades anónimas cuyas participaciones sociales se representaban en acciones y otras en las que se representaban en cuotas (art. 76.3), permitió en los artículos 122 y 160 que el capital de las compañías anónimas pudiera figurar en "acciones o de otra manera indubitada", o, si se quiere, "representado por acciones u otros títulos equivalentes"(18).

La Ley Española de 1951 volvió a la correcta posición tradicional, exigiendo en el artículo 1 que el capital se divida necesariamente en acciones. Estableció, a la vez, una disciplina sobre las acciones que superó notablemente la anterior regulación recogida en los artículos 160 a 169 del Código. No solo porque vino a colmar profundas lagunas, como las relativas al usufructo y a la prenda de acciones, a las cláusulas restrictivas de su transmisibilidad o la creación de acciones privilegiadas, sino también porque ofreció una visión de conjunto más armónica y ordenada y modificó, de acuerdo con necesidades sentidas en la práctica, los antiguos procedimientos o sistemas para el pago de los dividendos pasivos y la adquisición de sus acciones por la propia sociedad. Sin salir, por tanto, de los cánones o líneas tradicionales, la regulación de 1951 completó el sistema legal anterior, corrigiendo defectos y ofreciendo al titular de las acciones un status o posición jurídica más segura, más clara y más precisa que la que le

brindaban los débiles y borrosos contornos de las disposiciones -legales anteriores. Así lo comenta el profesor Rodrigo Uría.

El tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley de 1951 y la experiencia derivada de su aplicación pusieron de relieve, no obstante, aliado de aquellos aspectos positivos, algunas imperfecciones e insuficiencias. No ha de extrañar por ello que la doctrina posterior española viniera abogando por una nueva reforma del régimen de la sociedad anónima y, dentro de ella, de modo más concreto, por la puesta al día de la disciplina sobre las acciones. Éste ha sido, con sus virtudes y sus defectos, el logro alcanzado por la vigente Ley de 22 de diciembre de 1989 que dedica el capítulo IV, ampliamente desarrollado, en los artículos 47 a 92, a establecer la nueva disciplina jurídica sobre las acciones. El número de preceptos que integran dicho capítulo (cuarenta y cinco), frente al notoriamente más reducido (quince artículos) de la Ley de 1951, muestra, de algún modo, el propósito más ambicioso que ha presidido la última reforma en cuanto se refiere a esta pieza central de la ley(19).

La disciplina de la nueva ley sobre las acciones merece también un justo aprecio. Es verdad que no faltan en esa disciplina posibles excesos o eventuales insuficiencias; pero, a juicio de Rodrigo Uría, no lo es menos que, en su conjunto, la nueva regulación constituye un estimable logro de adaptación a las soluciones imperantes en el ámbito comunitario europeo y resiste suficientemente la comparación con otras leyes análogas de nuestro entorno, a las que, por otro lado, aventaja en más de un extremo. En este sentido es interesante destacar que en materia de representación de las acciones la nueva disciplina legal se presenta como el más expresivo esfuerzo de modernización emprendido por el legislador, mediante la consagración de la figura de la acción como valor anotado; no ha sido ésta una reforma exigible por imposición comunitaria, sino una reforma introducida por el legislador español en la que la comparación de ella con otras leyes europeas especialmente representativas, la coloca en clara ventaja.

Según Martorell (20), el capital social de las sociedades anónimas está dividido en un número predeterminado de partes denominadas "acciones". Consecuentemente, cada acción es una porción alícuota del capital y en razón de ello tiene un valor aritméticamente correspondiente a una fracción de éste, por lo que todas han de ser de igual monto.

Haciendo la salvedad previa de que en el ordenamiento argentino, según Martorell(21J, los tres aspectos se fusionan(22), por lo que cabría descartar la existencia de tres conceptos diferenciados y referirse con mayor propiedad a tres facetas distintas de una misma concepción, él pasa a revisarlas como sigue:

1. La acción como parte del capital es una noción fácilmente comprensible, en la medida en que precisamente éste se divide en acciones que son sus partes representativas, y que acreditan además para el suscriptor la aportación realizada u ofrecida(23).

2. También se concibe a la acción como un título de crédito o título-valor, siéndole aplicables todas sus normas "en cuanto no son modificadas por esta ley" (art. 226, L.S.C.)(24).

Corresponde también traer a colación que por ser un "título de crédito", presenta las aptitudes propias de éstos, tal como son la probatoria, la constitutiva y la dispositiva. Someramente, bástenos decir que no solo sirve como eventual prueba de un acto jurídico, asimilándose como medio a la prueba testimonial, o confesional, sino que tiene aptitud constitutiva, ya que el derecho incorporado al título nace con el documento y se expresa por él. Finalmente, tiene aptitud dispositiva, porque solo por su intermedio es posible realizar y ejecutar los derechos que confiere.

3. Finalmente, la acción como derecho. Esta faceta se vincula íntimamente al hecho de que la acción -en cuanto título- otorga a su propietario un estatus que se exterioriza en deberes, obligaciones y derechos de carácter permanente, que vinculan al socio con la compañía emisora. Según nos lo recuerda Zaldívar, citado por Rubio, la importancia de este grupo de derechos es tan grande que la doctrina -calificándolos de derechos corporativos o de participación- los ubica aliado de los reales y los de crédito, como si fueran una tercera categoría(25).

Haciendo un paralelo con nuestra Ley General de Sociedades N° 26887, podemos referir que no solo posibilita que las acciones estén representadas por certificados, sino que también lo extiende a anotaciones en cuenta "o cualquier otra forma que permita la ley", según se lee de su artículo 100, y, además de definir a la acción como parte alícuota del capital, precisa que todas las acciones deben tener el mismo valor nominal, según lo establecido en su artículo 82. "Se ha establecido que todas las acciones tengan igual valor nominal". Éste es un cambio importante, pues la anterior ley general de sociedades permitía que distintas series de acciones tuvieran diferentes valores faciales. Se ha eliminado esto. Sobre todo porque estamos en un país que tiene reglas sobre reajustes periódicos de la cuenta capital, los estados financieros se reajustan y había un problema de "picos" molestos e inmanejables al momento de realizar dichos ajustes. Ahora, todas las acciones tendrán un mismo valor nominal, como una solución"(26).

Tenemos una JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL REGISTRAL, RESOLUCIÓN N° 196-2000-ORLC/TR, de fecha 1 de junio del 2000, que refiere: "Los Títulos que versan sobre las acciones de la sociedad anónima no constituyen actos inscribibles en aplicación de lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley General de Sociedades y artículo 50 del Reglamento de Registro Mercantil...".

Solo a manera referencial se transcriben los términos, posteriormente confirmados por el Tribunal Registral, por los que el registrador denegó la solicitud de inscripción: "1. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 82 y 91 de la Ley General de Sociedades, las acciones constituyen partes alícuotas del capital social y son titulares de los mismos quienes aparecen como tal en la matrícula de acciones que las sociedades anónimas están en la obligación de llevar. Asimismo,

de acuerdo con el artículo 92 de la Ley General de Sociedades, las acciones así como las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las mismas se registran en la matrícula de acciones. 2.El artículo 50 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que la transferencia de acciones no es un acto inscribible en el Registro Mercantil, por lo cual no es factible a través de la ficha donde corre registrada la sociedad determinar con certeza la titularidad de las acciones. 3.- En tal sentido, siendo las acciones bienes no registrables en este registro, por ende no procede la inscripción de nulidad de transferencia de las mismas, ya que no se puede determinar con certeza la titularidad en la partida de la sociedad ... "(27).

11. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA ACCIÓN?

No existe una coincidencia absoluta entre los distintos autores, siendo los caracteres más comunes:

a) Es un título de participación, que confiere derechos patrimoniales, que a la inversa de lo que ocurre en los títulos estáticos, como el pagaré, puede mutar, y otros derechos de carácter netamente participativo, como los de intervenir en la gestión de la sociedad o controlarla, por medio del voto expresado dentro del marco del órgano de gobierno corporativo.

b) Es incompleto, porque no regula toda la "posición" del accionista, ya que el plexo normativo se integra con otros documentos, como el estatuto, a los cuales se adhiere automáticamente aquél, cuando adquiere el status social(28) .

c) Es no formal, porque si bien la Ley 19.550 argentina establece ciertas recaudas en su artículo 211, como lo hacía anteriormente el Código de Comercio en el artículo 328, la omisión de los no esenciales no produce la nulidad de la acción.

d) Es causal, en la medida en que se vincula de modo directo con el negocio jurídico que le ha dado vida, diferenciándose claramente de los títulos abstractos, como el pagaré, que se hallan desvinculados de la relación jurídica subyacente, la cual-por lo común- no puede ser opuesta a terceros. Quede claro que estamos transcribiendo y/o comentando la opinión de un distinguido jurista argentino como lo es Ernesto Eduardo Martorell, porque acá, en nuestro país, por el contrario, el pagaré suele contener la indicación de la causa que le dio origen. En otras palabras, la letra de cambio es invariablemente abstracta; en cambio, el pagaré, es de ordinario, causal o causado.

e) Es fungible, por su condición de título emitido en masa, lo que vuelve totalmente irrelevante que se lo cambie por otro de la misma categoría.

f) Confiere derechos de ejercicio continuado, los que lejos de agotarse en una sola oportunidad, como la letra de cambio, el pagaré o el cheque, subsisten mientras dura la vida de la sociedad.

g) Es nominado, porque encuentra regulación precisa dentro de la normativa societaria, además de tipificar a la anónima.

h) Es de carácter mercantil, según las previsiones de los artículos 8, inc. 6, del Código de Comercio, y el 226 de la Ley N° 19.550 argentina.

Caracterizada ya la acción, en opinión de Martorell se impone diferenciarla de la llamada "parte de interés", que es el modo mediante el cual se representa la aportación del socio en determinados tipos sociales, por lo común aquellos en que

-como ocurre en la sociedad colectiva- existe responsabilidad ilimitada por parte de los socios.

Las connotaciones diversas en uno y otro caso, son los siguientes: 1) La existencia de un predominio del intuitu pecunia sobre la intuitu personae en las sociedades anónimas, esto es, una ponderación de las tenencias accionarias por sobre las cualidades personales de los socios. 2) La incidencia directa que tiene la consideración anterior en el régimen de negociabilidad, en cuanto a que, mientras la acción por lo común responde a reglas de libre transmisibilidad, no afectadas mayormente por la nominatividad, los "partes de interés" son generalmente intransferibles. 3) En tercer lugar, y aun con las excepciones representadas por los casos del socio comanditario de la sociedad en comandita, y el socio de la S.R.L., mientras la acción solo importa para su titular la obligación patrimonial de integrar el aporte a que se obligó al suscribirla, el "parte de interés" apareja responsabilidad ilimitada; diferencia ésta, que es la comúnmente más ponderada por los inversores. Finalmente, y al menos en Argentina, hay una diferencia que debe ser puesta de relieve, y es que con anterioridad al régimen de la Ley NQ 23.299, la acción de las sociedades estudiadas, en su variante "al portador", permitía impedir la identificación del socio mediante el simple recurso de su transmisión manual, lo que nunca ocurre en materia de "partes de interés", en los cuales ni el derecho del accionista se incorpora a un título que las representa, ni circula como tal.

Según Ripert(29), una sociedad anónima, en Francia, no puede crearse sino con siete accionistas como mínimo, y no podrá subsistir si dicho número se reduce a menos de siete, por haberse concentrado las acciones en unas pocas manos. No habría racionalmente ninguna imposibilidad de hacer funcionar una sociedad incluso con un solo accionista, y es esto lo que se hace en las sociedades nacionalizadas que conservan su estructura jurídica, pero el legislador ha creído que no debía ofrecerse a una sola o a un número reducido de personas el uso de un mecanismo jurídico de tal importancia.

La palabra acción tiene un doble sentido. Designa el derecho del socio en una sociedad de capitales y se opone al interés de las sociedades de personas; designa igualmente el título que no solamente comprueba sino que representa el derecho. El hecho de ser necesaria la posesión del título para el ejercicio del derecho explica la confusión. Por otra parte es voluntaria, pues el título ha sido creado para conferir al derecho un carácter particular (30).

III. ¿TÍTULO VALOR O TÍTULO DE CRÉDITO?

La legislación francesa no habla de título de crédito sino de títulos valores. Sin duda, ello se debe a que ni la doctrina ni las diversas legislaciones han usado la misma terminología para referirse a lo que dicha legislación denomina título valor(31).

Respecto a la posición legislativa nacional, señala Vidal Ramírez, citado por Serra Puente-Amao que, con la dación de la anterior Ley de Títulos Valores (Ley N° 16587), "nuestro derecho positivo optó por el nomen juris de 'títulos valores' para genéricamente denominar a todo documento al que se le incorporen derechos,

con los cuales constituye una sola entidad jurídica, convirtiéndose en un bien corporal susceptible de tráfico"(32).

Desde una perspectiva preliminar, dice Serra Puente Arnao(33), puede considerarse que la definición española de "título valor" es la que mejor describe la institución jurídica en estudio, "pues, la palabra 'título' alude al documento acreditativo de un derecho que unida a la palabra 'valor', significa que ese derecho (...) está contenido en el documento, como transfundido en él, resultando una unidad indisoluble". Señalando que es Araya, quien explica con mayor exactitud la integración de dicho nombre: "el documento -contenido- ingrediente material, en su origen simplemente un trozo de papel, carente de significación económica (título), y derecho -contenido- expresión de un deber jurídico" (valor).

También para Pérez Fontana mencionado anteriormente, el nombre de títulos valores es el más acertado porque comprende tanto a los documentos que contienen la obligación de pagar una suma de dinero como a los que confieren el derecho de participación (que no es un derecho de crédito mencionado en el título, sino el derecho de ejercitar como accionista todos los derechos inherentes a su calidad de tal), y a los títulos representativos o de tradición que confieren el derecho de solicitar la entrega de mercadería, de disponer de ellas y el de gravarlas con derechos reales.

Siempre dentro de la polémica de saber cuál de las dos denominaciones es la que debe usarse, Hundskopf señala que el concepto de título valor es un concepto más amplio que el concepto de título de crédito; y fue utilizado por la Ley de Títulos Valores en razón de que su propósito fue considerar, dentro de sus alcances, no solo a los títulos de crédito directamente referidos (letra de cambio, cheque, etc.) sino a otros títulos como, por ejemplo, los bonos, las acciones, los conocimientos de embarque, las cartas de porte, los certificados de depósito, etc. (34), concluyendo luego en que en lo fundamental las reglas básicas contenidas en la sección primera de la mencionada norma son aplicables a los denominados Títulos Valores Especiales, según Serra Puente-Arnao 1999. Pág. 112(35).

En la legislación y doctrina nacional existe un consenso por mantener la teoría unitaria de los títulos valores, por el régimen jurídico general del título valor que abarca, a pesar de las diferencias sustanciales que existen entre éstos, a los valores mobiliarios y los tradicionales y/o típicos títulos valores.

En la esencia de los títulos valores está la incorporación del derecho y el soporte material, ello identifica el título con el derecho. Quien tiene el título o documento (material o tangible) tiene el derecho (intangibile); y la forma de lograr la tangibilidad del derecho es por vía del título valor, desarrollándose varias teorías, principios e instituciones jurídicas propias del derecho cambiario, como la literalidad, incorporación, autonomía, legitimación, formalidad, circulación y otros más que reconoce la doctrina. Sin embargo las nuevas corrientes doctrinarias y legislativas, dentro de las que se encuentra la novísima ley de títulos valores N° 27287, admiten la desmaterialización de los títulos valores.

IV. ¿SON LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS TÍTULOS VALORES?

Nunca existió, ni existe todavía, un acuerdo unánime en la doctrina sobre cuáles son los documentos comprendidos en la categoría de títulos valores. Esa discrepancia proviene principalmente -como lo refiere Pérez Fontana porque no todos los autores admiten la teoría unitaria de los mismos y porque algunos autores ponen el acento en la función económica que estos títulos desempeñan para poderlos identificar como tales(36).

Se puede apreciar que en la doctrina, una gran mayoría admite que las acciones de las sociedades anónimas son títulos valores o de crédito según la terminología por ejemplo italiana. Pero, asimismo, algunos autores niegan que las acciones sean títulos valores.

1. Autores que niegan que la acción es un título valor

Dentro de los autores que niegan el carácter de título valor de la acción tenemos a De Gregorio, para quien es discutible que la acción sea un título de crédito. Este autor, refiriéndose a la opinión de Messineo, autor que considera que los títulos causales no realizan el tipo perfecto de título de crédito que está constituido por un título de contenido abstracto, dice que el reclamo a la causa en los títulos accionarios tiene tal intensidad y continuidad que reduce su función a poco más que una función de legitimación. Según el autor, en esta hipótesis, la causa es una relación de participación social que tiene por contenido no solamente un complejo de derechos y obligaciones, sino también una singular atribución de poderes que transforman a su titular en un elemento constitutivo del ente que consiste el título.-En el título de crédito el emitente y el tenedor se encuentran en clara contraposición, lo que no sucede en la sociedad anónima en la que el accionista o su causante han contribuido y contribuyen a formar y a manifestar la voluntad de la sociedad a la que está sometido, dentro de los límites establecidos por la ley y por el estatuto (37).

Finalmente abriendo una brecha para la incorporación de la acción como título valor concluye señalando que solo se puede atribuir a las acciones la naturaleza de títulos de crédito cuando -ojo a la observación- se extiendan notablemente los confines de esta categoría jurídica y, que, de cualquier manera, en esa categoría, las acciones debieran formar una especie con caracteres propios y una denominación propia.

Otra opinión que niega a las acciones su carácter de títulos valores es la de Graziani, citado por Pérez Fontana. Para este autor, la literalidad y la autonomía, requisitos que generalmente se consideran esenciales en los títulos valores, en las acciones, quedan reducidas a términos mínimos. Señala que la acción puede no reflejar, y normalmente no refleja, la situación actual del socio y el portador de buena fe del título no puede referirse a su tenor literal.

En doctrina se señalan como aquellas características que no hacen de la acción un título valor, las que a continuación desarrollamos.

Un fuerte cuestionamiento a la acción es el que tiene que ver con el principio de literalidad. Si bien la literalidad constituye un elemento esencial de la acción, ya que las relaciones del accionista con la sociedad se miden, en principio, por lo enunciado en la misma, ésta no tiene, sin embargo, la trascendencia e importancia que para los verdaderos títulos de crédito hay, donde los derechos y obligaciones están determinados necesariamente por los términos literales de lo escrito en el instrumento. En efecto, la literalidad no es completa en la acción, por cuanto la mayoría de los derechos que integran la condición de accionista no resultan del título sino de lo enunciado en los estatutos, lo que hace de la acción un título causal.

De lo concluido, hay autores que sostienen que la acción incorpora un derecho o conjunto de derechos preexistentes a ella y no creado directamente por ella, con lo cual no pasa de ser sino un certificado que acredita que su poseedor participa de los derechos que le acuerda el instrumento constitutivo de la sociedad y, según los casos, las condiciones de emisión(38).

Sobre su carácter de ser un título de ejercicio continuado, contrariamente a lo que ocurre con la mayoría de los verdaderos títulos de crédito, que se agotan en un único cumplimiento, la acción es un título de ejercicio continuado que sigue teniendo vigencia durante todo el tiempo de vida de la sociedad, y durante este plazo puede el accionista ejercitar reiteradamente los derechos que le son propios, tales como la percepción del dividendo, votar en las reuniones de la asamblea, impugnar actos societarios, etc.

La acción si bien cumple funciones de legitimación, no es en sí misma un documento constitutivo del derecho en él mencionado, pues la constitución de la sociedad y los aumentos de capital aprobados posteriormente operan antes de la emisión de las acciones.

Para Zaldívar, la acción tiene fuerza legitimadora solo cuando pueden hacerse valer ante "la sociedad emisora los derechos que emanan del título" y cuando autorizan "a su poseedor para solventar válidamente su obligación, cumpliéndola según el título mismo"(39).

La acción es un título indivisible, ya que el derecho que en él se reconoce solo puede ser ejercido por un solo titular, o, de existir condominio del título, actuando los condóminos a través de una representación única y además las partes en que el capital social se encuentra dividido -títulos unitarios- no pueden ser fraccionados en partes menores.

Finalmente Pérez Fontana considera, que la acción no es un título de contenido crediticio, es un título incompleto cuyas características se aproximan más a las de los títulos de legitimación que otorgan a su tenedor el derecho de exigir una prestación o transferirlo según las normas que establezca la ley o el estatuto.

2. Autores que aceptan que la acción es un título valor

Dentro de los autores que aceptan el carácter de título valor de la acción tenemos a Gasperoni quien, a decir de Pérez Fontana, trató exhaustivamente el problema.

Gasperoni llegó a la conclusión de que la acción es un título de crédito que incorpora el estado de socio; confiere a su titular el estatus de socio del que se

derivan una serie de poderes, concluyendo que es un título de crédito con elementos característicos que concurren a atribuirle una figura típica, que son:

- 1) La acción es un título de participación.
- 2) La acción es un título de ejercicio continuado. 3) La acción es un título no formal.
- 4) La acción es un título incompleto.
- 5) La acción es un título causal.
- 6) La acción es un título serial, y
- 7) La acción es un título esencialmente comercial

Gasperoni señala que por ser el documento necesario para el ejercicio de los derechos inherentes al estatus de socio, o sea para que el titular de esos derechos pueda legitimarse, es indudable que la acción integra la categoría de los títulos valores pero con características propias(40).

Sobre su carácter crediticio sostiene que no es un título con contenido crediticio porque el tenedor no es acreedor de la sociedad, su derecho a una atribución patrimonial solo nace cuando la sociedad se disuelve y se liquida y se distribuyen los bienes que resten o en el caso especial de que el tenedor de la acción ejercite el derecho de receso, en los casos que corresponda(41).

Vemos pues así muy brevemente, que la doctrina en general no guarda unánime posición respecto a si la acción debe o no ser incluida entre los llamados títulos de crédito. En nuestra legislación comercial vigente son precisamente dos las leyes comerciales que en los últimos años han sido promulgadas y que están directamente relacionadas con el tema, la Ley General de Sociedades N° 26887 que entró en vigencia el 1º de enero de 1988 y la Ley de Títulos Valores N° 27287, que entró en vigencia el 17 de octubre del 2000 y que permitió en un solo cuerpo legal la unificación de los títulos valores que se encontraban dispersos en diversas leyes y en la derogada ley de títulos valores NQ 16857. Es así como la Nueva Ley de Títulos Valores regula a los llamados títulos valores (soporte papel) ya los des materializados (soporte electrónico o representados mediante anotaciones en cuenta), regulando en la Sección Novena a los VALORES MOBILIARIOS y, dentro del Título Segundo: DE LOS VALORES REPRESENTATIVOS DE DERECHOS DE PARTICIPACIÓN en su capítulo primero a LAS ACCIONES Y OTROS VALORES (art. 257). Queda clara la posición adoptada por nuestro legislador.

V. CREACIÓN, EMISIÓN, IMPORTE A PAGAR

1. La creación y emisión de las acciones como consecuencia del acto constitutivo

La creación y hasta la existencia misma de las acciones respondieron en su momento a la necesidad que se tuvo de contar con un instrumento material y/o corporal que permitiera acreditar la realización del aporte que determinada persona había hecho a favor del fondo de la sociedad.

Martorell señala que, con respecto al valor de las acciones, resulta innecesario efectuar una exposición específica, en atención a entender prácticamente agotado el tema con lo expuesto anteriormente. Sin perjuicio de ello, parece valioso discriminar -como lo hace algún autor- el valor nominal, que es el que figura en la escritura constitutiva y en cada título, del real, que guarda una relación directa con las fluctuaciones que sufra el patrimonio social, y del llamado "valor de cotización", que es el que circunstancialmente tiene el papel, en función de las expectativas de ganancia que tengan los inversores, en oportunidad del cierre de cada ejercicio contable(42).

Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia señalan(43) que el término "acción", como es sabido, sirvió originariamente para designar la que ostentaban los socios a fin de reclamar judicialmente de la compañía su derecho a las ganancias. Pero, desde la perspectiva menos evocadora, e indudablemente mucho más técnica, que atiende a contemplar el correcto encuadramiento de la figura dentro del catálogo de las cosas, las acciones no son sino una especie de bienes de segundo grado, pertenecientes al género de los valores y que, como todos ellos, reciben ese muy preciso nombre en el que se manifiesta su condición de parte alícuota del capital de la compañía que las emite. La propia lámina de la acción, cuando ésta adopta una forma de representación documental, expresará la cuantía de ese valor que corresponde singularmente a cada título dentro del conjunto al que todos ellos pertenecen; un valor que bien podría calificarse, en consecuencia, como valor facial, aunque en la práctica es más frecuente referirse a ese componente de capital bajo el término de valor nominal de la acción. Por lo demás, esta última terminología resulta probablemente más útil en el momento presente; pues, mientras la expresión "valor facial" puede resultar inapropiada en caso de sustitución de los títulos físicos por anotaciones (al transformar lo que antes era jurídicamente una clase de documentos en una modalidad de inscripción), la expresión "valor nominal" es realmente compatible con ambas modalidades de representación de las acciones. La ley abunda en referencias a ese valor nominal en numerosos textos; y en todos los casos esa expresión se maneja en el sentido, ya mencionado, de importe aritmético, que, al ser submúltiplo del capital social, si viniera repetido tantas veces cuantas sean las acciones emitidas, reflejaría matemáticamente aquella cifra (por lo menos siempre que todas las acciones existentes fueran del mismo valor nominal).

Los mismos autores refieren que si todas las acciones son del mismo valor nominal, multiplicando éste por el número total de las emitidas se llega matemáticamente a la cifra del capital social. Pero tal conclusión, que tradicionalmente se ha manejado como expresión de la estrecha vinculación que media entre la consideración de la acción como parte alícuota del capital y la idea de igualdad de valor nominal de las acciones, tampoco debe entenderse en términos absolutos; porque, como la doctrina tuvo ocasión de advertir entonces, ese postulado de igualdad de valor nominal queda limitado al ámbito de cada serie.

En realidad, no existiendo límite expreso a la configuración de diversas series con nominal diferente, la pregunta que hay que hacerse es cuál puede ser la razón de permitir la existencia de distintos nominales. Y la verdad es que en este punto la evolución del sistema español camina asimismo decididamente hacia una simplificación de la pluralidad de series. La variedad de nominales que, bien sea por razón de la fecha de emisión, bien para diferenciar las acciones de los socios fundadores de aquellas otras que se ponían en manos de posteriores accionistas, o bien, en fin, para subrayar el diferente contenido de derechos (no solo como posición jurídica, sino asimismo por el mayor o menor valor del título), venían proliferando en la práctica española de otros tiempos, están hoy en trance de normalización(44).

Es importante que diferenciamos la terminología empleada respecto al capital con relación al acto constitutivo de la sociedad. Cuando los fundadores de la sociedad fijan una cifra tope de emisión de acciones, nos estamos refiriendo al capital autorizado. El capital suscrito es aquel por el cual los socios se han obligado y que deberán pagar, y, finalmente, el capital pagado es aquél que como solo se explica ha implicado un desembolso, un pago(45). ¿A qué viene esta diferenciación? Pues a que ello nos permite diferenciar en forma clara la CREACIÓN de la EMISIÓN de acciones.

Al respecto Elías Laroza(46) nos refiere que "la LGS anterior diferenciaba claramente la creación de la emisión de acciones debido a que, de acuerdo a sus disposiciones, había un caso en que la junta general de accionistas podía crear un capital autorizado y no suscrito ni pagado, de conformidad con el artículo 219 de la misma. Considerar, entonces, que varias menciones de la ley al acto de creación de acciones, en contraposición a las numerosas menciones sobre emisión, son un simple error o confusión de la ley, constituye una interpretación sumamente discutible. En la doctrina también encontramos el concepto de acciones autorizadas y no suscritas ni pagadas, principalmente en los países que admiten el capital autorizado. Ello ocurre en Inglaterra, donde el capital autorizado es la parte de capital representada por acciones que la sociedad está autorizada a emitir, quedando allí perfectamente diferenciado el momento de creación de las acciones, no como título sino como derecho, del momento de su emisión al ser suscritas.

Nuestra Ley General de Sociedades distingue claramente a la CREACIÓN DE ACCIONES regulada en su artículo 83 de la EMISIÓN DE ACCIONES prevista en el artículo 84, constituyendo la primera una innovación ya que la ley anterior solo aludía a la emisión de acciones y por ello afirmaba que no se podían emitir acciones que no hubieran sido suscritas.

Las acciones se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de junta general, siendo nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles(47).

En el caso de la emisión, las acciones solo son emitidas en el momento en que están suscritas y pagadas en el porcentaje que establece la ley, es decir cuando por lo menos han sido suscritas y pagadas en un 25% de su valor nominal. Hay la salvedad de que sean colocadas de acuerdo a lo establecido en el artículo 85 por suma inferior a su valor nominal, tema que analizaremos posteriormente previa referencia a la doctrina comparada.

Para Uría, Menéndez y Olivencia, la cobertura mínima de una acción, y, por tanto, el precio que habrá de pagarse por ella al suscribirla, nunca puede ser menor que su importe nominal (emisión bajo la par). Podrá ser un precio igual (a la par) o más alto, si la acción se emite con prima. Pero aunque su valor esperado de mercado sea inferior (situación conocida en el lenguaje financiero como "prima negativa", y que traduce la dificultad de obtener suscripciones para tales acciones a su valor facial), no es lícito que la sociedad se constituya o aumente su capital, poniendo en circulación acciones cuyo importe nominal resulte insuficientemente cubierto. Tanto la regla que prohíbe la emisión de acciones bajo la par, como la que sanciona la licitud de la emisión de las mismas con sobreprecio, fueron totalmente ignoradas por su Código de Comercio, que parecía desconocer su importante significado como medidas de defensa del capital y mecanismos de garantía de acreedores y socios según los casos(48).

Asimismo refieren que el veto que la ley pone a la emisión de acciones por un precio inferior a su valor nominal, tiende a procurar el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad desde su fundación y se relaciona claramente con la concepción continental europea de la cifra del capital social, frente a aquella otra concepción más flexible que inspira las no par value shares del Derecho norteamericano, en las que la ausencia de expresión del nominal de las acciones favorecerá su colocación entre los potenciales adquirentes al precio que en cada momento permita el mercado. Pero, en el Derecho español, al corresponder a cada acción una parte predefinida del capital social, es manifiesto que, siempre que se aporte a la sociedad un valor inferior al nominal del título, forzosamente quedará en descubierto una parte de aquella cifra, rompiéndose así el equilibrio entre el capital y patrimonio en detrimento de este último, algo que lo consideran peligroso para los acreedores sociales y para la propia sociedad(49).

No está prohibido, sin embargo, que, entre el momento del desembolso y la inscripción de la sociedad, ésta dedique parte de las aportaciones recibidas a hacer frente a gastos sociales legítimos (costes del aumento, pagos de la escritura e impuestos, etc.). Pero desde otra perspectiva los mismos autores consideran que, cuando anteriormente advertían que la prohibición de emitir acciones por debajo de su nominal no rige tampoco en las operaciones que no implican suscripción (como sucede con el canje o compraventa de esas acciones que pudieran hacerse por precios inferiores al nominal), es muy conveniente matizar que cuando mediante tales expedientes jurídicos, es la sociedad misma la que entrega acciones viejas, a personas que no tienen la pura condición de terceros, sino que vienen ya previamente investidas de la cualidad de socio (reventa de acciones propias o su recolocación por canje entre todos o parte de sus antiguos

accionistas), podemos encontrar en realidad ante una devolución encubierta de parte de las aportaciones antecedentes (de modo especial cuando las acciones propias excedían del límite legal y no estaban amparadas por la reserva correspondiente), situación que, consideran, no hay razón para excluir del ámbito de aplicación de la norma comentada, debiendo quedar, por tanto, sometida a la misma prohibición (a menos que concurra un fraude de ley) cuando quien emite las canjeables o revende las acciones que suscribió es un tenedor de las mismas ajeno a la sociedad, pues en este caso, tanto si las traspasa a otros socios como si las transmite a terceros, la cobertura original de su nominal perdura o no ha salido de la sociedad misma; y así sucederá aunque el emitente de las obligaciones canjeables o el vendedor de las acciones viejas cobren por ellas menos de su valor nominal, con mengua de su patrimonio.

Respecto al importe a pagarse por las acciones, nuestra Ley General de Sociedades N° 26887 vigente desde el 1° de enero de 1998, establece en su artículo 85 que "El importe a pagarse por las acciones se establece en la escritura pública (oo.). Si el valor de colocación de la acción es inferior a su valor nominal, la diferencia se refleja como pérdida de colocación (...)". Aquí en el Perú, es válida la colocación de acciones sobre la par (con prima); a la par (valor nominal y de colocación, iguales); y bajo la par (valor de colocación inferior a valor nominal).

El valor nominal de las acciones se establece en la escritura pública de constitución o se fija por la junta general que acuerde el aumento de capital. Cuando la Ley General de Sociedades en su artículo 85 establece que el importe a pagarse por las acciones es el de la escritura pública o el fijado en la junta general de accionistas, se está refiriendo no al valor nominal, pues éste se expresa en el título, en el certificado, en la anotación en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la ley; se refiere al valor mayor o menor al nominal(50).

VI. OBLIGACIONES ADICIONALES

Las obligaciones adicionales en nuestra legislación están previstas en el artículo 86 de la Ley General de Sociedades, el cual señala que en el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros.

Estas obligaciones, como su nombre explícitamente lo refiere, son adicionales al pago del valor de la acción, trátase de que éste haya sido finalmente el nominal o el de colocación, con prima o por debajo de la par, e inclusive considerando que tal aporte se haya efectuado en forma dineraria o no dinerarias y pudiendo recaer, según se haya acordado, sobre todas las acciones de la sociedad o solamente sobre todas las acciones de una determinada clase.

Para Elías Laroza(51), el carácter esencial de las obligaciones adicionales es el de recaer o gravar a las acciones y no a la persona del suscriptor. Si éste transfiere los títulos, el que los adquiere asume la carga de las obligaciones adicionales.

El legislador tuvo el acierto de referir que las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, en las anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma de representación de tales acciones que permita la ley, lo cual no aparece para las prestaciones accesorias(52) del artículo 75, ya que éstas son tareas o responsabilidades personales que no recaen, ni gravan, ni afectan a las acciones, sino a los accionistas. Entre las obligaciones adicionales y las prestaciones accesorias de los artículos 86 y 75 existen, sin duda, algunas similitudes, pero también diferencias.

VII. CLASES DE ACCIONES. CARACTERÍSTICAS

1. Clasificación de las acciones

Por los derechos que confieren, doctrinariamente las acciones se han clasificado en ordinarias, preferidas, privilegiadas y diferidas.

Las acciones ordinarias(53).- Son aquellas que atribuyen a sus titulares el régimen normal de derechos y obligaciones integrantes de la condición de accionista. Dichas acciones no gozan de privilegios o preferencias en relación con las otras acciones que tenga emitidas la sociedad. Estas acciones participan por igual, sin preferencias, en las utilidades del ejercicio y en el saldo de la liquidación de la sociedad. En oposición a éstas existirán las acciones que no son ordinarias sino que tienen ciertas prerrogativas, potestades, facultades y atribuciones.

Las acciones preferidas.- Son aquellas que gozan de un trato preferencial de orden patrimonial en relación con las acciones ordinarias. Esta clase de acciones tiene un trato preferencial en la repartición de dividendos, en la participación del saldo de la liquidación, etc., o más concretamente son acciones que rompen, a favor de ciertos accionistas, la igualdad que teóricamente debe existir entre todos los aportantes del capital social. Las acciones preferenciales sin derecho a voto que contemplan los artículos 96 y 97 de nuestra Ley General de Sociedades caen dentro de esta clase de acciones; así como también las ahora llamadas acciones de inversión que fueran denominadas anteriormente como acciones laborales o acciones de trabajo(54).

Como lo señala Sasot(55), para algunos autores las acciones preferidas no tienen derecho a voto porque el accionista, más que ser un socio, es un acreedor y que el derecho de voto es incompatible a las preferencias.

Las acciones privilegiadas.- La moderna doctrina reserva el calificativo de privilegiadas para aquellas acciones que tienen en las asambleas de accionistas un derecho de voto superior al de otras acciones en relación con la cantidad de capital que ellas representan. Para Copper Royer, según Sasot, son aquellas que rompen a favor de ciertos accionistas la igualdad de derechos políticos que teóricamente deben existir entre todos los accionistas.

Al respecto comentamos que nuestra ley general de sociedades no contempla esta forma de acciones al consagrar el principio de UNA ACCIÓN, UN VOTO; en

doctrina estas acciones son aquellas que al igual que las anteriores cazan de un trato preferencial, pero la preferencia está referida a los derechos políticos: asignándole más de un voto a su tenedor que en asamblea de accionista ejerce un voto superior al de los demás.

A partir de 1930, Francia se aparta de la corriente tradicionalista que aceptaba las acciones de voto privilegiado, disponiendo por una ley de dicho año que "toda emisión de acciones especiales con derecho de voto privilegiado queda prohibida"; se inicia una tendencia revisionista que va tomando estado jurídico en diversos textos legales que prohíben la emisión de acciones de voto múltiple. De igual forma la legislación alemana de sociedades anónimas de 1937 consigna expresamente que "el derecho de voto plural no es admitido".

Las acciones diferidas.- Son aquellas que permanentemente tienen derechos patrimoniales cuantitativamente menores a las acciones ordinarias, ya sea en lo concerniente a la participación en las utilidades, en el activo de la liquidación, o en ambas. En la práctica las acciones diferidas raramente son emitidas, pues los potenciales inversores difícilmente estarían dispuestos a colocarse por debajo de las acciones ordinarias, pues corren el riesgo de que su inversión pueda quedar escasamente redituada por lo reducido del dividendo que les toca recibir.

Dice Ripert(56) la igualdad entre los accionistas es una igualdad de derechos. En una sociedad de capital, cada accionista ejerce los derechos que le confiere su título y los mismos aumentan en razón del número de acciones. Esta igualdad es la única manifestación del jus fraternitatis en las sociedades anónimas. Los estatutos pueden romperla en cierta medida, pero si se hace en beneficio de algunos, las ventajas particulares deben ser aprobadas por la asamblea general constitutiva.

Según Martore (57) cada acción ordinaria da derecho a un voto. El estatuto puede crear clases que reconozcan hasta cinco votos por acción ordinaria. El privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales. "No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones".

Las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, excepto para las materias incluidas en el cuarto párrafo del artículo 244, sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz. Tendrán derecho de voto durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia. También lo tendrán si cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirare dicha cotización, por cualquier causa, mientras subsista esta situación.

Tal como lo dispone el artículo 207 de la ley argentina, "el estatuto puede prever diversas clases (de acciones) con derechos diferentes; dentro de cada clase conferirán los mismos derechos. Es nula toda disposición en contrario". Así se puede hablar de acciones comunes u "ordinarias" y de acciones preferidas, siendo las primeras las que otorgan a sus titulares el régimen normal de derechos patrimoniales (dividendo y cuota liquidacional), derivados del status socii, y por lo

común en exacta relación con la parte alícuota que dicha acción ordinaria representa dentro del capital social, y las acciones "preferidas", las que conceden ventajas patrimoniales particulares comparadas con los derechos otorgados por las acciones ordinarias(58).

Por su parte, las acciones con privilegio patrimonial, en el caso argentino, que carecen de voto (lo que limita las posibilidades de sus dueños -en caso de asamblea- a controlar y ser oídos únicamente), adquieren el derecho a votar en las siguientes hipótesis:

- 1) en los asuntos importantes para el futuro de la sociedad;
- 2) para aceptar la reducción del valor de un aporte en especie;
- 3) cuando la sociedad estuviere en mora en el pago del beneficio que surge de la preferencia;
- 4) si se suspende o retira la cotización, mientras dure esa situación.

Vemos pues así que son muchas las razones por las que una empresa emite acciones privilegiadas, pudiendo quizás con ellas otorgar un mejor derecho a accionistas más antiguos o incluso mejores derechos a nuevos con el fin de que se incorporen. La gran mayoría coincide en señalar que la emisión de este tipo de acciones favorece la inversión de capital circulante a la empresa con capital inmóvil. justificándose de esa manera el privilegio que se les concede por el mayor riesgo que debe afrontar la inversión(59).

A continuación referimos una clasificación de Cabanellas(60) no respecto a las acciones en si pero si relacionada con ellas:

a) Acciones ordinarias. Considera que el derecho de suscripción preferente corresponde a las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, respecto de las nuevas acciones de la misma clase. En consecuencia, el derecho de preferencia se ejerce respecto de las nuevas emisiones de acciones ordinarias. Si existen diversas clases de acciones ordinarias, el derecho de preferencia se ejerce respecto de la clase de cuyas acciones ya es titular.

Cuando la sociedad ha sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones, no pueden admitirse acciones de voto privilegiado (según lo dispone el artículo 216. segundo párrafo. de la LSC)(62).

El derecho de preferencia aquí analizado corresponde tanto en los casos de aumento de capital como en los que se efectúan emisiones de acciones en las que el aumento de capital es contemporáneo o sucesivo a una reducción de capital.

b) Acciones preferidas. Salvo cláusulas estatutarias, las acciones con preferencia patrimonial no dan lugar a un derecho prioritario respecto de su suscripción. Ello es así debido a que el derecho legal de preferencia corresponde solo a las acciones ordinarias, y respecto de las que se emitan en su misma clase.

El derecho de preferencia puede extenderse por el estatuto o resolución de la asamblea que disponga su emisión, a las acciones preferidas. Cuando las acciones preferidas gozan así de derecho de preferencia, lo ejercerán normalmente respecto de las nuevas acciones preferidas de la misma clase que se emitan. Sin embargo, el acto que otorga la preferencia a las acciones preferidas

podría determinar concretamente a qué clases de nuevas acciones se extienden los derechos de suscripción dados a las acciones preferidas(63).

La emisión de distintas clases de acciones preferidas no plantea las dificultades que tal cuestión origina en otros sistemas societarios. Ante la falta de un derecho de preferencia legal respecto de las acciones preferidas, los derechos de suscripción respecto de las distintas clases de acciones preferidas son los que se derivan de las cláusulas estatutarias o de las condiciones de emisión, que podrán o no otorgar preferencias respecto de las clases de acciones preferidas distintas de las anteriormente emitidas.

c) Debentures. Cuando se emitan debentures convertibles en acciones, los accionistas, cualquiera sea su clase o categoría, gozarán de preferencia para su suscripción en proporción a las acciones que posean. Esta norma da una efectiva protección frente a la posibilidad de que la emisión de debentures convertibles en acciones se convierta en un mecanismo indirecto para licuar el capital.

Resulta llamativo, sin embargo, que la protección se extienda -ex lege-a todo tipo de accionistas, siendo que los accionistas preferidos normalmente solo gozan de derecho de preferencia cuando lo concede el estatuto o las condiciones de emisión. El texto legal, sin embargo, es claro al respecto(64).

Por el contrario, no tienen derecho de preferencia respecto de la suscripción de debentures convertibles los titulares de debentures convertibles preexistentes. Si se les diera tal preferencia por vía de las condiciones de emisión de los debentures de los que son titulares, tal preferencia cederá frente a las de origen legal, otorgadas - conforme se ha expuesto en este punto- a los titulares de acciones y de obligaciones negociables.

d) Obligaciones negociables. Los accionistas de la sociedad emisora que tengan derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones pueden ejercerlo en la suscripción de obligaciones negociables convertibles. En consecuencia, gozan del derecho de preferencia los accionistas ordinarios de la sociedad, en proporción a las acciones que posean; el derecho se extenderá a los accionistas preferidos si se ha acordado en las condiciones de emisión de sus acciones(65).

Tal proporcionalidad debería conservarse previendo que las acciones de distintas clases en las que se puedan convertir las obligaciones negociables, guarden entre sí la misma proporción que la existente entre las acciones de esas clases que ya se encuentran en circulación. Dicha proporcionalidad podría ser dejada sin efecto mediante consentimiento de las asambleas especiales formadas por los accionistas de las clases afectadas.

Otros títulos valores emitidos en serie. Conforme se expuso precedentemente, cuando estos títulos sean convertibles en acciones, se aplican las normas que regulan la emisión de obligaciones convertibles en acciones. En consecuencia, son relevantes -mutatis mutandi-las observaciones formuladas en el punto d), supra.

f) Enajenación de acciones adquiridas por la sociedad emisora. Cuando estas acciones no son canceladas, deben ser enajenadas dentro del término de un año desde su adquisición, salvo prórroga por la asamblea, Se aplica a esta venta, conforme al mismo artículo, el derecho de preferencia que otorga la ley.

Otorgado el derecho de suscripción preferente, conforme se ha examinado precedentemente, a las obligaciones negociables y a los títulos valores emitidos

en serie, en ambos casos cuando son convertibles en acciones, entendemos que tal derecho de preferencia también se extiende, por paralelismo con las acciones.

Lo que ahora interesa es que ese complejo contenido de la condición de socio es susceptible de incorporación a un documento con los caracteres de un título valor y que denominamos acción. De aquí que se hable de la acción como derecho. Esta expresión, como las de acción como parte del capital y la de acción como título, no es más que un convencionalismo generalizado en la doctrina y en la propia ley, válido si se conviene previamente en que lo que significa es el contenido de la posición de socio. El importante contenido patrimonial de esta posición de socio, como es sabido, lleva a una despersonalización que da lugar al carácter libremente transmisible de esa posición, lo que se posibilita incorporando al título valor el conjunto de su contenido. Pero debe quedar claro, en este aspecto, el doble plano que se acaba de indicar: por un lado, el contenido de la posición de socio y, por otro, el aspecto instrumental, necesario, del documento(66).

La cuestión que inmediatamente debe plantearse es la de si el contenido de la posición jurídica del socio es idéntico para todos. Si todos los socios, desde el punto de vista de sus derechos y obligaciones, son iguales. O, utilizando la terminología imprecisa y generalizada antes aludida, si cada acción atribuye a su titular los mismos derechos.

Parafraseando las palabras del Génesis, Mignoli dice que "en el principio está la igualdad de los accionistas". La afirmación no es exacta. No es posible entrar ahora en un examen del proceso histórico de conformación del principio de igualdad de los accionistas, pero puede decirse que su aparición es una consecuencia del ideario revolucionario que inspira la codificación francesa, cuando se democratiza la sociedad anónima y se considera que todos los socios tienen un interés cuantitativamente idéntico y tienen los mismos derechos, tanto por lo que se refiere al aspecto patrimonial como político o administrativo.

En todo caso, antes o después y con una técnica legislativa más o menos correcta, el principio de igualdad se asienta en la generalidad de los ordenamientos. Pero por razones de naturaleza análoga a las que, antes de la codificación, permitieron y justificaron la desigualdad de los accionistas, es lo cierto que, inmediatamente de su formulación legislativa, el principio se va debilitando, bien mediante la introducción de normas que hacen excepción al principio, bien a través del carácter dispositivo de los preceptos que lo establecen.

De esta forma, en el Derecho francés, tras la proclamación del principio de absoluta igualdad de los accionistas en el Código de Comercio de 1807, su reforzamiento con el artículo 1.853 del Código Civil que supone la proporcionalidad en el reparto de los beneficios Y las pérdidas, y el fortalecimiento que proporcionan las leyes de 26 de abril de 1930 y 13 de noviembre de 1933 que, prohibiendo las acciones de voto plural, imponen el principio de proporcionalidad del voto respecto del número de acciones, ya en virtud de las leyes de 9 de jul10

de 1902 Y 16 de noviembre de 1903, se modifica el artículo 34 del Código de Comercio para permitir a la junta general la facultad de crear acciones con un contenido de derechos diferente. Un fenómeno semejante se produce en el artículo 164 del Código de Comercio italiano y en el artículo 185 del Código de Comercio alemán (67)

Es preciso reiterar que, cuando se habla de clases de acciones, se está haciendo referencia a una clasificación de las acciones que toma como referencia el derecho incorporado. Con arreglo a otros criterios, puede hablarse de otras clases o tipos de acciones.

Desde esta consideración, el concepto de clase es un concepto legal. Ya lo era en el artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas y lo es' con mayor claridad en el actual artículo 49 del Texto Refundido. En efecto, con un cierto confucionismo terminológico, al identificar serie y clase, el antiguo artículo 37 decía que "podrán existir distintas clases o series de acciones. Las diferencias pueden consistir en el valor nominal, en el contenido de derechos o en ambos casos a la vez", Por su parte, en el nuevo artículo 49.1 del Texto Refundido se dice que "las acciones pueden otorgar derechos diferentes, constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos", y el artículo 49.2 dice que "cuando dentro de una misma clase se constituyan varias series de acciones. todas las que integren una serie deberán tener el mismo valor nominal".

Quizá sea conveniente hacer alguna precisión más. Clase de acción es la que se Integra por acciones que atribuyen derechos diferentes. Estas acciones so llaman especiales. Normalmente, la especialidad de las acciones consiste en un privilegio, pero no tiene por qué ser necesariamente así. En ocasiones, la especialidad puede consistir en un privilegio respecto de un derecho (por ejemplo, respecto del derecho al dividendo) que se compensa con determina das restricciones de otros derechos (el derecho de voto, por ejemplo). De suyo, la especialidad podría incluso consistir, exclusivamente, no en un plus añadido a los derechos que son comunes a todos los accionistas, sino en una reducción de alguno de esos derechos.

En cualquier caso, parece que la ley cuenta, como punto de referencia, con un modelo común de acciones, las ordinarias, que atribuyen a sus titulares el régimen normal de derechos y obligaciones que integran la posición de socio y que se derivan de la ley y, en su caso, de los estatutos, para denominar clase especial al conjunto de acciones que incorporan derechos diferentes de los de las acciones ordinarias. Cualquier otra diferencia entre las acciones que no tome como referencia los derechos incorporados, no constituirá una clase en el sentido de que estamos tratando. Por ello, cuando las acciones se distinguen por su distinto valor nominal, la ley habla de series y, cuando desde el punto de vista de la ley de circulación, se distingue entre acciones nominativas y acciones al portador, el sentido de la palabra clase es diferente. En general, y para designar aquellas acciones que se diferencian de las ordinarias, no por razón del derecho

incorporado sino por sus características externas, generalmente referidas al documento, algún sector de la doctrina habla de "tipos" de acciones.

La fijación del concepto de clase integrada por acciones especiales, hasta aquí intentada, presenta cuando menos dos consecuencias importantes. De una parte, que solo la creación de acciones especiales que contengan un privilegio respecto de las comunes está sometida a la limitación de no poder crearse más que observando las formalidades prescritas para la modificación de estatutos. De otra, que solo a las acciones especiales que contengan algún privilegio se refiere el artículo 148 cuando habla de la lesión a los derechos de una clase de acciones.

Por otra parte, la delimitación del concepto de acción especial, cuyo conjunto integra la clase, por referencia a su contenido de derechos y obligaciones respecto de las ordinarias, plantea el problema de determinar qué derechos del socio son susceptibles de fundar una clase especial de acciones. Parece que no debe plantear duda alguna que la atribución de un privilegio respecto de un derecho patrimonial supone la configuración de la acción como especial. Pero en nuestra doctrina se discute si un condicionamiento que limite la circulación de unas acciones determinadas es suficiente para configurar dicha clase especial. El más importante sector doctrinal sostiene que las diferencias relativas a la transmisión de los títulos implica la existencia de dos clases de acciones. Por su parte, Cuesta niega esta posibilidad sobre la base de que el derecho a la transmisión de las acciones, aun siendo un derecho del socio, no es de los que integran la posición de socio y esta configuración se advierte claramente en el tratamiento diferenciado respecto de los derechos corporativos e idéntico al de los derechos del socio como tercero que se contenía en el párrafo 32 del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. En la medida en que el nuevo artículo 146 del Texto Refundido es una transcripción del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 en este punto, debe entenderse que el debate sigue abierto.

Conviene, por último, decir que la especialidad de las acciones solo debe referirse al derecho o derechos diferentes en que la especialidad consista. La precisión es importante en la medida en que las peculiaridades del régimen que el Texto Refundido establece para estas acciones solo deben referirse, a su vez, a esa especialidad, estando sometidas, respecto del resto de derechos que atribuyen, al mismo régimen que las acciones ordinarias.

2. Clasificación de las acciones en la actual Ley General de Sociedades

La anterior LGS señalaba en su artículo 105 que podían existir diversas clases de acciones. Una clasificación antigua era la que refería como acciones nominativas y acciones al portador, que se derivaba de la Ley N° 16123 de 1966. El D.S. N° 287-68-HC de noviembre de 1968 proscribió las acciones al portador. El legislador de 1984 del D. Leg. N° 311 las siguió mencionando, ya que había citas que hacían referencias a las mismas, como en los artículos 78 incA, 80 inc.5, 107 Y 130 sin contar que se daba a entender que subsistían de la interpretación en artículos adicionales. Anteriormente, si se quería diferenciar a las acciones se

usaba como criterio de referencia el valor nominal, el contenido de los derechos, o ambos simultáneamente. Ahora el artículo 88 que regula las clases de acciones indica que la diferencia puede consistir en los derechos y obligaciones de sus titulares o en ambos, y ya no se usa el valor nominal como referencia.

En la ALGS incluso se establecía que la misma "serie o clase" de acciones será de igual valor confiriendo los mismos derechos. ¿Serie? ¿Clase? ¿Son iguales?(68). Ahora con la nueva Ley General de Sociedades se han suprimido las "series de acciones" eliminándose con ello además la confusión(69).

Así, nuestra clasificación actual y usando como referencia nuestra Ley General de Sociedades, sería:

- a) Acciones ordinarias o comunes y acciones preferenciales.
- b) Acciones de fundador y acciones ordinarias.
- c) Acciones reembolsadas.
- d) Acciones con prestaciones accesorias.
- e) Acciones con derecho a voto y acciones privilegiadas sin derecho a voto.
- f) Acciones afectas a obligaciones adicionales.
- g) Acciones con derecho exclusivo a suscripción de nuevas acciones, entre otras.

A continuación y muy brevemente algunos comentarios respecto a ellas.

Las acciones con derecho a voto.- Esta clase de acciones no son otra cosa que las acciones ordinarias o comunes señaladas anteriormente, pues, por los derechos que confieren, son las que tradicionalmente se reconoce a todo accionista de una sociedad (Ley General de Sociedades, arto 95).

La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:

1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;
2. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;
3. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales;
4. Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:
 - a) La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y
 - b) La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y,
5. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.

Las acciones sin derecho a voto.- Las figuras jurídicas que muchas veces van naciendo son consecuencia del avance y de las necesidades que paralelamente surgen, necesidades que deben cubrir intereses, tal es el caso de las acciones "sin derecho a voto". Anteriormente no se podía siquiera imaginar esta figura ya que referirse a algo contrario al derecho a voto que confería el ser titular de una acción, era increíble.

Hay personas que no tienen un interés más que económico al participar en una sociedad. Son inversionistas que adquieren las acciones con el fin de percibir los dividendos que distribuya la sociedad. Su vínculo con la gestión y la marcha interna de la misma es mínimo. El accionista que opta por las acciones sin voto, está dispuesto a cambiar sus derechos políticos por un derecho económico. Según el artículo 96 de LGS, la acción sin derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:

1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación con la preferencia que se indica en el artículo 97; -Ser informado 2. cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad; Impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos;
3. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto; y,
5. En caso de aumento de capital:
 - a) A suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto.
 - b) A suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso de que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital.
 - c) A suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto.
 - d) A suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los literales anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

Así la LGS ha establecido en su artículo 97 para sus titulares el derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto, además que tendrían también preferencia en la distribución del remanente del haber social en el caso de liquidación de la sociedad (70), los accionistas sin derecho a voto también son cautelados, debiendo ser informados sobre la marcha de la sociedad.

El artículo 97 de la IGS contempla el derecho a percibir el dividendo preferencial que se establezca en el estatuto. Existiendo utilidades distribuibles, la sociedad está obligada al reparto del dividendo preferencial. Finalmente en caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones.

Solo un comentario final respecto a cómo en la doctrina española surge un "problema" con las acciones sin derecho a voto. Uría, Menéndez y Olivencia(71) refieren: "Como consecuencia de la no atribución del derecho de voto, las

acciones sin voto no serán computadas a la hora de determinar el quórum de constitución de las juntas generales; para la válida constitución de la junta se exige la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean un porcentaje determinado del capital suscrito con derecho a voto. El quórum se calculará tomando como base al capital social que resulte después de detraer el representado por acciones sin voto... Un problema particular se presenta en el caso de la JUNTA UNIVERSAL, ya que para su válida constitución la ley exige la presencia de todo el capital social y que los asistentes acepten la celebración de la misma...".

los autores precitados tras realizar un análisis respecto a si "todo el capital social" incluye o no a las acciones sin derecho a voto, concluyen en que la asistencia (personal o representada) de todos los accionistas sin voto es requisito necesario para la válida constitución de la junta universal, reflexionando que quizás puede constituir un "freno" a la emisión de este tipo de acciones en sociedades con pocos socios, pero de adaptarse otra solución, consideran que el instrumento de la junta universal serviría para desconocer importantes derechos del accionista sin voto.

Para nosotros ese "problema" fue cubierto por nuestro legislador al haber establecido en el artículo 120 Junta universal) lo siguiente: "..., la junta general se entiende convocada y válidamente constituida para tratar sobre cualquier asunto y tomar los acuerdos correspondientes, siempre que se encuentren presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar": precisión también referida en el artículo 94 donde se establece que "... Las acciones sin derecho a voto no se computan para determinar el quórum de las juntas generales": En todo caso, el artículo 96 prevé entre otros el ejercicio de los derechos de los accionistas sin derecho a voto en caso de haber sido transgredidos.

VIII. CESIÓN DE ACCIONES Y SUS EFECTOS. LIMITACIONES Y PROHIBICIONES APLICABLES A LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES

Según Ripert, una sociedad anónima es un mecanismo jurídico que lleva consigo la necesidad de entregar a los accionistas títulos negociables. La negociabilidad es el rasgo que caracteriza la acción. Si se dijera en los estatutos que las partes de los socios no pueden cederse, la sociedad no tendría carácter de sociedad anónima. Si se dijera en una sociedad de personas que las partes de los socios estarán representadas por títulos negociables, nos encontraríamos en presencia de una sociedad por acciones constituida irregularmente. La negociación de los títulos produce el efecto de que los accionistas cambian continuamente, por lo menos en las sociedades cuyos títulos se cotizan en la Bolsa.

Para algunos el hecho de no conocer quiénes son los titulares de las acciones puede resultar incómodo si se desea ejercer cierto control reservar la posesión de las mismas a determinadas personas.

Los estatutos pueden exigir determinadas condiciones para ser accionista, por ejemplo, una determinada nacionalidad, o disponer que otras sociedades no serán accionistas. En otros casos hay cláusulas que exigen por ejemplo ser empleado, ex empleado, cliente o ex accionista. En las sociedades que fabrican productos farmacéuticos, existe incluso una regla legal: la mayoría del capital debe pertenecer a uno o varios farmacéuticos inscritos en la entidad profesional.

Por su parte Martorell refiere que la transmisión de las acciones es libre. "El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia. La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos"(72).

El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, debiendo constar ello en el título, "o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y los estados respectivos", ya que de lo contrario las cláusulas limitativas no resultarán oponibles a terceros.

En realidad, según Martorell, la restricción a la transmisibilidad de las acciones puede obedecer a tres causas:

- 1) Limitaciones impuestas por la ley: por ejemplo, prohibiendo o reglamentando la transmisión de acciones a extranjeros (un caso de prohibición legal por varios motivos se puede ver en nuestro país en materia de sociedades que explotan medios de radiodifusión). Tanto en Francia como en Estados Unidos y en Inglaterra existen estrictas reglamentaciones en materia de transferencia de "paquetes de control" de acciones, de las compañías que efectúan oferta pública de sus títulos.
- 2) Limitaciones convencionales: las establecen los accionistas o un grupo de ellos, mediante un convenio parasocial.
- 3) Limitaciones estatutarias: surgen del propio estatuto de la sociedad.

Podríamos reflexionar en voz alta concordando con Martorell respecto a si la obligación de ofrecer previamente la acción a otro accionista o solicitar autorización previa al directorio para la transferencia, puede significar una limitación a la libre transmisibilidad ¿o son acaso únicamente los parámetros del ejercicio del derecho de preferencia de los propios accionistas?

Como todo estatuto que puede ser modificado por acuerdo de junta general de accionistas, pueden sustituirse cláusulas concebidas por los fundadores de la sociedad y que contengan determinadas limitaciones para la transferencia de acciones, con ello pues, las condiciones para ser socio de determinada sociedad.

Al respecto Carlos Cornejo Guerrero(73) coincide con Martorell y nos refiere que las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, tienen una triple fuente: 1) las limitaciones legales, 2) las restricciones estatutarias y 3) los acuerdos entre accionistas que restringen la transferencia, pero que no figuran en el estatuto social. Sin embargo, agrega que dentro de las limitaciones legales, puede hacerse una subdivisión entre aquellas que están consignadas en la Ley General de

Sociedades y las que encuentran en otras normas, que quisiéramos brevemente comentar.

a) Prohibición de transmitir las acciones antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil(74).

"En el Derecho Comparado se admite por lo general que la Sociedad Anónima no existe antes de su inscripción en el Registro Mercantil, estableciéndose normas que prohíben la emisión y enajenación de acciones antes de que la inscripción se haya efectuado.

der una inscripción se requiere que esté inscrito o se inscriba el acto previo necesario o adecuado para su extensión" (75).

Aunque entre los juristas existen reparos para consagrar legislativamente la inexistencia como una forma de invalidez del acto jurídico, está fuera de duda que esa figura se encuentra comprendida dentro de las causales de nulidad absoluta del acto jurídico.

A manera referencial señalamos otros casos de limitaciones que Cornejo Guerrero desarrolla, como son:

b)

b) Prohibición de transmitir las acciones representativas de aportes no dinerarios.

c) Prohibición a los accionistas que han votado a favor de un acuerdo de transformación, de desprenderse de sus acciones hasta que la transformación se consuma y,

d) Prohibición a la transmisibilidad de la acción, cuando la sociedad se va a fusionar o cuando está en periodo de liquidación.

Finalmente, señalamos que en nuestra Ley General de Sociedades el artículo 101 regula las LIMITACIONES Y PROHIBICIONES APLICABLES A LAS ACCIONES, estableciéndose principalmente que:

1) Las limitaciones a la transferencia, gravamen o a la afectación de acciones no significan la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

2) Son de observancia obligatoria para la sociedad si están previstas en

1. pacto social,

2. estatuto,

3. convenios entre accionistas o.

4. convenios entre accionistas y terceros notificados a la sociedad.

3) Se deberán anotar en la matrícula de acciones y en el certificado

4) La prohibición es por plazo determinado o determinable, no pudiendo exceder de 10 años prorrogables antes del vencimiento por periodos mayores.

IX. LAS ACCIONES EN CARTERA Y SU SUSCRIPCIÓN

Las acciones en cartera constituyen una novedad importante en la Nueva Ley General de Sociedades, prevista en los artículos 98 y 99.

Las acciones en cartera son acciones creadas o autorizadas, pero aún no suscritas ni pagadas. Están en cartera y pueden ser colocadas en cualquier momento, a criterio de los administradores de la sociedad(76).

Lo consideramos un aporte interesante. Van a existir acciones en cartera por emisión, es decir, una sociedad va a poder reservarse de un aumento de capital o en el acto constitutivo, un paquete de acciones para mantener en cartera, o va a poder tener en cartera acciones que adquiera en el mercado. Los mecanismos societarios actuales exigen muchas veces en las grandes sociedades la necesidad de que se tengan acciones en cartera para evitar caídas bruscas en la Bolsa, para dar bonos e incentivos a sus funcionarios y trabajadores; esto que es práctica en el derecho societario no era posible para el Perú.

En el acto constitutivo o en el aumento de capital se pueden crear acciones suscritas, con derecho a voto o sin él, las que se mantienen en cartera y que no pueden representar más del 20% del número total de las acciones emitidas. En tanto no ocurra esto, no pueden llevarse a la cuenta capital del balance; solo se emitirán una vez que se suscriben y paguen en por lo menos el 25% de cada una; sus derechos sólo se generarán cuando se emitan.

Se reconoce el derecho de suscripción preferente dentro del plazo máximo de 5 días útiles. La sociedad también puede adquirir en el mercado sus propias acciones para conservarlas en cartera, con el propósito por ejemplo de evitar caídas bruscas en la cotización en la Bolsa o para distribuirlas entre trabajadores y funcionarios por ejemplo(77).

X. CERTIFICADOS Y OTRAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN DE LAS ACCIONES

Vicente Santos(78) nos dice que, como es bien sabido, en la dogmática clásica el título valor es concebido como un instrumento jurídico en el que la conexión entre derecho y documento es tal, que se muestra el primero transfundido en el segundo, cuya suerte corre. Frente a esa concepción hoy se ha abierto y se está desarrollando un decidido proceso de disyunción entre esos dos términos de la relación hasta llegar a prescindir del documento en su configuración tradicional de soporte autónomo del derecho. Pero tal disyunción no es simplemente un producto de las reflexiones doctrinales, apoyadas (cuando así sea) sobre datos de Derecho positivo, sino una consecuencia de las necesidades de la práctica. Y la rebelión frente a la tesis de la "incorporación" del derecho al documento hasta llegar a la eliminación del soporte documental tradicional se ha producido, hoy por hoy, de una manera más abierta y decidida en el terreno de los tradicionales "valores mobiliarios" que en el de los "efectos de comercio".

Es importante señalar que al respecto, coincidiendo con Santos, hay dos situaciones actuales que deben ser referidas como claves para ello, 1) la masificación de los valores mobiliarios, y, 2) la difusión de la sociedad anónima.

La masificación de los títulos valores ha planteado tan graves dificultades para su utilización como elementos movilizados de la riqueza que, según observara en 1979 Sánchez Calero, "como sucede en otros tráficlos circulatorios se producen las

llamadas retenciones, cuando no la paralización absoluta". Cabía prever una "esclerosis total", "la experiencia de los pagarés". Se habló del "colapso del tráfico". Súmense, en fin, a las obstrucciones y dilaciones, la producción de errores y, en general, los costos que el complejo manejo de tantos títulos originaba, para tener una imagen del apremiante cuadro que las realidades prácticas ofrecían.

Es así como en la Nueva Ley de Títulos Valores se regula a las acciones y otros valores acordes con las necesidades antes referidas así como con la modernidad y tecnología implantadas en el mundo entero, contemplando de esta manera la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta, usando para ello las bondades cada vez mayores que nos ofrecen los modernos procedimientos informáticos.

No podemos dejar de mencionar cómo en la doctrina y en general se plantean interrogantes vinculadas a principios propios del derecho cambiario como el de "incorporación", siendo para muchos una contradicción al referir a las anotaciones por representación en cuenta como "incorporación no documental" o sobre todo con el término "incorporación inmaterial".

¿Qué "incorporación" es ésta, que carece de substrato "corporal" autónomo? Aun cuando cupiera hablar de la "incorporación" del derecho a un registro informatizado, tal expresión tendría un significado netamente distinto de aquella "incorporación" propia de los títulos valores -metáfora con la cual, como es bien sabido, se ha pretendido explicar dogmáticamente el tratamiento de ciertos derechos con unas pautas normativas propias de las cosas corporales muebles-. Si, cuando se trata de los valores informatizados, se pretende recurrir también a la metáfora de la "incorporación", forzoso será admitir que semejante "incorporación" nos lleva, no al régimen de los títulos valores (cosas materialmente poseibles y circulantes), sino a un sistema registral. Un sistema que, aunque tenga una manifestación bien representativa en su aplicación a los bienes inmuebles, no es exclusivo de éstos. La propia naturaleza de las cosas exige la discriminación entre los títulos valores y los asientos informatizados. Es preciso reconocer la significación que, por obra del legislador, se atribuye a unos asientos, a través de los cuales ya no existe aquel hábeas documental autónomo, en el que se hallaba la esencia del título valor, aquello que permitía tratar al derecho como cosa corporal mueble.

Sin embargo, que un nuevo medio (el registro informático) cumpla -o se pretenda que cumpla-la misma función de un medio antiguo o ya conocido (el título valor), no quiere decir que uno y otro hayan de tener la misma estructura y naturaleza, ni de hecho ni de derecho. No es lo mismo la tradición de un papel, al que el derecho se considere -metafóricamente- "incorporado", que la "transferencia contable" a través de la cual se transmitan los valores representados mediante anotaciones en cuenta. No es lo mismo exhibir el título en el que el derecho esté "incorporado" o funcionalmente "documentado", que obtener la legitimación por medio de la inscripción en un registro contable. Aun cuando en un medio y otro (en el título valor y en el asiento contable) puedan darse unas afinidades de función, ni el título valor es -obviamente- un asiento contable, ni el asiento contable puede

identificarse con un título valor. La estructura que permite la legitimación y facilita la transmisión es diversa en un caso -título valor- y en el otro -asiento contable o, cabría decir, "asiento valor"-.

En efecto, para explicar esas nuevas realidades de los valores sin título, el profesor Alberto Bercovitz ha llegado a proponer "una nueva noción de título valor", una noción en la que quedarían englobados los "títulos valores cartulares, que se documentan en papel y responden a la noción tradicional" y los que habría que llamar "títulos valores informatizados". Lo cual, si bien se mira, no supone sino reconocer la resistencia que ofrecen estos nuevos instrumentos de expresión de los derechos para su subsunción dentro de aquella categoría.

Así, se juega con una noción de "título valor" en la que la expresión "título" no tendría ya el sentido de documento o papel, o de "cosa corporal" -como decía, por ejemplo, Garrigues-, sino un sentido más vago o más elástico. Jugando con una supuesta distinción entre el término "papel", incluido en la expresión "papel-valor" -que correspondería a la expresión alemana wertpapier-, y el término "título", entiende el profesor Alberto Bercovitz que "en nuestro caso", esto es, en España, "la noción de 'título' es mucho más abstracta y no suscita dificultades de principio para amparar instrumentos jurídicos referidos a soportes informáticos".

La Ley de Sociedades Anónimas Española en su artículo 51 dice: "Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y en otro caso, tendrán la consideración de valores mobiliariosD.

Finalmente, solo para precisar, nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 87 trata la EMISIÓN DE CERTIFICADOS DE ACCIONES, haciendo referencia a que es nula la emisión de certificados de acciones y la enajenación de éstas antes de la inscripción registral de la sociedad o del aumento de capital correspondiente. Quisiéramos además referir que en la Ley de Títulos Valores, el artículo 257 la regula como sigue:

Art. 257. ACCIÓN

257.1. La acción se emite solo en forma nominativa. Es indivisible y representa la parte alícuota del capital de la sociedad autorizada a emitir/a. Se emite en título o mediante anotación en cuenta y su contenido se rige por la ley de la materia.

257.2. Cuando la acción pertenece a una determinada clase, confiere a su titular los mismos derechos y obligaciones que las previstas para las demás de su misma clase.

257.3. Los certificados provisionales y demás valores que estén permitidos emitir a las sociedades y organizaciones empresariales se rigen por la ley de la materia.

257.4. Pueden emitirse también valores mobiliarios con la denominación de acciones que no representen el capital de las sociedades sino alícuotas f) alícuotas de cuentas o fondos patrimoniales distintos, en cuyo caso se regirán por las disposiciones especiales que les resulten aplicables.

El artículo precitado así como el artículo 3 de la Ley de Mercado de Valores regulan que los valores mobiliarios pueden representar derechos de participación,

ya sea en el capital social, o en el patrimonio, o en las utilidades, o en inversiones. Entre tales valores tenemos a las acciones comunes, las acciones de inversión, los certificados de suscripción preferente, entre otros.

Además al regularse como única emisión la NOMINATIVA se impide la emisión al PORTADOR, con el fin de que a través de estas últimas se impida una situación de lavado de activos o de evasión tributaria. Al respecto, la Ley de Títulos Valores trató de corregir ese error conceptual al disponer que el titular de un valor, cualquiera que fuere la forma de su negociación (incluye al tenedor de valor al portador), cuando ejercite un derecho que el valor representa, debe identificarse, con lo que rompe el mito de que "al portador" es "anonimato", o "sin identificación". Finalmente la propia Ley de Títulos Valores al hacer referencia a "la ley de la materia" como la que debe regir la emisión en título o en anotación en cuenta, así como el contenido de aquellos, deja absolutamente claro que es la Ley General de Sociedades la que rige para dichos efectos, regulando la Ley de Títulos Valores únicamente el aspecto cambiario y como una aplicación supletoria a la Ley General de Sociedades(79).

XI. USUFRUCTO. PRENDA Y EMBARGO DE ACCIONES

1. Usufructo

La Ley General de Sociedades en su artículo 107 regula el USUFRUCTO DE ACCIONES estableciendo que:

"En el usufructo de acciones, salvo pacto en contrario, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos en dinero o en especie acordados por la sociedad durante el plazo del usufructo.

Puede pactarse que también correspondan al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo del usufructo".

Nuestro Código Civil en su artículo 999 establece que el usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno; de lo que el poder jurídico que el titular detenta respecto de un bien determinado, se expresa en la facultad de aprovechamiento de ese bien.

La doctrina debate mucho respecto a si esta figura jurídica implica "derechos sobre derechos" "el derecho real" versus el derecho de crédito, etc., etc, Debemos entender que la ley prevé un derecho real sobre un bien mueble como es la acción, documentada en un instrumento (título valor) y que implica la potestad de aprovechamiento de los derechos del accionista que están incorporados en el título de la acción, mas no el aprovechamiento del título.

Por otro lado, es evidente que si afirmamos lo anterior es porque consideramos que el usufructo recae no sobre la parte alícuota del capital social (las acciones representan la cuota ideal de un patrimonio neto que no es propiedad del accionista sino de la sociedad), ni tampoco sobre la posición de socio (recordar la triple definición sobre acción, en este caso, como acción derecho), sino como referimos sobre la acción que está representada en el título.

Al respecto el artículo 11 refiere que "el usufructo de acciones se proyecta sobre el haz de derechos o valores incorporados al título, y no sobre el signo material del documento, produciéndose un 'desdoblamiento' de las propiedades de la acción, en la medida en que mientras la nuda propiedad pertenece a una persona, el usufructo de ella beneficia a otra. De este modo, el título gravado se entrega al usufructuario, que siendo titular del ius utendi y del ius fruendi goza de un derecho temporal y básico de disfrute de la acción, traducido en la práctica en la percepción de los frutos o rentas que ella produzca".

Asimismo precisa que el derecho del usufructuario -comprendiendo por lo común las utilidades del ejercicio liquidadas bajo la forma de dividendos" no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas", las que al reinvertirse en la sociedad para contribuir a su desarrollo y productividad, pierden el carácter de fruto civil, que es el que genera el derecho a su percepción por parte del usufructuario.

Finalmente coincidimos con Martorell cuando señala que siendo un derecho real de goce, el usufructo de acciones se constituye mediante la entrega al usufructuario de los títulos respectivos. Empero, en atención a la vigencia del régimen de nominatividad, los derechos reales que se constituyen sobre acciones nominativas deberán constar en el título, inscribirse en el registro y comunicarse al emisor, para el supuesto caso de que el registro sea llevado por uno de los entes autorizados, a partir de lo cual surtirán efecto.

2. Prenda

La Ley General de Sociedades, en su artículo 109 refiere:

"En la prenda de acciones los derechos de accionista corresponden al propietario. El acreedor prendario está obligado a facilitar el ejercicio de sus derechos al accionista. Son de cargo de éste los gastos correspondientes.

Si el propietario incumple la obligación de pagar los dividendos pasivos, el acreedor prendario puede cumplir esta obligación, repitiendo contra el propietario o, proceder a la realización de la prenda, reconociéndose la preferencia que para el cobro de los dividendos pasivos tiene la sociedad.

Lo establecido en este artículo admite pacto en contrario".

La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.

La doctrina reconoce que la prenda de acciones ha sido usada frecuentemente para garantizar obligaciones asumidas por compra de paquetes accionarios de sociedades. Asimismo, la emplean habitualmente las entidades financieras como resguardo por el cumplimiento del reembolso de los créditos que conceden.

Sus efectos frente a terceros deben ser instrumentados al momento de su constitución. En la doctrina argentina se reconoce que los certificados provisionales nominativos, como títulos valores que son, también pueden ser dados en prenda con el mismo alcance de las acciones, notificándolo a la sociedad emisora, y al mercado de valores cuando se tratara de títulos que tienen

cotización, ya que si así no se hiciera, el gravamen no afectará las negociaciones efectivamente concretadas sobre las acciones hasta la fecha de su notificación. Según Martorell, para el caso del incumplimiento del propietario, el acreedor prendario tendría únicamente el derecho a rematar la acción dada en prenda, si la prenda fuera comercial, pudiendo cobrarse -en caso de liquidación o venta forzada- solo hasta la concurrencia de su crédito y accesorios (actualización, intereses, gastos, etc.), ya que como dice la propia ley argentina y se ha sostenido en tribunales, "las acciones caucionadas y embargadas gozan plenamente del ejercicio de los derechos políticos".

La legislación española(80) coincide, en gran medida, con la regulación prevista por el Código Civil italiano de 1942, el cual vino a regular en su artículo 2.352 algunos aspectos tanto de la prenda como del usufructo de acciones, dentro de las normas dedicadas a la sociedad anónima. Por el contrario, la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno ordenan la figura en sus respectivos Códigos Civiles, los cuales obligadamente deben ser usados más que como una mera remisión.

Solo una precisión importante recogida por la ley para ser comentada y es que son los derechos y no el ejercicio de los mismos lo que le corresponde al propietario de la acción. Al momento de constituir la prenda, en dicho acto, podrá ser definido el ejercicio de tales derechos según acuerdo de partes, ya que al admitir pacto en contrario se permite a la voluntad de quienes celebren el contrato de prenda, determinar todo el contenido y alcances de la misma.

3. Embargo

El artículo 110 de la Ley General de Sociedades precisa:

Medidas cautelares sobre acciones.

"En caso de acciones sujetas a medida cautelar, incluyendo el embargo, el propietario conserva el ejercicio de los derechos del accionista.

El depositario está obligado a facilitar al accionista el ejercicio de sus derechos. Son de cargo de éste los gastos correspondientes.

La medida cautelar sobre acciones no apareja la retención de los dividendos correspondientes, salvo orden judicial en contrario.

En la ejecución de acciones sujetas a medida cautelar se estará a lo dispuesto en el artículo 239".

En materia de embargo, la ley argentina no distingue si se trata de embargo preventivo o ejecutivo, por lo que la mayoría de los juristas argentinos concluye que se aplica a ambas situaciones. Al igual que en la figura de la prenda, en este caso también las acciones embargadas gozan plenamente del ejercicio de sus atribuciones políticas, importando el instituto una restricción a la libre transmisibilidad de las acciones. .

Realmente resulta irrelevante la distinción entre embargo preventivo y embargo ejecutivo puesto que en ambos casos existe una afección jurisdiccional de las acciones a una ejecución. Es por ello que en muchos casos, se utilizan indistintamente los términos embargo y secuestro, ya que éste no es más que el

depósito judicial de las acciones cuando se haya decretado su embargo, es decir, para Martorell, una fase del mismo.

Nuestra Ley General de Sociedades establece que el propietario de acciones embargadas conserva el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, inclusive el derecho a percibir los dividendos, salvo que expresamente la resolución judicial señale cosa distinta. Aquí no hay pacto en contrario sino resolución judicial que de modo expreso indique cosa diferente.

Tanto en la prenda como en el embargo, el acreedor prendario o el depositario o retenedor, según el caso, están obligados a facilitar al accionista el ejercicio de sus derechos.

La medida cautelar prevista es para una futura ejecución forzada que importa afectar jurídicamente un bien o derecho del obligado (art. 642 CPC). Sin embargo, es importante precisar que la ley establece además una excepción que es el caso de que justamente sean los derechos del accionista los que resulten controvertidos en un proceso judicial y que se haya solicitado una medida cautelar que suspenda uno o todos ellos.

Al respecto encontramos una interesante jurisprudencia registral sobre

ANOTACIÓN DE EMBARGO DE ACCIONES EN LA PARTIDA DE LA SOCIEDAD(B1), que transcribimos:

"No resulta procedente anotar en la partida de una sociedad anónima la medida cautelar de embargo recaída sobre las acciones de propiedad de uno de los socios, dado que ello deberá hacerse en el respectivo libro matrícula de acciones que toda sociedad anónima debe llevar, por mandato legal".

Resolución NQ 387 -2000-ORLCfT de fecha, Lima, 10 de noviembre del 2000.

VISTO, el recurso de apelación interpuesto por ARMANDO ANCHIRAICO QUINTI y otro en representación de TRANSPORTE NEGOCIACIONES SANTA ANITA S.A., mediante hoja de trámite NQ 2000-036392-ORLCfTD del 7 de septiembre de 2000, contra la observación formulada por el registrador de Personas Jurídicas, Dr. Mario Gino Benvenuto Murguía, a la solicitud de anotación de embargo de acciones, en mérito a parte judicial. El título se presentó el 25 de julio del 2000 bajo el NQ 133744. El registrador denegó la solicitud de inscripción por cuanto: "1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82, 83 Y 91 de la Ley General de Sociedades, las acciones constituyen partes alícuotas del capital social y son titulares de las mismas quienes aparecen como tal en el libro matrícula de acciones que las sociedades anónimas están en obligación de llevar. 2.- Asimismo, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley General de Sociedades, las acciones así como las siguientes transferencias y la constitución de derechos reales sobre las mismas se registran en el libro matrícula de acciones. 3.- El artículo 50 del reglamento del registro mercantil dispone que la transferencia de acciones no es un acto inscribible (...), por lo cual no es factible a través de la ficha donde corre registrada la sociedad determinar con certeza la titularidad de las acciones, del mismo modo el artículo 86 establece que solo se permiten anotaciones preventivas, en el libro de sociedades, en los casos de embargos o demandas que se refieran a la validez de los actos o contratos inscritos en los cuales se impugnan los acuerdos tomados por los socios. 4.- En el mismo sentido

el artículo 90 del reglamento del registro mercantil señala: "No es inscribible el embargo de acciones de una sociedad anónima o comanditaria por acciones, lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de que dicha medida proceda en forma de secuestro de la acción o de anotación en el libro matrícula de acciones, que deben llevar las sociedades conforme lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley. 5.- Asimismo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 673 del C.P.C. procede la anotación de demanda tratándose de bienes registrados, siempre y cuando esté referida a derechos inscritos, Y siendo las acciones bienes no registrables en este registro, no procede la anotación de la medida decretada en el Registro de Personas Jurídicas, ya que no se puede determinar con certeza la titularidad de las mismas en la partida de la sociedad".

Como comentario, el Tribunal Registral CONFIRMÓ el 1º, 2º, 3º y 4º extremo, REVOCANDO el 5º.

El considerando por el que se revocó el 5º extremo refiere: "Que, respecto del último extremo de la observación del registrador público en el que se cita al artículo 673 del Código Procesal Civil-referido a la medida cautelar de anotación de demanda en los Registros Públicos-, cabe indicar que en el presente caso se está solicitando la inscripción (anotación) de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción (sic) sobre acciones, no la anotación de demanda, no siendo por tanto aplicable tal dispositivo legal, razón por la cual debe revocarse dicho extremo de la observación".

(1) URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. 'Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles'. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1994. Pág. 15.

(2) SÁNCHEZ CALERO, Fernando. "La división del capital en acciones". En "Derecho de Sociedades Anónimas 11. Capital y Acciones", Volumen 1. Editorial Civitas SA Madrid, 1994. Págs, 15,16,

(3) MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles". Edil. UNMSM. Urna, . 1967. Pág. 127.

(4) SASOT BETES, Miguel. "Sociedades Anónimas, Acciones, Bonos, Debentures y Obligaciones Negociables". ABACO. Buenos Aires, 1985.

(5) En su Curso de Derecho de Sociedades Anónimas (citado a pie de página por SASOT. Pág. 33).

(6) Se ha afirmado que ésta, la significación originaria de la palabra acción, aparece por primera vez en 1606 para señalar la "acción" (actie) -pretensión judicial- encaminada a conseguir el dividendo.

(7) BOLAFFIO, León. "Derecho Comercial, parte general". EDIAR. Buenos Aires, 1947.

(8) Caracteres singulares de las acciones. Rev. Der. Comercial. 1970. Pág. 482. (SASOT. 1964. Pág. 31) (9) Citado por SASOT. Pág. 258.

(10) Al respecto se puede revisar en Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. BEAUMONT CALURGOS, Ricardo y CASTELLAR ES AGUILAR, Rolando. Gaceta Jurídica. Octubre 2000. Págs. 689-691 el comentario respecto al artículo 257.- Acción, de la precitada ley.

(11) Revisar "Comentarios a la Nueva ley General de Sociedades". BEAUMONT, Callirgos, Ricardo. Edit Gaceta Jurídica . Enero 2002. Págs. 219 a 222. en su comentario al artículo 82.

(12) los valores mobiliarios son regulados en la sección novena de la ley de Títulos Valores a partir del artículo 255, el cual con el artículo 3 de la ley del mercado de valores refieren que los valores mobiliarios pueden representar derechos de participación, ya sea en el capital social, o en el patrimonio, o en las utilidades, o inversiones. Dentro de tales valores tenemos las acciones comunes. las acciones de inversión, los certificados de suscripción preferente, los certificados de participación de fondos de diversa finalidad y en patrimonios Meicometidos, entre otros. Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS y Rolando CASTELLAR ES AGUILAR. "Comentarios a la Nueva ley de Títulos Valores". Edil. Gaceta Jurídica. Urna, 2000. pág. 689.

(13) SERRA PUENTE ARNAO, Gerardo. "El Mercado de Valores en el Perú". lima, 1999. Pág.140.

(14) Una observación. Si bien dentro de esta tercera Idea la acción está destinada fundamentalmente a "materializar los derechos de los asociados", éstos requieren necesariamente, como lo observa Mezzera, ser referidos a los estatutos sociales, que son su obligado complemento, pues esos derechos (y también obligaciones) no resultan integra mente del tenor de la acción. Lo importante a observar de esta tercera noción es que ella sirve -en palabras de Sasot- para acreditar "las relaciones jurídicas creadas entre el suscriptor y la sociedad por el hecho de suscribir una cuota del fondo capital".

(15) SASOT, 1964. Op. cil. Pág. 31.

(16) AGUILERA RAMOS, Agustin. "Derecho de Sociedades Anónimas". Tomo 11: Cap~aly Acciones. Volumen 1. Editorial Civitas SA Madrid, 1994.

(17) Es importante recordar que ser socio de una sociedad anónima supone una posición, realmente compleja, integrada de derechos, obligaciones, facultades y poderes que se suele calificar como un supuesto especial de miembro de una asociación o corporación y que se unifica en ocasiones hablándose de estatus de socio.

(18) URÍA, Rodrigo. "Las acciones", Tomo VI. Editorial Civitas SA Madrid, 1994.

(19) Con mejor sistemática, a nuestro juicio, que la mayorra de ras leyes europeas actualmente en vigor, la ley española se coloca así a la cabeza de ros ordenamientos más representativos en este concreto aspecto del desarrollo legal.

(20) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Sociedades Anónimas". 2' edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1994.

(21) MARTORELL. Op. cil. Págs. 125 y sgts.

(22) Como anteriormente hemos referido, el criterio tradicionalmente empleado por la doctrina para analizar la acción es desde tres puntos de vista: 1) como parte del capital; 2) como título de crédito; y 3) como derecho.

Siendo el título que representa la participación en el capi'.aJ, en Argentina, a la inversa de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, debe tener indefectiblememe un valor. En los regímenes en que dicha práctica se permite, se afirma que se privilegia la protección del imerés social en los casos de aportes en especie, evitándose los márgenes de utilidades ocultas obtenidos a costa de una valuación

impropia de los bienes, pero él concuerda con la opinión de la Comisión que redactó la Ley N° 19.550, de que aquel sistema ni coincide con los métodos y prácticas habituales en su país, ni podría ser implantado sin graves perturbaciones -cuanto menos temporarias- del tráfico mercantil.

(23) Admitiéndose que esta denominación es legalmente deficiente, pareciera, sin embargo, que es la que más se ajusta a su naturaleza. Sin defecto de que esta última haya sido discutida acaloradamente, en la actualidad cabe concebir a las acciones en sí como "bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria".

(24) A su vez, en cuanto título crediticio, se trata de una cosa que se vale por sí misma, "componiéndose su valor intrínseco del derecho que contiene y del título que lo contiene".

(25) Dentro de este haz jurídico. cabe considerar esenciales los siguientes derechos: 1) de información; 2) de participación en el control y gobierno de la sociedad; 3) de impugnación de las decisiones de la junta general; 4) de ejercicio de las acciones de responsabilidad; 5) al dividendo; 6) a la suscripción preferente; 7) a mantener la integridad de la participación; 8) a las reservas formadas por las primas de emisión; y 9) a negociar las tenencias. entre otros.

(26) BEAUMONT CALIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades.", Pág. 219.

(27) JURISPRUDENCIA REGISTRAL. VOL.X. (enero a junio del 2000), ORLC, 2001. Págs. 197 a 200. (28) Desde el punto de vista de su naturaleza, la acción es un "título-valor", que reúne los requisitos de literalidad, necesidad y autonomía que caracterizan a éstos; pero a diferencia de la letra de cambio y el pagaré, es un "título incompleto", puesto que la documentación mediante la cual se instrumenta el esquema societario (acta constitutiva, estatutos, constancias de decisiones asamblearias y normativa legal), integra su causa. Este carácter, por otra parte, ha sido destacado reiteradamente por los tribunales, citándose como ejemplo un fallo en que se dijo: "Las acciones constituyen títulos de participación, no fOnTiales, incompletos, causales, de ejercicio continuado y que se emiten en serie, y son la correlación económica entre el accionista y el patrimonio societario; generan derechos parapolíticos y derechos económicos; sin perjuicio de su ley de circulación, interesa destacar algunos rasgos, como el de título causal e incompleto, estando por ello vinculado al negocio que les da origen: la documentación legal del sujeto de derecho denominado sociedad".

(29) RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Tomo 11. París, 1954. Págs. 307 y ss. (30) El valor de una acción puede ser determinado de dos maneras diferentes. Para las acciones cotizadas en una Bolsa o mercado, es la cotización la que determina su valor de cambio. Se lo denomina valor bursátil. La ley lo ha tomado en consideración para la división de los dividendos. En cuanto a las acciones no cotizadas, el valor no puede ser determinado sino según el balance de la sociedad. Pero un balance que no haya sido recientemente revisado, es engañoso.

(31) Así por ejemplo, refiriéndose a las diversas denominaciones que agrupan a estos papeles, en la legislación y en la doctrina francesa donde se sigue la teoría dualista. de los mismos, Pérez Fontana dice que es tradicional el uso de una doble clasificación para designar a los documentos que otorgan derechos: °effets de

commerciale" y de "valeurs mobilières". Donde según dicho autor la doctrina francesa excluye de esas dos denominaciones a los títulos de participación (acciones de las sociedades anónimas) y a otros títulos representativos o de tradición; aunque señala luego que la legislación de ese mismo país sí las considera como "Valeurs mobilières". En el lenguaje de la Bolsa se solía designarlos con el nombre de 'valeurs'. "effets", sin una limitación fijada exactamente. Señala que al volcarse en el tráfico mercantil la creciente masa de documentos que cada uno tenía su propia denominación y reglamentación jurídica, pero ofrecían rasgos comunes. Los juristas se preocuparon en investigar su naturaleza jurídica y en buscar un nombre que les fuera común para facilitar su estudio, dado que el nombre de "effets de commerce" predominante en esa época resultaba insuficiente (PÉREZ FONTANA. 1990. Pág. 34).

(32) En contrapartida a estas denominaciones, PÉREZ FONTANA refiere que en Italia, Vivante y la mayoría de los autores italianos utilizan la denominación "titoli di crédito". En la misma línea de Pérez Fontana, dentro de nuestra doctrina nacional, refiriéndose a la metamorfosis que sufrió la denominación que agrupa a estos papeles, SERRA PUENTE-ARNAO señala por ejemplo que en 1882 fue Brunner quien los llamó "papel valor", mientras que para la doctrina y legislación italiana estos papeles tenían el nombre de "títulos de crédito" (titoli di crédito). Señala que fueron los españoles quienes usaron la denominación de "título valor" por primera vez, y entre ellos el primero en hacerlo según unos fue Garrigues y, según otros, Ribó.

(33) SERRA PUENTE-ARNAO. Op. cit. 1999. Pág. 99.

(34) El cheque es un título valor no crediticio. Constituye un instrumento de pago en sustitución del dinero, por lo que se le llama "quasi dinero". BEAUMONT, Ricardo y CASTELLARES, Rolando. "Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores". Pág. 528.

(35) SERRA PUENTE-ARNAO también tomando partido por la denominación que nuestra normativa ha escogido, refiere que la denominación "título de crédito" es esencialmente restringido ya que deja fuera de su concepto a los títulos participativos; al igual que la denominación de "título circulatorio" que se limita a describir solo una de sus características (Serra Puente-Arnao. 1999. Pág. 99).

(36) El hecho de que la acción no reúna en sí misma todos los extremos que tradicionalmente se atribuyen a los títulos de crédito, provoca adentrarnos en el análisis de si las acciones de las sociedades anónimas son títulos valores o si, por el contrario, la acción tiene particularidades que hacen de ella un título con características propias.

(37) Asimismo dicho autor refiere que los atributos de la literalidad y de la autonomía quedan muy reducidos en el campo de los títulos accionarios (PÉREZ FONTANA. 1990. Pág. 192). Y entre otras cosas dice que las modificaciones estatutarias sucesivas pueden haber transformado sustancialmente la naturaleza de la participación social indicada en el título, por lo que su poseedor, si quiere conocer su posición jurídica, debe leerlas y no exagerará su prudencia si se informa de las resoluciones de la asamblea y de la actividad desarrollada por el Consejo de Administración, en el caso peruano, denominado Directorio.

(38) De la premisa de que el título acción es indudablemente un título causal, que la causa está "en el contrato estatutos de la sociedad", se dice que la

consecuencia de ello es que se halla sujeto a la disciplina del negocio jurídico del que nació, las relaciones jurídicas entre la sociedad y los accionistas "sufren práctica. mente todos los influjos que las diversas vicisitudes de la vida de la sociedad produce sobre ellos" SASOT. Op. ci!. Pág. 47.

(39) SASOT. Op. dl. Pág. 46.

(40) También refiere que la acción es un título formal porque debe contar con las enunciaciones exigidas por la ley o por el estatuto; es un título incompleto en el sentido de que todos los derechos inherentes al status de socio no están mencionados en el título sino en el estatuto; es un título causal porque se emite de acuerdo con lo que dispone la ley el estatuto al que siempre debe referirse; contiene una declaración de verdad y su emisión generalmente es obligatoria por lo que no es estrictamente un acto unilateral. No incorpora un derecho autónomo porque como quedó demostrado el concepto de autonomía fue acuñado para explicar la inoponibilidad de las excepciones personales correspondientes al anterior poseedor y tratándose de acciones es improcedente la oposición de excepciones, especialmente cuando la ley dispone que solamente se emiten después de estar totalmente suscritas. Los certificados provisionales si bien justifican la condición de accionista, no son acciones propiamente dichas; atribuyen el derecho de exigir que se entreguen las acciones correspondientes.

(41) PEREZFONTANA 1990. Pág. 187.

(42) La importancia de la acción en nuestra época es un fenómeno que no puede ser ignorado, en la medida en que permite consolidar un enorme poderío económico de un modo sencillo y seguro, con enorme velocidad de desplazamiento.

(43) URiA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Op dl. Pág. 25.

(44) Permanecen variaciones del valor nominal por razones de tradición e historia de la compañía en determinados ámbitos restringidos (cervezas, aguas, etc.) y, en otras ocasiones también. como resultado de la fusión en un solo cuerpo social de anteriores negocios pertenecientes a empresas distintas (cuyos socios, al fundirlos en una sola, prefieren mantener asimismo la antigua configuración respectiva de los valores nominales de la acción) o que, por la proporción que comparten en el conjunto del capital, acaban integrando series de diferente nominal, en función de la cuota de negocio que aportó cada sociedad antes independiente a la posteriormente unificada.

(45) Para URiA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, frente a la posibilidad de separar suscripción y pago, cobra especial aplicación por lo que se refiere a la entrega de los llamados dividendos pasivos y que induw resuna perfectamente aplicable a la puesta a disposición de la sociedad de las aportaciones no dinerarias, la regla que ahora consideramos supone una importante limitación de la libertad de la sociedad y de los suscriptores, cuyo origen se encuentra en una exigencia de desembolso íntegro de la prima, ya prevista en el artículo 26 de la Segunda Directiva. Tal regla parece pensada, sobre todo, para la protección de los socios frente a la dilución que supondría la entrada de terceros en una sociedad próspera. Lo cierto es, sin embargo, que el texto ahora analizado no diferencia en este punto la situación fundacional de la sociedad de la hipótesis de aumento del capital, no los casos en que el suscriptor ya es socio y aquellos otros en que no lo es y, en consecuencia,

en todos los supuestos en que haya prima, ésta deberá ser íntegramente desembolsada

ELÍAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades Comentada". Edil. Normas Legales. Fascículo Segundo. Trujillo, 1998. Págs. 170, 171.

(47) Tenía que establecerse una proporción entre unas y otras que evitara "creaciones" desmedidas y carentes de criterio de razonabilidad que por supuesto a nada particular conducían, pero que podían resultar factores de confusión, desorden y eventuales interpretaciones erróneas. Al respecto, más adelante nos referiremos a la precisión para las acciones en cartera regulada en el artículo 98.

(48) El origen de ambas reglas ha de buscarse en la derogada ley de 1951 (art. 36), que la vigente reproduce, alladiendo una tercera precisión ciertamente muy rotunda; a saber, que el importe de la prima de emisión "deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la suscripción". Con ello se acentúa el posible componente de negocio jurídico-real que ofrece, en parte, el contrato de suscripción, de modo especial por lo que toca a la porción de desembolso mínimo; exigencia esta del desembolso, que al extenderse ahora, incluso más claramente, a la totalidad del sobreprecio de la acción, hace del pago de la prima una especie de conditio iuris de la suscripción misma; algo que, en cambio, no está expresamente proclamado para la aportación propiamente dicha.

(49) No debe creerse que la medida prohibitiva comentada alcanza solo a las acciones emitidas al fundarse la sociedad. Tal como la regula la ley española, la prohibición de emitir acciones bajo la par es también una medida de carácter general que abarca todas las emisiones de acciones, cualquiera que sea el momento en que esas emisiones se realicen, y cualquiera que sea el carácter y origen de los recursos (dinerarios o no dinerarios) encargados de proporcionar la contrapartida o cobertura del valor de las acciones.

(50) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Ley General de Sociedades". Págs. 224, 225.

(51) ELÍAS LAROZA, Enrique. "La Ley General de Sociedades. Comentada". Fascículo Segundo. Pág. 177. (52) Revisar en BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Ley General de Sociedades" Gaceta Jurídica. Edición 2002. Págs. 226 a 228, la diferencia entre obligaciones adicionales y prestaciones accesorias.

(53) Aunque la terminología es propia más del mundo del mercado de los valores, las llamadas acciones comunes o de capital no son otra cosa que las acciones ordinarias, solo que se las adjetiviza con el término "comunes" o "de capital" en oposición a la existencia de las acciones del trabajo, para así poder diferenciarlas.

(54) La existencia de las acciones laborales o de trabajo en nuestro país se dio a partir del 27 de julio de 1970, cuando se promulgó el D.L. N° 18350 - "Ley General de Industrias.", con el que el gobierno de aquel entonces procura una reforma en la empresa privada. La reforma consistió, básicamente, en la creación de la llamada "Comunidad Industrial", persona jurídica que debía nacer en toda empresa industrial como representante del conjunto de trabajadores que a tiempo completo laboraran en ella, siendo su objeto la administración de los bienes que adquiriera en beneficio del conjunto de trabajadores. Además, la Comunidad debía servir de medio para que los trabajadores tuvieran acceso a la propiedad, dirección y utilidades de la empresa, como lo determinó posteriormente, el D.L. N.18384 - Ley

de la Comunidad Industrial. Con la creación de la Comunidad Industrial se pretendía crear el medio o instrumento para el acceso de los trabajadores a la propiedad, dirección y utilidades de la empresa. Sin embargo, el acceso a la propiedad, con la creación de la Comunidad Industrial, era indirecto y mediato, pues la propiedad de las acciones representativas del capital social correspondía a la Comunidad Industrial, dándose lugar a una forma de propiedad colectiva. El acceso a la dirección lo era en representación de la Comunidad Industrial y para velar por los intereses de ésta. Ni siquiera el acceso a las utilidades lo era de manera directa, pues las que debían percibir los trabajadores no eran las de la empresa sino las que redituara la Comunidad.

y así pues, llegamos a 11. de febrero de 1977, donde por Decreto Ley N° 21789, se procedió a la reforma de la Comunidad Industrial y se dio creación a las "acciones laborales.", modificándose los tres aspectos sustanciales que abarcó la llamada reforma de la empresa; la participación de los trabajadores en la propiedad, en la gestión y en las utilidades de la empresa.

En cuanto a la participación patrimonial de los trabajadores, el Decreto Ley N. 21789 dispuso que las empresas industriales debían deducir anualmente el 13.5% de la renta neta, libre de impuestos, para la constitución de una cuenta denominada .cuenta participación patrimonial del trabajo. contra la cual debían emitir las acciones laborales, y que cuando éstas alcanzaran una cifra equivalente al 50% del monto total del capital social, la deducción debía ser de solo el 1.5% de la renta neta cuyo destino debía ser formar y fortalecer el patrimonio de la Comunidad Industrial.

Como hemos visto la creación de las acciones laborales fue consecuencia de la llamada reforma de la empresa y surgieron al tráfico jurídico mediante la dación del Decreto Ley N° 21789, del 11. de febrero de 1977, y complementado por el Decreto Ley N° 22229, de 11 de julio de 1978.

La creación de la acción laboral era para instrumentalizar el derecho de los trabajadores sobre el patrimonio de las empresas y son valores mobiliarios que también caen dentro de la categoría de los de renta variable. En la actualidad las acciones laborales tienden a su desaparición pues ya no cumplen su objetivo para el que fue creado. Aparte que se cuestiona su naturaleza de tal. Ahora se habla de las acciones de trabajo.

Características.-las acciones laborales solo podían emitirse a nombre de los trabajadores de la empresa correspondiente. La acción laboral solo otorga derechos patrimoniales.

(55) SASOT. Op. cil. Pág. 382

(56) RIPERT. Op. cil.

(57) MARTORELL. Op. cil.

(58) la Ley N° 19.550 argentina admite ambas clases de acciones, otorgándole a cada una el significado precedentemente expuesto. haciendo constar que si bien las acciones privilegiadas patrimonialmente pueden carecer de voto, las ordinarias no pueden ser privadas de este derecho. Sobre el punto, se aclara también en esta última norma que el privilegio de voto es incompatible con las preferencias

patrimoniales, haciéndome eco de la opinión de MASCHERONI, en el sentido de que esta prohibición debería haber sido ubicada en el artículo siguiente, que regula el instituto de las acciones preferidas.

(59) Desde el punto de vista de su naturaleza, se ha tratado de encuadrar al suscrito de acciones preferidas en una posición híbrida, situada en una zona difusa ubicada entre el sector de los accionistas con *affectio* y los terceros acreedores de la sociedad. MARTORELL considera que se han confundido las cosas, ya que si bien el derecho de voto -aun siendo muy importante- puede faltar en las acciones preferidas si cuentan con un privilegio patrimonial, ello ocurre porque no se agota en él la condición de accionista, sino que -al contrario- la excede en mucho. Por otra parte, y aunque los derechos especiales otorgados al titular de acciones privilegiadas no se refieren específicamente al *status socii* ni lo integran en sentido estricto, porque son derechos propios de una clase o categoría de acciones de naturaleza no corporativa sino contractual, no se pueden utilizar estos dos argumentos para desconocer la condición de accionista del dueño de estas acciones, porque ello implica un olvido manifiesto de un hecho fundamental: el régimen que sustenta la naturaleza de toda clase de acción -incluidas las preferidas- es el contrato plurilateral de organización, adecuadamente estructurado en el estatuto de la sociedad anónima.

(60) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Op. cit. Pág. 331.

(61) En principio, esta limitación podría afectar la posición de los accionistas al variarse la proporción entre las distintas clases. Sin embargo, el artículo 194 presenta dos salvaguardas respecto de tales casos. En primer término, para variar la proporción entre las distintas clases de acciones será precisa la conformidad de las respectivas clases de accionistas, conforme al artículo 250 de la LSC. En segundo lugar, si se admite, por la vía descrita, la modificación en la proporción entre las distintas clases de acciones, sus titulares se considerarán como integrantes de una sola clase para el ejercicio del derecho de preferencia.

(62) Una vez dada la oportunidad para el ejercicio de los derechos de preferencia y de acrecer correspondientes a los accionistas ordinarios, pueden ejercer los derechos que se les hayan otorgado respecto de las acciones ordinarias otras personas interesadas en las mismas, como ser los accionistas preferidos y quienes hayan realizado aportes a cuenta de futuras suscripciones.

(63) Sería también posible, por no existir obstáculos legales para ello, otorgar un derecho de suscripción prioritaria respecto de las nuevas emisiones de acciones preferidas, a favor de los accionistas ordinarios preexistentes. Este derecho no choca con el obstáculo de prioridades preexistentes concedidas a los accionistas con preferencias patrimoniales, salvo que tales prioridades hayan sido otorgadas estatutariamente o por la asamblea en los términos del artículo 194, in fine, de la LSC. Este derecho de suscripción prioritaria puede ser de gran importancia práctica para los accionistas ordinarios, debido a que las acciones preferidas, por participar en las utilidades y tener cierto derecho de voto, pueden tener los mismos efectos negativos de las ordinarias sobre el valor de las acciones preexistentes. Las acciones preferidas sin voto y sin participación adicional al dividendo preferido son una mera posibilidad.

(64) Tienen también derecho de preferencia respecto de los debentures convertibles los titulares de obligaciones convertibles, salvo que en sus

condiciones de emisión se haya previsto el reajuste del valor de conversión, en función de los debentures convertibles u otros títulos que emita la sociedad y que puedan dar lugar a la liquidación del capital.

(65) Conforme a lo establecido por los artículos 12 de la Ley 23.576 y 197, inciso 2. de la LSC, el derecho de preferencia antes descrito puede ser suprimido por la asamblea extraordinaria de accionistas, cuando se trate de obligaciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes. Por otra parte, la asamblea extraordinaria puede suprimir el derecho de acrecer y reducir a no menos de quince días el plazo para ejercer el derecho de preferencia -normalmente de treinta días desde la publicación del ofrecimiento de suscripción- cuando la sociedad celebre un convenio de colocación en firme con un agente intermediario, para su posterior distribución entre el público. Existiendo tal convenio, la asamblea extraordinaria puede suprimir el derecho de preferencia, siempre que la resolución se tome con el voto favorable de por lo menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a opción y no existan votos en contra que superen el cinco por ciento de dicho capital.

(66) Por ello, y como ya puso de relieve el profesor GIRÓN, el antiguo artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como el actual artículo 48 del Texto Refundido, cuando dicen que la acción confiere la cualidad de socio, está mezclando erróneamente ideas procedentes de la parte de obligaciones y contratos con otras procedentes de la teoría general de los títulos valores. Se es socio, es decir, se es titular del conjunto de derechos, obligaciones, poderes, facultades, etc., que integran la condición de miembro, con independencia de la acción.

(67) No es este el caso del Código de Comercio español de 1885. Como dice el profesor URÍA, la pobreza de normas del Código permitió toda clase de diferencias y desigualdades entre accionistas, posibilitando la satisfacción de intereses egoístas mediante la atribución de privilegios individuales. Esta situación no se resolverá hasta la aparición de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, si bien hay que decir ya que en este precepto el principio de igualdad se recoge en unos términos más correctos. Desde el punto de vista del Poder Legislativo, que en otros ordenamientos al acogerse lo que ya estaba generalizado en el Derecho comparado: el principio de igualdad entre los accionistas no es absoluto. Su ámbito se limita a la igualdad de los accionistas que son titulares de acciones iguales. pudiendo, por tanto, existir acciones desiguales o diferentes en función de los derechos que se le incorporan. Como dice el profesor CUESTA, la igualdad de los derechos de los socios se refugia, así, en la clase de acción.

(68) "En la práctica, la respuesta fue que las sociedades utilizaban la denominación 'serie' para referirse al año de emisión del paquete accionario, al año en que se adoptó el acuerdo de aumento de capital, así uno decía de la 'serie 78, serie 87, o serie 92', BEAUMONT CAILIRGOS, Ricardo, "Comentarios a la Ley General de Sociedades., Págs. 230, 231,

(69) Uría, Menéndez y Otivencia señalan que la categoría o clase de acciones aparece como algo técnicamente muy distinto del actual concepto de serie, que la ley española vincula ahora a posibles diferencias

en cuanto al valor nominal de las acciones, Consideran que esa noción de serie es predicable también de acciones que, teniendo idéntico valor nominal e igual contenido de derechos, se separan en diferentes grupos por otros factores extrínsecos o de conveniencia, y variables además de sociedad a sociedad (fecha de emisión, por ejemplo), No estará de más recordar que entre acciones viejas y acciones nuevas. Suele haber una diferencia temporal en lo que se refiere a la entrada en la plenitud del disfrute de los derechos del socio y que suelen advertirse de modo muy notorio en la cotización respectiva de unas Y otras acciones cuando las mismas están admitidas a negociación en bolsa; esa situación no da lugar, tampoco, a una verdadera categoría, por más que transitoriamente existan diferencias dentro de la misma clase, porque estas diferencias. cuando son razonables, forman parte de la naturaleza de las cosas, y no suponen desigualdad ni discriminación en el plano societario. Puede decirse que con el límite que deriva de la necesaria igualdad de su valor nominal, la sociedad es libre de crear tantas series como le convengan por motivos internos, técnicos o clasificatorios. Por otro lado, la agrupación de series anteriores en una serie única de nominal más alto, o de esta última en series distintas de nominal más pequeño, no reclama normalmente ninguna medida de protección especial, siempre que se mantenga, claro está, la proporción preexistente en cuanto al contenido de derechos; porque de acuerdo a jurisprudencia española reciente, la serie queda reducida a una subclasificación dentro de la clase y no tendrá que obedecer a diferencia intrínseca alguna.

(70) Constituye norma imperativa y, por ende, de obligatorio cumplimiento, no pudiendo ser sustituida por el estatuto. Si por el contrario se establece en el estatuto que las acciones sin derecho a voto no dan a sus titulares el derecho a percibir el dividendo preferencial; se está desnaturalizando a éstas, convirtiéndolas en mero instrumento de renta, sin una contrapartida razonable por la pérdida de sus derechos políticos. Lo que si permite la leyes que en el propio estatuto se establezca la fórmula del dividendo preferencial; si ello no se hizo, se aplica una prelación en el pago de tales dividendos, con prioridad de cualquier otro accionista sin derecho a voto.

(71) URÍA, Rodríguez; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Op. cit. Págs. 398 a 400.

(72) "La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las gravan debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción. En el caso de acciones escriturales. la sociedad emisora o entidad que lleve el registro cursará aviso al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de acciones. dentro de los 10 días de haberse inscrito. en el domicilio que se haya constituido. En las sociedades sujetas al régimen de la oferta pública, la autoridad de contralor podrá reglamentar otros medios de información a los socios. Las acciones endosables se transmiten por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos en endosatario solicitará el registro".

(73) CORNEJO GUERRERO, Carlos. "El sindicato de bloqueo de acciones". Cultural Cuzco SA Uma, 1997. Págs. 17yss.

(74) El ex Registro Mercantil, hoy denominado REGISTRO DE SOCIEDADES, ha sido reglamentado mediante R.N° 200-2001-SUNARP/SN del 27 de julio, estando vigente desde setiembre del 2001.

(75) "El principio de trado sucesivo opera dentro de la organización registral derivada de la técnica del folio real, que trata de establecer el orden entre los asientos, meál3nte el encadenamiento sucesivo de los títulos, de tal manera que al registrar una situación jurídica, ha de constar previamente yen su caso, registrada la propiedad o estatus jurídico o situación del transferente, causante o concedente". De "Comentarios al Nuevo Reglamento del Registro de Sociedades". BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Págs. 47 y 48.

(76) ELÍAS LAROZA, Enrique. "La Ley General de Sociedades comentada". Fascículo Segundo. Págs. 199-201.

(77) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Ley General de Sociedades". Págs. 250 a 253.

(78) SANTOS, Vicente. "Derecho de Sociedades Anónimas". Tomo 11. Capital y Acciones. Volumen 1. Editorial Civitas SA Madrid, 1994.

(79) BEAUMONT Ricardo y CASTELIAR ES Rolando. "Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores", Págs. 689, 690.

(80) El Derecho societario español, desde la hoy derogada LSA de 1951, recoge una normativa específica de la prenda de acciones dentro de la legislación especial sobre anónimas. No quiere esto decir que con anterioridad a la promulgación de ese texto legal, la figura careciese de regulación, pero es lo cierto que, en términos generales, ésta habla de buscarse en las disposiciones que sobre el contrato de prenda establecen los artículos 1.857 y siguientes de CC. El reconocimiento de las peculiaridades de la institu. clón tuvo lugar a través del artículo 42 de aquella ley, cuyo contenido se incluye ahora, en esencia, en el artículo 72 de la LSA de 1989. Indudablemente, el proceso de adaptación a los mandatos del Derecho comunitario no exigía una modificación de su régimen sustantivo, pues ese ordenamiento no ha previsto una regulación concreta sobre la materia, si bien en la Directriz 77/91 de 13 de diciembre de 1976, se establecen ciertas reglas sobre la aceptación en garantía por la sociedad de sus propias acciones. A pesar de ello, la ausencia de innovaciones relevantes en la disciplina de la prenda contrasta con las notables reformas que ha experimentado la relativa al usufructo de acciones, sobre el que tampoco existe una ordenación comunitaria particular.

(81) JURISPRUDENCIA REGISTRAL. VOL XI. TOMO 11- (julio a diciembre de 2000). ORLC, 2001. Págs. 25-28.

LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR LA PROPIA SOCIEDAD

Jean Paul CHABANEIX

El denominado "régimen de la autocartera" está regulado por nuestra Ley General de Sociedades vigente(1) ("LGS") de forma bastante más amplia que en la Ley General de Sociedades anterior (2) (la "Ley Anterior"). En efecto, de un lado, el artículo 104 de la LGS regula de manera más completa el tema relativo a la denominada "autocartera derivada"(3). De otro lado, contiene disposiciones que constituyen novedad en materia legislativa, como es el caso de las acciones en cartera(4) que algunos identifican con lo que la doctrina denomina "autocartera originaria"(5). Ocurre lo mismo con la llamada "autocartera indirecta", esto es, la adquisición de acciones de una sociedad por una empresa bajo su control, regulada en su artículo 105; así como la aceptación por la sociedad de sus propias acciones en garantía de créditos otorgados a sus accionistas, a que hace referencia el artículo 106 de la LGS.

Este trabajo busca analizar la referida normatividad principalmente desde una perspectiva práctica, es decir, aquella que usualmente acompaña al abogado en ejercicio.

I. RÉGIMEN DE Excepción

Como es el caso de muchos otros ordenamientos legales, el tratamiento que el Derecho Societario peruano hace de la autocartera constituye en realidad una suerte de régimen de excepción a las prohibiciones que usualmente se vinculan con esta figura jurídica, entre otros, por implicar potenciales riesgos en la solvencia y la vida misma de la sociedad anónima.

Comencemos por mencionar que el tratamiento de la adquisición de acciones por la propia sociedad ha evolucionado desde posiciones que dogmáticamente negaban dicha posibilidad y establecían una prohibición absoluta(6), hasta la verificación actual de la utilidad que dicha figura puede tener para el funcionamiento de la sociedad y su consiguiente regulación(7). Se argumentaba en defensa de la primera de dichas posiciones que una sociedad no podía ser accionista de sí misma pues ello de alguna manera suponía tener el control sobre su propia existencia y 'ser deudora de sí misma(8), y además escapaba a su objeto social(9).

De alguna forma, la tenencia de acciones de propia emisión constituye una afectación del principio de integridad del capital social, que la LGS recoge en su artículo 52, y según el cual la emisión de acciones solo procede cuando exista un aporte efectivo del valor que ellas representan y que, como señala Enrique Elías Laroza(10), configuran "el activo inicial para la realización del objeto social". Esta correspondencia entre el valor que las acciones representan y el capital social

efectivamente aportado desaparece cuando la sociedad se hace de sus propias acciones, pues el "activo" que adquiere no tiene respaldo en el capital social, carece de valor patrimonial. Con ello, la "función de cobertura y garantía que corresponde al capital social (11) se pierde.

La realidad, sin embargo, mostró que la institución de la autocartera puede permitir a la sociedad anónima el logro de determinados objetivos, por lo que la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha optado por aceptarla legislativamente aunque con sujeción a una regulación restrictiva. Rasgo común a dicha regulación ha sido, de una u otra manera, el de legislar la adquisición de acciones propias por la sociedad anónima a partir de una prohibición.

Por lo demás, esta identificación del tratamiento legislativo de la autocartera como una suerte de excepción dentro de una prohibición, es común además, no solo a las legislaciones napoleónicas entre las que se sitúa nuestra LGS y la Ley de Sociedades Anónimas española(12), sino también a las legislaciones anglosajonas. A modo de ejemplo de los ordenamientos legales representativos de esta tradición, podemos hacer referencia a la Delaware General Corporate Law(13), la New York Business Corporation Law(14), el California Corporations Code(15) y el Revised Model Business Corporation Act(16), todos los cuales coinciden en autorizar la autocartera pero con sujeción al cumplimiento de determinados requisitos, cuya inobservancia resulta en la aplicación de la prohibición para la realización de actos sobre las propias acciones.

Cabe, por ende, hacer referencia a los criterios que doctrinariamente se han esgrimido como sustento de este principio prohibitivo asociado a la adquisición de acciones de propia emisión. Se ha señalado al respecto que las operaciones de autocartera conllevan peligros para los distintos intereses vinculados a una sociedad anónima, concretamente el de sus acreedores, el de sus accionistas y hasta el del mercado de valores cuando las acciones se encuentran cotizadas en una bolsa de valores o mecanismo de negociación similar(17).

En el caso de los acreedores de la sociedad, se ha considerado que la autocartera puede llegar a desvirtuar la función del capital social como reflejo del patrimonio de la sociedad emisora. Para entender mejor este precepto, cabe citar a Elías Laroza quien señala respecto al capital social que éste representa una garantía para los acreedores, pues la sociedad está impedida de pagar el pasivo que tiene frente a sus accionistas, originado en los aportes realizados por éstos, mientras no haya cancelado íntegramente las deudas que tenga con terceros(18). Así, la autocartera presenta el riesgo de constituirse en un mecanismo para ocultar una reducción de capital burlando los procedimientos establecidos al efecto, especialmente, el derecho de los terceros acreedores a oponerse a la devolución de aportes a los accionistas si con ello se pone en riesgo el pago de sus deudas frente a la sociedad(19), derecho que está recogido por el artículo 219 de nuestra LGS.

Por otro lado, la adquisición de acciones propias podría generar una situación poco transparente para los terceros con quienes la sociedad contrate, ya que el balance de ésta mostraría las acciones en autocartera en una cuenta del activo, cuando en realidad no tienen valor alguno, pues los aportes recibidos por la sociedad en respaldo de su emisión ya no forman parte del patrimonio de la sociedad.

Una afectación de derechos similar pueden confrontar los propios accionistas de la sociedad anónima. En efecto, el legítimo interés de los accionistas de percibir los beneficios que genere la sociedad puede verse afectado con la utilización de los fondos destinados a la adquisición de acciones de propia emisión, pues la sociedad tendrá menor capacidad económica para atender sus negocios(20).

En el mismo orden de ideas, los accionistas podrían sufrir las consecuencias económicas de tener que compartir los beneficios que otorgue la sociedad con ésta. Si la sociedad percibiera los dividendos que puedan corresponder a las acciones que tiene en cartera, lo haría no obstante que la porción de capital que tales acciones representan habría sido devuelta al accionista de quien la empresa las compró. De esta forma, si bien este beneficio percibido por la sociedad beneficiaría de manera indirecta también a los accionistas y sería teóricamente trasladado a éstos, podría resultar que tal "redistribución" solo se produzca en ejercicios posteriores o simplemente no se realice, como sería el caso en que la sociedad tenga pérdidas en el ejercicio en que percibió los dividendos "generados" por las acciones propias.

De otro lado, la distribución de fuerzas políticas resultante de la participación accionaria que cada uno de los socios tenga podría verse afectada con la compra de acciones de propia emisión. En efecto, al aparecer la sociedad como titular de los derechos surge la posibilidad de que los derechos políticos correspondientes a la misma sean utilizados por los administradores de la sociedad, en su condición de encargados de la representación de la misma, para beneficio propio o para favorecer a cierto grupo de accionistas, probablemente el de los accionistas mayoritarios.

Adicionalmente, los accionistas de quienes la sociedad no hubiere adquirido acciones y que, por tanto, permanecen en la sociedad luego de tal adquisición, manteniendo los mismos riesgos económicos asociados a la actividad empresarial de la sociedad y que el accionista o accionistas vendedores ya no tienen, podrían considerarse preteridos en su derecho a ser tratados por igual, con la consiguiente afectación al principio de paridad de trato(21).

Finalmente, también puede generarse un riesgo en el mercado bursátil (riesgo que ciertamente no existirá en los casos de acciones no cotizadas en un mecanismo centralizado de negociación) pues a través de la adquisición de sus propias acciones la sociedad podría manipular el mercado de tales acciones, especialmente en lo que a precio se refiere, con la consiguiente afectación del principio de transparencia que rige las transacciones bursátiles y con ello, el interés público(22).

Como he señalado, sin embargo, la adquisición de acciones a ser mantenidas en cartera ha sido considerada también como un instrumento útil en la vida de una sociedad anónima. Citando a Blanco Campaña, García-Cruces(23) señala acertadamente al respecto que "la adquisición de las acciones propias [debe ser considerada] como un instrumento de gestión a través del cual se realizará -también el interés social, y que 'puede permitir a la sociedad actuar con una flexibilidad a menudo necesaria o conveniente para la buena marcha de las operaciones sociales". Fruto del reconocimiento de las virtudes prácticas que puede ofrecer la autocartera es que las legislaciones han procedido a regularla como una excepción a la prohibición identificada previamente, con el fin de brindar a la sociedad anónima la posibilidad de hacer uso de los beneficios que puede ofrecer, a la vez de cuidar los riesgos que tradicionalmente se han asociado a esta figura y a los que me he referido líneas arriba.

Tales beneficios pueden ser de orden económico, político, bursátil, entre otros (24). Ejemplo de lo primero es el siguiente caso práctico tomado de una reciente experiencia. Una sociedad anónima lanzó una oferta pública de acciones de nueva emisión con el propósito de financiar el crecimiento de sus actividades, en vista de que no todos sus accionistas estaban dispuestos a concurrir al aumento de capital identificado por la administración de la empresa como necesario para tales propósitos. Por las condiciones del mercado, la sociedad tampoco pudo atraer a terceros que suscribieran el monto total de la emisión, por lo que a fin de cubrir la porción faltante del aumento de capital programado, la sociedad emisora llegó a un acuerdo con un inversionista estratégico dispuesto a incrementar su inversión original, según el cual, la sociedad se comprometía a readquirir las acciones de propia emisión en un lapso determinado si el inversionista ejercitaba una opción otorgada con tales propósitos. Esta operación permitió al emisor elevar su capital en la cifra programada y contar con los recursos necesarios para cumplir con su plan de operaciones. De no haber podido recurrir al uso de la autocartera como mecanismo para garantizar la salida de su inversión al inversionista, esta empresa habría estado impedida de obtener la totalidad de los fondos requeridos para sus actividades y de lograr la concurrencia de un importante inversionista estratégico. La autocartera puede igualmente servir a los intereses políticos de los accionistas de la sociedad anónima involucrada. Así, por ejemplo, puede servir de mecanismo para evitar que un competidor de la empresa o un socio no deseado ingresen a la sociedad vía adquisición de un paquete de acciones ofrecido por algún accionista interesado en vender. Del mismo modo, puede ofrecer a la sociedad la posibilidad de atraer a algún socio estratégico que le permita potenciar sus operaciones; puede servir de instrumento para hacer viable una fusión por absorción de otra empresa, sin necesidad de recurrir a un aumento de capital para tales efectos; entre otros.

La sociedad anónima puede también optar por adquirir sus propias acciones para cautelar la transparencia del mercado en el cual se transan, o para defenderse o evitar maniobras especulativas de terceros que deseen hacer descender artificialmente la cotización bursátil de las mismas.

Habiendo explorado, de manera general, las cuestiones doctrinales que plantea el régimen de la autocartera, corresponde ingresar a tratar los supuestos contemplados en la LGS.

II. LAS ACCIONES EN CARTERA

Como he referido al inicio, la LGS incorpora como novedad el régimen de acciones en cartera, regulando la materia en los artículos 98(25) y 99(26). La Ley Anterior contenía en su artículo 219(27) una disposición según la cual podía delegarse en el directorio la facultad de aumentar el capital sin necesidad de recurrir a una decisión expresa de la junta de accionistas. Este precepto legal que ha sido nuevamente recogido en el artículo 206 de la LGS, no parece implicar una autorización a la sociedad para crear acciones en cartera como la ahora contenida en el artículo 98 antes citado y, en tal sentido, puede considerarse que el régimen de acciones en cartera es una novedad de la LGS. Cabe referir, sin embargo, que el concepto y uso de la denominación "acciones en cartera" ya se había introducido en la legislación peruana con la expedición de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por el Decreto Legislativo NQ 861, cuyo artículo 84, párrafo a) (28), trata el tema aunque circunscrito a las empresas que cotizan sus acciones en la bolsa.

Procede, entonces, estudiar el régimen previsto en el aludido artículo 98. Esta norma autoriza la creación de acciones por la sociedad, sin necesidad de que las mismas hayan sido suscritas, aludiendo así a la figura del "capital autorizado" que otras legislaciones(29) admiten abiertamente y que nuestra LGS parece reconocer también, aunque de manera más restrictiva.

En efecto, nuestra LGS distingue el acto de creación de las acciones de la emisión de las mismas. Un rápido análisis de los artículos 83 y 84(30) de la aludida ley muestra esta distinción entre creación de títulos representativos de partes alícuotas del capital social, de la suscripción y pago de tales alícuotas por los accionistas, esto es, la distinción entre capital autorizado y capital suscrito y pagado. Al respecto, Elías Laroza(31) señala que las acciones de una sociedad anónima pasan por un proceso que se inicia con su creación, continúa con su suscripción y culmina con su pago, dando así lugar al concepto de capital integrado. Añade que "[e]ste proceso ha dado origen a los conceptos tradicionales de capital autorizado, capital suscrito y capital pagado. El primero como cifra máxima de emisión decidida por los fundadores o por la junta general en caso de aumento de capital. El segundo como aquella porción del capital frente a la cual uno o más socios han tomado una obligación en firme de pago. y el tercero como capital desembolsado, liberado o integrado".

Las acciones en cartera son, por ende, acciones cuya creación ha sido autorizada por el pacto social en el acto de constitución de la sociedad, o posteriormente por su junta de accionistas, con el propósito de permanecer sin ser suscritas ni pagadas.

Esta autorización alcanza tanto a acciones con voto como a las que no otorgan este derecho a sus titulares. Ciertamente, la precisión que hace la ley resulta innecesaria, atendiendo a la finalidad del régimen de acciones en cartera.

La finalidad de este régimen no es otra que la de permitir a la sociedad un instrumento para acceder a una capitalización en forma expeditiva y oportuna. En efecto, la autorización para aumentar capital vía emisión de acciones autorizadas facilita a la sociedad la rápida colocación de las mismas entre sus propios accionistas o terceros, en la oportunidad en que la sociedad identifique como más apropiada en función de los objetivos que se haya trazado, pues le permite obviar todo el proceso de decisión involucrado en una operación de esta naturaleza y proceder directamente a la percepción de recursos frescos. En tal sentido, sea que se trate de acciones comunes o acciones sin voto, los aportes de capital son igualmente exigibles para la emisión de las acciones así autorizadas.

El artículo 98 dispone que las acciones creadas solo pueden emitirse cuando hayan sido suscritas y pagadas, guardando así coherencia con el principio de integración del capital recogido en los citados artículos 83 y 84 de la LGS. Antes de tal emisión solo existen acciones "atentes" que involucran una potencialidad que la sociedad puede explotar con los propósitos antes referidos. Consecuencia natural de ello es que no generen derechos de ningún orden. Como está expuesto anteriormente, este reconocimiento sobre la no existencia de derechos asociados a estas acciones mientras no hayan sido suscritas y pagadas, cautela el interés de los propios accionistas de la sociedad, especialmente de los minoritarios, que de otra forma podrían verse afectados en sus intereses por quienes controlen el voto de tales acciones, es decir, la administración de la sociedad o los accionistas mayoritarios a quienes ésta responde. Ciertamente, también constituye una protección para los terceros por las razones que se han mencionado líneas arriba.

Señala también el artículo 98 que las acciones en cartera no pueden ser llevadas a la cuenta capital del balance mientras no hayan sido emitidas. Esta estipulación es lógica y necesaria para cautelar el interés de los acreedores de la sociedad, recogido en el principio de integridad del capital que he comentado antes, y en lo dispuesto en el artículo 31 de la LGS(32). Si la sociedad pudiera por esta vía incrementar la cuenta capital, podría artificialmente manipular la cifra de su capital para mostrar una situación patrimonial que no tiene respaldo económico real, además de mostrar obligaciones frente a accionistas que no existen, afectando de esta manera el interés de los terceros acreedores o aquellos otros terceros que puedan vincularse económicamente con la sociedad, sea como acreedores o como nuevos accionistas, pues éstos serían llevados a error al asumir un dato patrimonial que carece de veracidad y sustento.

Creo además que esta disposición sirve para sostener que en tanto no se haya suscrito y pagado el valor de las acciones en cartera, la cifra de capital que aparece en el estatuto y el número de acciones en que éste está representado, no sufren alteración alguna. Dicho de diferente manera, la creación de acciones en cartera no tiene ni puede tener ninguna expresión a nivel de la cifra de capital ni

del número de acciones expresados en el pacto social o en el estatuto, debiendo éstos hacer referencia únicamente al capital efectivamente suscrito y pagado y al número de acciones en que éste se encuentra representado. Ésta es, precisamente, la diferencia de nuestro sistema con aquellos otros en los que se permite sin restricciones la figura del capital autorizado; en éstos, el estatuto refleja la cifra de capital autorizado sin hacer constar cuál es el monto efectivamente pagado ni el número de acciones emitidas(33).

Se establece igualmente un número máximo de acciones que puede crearse a través de este régimen: veinte por ciento del total de acciones emitidas hasta ese momento. Una primera observación sobre este tema es la de cuestionar cómo se calcula este porcentaje en el caso de acciones en cartera creadas en el pacto social, teniendo en cuenta que en tal momento no existen acciones emitidas. Creo que la respuesta a esta inquietud deberá encontrarse por la vía de considerar que en el momento de su constitución la sociedad solo tendría autorizada la tenencia de acciones en cartera hasta por un número equivalente a la quinta parte de las acciones que efectivamente se suscriban y paguen en ese acto.

Cabe, de otro lado, plantearse el porqué de este porcentaje limitativo. No he encontrado en la doctrina nacional una respuesta a esta inquietud. Si de lo que se trata es de brindar a la sociedad un mecanismo célere para levantar capital, parecería no existir justificación para el límite máximo de veinte por ciento para las acciones en cartera, teniendo en cuenta, además, que dichas acciones no generan ninguna afectación patrimonial a la sociedad. De hecho, si nos fijamos en otro mecanismo similar como es la delegación de facultades en el directorio para elevar el capital, a que se refiere el artículo 206 de la LGS, comprobaremos que el límite para tal delegación es el monto del capital social vigente en el momento de acordarse la delegación, lo que implica una diferencia no solo en cuanto al monto (20% en el caso de las acciones en cartera versus 100% en este caso), sino también en el criterio utilizado: número de acciones versus monto de capital social.

Quizá la respuesta esté dada por una cuestión meramente de principio: restringir la figura del capital autorizado a fin de no desvirtuar el antes citado principio de integridad del capital, de tal manera que no se dé un caso en que la empresa tiene mayor capital autorizado que el capital efectivamente suscrito y pagado. Empero, dicho límite de veinte por ciento para las acciones en cartera solo restringe la creación de nuevas acciones y no el monto del capital que representarán cuando sean suscritas y pagadas o que será consecuencia de su emisión. Así, bien podríamos encontrar con un supuesto en el que, sin exceder tal límite, la sociedad duplique o triplique el monto de su capital por la vía de colocar sus acciones sobre la par y perciba una prima por ello.

Este límite para las acciones en cartera tampoco parece encontrar justificación en la protección de los intereses de los accionistas de la empresa, pues son ellos quienes autorizan la creación de acciones en cartera y, en aplicación del artículo 99 de la LGS, tienen derecho preferente para suscribirlas. Por Consiguiente, no existe riesgo de que vean afectados sus porcentajes de participación accionaria ni

su peso específico dentro de la distribución de fuerzas de voto. Alguien podría argumentar que en realidad sí hay una afectación para los accionistas minoritarios o de menores recursos, pues por esta vía se les reconoce únicamente cinco días para ejercer su derecho de preferencia y suscribir las acciones materia de colocación, con la consiguiente dificultad que ello puede suponer para conseguir fondos para concurrir a la colocación. Sin embargo, esa misma situación se produce incluso si las acciones en cartera están por debajo del límite de veinte por ciento, es decir, la misma afectación ocurrirá con independencia del número de acciones en cartera, lo que me lleva a reafirmar que ésta no puede haber sido la razón para la inclusión de la aludida limitación.

En suma, considero innecesaria la inclusión de este límite de veinte por ciento para las acciones en cartera.

De otro lado, la introducción de este porcentaje máximo genera una discrepancia con el límite contemplado en el artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores: 10%. Al respecto, Elías Laroza (34) señala que el porcentaje del veinte por ciento previsto en el comentado artículo 98 debe entenderse como una ampliación del límite previsto en la Ley del Mercado de Valores, por tratarse de una norma posterior modificatoria de dicho límite. Mi posición inicial sería discrepante con esta opinión, pues creo que por especialidad normativa, la disposición del artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores subsiste incólume y, por tanto, debe entenderse que coexisten ambos límites: el de la Ley del Mercado de Valores aplicable a las sociedades que tengan acciones inscritas en bolsa y el de la LGS aplicable para todas las demás sociedades. Sin embargo, para ser consecuente con mi posición sobre lo innecesario de dichos límites, expreso mi coincidencia con Elías Laroza, aunque por razones prácticas más que jurídicas: hacer esta restricción lo menos gravosa posible para las empresas.

Enseguida y pasando a otro tema, planteo que la creación de acciones con el propósito de continuar sin ser suscritas ni pagadas no puede en mi opinión ser permanente, por lo que habrá que reconocer necesariamente una condición de temporalidad. Esta condición nace del propio texto del artículo bajo comentario, al exigirse que la "escritura pública de constitución o el acuerdo de aumento de capital establecen también los plazos y condiciones de su emisión". Nótese que a través de esta exigencia de un plazo para la emisión de las acciones, es decir, el plazo disponible para llevar a cabo la suscripción y pago de las acciones creadas, en rigor, lo que se busca es que tales acciones no permanezcan en cartera en forma indefinida.

No tendría sentido otorgar rasgos de permanencia al régimen de las acciones en cartera, pues ello supondría aceptar que nuestra LGS reconoce de manera abierta el principio de capital autorizado que "ha sido arduamente combatido por la doctrina"(35) y que, en mi opinión, también rechaza como opción general el artículo 1 de la LGS(36) al exigir que la sociedad se constituya y funcione con los aportes que sus accionistas conviene hacer.

Ahora bien, ¿cuál debe ser ese plazo? ¿El hecho de que el artículo 98 no señale nada al respecto implica que su determinación está librada enteramente a los fundadores, en el caso de constitución, o a los accionistas, en el caso de aumento de capital? La respuesta a esta última interrogante debería ser, en mi opinión, negativa. Considero que las acciones en cartera deberían estar sujetas a un plazo máximo de permanencia sin ser suscritas y pagadas. Al respecto, atendiendo a la razón de ser de esta norma, esto es, al carácter de instrumento que permita a la sociedad obtener, vía colocación de acciones, recursos frescos de manera más expeditiva(37), y que explica que el artículo 99 otorgue un plazo de solamente cinco días a sus accionistas para ejercer el derecho de suscripción preferente respecto de estas acciones, cabría sostener que dicho plazo debe ser razonablemente breve. La determinación de este plazo máximo podría hacerse recurriendo al término de cinco años que prevé el artículo 20°, inciso 2, de la misma LGS, que regula un supuesto similar simplificado y abreviado para aumentar el capital.

Reconozco, sin embargo, que la extensión del plazo previsto en el artículo 206 antes citado al supuesto de las acciones en cartera es cuestionable, pues podría implicar una violación del principio de no aplicación analógica de estipulaciones restrictivas, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil(38).

Sin perjuicio de ello, opino que una medida saludable para la sociedad sería que en el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital que establezcan la creación de las acciones a ser consideradas bajo dicho régimen, se contemple un plazo máximo para la suscripción y pago de las acciones en cartera, vencido el cual las acciones creadas bajo este régimen deberían entenderse canceladas.

Otro tema que conviene comentar es la facultad contenida en el artículo 98 para delegar en un tercero la colocación de las acciones en cartera. Una primera comprobación evidente es que la alusión a un tercero debe ser entendida como hecha a alguien ajeno a la sociedad. Ciertamente no están dentro de dicha calificación sus administradores. Este encargo a un tercero se da, por ejemplo, cuando la empresa contrata a un banco de inversión u otra entidad para la colocación primaria de acciones por cuenta de ella entre el público o privadamente, lo que la legislación del mercado de valores de los Estados Unidos conoce como un underwriting on a best effort basis.39). Un ejemplo, aunque imperfecto (40) de esta modalidad, lo hemos visto con la colocación de acciones que realizó el Estado peruano bajo la denominada participación ciudadana, en la que se utilizó los servicios de bancos de inversión encargados de encontrar compradores para las acciones ofrecidas.

Por lo demás, dicha delegación en un tercero solo procederá, en mi opinión, si en el acto de autorización de la creación de acciones en cartera todos los accionistas (41) han expresado su consentimiento para que la colocación esté dirigida a terceros, haciendo al efecto renuncia a su derecho de suscripción preferente. De otra forma, si la colocación está dirigida, por lo menos en primera instancia, a los

propios accionistas de la empresa, no parecería tener sentido delegar en un tercero tal colocación.

En lo que al artículo 99 de la LGS se refiere, queda claro que el derecho de suscripción preferente que en él se reconoce a los accionistas no hace sino respetar el ejercicio de dicho derecho esencial a la condición de accionista, según lo dispuesto en el artículo 94, inciso 4, literal a) de la misma ley. Cabe preguntarse, sin embargo, cómo encuadra este derecho en un mecanismo de capitalización rápida como el tratado en el artículo 98. La respuesta la da el propio artículo 99 al establecer un plazo brevísimo de cinco días útiles para ejercitar el derecho de suscripción preferente, en el cual, como resulta evidente, no será necesario respetar las rondas, plazos y demás procedimientos previstos en el artículo 208 para los aumentos de capital regulares. Transcurrido dicho plazo, la sociedad queda en libertad de colocar las acciones en cartera no suscritas entre los terceros.

Ciertamente, los certificados de suscripción preferente que debe emitir la sociedad, deberán seguir las pautas previstas en el artículo 209 de la LGS, salvo en lo relativo al plazo para su puesta a disposición de los accionistas, pues en el caso de las acciones en cartera, éstas deben ser entregadas a los accionistas con derecho en la fecha en que se acuerde la colocación de dichas acciones. Nótese que la norma bajo comentario hace referencia a "entrega" y no a "disponibilidad" de los certificados de suscripción preferente, como señala el mencionado artículo 209. No obstante, considero que ello es atribuible a un error de redacción del legislador, debiéndose entender que bastará con que la sociedad ponga dichos certificados a disposición de los accionistas en la fecha en que se decida la colocación de las acciones en cartera para dar por cumplido con este requisito. Interpretar lo contrario supondría obligar a la sociedad a asegurarse de entregar a cada accionista el certificado correspondiente, lo que puede resultar una tarea muy difícil, dado que muchas veces la información que la sociedad tiene de sus accionistas no está actualizada, desnaturalizándose así el propósito del plazo de cinco días contemplado en el artículo 99 y la colocación de las acciones en cartera como mecanismo acelerado de capitalización.

Una segunda cuestión es la relativa a la transferibilidad de los certificados de suscripción preferente de acciones en cartera. La estrechez del plazo para el ejercicio del derecho que tales certificados representan podría presentar problemas para su transferencia. Ello, sin embargo, no puede utilizarse como excusa para sostener que dichos certificados no son transferibles. En tal sentido, será necesario que como parte del acuerdo de colocación se establezcan los mecanismos y formalidades que deban aplicarse a dichas transferencias, a fin de dar cumplimiento en este extremo a lo dispuesto en el artículo 209 antes citado. Ciertamente, dichos mecanismos y formalidades deberán atender a la realidad del plazo disponible para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. En suma, opino que en el proceso de colocación de las acciones en cartera, los accionistas de la empresa emisora tienen todo el derecho de transferir los certificados de suscripción preferente que ésta emita en su favor, debiendo la sociedad informar

sobre las formalidades que el accionista debe seguir para efectuar dicha transferencia.

Lo que no queda claro es el requerimiento exigido al tercero de comunicar a la sociedad la emisión de las acciones. ¿Quiere decir acaso que el tercero está facultado para emitir las acciones por sí mismo una vez realizada la colocación? En mi opinión, la respuesta es no. Considero que la norma debe ser interpretada en el sentido de que el tercero tiene la obligación de comunicar a la sociedad el detalle de la colocación a efectos de que ésta proceda a registrar la suscripción y pago de las acciones y emita las acciones correspondientes a favor de los nuevos accionistas.

Luego de hecha la revisión de los artículos 98 y 99, corresponde reflexionar sobre si el régimen de acciones en cartera en ellos tratado corresponde a lo que la doctrina considera como autocartera originaria.

III. LA AUTO CARTERA ORIGINARIA

Algunos autores(42) identifican el régimen de las "acciones antes estudiado con la autocartera originaria. En rigor, sin embargo, el régimen contenido en las disposiciones antes citadas no corresponde propiamente a lo que la doctrina denomina autocartera originaria o autosuscripción (43) de acciones, esto es, la adquisición por la sociedad de 81as acciones propias en el momento mismo de la emisión de éstas, es decir, en el momento constitutivo de la sociedad o en momento de llevarse a cabo una ampliación de capita/,44). Considero, en efecto, que el artículo 98 de la LGS no constituye una autorización a la sociedad para adquirir o suscribir sus propias acciones, sino simplemente una autorización para la creación de las mismas como se ha desarrollado anteriormente.

A diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas española(45), nuestra LGS de sociedades no regula en forma expresa el tema de la autocartera originaria. Tampoco lo hacía la Ley Anterior, error en el que, lamentablemente, ha recurrido el legislador al omitir un tratamiento taxativo del tema. Cabe por tanto plantearse si tal omisión implica en realidad una voluntad implícita del legislador para permitir que una sociedad constituida en el país, al amparo de la LGS, suscriba y pague acciones de propia emisión o, por el contrario, se trata simplemente de un olvido de quienes elaboraron la LGS.

En ausencia de legislación expresa que regule este supuesto, cabría aplicar el principio recogido en el artículo 24, inciso a), de la Constitución vigente, según el cual "nadie está... impedido de hacer lo que [la ley] no prohíbe", para concluir que la suscripción y pago por una sociedad de sus propias acciones está permitida por la LGS. Esta interpretación, que es peligrosa y altamente inconveniente para la sociedad y quienes interactúan con ella, por las razones que ya se han adelantado y que ampliaremos a continuación, no cabe, sin embargo, en el contexto de la LGS. Sostengo, por ende, que la autosuscripción de acciones está absolutamente

vedada en nuestro medio, por constituir un imposible jurídico. Reconozco, no obstante que a esta conclusión solo se llega por vía interpretativa del régimen legal general aplicable a la sociedad anónima.

Veamos. Anota Vásquez Cueto (46) que la suscripción de acciones está íntimamente relacionada con el proceso de formación o ampliación del capital de una sociedad, en tanto representación de partes alícuotas del mismo. Sin la obligación de los accionistas de entregar una suma de dinero o un bien determinado implícita en la suscripción y la verificación de dicha prestación, es decir, si no se cumple con el requisito de "ajeneidad del origen de la aportación" a que hace referencia García-Cruces (47) la sociedad no tendría manera de contar con los medios que le permitan llevar a cabo las actividades de su objeto social.

Si dicha obligación de realizar aportes, consustancial a la suscripción de acciones, es asumida por la propia entidad que debe recibirlos, en realidad no existe un aporte real sino meramente figurativo y, por ende, inexigible. Un ejemplo que ilustra esta situación se presenta en el caso de la constitución de una sociedad. ¿Podría ésta suscribir sus propias acciones en el momento de su constitución, en la medida que aún no tiene entidad jurídica? Ciertamente no, empero tampoco podría hacerlo desde el punto de vista económico, pues todavía no cuenta con ningún activo que pueda destinar al honramiento de tal obligación derivada de la suscripción. Se trataría más bien de una empresa con un capital 'ficticio e incierto' que no corresponde a un aporte efectivamente realizado.

En el caso de una empresa ya constituida y que cuenta con un capital efectivamente aportado sucede lo mismo: al suscribir sus propias acciones no solo no obtendría ninguna suma adicional que le permita incrementar su capital, sino que por esa vía quedaría obligada a pagar un importe por acciones que no representan ningún valor en tanto no están respaldadas por un movimiento patrimonial, en el sentido de traslación de riqueza de una mano a otra.

Cabe referir al respecto que el artículo 52 de la LGS (49) contiene la exigencia de una suscripción cierta y del pago de por lo menos una porción (25%) del monto que representan las acciones como condición para la emisión y consiguiente existencia de éstas. Ciertamente, en el caso bajo comentario no puede hablarse de una suscripción de acciones cierta, pues no es posible que la sociedad se obligue frente a sí misma. Operaría para la sociedad la consolidación de la obligación de pago derivada de la suscripción, con la condición de acreedora frente a sí misma, con lo cual dicha obligación desaparecería. Así, si la sociedad no está obligada a hacer los aportes que la suscripción de sus propias acciones le exige, el capital de la sociedad nunca llegará a integrarse, esto es, a pagarse; no pudiendo cumplirse con la exigencia del citado artículo 52.

La suscripción de acciones por la propia sociedad termina siendo así una suerte de imposible jurídico insalvable, que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 219, inciso 3, del Código Civil, conlleva la nulidad de tal suscripción. Siendo un

acto nulo, la conclusión de esta reflexión sobre la autosuscripción de acciones es que no está permitida en el ordenamiento peruano.

Esta conclusión no está lejos de la reflexión hecha por el legislador español al regular la figura de la autosuscripción. En efecto, queda claro que dicho legislador optó, como señala García-Cruces(501, por imponer una sanción distinta a "la nulidad del negocio sobre las propias acciones... tal y como apoyaría una interpretación aislada del artículo 6 inciso 3 del Código Civil [español]", estableciendo más bien, en el artículo 74 antes transcrito, que la obligación de pago de las acciones suscritas por la sociedad se traslada a los fundadores o administradores de misma, según se trate de la constitución de ésta o del aumento de su capital.

Como puede apreciarse, la opción legislativa española impone una prohibición absoluta (51) respecto a la adquisición originaria de acciones por la sociedad. Sin embargo, opta por convalidar tal adquisición en los casos en que se viole tal prohibición, por la vía de imponer en los accionistas fundadores o en los administradores, según se trate de la constitución de la sociedad o del aumento de su capital, respectivamente, la obligación de pagar el valor de las acciones así suscritas. Es decir, traslada la condición de deudor del valor de suscripción de las acciones a los accionistas o administradores, relevando así a la sociedad de la situación, imposible jurídicamente, de ser deudora de sí misma.

En nuestro caso, como queda dicho, al no existir regulación legislativa para la autocartera originaria que permita, al estilo español, la convalidación de dicha figura, no queda otra alternativa que sostener la existencia de una prohibición absoluta para que la sociedad pueda suscribir y pagar acciones de nueva emisión.

Completada la revisión del tema de las acciones en cartera y de su contrastación con la autocartera originaria, corresponde tratar a continuación el tema de la autocartera derivada, esto es, la adquisición por la sociedad de sus acciones ya emitidas.

(1) Aprobada por Ley N° 26887.

(2) La Ley de Sociedades Mercantiles aprobada en 1966 por Ley N2 16123, fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N2 311, por la que se adoptó para dicha norma modificada la denominación de Ley General de Sociedades y dispuso la aprobación de un "Texto Único Concordado" que fue aprobado por Decreto Supremo N2 003-85-JUS.

(3) La autocartera derivada se encontraba regulada en el artículo 117 de la Ley Anterior.

(4) En los artículos 98 y 99.

(5) Más adelante expondré las razones por las cuales considero que el régimen de las acciones en cartera no es propiamente un supuesto de autocartera originaria.

(6) BERGAMO, Alejandro. "Sociedades Anónimas" (las acciones). Tomo 1. Madrid. 1970. Pág. 698, señala, por ejemplo, que la ley alemana de 1870 "reputaba ilícito cualquier rescate", agregando que la ley belga de 18 de mayo de

1873 "imponía pena de prisión a los administradores, gerentes o comisarios que rescatasen "conscientemente" acciones o partes sociales.

(7) Sobre las etapas de esta evolución, véase VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. "La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones", Valladolid (1985) Págs. 13-15.

(8) Sobre el particular, VELASCO SAN PEDRO. Op. cit. Pág. 24, señala que cuando la sociedad adquiere sus propias acciones "tendría derechos y obligaciones frente a ella misma, lo que es contrario al principio de que "nadie puede ser deudor de si mismo-.

(9) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones (la regulación de la autocartera en el Derecho Español)". En: Revista Themis N' 39. Lima. Pág. 323.

(10) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario peruano". T. 1. Lima, 1999. Pág. 139.

(11) URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. "Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1. Capítulo 34: La Sociedad Anónima: La acción como objeto de negocios jurídicos". Madrid, 1999. Pág. 846.

(12) Para un análisis de la LSA española ver GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. Op. cit.

(13) La sección 160 de esta ley señala: "Every corporation may purchase, redeem, receive. fake orofhetWise

acquire. OIMJ and ho/d... and ofherwise dea/ in and wifh its own shares; provided. however, fhaf no corporafion shall: (/) purchase or redeem ifs own shares of capifa/ sfock for cash or ofher property when fhe capifa/ of fhe company is impaired...".

(14) Esta ley prevé en su sección 513 lo siguiente: "...fhe shares of a corporafion may nof be purchased by fhe corporafion... if fhe corporafion is fhen inso/venf or wou/d fhereby be made inso/venf. Shares may be purchased or redeemed on/y out of surplus.

(15) La sección 510 de este código establece: "When a corporafion reacquires ifs own shares those shares are resfOled fo fhe sfafus of authorized buf unissued shares...".

(16) En la sección 6.31 de esta ley modelo se estipula: "A corporation may acquire ifs own shares. and shares so acquired constitute authorized buf unissued shares'.

(17) VÁSQUEZ CUETO, José Carlos. "Régimen jurídico de la autocartera". Madrid, 1995. Pág. 78.

(18) ELÍAS LAROZA. Op. cit Pág. 93.

(19) Como señala VÁSQUEZ CUETO. Op. cit. Pág. 86. "La adquisición de acciones propias, al reducir de hecho el patrimonio social, provoca a su vez, por consiguiente, una 'reducción encubierta' del capital social, puesto que éste ya no retiene el fragmento del patrimonio social que ha salido en pago de las acciones adquiridas'.

(20) Ver al respecto VELASCO SAN PEDRO. Op. cit. Pág. 44. VÁSQUEZ CUETO. Op. cit. Pág. 89.

(21) GARCÍA-CRUCES. Op. cit. Pág. 324.

(22) El artículo 12 de la Ley del Mercado de Valores consagra el principio de transparencia en las operaciones,

señalando que: "Está prohibido todo acto, omisión, práctica o conducta que atente contra la integridad o transparencia del mercado. En este marco, se encuentra prohibido: a) Efectuar transacciones ficticias respecto de cualquier valor... así como efectuar transacciones con valores con el objeto de hacer variar artificialmente los precios".

(23) GARCÍA-CRUCES. Op. cit. Pág. 327.

(24) CRUCES. Op. cil. Págs. 325-326. Hace un interesante análisis de los beneficios que en distintos órdenes puede obtener una sociedad al recurrir a la autocartera.

(25) Artículo 98. Acciones en cartera

En el pacto social o por acuerdo de aumento de capital, la sociedad puede crear acciones, con o sin derecho a voto, las que se mantienen en cartera. Las acciones en cartera, en tanto no sean emitidas, no pueden llevarse a la cuenta capital del balance. Solo son emitidas por la sociedad cuando sean suscritas y pagadas en por lo menos un veinticinco por ciento del valor nominal de cada una. La escritura pública de constitución o el acuerdo de aumento de capital establecen también los plazos y condiciones de su emisión.

Los derechos inherentes a las acciones en cartera sólo se generan cuando se emiten. Cuando se hubiera encargado la colocación de estas acciones a un tercero, se requerirá, además, que se comunique su emisión a la sociedad.

(26) Las acciones en cartera creadas conforme al presente artículo no podrán representar más del veinte por ciento del número total de las acciones emitidas.

Artículo 99.- Suscripción de acciones en cartera

Salvo en el caso previsto en el artículo 259 los accionistas gozan del derecho preferente para suscribir las acciones en cartera. Cuando acuerde su emisión la sociedad entrega a los accionistas que corresponda certificados de suscripción preferente.

(27) El ejercicio del derecho de suscripción preferente, en este caso, se realiza dentro de un plazo máximo de cinco días útiles contados a partir de la fecha en que la sociedad anuncie la colocación de acciones en cartera.

Artículo 219.- Puede concederse al directorio la facultad de aumentar el capital social hasta determinada suma, en las oportunidades y montos que él decida, sin previa consulta a la junta general. Estos aumentos no podrán ser superiores a la mitad del capital social vigente en la fecha en que el directorio haga uso de la mencionada facultad. Deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años, a contar de la fundación de la sociedad o de la modificación del estatuto concerniente al último aumento de capital.

Las acciones representativas de este aumento solo podrán ser ordinarias.

La emisión se someterá a lo previsto en el artículo 213.

Hasta que la suscripción se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones, ni llevado al pasivo del balance.

(28) Artículo 84.- Acciones en cartera.- Siempre que así lo acuerde la Junta General de Accionistas, con el quórum y mayoría necesaria para modificar el estatuto, las sociedades anónimas cuyas acciones representativas del capital social se negocien en rueda de bolsa podrán temporalmente:

a) Mantener en cartera acciones no suscritas de propia emisión. El importe representado por dichas acciones no podrá Devarse al capital hasta que las acciones sean suscritas por terceros.

(29) Entre ellas la inglesa y otras de origen anglosajón.

(30) El artículo 83 hace referencia a creación de acciones, mientras que el 84 alude a emisión de éstas.

(31) ELIAS LAROZA Op. cil. T. 1. Págs. 204-205.

(32) Artículo 31. - El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad.

(33) Una revisión de los estatutos de cualquier empresa de las denominadas off-shore, usualmente constituidas

en jurisdicciones consideradas paraísos fiscales. permitirá apreciar de mejor manera el tema abordado.

(34) Op. cit. T. I. Pág. 244.

(35) Idem. Pág. 243.

(36) Artículo 1.- Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.

(37) ídem. Ver también ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel. "Algunas consideraciones acerca de la disposición de autocartera en la Ley General de Sociedades". En: Revista tus et Veritas N' 23. Lima, 2001 Pág. 89.

(38) Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

(39) STEINBERG, Marc. "Understanding Securities Law". Nueva York, 1993. Pág. 82.

(40) Es imperfecto por estar referido a acciones ya emitidas y no a acciones en cartera, que es el tema bajo comentario.

(41) Con excepción del supuesto contemplado en el artículo 259 de la LGS, relativo a sociedades anónimas abiertas, en el que la decisión de no dar derecho de suscripción preferente a los accionistas puede adoptarse con el voto de no menos del 40% de las acciones emitidas con derecho a voto.

(42) Entre ellos ABRAMOVICH. Op. cit. Pág. 89.

(43) Así la denomina V ÁSQUEZ CUETO. Op. cit. Pág. 263.

(44) DIEZ -PICAZO, Luis. "Los negocios de la sociedad con las propias acciones". En: Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima. Madrid, 1995. Pág. 192.

(45) El artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas española señala: "Adquisición originaria de acciones propias.

1. En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante.

2. Las acciones suscritas infringiendo la prohibición del apartado anterior serán propiedad de la sociedad suscriptora. No obstante, cuando se trate de sustituir de acciones propias la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento de capital social, sobre los administradores. Si se tratare de suscripción dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los administradores de la sociedad dominante.

3. En el caso de que la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta, los fundadores o promotores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del reembolso de las acciones suscritas.

En los supuestos contemplados en los apartados anteriores, estarán exentos de responsabilidad quienes demuestren no haber incurrido en culpa.

III. LA AUTO CARTERA DERIVADA

La LGS trata, en su artículo 104, el tema de la autocartera derivada o derivativa, como es denominada por la Ley de Sociedades española. He señalado al inicio que el tema no es novedoso pues la Ley Anterior ya lo trataba en su artículo 117. Sin embargo, el artículo 104 bajo comentario⁽⁵²⁾ contiene importantes avances respecto a su antecesor, a pesar de que también deja al descubierto ciertos aspectos asociados a esta figura jurídica, como veremos más adelante.

Comenzaré por mencionar que el régimen de la adquisición de acciones de propia emisión de nuestra LGS implica una autorización restrictiva para que la sociedad rescate⁽⁵³⁾ títulos representativos de aportes de capital que ella misma ha emitido. Es restrictiva, pues su objetivo claramente es el de permitir estas operaciones siempre que se salvaguarde la situación patrimonial de la compañía y, con ello, se cautele el interés de sus propios accionistas y el de sus terceros acreedores. Objetivos que, como he comentado anteriormente, resultan de particular importancia en el contexto del negocio de las acciones propias. De allí la exigencia a la sociedad del cumplimiento de los requerimientos formales Y materiales que establece la norma legal como condición para llevar a cabo estas operaciones, de forma tal que, en palabras de García Cruces (54), sean legitimadas.

Esto lleva a una primera reflexión sobre el tema. ¿Cuál es la consecuencia del incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 104? La respuesta ciertamente no fluye del mismo artículo, por lo que deberemos buscarla en otras disposiciones de la LGS, materia sobre la que volveremos más adelante, una vez analizados los requerimientos de la mencionada norma legal.

El artículo 104 establece cuatro supuestos de adquisición de acciones propias. El primer supuesto es el de adquisición con cargo al capital social; el segundo está referido a la adquisición con cargo a utilidades o reservas de libre disposición; el tercer supuesto hace referencia a la adquisición con cargo a títulos de participación en los beneficios de la empresa; mientras que el cuarto alude a la adquisición gratuita de acciones por la sociedad. Analizaré a continuación cada uno de estos supuestos, comenzando por el último, esto es, el de la adquisición a título gratuito, por ser el más sencillo.

Antes de ello, sin embargo, conviene anotar que aunque no haya mención expresa en la LGS, la regulación de la autocartera derivada debe entenderse referida por igual a las acciones con derecho a voto como a aquellas que carecen de este derecho. Nótese al respecto que las acciones sin voto son igualmente acciones representativas del capital social y cuya emisión implica la verificación de aportes

a dicho capital. En tal sentido, no habría razón para considerar que las acciones sin voto están excluidas de la regulación contenida en el artículo 104 de la LGS.

1. La adquisición gratuita de acciones de propia emisión

Bajo esta modalidad, la sociedad se convierte en propietaria de sus propias acciones sin necesidad de desembolsar monto alguno o entregar una contraprestación al accionista o accionistas que las transfieren en su favor, por lo que los riesgos patrimoniales asociados a la autocartera que hemos comen. tado precedentemente, no se configuran. Por el contrario, se produce un incremento patrimonial pues la sociedad ya no tiene una deuda con los accionistas transferentes por el capital que éstos aportaron. Como es evidente, esta mejor situación patrimonial beneficia indirectamente a los demás accionistas de la sociedad ya sus acreedores(55). De allí que se trate del supuesto que menos complicaciones ofrece, sin perjuicio de lo cual también plantea diversas cuestiones no contempladas en la ley y que a continuación comentamos.

Una primera interrogante es la referida al órgano societario competente para decidir la adquisición gratuita de las acciones, o más propiamente, para aceptar el acto de liberalidad de uno o más accionistas. Al respecto, considero que éste es un acto de gestión puro y simple que no requiere de intervención de la junta de accionistas, por lo que bastará que el directorio de la sociedad adopte la decisión pertinente, y a él también corresponderá decidir si tales acciones se amortizan o no.

Respecto a este último aspecto, dispone el artículo 104 que la sociedad podrá o no proceder a la amortización de las acciones adquiridas gratuitamente. Evidentemente, si decide amortizarlas, tal acto no implicará una reducción de capital pues no habrá aporte por devolver a los accionistas transferentes, produciéndose más bien la necesidad de modificar el valor nominal de las acciones remanentes para reflejar el incremento de valor que se produce en las mismas como consecuencia de repartir la cifra de capital en un número menor de acciones, con el consiguiente beneficio directo para los accionistas que permanecen en la sociedad. A estos efectos, el directorio deberá convocar a la junta de accionistas a fin de que apruebe la modificación estatutaria correspondiente.

Si la sociedad decide no amortizar las acciones adquiridas gratuitamente, podrá mantenerlas en su poder para su posterior colocación, entre terceros o entre los propios accionistas, debiendo, mientras tanto, reflejar su valor en una cuenta especial del balance como lo dispone el último párrafo del artículo 104. Surge aquí la necesidad de determinar si tal permanencia en poder de la sociedad puede ser indefinida o si está sujeta a plazo. No existe norma que resuelva esta inquietud. Considero, sin embargo, que la decisión de no amortizar las acciones adquiridas gratuitamente tiene que ser, necesariamente, temporal. En efecto, creo que si bien no se produce una reducción patrimonial como consecuencia de la adquisición de las acciones, ello no justifica que puedan permanecer de manera indefinida como acciones en cartera(56). Podría decirse al respecto que, como quiera que la

sociedad no ha visto afectado su patrimonio al adquirirlas, no existe limitación para que la sociedad mantenga dichas acciones en su poder de manera indefinida. Opino que debe aplicarse el mismo plazo límite de dos años previsto para el supuesto de la adquisición onerosa con cargo a utilidades o beneficios de libre disposición. Nótese al respecto que la exigencia de esta norma es aplicable no obstante que las utilidades Y reservas libres en realidad son prestaciones que la sociedad tiene frente a sus accionistas y que, por ende, se trata de recursos excedentes que los accionistas pueden disponer, previo cumplimiento, claro está, de los requisitos formales exigidos al efecto. Aquí tampoco hay un riesgo de afectación negativa de la situación patrimonial de la empresa, no obstante lo cual se establece un plazo máximo de dos años para la colocación de dichas acciones. Por consiguiente; si en este supuesto el legislador ha querido que la sociedad no mantenga en forma indefinida acciones propias, el mismo criterio debería resultar de aplicación al caso de las acciones adquiridas gratuitamente.

Las acciones no amortizadas podrán ser recolocadas, ofreciéndolas en venta a terceros o a los propios accionistas. Ciertamente, éstos tendrán preferencia para adquirirlas si el estatuto de la sociedad prevé un derecho de adquisición preferente en el caso de transferencia de acciones. En este caso, la administración de la sociedad deberá poner en conocimiento de los demás accionistas su decisión de vender las acciones en cartera, de acuerdo con el procedimiento previsto en el estatuto, de manera que éstos puedan adquirir las acciones a prorrata. En este caso, el directorio también deberá establecer el precio al cual se transferirán las acciones, el mismo que, en cumplimiento de las obligaciones que competen al directorio como órgano de administración, deberá establecerse en función de algún criterio objetivo como podría ser el valor patrimonial de la empresa o el valor de cotización de las acciones en el mercado si éstas se encuentran inscritas en bolsa. Como señala Elías Laroza(57), los ingresos que obtenga la sociedad por este concepto serán utilidad.

De la misma manera, las acciones no amortizadas podrían ser distribuidas como dividendo a los accionistas siempre que, claro está, exista utilidad distribuable, se cumpla con los demás requisitos exigidos por los artículos 229 y 230 de la LGS y exista un acuerdo de la junta de accionistas en tal sentido. Se tratará en este caso de un dividendo en especie. ¿Qué valor deberá asignarse a las acciones entregadas como dividendo? Creo que para conciliar el interés de los accionistas y el de la sociedad, corresponderá a la administración hacer una valorización objetiva de las acciones según alguno de los criterios antes mencionados u otro similar.

Por otro lado, cabe comentar que respecto de las acciones así adquiridas a título gratuito, que se mantengan en cartera, quedarán en suspenso los derechos políticos y económicos que les corresponden, de manera que dichas acciones no percibirán dividendos ni serán computables para el cumplimiento de los requisitos de quórum y mayoría. Así lo dispone el último párrafo del artículo 104 que estamos comentando. De esta manera, en el caso de distribución de utilidades en acciones que se menciona en el párrafo anterior, las acciones a ser distribuidas no percibirán dividendos.

Ciertamente, todo lo expuesto resulta de aplicación en un escenario en que las acciones se encuentren totalmente liberadas, esto es, íntegramente pagadas. Nótese, sin embargo, que el artículo 104 también admite(58), en el caso de la adquisición gratuita, que ésta pueda estar referida a acciones cuyo valor no está totalmente pagado, es decir, acciones respecto a las cuales existe un dividendo pasivo. La doctrina se ha planteado al respecto si en tal caso subsiste la gratuidad de la adquisición o si, más bien, esta condición impaga de las acciones adquiridas hace que la transacción se torne onerosa para la sociedad. Al respecto, debe mencionarse que al adquirir las acciones no pagadas en su integridad, la sociedad "renuncia o condona y en cualquier caso pierde el crédito del dividendo pasivo liberando al donante de su deuda de aportación (59).

De otro lado, la sociedad no podría asumir el pago del dividendo pasivo pues mientras las acciones no sean amortizadas o sean vendidas, no tendrá posibilidad de cobrar el dividendo pasivo por confusión de la condición de acreedor y deudor de tal dividendo en cabeza de la sociedad(60). Podría decirse, entonces, que sí existe una contraprestación de parte de la sociedad por recibir tales acciones y que, por consiguiente, la adquisición no es gratuita. Podría agregarse, igualmente, que la sociedad sufre con tal adquisición un perjuicio al ver reducidos los aportes con los que contaba para la consecución de su objeto social y que sus acreedores también se perjudican al tener un menor respaldo patrimonial para sus deudas.

Esta conclusión, sin embargo, no me parece correcta. Si bien es cierto la sociedad recibe un bien afectado con una suerte de carga: el dividendo pasivo, no es menos cierto que recibe gratuitamente la porción pagada del valor suscrito de las acciones adquiridas en esta forma. Al amortizarlas, necesariamente tendrá que reducir capital en un monto equivalente al valor suscrito de dichas acciones, condonando el dividendo pasivo correspondiente(61), pero estará reIPvaca de entregar al accionista transferente la porción que éste sí hubiere pagado al suscribirlas, con lo cual su patrimonio se incrementará gratuitamente por el equivalente a dicha porción, constituyendo su monto una utilidad que podría ser capitalizada para restablecer parcialmente la cifra de capital inicialmente reducida. Los demás accionistas se beneficiarán al incrementar, en tal supuesto, su tenencia de acciones sin haber realizado aporte alguno, y los acreedores de la sociedad verán sincerada la situación patrimonial de la empresa.

De otro lado, si la sociedad decide no amortizar las acciones recibidas y procede a transferirlas onerosamente a terceros, tendrá un ingreso por el valor de dicha venta y trasladará la obligación de pago del dividendo pasivo al nuevo adquirente de dichas acciones, con lo cual se restablecerá la situación original. Tal ingreso, como he señalado antes, será también utilidad para la empresa, generada en la liberalidad del accionista inicial y no en la realización de las actividades propias de su objeto social.

Conviene referir, igualmente, que en el caso bajo comentario, el artículo 104 releva a la sociedad de la obligación de aplicar la regla de la prorrata en la

adquisición de las acciones, lo cual parece lógico considerando que no se podría, de un lado, condicionar la aceptación de la liberalidad que pueda tener un accionista a que los demás accionistas se sumen, proporcionalmente, a ejercer igual acto de desprendimiento; y de otro lado, no se podría forzar a los demás a que también transfieran gratuitamente una porción proporcional de sus acciones a la sociedad.

Finalmente, la adquisición gratuita de acciones de propia emisión no estará sujeta, en mi opinión, a ningún límite en cuanto a número, siempre que no se trate del 100% de las acciones emitidas por la sociedad, pues en este caso la sociedad se quedaría sin accionistas, lo cual no parece ser legalmente posible.

2. La adquisición con cargo al capital social

En este caso se trata de la compra de acciones con cargo a los aportes recibidos por la sociedad en el momento de su constitución, o más tarde vía aumento de capital, de manera que se produce, de alguna manera, una devolución de los aportes de capital representados en las acciones objeto de adquisición. El artículo 104 establece que, en este supuesto, la sociedad debe proceder a la amortización de dichas acciones vía reducción de capital.

Una primera cuestión que corresponde analizar respecto a este tema es la relativa a la decisión de adquisición de acciones de propia emisión. A diferencia de la ley española que exige en su artículo 75(62) la participación de la junta de accionistas en la adopción de la decisión de adquirir tales acciones, nuestra ley no contiene ninguna regulación al respecto.

Elías Laroza (63) sostiene que este supuesto de adquisición solo "figura en la ley para efectos didácticos. No es propiamente un caso de compra de acciones propias sino una forma de llevar a cabo una reducción de capital, cumpliéndose previamente con el conjunto de garantías propias de este proceso. Sostiene, por ende, que se requiere de un acuerdo previo para reducir el capital, adoptado por la junta general de accionistas. En mi opinión, el tema no es tan claro como lo expresa Elías Laroza. Creo, por el contrario, que el artículo 104 permite a la sociedad adquirir sus propias acciones sin que se haya tomado una decisión de reducción de capital previa. En mi opinión, la ley distingue dos momentos: el de la adquisición y el de la amortización. Es respecto de este segundo aspecto que se exige un acuerdo previo de la junta general para proceder a la reducción de capital.

En efecto, de haberse requerido autorización previa de la junta de accionistas, la LGS tendría que haber recogido expresamente tal exigencia, como lo hace la ley española. Al no hacerla, debe entenderse que la intención del legislador fue la de no incluir esta exigencia como condición para los negocios sobre las propias acciones. Esta consideración está además sustentada en el hecho de que el legislador ha distinguido el supuesto bajo comentario del caso de la reducción de capital legislado en el artículo 216 de la LGS, en el que la amortización de las

acciones es consecuencia de la decisión de la junta en tal sentido y no causa de ello. En este último caso, no existe una adquisición de las acciones, sino una amortización directa de las mismas, es decir, las acciones se extinguen cuando están todavía dentro de la esfera patrimonial del accionista.

A mayor abundamiento, si se tiene en cuenta que el citado artículo 216 de solo permite que la reducción de capital se realice mediante entrega a sus titulares del valor nominal amortizado o del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad, la adquisición de acciones para su posterior amortización regulada en el primer párrafo del artículo 104, permite entregar a los accionistas transferentes una suma menor al valor nominal de las acciones o una suma mayor a éste pero no necesariamente reflejo del valor patrimonial neto. Es decir, de acuerdo con esta última norma, la sociedad podría proceder a adquirir acciones a valor menor al nominal para luego amortizarlas por su valor nominal, haciendo en el camino una utilidad por el diferencial. De otro lado, podría adquirir las acciones por un precio que exceda el valor nominal pero que no necesariamente represente el valor del patrimonio neto. En este último caso, conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 104, el exceso del valor nominal deberá ser atendido con cargo a reservas o utilidades libres, pero ello no quiere decir que tenga que entregar un monto equivalente al valor patrimonial que proporcionalmente representan las acciones adquiridas.

Por otro lado, me parece que no existe impedimento legal para que el directorio de la sociedad, al que conforme al artículo 172 de la LGS corresponde la gestión y administración de los negocios sociales, decida proceder a la adquisición de acciones de propia emisión con el propósito de amortizarlas. Si el directorio tiene facultad para decidir la adquisición de activos que no constituyen la actividad propia de la sociedad(64) pero que sirvan a algún propósito que no exceda el objeto social(65), no existe razón para sostener que no podría disponer la adquisición de acciones de propia emisión si considera que ello es conveniente. Cabe mencionar que incluso en el marco de la legislación española en la que, según se ha comentado, es exigible una autorización previa de la junta de accionistas para los negocios sobre las propias acciones, se reconoce de manera clara que la decisión sobre la adquisición es competencia exclusiva del órgano de administración de la sociedad(66).

Ciertamente, la decisión del directorio para adquirir acciones de propia emisión deberá estar en marcada dentro de los criterios exigidos a los directores en el ejercicio de su cargo(67), de manera que la adquisición deberá responder a algún propósito justificado y siempre que la sociedad cuente con recursos suficientes para ello. De no ser éste el caso, conforme al artículo 177 de la LGS, los directores serán solidaria e ilimitadamente responsables ante la propia sociedad, los accionistas y los terceros por los daños que tal decisión pueda generar a éstos. ¿Qué pasaría entonces si producida la adquisición de las acciones de propia emisión y sometida a la junta de accionistas la decisión de reducir el capital para amortizarlas, ésta no aprueba la necesaria reducción de capital? En este caso, el directorio estará en la obligación de vender de manera inmediata las acciones

adquiridas y si no logra hacerlo o se incurre en una pérdida para la sociedad como consecuencia de ello, los directores serán responsables de reintegrar de su propio peculio el valor pagado por la sociedad por las aludidas acciones, en la medida que la falta de previsión de esta situación al momento de decidir la compra constituirá un acto de negligencia grave. Ésta es la seguridad que tienen los accionistas y los acreedores de que la afectación del patrimonio de la sociedad para atender la adquisición de acciones bajo esta modalidad, no afectará negativamente sus derechos.

Reconozco, sin embargo, que en la práctica el directorio de una empresa no se arriesgará a tomar una decisión para la adquisición de acciones de propia emisión si previamente no tiene alguna certeza de que la misma será apoyada por un número de accionistas suficiente que asegure la decisión de la junta respecto a la reducción de capital.

Una segunda cuestión establecida por el artículo 104 es la obligación de atender el pago de cualquier monto en exceso de valor nominal de las acciones con utilidades o reservas libres. De ello se deducen dos temas, el primero la posibilidad de atender la parte de las acciones que corresponda al valor nominal con recursos que la sociedad tiene para atender sus operaciones. El segundo, que la sociedad debe contar con utilidades no distribuidas o reservas no afectadas a un propósito determinado como condición para pagar un precio superior al valor nominal cuando adquiere acciones de propia emisión.

Como señala Elías Laroza(68), en este segundo caso, el mayor valor pagado "no afecta a los acreedores ni a los terceros, puesto que es asumido por los socios, con cargo a su acreencia frente a la sociedad por concepto de beneficios y reservas libres". Cabe preguntarse en este punto si la aplicación de tales utilidades y reservas libres(69) puede ser decidida por el directorio de la empresa o se requiere de un acuerdo en tal sentido de la junta de accionistas. La respuesta es que no. El directorio podrá pactar con el vendedor de las acciones el pago de un precio superior al valor nominal y pagar tal mayor precio con cargo a los recursos que administra, pero la cancelación de las cuentas utilidades no distribuidas o reservas de libre disposición, corresponderá necesariamente a la junta general de accionistas. De conformidad con el artículo 114 de la LGS es competencia exclusiva de la junta resolver sobre la aplicación de las utilidades, de manera que solo ella podrá disponer que el pasivo que representa frente a los accionistas la cuenta de utilidades no distribuidas sea aplicado a solventar el exceso del valor nominal de las acciones pactado como precio en su adquisición. De la misma forma, si la junta decidió destinar las utilidades a una reserva libre, solo a ella corresponderá cancelar esa reserva y aplicar los fondos que la constituyeron al propósito bajo comentario.

Si no obstante haberse pactado el pago de un precio superior al valor nominal, la junta no aprueba que tal exceso sea atendido con cargo a utilidades o reservas libres como manda la ley, la empresa no podrá pagar un precio mayor al valor

nominal, siendo los directores responsables ante el accionista vendedor por el pago de la diferencia.

Como resulta evidente, nada obsta para que la adquisición se pacte por un valor inferior al nominal. En este caso, la sociedad obtendrá un beneficio por el monto que resulte del valor nominal y el monto efectivamente pagado por las acciones.

3. La adquisición mediante títulos de participación en las utilidades

Otro supuesto contemplado por el artículo 104 de la LGS es el de la permuta de acciones que entrega un accionista a la sociedad a cambio de títulos de participación que le dan derecho a percibir un porcentaje de las utilidades distribuibles de la empresa. En este caso, no existe reembolso del valor nominal de las acciones y éstas se amortizan sin reducir el capital.

Un primer comentario sobre esta modalidad de adquisición de autocartera está referido a señalar que debe hacerse necesariamente a valor nominal. Cuando la adquisición se hace a un mayor valor, el exceso deberá atenderse con cargo a beneficios y reservas de libre disposición, según lo establece el mismo artículo. En segundo lugar, la amortización de las acciones sin reducción de capital supone que la cifra del capital social permanecerá sin cambio, no obstante haber un menor número de acciones. Siendo éste el caso, será necesario, aunque la norma no lo estipule, proceder a ajustar el valor nominal de las acciones remanentes, para lo cual se requerirá el correspondiente acuerdo de junta general de accionistas.

Los títulos que se entreguen como contraprestación por las acciones que adquiere la empresa tienen, como señalaba el artículo 119 de la Ley Anterior, la naturaleza de títulos de goce o lo que la doctrina ha llamado también "acciones o bonos de disfrute" (70) o "acciones de gracia" (71), es decir, títulos que representan un derecho preferente sobre los beneficios distribuibles de la sociedad. Estos títulos ciertamente no son acciones y se diferencian de éstas en que no representan una alícuota del capital ni otorgan a sus tenedores ningún derecho político o económico distinto a una participación de los beneficios económicos que obtiene la empresa (72).

Son precisamente estas características las que sirven para distinguir también dichos títulos de las acciones sin voto a que hacen referencia los artículos 95 y 97 de la LGS. En efecto, si bien las acciones sin voto otorgan también un derecho preferencial a participar en las utilidades, sí representan una parte alícuota del capital y otorgan a sus titulares ciertos derechos políticos (derecho a la información, derecho de separación, entre otros) y económicos (derecho al haber social en caso de liquidación) no disponibles para los tenedores de los títulos bajo comentario. La misma diferencia aplica para las acciones a que se refiere el artículo 83 de la LGS, según el cual, puede concederse a determinadas acciones el derecho a un rendimiento máximo, mínimo o fijo, acumulable 'no siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuibles'.

Si bien la LGS no define dichos títulos ni regula su emisión, queda claro que solo podrán emitirse en la medida que la junta general de accionistas así lo establezca. La misma junta deberá determinar el porcentaje de utilidades a que tendrán derecho sus tenedores, así como el plazo por el cual estará vigente el derecho. Sobre este tema, debe señalarse que la LGS no establece ningún plazo o monto máximo de las utilidades de las que podrá gozar su tenedor, por lo que este extremo también quedará librado a la decisión de la junta. El monto (10% de las utilidades) o el plazo (5 años) a que hace referencia el artículo 72 de la LGS no resulta de aplicación en este caso, pues aquéllos están previstos únicamente para los socios fundadores con el fin de evitar el abuso de éstos en la asignación en su favor de participaciones excesivas en las utilidades(73). En el caso de los títulos que se entregan a los accionistas vendedores de acciones de autocartera, no existe tal riesgo de que los beneficios otorgados sean excesivos, ya que éstos estarán, por lo menos en teoría, relacionados con el valor nominal de las acciones y además, su creación dependerá de los mismos accionistas, quienes ciertamente son libres de estipular los montos de utilidades que decidan sacrificar a cambio de una mayor participación en el patrimonio neto de la sociedad(74), y el plazo por el cual desean mantener dicho régimen.

Las decisiones de la junta en esta materia deberán, en mi opinión, ser adoptadas con los requisitos de quórum y mayoría especiales. Al respecto, considero que siendo la emisión de dichos títulos parte de la operación de adquisición de acciones con modificación del valor nominal de las acciones remanentes, no podría independizarse el acuerdo relativo a su emisión y las condiciones de ésta, del acuerdo de modificación de estatutos necesario para incrementar el valor nominal de las acciones. Adicionalmente, apoya dicha interpretación el hecho de que los pagos al tenedor de los títulos en cuestión supondrán una reducción de las utilidades futuras disponibles para los accionistas, lo que debería ser adoptado con quórum y mayoría calificados, a fin de cautelar el interés de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, el artículo 104 no hace referencia a las características de los títulos a ser entregados al accionista que transfiere sus acciones. Al respecto, Elías Laroza(75) sostiene que éstos deberán ser nominativos y libremente transferibles. Creo, sin embargo, que en la medida que la LGS no contiene estipulaciones al respecto, nada obsta para que la junta general de accionistas que aprueba su emisión, establezca que dichos títulos puedan ser al portador o no transferibles. Cabe mencionar al respecto que ya el artículo 119 de la Ley Anterior permitía expresamente que dichos títulos fueran no transferibles, de manera que en ausencia de estipulación legal al respecto, no veo inconveniente para que los aludidos títulos puedan no reunir la condición de nominativos y transferibles.

4. La adquisición con cargo a beneficios y reservas libres

Corresponde comentar ahora el cuarto supuesto de adquisición de acciones de autocartera que prevé el artículo 104 de la LGS. Se trata de las adquisiciones

que se pagan con los beneficios y reservas libres que tiene la sociedad y que, como resulta evidente, están constituidos por utilidades no distribuidas.

Según Elías Laroza(76), si bien ambos conceptos cumplen el propósito de reforzar el patrimonio de la sociedad, de brindarle mayor solidez económica y financiera, no son lo mismo. Las utilidades distribuibles no repartidas por la sociedad pasan a formar parte de una cuenta del balance denominada "utilidades por distribuir" o "utilidades no distribuidas", mientras que las reservas son utilidades afectadas a un fin futuro determinado, por decisión de la junta general de accionistas. Cabe agregar que en ambos casos se trata de utilidades distribuibles, es decir, de beneficios disponibles luego de haber cumplido con las obligaciones en relación con la constitución de la reserva legal y aquellas que resultan del mandato del estatuto.

En el caso de las reservas, en la medida que éstas siempre se constituyen con un objetivo determinado, corresponderá a la junta adoptar la decisión de desafectarlas del fin específico correspondiente, de manera que los fondos puedan utilizarse para el pago de las acciones de autocartera. Ciertamente, tal desafectación no procede en el caso de la reserva legal o las reservas estatutarias, salvo que se adopte en este último caso el respectivo acuerdo de modificación de estatutos previo.

La adquisición de acciones con utilidades y reservas libres contempla, a su vez, cuatro supuestos que comentaré a continuación.

a) El primero de ellos está referido a la adquisición de acciones para amortizarlas sin reducir el capital. En este caso no hay propiamente una devolución del aporte realizado por el accionista, pues el pago no se hace con cargo a la cifra del capital, sino con los excedentes retenidos en la sociedad. Son los accionistas quienes indirectamente pagan dichas acciones. Por consiguiente, las acciones se amortizan sin reducir el capital, resultando en una apreciación del valor de las acciones remanentes y de la participación en el patrimonio de la sociedad que éstas representan. En tal sentido, como señala la norma, debe procederse en junta a disponer la amortización de las acciones adquiridas y a elevar el valor nominal de las demás acciones.

Dicha adquisición podrá, por otro lado, hacerse tanto a valor nominal como a un valor distinto, mayor o menor, al nominal.

b) Este supuesto permite la adquisición de acciones sin amortizarlas, entregando como contraprestación al accionista vendedor títulos que representan un derecho preferencial sobre las utilidades futuras de la sociedad, además de un pago en efectivo con cargo a utilidades o reservas libres. La existencia de esta suerte de contraprestación mixta es precisamente el rasgo que distingue a este supuesto de la modalidad de adquisición con cargo a títulos que otorgan derecho a ciertas utilidades de la empresa, que hemos manifestado en el título anterior. Aquí hay un pago en efectivo que se atiende con las utilidades o reservas de libre disposición, que no está presente en la otra modalidad de adquisición de acciones de autocartera.

Ciertamente, la proporción de la contraprestación que se paga en efectivo y la que se retribuye con un derecho a las utilidades distribuibles que se produzcan en el futuro, dependerá del acuerdo entre el accionista vendedor y la sociedad. Podría ser, como indica Elías Laroza(77), que el valor nominal se atiende con cargo a los beneficios libres y la prima de rescate (si cabe el término) a través de la entrega de los títulos en cuestión. Podría igualmente ser al revés, es decir, pagar el valor nominal con los títulos y la prima de rescate con utilidades o reservas libres. Podría, finalmente, establecerse otra proporción en el pago de la contraprestación al accionista vendedor.

c) La adquisición puede hacerse también para evitar un grave daño a la sociedad. En este caso, no hay necesidad de amortizar las acciones adquiridas, pero éstas solo podrán permanecer en cartera por un plazo máximo de dos años. Por ende, el monto del capital social y el número de acciones emitidas permanece sin variación, y no habrá necesidad de reducir el capital o ajustar el valor nominal de las acciones emitidas por la sociedad. Por ende, tampoco habrá necesidad de pronunciamiento de parte de la junta general de accionistas.

Esta adquisición se hace, según el supuesto, para evitar que la sociedad sufra un grave daño. Sobre este tema expondré más adelante, cuando me ocupe de las excepciones al requisito de prorrateo de la adquisición entre todos los accionistas de la empresa.

Las acciones así adquiridas pueden permanecer en la sociedad por un plazo máximo de dos años, al cabo de los cuales deberán venderse necesariamente. Es decir, la sociedad no podría, según el precepto normativo, decidir amortizar las acciones, sino que deberá transferir, obligatoriamente, la propiedad sobre las mismas a terceros, a título oneroso y mediante una venta, dentro del plazo antes indicado. No parece, sin embargo, que esta exigencia obedezca a alguna razón específica. En efecto, considerando que para su adquisición ya se han aplicado reservas o beneficios libres, es decir, la sociedad ya ha cubierto su valor de adquisición con cargo al pasivo frente a sus accionistas, las acciones adquiridas deberían poder ser amortizadas, entregadas a los accionistas como dividendo en especie, distribuidas entre los funcionarios o trabajadores de la empresa según algún plan que pudiera tener ésta, o cualquier otra forma de transferencia permitida por la ley. No veo, por consiguiente, una justificación para que la ley imponga la obligación de transferir dichas acciones bajo el título de una compraventa, exclusivamente.

Finalmente, nótese que, según el supuesto bajo comentario, la existencia de un daño grave para la sociedad faculta a ésta a adquirir el número de acciones que resulte necesario para evitar o remediar dicho daño, de manera que no será de aplicación en este caso un límite en cuanto al número de tales acciones. Claro está, sin embargo, que en ningún caso podrá tratarse del cien por ciento de las acciones de la empresa.

d) El último supuesto regulado en el artículo 104 permite a la sociedad la adquisición de acciones propias para mantenerlas en cartera, sin necesidad de amortizarlas. En este caso, será necesario que la junta de accionistas establezca en el acuerdo respectivo el plazo por el que estará vigente la autocartera, el mismo que no podrá exceder de dos años según el mandato legal.

Se trata por consiguiente de una decisión deliberada de la compañía para adquirir y mantener en su poder sus propias acciones que, a diferencia del caso comentado en el inciso c) que antecede, no guarda relación con la necesidad de responder ante un daño grave a la sociedad, sino más bien con los planes que se haya trazado la administración de la empresa. Esta decisión corresponde al directorio, que deberá someter a la junta la decisión de mantenerlas en cartera. La junta general de accionistas adoptará la decisión respectiva con los requisitos de quórum y mayoría simples a que se refieren el artículo 125 y la primera parte del artículo 127 de la LGS. En efecto, considerando que dicha decisión no importa ni tiene vinculación directa con ninguno de los supuestos en que la LGS exige quórum y mayoría calificados, bastará con que se dé cumplimiento a los requisitos simples de quórum y mayoría para adoptar el acuerdo respectivo.

Las acciones adquiridas no pueden representar más del 10% del monto del capital suscrito. La justificación de este límite, que es similar al contenido en la Ley de Sociedades Anónimas española, se encuentra señalada en el hecho de que la "excesiva permisividad en la regulación de esta figura puede provocar una desmesurada posesión de acciones propias por parte de la sociedad emisora, lo cual a la larga se estima perjudicial para los intereses legítimos en presencia" (78). Citando a Paz Ares, García-Cruces agrega sobre el particular que "el límite cuantitativo dispuesto por el legislador obedece a razones de entidad, pues "con ello... se pretende... evitar que el capital, como medida de participación de los socios, sufra alteraciones desmesuradas e impedir, de esta manera, que la empresa, quebrantando los postulados del orden económico concurrencial, pueda carecer de base propietaria." (79).

La norma no señala, sin embargo, si el criterio a utilizarse para determinar que no se exceda este límite es el del valor de adquisición de las acciones o el porcentaje que éstas representan en relación con el número total de acciones emitidas por la sociedad. En el primer caso, si las acciones se adquieren a valor nominal, el precio pagado representará un monto equivalente en el capital social; sin embargo, si tal precio es menor o mayor al nominal, podría resultar que éste represente un número de acciones mayor o menor al 10%, respectivamente. En mi opinión, lo que corresponde considerar para determinar el límite de la autocartera es el porcentaje que el número de las acciones adquiridas representa en el total de acciones suscritas.

La norma bajo comentario no hace referencia al destino que deba darse a las acciones en cartera al vencimiento del plazo de dos años u otro menor que hubiere establecido la junta de accionistas. En tal sentido, a diferencia de la restricción impuesta: por el texto comentado en el inciso c) que antecede, la sociedad podrá proceder tanto a la amortización de las acciones como a su enajenación bajo cualquiera de los títulos contemplados en la legislación.

La norma no ha regulado la consecuencia del incumplimiento de la obligación de retirar las acciones de la autocartera en el plazo máximo de dos años o de no exceder el límite de 10% del capital suscrito. Si dicho incumplimiento nace del propio acuerdo de la junta de accionistas, es claro que conforme a los artículos 38 y 150 de la LGS, tal acuerdo será nulo por contravenir el mandato expreso de la ley. Sin embargo, ello no eliminará la cuestión de hecho ya producida: la

adquisición de las acciones propias, la misma que deberá solucionarse de alguna manera.

Por otro lado, es más probable que dicho incumplimiento surja de una decisión del Directorio o, más comúnmente, de las circunstancias que afecten a la sociedad o al mercado cuando corresponde hacerse la enajenación, como sería, por ejemplo, el caso de no encontrar comprador para dichas acciones. En el primer supuesto podrá iniciarse contra los directores de la sociedad una acción de responsabilidad por los daños y perjuicios que tal decisión pueda acarrear, de acuerdo con el artículo 177 de la LGS, dado que dicho acuerdo resultaría contradictorio con el mandato expreso de la ley. En este supuesto, tal acción de responsabilidad tampoco resolverá el hecho que las acciones permanezcan en la sociedad luego del plazo de dos años o en exceso del 10%.

Una posible solución a esta situación de hecho podría darse por la vía de aplicar el criterio adoptado por la Ley de Sociedades Anónimas española, cuyos artículos 78 y 76(80) estipulan como sanción para tal incumplimiento la obligación de proceder a la inmediata amortización de las acciones propias. En nuestro caso, sin embargo, creo que no sería necesaria la reducción de capital que la mencionada ley española señala debe resultar de tal amortización, ya que los fondos usados para la adquisición de las acciones provienen de utilidades y reservas libres que no son parte del capital social. Reconozco, no obstante, que sin legislación expresa sobre la materia, la aplicación de este criterio solo podrá ser determinada por los jueces en aplicación del mandato de integración contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

Una última cuestión en relación a la enajenación de las acciones en cartera. Deben éstas ser ofrecidas preferentemente a los accionistas de la empresa, o ésta puede proceder a su enajenación directa a terceros. Discreparé en este punto con la posición de Abramovich(81) quien sostiene que resulta de aplicación a este caso el derecho de suscripción preferente que tienen los accionistas de la empresa en caso de aumento de capital, pues en el caso de dicha venta se produce un ingreso de nuevos recursos a la sociedad, equiparable a un aumento de capital por nuevos aportes en el que los accionistas deben mantener su participación en el capital.

En mi opinión, tratándose de acciones ya emitidas, estamos ante la realización de "activos" y no ante aportes frescos y, por otro lado, la venta de dichas acciones no afectará, por lo menos no indebidamente, la posición o participación accionaria que los accionistas tenían antes de la compra de la autocartera y durante la existencia de ésta. En tal sentido, los accionistas solo tendrán derecho preferente de adquisición respecto de dichas acciones si el estatuto contempla tal derecho en el caso de transferencias de acciones o se trata de una sociedad anónima cerrada; de lo contrario, la sociedad podrá transferir libremente las acciones de autocartera a un tercero. En el caso de existir tal disposición estatutaria o estar ante una sociedad anónima cerrada, el no respeto de este derecho de preferencia en la transmisión de acciones podría ocasionar que ingrese un tercero no deseado o que los accionistas mayoritarios puedan manipular la venta para acrecentar su mayoría en perjuicio de los minoritarios.

Esta opinión no obsta para sostener, como lo hace Díez-Picazo(82) que al llevarse a cabo la venta debe respetarse el principio de igualdad de trato entre los

accionistas, es decir, de no favorecer a alguno de los accionistas con dicha venta de las acciones en cartera. Sostiene dicho autor que "lo único que se exige es que si se da una oportunidad de adquirir, se les dé a todos y en las mismas condiciones". De manera que si la enajenación de las acciones no se hace a un tercero, o mediante un proceso de subasta, todos los accionistas deberán tener la oportunidad, no el derecho, a adquirir las acciones.

Hecho este análisis de las cuatro modalidades de adquisición de acciones de propia emisión que contempla la ley, procederé a continuación a comentar las demás reglas que establece el artículo 104.

5. Adquisición a prorrata entre los accionistas

Corresponde comentar el requisito de la adquisición a prorrata de acciones propias que impone el artículo 104. Como resulta evidente, este requisito está orientado a resguardar el principio de paridad de trato de los accionistas, de manera que no se favorezca a un determinado accionista frente a los demás. En virtud de este requerimiento legal, la sociedad que decide adquirir acciones de un accionista deberá extender dicha compra a los demás accionistas, proporcionalmente. Esto quiere decir que si, por ejemplo, la sociedad compra el íntegro de la tenencia accionaria de un accionista, estará en la obligación de adquirir el íntegro de las acciones de todo otro accionista que desee vender sus acciones. Como puede apreciarse, el cumplimiento de este requerimiento puede generar situaciones complejas y onerosas para la sociedad.

Este requisito restringe el margen de movimiento que tiene la administración de la empresa en lo concerniente a los negocios con acciones propias. De un lado, limita la posibilidad de entrar en acuerdos con potenciales inversionistas, que usualmente exigen una posibilidad de salida para su inversión en determinadas circunstancias y por ende restringe, por ejemplo, el uso de opciones de venta o de compra bajo determinadas circunstancias.

La norma bajo comentario ha contemplado algunos casos en los que dicho requisito puede ser obviado, a saber: (i) existencia de daño grave para la sociedad si no se adquieren determinadas acciones; (ii) adquisición gratuita, supuesto al que ya se hizo referencia anteriormente; (iii) que la compra de las acciones se haga en rueda de bolsa; (iv) que se acuerde por unanimidad en la junta de accionistas que la compra no se efectúe a prorrata; y (v) tratándose de sociedades anónimas cerradas; cuando la sociedad tenga un derecho de preferencia para adquirir las acciones que transfiera un accionista o que sean objeto de enajenación forzosa.

Si tomamos el ejemplo del caso citado al inicio de este trabajo, podremos apreciar la importancia e incidencia de este requisito y de la aplicación de algunas de las excepciones que prevé. Una empresa requería de un aumento de capital para financiar sus actividades, al que sus accionistas no desearon concurrir. La empresa encontró un inversionista estratégico dispuesto a invertir capital bajo la condición de que si no alcanzaba determinados índices económicos y financieros

en un plazo determinado, dicho inversionista tendría frente a la sociedad una opción de venta de las acciones suscritas y pagadas al mismo valor de suscripción, que era mayor al valor de cotización de las acciones de la empresa en el mercado bursátil. Considerando su necesidad de capital, la administración de la empresa celebró un contrato con el inversionista otorgándole la opción en referencia. Transcurrido el plazo pactado, la empresa no había cumplido con alcanzar los índices pactados, con lo cual el accionista estratégico ejerció su opción: Para poder cumplir con adquirir las acciones objeto de la opción, la empresa en cuestión confrontó el problema de tener que extender la posibilidad de comprar acciones a los demás accionistas de la empresa al precio pactado en el contrato que seguía siendo bastante mayor que el valor de cotización de la acción, con lo cual resultaba muy atractivo para los demás accionistas poder salir de su inversión a un valor que de otra forma no conseguirían en el mercado.

Desde la perspectiva del principio de paridad de trato, puede señalarse que todos los accionistas de esta empresa tenían derecho a recibir un precio por sus acciones igual al pactado con el inversionista estratégico. No parece que la aplicación de este principio pudiera ser cuestionada por el hecho de no haber concurrido los demás accionistas al aumento de capital con prima que originó el ingreso del inversionista estratégico como accionista de la empresa, en la medida que la norma que comentamos no tiene un carácter subjetivo sino, más bien, objetivo: la adquisición debe hacerse a prorrata entre todos los accionistas sin importar las causas de tal adquisición.

De otro lado, el tener que adquirir acciones de todos los demás accionistas suponía para la empresa el desembolso de una suma muy superior a la que hubiera tenido que pagar si adquiría únicamente las acciones del inversionista estratégico, lo que ponía en riesgo su situación económica y financiera. ¿Puede considerarse este caso como de un potencial daño para la empresa que justifique la no extensión de la adquisición de acciones a los demás accionistas? Para responder a esta inquietud será necesario definir qué se considera grave daño como causal de excepción para la no aplicación de la obligación legal que comentamos.

Una primera consideración sobre este aspecto es la de aceptar que la evaluación del daño y su gravedad corresponden únicamente a la sociedad. Ciertamente, tal apreciación no podrá ser arbitraria, debiendo más bien ser el resultado de una "estimación que, de los hechos y la situación de aquel momento, haría un objetivo y ordenado hombre de negocios", como bien señala Velasco San Pedro(83). Se impone así a la sociedad y, más concretamente, a su administración, un deber de actuación según los criterios antes citados.

En segundo lugar, el daño no debe ser "nimio (84) pero tampoco será necesario que "amenace precisamente la existencia de la sociedad (85). Por consiguiente, siguiendo la misma doctrina española(8S), existirá daño grave cuando la sociedad confronte o pueda confrontar una pérdida grave en su patrimonio si no adquiere las acciones de propia emisión. Bergamo(87) cita otros ejemplos clásicos de casos

de potencial daño grave que no necesariamente pueden ser medidos económicamente, entre ellos, la adquisición de acciones de propia emisión para evitar que sean adquiridas por la competencia o para evitar la manipulación de las acciones en el mercado bursátil con el fin de bloquear una fusión con otra sociedad.

Considero, de otro lado, que la sola potencialidad del daño y no su actual inminencia permitirán a la sociedad adquirir sus acciones sin necesidad de extender tal adquisición a los demás accionistas de la empresa. Si la sociedad tuviera que esperar a que el daño sea inminente o se haya consumado, su capacidad de evitarlo vía adquisición de las acciones probablemente se reduciría o desaparecería. Si en el ejemplo que usa Bergamo, la sociedad no pudiera reaccionar ante la sola potencialidad de que la competencia compre acciones a alguno de sus accionistas, sino que tuviera que esperar a que el accionista haya celebrado un acuerdo preliminar de venta o, lo que es peor, se haya consumado la venta, ciertamente sus posibilidades de evitar el daño grave serían muy remotas. Finalmente, cabe anotar que el daño grave debe estar referido a la sociedad, sin tener en cuenta los eventuales daños directos o indirectos que la circunstancia pudiera generar para sus accionistas o sus acreedores(88).

A la luz de estos conceptos y regresando al ejemplo discutido líneas arriba, parecería poco sensato exigir a la empresa que extienda a los demás accionistas la opción de colocar sus acciones teniendo en cuenta el significativo esfuerzo económico que ello demandaría, y que podría poner en riesgo su situación económica o, por lo menos, afectarla patrimonialmente de manera significativa. Ello sin mencionar la eventual afectación indirecta que sufrirían los accionistas que permanezcan en la sociedad en el valor de su inversión. De otro lado, existiendo la posibilidad de que todos los accionistas decidan vender sus acciones por lo atractivo del precio, podría llegarse al absurdo de tener una empresa propietaria del 100% de sus acciones, lo que desde ya debe rechazarse por imposible. A mayor abundamiento, si en consideración a la situación antes descrita se concluyera que la sociedad no puede honrar su obligación de adquisición de las acciones de propiedad del inversionista estratégico, se expondría a ésta a acciones por incumplimiento que podrían originar el pago de una indemnización por el equivalente al precio pactado para la opción, más intereses, sin recibir las acciones en cuestión, lo que, a su vez, podría originar la generación de eventos de incumplimiento en los contratos de financiamiento que pudiera tener la Empresa (como en efecto los tenía). Todas estas consideraciones me llevan a sostener que en el caso bajo comentario, la adquisición de las acciones del inversionista estratégico al amparo de la excepción que permite a la sociedad no extender dicha compra a los demás accionistas, estaría justificada por implicar un daño grave para la sociedad.

Avanzando en la materia, corresponde comentar el tercer supuesto de excepción a la regla de la prorata en la adquisición de acciones. Se trata de la adquisición a través de rueda de bolsa. La lógica para considerar esta excepción parece estar dada en el hecho de que el mecanismo centralizado de negociación que opera en

el caso de una bolsa de valores hace que la compra se realice de manera abierta y transparente mediante oferta lanzada electrónicamente en rueda por el vendedor -a través de su agente de bolsa- a los eventuales interesados, que al ser aceptada por el primero en vender, perfecciona la venta(89). De esta manera, si la sociedad decide comprar acciones, podrá lanzar su oferta en bolsa indicando cantidad y precio, la misma que podrá ser aceptada por cualquier accionista que decida vender sus acciones en tales condiciones.

En la práctica, sin embargo, los agentes de intermediación en bolsa recurren con frecuencia a lo que se denomina operaciones cruzadas, es decir ofertas de venta y de compra lanzadas por el mismo agente de manera simultánea y en términos iguales en cuanto a precio y cantidad, lo que permite que la operación se realice con casi absoluta seguridad, sin dar opción a participar en ella a potenciales terceros interesados en vender. Ciertamente, una transacción de este tipo podría ser utilizada como mecanismo para dirigir la adquisición de acciones propias que haga la sociedad a un determinado accionista con quien acuerda por adelantado llevar a cabo la transacción. Si bien es cierto desde el punto de vista formal tal utilización del mecanismo de la operación cruzada encuadra dentro de la excepción bajo comentario, pues no cabe duda de que se trata de una transacción en rueda de bolsa, considero que su utilización en operaciones de adquisición de acciones propias podría ser considerada como un fraude a la ley, pues al amparo de la formalidad de realizarse en rueda de bolsa, pero sin cumplirse los presupuestos de transparencia y oportunidad considerados como justificación de la excepción, se estaría violentando el mandato del artículo 104 de la LGS para prorratear la compra de acciones entre todos los accionistas.

En cuanto a la posibilidad de adquirir acciones de propia emisión sin extender la misma a todos los accionistas bajo la excepción que permite hacerla cuando existe un acuerdo unánime en junta de accionistas en tal sentido, corresponde comentar sobre el alcance del requisito de unanimidad que exige al efecto el artículo 104. Sobre el particular, considero que no hay claridad sobre los alcances de este extremo de la norma. Al utilizar el lenguaje "unanimidad en junta general", deja abierta la posibilidad de interpretar que bastará que la junta se pronuncie por unanimidad de sus asistentes en el sentido de relevar a la sociedad de la prorrata, para que la adquisición pueda hacerse al amparo de esta excepción. De hecho, así ha interpretado esta norma el artículo 51 del Reglamento del Registro de Sociedades(90) al establecer que tal requisito de unanimidad debe entenderse referido a la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto concurrentes a la junta general.

Nótese, por lo demás, que este lenguaje es distinto del utilizado por el legislador en el artículo 217 de la LGS que exige, respecto de la reducción de capital, que ésta alcance a todos los accionistas salvo que se decida cosa distinta por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto. Es decir, se exige en este supuesto la decisión del 100% de las acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad, sea que hubieren o no asistido a la junta.

En mi opinión, la discrepancia del lenguaje utilizado por el legislador es atribuible a un defecto de redacción o de técnica legislativa que no puede llevar a interpretar como errónea; y sin ser su competencia, ha hecho en el Reglamento del Registro de Sociedades, que basta con el acuerdo unánime de los accionistas reunidos en junta para permitir a la sociedad que adquiera sus propias acciones sin aplicar la prorrata entre todos sus accionistas. Considero al respecto que en la medida que, conforme establece el artículo 4 del propio Reglamento en cuestión, los actos vinculados a los negocios sobre acciones, incluidos los que involucren a la propia sociedad, no son inscribibles en el Registro de Sociedades, dicho Reglamento ha excedido su materia al pretender legislar sobre las transferencias de acciones. Cabe mencionar al respecto que las decisiones de junta de accionistas que corresponde calificar al Registrador Público son las relativas a la reducción de capital que, como he señalado anteriormente, es un acto posterior a la adquisición de las acciones.

Si, como identifica la doctrina y se ha indicado al inicio de este trabajo, la regulación restrictiva de la figura de la adquisición de acciones de propia emisión tiene por objeto evitar que por este medio se lleve a cabo una reducción de capital encubierta y, además, se coincide en que estas operaciones deben cautelar el principio de paridad de trato entre los accionistas en protección de las minorías, resulta inaceptable proponer que el acuerdo de los asistentes a una junta es suficiente para privar del derecho a participar en la colocación de acciones frente a la sociedad a determinados accionistas. Si se aceptara tal interpretación, se dejaría expedita la vía para permitir que solo un grupo de accionistas obtenga la devolución de sus aportes, sin que los demás hayan manifestado su consentimiento a no participar de tal devolución. Nótese que no es inusual, sobretodo en sociedades de accionariado difundido, que sean precisamente los accionistas minoritarios quienes no asisten a las juntas de accionistas.

Finalmente, la última excepción al mandato de adquisición a prorrata que estamos comentando está referida a las sociedades anónimas cerradas, según lo previsto en los artículos 238 y 239 de la LGS. En el primer caso, cuando la sociedad se reserva el derecho de aprobar las transferencias de acciones que realicen sus accionistas y tal aprobación no es otorgada, la sociedad queda obligada a adquirir las acciones materia de transferencia. Como resulta evidente, en este caso en que la ley impone una obligación de adquisición de acciones a la sociedad, es lógico que ésta quede relevada de tener que extender dicha adquisición a todos los accionistas.

En el caso del artículo 239 se presenta una situación similar, pues la sociedad tiene derecho a adquirir las acciones que hubieren sido objeto de enajenación forzosa, con el fin de evitar que las mismas puedan ser adquiridas por terceros y se desvirtúe de esa manera su condición de entidad cerrada. En tal caso, tampoco es de aplicación la obligación de adquisición a prorrata de acciones de otros accionistas, pues precisamente tal adquisición se hace para evitar un grave daño a la estructura societaria de tal entidad.

Una cuestión adicional merece ser comentada en relación con la obligación de adquirir acciones de propia emisión a prorrata entre todos los accionistas. Puede entenderse esta disposición como un derecho de la sociedad frente a sus accionistas para imponerles la obligación de vender acciones en su favor. Considero que sí, en aplicación del tantas veces citado principio de igualdad de trato entre los accionistas. De lo contrario, podría considerarse que los accionistas a quienes se releva de esta obligación estarían recibiendo trato preferencial en relación con otros accionistas a quienes se obliga a vender. Ciertamente, una situación como la planteada solo se producirá en los casos en que no exista disposición voluntaria de los accionistas a vender acciones cuando la sociedad decide rescatarlas.

Finalmente, cabe reflexionar sobre la aplicación del mandato de adquisición a prorrata en el caso de las acciones sin derecho a voto. Sobre el particular, no parece existir mayor problema en concluir que el precepto bajo comentario no excluye este tipo de acciones del derecho a ser rescatadas cuando la sociedad opta por la autocartera. Sus tenedores tienen igual derecho a redimir su inversión que los accionistas cuyas acciones gozan del derecho al voto(91).

Quizá resulte más difícil establecer si se produce la situación inversa cuando la sociedad decide adquirir solo acciones sin voto, es decir, si los accionistas con derecho a voto pueden participar del rescate en este caso. Me inclino a pensar que por tener la condición de acciones de naturaleza excepcional con un derecho implícito a percibir de manera preferente las utilidades que produce la sociedad y a obtener el reembolso preferencial de su valor nominal en caso de liquidación(92), estas acciones deberían tener también un derecho preferente a ser adquiridas por la sociedad. Tal preferencia parece contrapuesta a la paridad de trato que inspira la exigencia de aplicar la prorrata entre los accionistas en el caso de autocartera.

6. Régimen de las acciones adquiridas por la sociedad

El artículo 104 también hace referencia a las normas que regirán mientras la sociedad mantiene su autocartera. Señala al respecto que los derechos que corresponden a las acciones adquiridas por la sociedad quedan en suspenso, debiendo entenderse que tal suspensión se aplica tanto a los atributos políticos cuanto a los derechos económicos que se derivan de la condición de accionista.

Como he señalado antes, este precepto legal responde a la necesidad de evitar que a través de la adquisición de acciones propias, ciertos accionistas (usualmente mayoritarios) o los administradores de la sociedad puedan manipular de alguna manera las decisiones de la sociedad en beneficio propio. De allí que se hable de una neutralidad(93) de la autocartera y que se reconozca, como establece García-Cruces(94), la naturaleza imperativa de este precepto, de manera que las disposiciones del estatuto o del pacto social no podrían contener estipulación que contravenga este mandato legal.

En lo que a derechos políticos corresponde, la suspensión se aplica, conforme al artículo 104, para efectos del cómputo de los requisitos de quórum en las juntas de accionistas y el ejercicio del derecho de voto. Quiere esto decir que al determinarse las asistencias a juntas generales, las acciones de autocartera se excluirán del universo de acciones con derecho a concurrir a las mismas, o que en el caso de las votaciones que se realicen en el seno de la junta, las mayorías y, si fuera el caso, la unanimidad, se determinen únicamente tomando como universo las acciones que permanezcan en poder de los accionistas o de quienes representen válidamente los derechos de éstos. Esta interpretación es coincidente, de hecho, con lo previsto en el artículo 84, inciso b), de la Ley del Mercado de Valores(95). Otra interpretación posible es que se trata de un mandato para que las acciones emitidas en cartera no tengan un "efecto" ni positivo ni negativo en el cómputo de dichos quórum y mayorías, es decir, tengan un efecto neutro.

Creo que la interpretación correcta debe ser esta última pues, de lo contrario, la aludida neutralidad de las acciones propias y el propósito de mantener las cuotas de poder dentro de la sociedad y evitar la manipulación de las decisiones por las mayorías que están detrás de ella, quedarían desvirtuadas. Se produciría así una traslación o cesión del derecho de asistencia a las juntas y del derecho de voto a los demás accionistas. En efecto, si se aceptara que el universo de las acciones a computarse para determinar la existencia de quórum queda reducido en número equivalente al de las acciones de autocartera, podría darse el caso de que un accionista mayoritario que por sí mismo no podría dar quórum en una junta, resulta facultado a llevar a cabo la junta sin necesidad de la concurrencia de otros accionistas. Del mismo modo, si se considerara para efectos del voto que el 100% de las acciones está constituido por el número resultante de acciones luego de detraer las de autocartera, se presentaría el hecho ilógico de permitir que los accionistas mayoritarios puedan prescindir del concurso de las minorías en decisiones que de otro modo no hubieran podido adoptar con su sola tenencia accionaria.

En tal sentido, opino que el artículo 84, inciso b), de la Ley del Mercado de Valores habría quedado derogado en este extremo con la expedición de la LGS, cuya Disposición Final Tercera deroga las normas que se opongan a ella.

Por las mismas razones, las acciones tendrán que computarse para efectos del cómputo de los derechos que la LGS reconoce a las minorías, pues de otro modo, éstas podrían adquirir un poder que de otra manera no les estaría disponible. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de exigir que se entregue por lo menos un, 50% de las utilidades. como dividendo en efectivo, a que hace referencia el artículo 231 de la LGS. Si las acciones de autocartera no se tuvieran en cuenta en el cálculo del 20% de los accionistas, podría resultar que accionistas minoritarios que solo tienen 15% y que, en consecuencia, en circunstancias normales no podrían exigir el pago de tales dividendos, de pronto queden facultados para hacerla.

Estos ejemplos demuestran, en mi opinión, que como comenta García Cruces(96), la "realidad de las acciones propias y la privación de los derechos a ellas anudados no puede amparar la consideración de que tales acciones han de tratarse como si no existieran": Por lo demás, nótese que a diferencia de nuestra LGS, la Ley de Sociedades Anónimas española ha advertido este riesgo y ha legislado de manera expresa la materia en el artículo 79(97).

Resulta importante mencionar también en este punto y ante el silencio de nuestra LGS, la aplicación de esta misma pauta en los casos en que la sociedad haya recibido en usufructo sus propias acciones, cediéndosele como parte de ello el derecho de voto como recoge el artículo 107 de la LGS, o en cualquier otro supuesto de posesión de las propias acciones por la sociedad. Como señala García Villaverde(98) en estos casos "habría identidad de razón para suspender el ejercicio de los derechos de socios, particularmente el de voto con el supuesto de la adquisición de acciones propias".

Como resulta evidente, la inobservancia de esta condición "yacente" o "de latencia"(99), de las acciones de autocartera, es decir, la asistencia y ejercicio de voto respecto de estas acciones en alguna junta de accionistas, acarreará la nulidad absoluta de los acuerdos en ella adoptados, por contravenir el mandato legal del artículo 104. Así lo establece el artículo 38 de la LGS. Consecuencia de ello será, por lo demás, que dichos acuerdos sean impugnables de acuerdo con lo previsto en el artículo 139 y siguientes de la LGS.

En cuanto a los demás derechos políticos, la norma bajo comentario no determina si deben permanecer en igual estado latente, por lo que cabe preguntarse si es posible ejercerlos o no. La respuesta parece sencilla: quedarán igualmente en suspenso. Todos los demás derechos políticos (asistencia, información, fiscalización, preferencias, separación, impugnación de acuerdos, derechos de minoría, entre otros contenidos en la LGS) están orientados o vinculados al ejercicio del derecho de voto(100), como es el caso del derecho de asistencia a las juntas o el de preferencia para mantener el mismo porcentaje de participación en las decisiones de la sociedad. En otros casos, el ejercicio de tales derechos políticos resulta innecesario, como sucede, por ejemplo, con el derecho a obtener información en un contexto en el que la sociedad cuenta de por sí con toda la información sobre sus actividades. Finalmente, otros derechos políticos como el de fiscalización, el de impugnación de acuerdos y el de separación que, como resulta evidente, la sociedad no podría ejercer contra sí misma, muestran que su ejercicio deviene en un imposible jurídico cuando la sociedad adquiere sus propias acciones.

Pasemos a continuación a tratar las consecuencias de la autocartera en relación con los derechos económicos asociados a las acciones que forman parte de la misma. Como he sostenido antes, el mandato del artículo 104 hace referencia a la suspensión, en general, de los derechos que corresponden a las acciones así adquiridas, precepto que debe entenderse referido también a los derechos económicos. Tal suspensión tiene claramente el propósito de evitar que la

sociedad perciba los beneficios económicos que produzcan sus actividades y que de otra forma correspondería asignar a las acciones de propia emisión que haya adquirido. Como he señalado antes, la sociedad no puede ser a la vez acreedora y deudora de sí misma, menos por el mismo concepto: entrega de beneficios.

Dicha regla de suspensión no basta, sin embargo, para establecer cuál será el destino de los derechos económicos inherentes a tales acciones. Como sostiene García-Cruces citando a García Moreno, "en el ámbito de los derechos patrimoniales la solución no puede venir dada por una mera respuesta de carácter negativo, sino que, además, se precisa, en todo caso, una respuesta de carácter normativo que en términos positivos disponga cuál ha de ser el destino de los recursos económicos que no pueden ser atribuidos a la propia sociedad"(101).

Consecuencia de este laconismo de la LGS es que haya que recurrir nuevamente a la interpretación para determinar los alcances de tal suspensión en lo que a los derechos económicos de las acciones de propia emisión adquiridas por la sociedad se refiere. Elías Laroza(102) señala que tal suspensión genera que las acciones de autocartera no produzcan dividendos ni ejerciten otros derechos económicos (por ejemplo, el derecho a una cuota del haber social en caso de liquidación). Parecería colegirse de esta interpretación que, en rigor, más que de una suspensión se trate, como señala García-Cruces(103), de una extinción temporal de tales derechos, por el plazo en que las acciones permanezcan como autocartera.

Una interpretación distinta podría llevar a sostener que como quiera que la norma habla de suspensión únicamente, los derechos económicos de tales acciones no desaparecen y que, en consecuencia, las utilidades que corresponden a las acciones de propia emisión adquiridas por la empresa quedan retenidas o congeladas en una cuenta del pasivo, de manera que tan pronto dichas acciones sean transferidas a un tercero, tales utilidades serían descongeladas y entregadas a éste.

Me inclino por coincidir con la opinión de Elías Laroza, pues considero que esta interpretación es coherente con la mencionada en relación con la suspensión de los derechos políticos. Resulta evidente que la suspensión de los derechos políticos importa una extinción de los mismos mientras las acciones permanezcan en cabeza de la sociedad, de suerte tal que no pueden ser ejercitados en la junta. No existen razones para dar un trato distinto a los derechos económicos en esta materia del que se reconoce para los derechos políticos.

Consecuencia de ello es también, según mi parecer, que el destino de los beneficios económicos que la sociedad no puede percibir sea su traslado a los demás accionistas, de manera que éstos gozarán acrecentadamente los dividendos y otras distribuciones que haga la sociedad. Podría decirse en este extremo que tal interpretación no es coherente con la aplicada para los derechos políticos que, como se recordará, estableció que la suspensión de los derechos de asistencia y voto no significaba que los accionistas de la sociedad incrementasen su participación accionaria en la sociedad. Creo sin embargo que esta

discrepancia es perfectamente justificable en este caso. En efecto, tratándose de los derechos económicos resulta claro, en primer lugar, que no existe riesgo de que unos accionistas (usualmente los minoritarios) puedan sufrir un perjuicio mientras otros accionistas (los mayoritarios) se benefician de la situación. En este caso la distribución de los beneficios beneficiará a prorrata a todos los accionistas, pues al eliminarse las acciones de autocartera del cociente en la división de tales beneficios, la participación de cada accionista en el todo se incrementa proporcionalmente, con el consiguiente derecho a percibir un mayor dividendo a aquél que le hubiere correspondido en caso de no existir la autocartera.

En segundo lugar, la realidad material que suponen los beneficios que distribuye una sociedad no podría quedar sin destinatario. Téngase en cuenta que los dividendos que reparta la sociedad sea en dinero o en acciones, no podrían permanecer en la contabilidad como reservados para un posible tercero comprador a quien la sociedad transfiera las acciones en autocartera. Tal tercero no estaba en la sociedad cuando ésta hizo la distribución y, por ende, estaría ejerciendo un derecho ultra-activamente si percibiera dichos beneficios. Por lo demás, sí la sociedad optara por amortizar las acciones en autocartera, resultaría claro que el derecho a recibir los beneficios que hubieran podido corresponder a tales acciones, se trasladará a los demás accionistas. Más claro aún, si la sociedad se disuelve y liquida mientras tiene acciones de autocartera, el haber social solo podrá ser distribuido entre los accionistas que tuvieran la condición de tal es en el momento en que la situación se produzca.

Finalmente, el artículo 104 exige también que el valor de las acciones de propia emisión que hubiere adquirido la sociedad se refleje en una cuenta especial del balance. La razón de este requerimiento es, según señala Elías Laroza(104), la de permitir que tanto los accionistas como los terceros puedan informarse de la existencia de acciones de autocartera; sin tal anotación los terceros, especialmente, no podrían conocer tal situación y asumir que el monto del capital no ha sufrido variación y que los aportes representados en él respaldan sus eventuales acreencias.

"

Considero, de otro lado, que siendo un "activo" que no tiene valor en sí mismo mientras está en poder de la sociedad, es saludable que esté diferenciado de las inversiones y otros activos de propiedad de la empresa. De lo contrario, podría presentarse un incremento ficticio del patrimonio social, pues podría asumirse que se trata de activos que pueden responder de las deudas de la sociedad cuando en rigor son un activo que, como he señalado, no tiene respaldo patrimonial.

Cabe hacer referencia en este extremo al artículo 84, inciso b), de la Ley del Mercado de Valores, norma que en relación con las acciones de autocartera exige que el importe de estas acciones se refleje en una reserva hasta que sean amortizadas o enajenadas. Considerando que según dicha norma la adquisición de autocartera solo puede hacerse con cargo a utilidades y beneficios de libre disposición, resulta difícil entender este requerimiento y establecer si se trata de una mera operación contable: anotar el monto de la autocartera en el pasivo, como reserva sin ningún sustento real, o más bien, se busca que la empresa

constituya o reconstituya una reserva real con fondos de libre disposición. Si se trata del primer caso, una anotación del valor de las acciones propias como reserva supondría un pasivo para la empresa frente a alguien. Como resulta evidente, no parecería existir justificación fáctica para crear este pasivo sin que exista una aplicación concreta de fondos de libre disposición al efecto.

Si la interpretación es, por el contrario, que la sociedad deba crear o recomponer (si aplicó fondos de una reserva libre existente previamente) una reserva por el valor de las acciones de autocartera, tampoco parecería tener sentido la exigencia. En efecto, considerando que las utilidades o reservas libres se constituyen siempre con beneficios o utilidades no distribuidos(105) y que, en consecuencia, corresponden indirectamente a los accionistas, esta exigencia supondría privar a la sociedad, e indirectamente a sus accionistas, de la disposición de otros recursos libres. Debe mencionarse al respecto que si bien el citado artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas española exige la creación de una reserva indisponible cuando se adquieren acciones de propia emisión, ello solo es exigible en la medida que tal adquisición no se haga con cargo a utilidades y reservas de libre disposición. Es decir, cuando en la adquisición se utilizan recursos libres, no hay necesidad de constituir tal reserva(106). En tal sentido, si como resulta del artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores que comentamos, la adquisición debe hacerse necesariamente con cargo a recursos libres, parecería carecer de sentido que además se constituya una reserva por el mismo monto mientras se decide el destino de las acciones de autocartera.

Por estas consideraciones, soy de la opinión que este extremo del citado artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores ha quedado también derogado por la exigencia de reflejar las acciones de autocartera en una cuenta especial del balance, establecida por el artículo 104 de la LGS.

TRATADO DE DERECHO MERCANTIL
Gaceta Jurídica

..... VIENEN

V. LA AUTOCARTERA INDIRECTA

De manera novedosa, la LGS contempla en el artículo 105(107) la regulación de la llamada autocartera indirecta, esto es, la adquisición por la sociedad subsidiaria de las acciones de su matriz. Esta es una clara reacción del legislador ante la inexistencia de norma similar en la Ley Anterior y las situaciones de "fraude en la utilización de acciones propias"(108) que se produjeron durante su vigencia en algunas sociedades, cuando los mayores accionistas de una empresa que no tenían mayoría para controlarla, utilizaban este mecanismo para alcanzar tal control por la vía de ejercer el derecho de voto de las acciones adquiridas por la subsidiaria en provecho de sus intereses.

Vásquez Cueto(109) señala acertadamente "la identidad de los riesgos entre la adquisición de acciones por la sociedad emisora y la adquisición de acciones de la sociedad dominante por su sociedad dominada, ya que también en estos negocios indirectos se pone en peligro la constitución económica y corporativa de la sociedad anónima" como justificativo de la regulación de las adquisiciones indirectas de acciones de propia-emisión. Agrega que tal adquisición de acciones de la sociedad dominante por la sociedad dominada puede provocar "un desvío o vaciamiento del patrimonio social de aquella entidad, que en adelante se encontrará compuesto en parte por activos que otorgan derecho a una porción de sí misma... y genera el peligro de la manipulación en la distribución de poderes en el seno de su junta general".

Como solución para evitar este riesgo, el artículo 105 ha previsto la suspensión de los derechos de asistencia y voto en juntas a las acciones de autocartera indirecta, de manera que dichas acciones tengan el efecto neutro que he comentado anteriormente. Por las mismas razones, esta suspensión deberá entenderse aplicable a los demás derechos políticos derivados 'de la titularidad sobre acciones.

La norma, sin embargo, no hace referencia al destino de los derechos patrimoniales que corresponden a las acciones de autocartera indirecta. Este silencio es indicativo, en mi opinión, de la intención del legislador de permitir que la sociedad controlada pueda percibir los beneficios económicos que esta

. "Inversión" en valores emitidos por su matriz produzca. Lo contrario supondría una afectación de los intereses de los demás accionistas de la sociedad subsidiaria, a quienes se privaría, indirectamente, de percibir los réditos que el uso de los fondos de la misma pueda producir, trasladando éstos a los accionistas de la sociedad controladora.

El artículo 105 tampoco hace referencia a la aplicación de límites cuantitativos en la adquisición de estas acciones ni a plazos máximos para la vigencia de la tenencia de acciones de la sociedad matriz. Creo, sin embargo, que este silencio de la norma sí constituye una omisión que puede generar consecuencias adversas importantes y que, por tanto, debe ser suplido por la vía de la interpretación, aplicando los límites de tiempo y cantidad que prevé el artículo 104. En efecto, no parece aceptable que la sociedad pueda adquirir indirectamente un número de acciones mayor a aquél que le está permitido adquirir directamente. De lo contrario, como señala Elías Laroza(110), sería muy fácil para la sociedad crear subsidiarias y proveerlas de recursos a través de préstamos o aportes de capital, con el propósito de adquirir un número de acciones propias que exceda el límite del 0% que prevé el artículo 104. Lo mismo sucedería si se aceptara que la sociedad controlada puede mantener acciones en cartera por un plazo mayor a dos años.

Esta opinión, parece encontrar, por lo demás, sustento en la doctrina. Así, por ejemplo, Vásquez Cueto(") refiere que la "identidad sustancial de riesgos que estos negocios indirectos de adquisición presentan con respecto a las operaciones adquisitivas directas de las acciones propias parecen aconsejar a primera vista la asimilación, en la medida de lo posible, del régimen jurídico previsto para estas últimas a dichos negocios indirectos".

Es por esta razón, precisamente, que la legislación societaria española ha previsto en su artículo 75, de manera expresa, que las acciones que posea en conjunto la sociedad controladora y sus subsidiarias no puede rebasar el límite de 10% del capital social de la primera.

Finalmente, en cuanto a la definición de control que contiene este artículo de la LGS, resulta evidente que el legislador ha querido limitar no solo las adquisiciones que realicen las entidades en las que formalmente ejerce un control por la vía de la tenencia de un porcentaje mayoritario de acciones, sino también los supuestos de adquisiciones encubiertas a través de entidades en las que, no obstante no tener formalmente mayoría accionaria, ejerzan el control administrativo, sea a través de convenios de accionistas o por cualquier otro medio.

VI~ PRÉSTAMOS CON GARANTÍA DE ACCIONES

PROPIAS O PARA LA ADQUISICIÓN DE ÉSTAS

La última disposición de la LGS en materia de autocartera está contenida en su artículo 106. Esta norma contempla dos supuestos, a saber: (i) la empresa está impedida de otorgar préstamos o garantías para la adquisición de sus propias acciones; y (ii) la sociedad no puede otorgar préstamos o garantías cuyo incumplimiento esté respaldado con acciones de propia emisión(112). Similar disposición ya estaba recogida en el artículo 118 de la Ley Anterior.

Parece claro que el primer supuesto de esta norma está orientado a evitar que se utilice la figura del financiamiento o del otorgamiento de garantías por la sociedad para adquirir, vía interpósita persona, acciones de propia emisión o "para evitar abusos de los administradores, que, con frecuencia, se ven inclinados a facilitar a terceros de su confianza fondos de la sociedad con el fin de que adquieran las acciones necesarias, para asegurar con sus votos fieles el éxito de las deliberaciones de la junta, para alimentar especulaciones o para obtener cualquier otra finalidad"(113).

De esta forma, se restringe también la posibilidad de adquirir acciones de una empresa con crédito de terceros que es garantizado con los activos de la propia sociedad, es decir, de realizar las operaciones que los anglosajones denominan leveraged buyouts.

Por otro lado, considero que esta disposición legal debe entenderse aplicable por igual a los préstamos o garantías para la adquisición de acciones de autocartera originaria o de autocartera derivada, esto es, tanto para la suscripción de acciones de nueva emisión como para la adquisición de acciones ya emitidas. En el caso de los préstamos para la suscripción de acciones, el riesgo es probablemente mayor para la sociedad pues en realidad no recibirá ningún aporte de dinero fresco sino los propios fondos que ha habilitado vía crédito al accionista suscriptor, afectando, de esa forma, el principio de integridad del capital. Creo, por esta razón, que el artículo 106 deberá entenderse como una prohibición absoluta en este extremo, a diferencia de los préstamos para la adquisición de acciones en los que, como se verá más adelante, se trata de una restricción de carácter relativo.

En el caso del segundo supuesto contemplado en la norma bajo comentario, se busca evitar que la empresa reciba sus propias acciones en garantía. Al respecto, señala Elías Laroza(114) que el otorgamiento por la sociedad de préstamos a sus accionistas con garantía de sus propias acciones' vftle - ~~.

forma encubierta de reducir capital, con la consiguiente afectación a la integridad del capital y el incumplimiento de los requisitos legales exigidos para tal reducción. Así, si el accionista incumple, la sociedad no tiene otro recurso que hacerse pago del préstamo vía ejecución de la garantía sobre sus propias acciones, ejecución que podría resultar insuficiente si la situación de la sociedad no es percibida favorablemente(115). En pocas palabras, se trata de una garantía que no tiene valor independiente de la sociedad y que, por tanto, no asegura la recuperación del crédito otorgado.

Sin embargo, esta prohibición a la aceptación de acciones de propia emisión como garantía de préstamos otorgados por la sociedad es percibida por la doctrina más reciente como una restricción relativa y ya no absoluta(116). De hecho la propia Ley de Sociedades Anónimas española ha establecido en su artículo 80 la posibilidad de que la sociedad acepte en garantía sus propias acciones, siempre que se encuentre dentro de los límites y se cumpla con los requisitos aplicables a la adquisición de acciones.

Comparto esta posición pues me parece que no existen argumentos contundentes en el caso de la entrega en garantía de acciones de propia emisión para sostener que se ponga en riesgo la integridad del capital. Si el accionista deudor incumple, no es que la sociedad adquiera en automático la propiedad de las acciones, pues, como bien sabemos, el pacto comisario no está permitido en nuestra legislación. Tendrá que ejecutar las acciones en garantía en la forma pactada y hacerse pago con el producto de tal ejecución. De otro lado, por haber aceptado sus propias acciones en garantía, la sociedad no está menos cubierta que si acepta un bien de distinta naturaleza, pues podría ser que al ejecutar la garantía sobre éste, la sociedad quede igualmente imposibilitada de recuperar su crédito.

Finalmente, en relación con el incumplimiento de la disposición contenida en el artículo 106 Y en línea con la interpretación menos rígida de los preceptos contenidos en él a los que me he referido en el párrafo anterior, considero que tal incumplimiento no tendrá como consecuencia la invalidación del crédito o la constitución de las garantías sobre acciones de la sociedad constituidas en respaldo de éste. La solución que la norma ofrece y que coincide con lo dispuesto por el artículo 177 de la LGS es la de hacer responsables a los directores de la sociedad por los daños y perjuicios que sus decisiones en esta materia pudieran ocasionar a la empresa. De esta forma, se preserva el interés de la sociedad.

(46) Op. cit. Pág. 260.

(47) op. cit. Pág. 332. VÁSQUEZ CUETO. Op. cit. Pág. 272, señala al respecto que la suscripción de acciones conlleva una "aportación patrimonial externo".

(48) ELÍAS LAROZA. Op cit. T. 1. Pág. 140.

(49) Artículo 52.- Para que se constituya la sociedad es necesario que tenga su capital suscrito totalmente Y cada acción suscrita pagada por lo menos en una cuarta parte. Igual regla rige para los aumentos de capital que se acuerden.

(50) GARCÍA-CRUCES. Op. cil. Págs. 329.330.

(51) ídem.

(52) Artículo 104.. Adquisición por la sociedad de sus propias acciones

la sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a ley.

Cuando la adquisición de las acciones se realice por monto mayor al valor nominal, la diferencia solo podrá ser pagada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad.

La sociedad puede adquirir sus propias acciones para amortizarlas sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio títulos de participación que otorgan derecho de percibir, por el plazo que se establezca, un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad. Estos títulos son nominativos y transferibles.

La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo a beneficios y reservas libres en los casos siguientes:

1. Para amortizarlas sin reducir el capital, en cuyo caso se requiere acuerdo previo de junta general para incrementar proporcionalmente el valor nominal de las demás acciones a fin de que el capital social quede dividido entre ellas en alícuotas de igual valor;
2. Para amortizarlas sin reducir el capital conforme se indica en el inciso anterior pero entregando a cambio títulos de participación que otorgan el derecho de recibir por tiempo determinado un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad;
3. Sin necesidad de amortizarlas, cuando la adquisición se haga para evitar un daño grave, en cuyo caso deberán venderse en un plazo no mayor de dos años; y
4. Sin necesidad de amortizarlas, previo acuerdo de la junta general para mantenerlas en cartera por un periodo máximo de dos años y en monto no mayor al diez por ciento del capital suscrito.

La sociedad puede adquirir sus propias acciones a título gratuito en cuyo caso podrá o no amortizarlas. Las acciones que adquiera la sociedad a título oneroso deben estar totalmente pagadas, salvo que la adquisición sea para evitar un daño grave la adquisición se hará a prorrata entre los accionistas salvo que:

- a) se adquieran para evitar un daño grave;
- b) se adquieran a título gratuito;
- c) la adquisición se haga en rueda de bolsa;
- d) se acuerde por unanimidad en junta general otra forma de adquisición; y
- e) se trate de los casos previstos en los artículos 238 y 239.

Mientras las acciones a que se refiere este artículo se encuentren en poder de la sociedad, quedan en suspenso los derechos correspondientes a las mismas. Dichas acciones no tendrán efectos para el cómputo de quórum y mayorías y su valor debe ser reflejado en una cuenta especial del balance.

(53) BERGAMO. Op. cil. Pág. 696. se refiere a la adquisición de acciones de propia emisión como un "rescate" de acciones.

(54) Op. cil. Pág. 341.

(55) BERGAMO. Op. cil. Pág. 712, señala que "el incremento patrimonial que en este caso experimenta lejos de lesionar, directa o indirectamente, la integridad del capital, retuerza la posición de la compañía, de sus socios y de sus acreedores".

(56) Utilizamos esta denominación no para asociar dichas acciones con las que trata el artículo 98 de la LGS que hemos comentado previamente, sino para señalar que se trata de acciones no amortizadas en poder de la emisora.

(57) Op. cit. Pág. 264.

(58) Por la vía de establecer que el requisito para adquirir acciones a título oneroso es que éstas se encuentren totalmente pagadas.

(59) GARCÍA-CRUCES. Op. cit. Pág. 359. Citando a Paz Ares.

(60) DiEZ-PICAZO. Op. cit. Pág. 196. También VELASCO SAN PEDRO. Op. cit. Pág. 284.

(61) EJ artículo 216 de la LGS reconoce que la condonación de los dividendos pasivos es una forma de reducir el capital.

(62) Artículo 75.- Adquisición derivativa de acciones.

La sociedad solo podrá adquirir sus propias acciones o las emitidas por su sociedad dominante dentro de los límites y con los requisitos que se enuncian seguidamente:

1. Que la adquisición haya sido autorizada por la junta general, acuerdo que deberá establecer las modalidades de la adquisición. el número máximo de acciones a adquirir, el precio mínimo y máximo de adquisición y la duración de la autorización, que en ningún caso podrá exceder de dieciocho meses.

Cuando la adquisición tenga por objeto acciones de la sociedad dominante, la autorización deberá proceder también de la junta general de esta sociedad.

2. Que el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no exceda del 10% del capital social.

3. Que la adquisición permita a la sociedad adquirente y, en su caso, a la sociedad dominante dotar la reserva prescrita por la norma tercera del artículo 79, sin disminuir el capital ni las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

Cuando la adquisición tenga por objeto acciones de la sociedad dominante, será necesario además que ésta hubiere podido dotar dicha reserva.

4. Que las acciones adquiridas se hallen íntegramente desembolsadas.

(63) Op. cit. T. 1. Pág. 261.

(64) Salvo dentro de los seis meses de constituida la sociedad en que, por mandato del artículo 77 de la IGS, se requiere de la intervención previa de la junta de accionistas para tales adquisiciones de activos. (65) Según resulta de lo dispuesto por el artículo 171 de la misma ley. (66) GARCÍA-CRUCES señala que "no cabe negar la competencia de la administración social en la adquisición de las propias acciones, pues el acuerdo de la junta general requerido no implica una eliminación de las competencias de aquél a favor de ésta. En efecto. la competencia pertenece a los administradores y la actuación de la junta mediante la adopción del oportuno acuerdo tiene -de conformidad con su justificación- un significado de pura "autorización", en virtud de la cual el titular de la competencia -esto es, los administradores- pueden ya ejercitarla bajo un parámetro de licitud". Op. cit. Pág. 344.

(67) Diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, según el citado artículo 171 de la IGS.

(68) Op. cit. T. I. Pág. 261.

- (69) ELÍAS LAROZA define las reservas libres como "aquellas sobre las que la junta general puede decidir su distribución en cualquier momento". Op. cil. T. 1. Pág. 262. .J
- (70) GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Madrid, 1984. Pág. 455; MARTÍNEZ VAL, José María. "Derecho Mercantil". Barcelona, 1979. Pág. 168.
- (71) SÁNCHEZ, Aníbal. "La acción y los derechos del accionista". En: URÍA, Rodriga; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. "Comentaría al régimen legal de las sociedades mercantiles". T. IV. Madrid, 1994.
- (72) Cabe referir en este punto que el artículo 257.4 de la Ley de Titulas Valores (Ley 27287) hace referencia a titulas que representen alícuotas o alícuantas de cuentas a las que también se puede denominar "acciones". Si bien los títulos mencionados en el artículo 104 representan una alícuota en la cuenta de beneficios del balance de la sociedad, parecería ser, sin embargo, que esta norma de la Ley de Títulos Valores' quiso hacer referencia más bien a las acciones o participaciones en fondos mutuos, fondos de inversión o similares, antes que a acciones.
- (73) ELÍAS LAROZA. Op. cil. T. 1. Pág. 176.
- (74) Como sostiene Elías Laroza, esta operación favorece a los accionistas que permanecen en la sociedad .pues aumenta el valor de sus acciones, a cambio de /as menores utilidades que percibirán en el tuturd'. Op. cil T. I. Págs. 262 y 263.
- (75) Op. cil T. I. Pág. 262.
- (76) ídem. T. 11. Pág. 631.
- (77) Op. cil T. 1. Pág. 263.
- (78) VASQUEZ CUETO. op. dl. Pág. 329.
- (79) Op. cit. Pág. 349.
- (80) El artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas española señala que de no producirse la enajenación de las acciones de autocartera en el plazo correspondiente. debe aplicarse lo previsto en el artículo 76 de la misma ley. Según éste: "A falta de tal enajenación. deberá procederse de inmediato a la amortización de las acciones propias y la consiguiente reducción de capital. En el caso de que la sociedad omita estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial. Los administradores están obligados a solicitar la adopción judicial de estas medidas cuando el acuerdo social fuese contrario a la reducción del capital o no pudiera ser logrado.
- (81) Op. cil. Pág. 94.
- (82) Op. cil. Pág. 205.
- (83) Op. cil Pág. 275.
- (84) BERGAMO. Op. c~. Pág. 706.
- (85) VEIASCO SAN PEDRO. Op. cit. Pág. 270.
- (86) ídem. Pág. 269.
- (87) Op. ro. Pág. 70S.
- (88) VELASCO SAN PERDO. Op. dl. Pág. 268.
- (89) Para mayor detalle de estas operaciones puede consultarse el Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la Bolsa de Valores de Urna, aprobado por Resolución CONASEV N' 021-99-EFI94.1 O.

(90) Aprobado por Resolución N9 200-2001-SUNARPISN del Superintendente Nacional de los Registros Públicos.

(91) ELIAS LAROZA señala acertadamente que los titulares de acciones sin voto deben ser considerados como accionistas y no como meros tenedores de títulos con derechos patrimoniales incorporados, pues no obstante carecer del derecho a voto, gozan de determinados derechos políticos consustanciales a la condición de accionista. Op. cil. T. I. Pág. 238.

(92) Véase al respecto el artículo 97 de la LGS.

(93) VÁZQUEZ CUETO. Op. cil. Pág. 508.

(94) Op. cil. Pág. 361.

(95) Dicha norma señala que la suspensión de los derechos de las acciones de autocartera supone que éstas no se computan para establecer el quórum y las mayorías que señalan la ley y el estatuto.

(96) Op. cil. Pág. 367.

(97) Artículo 79.- Régimen de las acciones propias.- Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o de su dominante se aplicarán las siguientes normas:

1. Quedarán en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las de la sociedad dominante.

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho de asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidas proporcionalmente al resto de las acciones.

2. Las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

3. Se establecerá en el pasivo del balance de la sociedad adquirente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas.

4. El informe de gestión de la sociedad adquirente y, en su caso, el de la sociedad dominante, deberán mencionar como mínimo:

a) Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio.

b) B número y valor nominal de las acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan.

c) En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las acciones. d) El número y valor nominal del total de las acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por personas interpuestas y la fracción del capital social que representan.

(98) GARCÍA VILLAVERDE, Rafael. "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las propias acciones". En: Derecho de Sociedades Anónimas fl Capital y Acciones. Volumen 2. Madrid, 1994. Pág. 1369.

(99) VÁZQUEZ CUETO. Op. cit. Págs. 506 y 508.

(100) GARCÍA CRUCES califica dichos derechos como instrumentales del derecho de voto. Op. cil. Pág.

(101) Op.cit.

(102) Op. cit. T 1. Pág. 265.

(103) Op. cit. Pág. 363.

(104) Op. cil. T. 1. Pág. 265.

(107) Artículo 105.- Control indirecto de acciones. 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. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de tales acciones.

(108) Así las denomina ELÍAS LAROZA. Op. cil. T. 1. Pág. 266.

(109) Op. cil. Págs. 429 y ss.

(110) Op. cil. T. 1. Pág. 266.

(111) Op. cil. Pág. 447.

(112) Artículo 106.- Préstamos con garantía de las propias acciones.

En ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio.

(113) DIEZ- PICAZO. Op. cil. Pág. 209.

(114) Op. cit T. 1. Pág. 269.

(115) VÁSQUEZ CUETO. Op. cil. Pág. 465.

(116) Al respecto pueden consultarse los trabajos de GARCIA VILLAVARDE Op. cit. Pág. 1375 Y SS.; VÁSQUEZ CUETO. Op. cit Págs. 460 Y SS.; VELASCO SAN PEDRO. Op. cit Págs. 337 y ss., DIEZ-PICAZO. Op. cit Págs. 206 y SS., entre otros autores.

EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Es necesario mencionar, solo como breve referencia, el concepto del "capital social", sus alcances económicos y jurídicos y, dentro de éstos, su doble función organizativa y de garantía que, tradicionalmente, le ha sido asignada por la doctrina. Para Marcos Sacristán:

"...el capital sigue siendo una realidad primaria y sustancialmente jurídica, una cifra estatutariamente determinada con carácter jurídico y vocación de permanencia, a la que corresponden sobre todo funciones, como la del cálculo de la participación del socio en el patrimonio y la actividad sociales y, sobre todo, la garantía de los acreedores, en cuanto opera como cifra de retención de valores en el activo (39).

Esta referencia jurídica es compatible, complementaria, con la económica. El aumento de capital es básicamente una operación de naturaleza económica dirigida a proporcionar nuevos recursos de ese carácter a la sociedad o de hacer indisponibles aquellos recursos del patrimonio neto con los que cuenta. Sin ser excluyente de lo anterior, en nuestro sistema, a diferencia del anglosajón, el capital sigue cumpliendo las funciones jurídicas mencionadas, de manera que la operación de aumento debe complementarse con estrictos requisitos legal o estatutariamente establecidos, de modo que la indicada "vocación de permanencia" no hace al capital una cifra inmodificable pues, ante la necesidad de contar con nuevos recursos para el normal desarrollo de sus actividades y el cumplimiento del objeto social, la sociedad aprueba y ejecuta la operación de aumento de capital.

La sociedad anónima, y en general todas las formas societarias, son instrumentos de un concepto precedente, la empresa, y ésta puede tener que enfrentar situaciones económicas en las que el capital en un momento determinado resulta ser insuficiente o excesivo para los fines sociales, de lo que se deriva la necesidad o conveniencia de aumentarlo o disminuirlo. Hay entonces una conjugación de las razones jurídicas y económicas que aconsejan un aumento o la eventual reducción del capital, para que éste continúe cumpliendo las funciones jurídicas que se le asignan y reconocen de una parte y las razones económicas que aconsejan, de otra, su aumento o reducción si fuere el caso.

En este contexto tiene que afirmarse que la operación de aumento capital no es un acto único que comienza y termina con el acuerdo adoptado por la Junta. Es correcto afirmar que el acuerdo de la Junta constituye requisito sustancial Y presupuesto necesario para su validez, pero ni la realización de la Junta ni el respectivo acuerdo agotan el contenido de la figura del aumento de capital. La operación no puede desligarse de todos aquellos actos previos y posteriores que

coadyuvan a lograr el referido acuerdo o lo ejecutan. El aumento es, en realidad, el resultado de una operación continuada, de un proceso que tiene aspectos económicos y jurídicos, que se inicia con la consideración de la necesidad de la sociedad de contar con un mayor capital y culmina con la emisión y entrega de las acciones que lo representan a los accionistas.

En este sentido, en las líneas siguientes se trata de desarrollar los aspectos más significativos de las distintas fases de la operación de aumento del capital social de las sociedades anónimas, esto es, la etapa previa al aumento, la segunda que corresponde a la formalidad inexcusable del acuerdo mismo de aumentar el capital y modificar el estatuto y, finalmente, la relativa a la ejecución del acuerdo.

II. LA ETAPA PREVIA

La sociedad puede encontrarse frente a la necesidad de contar con nuevos recursos económicos para afrontar tareas tales como desarrollar nuevas líneas de producción o servicios, renovación tecnológica, reducción de pasivos, robustecimiento de su imagen económica frente a los terceros (40). Para cubrir tales necesidades, la sociedad recurre a las fuentes tradicionales de financiamiento: los terceros o los propios accionistas (41).

El financiamiento por terceros conlleva la obligación de la sociedad de retribuir el capital prestado pagando los intereses de la deuda, aun cuando la sociedad tenga pérdidas; de devolver el capital prestado en la oportunidad pactada, de otorgar garantías por la propia sociedad o sus accionistas o, eventualmente, terceros, así como de sujetar su actuar a los términos del respectivo contrato de financiamiento (42).

En cambio, cuando los recursos son provistos por los accionistas, a título de aporte, no se generan dichos efectos. La sociedad no está obligada al pago de intereses, no obstante que el capital aportado se retribuye con los repartos de utilidades, cuando éstos se deciden por la junta; la devolución parcial o total del capital aportado a los accionistas siempre queda subordinada a la atención de las deudas con terceros. Finalmente, no hay que otorgar garantías para la devolución de los aportes, ni se subordinan los órganos sociales a otro interés que no sea el de la propia sociedad.

1. La propuesta de aumento de capital

Una vez que se ha identificado la necesidad de la sociedad de contar con nuevos recursos y la conveniencia de recurrir a los accionistas (43) como fuente de financiamiento adecuada para la cobertura de tal necesidad, debe comenzar el proceso u operación de aumento de capital, con la propuesta de aumento de capital que, en última instancia, se someterá a la junta.

Ahora bien, habitualmente la propuesta proviene del órgano administrador, la gerencia y el directorio, o únicamente por la gerencia cuando se trata de sociedades anónimas cerradas que carecen de directorio. No puede descartarse, sin embargo, que la propuesta de aumento de capital tenga su origen en los propios accionistas o que ella constituya el cumplimiento y la ejecución de acuerdos, convenios o contratos celebrados entre los accionistas o entre la sociedad y terceros.

Si se trata del primer supuesto, debe tenerse en cuenta que la propuesta de aumento que prepare y presente la gerencia debe estar económicamente sustentada y enmarcada en el deber de actuación del gerente con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal. A su vez, para que el directorio adopte la decisión que corresponda, debe tenerse en cuenta también el derecho de información que corresponde a todos los directores de sociedad conforme al artículo 173.

A este respecto, lo importante es señalar que, cualquiera sea el origen de la propuesta de aumento de capital, ella debe ser conocida en toda su extensión por todos los accionistas antes de la junta o durante la realización de la misma, para que ellos puedan intervenir en ella con conocimiento de causa emitir el voto responsable que se les exige. El derecho de información, accionista alcanza su máximo significado cuando se trata de una junta, sea antes de su celebración o durante la misma. No es posible exigir al accionista un voto razonado y razonable cuando no se le proporciona la información necesaria para ello.

En general y en cuanto se refiere al aumento de capital, el derecho se genera desde el día mismo en que se publica la convocatoria a la junta. El artículo 130 señala que desde tal oportunidad, "los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad".

En este sentido se debe poner a disposición de los accionistas toda la información relativa al aumento de capital que se propone: las razones de cualquier orden que justifican el aumento, el monto del mismo, la modalidad del aumento, la forma en que se representará el aumento, esto es mediante la emisión de nuevas acciones o el aumento del valor nominal de las existentes, la forma de ejercicio del derecho de suscripción preferente, las razones que, en su caso, justifican la exclusión de ese derecho, el monto a pagarse por las acciones, etc.

Obsérvese que el artículo citado no señala precisamente a la sociedad como la directamente obligada a proporcionar la información consistente en los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta. Se limita a señalar que "deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad". Entonces, cabe considerar que si el proponente del aumento es el órgano administrador de la sociedad, es la sociedad la directamente obligada a cumplir con la obligación de informar, desde que aquél representa a ésta. El

directorio asumirá entonces la responsabilidad que le compete por la veracidad y exactitud de tal información, conforme a lo dispuesto por el artículo 175(44).

En cambio, cuando la propuesta proviene de los propios accionistas, son éstos quienes deben sustentarla debidamente y en toda su amplitud, poniendo a disposición de la sociedad los referidos documentos, mociones y proyectos para que ésta, a su vez, los ponga a disposición de los accionistas. Un supuesto de lo anterior se presenta cuando la junta es convocada por el directorio o por decisión judicial o arbitral, en atención al pedido de accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. En este caso, la sociedad no asume otra obligación que la de proporcionar la información que le hubiera sido entregada por los accionistas solicitantes, limitándose a prestar las facilidades del caso para que, en sus oficinas y en el horario de trabajo, sea entregada a los accionistas que la soliciten. En este caso, la responsabilidad por la veracidad y exactitud de la información contenida en la propuesta corresponde a sus autores y no a la sociedad.

2. La obligación del directorio de formular la propuesta

La LGS, como cuestión general, no ha establecido puntualmente tal obligación, pues asume razonablemente que si el directorio ha convocado a la junta es porque ha determinado la necesidad del aumento, de modo que las razones que lo justifican deben ser sometidas al conocimiento, consideración y decisión de la junta y, desde la convocatoria, al conocimiento y consideración de los accionistas, en respeto del correspondiente derecho de información. No obstante, la falta de una obligación legalmente impuesta no es suficiente para que el directorio considere que no está obligado a formular y sustentar la propuesta de aumento, menos aún si se trata de una operación que, sin duda, tiene efectos importantes en la vida de la sociedad.

Existen otros supuestos especiales en los que la LGS exige o impone, expresa o tácitamente, el pronunciamiento del directorio de manera ante lada a la junta, el mismo que debe incluirse entre los "documentos, mociones y proyectos" a que se refiere el artículo 130:

- En el aumento de capital por oferta a terceros, previsto en el artículo 212. Como es evidente, del texto de esa norma resulta que los aspectos que deben quedar contenidos en el programa de aumento de capital son, muchos de ellos, de naturaleza técnica que deben ser considerados y presentados por el directorio a la junta. Entonces, el proyecto del programa debe ser previamente aprobado por el directorio y puesto a disposición de los accionistas desde el día de la publicación de la convocatoria a la junta.

- En el aumento de capital mediante aportes no dinerarios, el directorio debe contar con el informe de valorización exigido por el artículo 27(45). Si no se ha obtenido tal informe, el directorio no podrá determinar ni proponer a la junta el

monto del aumento mediante aportes no dinerarios ni, por tanto, el monto del aumento en dinerario que corresponderá a los demás accionistas, para mantener su prorrata de participación, como establece el artículo 213. Todo ello exige que el directorio conozca previamente el citado informe, lo haga suyo y lo ponga a disposición de los accionistas, desde el día de la convocatoria a la junta."

. En la misma situación se encuentra el aumento de capital por capitalización de créditos frente a la sociedad, regulado por el artículo 214, este caso, la norma es aún más específica, pues exige el "informe directorio "que sustente la conveniencia de recibir tales aportes".

. En caso que el directorio proponga aumentar capital excluyendo el derecho de suscripción preferente (46), es evidente que el directorio debe incluir en tal propuesta las razones que sustentan la conveniencia de la exclusión, la que debe ser puesta a disposición de los accionistas.

3. La propuesta del directorio como límite a la capacidad de la junta

Se trata en este punto de determinar si la propuesta del directorio limita la decisión de la junta sobre el aumento de capital. Más puntualmente, si la junta puede exceder o limitar o, de cualquier manera, modificar la propuesta formulada por el directorio.

La LGS no contiene disposición alguna al respecto, de manera que, en una primera aproximación al tema, cabría señalar que el carácter de órgano supremo de la sociedad, conferiría a la junta la capacidad suficiente para superar, limitar o modificar la propuesta del directorio.

No obstante, también tiene que considerarse que, sustentado en el derecho de información que le reconoce la LGS, el accionista tiene el derecho a conocer todos los términos, requisitos y condiciones que contiene la propuesta del directorio. Es sobre la base de ese conocimiento que el accionista decidirá sobre su asistencia a la junta y el sentido de su voto. Y a tal conocimiento se llega no solo a través del contenido del aviso de convocatoria, que debe cumplir con los criterios de claridad y precisión exigidos por el artículo 198, sino además con los documentos, mociones y proyectos relacionados con los temas de la agenda que deben ser puestos a su disposición. En este sentido, tendría que llegarse a la conclusión opuesta y también absoluta: la propuesta del directorio no puede ser modificada, superada o limitada por el acuerdo de la junta.

Entre ambos extremos se sitúa un espacio intermedio que, para determinar si la propuesta del directorio puede ser o no modificada por la junta, conlleva la necesidad de analizar separadamente los acuerdos que modifican sustancialmente los temas de agenda, de aquellos que lo hacen solo en aspectos formales o no sustanciales de la propuesta de aumento de capital formulada por el directorio.

De una parte, no parece ser lícito ni admisible legalmente que, prescindiendo de la propuesta del directorio, la junta la modifique sustancialmente. Es el caso, por ejemplo, de que la junta sea convocada para pronunciarse sobre el aumento mediante la capitalización de utilidades y, no obstante, conjunta o alternativamente decida aumentarlo por nuevos aportes dinerarios. Dicha decisión solo podrá admitirse si ha sido prevista expresamente en el aviso de convocatoria y siempre que se haya proporcionado, o puesto a disposición de los accionistas, la información puntual respecto de la aprobación conjunta o complementaria de ambas modalidades de aumento. Similar situación se produce cuando se propone que el aumento de capital por capitalización de beneficios quede representado mediante la emisión de nuevas acciones y, en cambio, se decide que lo sea mediante el aumento del valor nominal de las acciones, cuando ello implica exigir a los accionistas "nuevas obligaciones económicas", consistente en efectuar nuevos aportes al capital, posibilidad expresamente rechazada por el artículo 199, salvo el consentimiento expreso del afectado. En otro supuesto, la propuesta de aumento presentada por el directorio de una sociedad anónima abierta que no contempla la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, limita la capacidad de la junta de aprobar el aumento suprimiendo ese derecho, salvo acuerdo unánime, supuesto virtualmente inalcanzable tratándose de una sociedad anónima abierta.

Dejando a salvo, naturalmente, el caso de la junta universal de accionistas, puede afirmarse que, en consonancia con el criterio recogido en el artículo 116, último párrafo, de proscribir los temas señalados genéricamente en la convocatoria, no basta que se señale que la junta se pronunciará sobre un "aumento de capital". Por el contrario, cumpliendo los criterios de claridad y precisión exigidos por el artículo 198, la referencia a la operación de aumento en la convocatoria, debe incluir la respectiva modalidad y, en todo caso, permitir que el acuerdo modificadorio, según Garrigues, "quepa sustancialmente en los términos de la convocatoria", como se ha citado anteriormente (47).

En el mismo espacio intermedio se sitúan las modificaciones no sustanciales o las meramente formales de la propuesta formulada por el directorio, a las que también es aplicable el criterio indicado en el párrafo anterior. Dentro de límites razonables, la junta puede modificar el quantum del aumento, sea aumentándolo o disminuyéndolo, puede modificar el número y extensión de las ruedas de suscripción de las nuevas acciones, el importe de la prima suplementaria de capital si lo hubiere, los plazos para la suscripción y pago de las nuevas acciones y similares. Debe admitirse que la opinión anterior tiene una fuerte sustentación subjetiva, pero consideramos que no es posible sostener en cambio, que la junta queda absolutamente limitada por la propuesta de aumento del directorio, desde que se debilitaría en grado extremo la capacidad soberana de la junta, sus facultades deliberantes y decisorias y se la convertiría; en un mero cajón de resonancia de las propuestas del directorio sobre el aumento de capital o sobre otros temas igualmente importantes para la sociedad.

4. La convocatoria a la junta

La convocatoria a la junta no se agota con el contenido del aviso que se publica en los diarios, como generalmente se entiende. La publicación es solo una parte de un régimen legal previsto por la LGS, en cautela de los derechos de los accionistas y de la propia sociedad. Es en suma un régimen legal de garantía. Por ello, el cumplimiento de los requisitos contenidos en ese régimen determina que la junta quede calificada como "debidamente convocada (48) y permitirá que adopte acuerdos válidos si ha sido instalada con el quórum correspondiente y han contado con la mayoría suficiente.

La debida convocatoria a la junta es, a su vez, la culminación de un proceso que se inicia con la también debida convocatoria a la respectiva sesión de directorio que analizará las necesidades de la sociedad, definirá si fuere el caso la necesidad o conveniencia del aumento y acordará la convocatoria a la junta. Tanto el acto mismo de la convocatoria al directorio como los acuerdos que adopte, están regulados por normas legales o estatutarias estrictas que validan la convocatoria a la junta. De esta manera, la inválida convocatoria a la sesión del directorio, la insuficiencia del quórum y de la mayoría respectiva, determinan la invalidez del acuerdo de convocar a la junta, de su instalación y de los acuerdos que ella pudiera adoptar.

Tales exigencias obedecen a la necesidad de tutelar los intereses de la sociedad como la primera interesada en el correcto funcionamiento de su principal órgano administrador y, precisamente en defensa de ese interés, la LGS impone a sus integrantes la exigencia de actuar "con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal"(49). El cuidado de los intereses de los accionistas no es ajeno a ese sentido. Los directores deben cautelar los Intereses de la sociedad, en primer lugar, y con ello de manera indirecta cautelan los de todos los accionistas así como de los terceros que se relacionan con la sociedad, sin distinción.

En ese contexto, que por cierto no se agota en lo antes señalado, debe situarse la convocatoria a la junta por el directorio de la sociedad, para que aquélla se pronuncie sobre el aumento de capital. A las formalidades de la debida convocatoria al directorio, de su adecuada instalación y adopción de acuerdos válidos se agrega la debida consideración y análisis, desde una óptica puramente económica, del aumento de capital que sería propuesto a la junta, consideración y análisis para los cuales los directores deben, repetimos, actuar con la diligencia del ordenado comerciante y del representante leal.

No es objeto de este artículo desarrollar los aspectos que, a su vez, tiene que considerar el directorio, pero sí en cambio señalar que del análisis que haga deben resultar los elementos básicos del aumento que propondrá a la junta. En este sentido, la propuesta del directorio debe contener el monto en que se aumentaría el capital, la modalidad del aumento, la forma en que quedaría representado, la clase o clases de acciones que se emitirían y, en su caso, las preferencias que les pudieran corresponder, el régimen de las ruedas de suscripción si fuere el caso. En general, la propuesta debe incluir todo aquello que resulte ser de importancia material para el aumento, considerando I además todo

aquello que pueda servir para la debida consideración de la operación por la junta en general y por los accionistas en particular.

Una vez definidos esos aspectos, el directorio debe proceder a acordar la convocatoria a la junta, tema al que nos hemos referido anteriormente, debiendo reiterar y resaltar solo el sentido del inciso 1 del artículo 198 en cuanto exige que la convocatoria cumpla con los requisitos de "claridad y precisión", en cautela del derecho de información del accionista.

III. LA ETAPA DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS

El aumento de capital es uno de los asuntos para los cuales la LGS exige, de una parte, la intervención de la junta y, de la otra, que ella cuente con quórum calificado y que el acuerdo se adopte con la mayoría calificada que ella o el estatuto establezcan.

1. La junta como órgano competente para acordar el aumento

La circunstancia de que el artículo 201 señale inequívocamente a la junta como el órgano competente para decidirlo, nos releva de mayores comentarios. Si el capital es una de las menciones necesarias en el estatuto, es evidente que la modificación de su cuantía resulta ser de su competencia. Es también evidente que, económica y jurídicamente, el aumento de capital tiene efectos directos en la sociedad misma. Pero también los tiene en los accionistas, pues. la operación puede alterar la estructura accionaria y, con ello, la importancia" específica, en términos económicos y/o políticos, de cada accionista individualmente considerado, al interior de la sociedad. Es entonces a los accionistas reunidos en junta debidamente convocada, a quienes corresponde la competencia necesaria para tomar la decisión de aumentar el capital.

2. El órgano administrador como órgano competente para acordar el aumento del capital

El artículo 206 amplía los alcances del dispositivo que contenía el artículo 219 de la LGS anterior e incorpora en nuestra legislación las dos modalidades de competencia delegada que reconoce la doctrina: la delegación para integrar y la delegación para acordar el aumento de capital(50). Ambas constituyen excepciones a la regla general conforme a la cual la junta es el órgano competente para decidir el aumento, facultad que delega en el directorio (51), previo acuerdo expreso.

La delegación para integrar no estaba prevista en el artículo 219 de la anterior LGS. Ahora está consignada en el inciso 1 del artículo 206 y, en virtud de esta facultad delegada, el directorio puede "señalar la oportunidad en que se debe realizar un aumento de capital acordado por la junta general. El acuerdo debe

establecer los términos y condiciones del aumento que pueden ser determinados por el directorio". Como señala Rojo:

"Al ejercer esta facultad delegada, el órgano de administración integra un previo acuerdo incompleto de la junta general (52).

Queda claro entonces, que los órganos competentes del aumento intervienen en dos momentos y adoptan acuerdos que se complementan entre sí. En el primero la junta acuerda el aumento y delega la facultad respectiva en el directorio y, en el segundo, el directorio integra o completa el acuerdo de la junta, decidiendo aquellos aspectos sobre los cuales no se ha pronunciado la junta.

En cuanto a lo primero, la norma exige que la junta haya "acordado un aumento de capital" que deberá haberse adoptado con los requisitos formales establecidos por los artículos 198 y 201. Idénticos requisitos deben cumplir tanto el acuerdo de delegación en el directorio como el relativo a "los términos y condiciones del aumento que pueden ser determinados por el directorio": Si bien la norma se refiere al acuerdo de la junta, no parece haber duda alguna sobre la validez de la delegación para integrar contenida en el pacto social o en el estatuto. No surge duda tampoco respecto del contenido del acuerdo mismo de delegación: una vez decidido el aumento por la junta, se acuerda la delegación, con los correspondientes requisitos.

Debemos detenemos en los "términos y condiciones": para señalar como primera cuestión que el acuerdo de la junta puede limitarse a señalarlos genéricamente o bien tomar acuerdo sobre uno o más aspectos específicos del aumento. No obstante puede tenerse en cuenta, a este respecto, la siguiente opinión de Enrique Elías:

"No hay precisión ni limitación alguna sobre 'términos y condiciones: por lo que podríamos concluir que la ley deja enteramente al criterio de la junta, con la más amplia libertad, la decisión de lo que puede delegar.

Sin embargo, en nuestra opinión tal delegación no puede tener una amplitud semejante. La primera parte del inciso hace referencia a 'un aumento de capital acordado por la junta general'. No podemos concebir un acuerdo de 'aumentar el capital' cuyo contenido sea eso y nada más. Por lo menos, la junta debe acordar el monto del aumento, al menos entre rangos máximos y mínimos, y las acciones que se acuerda crear para el efecto, lo que es facultad privativa de la junta según el artículo 83. La delegación al directorio puede extenderse válidamente a los demás 'términos y condiciones': el momento de iniciar el proceso, los plazos para la colocación y para la suscripción y pago de las acciones, el monto a pagar por cada acción, la forma de los aportes, el monto definitivo si se acordó una cifra entre un mínimo y un máximo y el otorgamiento de la escritura pública de aumento de capital y modificación de la cifra del mismo en el estatuto. Todo ello debe figurar en forma expresa en el acuerdo por el que la junta resuelve la delegación "(53).

De otro lado, desde que el inciso 1 que se comenta no distingue entre las modalidades del aumento, la junta puede decidir delegar en el directorio la facultad de aumento a través de cualquiera de las modalidades admitidas por la LGS, siempre que así se señale expresamente. En este contexto, la delegación puede darse para que el aumento se haga mediante aportaciones dinerarias, no dinerarias, capitalización de créditos contra la sociedad, incluyendo la capitalización de obligaciones, de utilidades, reservas, beneficios, etc. No ofrece problema una delegación que se haga para que el directorio acuerde, por delegación, aumentar el capital mediante aportes dinerarios o por la capitalización de las partidas del patrimonio neto señaladas anteriormente.

El análisis debe centrarse, en cambio, en la capitalización de créditos contra la sociedad y en el aumento por aportes no dinerarios. Como se sabe, el artículo 214 exige que para la capitalización de créditos se cuente con "un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes". Frente a tal exigencia cabe preguntarse si es posible que el directorio decida dicha conveniencia, emita el informe que le respecta y, a la vez, acuerde el aumento. Una primera respuesta tendría que darse en sentido negativo. Sin embargo, el tema parece ser más de oportunidades que de principios. Si la junta toma la decisión de delegar conociendo el informe del directorio nada podrá objetarse, pues se habrá cumplido con la exigencia legal. No es extraño o este supuesto si se considera que la capitalización de créditos es el resultado de negociaciones entre la sociedad y los acreedores, las que pueden no estar culminadas al momento de celebración de la junta, siendo entonces necesario que la junta delegue la facultad, partiendo del informe del directorio que sustenta la conveniencia de la capitalización.

Un supuesto distinto es el de la realización de la junta sin contar con el informe del directorio "que sustente la conveniencia de recibir tales aportes". En este caso, debe señalarse la capacidad soberana de la junta para aceptar o no esta clase de aportes, de manera que no deberían producirse cuestionamientos a un acuerdo de tal naturaleza que, en su ejecución, deberá respetar y cumplir con todas las exigencias legalmente impuestas, entre ellas el derecho de suscripción preferente que corresponde a los accionistas de la sociedad. Debe recordarse, además, que cuando los directores emiten el referido informe, asumen la responsabilidad que establece la LGS, en los supuestos de dolo, abuso de facultades o negligencia grave, responsabilidad que es personal, solidaria e ilimitada, lo que, sin duda, será un elemento en contra de una decisión apresurada o sin sustento por el directorio. Sobre este mismo punto habrá que tener en cuenta siempre el derecho de impugnación de los acuerdos y, finalmente, la posibilidad de la ratificación posterior del acuerdo del directorio por la propia junta.

Respecto de los aportes no dinerarios, pueden darse similares argumentos a favor de la delegación en el directorio, agregándose las cautelas que establece la LGS respecto de ellos. Si bien el artículo 27 no exige que el informe de valuación de esos aportes sea hecho por el directorio, el artículo 76 impone a este órgano la obligación de revisar la valuación asignada a tales aportes y a proceder con la

reducción del capital cuando el aportante opte por su separación de la sociedad o por la anulación de las acciones equivalente a la diferencia igual o superior al 20% del valor asignado o, alternativamente, a recibir el pago en dinero de la diferencia. En cuanto a la delegación para acordar el aumento, Manuel de la Cámara nos recuerda lo siguiente respecto de las denominadas "acciones en cartera":

"Tales acciones se caracterizaban por no estar suscritas ni desembolsadas, lo que significaba que el sistema legal entonces vigente... no consideraba requisito necesario el de la íntegra suscripción del capital social. En consecuencia, el capital escrito no estaba representado por dos clases de acciones, las que habían sido suscritas y desembolsadas al menos en parte, y las que no lo habían sido, es decir, las acciones en cartera. La cifra total del capital social, incluido el representado por las acciones en cartera, se llevaba al pasivo del balance y como contrapartida las propias acciones se incluían en el activo...

El legislador de 1951 reaccionó contra esta praxis que reputó viciosa... (si bien) el sistema de las acciones en cartera permite a los administradores una gran libertad de movimiento para atraer nuevos recursos... esas ventajas eran menores que los inconvenientes de semejantes prácticas... (adoptadas) para dar mayor sensación de poderío económico... Por ello ha parecido prudente la supresión de las acciones en cartera, compensando su desaparición con la implantación del llamado 'capital autorizado' que cumple análogos fines..."(54).

Para completar las medidas de protección contra las acciones en cartera, el último párrafo del artículo que comentamos dispone claramente que "la delegación materia de este artículo no puede figurar en forma alguna en el balance mientras el directorio no acuerde el aumento y éste se realice": Esta disposición similar a la contenida en el artículo 98 que, en nuestra normativa, admite la figura de las acciones en cartera, señalando que "las acciones en cartera, en tanto no sean emitidas, no pueden llevarse a la cuenta capital del balance... los derechos inherentes a las acciones en cartera solo se generan cuando se emiten... ": La consideración conjunta de estas disposiciones permite afirmar que el tratamiento legislativo nacional vigente a las acciones en cartera, las hace sustancialmente diferentes a las acciones en cartera cuyo uso "vicioso", en palabras de de la Cámara, originaron su proscripción y sustitución por el "capital autorizado" de que se trata en estas líneas.

Pasando a otro tema y para terminar con el aspecto relativo a la delegación en el directorio de la facultad de aumentar el capital, el contraste entre el artículo 219 de la anterior LGS y el inciso 2 del vigente artículo 206(55), señala las siguientes importantes diferencias:

Mientras que el artículo 219 no hacía referencia alguna a la modalidad del aumento de capital, la norma vigente precisa que la delegación solo puede hacerse para aumentar el capital mediante aportes dinerarios o por capitalización de créditos contra la sociedad.

Según la normativa anterior, "las acciones representativas de este aumento solo podrán ser ordinarias", exigencia que desaparece en la disposición ahora vigente, de manera que, a falta de limitación expresa en el acuerdo de la junta, el directorio tiene facultad para decidir que el aumento quede representado en acciones ordinarias o preferentes(56).

Si bien se mantiene en 5 años el límite temporal para el uso de la facultad delegada, se varía el límite cuantitativo. En efecto, en la norma anterior, "estos aumentos no podrán ser superiores a la mitad del capital social vigente en la fecha en que el directorio haga uso de la mencionada facultad". Ahora, la norma dispone que "la autorización no podrá exceder del monto del capital social pagado vigente en la oportunidad en que se haya acordado la delegación". Nótese que si bien la autorización supera el límite del 50% del capital de la ley anterior, el que se eleva hasta el total del capital, se impone que la limitación se compute sobre el capital social pagado y que éste sea el vigente en la oportunidad en que se haya acordado la delegación) no (según la ley anterior) el capital vigente en la fecha en que el directorio haga uso de la mencionada facultad.

La LGS vigente llenó un vacío formal de la anterior. Ésta nada señalaba sobre el procedimiento a seguir para el aumento, vacío que se llena en la norma actual, en que se incluye esa posibilidad entre las facultades delegadas, admitiendo que se aplique "el procedimiento que el directorio decida". La alusión está directamente referida a todas aquellas normas de carácter operativo relativas al ejercicio del derecho de suscripción preferente, que se analizarán más adelante.

3. El requisito previo para el aumento de capital

La LGS limita la capacidad de la junta para aumentar el capital exigiendo que las acciones previamente emitidas estén totalmente pagadas⁵⁷. Las razones de la exigencia se encuentran ampliamente desarrolladas en la doctrina y se centran en aspectos económicos y jurídicos. Desde la óptica económica, no parece tener sustento que, frente a la carencia de recursos económicos, la sociedad decida aumentar el capital, cuando dicha carencia puede ser suplida con los recursos que obtenga por el pago de los dividendos pasivos a cargo de los accionistas.

Jurídicamente, dado que el aumento de capital puede entrañar el ingreso de nuevos accionistas que alterarán la estructura de poder económico y político al interior de la sociedad, es necesario preservar el derecho de los accionistas a mantener su prorrata de participación, siendo entonces necesario que, antes de acudir a terceros, exija el pago de los dividendos pasivos correspondientes. Aun sin que el aumento importe o posibilite el ingreso de terceros no accionistas, puede generarse la modificación de la estructura accionaria, pues los accionistas que participen, tomarán las acciones que los demás no puedan o quieran suscribir. El artículo 204 se inclina por esta posición y exige que antes de acudir al aumento para agenciarse de nuevos recursos, la sociedad exija a quienes tienen dividendos

pasivos a su cargo, el desembolso correspondiente y cubran la necesidad económica de la sociedad. Con ello se logra, además, mantener la estructura accionaria de poder al interior de la sociedad.

Ahora bien, si se contrasta el artículo 204 con el artículo 213 de la anterior LGS(58), se pueden efectuar varios comentarios:

La amplitud de la norma anterior lo hacía exigible a todo y cualquier aumento, sea cual hubiere sido su modalidad. La norma actual solo lo exige en los casos de aumento de capital por nuevos aportes o por capitalización de créditos frente a la sociedad. De una parte, se justifica plenamente el cumplimiento del requisito en estos dos casos, desde que ellos están comprendidos en las razones que la doctrina expone: antes de acudir a terceros, los nuevos recursos que requiere la sociedad pueden ser obtenidos de los propios accionistas que no han cubierto íntegramente su aportación. De otro lado, resultaba innecesaria su exigencia en los supuestos, por ejemplo, de capitalización de utilidades, reservas y demás recursos del patrimonio neto de la sociedad(59).

El artículo 204 exige que "la totalidad de las acciones suscritas" estén totalmente pagadas, expresión que incluye las acciones con o sin derecho a voto, las acciones preferentes y, ciertamente, excluye las acciones en cartera creadas conforme al artículo 98, desde que éstas no están "suscritas".

La duda se plantea respecto del sexto párrafo del artículo 104 que exige que las acciones propias que adquiriera la sociedad a título oneroso "deben estar totalmente pagadas, salvo que la adquisición se haga para evitar un daño grave". ¿Es necesario que las acciones adquiridas a título oneroso, sin estar totalmente pagadas, se paguen antes de proceder con un aumento de capital mediante nuevos aportes o capitalización de créditos frente a la sociedad? Sobre el particular consideramos que ello no es necesario. Ello por cuanto mientras tales acciones se mantengan en poder de la sociedad, se produce la confusión en la sociedad de las calidades jurídicas de acreedora y deudora. Adicionalmente, de acuerdo al último párrafo del artículo 104, los derechos de esas acciones están en suspenso de modo que, aun pagándolas, no pueden ejercerse respecto de ellas el derecho de suscripción preferente. Finalmente, por cuanto es un contrasentido que la sociedad que recurre al aumento de capital precisamente por falta de fondos, use los que tiene para pagarse a sí misma los dividendos pasivos.

Iguals razones y conclusión tienen que darse respecto de las acciones con dividendo pasivo, adquiridas a título gratuito, obviamente mientras se mantengan en cartera, supuesto expresamente permitido por el quinto párrafo del artículo 104.

De otro lado, la circunstancia del otorgamiento de opciones para suscribir nuevas acciones, a favor de terceros o de determinados accionistas, de acuerdo con el artículo 103, tampoco es impedimento para que la sociedad acuerde aumentar el capital, pues mientras no se cumplan los términos y las condiciones previstas en la opción, no hay suscripción alguna de las nuevas acciones por el beneficiario de la

opción. Finalmente, respecto de las prestaciones accesorias previstas en el artículo 75 y las acciones con "obligaciones adicionales" del artículo 86, debe señalarse que la falta de cumplimiento de unas u otras por el obligado, no impide acordar el aumento de capital, desde que el artículo 204 se refiere expresamente a los "dividendos pasivos", es decir el monto pagado (superior al mínimo legal) y el valor nominal de las acciones suscritas. Idéntico razonamiento se aplica a las primas suplementarias de capital pendientes de pago, correspondientes a las acciones suscritas y cuyo valor nominal se encuentre íntegramente pagado.

. El artículo que se analiza dispone que el requisito de que las acciones suscritas se encuentren totalmente pagadas, no será exigible "cuando existan dividendos pasivos a cargo de accionistas morosos contra quienes esté en proceso la sociedad... ": La exigencia legal es doble: que se trate de dividendos pasivos que estén en la condición jurídica de "morosos" y que la sociedad se encuentre en el respectivo proceso de cobro.

La razón del requisito es evitar que el incumplimiento, esto es la morosidad, en el pago de los dividendos pasivos impida a la sociedad recibir nuevos recursos dinerarios o capitalice créditos de terceros. En otras palabras, se trata de evitar que el incumplimiento de unos, por la razón que fuere, afecte a todos los demás y especialmente a la sociedad.

Surge la duda respecto a los dividendos pasivos con plazo no vencido para su pago, a los que no alcanza entonces la calificación legal de "morosos", de modo que la sociedad podría acordar el aumento, desde que no se configura el supuesto legalmente establecido. No obstante, como el propio artículo 204 dispone que el requisito previo se cumpla respecto de la "totalidad de las acciones suscritas": es suficiente que las acciones suscritas se encuentren impagas (haya vencido o no el plazo) para que opere el requisito limitante del acuerdo de aumento de capital.

Esta interpretación puede tener fundamento, pero es ciertamente gravosa para la sociedad cuando se ve impedida de recurrir a un aumento necesario para el interés social, debido a que uno o más accionistas tienen dividendos pasivos con plazo no vencido y, a la vez, no puede exigir el pago adelantado. En efecto, tiene que señalarse que el plazo para el pago del dividendo pasivo es fruto de la convención entre las partes, de manera que obliga a la sociedad y al respectivo accionista, sin que sea posible que, de manera unilateral, la sociedad exija su pago cuando está vigente el plazo convencional. En abono de lo anterior, téngase en cuenta que ha sido necesario que la propia LGS permita, como excepción, adelantar el cumplimiento de la obligación de aporte sujeta a plazo, en casos concretos como el del artículo 417, inciso 7 y, de manera implícita, en el artículo 425.

El segundo requisito que tiene que cumplirse de modo conjunto con el anterior, es que la sociedad esté en proceso contra los accionistas morosos. Tal expresión es notoriamente insuficiente, pues no hay precisión en cuanto al significado de "estar en proceso". Como cuestión general debe decirse que la LGS ha querido que la sociedad demuestre mediante actos tangibles una voluntad de cobro de aquello

que se le adeuda por dividendos pasivos. Sin embargo, no hay precisión de si es suficiente que acredite que se ha requerido, de cualquier manera, el pago respectivo extrajudicialmente; de si, presentada la demanda judicial o arbitral, ésta ha sido simplemente presentada, admitida o, finalmente, si ha sido notificada a la otra parte.

Las situaciones señaladas pueden ser superadas solo mediante ~ modificación legal que excluya del impedimento de aumentar el capi tal, los casos de dividendos pasivos con plazo no vencido al tiempo de acordar el aumento de capital. La modificación debería, en nuestra opinión, eliminar el requisito de acreditar que la sociedad está en proceso, siendo suficiente acreditar que el plazo ha vencido sin haberse satisfecho la deuda por dividendos pasivos.

4. Las modalidades del aumento de capital

El aspecto más significativo de esta etapa es el relativo a la modalidad del aumento, es decir, los recursos que han de utilizarse para elevar la cifra del capital social. La LGS señala tres modalidades específicas y una general: (i) nuevos aportes, (ii) capitalización de créditos contra la sociedad, (iii) de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital y, (iv) los demás casos previstos por la ley.

Un aspecto sustancial del aumento es que, en unos casos, debe estar respaldado con nuevos bienes que ingresen al activo social a título de aporte y se incrementa el capital y, consecuentemente, el patrimonio neto de la sociedad. Claramente se trata en estos casos del aumento de capital por nuevos aportes, dinerarios o no, el que genera un valor real que ingresa al activo de la sociedad, en forma de bienes o derechos. En otros casos no hay un contravalor que, con carácter de nuevo, ingrese a la sociedad pues ya existe en el patrimonio neto de la misma, en la forma de utilidades, reservas, beneficios, excedentes de revaluación, primas suplementarias de capital. Solo sucede, en estos casos, que, por su capitalización, quedan asignados e integrados al capital y adquieren la calidad de indisponibles para los accionistas. Finalmente, un tercer supuesto, distinto a los anteriores, es la capitalización de créditos frente a la sociedad, que se analizará más adelante, en el que se discute sobre su naturaleza jurídica y sobre sus efectos económicos y jurídicos.

Respecto de todos estos supuestos, Enrique Elías señala su opinión (que analizaremos más adelante) de la manera siguiente:

"Es evidente que todo aumento de capital entraña nuevos aportes. Aun cuando la Ley, en el artículo 202, diferencia los nuevos aportes de otras modalidades de aumentar el capital, basta analizar cualquiera de las otras formas del incremento de un capital para concluir que, todas ellas, representan, directa o indirectamente, nuevos aportes en favor de la persona jurídica emisora de las nuevas acciones... Los otros elementos de la definición son igualmente claros: todo aumento de capital refuerza el activo social y mejora la situación económica de la empresa.

Esta mejora también puede ser de carácter financiero, a la vez que económico, si los aportes son en dinero, créditos que la sociedad debía pagar con urgencia, bienes de rápida realización o capitalización de utilidades o reservas distribuibles; pero ello no ocurre si el nuevo aporte se realiza, por ejemplo, con nuevos activos fijos o como resultado de la revaluación de los existentes: allí la mejora es solamente de carácter económico"(60).

IV. EL AUMENTO DE CAPITAL POR APORTES DINERARIOS

En esta modalidad, el aspecto más representativo es el relativo al derecho de suscripción preferente. Este derecho se reconoce en los incisos respectivos de los artículos 95 y 96 Y no contienen ninguna norma de desarrollo, salvo lo indicado en el artículo 23. El derecho tiene sus manifestaciones más importantes después del acuerdo de la junta de aumentar el capital. Debido a la estructura en etapas que se utiliza en este trabajo, su análisis se efectuará al estudiarse lo relativo a la etapa posterior a la junta.

V. EL AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE LA CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS FRENTE A LA SOCIEDAD, INCLUYENDO LA CONVERSIÓN DE OBLIGACIONES EN ACCIONES

Siguiendo el orden establecido por el artículo 202, corresponde dedicarse a la capitalización de créditos frente a la sociedad, operación que tiene finalidades y efectos económicos y jurídicos. De una parte, la operación busca extinguir total o parcialmente las deudas que la sociedad tiene frente a uno o más acreedores, liberando los recursos económicos que la sociedad tenga que destinar para su pago, permitiendo entonces su aplicación a los fines sociales. Como contrapartida, la extinción genera, a su vez, el incremento del capital y la emisión de las acciones resultantes a favor de los antiguos acreedores quienes, al haber prestado su expreso consentimiento a la operación, resultan ser los destinatarios forzosos de las mismas, adquiriendo así la calidad de accionistas o, en su caso, reforzando su condición de tal.

Los autores han tratado de encuadrar la operación en diversas figuras jurídicas del Derecho Civil (61), entre ellas la compensación, la novación, la confusión y la dación en pago (62). Luego de señalar que ninguna de ellas está exenta de críticas y de la dificultad que entraña "importar" del Derecho Civil la opción jurídica que corresponda, de la Cámara cita a Aníbal Sánchez Andrés y señala que: "...Propondría hablar más sencillamente de 'canje de créditos por acciones', expresión que no compromete la calificación jurídico-civil que debe merecer el fenómeno y que deja las manos libres para hacer uso de la disciplina que técnicamente corresponda"(63).

A diferencia de la LGS anterior, que solo se refería a esta modalidad del aumento como "conversión de obligaciones en acciones"(64), la vigente ley lo hace, apropiadamente, señalando primero el género (créditos frente a la sociedad) y luego la especie (conversión de obligaciones en acciones).

Con el uso de tal acepción genérica quedan incluidos todos los créditos que tenga la sociedad frente a terceros, cualquiera sea su naturaleza jurídica; solo se requiere que se trate de "créditos" que tengan como titular o acreedor a una persona distinta a la sociedad, sea o no accionista, y como sujeto pasivo de tal crédito, o sea como deudor, a la sociedad. Durante la vigencia de la antigua normativa, la práctica se encargó de institucionalizar la posibilidad de capitalizar cualquier crédito contra la sociedad y no solo las "obligaciones" que ella hubiera emitido, ampliando, en los hechos, la limitada referencia de la ley anterior.

Tradicionalmente, los autores han señalado que el aumento de capital:

"...conlleva la elevación de su cifra estatutaria y provoca, como efecto directo, el incremento de la cifra de retención que se refleja en el pasivo del balance, Ahora bien, en virtud del principio de correspondencia entre capital y patrimonio, se requiere que su aumento tenga una efectiva contrapartida patrimonial, la cual, de acuerdo con la tesis tradicional anteriormente indicada, puede consistir: o bien en el ingreso de elementos patrimoniales en la sociedad, lo que significa que este primer grupo englobaría todos aquellos aumentos en los que la elevación de la cifra suponga un incremento equivalente y correlativo del patrimonio social y, por tanto, una elevación del patrimonio neto de la sociedad; o bien, en la realización de una simple operación contable por la que se transforma en capital elementos patrimoniales que ya figuraban, por otros conceptos, en el balance social, sin que, por tanto, el aumento signifique un incremento del patrimonio societario"(65).

Aceptada esta clasificación, resulta necesario determinar si la capitalización de créditos contra la sociedad constituye una operación que genera el incremento del patrimonio social (aumento real o efectivo) o si se trata simplemente de un aumento contable o nominal, en la medida que el recurso proveniente del crédito ha sido ingresado en oportunidad anterior y se ha registrado el importe respectivo en las cuentas del activo y la deuda en el pasivo con terceros.

No obstante que la ley española de 1989, sobre sociedades anónimas, se refiere al aumento de capital por "compensación" de créditos frente a la sociedad, para los efectos que se indican más adelante, resulta pertinente citar a Carmen Galán quien señala:

"En realidad, lo que se produce en el supuesto descrito es una aportación de crédito contra la sociedad, y es esta peculiaridad de tratarse de un crédito contra la propia sociedad la que permite la liberación de la operación por compensación, al darse en la sociedad la doble condición de acreedora y deudora del crédito aportado. Por tanto, lo único que se requiere es que la aportación a la sociedad tenga por contenido una prestación (crédito) que tenga por objeto una suma de dinero para que pueda producirse la recíproca extinción"(66).

La referencia de esta autora a "la aportación", va en línea con de la Cámara, quien afirma:

"Hoy día la doctrina más autorizada se inclina por sostener que se trata de un aumento efectivo. Si bien ha de admitirse -se ha dicho- que el patrimonio social no incrementa su activo, tampoco puede negarse que paralelamente experimenta una disminución de su pasivo exigible, logrando así la disponibilidad de nuevos recursos que de otro modo habrá de destinar al... cumplimiento de sus obligaciones. Frente a la afirmación de que en el plano puramente económico, el patrimonio social no percibe un ingreso de nuevas aportaciones, ha de oponerse el hecho incontrovertible de que la aportación del crédito contra la sociedad implica un acto de disposición un derecho propio del acreedor y en favor de la sociedad que se traduce en una transformación de pasivo exigible en capital y, en definitiva, en atribución a la sociedad de recursos procedentes de tercero. El argumento que nos parece decisivo es éste: en el aumento de capital por compensación de créditos no hay incremento del patrimonio bruto; el incremento se produce en el patrimonio neto de la sociedad, en cuanto cambia la compensación del pasivo mediante el aumento de fondos propios (del patrimonio neto, del capital) con cargo a los fondos ajenos (el crédito que se aporta y extingue, decimos nosotros)"(67),

Nuestra LGS ha seguido este criterio cuando, en su artículo 214 califica inequívocamente a la operación como una de "aporte". En efecto, una de las exigencias para que la operación se realice es que la junta cuente con un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir "tales aportes" con lo cual queda cerrada. por lo menos en nuestro régimen legal, la discusión respecto a si la capitalización de créditos contra la sociedad significa un aumento efectivo real, del capital social, o si se trata de un aumento nominal o contable. Es un aumento efectivo, real, del capital, que se produce como consecuencia del "aporte" que efectúa el respectivo acreedor extinguiendo total o parcialmente su primitiva obligación crediticia, la misma que queda canjeada por nuevas acciones que emite la sociedad.

Corresponde ahora determinar si tal aporte es dinerario o no dinerario. Este tema ha generado discusión en la doctrina española debido a que la ley de sociedades anónimas de 1989 admite como modalidad el aumento mediante "aportaciones dinerarias o no dinerarias al patrimonio social, incluida la compensación de créditos contra la sociedad". De considerarse que la aportación en cuestión es "dineraria", habrá de cumplirse el requisito previo para el aumento, es decir que las acciones anteriormente emitidas se encuentren totalmente pagadas, así como respetarse el derecho de suscripción preferente de los accionistas. En cambio, si se trata de un aporte "no dinerario" habrá de cumplirse con tener el informe de los "expertos" a que se refiere el artículo 38 de la citada ley, sin perjuicio de que el aumento de capital mediante esta modalidad no podrá ser materia de delegación en los administradores.

Criticando tal discusión, el autor español Mambrillo declara la existencia de una "postura incierta del legislador español de la reforma". En la ley española de sociedades anónimas de 1989, señalando:

"Los distintos legisladores europeos, así como también el legislador comunitario (vid. 2da Directiva CEE de 1976, arts. 9 y 10), pecan, en mi opinión, de una cierta rigidez en la clasificación legal de las aportaciones al capital social. Todos ellos se basan en el reconocimiento de la dicotomía 'aportaciones dinerarias' / 'aportaciones in natura', determinando la adscripción a este último grupo un criterio negativo: tendrán tal carácter todas aquellas entradas patrimoniales en la sociedad que no consistan en aportaciones dinerarias. De esta forma, se elimina toda posibilidad de otorgar un tratamiento autónomo a aquellas situaciones intermedias tales como por ejemplo las denominadas 'aportaciones de crédito'... "(68).

El mismo autor, luego, considera que:

"..las consecuencias que pueden derivarse de la determinación de su naturaleza jurídica son, desde un punto de vista operativo, ciertamente irrelevantes ya que el vigente TRLSA de 1989 ha establecido un régimen legal específico para esta modalidad de aumento de capital social; por este motivo, la concreta calificación jurídica de la figura objeto de estudio, no parece tener excesiva trascendencia, al menos, a efectos prácticos"(70).

En nuestro régimen tal discusión no debe presentarse. En efecto, de una parte, el artículo 204 señala expresamente que para la capitalización de créditos contra la sociedad es requisito previo que todas las acciones se encuentren pagadas. A su vez, el artículo 214 exige que el aumento por capitalización de créditos contra la sociedad cuente con "un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes": De otro lado, la misma norma exige también que se reconozca el derecho de los demás accionistas a efectuar aportes dinerarios para mantener la proporción que tienen en el capital. Finalmente, el artículo 206 admite expresamente que la facultad de aumentar el capital sea delegada por la junta en el directorio en los casos de nuevos aportes "o capitalización de créditos contra la sociedad" (inciso 2), supuesto este último sobre el que nos hemos pronunciado en líneas anteriores, al tratar sobre la delegación en el directorio para integrar el aumento decidido por la junta.

En suma, para nuestra LGS, la capitalización de créditos contra la sociedad es un aporte no dinerario sujeto a un régimen especial legalmente establecido.

Señalado lo anterior, pasemos a analizar el artículo 214. La norma exige que la junta cuente con "un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes": La intervención del directorio no será requerida, por razones obvias, en el caso de una sociedad anónima cerrada que no cuente con este órgano social, supuesto en el que la obligación de emitir tal informe corresponde al gerente general (71).

La amplitud y subjetividad del requisito de contar con "un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes", tiene que ser

cuidadosamente observada. En adición a los comentarios anteriores sobre la delegación para integrar el acuerdo de aumento de capital, consideramos que, como cuestión fundamental en una operación de carácter netamente económico, el requisito está dirigido a demostrar que es una operación beneficiosa para la sociedad por cualquiera de las siguientes razones que, ciertamente, no son las únicas que pueden formularse y que, además, pueden presentarse conjuntamente: (i) porque la sociedad carece de los recursos necesarios para atender la obligación crediticia de que se trate, lo que puede generar riesgos de demandas judiciales, procesos de insolvencia o quiebra; o, (ii) porque al capitalizarse el crédito, los fondos que normalmente tendrían que ser destinados al pago de la deuda, quedarían liberados para su aplicación a otras actividades convenientes a la sociedad; o, (iii) por la conveniencia de proceder a una reestructuración de los pasivos de la sociedad. En suma, la operación requiere sustento de carácter técnico-económico y debe demostrar básicamente que es conveniente para el interés social proceder con ella. Pero allí no debe agotarse el análisis del directorio. También debe hacerla considerando la posible afectación de los derechos de los accionistas de la sociedad. Todo ello debe ser puesto de manifiesto en el referido informe que se someterá a la consideración de la junta. No está de más recordar la obligación ineludible de todos y cada uno de los directores de actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, así como las responsabilidades que asumen con ocasión de la emisión del señalado informe.

El artículo 214 remite al 213 en cuanto a la preservación del estatus del accionista. Este último exige que "El acuerdo de aumento de capital... (mediante la capitalización de créditos contra la sociedad) debe reconocer el derecho de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital": Sobre el particular, Enrique Elías tiene la siguiente opinión que compartimos (y que se transcribe en su totalidad, para tener una idea completa de su sentido y contenido), aplicable por igual a los casos de aumento por aportes no dinerarios así como a la capitalización de créditos contra la sociedad y que nos releva de mayores comentarios:

"La intención de la norma es loable: si la sociedad acuerda un aumento de capital con uno o más aportes no dinerarios, se debe respetar el derecho de suscripción preferente de los demás accionistas que deseen mantener su porcentaje de tenencia accionaria en la sociedad. Lamentablemente, la disposición tiene graves errores:

a) Se trata de una disposición innecesaria. El derecho de suscripción preferente es consustancial e inderogable, por mandato expreso de los artículos 95 y 96 de la Ley, en toda clase o forma de aumento de capital. Es redundante mencionarlo en el artículo 213.

b) El texto expresa que los demás accionistas, para ejercer su derecho de suscripción preferente y mantener su porcentaje, deben realizar aportes

"dinerarios". No hay razón alguna para que sean dinerarios, en forma obligatoria. En nuestra opinión, es perfectamente factible que sean dinerarios o no dinerarios, siempre que haya acuerdo al respecto entre los aportantes y la sociedad.

c) Si el aporte no dinerario es realizado por una persona que no es accionista, es imposible, bajo ninguna fórmula matemática, que "todos los accionistas" mantengan su porcentaje original de tenencia accionaria en la sociedad. Algunos o todos los accionistas, en ese caso, deben renunciar a su derecho de suscripción preferente, en todo o en parte.

En la práctica, cualquier aumento de capital en el que intervienen aportantes que no son accionistas de la sociedad, origina una reestructuración de porcentajes de tenencia que deben ser aprobados por los accionistas antiguos. Lo mismo ocurre, con alguna frecuencia, cuando uno o más accionistas realizan aportes no dinerarios, aunque en este caso es posible mantener los porcentajes originales con aportes de los demás accionistas, dinerarios o no dinerarios"(72):

Como se ha señalado en líneas anteriores, el aumento de capital por capitalización de créditos contra la sociedad "...debe reconocer el derecho de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capita". Al respecto, no debemos dejar de mencionar una interesante interpretación, nacida en el debate doctrinario al interior del Estudio al que pertenezco, planteada por el joven abogado Fernando Molina Rey de Castro, que resulta aplicable al caso de la capitalización de créditos que estudiamos y, también, al supuesto de otros aportes no dinerarios. No escapará al criterio del lector que, con tal interpretación, podría superarse uno de los aspectos que nuestro desaparecido socio Enrique Elías llama "graves errores" a los que se refiere en los puntos b) y c) antes transcritos.

Según ha sostenido Fernando Molina, en la interpretación de los artículos 213 y 214 deben distinguirse dos situaciones. La primera, cuando quien concurre al aumento de capital es, a la fecha del aumento, un accionista de la sociedad y la segunda, cuando el que efectúa el aumento es un tercero. En el primer caso, el aporte no dinerario o la capitalización del crédito podrá realizarse de manera conjunta con el aporte dinerario de los restantes accionistas. De esa manera se logra que todos los accionistas tengan el derecho a mantener su proporción accionaria (aunque en condiciones distintas, ya que solamente pueden participar en el aumento mediante aportes dinerarios).

En el segundo caso, sin embargo, el "derecho de realizar aportes dinerarios" contemplado en los artículos 213 y 214 no debe realizarse de manera conjunta, sino previamente al aporte no dinerario o a la capitalización. Esta interpretación es, de acuerdo con Molina, la única manera en la que se puede dar fiel cumplimiento al derecho de suscripción preferente, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 95, y a lo preceptuado en los propios artículos 213 y 214, los que expresamente prevén que debe permitirse a "todos los accionistas ejercer

su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital". Una lectura distinta nos llevaría a descartar de plano el derecho de preferencia de los accionistas en los aumentos de capital (por las mismas razones que ya expusimos más arriba), lo que resulta inadmisibles atendiendo a la naturaleza de este derecho fundamental de la condición de socio. Termina Molina sosteniendo que se trata de una cuestión de interpretación de la norma, ya que la otra posibilidad nos llevaría a atentar contra el derecho de suscripción preferente. En este escenario, si los accionistas aportan dinero, en su respectiva prorrata, con dicho recurso se logrará un doble efecto: preservar (o por lo menos, ofrecer la oportunidad de preservar) el respectivo porcentaje accionario y, de otra parte, contar con los fondos en dinero suficientes para cancelar el crédito existente frente a la sociedad que se pretende capitalizar o para adquirir los bienes no dinerarios, cuya valuación siempre es fuente de suspicacias, cuando no de problemas. Un efecto adicional es que se habrá evitado, en su caso, el ingreso de nuevos accionistas.

Se trata, en suma, de una cuestión de valoración por los propios accionistas y, en su caso, de los directores, si se trata de la capitalización de créditos frente a la sociedad "o de otros aportes no dinerarios. Es asimismo, una cuestión de oportunidad, es decir, reconocer el derecho aludido antes o después de acordar aumentar el capital mediante aportes no dinerarios o de la forma especial de éstos, los créditos frente a la sociedad. Si se ofrece a los accionistas, como alternativa a las modalidades de aumento señaladas, la opción de efectuar aportes dinerarios para evitar la capitalización de créditos o los aportes no dinerarios, resulta perfectamente sustentable que la LGS señale que tales aportes sean monetarios, evitándose además la pérdida o dilución del estatus de los accionistas. En cambio, si primero se acuerda capitalizar los créditos o los bienes no dinerarios y después se otorga a los accionistas el derecho preferencial materia de estas líneas, se producirían los efectos señalados por Enrique Elías.

Un último aspecto sobre el tema de la capitalización de créditos frente a la sociedad es el relativo al ineludible consentimiento del acreedor para que su crédito sea capitalizado. La operación deja de ser posible jurídicamente si no se cuenta con dicha aceptación. No obstante, la LGS ha omitido todo señalamiento sobre el particular, sin que de ello pueda deducirse que no es requerido. Precisamente para cubrir este vacío, el artículo 65 del Reglamento se refiere explícitamente al tema señalando: "Si el aumento se realiza por la conversión de créditos o de obligaciones, el consentimiento del acreedor debe constar en el acta de la junta general que debe ser firmada por éste con indicación de su documento de identidad. Alternativamente, puede constar en documento escrito, con firma legalizada por notario, el mismo que se insertará en la escritura pública, salvo que el acreedor comparezca en ésta para prestar su consentimiento". La omisión del cumplimiento de esa obligación impedirá que el aumento sea inscrito en el Registro de Sociedades.

Respecto de la conversión de obligaciones en acciones, solo resta señalar que a esta especie se aplican las normas pertinentes a su género, es decir a la

capitalización de créditos frente a la sociedad que hemos desarrollado anteriormente, así como las que resultan del respectivo contrato de emisión, reservándonos la posibilidad de efectuar comentarios y análisis posteriormente, dado lo ya extenso de este artículo y la necesidad de desarrollar otros temas encargados por los editores.

VI. EL AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE LA CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES, RESERVAS, BENEFICIOS, PRIMAS DE CAPITAL, EXCEDENTES DE REVALUACIÓN: AUMENTO CON CARGO A RECURSOS PROPIOS

1. Utilidades y beneficios

Como primera y necesaria cuestión se deben establecer las diferencias, si las hubiere, entre las expresiones "utilidades" y "beneficios" del inciso 3 del artículo 202 o si, por el contrario, ambos conceptos son equivalentes como lo son, al menos, en el lenguaje comúnmente utilizado en estos temas. Para Enrique Elías: "El concepto de beneficios coincide con el de utilidad o superávit, por lo que es necesario preguntamos la razón por la que la Ley los trata separadamente. Creemos que, en este caso, la Ley ha querido incluir a todas las otras formas de beneficio o utilidad que puedan obtenerse en una sociedad anónima: aquí podemos comprender a todo beneficio extraordinario proveniente de operaciones ajenas al objeto social, ganancias de capital por enajenación de bienes del activo fijo o no negociable, ingresos extraordinarios y, en general, toda utilidad no comprendida en las que" se obtienen como consecuencia de las operaciones normales de la empresa "(73).

Para el Diccionario de la Lengua Española (74), "beneficio" es, en su segunda acepción, "utilidad (// provecho)" y, en la séptima, "ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil"; a su vez, "utilidad" es "2. Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo". La similitud conceptual es evidente, correspondiendo solo agregar, para los fines que nos ocupan y concordando con Enrique Elías, que la utilidad es el resultado positivo de las operaciones habituales, normales que, dentro de su objeto, realiza la sociedad; beneficio es, a su vez, el resultado positivo de las demás operaciones que realiza la sociedad. De esta manera, cuando la LGS se refiere a ambos conceptos, engloba y comprende a todos los resultados positivos de las operaciones sociales, cualquiera sea su origen.

Siendo entonces conceptos equivalentes, corresponde que sean tratados por igual. Sobre este particular, la norma se refiere a los beneficios y utilidades obtenidas en el propio ejercicio o en ejercicios anteriores, sobre los cuales la respectiva junta obligatoria anual no ha tomado decisión alguna de distribuirlos, capitalizarlos, destinarlos a reservas o, expresa o tácitamente, ha decidido mantenerlos como utilidades o beneficios de libre disposición. La decisión posterior de capitalizar esos recursos del patrimonio neto de la sociedad puede ser adoptada por la junta y es a este acto al que se refiere el inciso 3 del artículo 202.

Debe establecerse, ahora, lo que debe entenderse por utilidad o beneficio susceptible de ser capitalizado. En lo atinente a las sociedades anónimas, la LGS contiene las siguientes referencias a "utilidades" y "beneficios" que conviene mencionar para el análisis:

. En el artículo 39, "La distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes al capital. Sin embargo, el pacto social o el estatuto pueden fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios... Está prohibido que el pacto social excluya a determinados socios de las utilidades o los exonere de toda responsabilidad por las pérdidas, salvo en este último caso, por lo indicado en el párrafo anterior".

. En el artículo 40, cuyo título es "Reparto de utilidades", en que se usa reiteradamente la expresión "utilidades". La parte final del primer párrafo señala: "Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan".

. En el artículo 55, inciso 10, exigiendo que el estatuto contenga obligatoriamente las normas para la distribución de utilidades.

. En el artículo 72 sobre beneficios de los fundadores, disponiendo "cuando se trate de participación en las utilidades o de cualquier derecho sobre éstas, los beneficios no pueden exceder, en conjunto, de la décima parte de la utilidad distributable anual que aparezca de los estados financieros de los primeros cinco años, en un período máximo de diez años contados a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad'

. En el artículo 83, segundo párrafo, declarando nula "la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que l existan utilidades distribuíbles" y en su tercer párrafo "puede concederse a determinadas acciones el derecho a un rendimiento máximo mínimo o fijo, acumulable o no, siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuíbles".

. En el inciso 1 del artículo 95, reconociendo el derecho de los accionistas con voto de participar en las utilidades, así como en el inciso 1 del artículo siguiente, para las acciones sin voto.

. En el artículo 97 que regula el derecho preferencial de las acciones sin voto, disponiendo en el segundo párrafo que de existir "utilidades distribuíbles, la sociedad está obligada al reparto del dividendo preferencial a que se refiere el párrafo anterior".

. En el artículo 104 regulando la posibilidad de adquirir las propias acciones entregando a cambio títulos de participación en las utilidades distribuíbles. Asimismo, en la adquisición con cargo a beneficios y reservas libres entregando esos mismos títulos de participación y, finalmente, en la regulación del monto a pagar por tal adquisición cuando su importe excede el valor nominal.

. En el inciso 2 del artículo 114, al establecer la competencia de la junta obligatoria anual.

. En el artículo 166 sobre retribución al directorio, señalando "La participación de utilidades para el directorio solo puede ser detraída de las utilidades líquidas y, en su caso, después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio".

- . En el artículo 221 sobre la propuesta de aplicación de utilidades.
 - . En el artículo 229 dispone "un mínimo del diez por ciento de la utilidad distribuible de cada ejercicio..."debe destinarse a la formación o incremento de la reserva legal. Los párrafos segundo y tercero establecen la siguiente prelación: "Las pérdidas correspondientes a un ejercicio se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición. En ausencia de éstas se compensan con la reserva legal...".
 - . En el inciso 1 del artículo 230, en los siguientes términos: "Solo pueden ser pagados dividendos en razón de utilidades obtenidas".
 - . En el artículo 231, sobre el dividendo obligatorio, señalando "es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. Esta solicitud solo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior".
- Además de la referencia simple a las "utilidades", la LGS utiliza las expresiones "utilidades obtenidas", "utilidades líquidas" y, de manera reiterada, "utilidades distribuibles". Las primeras buscan resaltar, como lo hacía el artículo 259 de la anterior LGS, que la utilidad que puede ser aplicada a los distintos fines que la ley prevé es aquella "realmente obtenida", es decir, la que resulta del balance general preparado conforme a las normas legales y los principios de contabilidad generalmente aceptados.

En cuanto a las utilidades "líquidas", solo utilizada en el artículo 166 respecto a la retribución del directorio, debe considerarse que tal uso es impropio a efectos de determinar la utilidad que puede capitalizarse o distribuirse. En el artículo 229, la LGS ha sustituido la expresión "utilidad líquida" por la de "utilidad distribuible", concepto más apropiado que el de la ley anterior(75). La utilidad líquida no representa necesariamente la utilidad distribuible; de hecho, la utilidad líquida puede no ser distribuible en caso de que existan pérdidas no resarcidas. En su sentido más genérico, podría entenderse que utilidad líquida es el saldo en caja o en bancos, de modo que, desde esta perspectiva, tampoco es apropiado utilizar dicha acepción, en la medida que ella puede -por razón, precisamente, de liquidez- ser inferior a aquella que puede ser distribuida y porque obvia la posibilidad de distribuir utilidades de especie.

De otro lado, respecto de las "utilidades distribuibles", el diccionario no define "distribuible" pero sí "distribuir" considerando como primera acepción: "Dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho". Para los efectos que nos interesan, la utilidad es la "cosa" que se divide, lo que presupone que es una cosa susceptible de ser dividida; pero ella tiene que ser distribuida entre varios siguiendo el criterio de "lo que a cada uno corresponde" por voluntad, conveniencia, regla o derecho, de manera que si en la "utilidad" determinada en las cuentas, aun quedan obligaciones por atender(76), distintas a la obligación o pasivo que la sociedad tiene frente a los accionistas, no estamos frente a la utilidad "distribuible" a los

accionistas "por razón de voluntad, conveniencia, regla o derecho": por la sencilla razón de que, entonces, no les corresponde la integridad de esa masa.

Si se tiene en cuenta el artículo 229 tiene que concluirse que, a pesar de lo que la expresión sugiere, la "utilidad distribuible" no es, entonces, la utilidad que puede ser distribuida entre los accionistas ni, por tanto, capitalizada, pues dicha "utilidad distribuible" aún tiene que ser disminuida deduciéndosele, por mandato legal, los importes correspondientes al impuesto a la renta y a la reserva legal. A mayor abundamiento, el saldo que quede, luego de esas detracciones, tendrá que ser todavía reducido aplicándose otras detracciones: las que hubieren sido establecidas por mandato legal distinto al de la LGS, por disposición estatutaria o por los convenios de accionistas. Solo el saldo final podrá ser, finalmente, distribuido en efectivo, en especie o en acciones de propia emisión.

Todas estas aplicaciones de la utilidad obtenida tienen un límite natural: el monto de la misma, pues en caso contrario se estarían distribuyendo utilidades inexistentes, ficticias, afectándose así el principio de integridad y realidad del capital social.

2. Reservas

De la manera más general, la "reserva" es una utilidad que, por decisión de la junta, tácita o expresamente, ha quedado sin distribuir. Como se ha señalado, la utilidad puede aplicarse de diferentes maneras: distribución, aplicación a reserva, cobertura de pérdidas, capitalización así como ser mantenidas como utilidad sin distribuir. Sin embargo, en el sentido técnico al que nos referimos en las líneas siguientes, puede afirmarse que toda reserva es una utilidad no distribuida pero no toda utilidad no distribuida es una reserva.

Consecuentemente, antes de analizar los diversos temas que plantea su capitalización, debemos determinar lo que, técnicamente, se considera o debe considerarse "reserva". En apretada síntesis, el concepto de reserva puede analizarse desde los puntos de vista económico y jurídico. Económicamente, es toda aquella cifra del patrimonio neto en exceso del capital al cierre del ejercicio, sin considerar las utilidades obtenidas en el mismo ejercicio (que se identifican en el balance como utilidades del ejercicio o expresiones similares).

Jurídicamente, son utilidades sin distribuir que, por decisión de la junta, se destinan a un fin futuro y determinado, que acrecen el patrimonio neto de la sociedad, en beneficio de los accionistas, como consecuencia de los resultados positivos de las operaciones sociales, ordinarias o extraordinarias, Y no como resultado de un aporte de los socios. Tal debería ser la consideración estricta, desde el punto de vista jurídico, del concepto de reserva.

Sin embargo, en su acepción más general "reserva" es simplemente toda utilidad no distribuida de ejercicios anteriores. La propia LGS se refiere, impropriamente en nuestra opinión, a "reservas libres"(77), juntando conceptos que se contradicen: si,

como se ha señalado, la reserva tiene un destino futuro y determinado por la junta, no es un recurso patrimonial "libre"; en cambio las utilidades no distribuidas son esencialmente de libre disposición por simple decisión de la junta. En este orden de ideas, tendría que sostenerse que, para que sea posible capitalizar las "reservas" creadas por la junta con el criterio técnico antes señalado, la propia junta tendría que acordar previamente dejar sin efecto su decisión anterior, expresa o tácitamente, de crear la reserva, liberándola de su primitiva finalidad, restituyéndole así su condición de "libre disposición". Téngase en cuenta que, en este sentido, el plan contable general distingue entre "reservas" y "resultados acumulados" para incluir en esta última cuenta a las utilidades no distribuidas que no han sido aplicadas por la junta a una finalidad específica y futura.

Un segundo aspecto es el relativo a la clasificación de las reservas. Tradicionalmente, las reservas se han clasificado en reservas obligatorias y facultativas. Las primeras derivan de mandato legal y el ejemplo más claro y a la mano es la "reserva legal" regulada por el artículo 229. También tienen que incluirse en este grupo las llamadas "reservas estatutarias" en la medida que, aunque en su origen derivan de la voluntad de los accionistas, devienen en obligatorias para la sociedad, por el mero hecho de estar expresamente contempladas en el estatuto, salvo que previamente éste sea modificado. Sobre este particular debe recordarse que el artículo 38 sanciona con nulidad "...los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias". En este sentido, cualquier acuerdo de la junta que no cumpla con destinar las utilidades que correspondan a la cobertura de las reservas estatutarias estará "en conflicto" con el estatuto y será declarado nulo.

Las "reservas facultativas" se crean por voluntad de la junta obligatoria anual, en uso de la competencia que le reconoce la LGS en el artículo 114, inciso 2(78), libertad que no tiene más restricción que la del dividendo obligatorio previsto en el artículo 231. Respecto de ellas, nos remitimos a los comentarios anteriores sobre el concepto técnico de la reserva.

Como consecuencia de lo anterior, la capitalización de reservas quedará limitada a las que tienen carácter facultativo, carácter que adquirirán las reservas estatutarias solo cuando la junta haya acordado la modificación del estatuto, con los respectivos requisitos formales tales como el quórum y la mayoría calificadas. En este supuesto la capitalización será, propiamente, de una utilidad de libre disposición, equivocadamente llamada "reserva libre".

Señaladas así nuestras atenciones sobre el uso de la expresión "reservas", pasamos a tratar los diversos aspectos de su capitalización.

El primer tema que plantea la capitalización de las reservas es determinar si con dicho aumento la sociedad recibe o no nuevos recursos patrimoniales. Al respecto, según Manuel de la Cámara:

"El aumento de capital con cargo a reservas o beneficios... constituye el polo opuesto al aumento de capital cuyo contravalor consiste en nuevas aportaciones dinerarias o 'in natura', pues mientras en estos aumentos la elevación de capital se produce merced a la afluencia de nuevos recursos con los que la sociedad no contaba antes de la ampliación; en cambio, en los aumentos de capital que ahora nos ocupan el aumento se produce gracias a recursos que ya existían en el patrimonio social. La operación consiste, pues, en eliminar o reducir la cuenta de reservas en la misma medida que se aumenta la cuenta de capital(73) .

Algunos autores han considerado que en la capitalización hay un acto previo de distribución a favor de los accionistas y, sin solución de continuidad, un acto de aporte por los socios beneficiarios de esas mismas utilidades. Discrepando con Joaquín Garrigues, Enrique Elías señala los siguientes argumentos que reproducimos en su integridad, sustentados en las opiniones de los tratadistas italianos Brunetti y Mossa:

"a) Se afirma que este aumento de capital es puramente contable y que se realiza 'con recursos propios de la sociedad'. Es cierto que la ejecución de esta forma de capitalización se reduce a una mecánica contable, consistente en disminuir las utilidades y reservas capitalizadas y aumentar, por el mismo monto, el capital. Pero ello representa confundir la mecánica de la operación con su esencia. La sociedad no puede aplicar ese método contable, de mera ejecución, si antes los accionistas no han aprobado expresamente renunciar a su derecho de distribuir las utilidades o reservas libres y canjear ese derecho por acciones. Allí está la esencia de la operación: es el aporte de un derecho económico a cambio de nuevas acciones o incremento del valor nominal de las existentes.

En nuestra opinión, la esencia de la operación tampoco permite afirmar que es un aumento de capital que se realiza con recursos propios de la sociedad. Si bien los recursos están en su activo, no debe olvidarse que se encuentran allí en forma transitoria y precaria. Basta que la junta decida el reparto para que esos recursos deban ser obligatoriamente empleados por la sociedad en su distribución a los accionistas. Cuando los accionistas deciden capitalizarlos, a cambio de acciones, recién adquieren permanencia y pueden ser utilizados por la sociedad como esencialmente propios.

b) Opinamos que no es correcto sostener que, a raíz de la capitalización, el patrimonio de la sociedad sigue siendo el mismo y que el capital se ha ampliado. Si bien numéricamente el patrimonio neto de la sociedad sigue igual en monto, la naturaleza jurídica de sus cuentas ha variado en forma sustancial: no es lo mismo un patrimonio neto con utilidades y reservas libres y otro con dichas cuentas capitalizadas. Y en lo tocante al patrimonio integral de la sociedad, el hecho de haber canjeado a los accionistas su derecho al reparto de utilidades y reservas, a cambio de acciones, refuerza el activo social y le proporciona una solidez y una posición de permanencia y fijeza que antes simplemente no tenía.

c) Estamos totalmente de acuerdo en que la capitalización modifica en forma sustancial el régimen jurídico de las cuentas de utilidades y reservas al transferirlas a capital: antes favorecían a los accionistas y ahora se mantienen dentro de la sociedad y en garantía para los acreedores. Esa es la esencia de la operación. Pero ese cambio sustancial no podría operar, ni la sociedad podría ejecutarlo, si antes los accionistas no renuncian y aportan su derecho al reparto del importe de esas cuentas, a cambio de acciones. Esto confirma la necesidad de un aporte previo de esos derechos para que la sociedad pueda canjear/os por acciones y ejecutar contablemente la capitalización.

d) Finalmente, consideramos que el hecho de que el contra valor de las nuevas acciones se encuentre de antemano en la sociedad es meramente una circunstancia de facto, que en nada cambia la naturaleza jurídica de la operación: aporte de un derecho económico a cambio de acciones"(80).

En la actualidad, se admite de manera uniforme que la operación de capitalizar reservas significa la conversión de la calidad jurídica de recursos (las reservas) existentes en el patrimonio neto de la sociedad; las reservas son parte del patrimonio de la sociedad y, en consecuencia, le pertenecen hasta que la junta decida su destino final, sea disponiendo su distribución como dividendo (cuando se trate de reservas libres, claro), su aplicación a los fines para los que fue creada o, finalmente, capitalizarlas. Tienen, por tanto, un carácter jurídico distinto al de fijeza y permanencia que corresponde al capital. Solo para graficar, puede afirmarse que las reservas tienen, a diferencia del capital, un carácter transitorio. La finalidad de la operación de aumento es, precisamente, acabar con esa situación transitoria y convertir en indisponibles para los socios, las reservas, asignándolas al capital social. Obsérvese que aunque los accionistas solo tengan un derecho expectatio sobre las reservas (en espera de su definitiva aplicación, previo acuerdo de la junta), la sola existencia de reservas en el patrimonio neto de la sociedad genera el incremento del valor de todas las acciones en circulación, mayor valor que los accionistas pueden hacer líquido inmediatamente con la venta de parte o de todas sus acciones.

Para adscribir al capital tales reservas, haciéndolas indisponibles para los accionistas, se requiere un procedimiento contable que consiste en transferirlas de la cuenta contable Reservas, que figura en el patrimonio neto, a la cuenta contable Capital Social que también integra el patrimonio neto, con el efecto de tener que emitirse nuevas acciones o incrementar el valor nominal de las existentes, sin necesidad de requerir contraprestación (aporte) alguna de los accionistas que las recibirán, es decir totalmente liberadas o pagadas.

Admitir la posición de la distribución de utilidades y de su inmediato aporte es aceptar que tales reservas salgan del patrimonio de la sociedad, ingresen en propiedad al patrimonio del accionista y, todo ello sin solución de continuidad, serán inmediatamente aportadas por éstos al capital social. Ello supone que el accionista podrá ejercer, respecto del recurso que ya es de su propiedad, de modo soberano, cualquier acto de disposición distinto al del inmediato aporte o, sin

disponer del recurso, negarse a aportarlo. Significa también, aun. que se trate de un aspecto de procedimiento, que la sociedad tendrá que utilizar el proceso completo del aumento de capital por nuevos aportes, en lugar del sencillo procedimiento contable de traslado de la cuenta reservas a la del capital. La tesis de la doble operación (distribución / aporte) supone también obviar la condición de órgano supremo de la junta que decide capitalizar y no (i) distribuir ni (ii) aprobar un inmediato y subsiguiente aumento del capital, acuerdo al que quedan "sometidos" todos los accionistas, incluso los ausentes y los disidentes, como expresamente lo señala el artículo 111. Finalmente, significaría abrir la posibilidad de que un tercero pretenda ejercer algún derecho sobre esos recursos que han ingresado al patrimonio del accionista (tales como medidas cautelares o de cobranza).

La doctrina más reciente, sustancialmente inspirada en la posición de Joaquín Garrigues a favor de la consideración de la operación como una de conversión, descartando la de distribución / aporte, se pronuncia en el sentido señalado. Así Martínez Fernández y Manuel de la Cámara, señalan:

"...se plantea otro problema, el de saber si estamos ante una sola operación o ante dos. En el antiguo Derecho francés se consideraba que al tener el accionista un derecho de crédito sobre las reservas éste tenía en primer lugar que aportar su derecho para luego aumentarse el capital social acudiéndose así a un mecanismo compensatorio que exigía el consentimiento individual de cada socio.

Hoy parece unánime la doctrina al afirmar que estamos ante una sola operación, siendo de notar que en nuestro Derecho el artículo 152.2 de la Ley de Sociedades Anónimas exceptúa el aumento de capital con cargo a reservas o beneficios de la sociedad de la necesidad de consentimiento unánime cuando el aumento haya de realizarse elevando el valor nominal de las acciones"(81).

"Un punto que conviene dejar claro es que el aumento de capital con cargo a reservas o beneficios, cuando se realiza, como es lo habitual, mediante la emisión de nuevas acciones, no constituye... un reparto de las ganancias. En rigor desde el punto de vista del accionista, la conversión de reservas en capital mediante la emisión de nuevas acciones, constituye un desdoblamiento formal de su cuota de participación en la sociedad que antes estaba representada exclusivamente por las acciones viejas y ahora pasa a estarlo por las antiguas y las nuevas. Se trata, como decimos, de un desdoblamiento formal porque en rigor la participación del socio en la sociedad continúa siendo la misma, y el valor de las acciones nuevas sumado al de las antiguas equivale al que éstas tenían antes del aumento de capital. Es verdad que estas acciones han sido liberadas con beneficios acumulados, pero no es menos cierto que esos beneficios no se desplazan del patrimonio social al patrimonio del socio. Antes al contrario, quedan incorporados definitivamente al activo de la sociedad..."(82).

En este sentido se ha pronunciado el Reglamento del Registro de Sociedades, cuyo artículo 65, primer párrafo, dispone: "El aumento de capital o el pago de

capital suscrito que se integre por la conversión de créditos o de obligaciones, capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación u otra forma que signifique el incremento de la cuenta capital, se acreditará con copia del asiento contable donde conste la transferencia de los montos capitalizados a la cuenta capital, refrendada por contador público colegiado o por contador mercantil matriculado en el Instituto de Contadores del Perú". En nuestra opinión, esta precisión pone punto final a la discusión en nuestro régimen.

3. Primas de capital

Como se sabe, cuando la sociedad recurre al aumento de capital por nuevos aportes y, con ello, abre la posibilidad del ingreso de nuevos accionistas, los antiguos pueden ver diluido su respectivo estatus tanto político como económico al inferior de la sociedad. La prima de capital, como la llama el artículo 85 de la LGS, intenta paliar o amenguar la pérdida económica aunque no será, en modo alguno, posible obtener igual resultado respecto de la importancia política que tenía el accionista antes del aumento. De manera más clara, aunque solo respecto del efecto patrimonial, ya que el político no es recuperable, el autor español Martínez Fernández señala:

"La razón de ser de la prima se encuentra en la distinción entre los antiguos y los nuevos accionistas, en la medida que han sido los primeros los que han trabajado para que la sociedad llegue al nivel en que se encuentra en el momento de la emisión. De acuerdo con ello y en la medida en que la constitución de reservas sirve para que los valores patrimoniales de la sociedad rebasen la cifra de capital, si esta cifra aumenta sin que lo hagan al mismo tiempo las reservas, se producirá una disminución del porcentaje del excedente patrimonial. Por eso se puede exigir a los nuevos suscriptores una prima proporcional a las reservas constituidas antes de la nueva emisión. De no existir se rompería la igualdad entre los accionistas, el equilibrio entre reservas. Se trata, como ya se apuntó doctrinalmente, de que la con prima sea un medio eficaz para lograr el robustecimiento patrimonial que en la empresa se consigue mediante la constitución de reservas y la justa valoración del activo"(83).

La caracterización de la prima suplementaria de capital no ofrece mayor problema. Se trata del valor que, por encima del -adicional o suplementariamente al- valor nominal de las acciones que se suscriben, debe pagar cualquier suscriptor de nuevas acciones creadas por la sociedad para cubrir un aumento de capital acordado por la junta.

Para el suscriptor es un costo adicional al nominal de las acciones que suscribe. La consideración jurídica de no ser, por tanto, un "aporte" al capital social en el sentido estricto, así como su debido registro contable en una cuenta del patrimonio neto, distinta a la del capital, produce el efecto de no originar para el suscriptor el derecho a reclamar acción alguna a la sociedad ni, para ésta, la obligación de

emitir nuevas acciones a su nombre por el importe de la prima. Para la sociedad, es un ingreso que se registra en la respectiva cuenta del patrimonio neto, distinta a la cuenta Capital Social, que no proviene de las actividades normales de la sociedad, sino de los montos pagados por los suscriptores en adición al valor nominal de las acciones, montos que tienen la respectiva contrapartida en las cuentas disponibles del activo del balance. En definitiva, la sociedad solo emitirá en su favor las nuevas acciones por el equivalente al valor nominal pagado en la suscripción. Finalmente, para los accionistas antiguos de la sociedad significa una operación económica que intenta, a menudo con éxito, mantener el valor patrimonial de sus acciones.

Frente a la consideración en el sentido de que la prima es un "superávit, beneficio o ganancia extraordinaria" que Enrique Elías (84) comparte con buena parte de la doctrina, surgen opiniones discrepantes como la de Manuel de la Cámara quien, refiriéndose a la prima de capital, señala:

"Este fondo puede asimilarse, en cierto modo, al fondo de reserva estatutario o voluntario aunque no se nutra de beneficios, pues bajo ningún concepto cabe considerar la prima como beneficio. Es equivocado suponer que la sociedad experimenta un beneficio por el hecho de colocar sus acciones con un sobreprecio, pues este sobreprecio procede de sus socios, aunque sean éstos los que adquieran esta condición al suscribir por primera vez acciones de la sociedad con ocasión del aumento de capital. La distinción entre lo que es beneficio para la sociedad y lo que es beneficio para el socio es válida en cuanto quiere expresar que las ganancias sociales no pasan automáticamente a poder del socio, sino que permanecen en el patrimonio social hasta que se decida su reparto, pero no debe exagerarse hasta el punto de reputar beneficios los ingresos que la sociedad obtiene a expensas de sus propios socios. La prima de emisión, no es, pues, beneficio sino aportación"(85).

La capitalización de la prima de capital está expresamente permitida por el artículo 233 de la LGS al disponer que ellas "pueden capitalizarse en cualquier momento": El mismo artículo dispone que las primas pueden distribuirse cuando con parte de ellas se ha completado el límite máximo de la reserva legal, admitiendo implícitamente que de manera alterna, el saldo puede ser también capitalizado. Nuevamente en este punto se presenta la discusión respecto a si en la capitalización de las primas se produce un mero traspaso contable o una operación doble de distribución / aporte, a la que nos hemos referido al tratar de la capitalización de las reservas. Por las mismas razones entonces señaladas, consideramos que se trata de una operación de transferencia contable, obviamente precedida del respectivo acuerdo de la junta, elemento que configura jurídicamente el aumento de capital.

4. Excedentes de revaluación

Cuando la LGS incluye en el inciso 3 del artículo 202 la expresión "excedentes de revaluación" como un concepto integrante de las modalidades del aumento de capital por traspaso contable, presupone la existencia de bienes del activo cuyo valor contable difiere de su valor real. Para que el balance refleje "con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad..."(86) resulta necesario que el valor original sea ajustado, agregándole el respectivo diferencial de manera que, luego, el valor del activo o activos de que se trate junto con las demás cuentas del balance, permita tener la certeza de que el balance cumple con los requisitos de claridad y precisión que exige la norma citada. Presupone, además, contar con una pericia técnica que arroje un diferencial que, sumado al valor original, arroje un monto superior al contabilizado. El referido diferencial, después de restársele los ajustes correspondientes a las depreciaciones acumuladas, constituye el "excedente de revaluación" que, conforme a la LGS, es susceptible de ser capitalizado(87).

La discordancia entre el valor real y actual de un bien y su registro contable puede producirse por varias causas. A la valuación inferior a la real al momento de adquirir el bien, se agregan causas como las depreciaciones excesivas, el aumento del valor real del bien mismo(88), la inflación de la moneda. La supresión de tales discordancias viene dada por una operación técnica que se conoce como de "revaluación"(89), la que es expresamente reconocida por el último párrafo del artículo 228 que, al referirse a "los inmuebles, muebles, instalaciones y demás bienes del activo": señala que "tales bienes pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación".

Jurídica y contablemente, la operación antes mencionada tiene por finalidad permitir que afloren las denominadas "reservas ocultas" que, al no aparecer en las cuentas de la sociedad, impiden que el balance refleje "con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad...". Se señalan como "ocultas" en la medida que, por cualquiera de las causas mencionadas, el valor reflejado en la contabilidad es menor que el valor con el que debe figurar el bien en el balance, de modo que no aparecen en el balance. Ello no obstante, la circunstancia de que no aparezcan en el balance no debe entenderse en el sentido que dicha diferencia no exista en la realidad. Baste con señalar, a manera de ejemplo, que si la sociedad decidiera enajenar el bien infravalorado contablemente, el valor de transferencia tendría que ser el valor real o de mercado que dicho bien tenga al transferirse o, por lo menos, el más cercano posible.

Resulta necesario, entonces, determinar:

'... el significado y contenido tanto económico como contable como, por supuesto, jurídico que presentan esos incrementos de valor (90) antes y después de aflorar al balance y, consecuentemente, tipificarlos en ambas situaciones. Por lo que se refiere a los incrementos que aún no muestran reflejo contable, presentan una existencia que podríamos determinar como de mero carácter económico implícito, en el sentido de que no teniendo manifestación contable expresa no podrán ser objeto explícito de operación jurídica alguna. En consecuencia, a la hora de su

tipificación no parece adecuado recurrir a un concepto como el de plusvalías que presenta... un contenido jurídico-formal y jurídico-material determinado, tanto en su condición de fondos susceptibles de operaciones jurídicas, como de sometimiento a gravámenes fiscales"(91).

Para el referido autor, los incrementos "no manifiestos" en la contabilidad quedan tipificados como "incrementos de valor": en tanto permanezcan en dicha situación. En cambio, el término "plus valías " podría quedar limitado a tales incrementos después de haber quedado materializados y manifestados en el balance. No obstante, García-Moreno señala que el uso del término plusvalía,

"...si bien permite discernir fácilmente la realidad a que hace referencia... a la hora de intentar establecer su estricta calificación jurídica y contable plantea graves dificultades... por la propia complejidad del ámbito en que se desenvuelve... como por la misma vulgarización del término... lo que ha conducido al progresivo abandono... de este término, tanto en el ámbito mercantil, como en el fiscal, como en el contable, habiendo sido sustituido en ocasiones por otro de menor indeterminación y más fácil concreción y delimitación.

Así pues, en lo que hace referencia a los incrementos de valor una vez materializados y manifiestos en la contabilidad, podrían ser englobados bajo la denominación de revalorizaciones; 'término que presenta' una doble ventaja, en primer lugar no plantea el peligro de posibles aplicaciones o interpretaciones y, sobre todo, hace directa referencia a la operación que ha generado el afloramiento de tales valores a la contabilidad, poniendo así de manifiesto de forma inequívoca el origen de tales recursos" (92).

Así tipificado y determinado el concepto, debe procederse a señalar, primero, la naturaleza jurídica que corresponde a los incrementos de valor una vez manifestados expresamente en el balance y, segundo, los fines para los cuales puede ser aplicada la reserva de revalorización o de revaluación o "excedente de revaluación":

Respecto de lo primero, existen en la doctrina posiciones que van desde su consideración como una verdadera reserva hasta su calificación como una falsa, reserva, pasando por posiciones medias que le asignan un carácter especial..

Las primeras sostienen que, especialmente, cuando se trata de incrementos reales distintos a los nominales (es decir a aquellos que responden a un mero ajuste por razones monetarias), que son verdaderas reservas pues constituyen cuentas de retención "de un conjunto equivalente de bienes del activo como señala García-Moreno, en su antes citado trabajo. Las segundas, esto es las que consideran al excedente de revaluación como una falsa reserva, señalan que, debido a que su origen habitual está en las plusvalías nominales su inclusión en el balance no modifica el valor neto de la sociedad "sino simplemente registra una modificación de su expresión monetaria", razón por la que no pueden ser consideradas como reservas reales. Finalmente, las posiciones intermedias indican que al referido excedente le corresponde una consideración especial o sui generis desde que "no aporta nuevos recursos a la empresa ni crea

disponibilidades financieras de ningún tipo... (siendo) una reserva potencial, en la medida en que representa un crédito interno no exigible... "(93).

Las razones expuestas nos llevan a señalar que, en la medida que se trate de incrementos reales del valor de un determinado bien, el excedente de revaluación constituye una reserva en el sentido estricto y jurídico. No lo es, en cambio, cuando se trata de incrementos nominales, a los que nos referiremos al analizar el artículo 205, señalando desde ya que se trata de una operación de ajuste del valor para permitir compararlo con el que tenía el mismo bien al cierre del ejercicio anterior, considerando en el ajuste la inflación o deflación de la moneda en el ejercicio.

Si bien en la doctrina mercantil hay una marcada e importante tendencia a admitir la posibilidad de que el excedente de revaluación pueda ser capitalizado, resulta pertinente dedicar nuestra atención a las normas vigentes en nuestro país sobre el particular, para determinar el o los fines a los que puede ser aplicado el excedente de revaluación.

Al respecto, como cuestión general y básica a la vez, debe recordarse que el artículo 221 dispone que "los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados". Como es natural, dicha norma establece la prelación de las disposiciones legales sobre los aludidos principios de contabilidad generalmente aceptados, de modo que, ante un eventual conflicto normativo, prevalecerá la disposición legal sobre los principios contables. Teniendo en cuenta lo anterior, debe indicarse que la aplicación del excedente de revaluación a la cobertura de un aumento de capital está expresamente permitido por el inciso 3 del artículo 202, norma que, a su vez, ha sido precedida por el último párrafo del artículo 228, en cuanto a la posibilidad legal de efectuar la revaluación previa comprobación pericial. De manera concordante, el Consejo Normativo de Contabilidad(94) ha dispuesto la inclusión en las cuentas del Plan Contable General Revisado, de la cuenta divisionaria 573 Valorización Adicional, en la cuenta 57 Excedente de Revaluación, "para el registro del incremento patrimonial por valorización adicional de los inmuebles, maquinaria y equipo, hasta su real cobertura patrimonial". Finalmente, los dos últimos párrafos de dicha resolución se refieren inequívocamente a la posibilidad de que el excedente de revaluación sea capitalizado.

Para los fines de este trabajo, a modo de conclusión, debe señalarse primero, que la LGS admite expresamente la revaluación de los bienes del activo, previa comprobación pericial. Tal referencia, a su vez, admite implícitamente que la operación de revaluación permite aflorar las reservas ocultas con las que cuenta la sociedad y, finalmente, habiendo perdido su condición de ocultas siendo, por el contrario, reservas explícitas formalmente expresadas en el balance (y específicamente en la cuenta del patrimonio neto "excedente de revaluación"), ellas pueden ser materia de capitalización, mediante el proceso contable de conversión de reservas en capital.

VIII. LA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE AUMENTO

1. Aspectos generales del derecho de suscripción-preferente

Según se trate de aumentos de capital con cargo a recursos propios o de recursos nuevos que ingresan a la sociedad, el acuerdo de aumento de capital requiere ser ejecutado, hasta el punto en que hayan ingresado al activo social, real y efectivamente, los nuevos aportes o los recursos propios hayan sido transferidos a la cuenta capital.

Si se trata de lo primero, sin perjuicio del requisito sustancial de la "entrega" de los aportes, nos encontramos frente a requisitos básicamente de orden formal, como el del otorgamiento de la escritura pública, su inscripción registral así como el consecuente registro(105), emisión y entrega de las nuevas acciones a quienes tienen derecho a recibirlas.

Tratándose del aumento por nuevos aportes, dinerarios o no, o por capitalización de créditos contra la sociedad, el aspecto central de esta etapa es el ejercicio del derecho de suscripción preferente que la LGS reconoce y que no puede ser negado ni desconocido por el estatuto ni por la junta, salvo los casos de excepción y de exclusión que se indican más adelante. Ciertamente, también en esta forma de aumento, como fase final, será necesario cumplir los requisitos formales a que hemos hecho referencia. Con esta breve introducción pasamos a referirnos al derecho indicado.

El derecho de suscripción preferente, como se sabe, confiere a los accionistas la facultad de suscribir las nuevas acciones que se hayan creado para el aumento, a prorrata de su participación en el capital social (106). En apretada síntesis, la doctrina más generalizada y reconocida, considera que el derecho de suscripción preferente es:

"...la potestad que la ley atribuye a los socios en los aumentos de capital para suscribir acciones nuevas en cuantía proporcional a las acciones antiguas poseídas"(107).

El derecho de suscripción preferente nace como respuesta a la dilución de las participaciones accionarias que se podían producir en cada aumento de capital en el supuesto de que el accionista o no quisiera o pudiera intervenir en él, suscribiendo las nuevas acciones que se emitían. El efecto era no solo la disminución de su porcentaje participatorio sino también la pérdida de su influencia política al interior de la sociedad. Había entonces una merma de la posición económica y de la posición política del accionista, respecto de los demás. El derecho de suscripción preferente también responde a la necesidad' de evitar que ingresen a la sociedad socios cuya presencia pudiera resultar perturbadora para la marcha social o para los intereses de los socios.

Como siempre, o casi siempre sucede, la realidad precede al Derecho. Frente al peligro de la disminución económica y política de la posición del accionista

derivada de su falta de participación en el aumento de capital, se ofrecieron medidas que trataban de paliar tales efectos negativos. Una de éstas es, precisamente, el derecho de suscripción preferente, primero como una práctica contractual manifestada en el estatuto y luego -desde comienzos del siglo XX- con el reconocimiento generalizado que le asignó el derecho positivo. Otra de las medidas es la prima suplementaria de capital, establecida no para impedir el ingreso de terceros, sino para que éstos se incorporen a las condiciones económicas que supongan el reconocimiento a los antiguos accionistas del esfuerzo realizado para colocar a la sociedad en condiciones de solvencia presente y proyecciones sólidas hacia el futuro(108). Otra medida es la transmisibilidad del derecho de suscripción preferente a quien el accionista juzgue conveniente a sus intereses, mediante el mecanismo de los certificados de suscripción preferente.

Sostiene Sánchez que el peligro de la dilución no era el único. También debía considerarse como tal la posibilidad de que se crearan sociedades con capitales que no respondieran a las reales necesidades de la empresa y cuya finalidad última era diluir a determinados accionistas. Por eso, Sánchez se remonta a las normas legales que prohibieron recurrir a los aumentos de capital cuando se encontraban impagos los aumentos anteriores; es decir, a aquellos supuestos de aumentos cuando existían dividendos pasivos. Las legislaciones, unánimemente, recurrieron a esta prohibición la misma que está recogida en el artículo 204. Señala(109) que la norma tiene una explicación muy clara que justificaría ese carácter: la de que no hay motivo de aumentar el capital para conseguir nuevos medios si la sociedad está condicionada de procurárselos usando el cauce normal de reclamación de dividendos pasivos; en otro caso sería muy difícil retribuir un capital que crece con cada nueva emisión. Se entiende así que la norma aspira en realidad a evitar el progresivo endeudamiento de la sociedad ya impedir la acumulación de promesas no obstante la disminución de sus posibilidades de cumplimiento. Tal sería la ratio de este precepto".

Según el mismo autor, ese razonamiento no ofrece una explicación suficiente porque ante la incongruencia de aumentar el capital en lugar de reclamar los dividendos pasivos, aparecen de nuevo el fraude y los abusos.

"Por lo demás, el fenómeno(110) resulta explicable. La progresiva privatización que desde mediados del siglo XIX venía experimentando la sociedad anónima, había dado lugar a toda clase de combinaciones estatutarias en las que los fundadores y administradores buscaban garantizarse posiciones ventajosas y situaciones de privilegio a las que la práctica del derecho de suscripción tampoco pudo permanecer ajena. Las reservas anticipadas con respecto a esta prerrogativa y su reconocimiento exclusivo en favor de personas determinadas tuvieron como consecuencia que la ejecución de los aumentos de capital se orientara más por deseos de especulación que por sanos impulsos de fortalecimiento de las empresas... En realidad, éstos eran los auténticos peligros del aumento de capital; y la práctica del derecho de suscripción probablemente contribuyó más a suscitarlos que a prevenirlos: las comisiones bajo la par sin previo desembolso de

los títulos anteriores el derecho estatutario de opción ofrecieron así un cómodo camino a la realización de rápidas ganancias a costa de transformar las acciones en simples instrumentos de especulación"(111).

Básicamente entonces, el derecho de suscripción preferente responde -o pretende hacerla- a la necesidad de evitar, de un lado, la disminución del valor económico de las acciones antiguas y, del otro, la pérdida de la importancia del accionista antiguo al interior de la sociedad, pudiéndose llegar incluso a la pérdida definitiva de la posibilidad de ejercitar determinados derechos para los cuales la legislación o el estatuto requieran determinado porcentaje de acciones (112).

Con tales consideraciones se entiende la resistencia de algunos sectores doctrinarios de considerar al derecho de suscripción preferente como uno de los derechos de "contenido económico", en la clasificación tradicional de derechos del accionista consistente en separarlos en derechos "económicos" de un lado y "políticos" de otro. Como se aprecia, el derecho de suscripción preferente tiene elementos que permiten excluirlo de tal clasificación pues tiene, claramente, un doble contenido: económico y político.

Entrando en materia, debe señalarse que, frente al exiguo tratamiento que la anterior LGS daba al derecho que se analiza (113), la vigente LGS tiene un régimen amplio y detallado en los artículos 207, 208 Y 209 Y en otros, que se analizan seguidamente en sus partes sustanciales.

2. El titular del derecho de suscripción preferente

De las disposiciones contenidas en los artículos 91, 95 Y 96 queda claro que la LGS reconoce al accionista inscrito en la matrícula de acciones, como el titular del derecho, sea que se trate de acciones con derecho a voto (a cuyo titular, además, se le confiere derecho de preferencia para suscribir las obligaciones convertibles en acciones, conforme al artículo 316) o de acciones sin derecho a voto.

Es conveniente hacer algunos comentarios respecto a diversas situaciones que se presentan respecto del ejercicio del derecho de suscripción preferente derivado de esta titularidad. En primer término, debe analizarse el caso de las acciones que aparecen en la matrícula de acciones a nombre de una! persona casada, para determinar si, en tal supuesto, se requiere la intervención del cónyuge.

No ofrece problema el ejercicio o la transferencia del derecho de suscripción preferente que corresponde a las acciones adquiridas antes del matrimonio o durante un matrimonio en el que existe régimen de separación patrimonial dado que se trata de bienes propios conforme al inciso 2 del artículo 302 del Código Civil(114). En estos casos, el ejercicio o la transferencia corresponden al cónyuge que aparece inscrito como tal en la matrícula de acciones, por aplicación del artículo 91.

El problema se suscita cuando se trata de persona casada titular de acciones adquiridas durante el matrimonio, que tienen la condición de bienes comunes y que aparecen en la matrícula a su nombre y no de ambos cónyuges o a nombre de la sociedad conyugal o de convivientes en los casos que la norma civil concede derechos a ambos. Se trata, entonces, de determinar si, con arreglo a las normas del Código Civil, el ejercicio o la transferencia(115) del derecho de suscripción preferente debe contar con el consentimiento de ambos cónyuges o si es válida la intervención de solo quien aparece como titular de las acciones en la matrícula.

La circunstancia de que la práctica haya encontrado solución a las diversas cuestiones jurídicas que tiene el problema enunciado, no es suficiente para llegar a una conclusión válida teniendo en cuenta nuestro ordenamiento legal. En efecto, en la práctica, el adquirente de una acción o del certificado de suscripción preferente, exigirá la intervención del cónyuge, como medida de seguridad, pero no por considerar que esa exigencia sea la apropiada desde el punto de vista jurídico.

Para el análisis, que necesariamente debe ser breve dado que no es el tema central de este artículo, se tiene que considerar, de una parte, el citado artículo 91 que señala que "la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones": De otro lado, el artículo 315 del Código Civil dispone: "Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales".

Si la LGS dispone que la sociedad considera "propietario" al inscrito en la matrícula, es evidente que le reconoce la titularidad de todos los atributos que derivan de la propiedad, entre ellos, los de conservación, administración y disposición. Como quiera que la LGS no impone ninguna restricción al respecto, una primera conclusión tendría que ser que el titular inscrito puede, libremente, realizar actos de cualquiera de las naturalezas señaladas. Sin embargo, esta posición, que implica aplicar la norma especial (la LGS) con preferencia sobre la norma general (el Código Civil), no parece ser congruente con el carácter tutelar y de norma imperativa que tiene el artículo 315 del Código y, en general, las normas que regulan el régimen de sociedad de gananciales en el matrimonio.

En este sentido, una primera cuestión se plantea en torno a si la sociedad debe aplicar el artículo 91, obviando otras consideraciones que impone la diligencia ordinaria. Por ejemplo, no referimos al caso de acciones suscritas al constituirse la sociedad, en cuya escritura debió haberse hecho constar obligatoriamente el estado civil del fundador 'y el nombre del cónyuge de ser casado'(116). A mayor abundamiento, el artículo 37 del Reglamento del Registro de Sociedades (117) dispone lo siguiente: "Para la inscripción del pacto social y del aumento de capital, los cónyuges son considerados como un solo socio, salvo que se acredite que el

aporte de cada uno de ellos es de bienes propios o que están sujetos al régimen de separación de patrimonios, indicándose en el título presentado los datos de inscripción de la separación en el Registro Personal". Parecería entonces que, al menos en los casos de constitución y de aumento de capital, la sociedad no puede obviar la consideración de casado(a) que corresponde al socio fundador o al socio que efectúa un aporte en un aumento del capital social, desde que tal condición resulta de documento público inscrito en el registro señalado. Por dichas razones, la sociedad tendría que exigir que los actos de disposición o de gravamen (que incluiría los actos de "afectación" o de imposición de restricciones u otros similares) de las acciones a que se refiere el artículo 315 del Código Civil, se realicen con la firma conjunta de ambos cónyuges.

De otro lado, aplicando la presunción iuris tantum de nuestra legislación civil (118), las acciones que aparecen en la matrícula a nombre de una persona casada constituyen parte del patrimonio de la sociedad de gananciales, salvo que se trate de bienes propios o que se haya efectuado la separación patrimonial en debida forma. Como quiera que el derecho de suscripción preferente deriva (119) directamente de la propiedad de las acciones, tendría que concluirse que el ejercicio de aquél corresponde a la sociedad conyugal. De esta manera, el acto de suscripción de las nuevas acciones constituiría un acto de disposición de bienes comunes, sea porque al suscribir las nuevas acciones se dispone de los recursos de la sociedad conyugal o porque, si se transfiere el derecho de suscripción, se dispone de un derecho que pertenece a la sociedad conyugal. En ambos casos, por aplicación del artículo 315 del Código Civil, sería indispensable la intervención de ambos cónyuges, no obstante que esa misma norma excluye de ese requisito a los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges (120).

No obstante lo antes expuesto, para el análisis resulta necesario recordar que el derecho de suscripción preferente busca permitir al accionista el mantenimiento de su estatus político y económico al interior de la sociedad, quedando obligado al aporte del caso, siempre que decida mantener dicha posición, total o parcialmente. A su vez, si no quiere o no puede efectuar tal aporte tiene el recurso de transferir su derecho de suscripción preferente para, de esa manera, amenguar la pérdida económica que supone la dilución de su participación accionaria. A este respecto, corresponde entonces determinar si nos encontramos frente a actos de conservación, de administración o de disposición propiamente dichos. El profesor español Aguilera de la Cierva señala:

"(la naturaleza del acto)... de administrar constituye una de las tres actividades posibles de un sujeto, desde un especial punto de vista. En efecto, el sujeto puede limitarse a conservar un bien o patrimonio; puede administrarlo, obteniendo su rendimiento normal; finalmente, puede desprenderse de él o someterlo a cualquier modificación jurídica, todo lo cual cabe englobarlo en el concepto de disposición, entendido en su sentido más amplio"(121).

Teniendo en cuenta lo anterior, puede señalarse, en nuestra opinión, que el ejercicio del derecho de suscripción de acciones es un acto de conservación del

patrimonio común, pues es coincidente con la necesidad de preservar el referido estatus accionario, aun cuando para ello se utilicen recursos del caudal común, acto para el cual no se requiere la intervención de ambos cónyuges. Si se considera que la naturaleza del derecho es permitir la conservación del estatus del accionista al interior de la sociedad o, dicho de otra manera, evitar que se deteriore la importancia cualitativa y cuantitativa del accionista, tiene que concluirse que se está frente a un acto de conservación del patrimonio conyugal. Al ejercer el derecho se evita total o parcialmente la dilución accionaria (en el supuesto, claro, de la suscripción de todas o parte, respectivamente, de las acciones que le corresponden).

A su vez, la transferencia del derecho de suscripción, materializada en la del certificado de suscripción, es uno de disposición pues significa, en palabras de Aguilera, desprenderse del derecho o someterlo a modificación jurídica, y para su validez se requiere la intervención de ambos cónyuges. Es cierto que al disponer del derecho o transferirlo a título oneroso, se busca limitar la pérdida económica que pudiera sufrir la sociedad conyugal (sin que sea posible evitar la pérdida de la importancia "política" del accionista al interior de la sociedad), pero no es menos cierto también que finalmente la sociedad conyugal se ha desprendido de un derecho que le corresponde y lo ha "modificado" jurídicamente sustituyéndolo por dinero u otros bienes, según sea el caso. En este orden de ideas, también tendría que sostenerse que no ejercitar el derecho de suscripción es un acto de disposición pues entraña la renuncia, tácita o expresa, de un derecho de carácter económico que corresponde a la sociedad conyugal, y la consiguiente pérdida o dilución del estatus jurídico que tenía antes del aumento.

Otro aspecto relacionado con la legitimación para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, es el relativo a las acciones en copropiedad. El artículo 89 exige que los copropietarios designen a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Es entonces dicho representante quien estará legitimado para la suscripción de las nuevas acciones asignadas en común a quienes son copropietarios, así como para disponer del derecho si se considera lo antes señalado, en el sentido de tratarse de actos de administración y no de disposición. Naturalmente, las facultades del representante a este respecto tienen que ser expresas. A igual conclusión debe llegarse cuando se trata del usufructuario de acciones o del acreedor prendario, supuesto que en el respectivo documento de constitución de la prenda o del usufructo se haya establecido que el nudo propietario se desprende de esos derechos inherentes a la condición de socio a favor del acreedor prendario o del usufructuario. En cuanto se refiere a las acciones materia de medidas cautelares, el artículo 110 es claro al señalar que ellas no implican la pérdida o suspensión de los derechos de accionista, entre ellos el de suscripción de nuevas acciones, lo que hace más cuestionable algunas medidas judiciales que, cautelarmente pero en contra de la norma legal expresa señalada, han dispuesto la suspensión de todos los derechos de accionista, incluyendo el de suscripción preferente.

3. Los casos en los que opera el derecho

La LGS define que el derecho solo opera en los casos de "nuevos aportes": Con tal referencia, quedan incluidos los nuevos aportes dinerarios y los no dinerarios. Respecto de estos últimos, debe tenerse en cuenta que los artículos 213 y 214, sobre aportes no dinerarios y créditos contra la sociedad, exigen que se reconozca el derecho de suscripción preferente, en los términos que se analizarán más adelante. Igualmente opera en los casos de emisión de obligaciones convertibles, por aplicación del inciso b) del artículo 95 y del artículo 316.

4. Los casos en los que no opera el derecho

Es importante, en nuestro parecer, analizar los casos en los que queda excluido el derecho de suscripción preferente. Tanto en el aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones(122) como en los supuestos del inciso 3 del artículo 203(123), existe la misma razón: las nuevas acciones tienen destinatarios forzosos: los obligacionistas de un lado y los propios accionistas del otro, respectivamente. Igual sucede en los casos de reOrganización de sociedades, en los que los destinatarios forzosos son los accionistas o socios de las sociedades que se extinguen en virtud de la fusión o por escisión, así como los accionistas de las sociedades que reducen su capital por esta última causa.

Otro de los supuestos en los que no opera el derecho de suscripción preferente es el relativo a las opciones para suscribir nuevas acciones, previsto en el artículo 103(124). En este caso, la razón sigue siendo la misma, la existencia de destinatarios forzosos de las nuevas acciones, esto es, los titulares de la opción, quienes solo han podido acceder a tal calidad por decisión de todos los accionistas de la sociedad reunidos en junta. En efecto, como el propio artículo señala, la opción solo puede otorgarse "con el voto favorable de accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto".

Tampoco opera el derecho de suscripción preferente en el caso del accionista moroso en el pago de los dividendos pasivos a su cargo, por mandato expreso del artículo 79. Esta disposición queda reiterada por el segundo párrafo del artículo 207, conforme al cual "no pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia".

De otro lado, el derecho de suscripción preferente no opera en los casos del artículo 259, que incorpora en nuestra legislación societaria la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, inexistente en la LGS anterior, que consiste en extraer de la esfera de derechos de los antiguos accionistas el de suscripción preferente, para que las nuevas acciones que se emitan para cubrir un aumento de capital sean ofrecidas a terceros y suscritas y pagadas por éstos, sin tener que recurrir al paso previo y obligatorio de ofrecerlas a los accionistas antiguos, quienes, inevitablemente, verán disminuida su importancia económica y

política al interior de la sociedad, lo que constituye, precisamente, la finalidad última del derecho de suscripción preferente.

La incorporación legislativa señalada ha seguido la tendencia de la legislación comparada, en el sentido de admitir la exclusión, aun cuando, al menos por ahora en el Perú, solo resulta de aplicación a las sociedades anónimas abiertas. Respecto de las demás modalidades de la sociedad anónima, la regular y la cerrada, la exclusión solo será posible cuando así sea decidido por la unanimidad de los accionistas reunidos en junta, así como en los casos de aumento de capital por nuevos aportes en que queden acciones sin suscribir por los accionistas de la sociedad, siempre que así se hubiera previsto en el respectivo acuerdo. Como se observa estos dos casos no son, propiamente, supuestos de exclusión, sino casos en los que los propios accionistas han decidido no ejercer su derecho de suscripción preferente. Los antecedentes de la legislación comparada son los siguientes:

a. El Derecho francés, desde 1935 pasando por las reformas de 1966, 1967 Y posteriores, admitió tal posibilidad cuando así fuera decidido por la junta, constituida con quórum reforzado y adoptada con mayoría calificada, previo informe sustentatorio de los administradores, verificado -en cuanto a la exactitud de los datos- por los comisarios de cuentas.

b. En Italia, la exclusión se permite desde el Código Civil de 1942 por acuerdo de la junta, adoptado por mayoría calificada; ella debe sustentarse en razón del interés de la sociedad o cuando se ofrecieran las acciones a los trabajadores, limitándose en este último caso a la cuarta parte de las nuevas acciones.

c. En la legislación alemana se admite la supresión del derecho desde 1937, con el solo requerimiento de una mayoría reforzada(125).

d. La Directiva 77/91/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 1976, reconoce la competencia de la junta para excluir el derecho de suscripción preferente, en los aumentos de capital. Por excepción permite a las legislaciones nacionales "prever que los estatutos, la escritura de constitución o la junta general, que actuará de acuerdo con las normas de quórum, mayoría y publicidad previstas en el párrafo 411, puedan otorgar el poder de limitar o suprimir el derecho preferente al órgano de la sociedad habilitado para decidir la ampliación del capital suscrito dentro de los límites del capital autorizado...'(126) .

e. La vigente Ley de Sociedades Anónimas de España, reconoce como derecho mínimo del accionista al derecho de suscripción preferente en el apartado 2, b del artículo 48 y admite, en el artículo 159, la exclusión, total o parcial, del derecho de suscripción preferente por la junta "en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija". La exclusión se sujeta a que la junta se reúna con los requisitos establecidos para la modificación estatutaria, siendo imprescindible además que en la convocatoria se haya hecho constar la propuesta de supresión del derecho y el tipo de emisión de las nuevas acciones; que se ponga a disposición de los accionistas una memoria justificativa elaborada por los administradores y un

informe elaborado bajo su responsabilidad por el auditor de cuentas de la sociedad respecto al valor real de las acciones y la exactitud de los datos contenidos en la memoria; que el valor nominal de las acciones a emitir más, en su caso, el importe de la prima de emisión se corresponda con el valor real que resulte del informe de los auditores de cuentas.

Se agrega que "no habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad".

f. En los Derechos norteamericano e inglés hay un progresivo debilitamiento del derecho de suscripción preferente del accionista, el mismo que se ha refugiado en las normas estatutarias de cada sociedad(127).

g. La legislación argentina, siguiendo a la italiana, permite que la junta extraordinaria pueda resolver en casos particulares y excepcionales la limitación o la supresión del derecho de suscripción preferente, si el interés de la sociedad lo exige; se requiere que el asunto haya sido incluido en el orden del día y se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes' (artículo 197 de la Ley de 25 de abril de 1972). Obsérvese que se establece también que "el accionista a quien la sociedad prive del derecho de suscripción preferente, puede exigir judicialmente que ésta cancele las suscripciones que le hubieran correspondido" así como que "si por tratarse de acciones entregadas no puede procederse a la cancelación prevista, el accionista perjudicado tendrá derecho a que la sociedad y los directores solidariamente le indemnicen los daños causados. La indemnización en ningún caso será inferior al triple del valor nominal de las acciones que hubieran podido suscribir..." de haber ejercitado el derecho de suscripción preferente.

h. La ley brasileña sobre sociedades anónimas, N° 6404 de 15 de diciembre de 1976, en su artículo 168, inciso 1, párrafo d), permite que el estatuto conceda autorización para aumentar el capital social, autorización que deberá especificar "los casos y las condiciones en que los accionistas tendrán derecho de preferencia para la suscripción, o la inexistencia de ese derecho. A su vez, el artículo 172 precisa que el estatuto de una compañía abierta que concediera autorización para aumentar el capital, puede prever la emisión sin derecho de preferencia para los antiguos accionistas, de acciones, debentures o partes beneficiarias convertibles en acciones y bonos de suscripción, cuya colocación se haga mediante venta en bolsa de valores o suscripción pública o permuta por acciones, en oferta pública de adquisición de control.

La idea básica que subyace en los regímenes legales que admiten la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, es admitir el ingreso de nuevos accionistas que permita a la sociedad contar con determinados recursos que los socios antiguos no están en condiciones de aportar. No solo se trata de la cuantía de los recursos a aportar, sino también -en forma conjunta o separada- de la conveniencia del ingreso de determinadas personas como accionistas de la sociedad. Nadie duda de la conveniencia de facilitar el ingreso a una sociedad que

opera en el ámbito local, de un tercero que opera en el mismo giro pero con ramificaciones internacionales; o de una sociedad cuyo aporte tecnológico, además del necesario aporte económico, va a colocar a la sociedad receptora en condiciones de liderazgo; o de otra empresa que pueda poner a disposición de la receptora diferentes y más variados y amplios canales de distribución a aquellos con los que cuenta en el momento; o de otra sociedad que tiene un nombre comercial acreditado internacionalmente.

La consideración básica es, entonces, de carácter económico y gira en torno al concepto de interés social. Sin embargo, frente al interés social se opone el interés de los antiguos accionistas de mantener el valor de su participación y su influencia al interior de la sociedad, derecho que, por las razones arriba mencionadas, resulta declarado como uno de los derechos mínimos e inderogables del accionista. José Carlos Sánchez González señala frente a estas posiciones que pueden llegar a resultar opuestas:

"Sin embargo, el reconocimiento del carácter absoluto del derecho de suscripción preferente podría impedir que ingresaran en la sociedad determinadas personas cuya participación o aportación de ciertos bienes al patrimonio social sería beneficiosa para aquélla" (128).

Teniendo en cuenta esas consideraciones, el artículo 259 ha optado por admitir la posibilidad de excluir el derecho de suscripción en las sociedades anónimas abiertas, con las siguientes características:

Debe tratarse de un aumento de capital por "nuevos aportes", de modo que es aplicable cuando se trate de aportes dinerarios o no dinerarios, aun cuando en la práctica esta modalidad se utilice casi de modo exclusivo y excluyente para los primeros, es decir los aportes dinerarios.

La decisión de excluir el derecho de suscripción preferente corresponde a la junta de accionistas.. Se plantea la cuestión de si esta facultad de la junta puede ser materia de delegación en el órgano administrador. Por las consideraciones expuestas anteriormente, relativas a la delegación en el órgano administrador, nos inclinamos por una respuesta positiva, en la medida que el acuerdo de junta así lo señale explícitamente o que así resulte de la propuesta de aumento de capital presentada por el directorio.

Los requisitos señalados en los dos incisos del artículo 259 no tienen, en nuestra opinión, la condición de *numerus clausus*, en el sentido que el estatuto válidamente puede imponer requisitos adicionales. El legislador ha optado por establecer requisitos mínimos que, sin duda, pueden ser aumentados por el estatuto. En igual sentido cabría opinar respecto del acuerdo que adopte la junta sobre el particular.

En cuanto a los requisitos formales, el inciso 1 exige que el acuerdo de exclusión haya sido adoptado "en la forma y con el quórum que corresponda conforme a lo establecido en el artículo 257 y que además cuente con el voto de no menos del cuarenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto": A su vez, el

último párrafo del mismo artículo dispone que "excepcionalmente, se podrá adoptar el acuerdo con un número de votos menor al indicado en el inciso 1. anterior, siempre que las acciones a crearse vayan a ser objeto de oferta pública". Como se aprecia, la norma de excepción citada para los casos de oferta pública, permite adoptar el acuerdo de exclusión del derecho de suscripción preferente con "un número de votos menor al indicado en el inciso 1 anterior": pero no señala cuál es el mínimo requerido. Al respecto, debe considerarse que, cuando se trata de ofertas públicas, no se requiere cumplir con el requisito del voto favorable del 40%, sino con el requisito constituido por la regla general para los acuerdos de la junta de la sociedad anónima abierta, contenida en el quinto párrafo del artículo 257; esto es, bastará con que el acuerdo se adopte con la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en junta.

. El inciso 2 establece un requisito de fondo y, a la vez, subjetivo: que el aumento no esté destinado, directa o indirectamente, a mejorar la posición accionaría de alguno de los accionistas. Es claro que la intención de la norma es no permitir que, por la vía del acuerdo mayoritario, se vulnere o más bien dicho se excluya el derecho sustantivo de la suscripción preferente. A este respecto, Enrique Elías opina:

"Ahora bien, la oferta de las acciones para el aumento de capital solo debe perseguir la obtención de un capital adicional. Es por ello que el inciso 2. de la norma bajo comentario señala como requisito que el aumento no puede estar destinado, ni directa ni indirectamente, a mejorar la participación de alguno de los accionistas. Lo anterior permite apreciar con mayor claridad que este artículo tiene por finalidad exclusiva permitir que la sociedad anónima abierta satisfaga sus necesidades financieras vía aumentos de capital mediante nuevos aportes de verdaderos terceros"(129).

En línea con esta opinión, solo cabe agregar que el acuerdo que infrinja el requisito señalado, es susceptible de ser impugnado. El requisito es de carácter imperativo y en este sentido, resultan de aplicación las normas de los artículos 139 o, alternativamente, 150.

5. La suspensión del ejercicio del derecho de suscripción preferente

Los artículos 79 y 207 contienen normas que se complementan. De su análisis conjunto resulta que el accionista moroso en el pago de los dividendos pasivos no puede ejercer el derecho que se analiza, precisando el segundo Párrafo del artículo 79 que la restricción es respecto de dichas acciones, esto es de las acciones que tienen dividendo pasivo en mora, acciones que no se computan para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia.

En cambio, si tal accionista tiene otras acciones pagadas totalmente o pagadas en forma parcial, pero con plazo vigente para el pago del dividendo pasivo, podrá ejercer el derecho respecto de estas acciones y ellas deben computarse para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia.

Obsérvese que mientras el artículo 79 dispone que el accionista con dividendo pasivo en mora "no tendrá" el derecho, el artículo 207 señala que "no puede ejercer el derecho". Como se sabe es cosa distinta tener el derecho y ejercerlo. Tratándose de dos disposiciones complementarias entre sí, debe concluirse que estamos frente a un supuesto de suspensión del ejercicio derecho y no a uno de eliminación del derecho mismo. La suspensión es respecto de uno o más aumentos de capital, según se extienda en el tiempo la situación de mora, pero solo mientras dure esa situación de morosidad. Téngase en cuenta que, en el mismo sentido, el propio artículo 79 contiene otro caso de suspensión, cuando reconoce que el accionista moroso tiene derecho a los dividendos pero éstos no se pagan al accionista sino que se aplican a cubrir su deuda frente a la sociedad.

6. El contenido del derecho de suscripción

Respecto de las acciones con derecho a voto, el inciso 4 del artículo 95 dispone que el accionista tiene derecho a "ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para: ... a) la suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y, b) la suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones": Analicemos esta norma:

. El ejercicio del derecho de suscripción preferente no es irrestricto y así lo declara la LGS en el inciso que comentamos, cuando exige que se ejerza en la forma prevista en esta ley (130). A este respecto, nuevamente tiene que señalarse que los requisitos legalmente establecidos tienen el carácter de mínimos y, por ello, el acuerdo de la junta o el propio estatuto pueden establecer "formas" adicionales que deberán ser cumplidas por los accionistas en la oportunidad debida. Lo que no puede admitirse es establecer requisitos de entorpezcan o hagan más oneroso el derecho de suscripción preferente del accionista. En este sentido, resulta válido decidir, por ejemplo, que quien desee suscribir después de terminada la segunda rueda, todas o una parte mayor a la que le corresponda, de las acciones no suscritas en la primera, lo señale expresamente por escrito al suscribir sus acciones en la primera; igualmente es válido exigir que el pago de las acciones que se suscriban se haga mediante depósito en una cuenta de la sociedad, mediante cheque certificado u otros mecanismos de pago razonables.

. El artículo 207 precisa que el derecho consagrado por el inciso 4, literal a) del artículo 95, opera respecto de "las acciones que se creen" en inequívoco señalamiento de "nuevas" acciones. Es pertinente referirse, entonces, a los acuerdos de la junta que deciden que el aumento de capital por nuevos aportes quede representado en el aumento del valor nominal de las acciones en circulación. Al margen de que el aumento pueda quedar representado por nuevas acciones o por el aumento del valor nominal, lo que parece ser evidente en nuestra opinión, es que cuando tiene, por mandato legal, que reconocerse el derecho de suscripción preferente, solo es posible acordar que el aumento quede representado en "nuevas" acciones, excluyendo la otra forma de representación. Ello simplemente a partir del argumento de que acordar el incremento del valor nominal de las acciones, equivale a imponer a los accionistas la obligación de

efectuar nuevas aportaciones a la sociedad, en directa contravención a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 199.

. La expresión "los demás casos de colocación de acciones" que contiene la norma que señala el ámbito de aplicación del derecho de suscripción preferente, está referida a la colocación de "nuevas" acciones y, por consiguiente excluye los supuestos de colocación de acciones en circulación. En este caso, tiene que afirmarse que la naturaleza jurídica del derecho de suscripción preferente es sustancialmente distinta a la que corresponde al derecho de "adquisición" preferente que, para que opere, debe estar expresamente consagrado en el estatuto. Así, mientras que éste deviene del estatuto o de los convenios de accionistas, el derecho de suscripción preferente está impuesto por la ley y no puede ser desconocido o limitado, sino en los casos expresamente establecidos por la LGS. Cuando la norma se refiere a "los demás casos de colocación de acciones" lo hace inequívocamente a los supuestos de colocación de las acciones que la sociedad tiene en cartera y que han sido creadas en aplicación del artículo 98, de modo que son acciones no suscritas ni pagadas(131). Si el inciso 4 del artículo 95 bajo comentario enuncia el derecho y el artículo 207 lo desarrolla y éste establece que el derecho de suscripción preferente queda limitado a las acciones que se creen en el aumento de capital por nuevos aportes, no se entiende cómo puede sostenerse que hay derecho de "adquisición" preferente en los casos que la sociedad transfiera acciones de propia emisión previamente adquiridas, bajo el argumento de que la ley se refiere a los casos de colocación de acciones.

El inciso b) del artículo que se analiza, consagra el derecho de los accionistas a suscribir con preferencia las obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones. La referida norma se reitera en el artículo 316 (132). Sobre este particular, Enrique Elías se refiere en los términos siguientes: "La conversión de obligaciones en acciones determina el aumento del capital y la creación de nuevas acciones que deben ser entregadas a los obligacionistas que, según los términos de la escritura pública de emisión, adquieran o ejerzan el derecho a suscribir las acciones que les correspondan. Para evitar que los accionistas vean diluida su participación como consecuencia de la conversión, ellos tienen derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles. Nótese que el derecho preferente se ejerce cuando se emiten las obligaciones convertibles y no en el momento en que se realiza la conversión en acciones. Al respecto, Alberto Tapia Hermida señala:

"Dado que la emisión de obligaciones convertibles conduce -al menos potencialmente- a una ampliación de capital diferida en la que los accionistas carecerán del derecho de suscripción preferente..., es lógico que se anticipe esa medida de protección de los accionistas antiguos al momento de la emisión de las obligaciones convertibles... Se trata de una técnica de "compensación" en virtud de la cual se concede al accionista un derecho de suscripción en la emisión de obligaciones convertibles para permitir que proteja su eventual interés a mantener una posición equivalente cuando tales obligaciones se conviertan en acciones y se incremente el capital social (133).

Según lo señalado en el punto anterior, los titulares de acciones con derecho a voto, tienen el derecho preferencial de suscribir las obligaciones convertibles en acciones u otros títulos con igual calidad, que emita la sociedad. Igual derecho asiste a los titulares de acciones sin voto.

Es interesante anotar que no está previsto el caso inverso, es decir, no se concede a los titulares de las obligaciones u otros títulos convertibles en acciones, el derecho a suscribir preferentemente las nuevas acciones que emita la sociedad para ser pagadas mediante aportes dinerarios.

No obstante, el segundo párrafo del artículo 97 de la Ley del Mercado de Valores(134), en cuanto se refiere a "bonos"(135), si bien no otorga el derecho de suscripción preferente para los bonistas, establece y regula un mecanismo protector que les asegura que la relación de intercambio existente entre los bonos y las acciones a la fecha de emisión de las obligaciones se mantendrá durante la vigencia de la misma, mecanismo que se expresa de la siguiente manera: "Mientras existan bonos convertibles, si se produce un aumento de capital con cargo a utilidades o reservas o se reduce el capital por pérdidas, se deberá modificar la relación de cambio de los bonos por acciones en proporción a la cuantía del aumento o la reducción, de forma tal que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas. Asimismo, en los casos de aumento de capital por nuevos aportes se deberá efectuar el respectivo ajuste en la fórmula de conversión de bonos convertibles en acciones".

Por último, el tercer párrafo del artículo 101 de la Ley citada, admite que la sociedad decida, en el propio contrato de emisión, otorgar a los titulares de los bonos el derecho de suscripción preferente, como se ve a continuación: "Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, el contrato de emisión de los bonos convertibles puede establecer el derecho preferente a suscribir nuevas acciones a los titulares de los bonos con vertibles"(136) .

En primer lugar, debe señalarse que, a mérito de esa disposición, el otorgamiento del derecho de suscripción preferente deja de ser un acto impuesto por la ley, característica típica del derecho consagrado en la LGS, y se convierte en un acto voluntario de la sociedad. Esta voluntariedad, no obstante, no puede sustraerse de cumplir con los requisitos de la LGS que correspondan a la naturaleza jurídica del acto que se pretende realizar. Dicho acto, sustancialmente, consiste en ofrecer a los bonistas la posibilidad de suscribir y pagar nuevas acciones creadas por la junta al decidir un aumento de capital por nuevos aportes. Al ampliar voluntariamente el ámbito legal de los titulares del derecho preferencial de que tratamos, e incluir como tales a los bonistas y, además, consignar ese derecho en "el contrato de emisión", la sociedad está asumiendo una obligación frente a los bonistas quienes, si ejercen el derecho que se les otorga, se convertirán en nuevos accionistas, por decisión completamente libre y voluntaria. El efecto del ingreso de nuevos accionistas es la alteración de la estructura accionaria existente al momento del acuerdo de aumento y, con ello, la pérdida o dilución del estatus

jurídico correspondiente a los accionistas antiguos que, precisamente, trata de ser evitado con el derecho de suscripción preferente.

La similitud de esta operación con la figura de la "opción para suscribir acciones nuevas" previsto en el artículo 103(137) de la ley societaria es evidente y hace que no dudemos en calificar al otorgamiento a favor de los bonistas del derecho admitido por el tercer párrafo del artículo 101 de la Ley del Mercado de Valores como una "opción para suscribir acciones nuevas y, por ello, tendrán que respetarse las normas que, sobre el particular, contiene el artículo 103 de la ley societaria. Específicamente, el acuerdo de la junta que voluntariamente otorgue el derecho preferencial a suscribir nuevas acciones a favor de los titulares de los bonos, tendrá que contar con el "voto favorable de accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, simplemente porque así lo exige el artículo 103.

Debe tenerse en cuenta que la aplicación de las normas del artículo 103 al caso que se analiza, tropieza con el problema del plazo de la opción de suscripción que dicha norma señala en dos años como máximo. Asumiendo que, en la práctica, las emisiones de bonos en su mayoría tienen una vigencia mayor a dos años, tendría que concluirse que la validez de la opción de suscripción concedida a los bonistas terminará al cumplirse el plazo legalmente establecido. Cualquier prórroga de dicho plazo si resultara admisible, tendría que contar igualmente con el "voto favorable de accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto".

En contra de lo señalado, puede sostenerse que la naturaleza del derecho de los obligacionistas, se configura como un derecho de suscripción preferente, más que como una opción. Es un derecho de suscripción preferente, al igual que el de los accionistas, pero con la sola particularidad de que su titular no es el accionista, sino el titular de la obligación. La legitimidad para ese derecho (reconocido en la ley si es que las partes así lo pactan), radica en que el bonista tiene la "aptitud" de ser accionista de la sociedad y, por tanto, un interés legítimo en que los términos de la conversión pactados en el contrato de emisión no se vean afectados. Cabe mencionar que, previamente al contrato de emisión de obligaciones; los accionistas han renunciado a su derecho de suscripción preferente por aquel porcentaje del accionariado susceptible de ser convertido, el que ahora es de titularidad de los bonistas. Por lo tanto, no cabría que recuperen este derecho nuevamente en virtud del aumento de capital. Este derecho de suscripción no es más que una expresión del derecho de los obligacionistas de que sus bonos se conviertan en acciones de acuerdo con los términos de conversión pactados en el contrato de emisión.

En cuanto a las acciones sin derecho de voto, el artículo 96 es particularmente extenso, en evidente y manifiesto propósito de cautelar el derecho de los tenedores de esa clase de acciones, a mantener su prorrata de participación en el capital y en el patrimonio de la sociedad. Debe observarse, como cuestión previa, que todos los subincisos se refieren a casos de excepción, cuya omisión podría

haber generado confusión o hasta eventuales situaciones que perjudiquen los derechos que corresponden a las acciones sin derecho a voto. En efecto, el caso general o normal por así "amarlo no está previsto: aquél en que la junta decide crear nuevas acciones con y sin voto en la exacta proporción que esas clases de acciones tienen en el capital al momento del acuerdo.

Veamos los distintos supuestos de la norma:

. "Suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto". Cuando se produce el supuesto de la norma (emisión únicamente de nuevas acciones con voto) los titulares de acciones sin voto tienen la alternativa de convertirse en accionistas con voto, suscribiendo y pagando acciones de esta clase, a prorrata de su participación en el capital. Tales accionistas agregarán, entonces, a su calidad de accionistas sin voto la calidad de accionistas con voto, manteniendo así su prorrata de participación en el capital.

. A suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso de que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital". Siempre bajo la premisa de ser necesario mantener la prorrata de los titulares de esta clase de acciones, la norma incluye el supuesto de creación de estas acciones en cantidad insuficiente para lograr esa finalidad. El efecto es el mismo que el señalado en el punto anterior: el agregado de la calidad de accionista con voto a su calidad original de "sin voto".

"A suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto". Bajo la misma premisa, el inciso contiene dos supuestos: (i) que el acuerdo no se limite a la creación de acciones con derecho a voto, caso que cubre la emisión de acciones con y sin voto, en el que los titulares de estas últimas pueden ejercer su derecho de suscripción necesario para mantener la prorrata existente antes del aumento, entre una y otra clase de acciones. Cubre también el supuesto del punto anterior, es decir cuando se decida la creación de acciones "sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital", en el que los accionistas sin voto podrán suscribir acciones con ese derecho, teniendo a partir de entonces la señalada doble condición. (ii) "en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto"; las nuevas acciones sin voto se ofrecerán, en la respectiva proporción de participación, tanto a los accionistas sin voto, como a los que cuentan con ese derecho. Tal debe ser la correcta interpretación del inciso, pues se trata de mantener la prorrata que cada clase tiene en el capital, razón por la que, salvo acuerdo expreso en contrario de la junta en el sentido de ofrecer a los "sin voto" una proporción mayor que la

que les corresponde, a prorrata de la participación de cada clase en el capital, las nuevas acciones sin voto se ofrecerán a suscripción a todos los accionistas de la sociedad, en la respectiva proporción.

"A suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los literales anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles". La emisión de estos valores representativos de deuda convertibles en acciones, puede significar una alteración de la relación existente entre las acciones comunes y las acciones sin derecho a voto. Siendo que el interés de la norma reside en cautelar dicha relación, se justifica plenamente que se otorgue el derecho de suscripción preferente a los tenedores de estos últimos. Recuérdese que los titulares de las acciones con voto cuentan con el mismo derecho de suscripción preferente de las obligaciones o títulos convertibles (138), de manera que así queda preservado el derecho de ambas clases de acciones a mantener su respectiva prorrata en el capital.

7. El ejercicio del derecho de suscripción preferente y el certificado de suscripción preferente

Los artículos 208 y 209 plantean diversos aspectos que conviene abordar:

. Se indica que el derecho 'Se ejerce en por lo menos dos ruedas': La frase ha llegado a originar que se presenten proyectos de ley modificatorios del indicado artículo, pues la expresión "por lo menos" se entendería como que necesariamente tendrían que realizarse ambas ruedas, aun en el caso de que todas las acciones creadas hubieran sido suscritas en la primera rueda. No creemos que haya razón para tal inquietud ni, menos, necesidad de modificar mediante ley expresa el numeral referido. Ninguna interpretación legal puede llevar a conclusiones absurdas. Si todas las acciones creadas se suscriben en la primera rueda, nada habrá por ofrecer a suscripción en una segunda rueda. Resultaría entonces un imposible jurídico y de hecho, abrir una segunda rueda cuando todas las acciones han sido suscritas en la primera, pues la sociedad no tiene acción alguna para ofrecer a la suscripción.

. De manera similar a la anterior LGS, el artículo 208 señala que solo quienes intervinieron en la primera rueda pueden intervenir en la segunda, suscribiendo las acciones restantes. Pero la norma agrega "...a prorrata de su participación, considerando en ella las acciones que hubiera suscrito en la primera rueda': Este señalamiento legal implica reconocer de manera expresa que las acciones suscritas en la primera rueda son, para todos los efectos legales, acciones emitidas que, por tanto, conceden a su titular todos los derechos que corresponden al titular de una acción emitida. En otras palabras, la sola suscripción y pago (aun del pago mínimo exigido por la LGS) genera el efecto inmediato y sin solución de continuidad de considerar emitidas a las acciones suscritas en la primera rueda para, a partir de allí, reconocerles en esa misma oportunidad los derechos propios del accionista, entre ellos el de suscripción

preferente de las nuevas acciones creadas que no han sido suscritas en la primera rueda.

. Los plazos mínimos contenidos en el tercer párrafo del artículo 208 pueden ser reducidos si se cuenta con un "acuerdo unánime adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad": Éste es uno de los pocos casos en que la LGS se aparta del principio de la mayoría para la adopción de acuerdos de la junta. Si el acuerdo es "universal", valga la expresión en alusión directa a las juntas universales de accionistas no hay necesidad de plazos otorgados en beneficio de los accionistas ausentes o de los disidentes, pues todos los accionistas estarán presentes y, todos también, habrán votado a favor del acuerdo de reducir el plazo mínimo legal.

. Conviene precisar que la obligación de emitir, poner a disposición y entregar a los accionistas los referidos certificados, es aplicable a la sociedad anónima cualquiera sea la modalidad que haya adoptado. En otras palabras, no se impone solo a las sociedades anónimas abiertas, sino también a las anónimas regulares u ordinarias y a las cerradas.

. Corresponde referirnos ahora a la naturaleza jurídica de los certificados(139). Según la vigente Ley de Títulos Valores (artículos 258 al 260) los certificados de suscripción preferente son títulos valores. Debe tenerse en cuenta que el artículo 3 de la misma ley señala que la creación de títulos valores se hace por ley; en consecuencia, si la ley así lo señala, tendrán esa calidad jurídica. Esta decisión es, sin embargo, cuestionable, por las siguientes razones:

. Según el artículo 1 de la Ley de Títulos Valores, éstos representan o incorporan derechos patrimoniales. En opinión que compartimos, el certificado no representa ni incorpora un derecho patrimonial, cuando menos entendido en el sentido económico del término patrimonio (donde existe un acreedor y un deudor); el que éste otorga es el derecho a adquirir un bien (las acciones que el certificado representa) a cambio de una contraprestación (el pago de su valor). Según el artículo 5 de la citada ley, constituye requisito esencial de los títulos valores que el valor patrimonial esté expresado en una suma de dinero. En los certificados, la referencia al monto a pagar por el ejercicio del derecho de suscripción, que como decimos no consideramos sea un valor patrimonial, puede entenderse no como la referencia a una suma fija, sino a un importe a ser determinado en algún momento en el tiempo, por los órganos societarios pertinentes, antes de la fecha en la que corresponde efectuar la suscripción. Esta cifra o valor, además, puede no corresponder al valor patrimonial de las acciones de la sociedad que las emite.

. No obstante las reglas generales para los títulos valores contenidas en la legislación derogada, y ahora en las disposiciones también generales de la ley vigente, el artículo 255 señala que los valores mobiliarios pueden conferir a sus titulares derechos crediticios, dominiales o de participación en el capital, patrimonio o utilidades del emisor o, en su caso de patrimonios autónomos o fideicometidos. Podrán también representar derechos o índices referidos a otros

valores mobiliarios e instrumentos financieros o la combinación de los derechos antes señalados "o los que la ley permita...": Los certificados no representan nada de lo que se indica, salvo que se considere, impropiamente por las razones que se señalan, que están comprendidos dentro de la referencia general antes mencionada.

. En los certificados no existe la obligación personal de quien lo suscribe sin representación suficiente, efecto dispuesto por el artículo 7 de la Ley de Títulos Valores. En caso de endoso no existe la responsabilidad solidaria del endosante, a la que hacen mención los artículos 8 y 11 de la ley citada; tampoco se genera responsabilidad por la alteración referida en el artículo 9.

. De otro lado, carece de todo sentido otorgar al certificado el "mérito ejecutivo", que corresponde a cualquier título valor, conforme al artículo 18, cuando el derecho que confiere el certificado se agota en el plazo señalado en la misma ley. Es pues título valor, porque la Ley de Títulos Valores así lo ha establecido. Pero como se aprecia, altera sustancialmente todo aquello que es parte de la esencia de los títulos valores.

. El referido certificado ha sido reconocido por la LGS como un título "libremente transferible, total o parcialmente". Con ello se llena un vacío legislativo y se permite al accionista que no ejerce su derecho preferente de suscripción, resarcirse, al menos parcialmente, de la pérdida o dilución de su estatus jurídico y económico al interior de la sociedad. Ahora bien, como dispone el segundo párrafo del artículo 209, la transferencia del certificado puede quedar limitada (i) por acuerdo adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad; (ii) por disposición estatutaria; o, (iii) por convenio entre accionistas debidamente registrado en la sociedad. A las restricciones que normalmente se imponen a las transferencias de acciones (las limitaciones ii y iii) se agrega ahora el acuerdo de todos los accionistas. Pero es preciso señalar que la restricción tiene ser expresa, como corresponde a toda norma restrictiva. De otro lado, a la inquietud de si es posible limitar la transferencia del certificado, cuando la transferencia de las acciones no está limitada, debe responderse afirmativamente. De la misma manera, es posible admitir, y es válida, la transferencia de los certificados cuando las acciones están sujetas a restricción de transferencia. En otras palabras, la restricción de transferencia de los certificados tiene que ser expresa y específica para esos títulos, sin que sea posible sostener que debido a que las acciones están sujetas a limitación, los certificados también lo están, en una interpretación extensiva que, creemos debe ser rechazada.

Para terminar este punto, debemos referirnos a la vigencia de certificado, señalando que ella termina junto con la primera rueda. El artículo 209 señala los requisitos mínimos que debe contener el certificado y su inciso 4 exige que se indique la información sobre el número de acciones que da derecho a suscribir "en primera rueda". A su vez, el artículo 208 señala que el derecho de suscribir las acciones no suscritas en la primera rueda, corresponde "a quienes" han intervenido en ella. De las normas señaladas puede deducirse la conclusión que

hemos adelantado: el certificado termina su vigencia, agota su contenido, cuando termina la primera rueda. Al inicio de la segunda rueda, el derecho de suscripción preferente se otorga por la LGS "quienes han intervenido en la primera rueda" y para ejercer este nuevo derecho de suscripción preferente no es necesario contar con certificado alguno, pues la LGS atribuye tal derecho "a quienes han intervenido en la primera rueda... a prorrata... considerándose en ella las acciones que hubieran suscrito en la primera rueda".

Obsérvese que la norma no se refiere a "los accionistas" que han intervenido en la primera rueda, sino "a quienes" así han actuado, omitiendo expresamente la referencia a "los accionistas" o, más bien, sustituyéndola por "a quienes". El reconocimiento por la LGS del certificado y su inclusión en la normativa, obligó a superar el artículo 216 de la LGS anterior, el mismo que otorgaba el derecho a "aquellos accionistas" que hubieran intervenido en la primera rueda, lo que se explicaba por la circunstancia de que la norma anterior no reconocía la posibilidad de la emisión del certificado ni, menos, su transferencia.

CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN

César BENITES MENDOZA

"w esperancoa no es la seguridad de que las cosas salgan bien, sino la certeca de que algo tiene semido sin importar su resultado final"
Vaclav Havel

I. INTRODUCCIÓN

Decía Joaquín Garrigues que "el tema de nuestro tiempo en el Derecho Mercantil es la asociación, Asociación cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para luchar con la competencia. Asociación también de las empresas sociales que confluyen en más amplios organismos en los que se esfuma el primitivo sustrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas(1)". Esta afirmación no es más que la expresión de que existen dos tipos de relaciones bien contrastadas: por una parte, los comportamientos competitivos basados sobre la rivalidad y el conflicto; por otra, los comportamientos fundados sobre la concertación y la acción colectiva(2). La colaboración empresarial se produce para deslizar en cierta forma la imagen anacrónica de aquel tipo de contrato en el cual las partes que querían llevar a cabo un negocio conjuntamente, se comportaban en el fondo siempre como adversarios que, al negociar, están en posición de sacar "el máximo provecho del otro".

y es que no podría ser de otro modo, pues en una economía como la actual, donde los agentes que prestan bienes o servicios tienden a la especialización, es imposible pensar que las unidades económicas puedan generar recursos o puedan mantenerse competitivas por sí solas, razón por la cual surge una red complejísima de interrelaciones, instrumentada jurídicamente a través de diversas clases de contratos que, en el caso de los contratos típicos, la Ley General de Sociedades peruana ha tenido a bien llamar "contratos asociativos":

En un sentido lato, podría decirse que los contratos tienen en su seno como finalidad última ser un medio para lograr la colaboración, en la medida que su celebración pretende satisfacer los intereses diversos de las partes que los celebran, "componer intereses opuestos", con lo cual agregar el adjetivo "de colaboración" en nada contribuiría a delimitar el término. Sin embargo, debemos ser cautos con el empleo de las expresiones, pues aun cuando en general los contratos tengan en su interior un germen de colaboración, en sede de derecho mercantil hablar de contratos de colaboración empresarial tiene un sentido propio, que no es el mismo, por ejemplo, que aquel empleado al hacer referencia a los contratos asociativos, a los contratos de organización,

o a las llamadas alianzas estratégicas, como veremos en el siguiente punto. Adelantaremos ahora que los motivos de la creciente importancia del fenómeno de la colaboración empresarial, son especialmente de índole económica, pues con

ellos se pretende de manera fundamental una mejora de la competitividad, en la medida que posibilitan el acceso a avances económicos, facilitan la respuesta a las exigencias del mercado, producen la conjunción de ventajas y capacidades, así como la reducción de riesgos.

II. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

Es necesario, antes de abordar el tema concreto de este trabajo, desarrollar brevemente qué se entiende por contratos de colaboración empresarial, contratos asociativos, alianzas estratégicas, con el objeto de analizar las relaciones entre estas figuras; labor especialmente difícil porque estos conceptos han recibido numerosas definiciones con una connotación más económica que jurídica.

Atendiendo al rol económico que los contratos cumplen, Manuel de la Puente⁽³⁾ realiza una clasificación de los contratos y los agrupa en: contratos de cambio, destinados por naturaleza a la circulación de riqueza; contratos de colaboración o de cooperación, orientados a facilitar la obtención de un fin determinado, mediante la participación en la actividad destinada a alcanzar dicho fin (propone como ejemplos de este tipo de contratos el mandato, el corretaje, el contrato de comisión, el de edición); contratos asociativos, que tienen como característica esencial la comunidad de fines de los contratantes (característica contenida en los contratos de sociedad, de asociación, de sindicación de acciones y de asociación en participación); contratos de prevención; contratos de crédito; contratos de garantía; contratos de goce; contratos de liquidación; y contratos de disposición.

En relación al tema de nuestro interés, vemos que el citado autor distingue los contratos de colaboración de los asociativos, precisando que "la diferencia entre unos y otros radica en que en los primeros uno de los contratantes es el que persigue el fin y el otro ayuda a obtener el fin requerido por el primero, mientras que en los contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos⁽⁴⁾".

A nuestro juicio, dichas categorías no son incompatibles entre sí, sino que más bien los contratos de colaboración constituyen el género, y los contratos asociativos una especie de los primeros. Siguiendo a Farina⁽⁵⁾, encontramos que los contratos asociativos necesariamente constituyen contratos de colaboración. En los contratos de colaboración existe una función de cooperación de una parte hacia otra, o recíprocamente, para alcanzar el fin que ha determinado la celebración del negocio, el mismo que puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener o una utilidad a conseguir y repartir. Los contratos asociativos, por su parte, suponen un interés de las partes en conseguir también una finalidad común, y esto es lo que los lleva a vincularse jurídicamente a fin de satisfacer sus propios intereses particulares.

Hay formas de colaboración empresarial que no necesariamente se instrumentan con contratos asociativos, no obstante lo cual, el hecho de que tanto en los

contratos de colaboración como en los de asociación exista una finalidad común esencial para los contratantes hace que afirmemos que dichas figuras se encuentran en relación de género a especie(6).

Adicionalmente, se encuentra una distinción entre contratos asociativos en sentido lato y contratos asociativos en sentido propio, la que será abordada cuando definamos el contrato de asociación en participación. Baste decir ahora que en los contratos asociativos en sentido lato existen asociantes y asociados, y en los contratos asociativos en sentido estricto o propio todos los intervinientes son asociados entre sí. En cualquiera de los casos, los contratos asociativos tienen un carácter instrumental porque son un medio para crear o regular las relaciones jurídicas que buscan establecer las partes contratantes.

La colaboración presupone entonces un aspecto material, constituido por la unión de aportaciones (de muy diversa índole); y un aspecto emocional, que es el sentimiento de esfuerzo unido o corporativo. Ésta es la posición que adopta la ley peruana.

El Libro Quinto de la Ley General de Sociedades peruana, Ley NQ 26887(7), regula el tema de los contratos asociativos a lo largo de once artículos, de los cuales dos de ellos establecen disposiciones generales, que en el siguiente punto también revisaremos, a modo de introducción.

El artículo 438 define como contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes, sin que el contrato dé lugar al nacimiento de una persona jurídica.

El legislador peruano, atendiendo a las necesidades del comercio actual, reguló de manera general el contrato asociativo confiriéndole las siguientes características:

- a) Es un contrato que tiene como objetivo principal el crear y regular relaciones de participación en empresas o negocios;
- b) Los intervinientes pueden ser personas naturales o jurídicas, que cuentan con un interés común que los unifica;
- c) Las relaciones que se establezcan deben estar necesariamente referidas a negocios o empresas determinados(8);
- d) No dan lugar a la formación de personas jurídicas;
- e) No están sujetas a inscripción registral, y la única formalidad que la Ley General de Sociedades requiere para su validez es que consten por escrito;
- f) Para su ejecución, las partes están obligadas a efectuar las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato.
- g) Ante la falta de acuerdo respecto del monto de la contribución, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio, en proporción a su participación en las utilidades.

En relación al aspecto material de la entrega de bienes (entiéndase "bien" en sentido amplio, como una entidad que tiene una utilidad y es susceptible de valoración económica) para la realización del negocio, cabe señalar que el empleo del término "contribución", en el artículo 439 de la Ley General de Sociedades, no es gratuito. Enrique Elías Laroza, al comentar la Ley General de Sociedades(9),

indica que la mencionada norma se refiere a contribuciones y no a aportes, debido a que "no hay transferencia de propiedad sobre los bienes que los contratantes se obligan a asignar o entregar al negocio o empresa". Indica, asimismo, que "en la asociación en participación no es obligatorio que los bienes que proporcionan los asociados pasen a la propiedad del asociante; [y en el caso del] consorcio, cada contratante conserva la propiedad de los bienes asignados al negocio o empresa". Consideramos relevante llamar la atención sobre este tema pues será materia de discusión posteriormente, cuando se traten de modo particular las obligaciones que nacen de los contratos de asociación en participación.

La Ley General de Sociedades establece en el segundo párrafo del artículo 439 la oportunidad en que las contribuciones deben realizarse, dejándolo a entera voluntad de las partes, de acuerdo a lo establecido por el contrato. Si no existiera una estipulación en este sentido, regirán para los contratos asociativos las normas aplicables a los aportes a los que se comprometen los socios de las sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades. En otras palabras, se regularán con disposiciones destinadas a normar las vicisitudes de las sociedades que cuentan con personalidad jurídica, uno de los aspectos de un fenómeno asociativo que no determina el nacimiento de un sujeto de derechos distinto.

A propósito de esto último, parecería inconsecuente que en nuestro ordenamiento los contratos asociativos que no generan personalidad jurídica, se hallen regulados en una ley de sociedades. Siendo estrictos, esto no es propio, pues tal y como la propia ley ha diseñado la figura de los contratos asociativos, no tiene sentido que en una norma que tiene como objeto regular el negocio constitutivo de una persona jurídica, se regule también un tipo de contrato que -aun cuando de alguna forma comparta la intención del logro de una finalidad común de los integrantes- no da lugar a ella. Además, el hecho de que una figura se encuentre regulada en uno u otro cuerpo legal, de ninguna manera importa una variación de su naturaleza jurídica.

La explicación a esta opción en la ubicación de la regulación de los contratos asociativos parece estar en el hecho de que la Ley de Sociedades Mercantiles derogada por la Ley General de Sociedades contemplaba un capítulo dedicado al mismo tema, y el legislador de 1998 "continuó la tradición" y volvió a ocuparse de él. En realidad consideramos que se trata simplemente de una opción legislativa.

Dos son los tipos de contratos asociativos que regula la Ley General de Sociedades: i) ~l contrato de asociación en participación; y ii) el contrato de - consorcio, dedicándole al primero cinco artículos, y al segundo cuatro más.

III. EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

La Ley General de Sociedades define al contrato de asociación en participación en el artículo 440 en los siguientes términos: "Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante cede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o

empresas del asociante, a cambio de una determinada contribución". A partir de esta definición legal nos ocuparemos del origen histórico de la figura, de sus antecedentes legislativos, de nuestro concepto de asociación en participación y de sus características esenciales.

1. Origen

Sin perjuicio del hecho de que la asociación de dos o más personas para compartir la suerte de un negocio es tan antiguo como el comercio mismo, es evidente que la figura de la asociación en participación ha debido ir esbozándose a lo largo del tiempo para llegar a ser el instituto con las características jurídicas que conocemos, y respecto de las cuales -se podría decir que- ha existido consenso al momento de regular.

En lo que concierne a los antecedentes del contrato de asociación en participación, la doctrina parece coincidir en que el origen de esta figura se halla en un instituto denominado "commenda", que se desarrolló en la época medieval. Entre otros autores, comparten esta posición Broseta(10), Mantilla Molina(11), Garrigues(12) y Miquel(13).

La commenda medieval constituía una forma de colaboración económica que suponía la entrega de aportes (en dinero o servicio) para participar en los beneficios que se obtuvieran de una actividad o empresa, con una limitación del riesgo de pérdida al valor del aporte. Como se puede observar, la commenda no solo ha ejercido influencias como origen de la asociación en participación, sino que incluso es común afirmar su fuerte influjo en la configuración de la sociedad en comandita(14).

De acuerdo a lo afirmado por Anaya(15), era común en la práctica comercial desarrollada en Italia y en Alemania que se realizaran negocios en los que los intervinientes se vincularan para una especulación accidental. En el caso italiano, tal operación se realizaba bajo dos modalidades: i) la commenda unilateral, que es aquella en la que existía un comerciante capitalista que realizaba los aportes, mientras la otra parte solo se encargaba de realizar la gestión del negocio; y ii) la commenda bilateral, que es la commenda con aportes de ambos partícipes, en la que se formaba una comunidad patrimonial accidental, donde una sola de las partes realizaba actuaciones frente a los terceros.

Puede apreciarse que en cualquiera de las formas como los contratantes hubieran instrumentado el objetivo que los convocó, la commenda no generaba un ente con personalidad jurídica distinta de ellos. En esta figura era esencial la confianza entre los participantes, más aún cuando constituye una nota distintiva de esta institución el hecho de que solo una de las partes era la que realizaba los actos de gestión (precisamente atendiendo a la ausencia de personalidad jurídica). Al respecto, Broseta(16) precisa que eran el mantenimiento secreto u oculto del contrato de commenda las relaciones que ésta generaba sus características distintivas. La primera de las características ha sido adoptada por la asociación en participación, tema que abordaremos en extenso cuando tratemos las características de esta figura.

De acuerdo a esto, la asociación en participación aparece como un instituto propio de la tradición jurídica romano-germánica. Es de señalar que en la tradición anglosajona, paralelamente, se generó otra institución denominada partnership.

Consideramos que hacer a continuación una breve referencia a la partnershipes pertinente en la medida que es necesario deslindar los orígenes de ambas figuras, pues por la forma como están diseñadas y operan, las partnership constituyen también contratos asociativos.

Para Sergio Le Pera, la partnership designa la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común y la de éstos con terceros, sin que su conformación importe el nacimiento de una persona jurídica. La partnership nació como una forma de representación, pues cuando alguno de sus miembros (partners) realizaba actos jurídicos, los terceros podrían asumir que los hacía en representación de todos, de tal modo que ante un incumplimiento de la persona con la que se contrató, se encontraban habilitados para dirigirse contra todos los conformantes de la partnership, como si fueran responsables solidarios. La segunda característica esencial de la partnership era la ausencia de limitación de su objeto, de tal modo que este tipo de contratos podrían ser pactados para que las partes lleven a cabo proyectos comunes, pero de manera general, sin definir con precisión su objeto.

2. Denominaciones y tratamiento legislativo en el Derecho comparado

Las denominaciones que ha recibido la figura han sido variadas, dependiendo de los ordenamientos, aun cuando en general lo que finalmente se reguló fue coincidente en la mayoría de ellos(17).

La Ley General de Sociedades actualmente vigente en el Perú y la Ley de Sociedades anterior, el Código Civil italiano de 1942, así como la Ley General de Sociedades de México de 1934 denominan al instituto de estudio "asociación en participación". Los Códigos de Comercio de España y Colombiana autores como Garrigues denominan a este tipo de contrato como "cuentas de participación". En el ordenamiento jurídico argentino y en el Código de Comercio francés esta institución es conocida como "sociedad accidental o en participación". El ordenamiento alemán no solo no la denomina "asociación en participación" sino que distingue entre "sociedad accidental" y "sociedad en participación", regulándolas en cuerpos normativos diferentes.

a. La asociación en participación en el ordenamiento italiano

El Código Civil italiano (que es más que nada un cuerpo normativo de Derecho Privado en general), dedica los artículos 2549 al 2554 al tratamiento de la figura de la asociación en participación. De acuerdo a como está regulada la figura en dicho ordenamiento, el asociado hace una contribución al asociante y éste promete darle participación en las utilidades de su empresa en general o de uno o más negocios en particular, de tal forma que la gestión del negocio siempre corresponde al asociante y a favor del asociado puede pactarse un derecho de control fiscalización sobre el desarrollo de la empresa.

En el ordenamiento italiano la principal diferencia con las sociedades estriba en el hecho de que en éstas la contribución de las partes ingresa a un patrimonio independiente -toda vez que los contratos de sociedad dan lugar al nacimiento de un sujeto de derecho diferente-, mientras que en el caso de las asociaciones en participación la aportación es a favor del asociante, y lo que se incrementa es el

patrimonio personal de éste, por cierto, no necesariamente a título de transferencia de dominio.

b. La asociación en participación en el ordenamiento español

El Código de Comercio español dedica un título independiente al tratamiento de las llamadas "cuentas en participación", sin hacer mención a su naturaleza contractual. Llama la atención la forma en que está redactada la norma que define la figura, pues el artículo 239 establece que "podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen".

De la primera parte de la norma transcrita se puede apreciar que la intención del legislador es dejar sentado que la motivación de las partes al contratar es el ánimo de cooperación y, yendo más allá de lo que establecen otros ordenamientos, no solo declara que el que realiza el aporte es el asociado sino que en principio se dejaría entender que al ser ambas partes las aportantes, el negocio les pertenece a ambas. No obstante ello, la norma se ocupa de aclarar que las cuentas en participación no pueden dar lugar a la adopción de una razón social común, pues el único crédito comercial que puede ser utilizado en la operación del negocio es el del comerciante que tiene a cargo la gestión del mismo. Es este último quien realiza a nombre propio las actuaciones y asume individualmente la responsabilidad por las mismas. No se ocupa el legislador español, en los cinco artículos que conforman el título, de hacer referencia alguna al régimen de los aportes que realizan las partes, pero de hecho establece que necesariamente el beneficio del partícipe no gestor será aleatorio, y dependerá exclusivamente de los resultados que se produzcan, no pudiendo por ende establecerse una renta fija.

c. La asociación en participación en el ordenamiento alemán

Caso particular es el del ordenamiento-alemán, que en el Código Civil

- (BGB) regula el tema de los contratos, entre los cuales se ocupa del contrato de sociedad (que no necesariamente dará lugar a una persona jurídica, pues este último tema es regulado en otro libro del mismo nombre), y en el Código de Comercio regula tipos especiales de sociedades, entre las cuales encontramos a la sociedades colectiva, en comandita y la sociedad en participación.

Así, mientras a las sociedades accidentales se les aplican las normas contenidas en el BGB, las sociedades en participación se rigen por las normas contenidas en el Código de Comercio. La diferencia entre una y otra figura tiene que ver con la determinación o no del negocio para el cual cada una se constituye, puesto que mientras las sociedades accidentales -como su nombre lo indica- son constituidas para uno o más negocios específicos y aislados, en las sociedades en participación la entrega de fondos es destinada a la realización del comercio, empresa o explotación, en general. Al igual que en el Derecho italiano, la gestión corresponde exclusivamente al titular de la empresa, que es el único que adquiere derechos y contrae obligaciones con terceros para efectos del negocio.

d. La asociación en participación en el ordenamiento peruano

En el caso peruano, la anterior Ley General de Sociedades, aprobada por Decreto Supremo NQ 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985, introdujo en un único Título de la Sección Sexta solo la figura de la asociación en participación, dedicándole nueve artículos, del 398 al 406 inclusive. La forma como se ha regulado este

instituto en la anterior ley y en la actual es prácticamente la misma. Una diferencia puede ser que en la anterior ley no se mencionaba expresamente la naturaleza contractual de la asociación en participación, no obstante lo cual se utiliza la expresión "convenir", para hacer referencia al acuerdo entre asociante y asociado, con lo cual para la ley anterior se trataba también de un acuerdo de partes. El objeto de este contrato en ambas regulaciones es el mismo: la aportación de bienes y servicios por parte del asociado a fin de participar en los resultados de uno o varios negocios del asociante, sin que este acuerdo deba tener mayor formalidad que la de constar por escrito. El asociante es entonces el único titular del negocio, y es quien tiene la gestión del mismo, pero establece la posibilidad de que se le otorgue en el contrato al asociado facultades de control y fiscalización (entiéndase que solo en relación con los negocios a los cuales el asociado ha destinado su aporte), que no son las mismas que el derecho legal a rendición de cuentas.

Como adelantamos, la mayor diferencia entre una ley y otra se encuentra en el hecho de que la nueva Ley de Sociedades regula no solo el contrato de asociación en participación, sino también el contrato de consorcio, bajo un título correspondiente a los llamados contratos asociativos. Es respecto del contrato de consorcio que la ley actual realiza una innovación, atendiendo al hecho de que la finalidad común del negocio no solo podría manifestarse a través de una operación en la cual uno solo de los participantes es el que gestiona y es el dueño del negocio. Los caracteres esenciales de la Asociación en Participación hacen que la figura contractual no sea adecuada para el caso en que el interés de los contratantes sea el de participar de manera activa en un negocio conjunto, aun cuando mantengan su propia autonomía. Lo que ocurre es que las partes pueden estar interesadas precisamente en que todas ellas sean conocidas como interviniéntes activos de un negocio, como por ejemplo, cuando las condiciones y habilidades de las partes pueden determinar la contratación con ellas como una unidad, sin que sean precisamente una persona jurídica (el caso de las licitaciones públicas es un ejemplo perfecto de esto).

3. Concepto y naturaleza jurídica

La asociación en participación es un contrato que tiene por finalidad establecer una relación jurídica en la que un sujeto(1S) llamado asociante concede a otro llamado asociado una participación en las utilidades o en las pérdidas que puedan generar uno o varios negocios, para cuyo desarrollo el asociado ha aportado bienes o servicios.

Sobre la naturaleza jurídica de la asociación en participación, la doctrina es unánime al afirmar su carácter contractual, pues es evidente que este tipo de negocio nace de un acuerdo de las partes con el propósito de hacer concurrir sus atribuciones patrimoniales hacia "un fin común", Ahora bien, sobre la clase de contrato que da origen a las asociaciones en participación, existe una disquisición teórica en cuanto a si ubicarlos en una categoría cercana al tipo de actos jurídicos plurilaterales que dan origen a las sociedades, o si clasificarlos como negocios con prestaciones recíprocas.

A fin de explicar la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la sociedad (que tiene como carácter distintivo el generar una persona jurídica distinta), Ascarelli sostiene que el negocio por el cual se genera una sociedad es un contrato plurilateral, que se distingue por la existencia de dos o más partes que manifiestan su voluntad para unirse en un negocio común, de modo tal que se cree un sujeto de derechos distinto. Así, las partes de ese contrato plurilateral poseen: i) intereses contrapuestos y ii) comunidad de fin, posición que es compartida por Broseta(19), quien señala que aquélla constituye incluso una nueva categoría contractual(20). Es evidente que los sujetos concretos que intervienen en un contrato de sociedad, además del interés en el objeto social, tienen también un interés individual relevante, constituido por los beneficios que esperan obtener de la repartición de las utilidades que genere la actividad de la sociedad. En el caso de las sociedades, el fin social tiene mayor relevancia que la finalidad individual perseguida con la celebración del contrato constitutivo de sociedad, pues el fin institucional asignado a la persona jurídica que constituye la sociedad, trasciende incluso a los sujetos concretos que manifestaron voluntad para la creación de la sociedad(21).

La otra posición deja de lado el carácter social propio del negocio de la asociación en participación para afirmar que aunque existe -en efecto- una finalidad social análoga a la de los actos constitutivos de sociedades, este elemento teleológico institucional (finalidad social) no subsume ni se superpone a la importancia de la finalidad individual. De acuerdo a ello, algunos autores(22) afirman la naturaleza sinalagmática del contrato de asociación en participación. Nos explicamos. De acuerdo a la doctrina civilista más autorizada(23), existe sinalagma cuando se verifica un nexo de reciprocidad entre las promesas realizadas por las partes de un contrato, lo que significa que la prestación a la que se compromete una de las partes es causa de la prestación a la que se compromete la otra, sin que ello necesariamente importe un desplazamiento patrimonial. De acuerdo a ello, se dice que las asociaciones en participación constituyen contratos sinalagmáticos donde el interés individual en la obtención de beneficios tiene una mayor relevancia que el propio interés social.

Brunetti(24) señala que la asociación en participación es un contrato de intercambio en la medida que los intereses del asociante y del asociado son disímiles y recíprocos: las prestaciones de ambas partes se producen, respectivamente, como consecuencia de la otra. Cárdenas y Olcese piensan que la asociación en participación pertenece a la categoría de los contratos de intercambio: "A través del contrato de participación, el partícipe se obliga a entregar dinero o a transferir la propiedad, el uso o el usufructo de determinados bienes a favor de la otra parte, conformada por los administradores, quienes a su vez se obligan a realizar y dirigir las actividades para las cuales se contrató, cuidando de utilizar los bienes recibidos del partícipe, en la forma más eficaz posible. De lo expuesto puede advertirse que existe una recíproca conexión entre las prestaciones de ambas partes, pues por un lado las prestaciones de los partícipes servirán a los administradores para llevar a cabo adecuadamente el negocio materia del contrato y, de otro lado, la gestión de los administradores servirá para que éstos den un uso apropiado y rentable a los bienes o dinero

entregados por los partícipes(25)". Este mismo criterio es seguido por Messineo, quien califica a la asociación en participación desde el punto de vista estructural como un contrato con prestaciones recíprocas, oneroso, consensual y no formal(26), que se destaca más por los caracteres diferenciales respecto de la sociedad, que por sus afinidades con ella.

En el caso de los contratos constitutivos de sociedad este carácter sinalagmático es impredecible, pues como afirman Una Bigliuzzi y otros: "La categoría de los contratos a título oneroso no coincide con la de los contratos con prestaciones correlativas. Hay contratos a título oneroso (por ejemplo el contrato -sociedad- por el cual las partes aportan bienes y servicios en común) en que las prestaciones no se colocan la una como fundamento de la otra, no están coligadas recíprocamente según un nexo de correlatividad, sino que más bien convergen hacia un fin común(27)".

Los rasgos propios de la asociación en participación no permitirían incorporarla dentro del concepto de sociedad, pues existen dos elementos indispensables configurantes de la sociedad que no son parte del instituto de la asociación en participación: i) la puesta en común de un patrimonio que finalmente termina individualizándose del de quienes lo transfirieron; y ii) la ausencia de creación de una persona jurídica distinta.

Lo dicho hace que no compartamos la postura de Mantilla Molina cuando afirma que "la asociación en participación queda comprendida dentro del concepto general de sociedad, si bien claro es, con características que la diferencian de las demás sociedades strictu sensu (28)". Llega a esta conclusión pues en la asociación en participación se encuentra la existencia del fin común, que es un carácter esencial de las sociedades, la necesidad de hacer aportaciones para su realización e igualmente la vocación a las ganancias y a las pérdidas. Para el referido autor no tiene mayor importancia que la ley prive del efecto de la creación de personalidad jurídica a este tipo de contratos pues -a su entender- la personería jurídica es un carácter secundario, al extremo que la sociedad romana existía sin personalidad jurídica, y en el caso del sistema anglosajón la partnership tampoco da origen a un nuevo sujeto de derechos.

Broseta es de la opinión que "las cuentas en participación no constituyen un contrato de sociedad irregular [...]. Ni tampoco un contrato de naturaleza asociativa, porque si bien entre ellas existe una comunidad de fin entre gestor y partícipe (obtener y repartir beneficios o soportar las pérdidas), carecen de dos requisitos esenciales a las figuras asociativas: un patrimonio común y una organización colectiva que, como tal, e integrada por derechos y obligaciones de base colectiva se manifieste externamente a terceros. Entendemos por ello que esta figura contractual constituye un contrato de colaboración o de cooperación económica entre el gestor y los partícipes, ligados ambos por una comunidad de fin y de intereses, lo que la aproxima a la sociedad sin que pueda identificarse con ella(29)". Ahora bien, si se niega la naturaleza de contrato asociativo es porque

utiliza el término en su sentido estricto, esto es, para Broseta contrato asociativo equivale a contrato de sociedad.

Por otra parte, hay quienes llegan a señalar que las asociaciones en participación "por sus especiales características, están a medio camino entre una sociedad y un contrato de colaboración(30)", puesto que pese a que las asociaciones en participación no dan lugar a una persona jurídica distinta ni a un patrimonio independiente, pueden llegar a calzar en un concepto amplio de sociedad en el cual, frente a los contratos conmutativos, la finalidad del contrato no se agota en un simple intercambio de prestaciones sino más bien está orientada a la consecución de una finalidad común a todos los intervinientes.

Tomando posición respecto de las diversas posturas reseñadas, diremos que no nos parece adecuado establecer como carácter de la asociación en participación el societario, pues aun cuando exista una finalidad común, las aportaciones y el interés en resultados aleatorios, carece del ánimo de los asociantes y de los asociados de constituir una entidad ajena a ellos, con un patrimonio independiente.

Aun cuando en el seno de los contratos de asociación en participación se encuentre una intención de cooperación de fuerzas para llevar a término uno o varios negocios, lo cierto es que somos de la opinión que tal y como está regulada la figura en nuestro ordenamiento, podría inferirse la naturaleza sinalagmática de este tipo contractual, toda vez que es evidente que las participaciones de asociantes y asociados en los negocios tienen como sustento, correlativamente, la intervención de cada una de las partes, siendo además que aquí el interés individual en la obtención de beneficios es mucho más determinante que en el caso de las sociedades.

A entender de Díaz Bravo(31) el factor decisivo de la importancia de la asociación en participación es la facilidad con la que propicia la conjugación de esfuerzos y recursos para la realización de un fin lucrativo común, sin necesidad de garantizar a los aportantes una remuneración o beneficio determinado, sino que éste dependerá de que el o los negocios perseguidos culminen satisfactoriamente. En esta medida, no existen compromisos de rendimiento o de reembolso, sino que los partícipes se sujetan al álea de que el negocio para el cual se verificó el aporte efectivamente llegue a importar beneficios. La aleatoriedad del resultado que obtendrá el asociado de su intervención, es un elemento que hace también asemejar la asociación en participación a los contratos constitutivos de sociedad. Toda vez que el beneficio de afrontar entre varios un riesgo demasiado grande constituye una razón que llevaría a la contratación asociativa, consideramos que el fin común siempre subyace al contrato, lo que no obsta al hecho de que lo más relevante es la finalidad individual que se persigue con la celebración del contrato. El sustento de tal afirmación radica en que todos los contratantes, ya sean asociantes o asociados, desean que el o los negocios para los cuales se celebró la asociación en participación, se realicen bien, pues de ello dependerán sus rendimientos en el negocio. No existe, por ende, una total y absoluta

desvinculación entre los contratantes -aun cuando la gestión recaiga solo en aquellos que tengan la condición de asociantes- (máxime si es posible pactar a favor de los asociados un derecho de fiscalización, sin perjuicio de la rendición de cuentas establecida legalmente).

Para Garrigues el estímulo asociativo consiste en la conjugación de los intereses contrapuestos: "El de obtener un aumento patrimonial sin los inconvenientes que tiene el préstamo para quien necesita dinero, obligación de pagar un interés fijo y de restituir íntegramente el capital recibido. Este deseo armoniza con el contrario del otro contratante, el de participar en las ganancias de una empresa mercantil sin verse obligado a intervenir en su gestión ni arriesgar mayor capital que el aportado(32)". Hemos de resaltar que el citado autor no plantea el tema en términos de intercambio, es decir, de una situación basada en la persecución de intereses necesariamente contrapuestos de los partícipes, sino que muy por el contrario, desarrolla una idea de armonización de intereses, que acerca a este tipo de contrato más a los objetivos propios del contrato sociedad(33).

Pero la conjugación de los esfuerzos no sería posible sin la necesaria afectación patrimonial. Sobre este tema, resulta cuestionable la posición de cierta parte de la doctrina en relación a que existiría algún tipo de limitación para que las aportaciones no se lleguen a efectuar a título de transferencia de dominio, razón justificante para que en nuestra ley se haya denominado al desplazamiento patrimonial del asociado al asociante "contribución". Si esa es la razón por la cual la norma se refiere a contribución y no a aporte, y aun cuando el tema sea harto discutible, diremos que no encontramos a tal distinción ninguna utilidad en tanto no existe razón para limitar el interés de las partes en que la entrega del aporte sea a través de la transferencia de propiedad, más aún cuando las motivaciones comerciales pueden ser de distinta índole y sería posible, en todo caso, pactar en el contrato asociativo una cláusula resolutoria que determine el momento de la reversión de la propiedad, por ejemplo, estableciéndose que ésta se producirá ante el hecho de la disolución de la asociación en participación.

La palabra "contribución" evocaría la idea de entrega a título de liberalidad, la misma que por naturaleza no es obligatoria y se produce a cambio de nada. No ocurre esto en los contratos asociativos, puesto que por el solo hecho de la celebración del contrato se producen efectos para las partes en cuanto a la obligatoriedad de la entrega de aquello que se comprometieron a aportar. En los contratos asociativos en general, esta obligación tiene como contrapartida la expectativa de las partes de llegar a percibir finalmente un beneficio económico, consistente en el reparto de las utilidades que resulten del negocio para el cual se asociaron, fin individual que justamente los lleva a contratar, y que coexiste con una finalidad colectiva que es la que caracteriza y define a este tipo de negocios.

Es necesario resaltar sobre este punto que un incentivo para que los terceros -que no forman parte del contrato asociativo- instauren relaciones jurídicas es precisamente el conocimiento de que la contraparte (exclusivamente el asociante) es titular de un derecho de propiedad, que bien pudo haber sido transferido como

consecuencia del contrato asociativo. Un argumento en contra de esta posición es aquel que sostiene que la transferencia a título de propiedad no haría más que poner en riesgo la suerte de limitación de responsabilidad que implicaría para el asociado entrar en el negocio sin mostrarse a los terceros contratantes como parte del mismo. No olvidemos que este fenómeno de colaboración se instrumenta de una forma particular: mientras en la sociedad cada socio participa directamente y en igualdad de condiciones en el ejercicio de la empresa, en la asociación en participación, el elemento de "participación" varía sustancialmente.

El argumento resulta erróneo, pues si bien las aportaciones realizadas a través de transferencias de dominio podrían dar pie a develar de alguna forma la existencia de una asociación en participación, ello ni para los asociados ni para los terceros contratantes tendría mayor relevancia. En el caso de los primeros, el riesgo del negocio se sujetará siempre (y aun conociéndose de su intervención) al aporte; y para los segundos, el conocer que existen asociados en nada varía el régimen de responsabilidad, según el cual ante ellos siempre responderán solo los asociantes.

El hecho que los asociados participen en el riesgo del resultado del negocio, pero no así en la gestión del mismo ha determinado que en más de una oportunidad se haya tendido a comparar los efectos de este negocio para los asociados con aquellos que se derivan de la sociedad en comandita, respecto de los socios comanditarios. La principal característica de las sociedades en comandita es la distinción de la responsabilidad que asumen las dos clases de socios que pueden existir: el socio colectivo y el socio comanditario. De conformidad con el artículo 278 de la Ley General de Sociedades, mientras el socio colectivo responde solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales, los socios comanditarios responden solo hasta por la parte del capital que se hayan comprometido a aportar, y -en principio- no participan en la administración(34).

Parece ser que las características comunes de las condiciones de socio comanditario y asociado en una asociación en participación justificarían la comparación que se realiza entre ambas figuras. Sin embargo, somos de la opinión que tal comparación no puede llegar a realizarse satisfactoriamente debido a que la situación en uno y en otro caso es cualitativamente distinta. Mientras el socio comanditario es parte del ente-sociedad, el asociado que celebró un contrato de asociación en participación no lo es. Messineo expresa la diferencia desde el punto de vista económico de la siguiente forma: "Uno y otro [socio comanditario y asociado] realizan la función de proporcionar capitales (en sentido amplio); pero el financiador-asociado recibe, como compensación el derecho de crédito a las utilidades, sobre un negocio que no le pertenece; el comanditario es directamente cointeresado en el negocio, como componente de la sociedad (35).

Por ello es que se diferencia la naturaleza de los derechos a las utilidades a favor de los asociados (en el caso de la asociación en participación) de los derechos a las utilidades a favor de los socios (en el caso de las sociedades en general y de la sociedad en comandita en particular). En efecto, las utilidades de la sociedad son directamente percibidas por ella (Messineo llama a esto "pertenencia común",

y los socios tienen derecho a las utilidades contra la sociedad, en proporción a su participación en el capital. En cambio, en la asociación en participación, la participación se concreta en el derecho a las utilidades entendido como un derecho de crédito frente al asociante, pues es este último quien percibe las utilidades y existe el correspondiente derecho personal del asociado a obtener del asociante la parte convenida.

4. Características de la asociación en participación

De acuerdo a como está regulada la figura en nuestra Ley General de Sociedades, las características de la asociación en participación son las siguientes, las mismas que -en general- coinciden con aquellas señaladas por la doctrina y que mayoritariamente han sido adoptadas en otras legislaciones:

a. Carácter contractual

Tal y como adelantamos, la anterior Ley General de Sociedades no establecía expresamente el carácter contractual de la asociación en participación, lo que no ocurre en el caso de la regulación actualmente vigente, pues la Ley NQ 26887 da cuenta de la naturaleza contractual en su artículo 440.

El objeto de este contrato es acordar la realización de uno o varios negocios en común, no obstante lo cual existen ciertas condiciones especiales que diferencian este tipo contractual de otros contratos asociativos.

b. No requiere mayor formalidad que la de constar por escrito

Este contrato no está sujeto a la inscripción en los Registros Públicos y solo requiere que conste por escrito. Esto es así porque aun cuando exista, como veremos en el siguiente punto, una comunidad de fines entre los intervinientes, la asociación en participación no genera una personalidad jurídica distinta y no tiene mayor relevancia para los terceros saber de su existencia ni de la manera como se encuentran organizadas las relaciones internamente.

c. Comunidad de fin

Esta característica la hace en el fondo compartir con la sociedad el hecho de que las partes se proponen obtener un fin lucrativo común consistente en el reparto de ganancias resultantes de aquel o aquellos negocios para los cuales el asociado realizó el aporte. Podría sostenerse -como se ha hecho- que esta característica de la existencia de un fin común se contrapone a la situación de que es el asociante el dueño del negocio, mientras el asociado solo realizaría una actividad especulativa.

Desde un punto de vista económico es innegable que quienes participan en un negocio -ya sea a través de una sociedad o por medio de un contrato asociativo- tienen un único interés frente a los terceros, el interés en que el despliegue de la

actividad sea el medio para la consecución de beneficios, que finalmente revertirán en beneficio de todos.

d. Ausencia de personalidad jurídica

La asociación en participación carece de personalidad jurídica, carácter que se deriva de la naturaleza contractual ya comentada. La personalidad jurídica es una ficción del Derecho por el cual éste entiende la existencia de una única subjetividad jurídica en una organización humana, constituyéndose un centro de imputación de derechos y obligaciones allí donde existe una pluralidad de sujetos individuales organizados y que pretenden unir sus esfuerzos para la realización de un fin común. Pero es el ordenamiento el que otorga este efecto ante determinados supuestos, y no la simple voluntad de las partes.

En este punto, parece interesante citar lo afirmado por Anaya(36) en relación a que "la doctrina sostiene que la naturaleza societaria de la cuenta en participación adopta, para superar el escollo de la falta de personalidad jurídica, una de las dos siguientes posiciones: o niega relevancia a la personalidad, o sostiene que se trata de una sociedad interna". A nuestro juicio, la sociedad se define por su carácter de persona jurídica, es consustancial a ella, y no podría entenderse la existencia de una sociedad allí donde el ordenamiento no reconoce una personería jurídica.

En cuanto a la categoría "sociedad interna", ésta se origina de una suerte de distinción entre sociedad-contrato y sociedad-persona(37), a través de la cual la sociedad es contrato en su faz interna y persona en su faz externa, siendo en la faz interna donde se presentan los elementos característicos de la sociedad. Esto, que puede parecer un caos, no es otra cosa que el argumento forzado de aquellos quienes quieren sostener a toda costa la naturaleza societaria del contrato de asociación en participación y que no terminan más que confundiendo las cosas.

e) Ausencia de formación de un patrimonio independiente

Tan cierto es que no existe una persona jurídica distinta que al momento de asumir responsabilidades, las asumirá exclusivamente el que haya celebrado el negocio, aun cuando se hubiere realizado a favor del mismo. Responderá con su patrimonio individual pues en la medida que no existe un centro de imputación jurídica independiente, no existe una distinción patrimonial. Incluso, es de señalar que las aportaciones realizadas pasan a formar parte del patrimonio del asociante. En este punto debemos comentar que no encontramos ninguna justificación para que se afirme que no sería posible que el aporte se efectúe a título de transferencia de propiedad, así como mediante un contrato de uso, usufructo o comodato. Lo esencial es que el desplazamiento patrimonial tenga como beneficiario al asociante, cosa que se justifica en la medida que es él quien realizará la gestión del mismo.

f. Existencia de un socio oculto, por recaer la gestión exclusivamente en el asociante

Este carácter se produce porque aun cuando la aportación de bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica se realiza tanto por el asociante como por el asociado, la conjunción de esfuerzos nunca se manifiesta frente a terceros (nota que hace clara la diferencia entre la asociación en participación y el contrato de consorcio). Esto es así debido a que la ley establece que la gestión recae exclusivamente en el asociante, quien además es el titular del negocio, mientras el asociado nunca va a poder realizar actos de gestión directa aun cuando tenga un interés común y permanente en el negocio.

Por ello es que la Ley dispone en el artículo 441 que los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados ni éstos frente a aquéllos, el asociante actúa en nombre propio y las relaciones jurídicas se generan solo entre él y los terceros.

g. El asociado tiene derecho a la rendición de cuentas al final del contrato

En la medida que el asociado no interviene en la gestión, obviamente la ley debía conferirle algún mecanismo que le permita defender sus intereses, y por ello se prevé en el artículo 441 de la Ley General de Sociedades que los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas al término del negocio realizado.

Sin perjuicio de ello, el mismo artículo deja abierta la posibilidad de que las partes adopten mecanismos particulares de fiscalización o control, los mismos que -al igual que el derecho de rendición de cuentas- forman parte de las relaciones internas propias del contrato.

EL CONTRATO DE CONSORCIO

Walter GUTIERREZ CAMACHO

I. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL Y LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN

1. El Derecho está siempre respondiendo a una circunstancia histórica; le es imposible, so pena de convertirse en un ejercicio intelectual inútil, desligarse de sus coordenadas espacio-temporales. Los contratos de colaboración empresarial y el Derecho Mercantil en general, son una prueba palmaria de esta afirmación, que por cierto, no tiene nada de original, pero que conviene tener presente cuando se abordan temas comerciales.

La asociación y la colaboración son signos de nuestro tiempo. La competencia, el surgimiento de gigantescas empresas con economías mayor esa la de muchos países, la integración de los mercados, la globalización económica y de la información, el avance tecnológico, han obligado a las empresas pequeñas e incluso grandes a recurrir a la cooperación empresarial dándole contenido económico y jurídico a esta figura.

La colaboración empresarial ha existido desde hace mucho tiempo; sin embargo, inició su desarrollo luego de la Segunda Guerra Mundial y ha conocido diversas expresiones que van desde la mera cooperación hasta la concentración, manifestándose en un simple vínculo contractual o en una fusión.

2. El contrato de colaboración empresarial es un contrato género que admite una diversidad prácticamente inabarcable de especies. Se diferencia de los contratos de cambio porque a menudo son contratos de organización, y con prestaciones plurilaterales. No obstante, es perfectamente posible hallar contratos de colaboración empresarial con prestaciones recíprocas. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de asociación en participación, que perteneciendo a este género contractual es de prestaciones recíprocas y no crea organización alguna. Hay que anotar, sin embargo, que este contrato es la expresión más simple de los contratos de colaboración empresarial.

Precisamente una de las características de este género contractual es que sus contratos suelen ser complejos, es decir, su objeto está constituido por una combinación de diversos tipos de obligaciones interdependientes entre sí, lo cual les da una cierta originalidad convirtiéndolos mayormente en contratos atípicos. Es más, la mayoría de ellos no tienen regulación en nuestro ordenamiento, tal como sucede en la legislación comparada.

Desde luego, el contrato de colaboración empresarial por antonomasia es el de sociedad, que al propio tiempo es un contrato asociativo. Sin embargo, no hay duda que el segundo en importancia es el joint venture o consorcio, como prefiere llamarlo el legislador nacional, pues representa el paradigma de las ventajas que derivan de la colaboración empresarial.

3. No obstante la utilidad de este género contractual, muchos de los contratos de colaboración han representado y representan un reto para el Derecho de los Contratos. En efecto, no hay duda que los contratos de colaboración y en particular los contratos de participación desbordan el tradicional marco del Derecho Contractual. Desde la tradicional perspectiva de los contratos de cambio era imposible entender los contratos de colaboración, fue necesario entonces reconocer que existían los contratos con prestaciones plurilaterales y los contratos de organización, y que en ocasiones estas subespecies coincidían, como en el caso del consorcio y los contratos parasocietarios.

Conviene destacar, por último, que los contratos de colaboración suelen ser abiertos, es decir, pasibles de que en ellos se incorporen nuevas partes, algo impensable en los contratos de cambio, y que además no existe equivalencia entre las prestaciones de los contratantes, dado que éstas corren paralelas en busca de un mismo fin.

De este modo, el contrato ya no es solo el instrumento legal para materializar las operaciones de intercambio; en nuestros días el contrato cumple otra importante función, la de cooperación entre empresas. En la economía empresarial moderna la colaboración es tan importante como el intercambio. De esta manera el contrato no es visto más como un centro de confrontación de intereses, sino como un instrumento apto para la cooperación económica.

4. Como ya quedó expresado, los contratos de colaboración pertenecen a un género de contratos contrapuesto a los de cambio. Su función es la cooperación para alcanzar el fin que determinó su celebración; ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir (entre éstos el mandato, licencia, franchising). Ésta puede ser la forma de identificar la existencia de la finalidad común.

Una subespecie de los contratos de colaboración son los llamados contratos de "organización", que son aquellos en los que los contratantes organizan una forma de la expresión de la voluntad colectiva (...) e incluso aquellos en los que subyace una organización económica a la que se le fija una normativa jurídica contractual, sin alcanzar a generar una actuación personalizada distinta de los contratantes o partícipes, ni generar una afectación patrimonial que dará nacimiento a un sujeto de derecho. No obstante, ciertos contratos organizativos, por expreso reconocimiento legal generan una persona jurídica: la sociedad(1).

No obstante, conviene reiterar, que la actuación conjunta de las empresas no siempre genera una organización y solo en un caso propicia el surgimiento de

una persona jurídica. De ahí que la cooperación pueda ser de diverso grado y propósito. Veamos algunos ejemplos:

Un simple acuerdo de cooperación para compartir información de estudios de mercado.

Otros avanzan en una actuación conjunta, como comprar juntos, vender juntos, generando una economía de escala que reduce costos y mejora su oferta.

Un grado mayor de vinculación se produce cuando una empresa participa en los negocios de otra, celebrando contratos parciarios o en participación asociativa, existiendo una empresa gestora, que explota un área determinada y otra que la ayuda tecnológica o financieramente.

- Otro paso se da cuando las empresas se asocian parcialmente, constituyendo una agrupación de colaboración empresarial, para disminuir costos: instalar un área de investigación, profesional izar una administración conjunta, hacer más eficiente la distribución.

Vinculación para participar conjuntamente en una licitación o concurso público. Para alcanzar objetivos de mayor duración las empresas pueden constituir una nueva sociedad controlada por ambas, o bien fusionarse, con lo cual ingresamos a la colaboración societaria y salimos del campo de los contratos asociativos(2).

5. De este modo, con los contratos de colaboración el Derecho Contractual ha demostrado su ductilidad, su capacidad para adaptarse a las necesidades del mercado. De ahí que pueda afirmarse que el contrato es un insustituible agente de desarrollo empresarial, llegándose a sostener incluso que la empresa en último análisis es un contrato, la plasmación de un sinnúmero de contratos. La vinculación entre contrato y empresa se da tanto en el ámbito externo - relación entre empresas -, como en el interno - relación inter empresarial - . La empresa cuando se plasma societariamente y aun cuando no lo haga, dada su naturaleza organizativa, genera un conjunto de contratos, relaciones jurídicas que se satisfacen a través de contratos. De este modo, lo que llamamos empresa puede ser delimitada por un conjunto de contratos que se celebran entre los distintos elementos (capital, trabajo, etc.) y que tienen por propósito la manera como se combinarán. Desde luego, el punto de partida de esta manera de ver la empresa, lo representa el ensayo de R. H. Coase: La naturaleza de la firma, opúsculo publicado a fines de la década de los treinta del siglo veinte(3).

6. En suma, los contratos de colaboración empresarial representan la expresión jurídica más comprensiva de la contratación mercantil, que se caracterizan, en su gran mayoría, por ser contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, contratos de organización, y de participación, no siéndoles aplicables de manera lineal las reglas de los contratos de cambio..

Para decirlo con expresiones de Fontanarrossa "en los contratos de cambio la operación económica en su integridad queda absorbida en el contrato, que constituye la fuente única y directa de la relación y el medio de realización del interés contractual de las partes", en el "fenómeno asociativo el contrato asume una posición instrumental respecto de la operación económica a la que las partes

intentan dar vida y que sigue siendo siempre el ejercicio en común de una actividad en vista de un fin común" (oo.) (4).

II. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

7. Consideramos que el solo hecho de haber incluido en nuestra ley societaria este tipo de contratos es ya un avance, pues reconoce jurídicamente contratos de enorme importancia en el Derecho Mercantil, que otras legislaciones modernas ya han disciplinado. Sin embargo, creemos que nuestros legisladores han sido austeros, pues solo le han dedicado dos artículos a la parte general de estos contratos.

En efecto, el Libro Quinto de la LGS, que se ocupa de los contratos asociativos, se divide en tres partes: la primera compuesta por los artículos 438 y 439, trata de los aspectos generales de los contratos asociativos; la segunda del artículo 440 al 444, regula el contrato asociativo más simple: la asociación en participación; y por último se legisla sobre el contrato de consorcio del artículo 445 al 448.

Quedan de esta manera tipificados en nuestra legislación los contratos de asociación en participación y de consorcio; no obstante al amparo de los dos primeros artículos de esta parte de la ley, éstos no son los únicos contratos asociativos, quedando abierta la posibilidad de que se celebren otros, con las características allí anotadas.

8. Vamos a ocuparnos, aunque de modo sumario tanto del artículo 438 como del 439 de la LGS. El primero de ellos contiene en realidad una definición legal, pues indica que se considera contrato asociativo a aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas, en interés común de los intervinientes. Se trata de una definición bastante genérica, comprensiva de diversas figuras contractuales que podrían involucrar a numerosos contratos como: la concesión, la franquicia, la agencia, así como el consorcio y la asociación en participación.

Pero el texto de este artículo no se agota ahí, se ocupa también de consignar otras características y requisitos que han de tener estos contratos; así, los contratos asociativos no generan una persona jurídica, es decir no se crea un ente jurídico distinto de los asociados. Hallamos aquí una primera incongruencia, pues como hemos adelantado, el contrato de sociedad, que sí tiene personería distinta a la de los socios, es el principal contrato asociativo. Desde luego, el contrato de sociedad desborda el mero marco contractual, y la persona jurídica que se genera en realidad se produce luego de cumplida la formalidad de su inscripción en el Registro y no propiamente con el contrato; y en último análisis, puede decirse que dimana del mandato legal. Con todo, lo que deberá de entenderse es que el legislador se ha referido en esta parte de la ley a los otros contratos asociativos.

Por otro lado, siguiendo con las características de estos contratos, debe anotarse que la ley exige que los contratos asociativos consten por escrito, estableciéndose de este modo una formalidad. Cabe preguntarse con relación a este punto si se aplica el artículo 144 del Código Civil, que establece que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de

prueba de la existencia del acto. Como se advierte, el legislador no ha sancionado con nulidad el incumplimiento de esta forma lidad por lo que habrá de interpretarse que solo se trata de un mecanismo de prueba, no siendo por lo tanto un requisito fundamental para su existencia.

Por último, indica el mencionado artículo que estos contratos no están sujetos a inscripción en el Registro; igual precepto sancionaba la ley anterior refiriéndose al contrato de asociación en participación que ahora es un tipo de este género contractual.

9. Por su parte el artículo 439, que es la otra norma genérica sobre contratos asociativos, se refiere a los aportes que el legislador ha decidido llamar contribuciones; preferimos la primera de ellas porque la expresión contribuciones está más bien vinculada al Derecho Tributario y no al Derecho Societario. Sin embargo, se trata apenas de un problema de nomenclatura que no afecta el fondo del asunto. Según este artículo, la ley admite en este tipo de contratos, que los aportes puedan ser en dinero, bienes o servicios, es decir no pone limitación a las clases de aportes. Por otro lado, la norma establece que si las partes no hubieran pactado el monto de las contribuciones, éstas se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades. Aquí habría que preguntarse qué sucede si no se ha determinado tampoco el porcentaje de las utilidades. En nuestra opinión, como el objeto de todo contrato es la creación de obligaciones y en este caso no se podría determinar los alcances de éstas, el contrato carecería de objeto y por lo tanto sería nulo.

Por último, se ocupa esta norma de la oportunidad, lugar y forma de entrega de los aportes, asuntos en los que la norma es absolutamente clara. Y en todo caso si surgiera algún conflicto o duda, ésta deberá resolverse siguiendo las reglas que sobre este tema se encuentran contenidas en las normas sobre sociedades.

En suma, se trata de dos artículos genéricos que pretenden diseñar legislativamente a los contratos asociativos y que en nuestra opinión alcanzan relativamente este objetivo.

10. Como lo dijimos al principio de este punto, la inclusión de los contratos asociativos en la Ley General de Sociedades ha significado un avance en la regulación de estos contratos. No obstante, no podemos dejar de advertir que en rigor, técnicamente, la inclusión de estos contratos en la referida leyes un error, pues se trata precisamente de una ley de sociedades, y estos contratos no lo son. Sin embargo, en la práctica los hechos han demostrado la conveniencia de su inclusión en la legislación positiva. Los consorcios que se constituyen para presentarse a las licitaciones públicas, a las privatizaciones, las alianzas que se concretan en distintos ámbitos empresariales, son una muestra de la urgencia que había de normar estos contratos. No interesa por el momento si su inclusión se hizo en la LGS; haber esperado una ley especial, conociendo la morosidad y la impericia de nuestros parlamentarios respecto de estos temas, hubiera frustrado el nacimiento legal de estas figuras.

III. CONSORCIO O JOINT VENTURE

11. Es legítimo que el lector se pregunte si con la regulación referida al consorcio el legislador ha pretendido normar el joint venture. Nuestra respuesta es sí y no. Permítasenos aclarar esta aparente contradicción.

En la actividad empresarial e incluso para algunos abogados ha sido frecuente utilizar la expresión joint venture para referirse a una situación de colaboración económica sin con ello hacer necesariamente referencia a su connotación jurídica. Sucede que la expresión joint venture es amplísima y variada en significados: en el plano más general hace referencia a cualquier acuerdo de colaboración. Más concretamente designa a un acuerdo previo entre las partes (conocido en la praxis internacional como joint venture agreement), pero también alude a la forma posterior de ese acuerdo, ya sea a través de mecanismos de carácter contractual o utilizando algún tipo societario. Además, también se emplea la expresión para hacer referencia a la especial vinculación que se establece entre países, inmersos en un joint venture o proyecto común. Una acepción frecuente hace referencia a la forma utilizada para invertir en países receptores de inversión extranjera. En una primera aproximación se observa, pues, que puede hablarse de joint venture hasta en seis sentidos(5).

En el mundo del Derecho es frecuente que tras un aparente problema terminológico se esconda un problema conceptual. Encontrar su equivalente idiomática, si tiene origen extranjero, no suele ser, ni de lejos, la explicación de su concepto. Las instituciones jurídicas no se agotan en el vocablo, en el fonema o significado, sino que hay que adentrarse en el significante, en el contenido, y desentrañar así la esencia del por qué de su funcionamiento(6). El debate no puede entonces centrarse en el nomen juris de la figura y pretender con ello haberla nacionalizado y habilitado para su correcto uso en el Derecho nacional.

No debe entonces llamar la atención que exista cierta duda respecto de lo que ha querido normar el legislador. Sin embargo, como veremos luego, los elementos consignados en los artículos 445 a 448 de la LGS permiten afirmar que se ha regulado un tipo de joint venture. En efecto, dado que existen diversas expresiones de joint venture, nuestro legislador ha decidido normar solo el joint venture contractual que era la forma de este contrato más conocida y utilizada en nuestro medio.

En cuanto al nombre, nuestro legislador ha preferido llamarlo consorcio, término también utilizado en otros países como en Brasil y Colombia, aunque en este último no ha sido legislado. Otra manera como se le conoce a esta figura es empresa conjunta, riesgo compartido o coempresa. Pero sin duda la expresión que más fortuna ha tenido ha sido joint venture.

IV. ANTECEDENTES DEL CONSORCIO

12. El contrato de consorcio o joint venture no era desconocido en nuestra legislación, antes de ser regulado por la Ley General de Sociedades. En efecto, en distintas legislaciones especiales, en particular en la legislación pesquera y minera

se alude a este contrato con frecuencia. Lo propio sucede con la legislación tributaria, que a menudo ha mostrado su preocupación por la contabilidad y los resultados de estos contratos. Tal preocupación se ha reflejado tanto en la Ley del IGV como en la del Impuesto a la Renta. No obstante la reiterada referencia que se venía haciendo a esta figura en nuestro Derecho positivo, el contrato seguía siendo atípico, pues no había sido regulado en sus elementos esenciales, lo que recién sucedería con la LGS de 1998.

Algunas normas que antecedieron a su tipificación, y que se refirieron al consorcio directa o indirectamente son:

El D.Leg. N° 708 sobre promoción de inversiones del sector minero, que en su texto se refiere al contrato de riesgo compartido.

El D.Leg. N° 750, norma derogada por la Ley General de Pesquería (Ley NQ 25977), sobre promoción de inversiones en el sector pesquero, cuyo arto 15 inc. b) aludía a la "operación conjunta" con ocasión de la utilización de embarcaciones de bandera extranjera.

El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP), cuyos arts. 3.2.5, 3.3.3 Y 4.2.2 se referían a la asociación temporal de contratistas; norma que fue derogada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (TUO aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM) que en su artículo 87 regula sobre las ofertas en consorcio.

El D.Leg. N° 662 sobre inversión extranjera, cuyo arto 1 inc. h) considera a los contratos asociativos como una de las modalidades a través de las cuales se puede realizar inversión.

El D.Leg. N° 674 sobre promoción de la inversión privada en las empresas del Estado, cuyo arto 2 inc. c) alude a los contratos similares a la asociación en participación que pueden celebrarse con el objeto de incrementar la eficiencia de las empresas.

y finalmente, la legislación tributaria, especialmente el D.Leg. N° 821, Ley del Impuesto General a las Ventas, que ha regulado en esta materia los contratos de colaboración empresarial; y la Ley del Impuesto a la Renta que establece un régimen diferenciado en función de si llevan o no contabilidad independiente.

13. Por otra parte, en Argentina los contratos de colaboración empresarial se dividen en: agrupaciones de colaboración, que son entidades constituidas contractualmente con la finalidad de establecer una organización común para el aprovechamiento de bienes o servicios que faciliten determinado o determinados aspectos (fases u operaciones) de la actividad empresarial de los mismos contratantes. No configuran sociedades ni su operatividad se proyecta en el mercado (concepto del artículo 367 de la Ley de Sociedades Comerciales)(7). Como se advierte la nota distintiva se halla en la última frase, el propósito de estos contratos no es realizar un negocio propiamente, perseguir utilidades económicas inmediatas; sino la colaboración que les permita a los contratantes fortalecer su posición en cualquier mercado, mejorar su tecnología, su organización o cualquier otro elemento.

En cambio, las uniones transitorias de empresas son entidades también formadas mediante contratos, para desarrollar o ejecutar conjunta y coordinadamente una obra, servicios o suministros determinados y concretos relacionados con el objeto

de los contratantes. Tampoco configuran sociedades, pero su actividad sí se proyecta en el mercado (concepto del artículo 377 de la Ley)(8). En este caso las partes sí se vinculan con propósitos económicos inmediatos, es decir con ánimo lucrativo, de ahí que su actividad, los resultados del contrato, estén destinados al mercado. Desde luego existen otras diferencias en cuanto a la gestión y responsabilidad.

Puede advertirse-con claridad que en Argentina estos contratos, en especial las uniones transitorias de empresas, representan la figura anglosajona denominada.

14. En España la concentración de capitales y de actividades industriales se realiza por diversos medios: las uniones temporales de empresa (UTES), las agrupaciones de interés económico (AIE) que gozan de una legislación específica. La primera de las nombradas está regulada por la ley del 26 de mayo de 1982, que estableció su régimen fiscal y podría definirse como un sistema de colaboración entre sociedades por un plazo máximo de diez años, con el fin de desarrollar una obra o suministro. Su nota característica es que, en sí misma, carece de personalidad jurídica propia; cada sociedad integrante mantiene la suya, y sin embargo todas ellas se ven sometidas a una dirección unitaria para la ejecución de la obra, servicio o suministro. Además deben constituirse por escritura pública e inscribirse en un Registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por su parte las agrupaciones de interés económico se encuentran reguladas por la ley del 29 de abril de 1991, que adoptó el reglamento de la entonces CEE (Comunidad Económica Europea) del 25 de julio de 1985, y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva que no resulten incompatibles con su específica naturaleza. Solo pueden ser constituidas sin ánimo de lucro y formadas por personas físicas o jurídicas que desempeñan actividades agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación o por profesionales liberales. Dicho resumidamente la actividad de la AIE ha de ser complementaria a la ejercida por los sujetos agrupados, en quienes revierten los beneficios, y no en la AIE. Asimismo, la agrupación debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, y en su denominación ha de figurar la expresión "Agrupación de Interés Económico o AIE"(9).

En suma, .la legislación española es otro de los antecedentes legislativos de estas figuras asociativas. Puede advertirse claramente que el contenido auxiliar de la AIE ha adoptado la legislación española, siguiendo el criterio que sobre este tema ha tenido en Europa Comunitaria, y que consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos. Se trata, por tanto de un contrato en el que los agrupados, con toda amplitud pueden fijar su organización y fines, siempre que no se opongan a las actividades y fines de uno de sus miembros.

15. En Italia, en el Código Civil de 1942 se reguló el consorcio, en el artículo 2602, que dice: "Noción y normas aplicables.- Los contratos entre varios empresarios, que ejercen una misma actividad económica o actividades económicas conexas, y que tengan por objeto la regulación de dichas actividades mediante una organización común, se regulan por las normas siguientes, salvo las diversas

disposiciones de las leyes especiales". Tiempo después, en este mismo país, en 1976 se regulan los consorcios de manera más puntual.

16. En Brasil la Ley de Sociedades por Acciones (Ley 6404 de 1976), contiene un capítulo destinado a los consorcios. Según esta norma el consorcio carece de personalidad jurídica, es un contrato entre sociedades, se celebra con fines de colaboración en un emprendimiento determinado. Los consorciados se obligan en los términos pactados en el contrato por las obligaciones asumidas y sin solidaridad (art. 278). Cuando la ley brasileña se refiere al "emprendimiento" alude a la empresa, es decir a la actividad que realizarán las partes. Es evidente entonces la semejanza con el tratamiento del consorcio en nuestro Derecho.

V. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONSORCIO

17. Según el Corpus Juris Secundum -compilación de jurisprudencia norteamericana- el joint venture es una creación jurisprudencial norteamericana que suele ser descrita como una asociación de personas que buscan llevar a cabo con fines de lucro una empresa comercial individual(10). El CJS agrega que en numerosos casos se ha acogido o bien la definición de "combinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de partner ship o corporation", o bien la de "asociación de personas que buscan llevar a cabo una empresa comercial individual con fines de lucro, para lo cual combinan sus bienes, dineros, efectos, habilidades y conocimientos"(11).

La afirmación, repetida en numerosos textos, de que el joint venture es producto de la jurisprudencia norteamericana es muy discutible, pues ya en 1873 en Bélgica se conocía y utilizaba la incorrectamente llamada asociación. No crea una persona jurídica, no se le exigía una formalidad específica, pudiendo probar su existencia de cualquier manera; su propósito estaba restringido a una o más operaciones específicas y no funcionaban bajo un nombre comercial(12).

En realidad la expresión joint venture tiene su origen en Escocia. Taubman sostiene que este término se usaba en Escocia desde principios del siglo XIX. En su Tratado Principios de Derecho Escocés, escrito en 1839, Bell definió el joint venture como un partnership limitado, restringido a una aventura, especulación, uso comercial o viaje específico en el cual los socios potencia les o conocidos no usaban una razón o denominación social y no incurrían en responsabilidad más allá de los límites de la operación(13).

18. Puede advertirse que esta definición, como la mayoría de ellas, tiene como lugar común la finalidad restringida a una sola empresa, a un solo negocio. Este elemento ha sido recogido también por nuestra legislación. Sin embargo, en ocasiones es difícil definir qué se entiende por un solo negocio, empresa o proyecto, con lo cual en la práctica este elemento ha ido flexibilizando para acabar con contratos de consorcio que tienen vocación de continuidad. Desde luego, en caso de que las partes deseen un vínculo contractual permanente la figura asociativa más eficiente es la sociedad; sin embargo, si las estipulaciones legales

contenidas en la LGS son insuficientes, las partes pueden mediante pactos sociales o parasocietarios diseñar convenios que respondan mejor a sus intereses, siempre que éstos no colisionen con normas societarias de orden público. De ahí que muchas veces los consorcios o joint ventures han representado, en nuestro medio como en otras latitudes, un preámbulo contractual a la constitución de una sociedad.

En relación a la actividad comercial, negocio, proyecto o empresa que es objeto del consorcio, nuestra LGS siguiendo también en esta ocasión a la doctrina y jurisprudencia comparada, establece que debe limitarse al desarrollo de una sola actividad. Sobre este punto es necesario aclarar, aunque resulte obvio, que la ley no se refiere a la duración del consorcio, pudiendo haber contratos de consorcio que duren años dedicados a una actividad determinada.

19.- En relación a los aportes o contribuciones, que es otro de los elementos de este contrato, nuestro legislador no ha sancionado límite alguno, por lo tanto, pueden consistir en dinero, bienes, tecnología, actividades o cualquier otro activo sin limitación alguna. Lo esencial es que éstos existan, no importando su cuantía y especies.

Con respecto a la valorización de los aportes hay plena libertad para su ponderación. Sobre la oportunidad de entrega, a falta de acuerdo de las partes y siguiendo la ley societaria, puede afirmarse que cuando menos una parte de ellos debe estar "pagada". Sin embargo, tratándose de obligaciones de hacer el tratamiento, en cuanto a la oportunidad, deberá estar acorde con el acreedor de dicha conducta y con el propósito del negocio que contiene el consorcio.

En cuanto a la pertinencia de la aplicación del artículo 1240 del Código Civil, que establece la exigencia inmediata del pago en caso de la omisión de cumplimiento, debemos señalar que los alcances de este deben mitigarse, en vista de que estamos frente a contratos cuyas fines no son correspondientes. Por lo demás, como ya quedó anotado, antes de la aplicación del Código Civil deberá recurrirse a la ley societaria.

Por último, en caso de incumplimiento del pago de los aportes contra el consorciado moroso, el consorcio podrá exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o resolver el contrato respecto de dicho socio. Tallo que se desprende de los artículos 439 -parte final- y 22 de la Ley General de Sociedades.

20. Respecto a los recursos que maneja el consorcio, debe quedar claro que mediante este contrato no se crea un patrimonio autónomo. En este sentido las contribuciones a que se refiere la ley (art. 438), si bien pueden ir al fondo común, necesariamente uno de los consorciados deberá ser titular del patrimonio que se genere, pues en rigor ningún contrato genera una persona jurídica. La solución más frecuente será generar un fondo común en copropiedad de los consorciados, designando un administrador.

Cuando las contribuciones estén constituidas por obligaciones de hacer, ordinariamente no habrá problema, pues las más de las veces tal quehacer será a favor de un tercero. Con todo, si no fuera éste el caso, igual tal obligación de hacer se realizaría a favor de los consorciados titulares del fondo común. .

Finalmente, en relación a este punto, cuando la ley dice: "Cuando el consorcio contrate..." deberá entenderse que se refiere a cuando los consorciados contraten, pues quien no tiene personería no puede contratar.

21. Otro elemento propio de este contrato es la mutua participación o intervención conjunta en el planeamiento, ejecución y control del proyecto, empresa o negocio que da origen al joint venture. Ciertamente esta característica del contrato exige necesariamente una organización o administración que haga posible la empresa. Aquí reside uno de los principales problemas de la ejecución de este contrato (sobre el tema véase el punto VI de este trabajo).

22. Lo mismo que en todo contrato mercantil, en el consorcio debe existir un propósito de lucro entre las partes. No existe en la actividad comercial propósito de beneficencia. Incluso cuando el empresario o empresa "regala" un producto en realidad no lo está obsequiando; estas entregas siempre se hacen en el marco de una campaña que pretende ampliar el ámbito de consumidores, en caso de que el producto ya esté en el mercado o iniciar su lanzamiento en caso de que pretenda penetrar en él. De cualquier manera los consorciados, lo mismo que cualquier empresario, se vinculan en este contrato con ánimo específico. La primera de las nombradas está regulada por la ley del 26 de mayo de 1982, que estableció su régimen fiscal y podría definirse como un sistema de colaboración entre sociedades por un plazo máximo de diez años, con el fin de desarrollar una obra o suministro. Su nota característica es que, en sí misma, carece de personalidad jurídica propia; cada sociedad integrante mantiene la suya, y sin embargo todas ellas se ven sometidas a una dirección unitaria para la ejecución de la obra, servicio o suministro. Además deben constituirse por escritura pública e inscribirse en un Registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por su parte las agrupaciones de interés económico se encuentran reguladas por la ley del 29 de abril de 1991, que adoptó el reglamento de la entonces CEE (Comunidad Económica Europea) del 25 de julio de 1985, y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva que no resulten incompatibles con su específica naturaleza. Solo pueden ser constituidas sin ánimo de lucro y formadas por personas físicas o jurídicas que desempeñan actividades agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación o por profesionales liberales. Dicho resumidamente la actividad de la AIE ha de ser complementaria a la ejercida por los sujetos agrupados, en quienes revierten los beneficios, y no en la AIE. Asimismo, la agrupación debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, y en su denominación ha de figurar la expresión "Agrupación de Interés Económico o AIE"(9).

En suma" .la legislación española es otro de los antecedentes legislativos de estas figuras asociativas. Puede advertirse claramente que el contenido auxiliar de la

AIE ha adoptado la legislación española, siguiendo el criterio que sobre este tema ha tenido en Europa Comunitaria, y que consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos. Se trata, por tanto de un contrato en el que los agrupados, con toda amplitud pueden fijar su organización y fines, siempre que no se opongan a las actividades y fines de uno de sus miembros.

15. En Italia, en el Código Civil de 1942 se reguló el consorcio, en el artículo 2602, que dice: "Noción y normas aplicables.- Los contratos entre varios empresarios, que ejercen una misma actividad económica o actividades económicas conexas, y que tengan por objeto la regulación de dichas actividades mediante una organización común, se regulan por las normas siguientes, salvo las diversas disposiciones de las leyes especiales". Tiempo después, en este mismo país, en 1976 se regulan los consorcios de manera más puntual.

16. En Brasil la Ley de Sociedades por Acciones (Ley 6404 de 1976), contiene un capítulo destinado a los consorcios. Según esta norma el consorcio carece de personalidad jurídica, es un contrato entre sociedades, se celebra con fines de colaboración en un emprendimiento determinado. Los consorciados se obligan en los términos pactados en el contrato por las obligaciones asumidas y sin solidaridad (art. 278). Cuando la ley brasileña se refiere al "emprendimiento" alude a la empresa, es decir a la actividad que realizarán las partes. Es evidente entonces la semejanza con el tratamiento del consorcio en nuestro Derecho.

V. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONSORCIO

17. Según el Corpus Juris Secundum -compilación de jurisprudencia norteamericana- el joint venture es una creación jurisprudencial norteamericana que suele ser descrita como una asociación de personas que buscan llevar a cabo con fines de lucro una empresa comercial individual(10). El CJS agrega que en numerosos casos se ha acogido o bien la definición de "combinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de partnership o corporation", o bien la de "asociación de personas que buscan llevar a cabo una empresa comercial individual con fines de lucro, para lo cual combinan sus bienes, dineros, efectos, habilidades y conocimientos"(11).

La afirmación, repetida en numerosos textos, de que el joint venture es producto de la jurisprudencia norteamericana es muy discutible, pues ya en 1873 en Bélgica se conocía y utilizaba la incorrectamente llamada asociación. No crea una persona jurídica, no se le exigía una formalidad específica, pudiendo probar su existencia de cualquier manera; su propósito estaba restringido a una o más operaciones específicas y no funcionaban bajo un nombre comercial(12) .

En realidad la expresión joint venture tiene su origen en Escocia. Taubman sostiene que este término se usaba en Escocia desde principios del siglo XIX. En su Tratado Principios de Derecho Escocés, escrito en 1839, Bell definió el joint

venture como un partnership limitado, restringido a una aventura, especulación, uso comercial o viaje específico en el cual los socios potencia mo de lucro. Sobre el particular, y con el propósito de evitar confusiones con la acepción restringida de la palabra lucro, nuestro legislador ha señalado que el contrato tiene como propósito obtener un beneficio económico.

23. En cuanto al propósito o fin económico del contrato de consorcio nuestra legislación no ha puesto límite alguno, como sí ha sucedido en otras legislaciones como la argentina, según la cual las agrupaciones de colaboración solo pueden tener estricta naturaleza mutualista, estando su finalidad dirigida hacia la obtención de beneficios concretos de los partícipes sin que la actividad trascienda a terceros. En nuestro caso el consorcio puede tener esta naturaleza y más, es decir no limitar su fin a una actividad inter empresas sino proyectarla al mercado. La ley italiana del 30 de abril de 1976 propone diversos ejemplos de consorcio:

-La adquisición en común de materias primas o semielaboradas. La creación de una red distributiva común.

La promoción de ventas mediante la organización y participación de ferias, la difusión publicitaria, la realización de estudios de mercado, la preparación de catálogos, etc.

La participación en licitaciones nacionales e internacionales.

El desarrollo de programas de investigación tecnológica, de experimentación técnica, de actuación en el campo de las técnicas de gestión.

La construcción y el mejoramiento de plantas industriales de los asociados.

El control de la calidad y la prestación de la correspondiente garantía de los productos de las empresas agrupadas.

La creación de marcas de calidad y la coordinación de la producción de los asociados.

El establecimiento de centros mecanográficos y contables comunes.

La asistencia a las empresas participantes en materia crediticia, mediante la prestación de garantías de carácter mutuo, etc.

Desde luego, muchos de estos ejemplos han sido superados por el tiempo. Con todo, representan una clara muestra de la utilidad de este género de contratos.

24. Una característica adicional de esta figura es la independencia que mantienen los partícipes, en el sentido de que éstos siguen desarrollos de los propios negocios preservando sus propios intereses en ellos, y destinando solo parte de su patrimonio al consorcio. No obstante la independencia que mantienen las partes respecto de sus propios negocios, el consorcio es un contrato de integración, en la medida en que las partes ejercen el control recíproco y la mutua administración de la empresa conjunta. Sin duda que ésta es una de las características que tanto la jurisprudencia como la doctrina extranjera reconocen como propia de esta figura contractual.

25. En cuanto al elemento subjetivo, debemos decir que aun cuando su regulación se encuentre en la LGS las personas habilitadas para constituir este tipo de contratos no son solo las sociedades. No hay limitación alguna para que las

personas naturales también celebren estos contratos. No obstante, pese a que no hay un requisito respecto del tipo de personas, puede decirse que el consorcio es un contrato intuitu personae, es decir, aquel que se celebra en función de las personas. Si bien es cierto el aporte, la contribución de las partes al negocio o empresa es importante, no lo es menos el hecho de que estamos frente a un contrato de integración en el que el factor confianza es también fundamental. Confianza en la conducta de las partes y en las partes mismas y en valor que ellas generarán al negocio haciéndolo posible.

26. En cuanto a la forma del contrato de consorcio se puede afirmar lo mismo que respecto de los contratos asociativos. La ley expresa literalmente que estos contratos deben constar por escrito y no están sujetos a inscripción en el Registro (artículo 438). Veamos los alcances de esta norma. Debemos entender que la "exigencia" de que conste por escrito solo cumple una función probatoria. Tallo que se desprende de la complementación de este texto normativo con el artículo 144 del Código Civil, que establece que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto. Conviene tener presente que la ley dice "..., solo un medio de prueba", y no el medio de prueba, con lo que debe entenderse que es el medio ideal, idóneo, pero no el único medio probatorio.

Sobre este tema hay autores(14) que han expresado posición contraria sosteniendo que la ley ha pretendido indicar que no hay otro medio de prueba que el indicado por la ley. Como se desprende de lo antes expresado no compartimos esta posición. básicamente porque afirmar que el acto se puede probar solo por el medio indicado por la leyes condenarlo a una suerte de ineficacia cuando tal instrumento probatorio se pierda. Recuérdese lo que afirmaba Carnelutti: no hay derecho sin prueba(15).

27. En armonía con los elementos descritos y con los intereses de las partes, ordinariamente los contratos de consorcio contienen las siguientes cláusulas.

- Objeto -en el sentido de fin- del consorcio, lo cual delimitará las atribuciones de los administradores.
- Duración del contrato, que en el caso del Derecho peruano no tiene límite expreso en el tiempo. Si el contrato no fija tiempo de duración, deberá entenderse que el plazo es el mismo que el necesario para que se cumpla el objeto.
- Designación del administrador con indicación de las atribuciones y poderes de éste.
- Determinación del régimen de los órganos que gobernarán el consorcio.
- Domicilio-en el que se remitirán las comunicaciones al consorcio. Así mismo, la designación del domicilio de los consorciados.
- Determinación de los aportes o "contribuciones", como lo prefiere la ley, con indicación de su forma y oportunidad de entrega a que se obliga cada consorciado. Huelga decir que estas contribuciones pueden ser en dinero, bienes o servicios.
- Causales de resolución parcial-exclusión de un consorciado-, así como resolución total del consorcio.

- Requisitos de incorporación de nuevos consorciados.
 - Participación que cada consorciado tendrá en las actividades comunes, así como en los resultados.
 - Mecanismos para la solución de conflictos extrajudiciales y cláusula arbitral.
- Forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los consorciados la gestión realizada por el administrador del consorcio.

VI. ADMINISTRACIÓN DEL CONSORCIO

28. Sin duda uno de los temas más importantes del contrato de consorcio es la manera como se define la toma de decisiones en su organización. El problema es aún más complejo si los miembros del consorcio se han integrado en situación de idéntica paridad. En suma, el problema consiste en cómo resuelven los conflictos cotidianos que amenazan el "funcionamiento del contrato", o si se prefiere de la organización, y que pueden conducir a la inoperancia y a la eventual resolución contractual.

Una primera solución está en las decisiones unánimes, proscribiendo para sus acuerdos el principio de la mayoría propio de los acuerdos sociales. En otras palabras, solo se adoptarán decisiones si el conjunto total de los integrantes del consorcio se encuentra de acuerdo. Se trata de una solución poco operativa que puede entorpecer el funcionamiento del consorcio. Más atractiva resulta la rotación temporal, anual, de la gerencia u otro órgano deliberante del consorcio. No obstante, esta alternativa no está exenta de inconvenientes, pues puede presentarse eventualmente un conflicto de intereses entre quien ejerce o controla la administración y los intereses del consorcio. Para prevenir este problema conviene que quien ejerce la administración haga previamente una declaración de intereses potencialmente en conflicto con el consorcio, y en todo caso se complementa con una cláusula que contenga un mecanismo expeditivo de solución de estos conflictos.

Otra solución a la que se puede apelar es el arbitraje, figura que garantiza soluciones técnicas, rápidas y seguras de controversias. Sin embargo, tratándose de un conflicto surgido en la conducción de la administración y con el propósito de no paralizar la marcha del consorcio, las partes pueden prever esta contingencia introduciendo en su convenio arbitral la designación de un administrador temporal quien ejercerá las funciones hasta solucionar el conflicto.

29. No siempre un administrador se encuentra a cargo de la conducción del consorcio, puede ser que sus integrantes prefieran la integración de un comité compuesto por representantes de cada uno de los consorciados, quienes tienen a su cargo la dirección de los negocios ordinarios y la gestión de la empresa conjunta. No obstante, pese a la adopción de esta alternativa igual es indispensable, por razones prácticas, la designación de un representante de los consorciados con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros, lo cual desde luego se puede concretar en un solo acto y documento.

En la práctica la representación y conducción suele ser puesta en manos de aquella sociedad que tiene mayor intervención en la empresa que es objeto del consorcio o que tenga mayor participación en los resultados.

30. Una cuestión no abordada por la ley, y al parecer desconocida también para la jurisprudencia nacional, lo constituye la posibilidad de la administración judicial del consorcio. En el Derecho argentino la jurisprudencia la ha aceptado pero solo limitada al control de la marcha de los negocios a los fines de preservar los derechos de una de las partes, cuando ésta ha acreditado que existen discrepancias y desavenencias entre las partes con relación a las operaciones conjuntas que vienen realizando, correspondiendo en tales circunstancias la designación de un interventor informante(16).

27. En armonía con los elementos descritos y con los intereses de las partes, ordinariamente los contratos de consorcio contienen las siguientes cláusulas.

- Objeto -en el sentido de fin- del consorcio, lo cual delimitará las atribuciones de los administradores.
- Duración del contrato, que en el caso del Derecho peruano no tiene límite expreso en el tiempo. Si el contrato no fija tiempo de duración, deberá entenderse que el plazo es el mismo que el necesario para que se cumpla el objeto.
- Designación del administrador con indicación de las atribuciones y poderes de éste.
- Determinación del régimen de los órganos que gobernarán el consorcio.
- Domicilio en el que se remitirán las comunicaciones al consorcio. Así mismo, la designación del domicilio de los consorciados.
- Determinación de los aportes o "contribuciones", como lo prefiere la ley, con indicación de su forma y oportunidad de entrega a que se obliga cada consorciado. Huelga decir que estas contribuciones pueden ser en dinero, bienes o servicios.
- Causales de resolución parcial-exclusión de un consorciado-, así como resolución total del consorcio.
- Requisitos de incorporación de nuevos consorciados.
- Participación que cada consorciado tendrá en las actividades comunes, así como en los resultados.
- Mecanismos para la solución de conflictos extrajudiciales y cláusula arbitral.
- Forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los consorciados la gestión realizada por el administrador del consorcio.

VI. ADMINISTRACIÓN DEL CONSORCIO

28. Sin duda uno de los temas más importantes del contrato de consorcio es la manera como se define la toma de decisiones en su organización. El problema es aún más complejo si los miembros del consorcio se han integrado en situación de idéntica paridad. En suma, el problema consiste en cómo resuelven los conflictos cotidianos que amenazan el "funcionamiento del contrato", o si se prefiere de la

organización, y que pueden conducir a la inoperancia y a la eventual resolución contractual.

Una primera solución está en las decisiones unánimes, proscribiendo para sus acuerdos el principio de la mayoría propio de los acuerdos sociales. En otras palabras, solo se adoptarán decisiones si el conjunto total de los integrantes del consorcio se encuentra de acuerdo. Se trata de una solución poco operativa que puede entorpecer el funcionamiento del consorcio. Más atractiva resulta la rotación temporal, anual, de la gerencia u otro órgano deliberante del consorcio. No obstante, esta alternativa no está exenta de inconvenientes, pues puede presentarse eventualmente un conflicto de intereses entre quien ejerce o controla la administración y los intereses del consorcio. Para prevenir este problema conviene que quien ejerce la administración haga previamente una declaración de intereses potencialmente en conflicto con el consorcio, y en todo caso se complemente con una cláusula que contenga un mecanismo expeditivo de solución de estos conflictos.

Otra solución a la que se puede apelar es el arbitraje, figura que garantiza soluciones técnicas, rápidas y seguras de controversias. Sin embargo, tratándose de un conflicto surgido en la conducción de la administración y con el propósito de no paralizar la marcha del consorcio, las partes pueden prever esta contingencia introduciendo en su convenio arbitral la designación de un administrador temporal quien ejercerá las funciones hasta solucionar el conflicto.

29. No siempre un administrador se encuentra a cargo de la conducción del consorcio, puede ser que sus integrantes prefieran la integración de un comité compuesto por representantes de cada uno de los consorciados, quienes tienen a su cargo la dirección de los negocios ordinarios y la gestión de la empresa conjunta. No obstante, pese a la adopción de esta alternativa igual es indispensable, por razones prácticas, la designación de un representante de los consorciados con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros, lo cual desde luego se puede concretar en un solo acto y documento.

En la práctica la representación y conducción suele ser puesta en manos de aquella sociedad que tiene mayor intervención en la empresa que es objeto del consorcio o que tenga mayor participación en los resultados.

30. Una cuestión no abordada por la ley, y al parecer desconocida también para la jurisprudencia nacional, lo constituye la posibilidad de la administración judicial del consorcio. En el Derecho argentino la jurisprudencia la ha aceptado pero solo limitada al control de la marcha de los negocios a los fines de preservar los derechos de una de las partes, cuando ésta ha acreditado que existen discrepancias y desavenencias entre las partes con relación a las operaciones conjuntas que vienen realizando, correspondiendo en tales circunstancias la designación de un interventor informante(16).

VII. OBJETO DEL CONSORCIO

31. Conviene en primer término distinguir entre objeto del contrato de consorcio y objeto del consorcio. El objeto del primero lo mismo que de cualquier contrato es el conjunto de obligaciones que genera su celebración. Lo que diferencia el contrato de consorcio del resto de contratos no es el tipo de obligaciones sino la combinación de éstas. Así, cada tipo contractual tiene su propia combinación de obligaciones; por ejemplo, si se combina la obligación de trasladar la propiedad de un bien con la obligación de pagar un precio en dinero por dicha transferencia estaremos frente a una compraventa y no ante un arrendamiento, cuya combinación obligacional será distinta. Los contratos civiles suelen contener combinaciones obligacionales simples o lineales a las que en ocasiones se le añaden cláusulas de garantía o alguna otra obligación complementaria pero no más. No sucede lo mismo con los contratos mercantiles en los que las combinaciones obligacionales se complejizan a tal punto que se van generando figuras completamente atípicas.

Piénsese, por ejemplo, en el management empresarial o la franquicia en los que la concurrencia de obligaciones no solo son numerosas, sino complejas e interdependientes. Pero además, como ya se dijo en este trabajo, algunos contratos mercantiles como los de colaboración empresarial generan organizaciones, administraciones que se utilizan para ejecutar el contrato.

32. El objeto del consorcio, dicho genéricamente, es la colaboración entre empresas. Puntualmente el objeto del consorcio será la empresa o negocio que las partes se hayan propuesto realizar con dicha colaboración. La combinaciones de obligaciones que es objeto del contrato de consorcio es lo que hará posible dicho negocio o empresa. De ahí que las obligaciones contenidas en el contrato tengan una relación directa con el negocio o empresa, es más que el conjunto de ellas constituya la configuración misma de ésta.

En suma, el consorcio como contrato de colaboración tiene como elemento fundamental la comunidad de fin u objeto, no la existencia de distintos intereses. Todo conflicto de intereses se subsume a la comunidad de fin u objeto y coincide con la causa en este tipo de contratos(17).

33. El tema tiene importancia si consideramos que a menudo los contratos de colaboración y en especial los de consorcio se celebran entre empresas competidoras, situadas vertical u horizontalmente en el proceso económico. Es lógico, en consecuencia, que las cláusulas habituales tengan por contenido fijar un precio común, una misma zona de mercado, unas fuentes iguales de aprovisionamiento, unas condiciones comerciales o de servicio idénticas, un desarrollo tecnológico compartido, unas políticas coincidentes de distribución; es decir, el contrato de joint venture visto a través del prisma concurrencial puede resultar un ejemplo paradigmático de acuerdo colusorio contrario ai Derecho de la Competencia y por tanto prohibido por la ley(18). Sin embargo, tales cláusulas o acuerdos celebrados en el marco del objeto del consorcio, no serán necesariamente ilícitas, debiendo ser evaluada su conveniencia y sintonía con el

objeto del contrato pero sobre todo su impacto en el mercado. Todo lo cual es una difícil tarea del ente regulador, pues no siempre es fácil determinar la legitimidad de estas cláusulas.

VIII. RELACIÓN CON TERCEROS Y RESPONSABILIDAD EN EL CONSORCIO

34. No admite duda que cuando el administrador del consorcio contrata con terceros, dentro del marco de sus facultades, obliga a todos los consorciados. En cuanto a su relación con terceros, la regulación legal no ha sido muy acertada. El texto de la norma dice: "Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular" (artículo 447). Aun cuando es posible que la situación descrita por la norma se dé, sin duda no es lo más frecuente. A menudo el consorcio se vinculará colectivamente con terceros, mediante su representante y no aisladamente como sugiere la ley.

La propia ley reconoce esta posibilidad en el segundo párrafo del citado artículo al decir: "Cuando el consorcio contrate con terceros ...". De igual modo tampoco es frecuente, en la práctica, que la responsabilidad del consorcio sea individual. Por el contrario en los contratos que celebra el consorcio lo común será la solidaridad de la responsabilidad.

Sin embargo, conviene tener presente que incumplida la o las obligaciones asumidas por los consorciados a través de su representante, el acreedor deberá promover una demanda contra todos sus integrantes, pues estamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo, tal como lo señala el artículo 92 del Código Procesal Civil.

IX. PARTICIPACIÓN DE RESULTADOS EN EL CONSORCIO

35. Otro elemento importante en este contrato es el derecho que tienen los consorciados a participar en los resultados del negocio. Desde luego hay libertad para determinar los términos de la distribución de los resultados: en este sentido no es obligatorio que las partes tengan idéntica participación o que ésta sea proporcional a sus aportes, por el contrario éstas pueden fijarse a voluntad. Lo único obligatorio es que los consorciados tengan una participación. Tanto así que la ley establece que de no haberse consignado un régimen de participación, se entenderá que es en partes iguales.

X. EXTINCIÓN DEL CONSORCIO

36. El contrato de consorcio puede extinguirse por las siguientes causas:
i - Por cumplimiento del objeto -fin- del consorcio.
ii - Por la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto del consorcio.

- Por extinción del plazo, siempre que no existan vínculos contractuales con terceros que queden pendientes de cumplimiento.
- Por la muerte, disolución o quiebra de uno de los consorciados cuya contribución al consorcio resulte esencial (artículo 1434 del Código Civil).
- Por reducción a uno del número de consorciados.
- Por acuerdo de las partes(19).

Dado que la ley no ha incluido ninguna norma referida a la extinción del consorcio, debe apelarse, en este caso como en otros en los que la ley sea para ofrecer una solución, a una interpretación finalista. En efecto, como hemos expresado varias veces en este trabajo, en vista de la inclusión de contrato en la Ley General de Sociedades deberá entenderse que el legislador ha querido que en caso de vacío o duda se apliquen las normas societarias en lo que resulte compatible. Por lo demás, ésta ha sido la solución ofrecida por la propia ley cuando se refiere a los aportes (artículo 439).

XI. CONCLUSIÓN

37. Luego de este rápido recorrido sobre la naturaleza, elementos y operatividad del contrato de consorcio es posible llegar a algunas conclusiones, desde luego solo pueden tener el carácter preliminar.

- a) Mediante la tipificación del consorcio, nuestro legislador ha receptado la figura anglosajona conocida comúnmente como joint venture contractual.
- b) Los problemas jurídicos esenciales que surgen del consorcio son tres: su relación y eventual conflicto con el Derecho de la Competencia dada su vinculación innegable con el fenómeno de concentración de empresas; la relación interna entre los consorciados que necesariamente se reflejará en su organización; y la administración del consorcio.
- c) Pese al frecuente uso del consorcio la figura no ha sido analizada jurisprudencialmente, mientras que en el campo de la doctrina los trabajos han oscilado entre el análisis contable y tributario confundiéndose en algunos casos con la asociación en participación.
- d) Apelando a una interpretación finalista debe entenderse que la inclusión de los contratos asociativos en la Ley General de Sociedades se ha hecho con el propósito de que, en caso de vacío o deficiencia del acuerdo contractual, se recurra a la ley societaria para llenar este vacío.

Es probable que en este trabajo se hayan formulado más preguntas de las que se ha podido responder. Sucede que las dificultades para sistematizar una comprensión de los contratos de colaboración empresarial y en especial del consorcio, provienen del hecho de que se trata de una figura aún reciente y en muchos aspectos informe, resultado de lo cual no existe un consenso general sobre sus alcances ni una formulación compartida sobre sus presupuestos. Sin embargo, los avances en este terreno son significativos, y ya es posible identificar algunas coincidencias fundamentales. Lo que permite hacer algunas afirmaciones sin mayor riesgo.

Con todo, cuando lo que se pretende es comprender una figura jurídica que aún no se ha terminado de configurar, es preferible conocer las preguntas correctas que tener las respuestas equivocadas.

EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Walter GUTIERREZ CAMACHO

I. INTRODUCCIÓN

1. La Ley General de Sociedades ha omitido utilizar la expresión contrato para definir a la sociedad, con lo cual los legisladores pretendieron huir del viejo debate sobre la naturaleza jurídica de la figura más importante del Derecho Mercantil. Contra lo que se podría creer, el interés que despierta este debate se ubica no tanto en el ámbito académico como en el ámbito práctico. En efecto, resulta decisivo saber si la sociedad es un contrato o no, principalmente por los importantes efectos que se generan de la respuesta. Si no sabemos dentro de qué categoría jurídica cae la sociedad, no podemos precisar qué normas le resultarán aplicables. Desde luego, se nos dirá que la sociedad es precisamente eso, una sociedad, y que las normas que la rigen se hallan en la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, pese a que la referida ley regula la sociedad en su amplia manifestación, escapan de ella algunas figuras jurídicas fundamentales que se ubican en el Derecho común (Derecho Civil), y que le sirven para definir mejor sus instituciones. Si bien es cierto que el Derecho Mercantil es autónomo, pues tiene sus propias figuras y principios, no es independiente, ya que su base jurídica se halla en el Derecho Civil. Por ello, es correcto afirmar que si bien el Derecho de Sociedades tiene una regulación bastante integral del fenómeno societario, no es menos cierto que dicha regulación utiliza categorías propias del Derecho Civil que le sirve de base, v.g., nulidad, caducidad, obligación, daño, responsabilidad, interés, etc.; esto no quiere decir que el Derecho Societario no haya creado también figuras que le resultan propias y que permiten hablar incluso de una cierta autonomía dentro del propio Derecho Mercantil, por ejemplo: acciones, directorio, dividendos, contrato de suscripción de acciones, contratos parasocietarios, socio, reservas, dividendo pasivo, razón social, denominación social, junta general, etc.

No obstante, como ya se señaló, todo el Derecho Privado se halla vertebrado por el Derecho Civil que le ofrece su dogmática, que hace posible que disciplinas como el Derecho Societario cumplan con el principio a plenitud, es decir, que sea un ordenamiento comprensivo de todas las situaciones que pretende regular. Por ello, no debe sorprender que para definir la sociedad se utilice una figura del Derecho común como es el contrato. Esto no atenta contra la autonomía de esta rama del Derecho.

2. Antes de continuar con el desarrollo de nuestro tema, debemos hacer algunas precisiones. En primer término, hay que indicar que nuestra ley societaria ha sido omisa a manifestarse expresamente sobre esta cuestión; no obstante, como veremos, del texto de sus disposiciones es posible hallar una respuesta referida a la naturaleza de la sociedad.

En segundo lugar, quisiéramos detenemos brevemente para analizar la conveniencia o no de que las leyes incluyan definiciones. En efecto, hasta hace unos años se discutía la pertinencia de incluir definiciones en los cuerpos normativos. No obstante, con el tiempo se ha aceptado la utilidad de que éstas formen parte de la ley. De hecho, no es infrecuente hallar normas que abiertamente incluyan definiciones. El propio Código Civil incluye numerosas definiciones a lo largo de sus artículos. Otro ejemplo es la Ley de Protección al Consumidor (D.Leg. N° 716), en la que podemos encontrar múltiples definiciones.

En realidad, la utilidad de la definición (1) está dada en que pueda contener una norma de conducta, y en esta medida debe resultar admisible. En nuestra opinión la definición no debe ser ajena a la ley, no solo porque permite una normatividad más didáctica ofreciendo al lector información respecto a lo que el legislador entiende por determinadas figuras, sino porque con ella se limitan los alcances de un dispositivo. Podemos concluir entonces que es correcto que la ley incluya definiciones; y cada vez que hallemos éstas deberemos atribuirles eficacia normativa en el sentido que de dicha definición dimanará un efecto, una consecuencia normativa. Así por ejemplo, si el legislador define qué debemos entender por contrato, con ello nos permite deslindar un caso límite y tener un elemento mediante el cual saber en qué supuestos se aplicarán o no las normas regulatorias de los contratos(2).

II. DEFINICIÓN DE CONTRATO

3. Para resolver el tema que nos ocupa, resulta conveniente recordar qué entiende nuestro Derecho por contrato: "Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (Código Civil, art. 1351); o, para decirlo de modo más simple, es la inteligencia de dos o más partes para generar, modificar o extinguir obligaciones.

Ocurre que el contrato presupone una zona de coincidencia que es precisamente donde tiene su más profunda base, pues si tanto las voluntades como las declaraciones no coinciden en un punto o zona, habrá disenso pero no contrato. Por consiguiente, el contrato es el punto de encuentro de las voluntades, un lugar común por medio del cual las partes se obligan. El contrato concebido de este modo se convierte en la institución central, en la piedra angular no solo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico privado. El Derecho Privado es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. Tanto el Derecho Civil como el Derecho Mercantil son predios jurídicos donde reina la autonomía de la voluntad y por consiguiente el contrato. Para decirlo en palabras de Díez Picazo, donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y la fuerza (3).

4. Cabe precisar que el concepto moderno de contrato es producto del liberalismo; ésta es justamente la ideología que subyace en su actual concepción. De esta manera, el contrato ha servido para explicar gran parte del Derecho, incluso el Derecho Público, piénsese en la Teoría del Contrato Social, que justifica la existencia misma del Estado. Nuestro Derecho no ha sido ajeno a esta influencia. Es por ello que nuestra Constitución considera a la libertad de contratación como un derecho fundamental de la persona (art. 2, inc.14). En este punto conviene recordar que Hegel vinculó el concepto de contrato al de persona, pues si para realizarse el hombre requiere de los demás, el contrato es la forma típica de interrelacionarse (4).

De ahí que en la construcción del concepto actual de contrato han jugado un papel preponderante dos principios fundamentales que poseen un sentido mucho más rico que el estrictamente jurídico: libertad e igualdad. En efecto, en la entraña del concepto de contrato, cuando menos del contrato negociado, puede comprobarse la presencia de estos dos principios, que han servido en general para la edificación de todo el Derecho contemporáneo.

Pero no nos alejemos de nuestro punto. Interesa destacar ahora que el contrato puede ser entendido como un acto o como una norma. Fue Kelsen quien estableció dicha distinción, que será de gran utilidad para nuestro trabajo. Así, se ha afirmado que la palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v.gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v.gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato).

En el primer aspecto de los mencionados, el contrato aparece como un acto jurídico, es decir, como una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye determinados efectos jurídicos. Desde el segundo de los puntos de vista referidos, el contrato se nos presenta como un precepto o como una regla de conducta (*lex contractus*; la regla contractual). El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta(S). Ambos sentidos interesan para nuestro trabajo.

Finalmente, importa destacar que, si bien el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es el Derecho el que reconoce a ésta facultad para crear relaciones jurídicas. En efecto, la sola voluntad es impotente para crear obligaciones; es la ley la que le otorga ese poder. Como sostiene Radbruch, la voluntad limita su función a querer aquella situación de hecho a la que una instancia superior, una norma jurídica, proporciona la obligatoriedad. No es por consiguiente el contrato lo que obliga, sino la ley la que obliga a través del contrato (6).

Retengamos esta idea, pues como comprobaremos luego, no es el contrato de sociedad el que crea la personalidad jurídica de la sociedad sino la ley.

III. DEFINICIÓN DE SOCIEDAD

5. Ahora bien, cómo define o describe la LGS a la sociedad: "Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas" (art. 1). Puede apreciarse del texto que el legislador no ha querido utilizar la expresión contrato pero, como veremos, pese a su deseo no ha podido huir de él; porque finalmente, qué significa convenir, ¿acaso no es acordar?, es decir, la misma expresión que constituye la esencia del contrato.

Tanto en la sociedad como en el contrato hay una armonía, un entendimiento de voluntades para crear un negocio jurídico-económico. Solo que en el caso de la sociedad se crea, además, una organización, lo cual no es ajeno al contrato, pues existen otros contratos que se crean y ejecutan por medio de organizaciones; piénsese en el contrato de consorcio o en el contrato de sindicación de acciones, en virtud de los males también surgen organizaciones.

Además, puede comprobarse que en numerosos artículos la LGS se refiere al pacto social, como en el caso del artículo 5 que trata del contenido y formalidad de dicho pacto. ¿Qué es jurídicamente el acto de constitución de la sociedad, si no es un contrato? No interesa que el legislador haya utilizado la palabra pacto; incluso al propio legislador no le es posible escapar de la naturaleza de las cosas.

Sin embargo, lo mismo que en el caso del contrato, en la sociedad es posible distinguir dos momentos; uno, el acto de constitución, que gran parte de la legislación y doctrina comparada califican de contrato, y el otro, la sociedad como organización. Sobre este último aspecto nos ocuparemos después.

Con relación al primero, es decir al llamado pacto social, o contrato social, no podemos negar que su naturaleza se ha discutido hasta el punto que llega a ponerse en cuestión si nos hallamos ante un verdadero contrato, dada la pluralidad de personas que pueden participar en el momento fundacional de la sociedad y el hecho de que, como consecuencia de esa fundación, va a surgir una organización más o menos compleja, que va a dar lugar a relaciones jurídicas ya no directamente entre las personas que participaron en el acto constitutivo de la sociedad, sino entre ellas y la organización que alcanza una personificación jurídica. De ahí que parte de la doctrina se haya referido, desde el siglo pasado, a un "acto conjunto de creación", a un "acto colectivo", a un "acuerdo jurídico-social unilateral de fundación", etc. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por indicar que, aun cuando el contrato de sociedad tiene aspectos característicos, su naturaleza debe mantenerse dentro del campo contractual, que se caracteriza no tanto porque puede ser un contrato plurilateral -nota que efectivamente puede concurrir en él-, sino de modo especial en ser un contrato de organización, en cuanto que la finalidad esencial del contrato es precisamente crear una organización que tiende a personificarse (7).

Puede decirse por consiguiente, que la sociedad surge de un contrato -el de sociedad- que tiende precisamente a crear una organización, que por mandato

legal a su vez crea una personalidad jurídica. No hay que confundir la organización, que surge o mejor se crea para ejecutar el contrato, con la personalidad jurídica. Esta última nace por la fuerza de la ley y no por el hecho de haberse celebrado el contrato y creado la organización. Así, es posible que existan contratos de organización carentes de toda personalidad jurídica. Ejemplo de esto es el joint venture o consorcio, regulado también por nuestra ley societaria.

En suma, de lo expuesto, resulta que en la regulación de las sociedades se pueden distinguir dos aspectos: el negocial y el de organización(8). Por lo pronto el negocial, esto es, el pacto social, sería un contrato.

IV. EL CONTRATO PLURILATERAL

6. Resulta preciso saber ahora si en el plano organizacional la sociedad también es un contrato. Para comprender la naturaleza contractual de la sociedad como organización, es necesario detenemos a conocer, aunque sea de manera sumaria, la figura del contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, que es la modalidad contractual en la que se dan los contratos de organización. En estos contratos las partes se obligan independientemente, es decir, sus prestaciones no se encuentran vinculadas a las prestaciones a cargo de las otras partes. De tal suerte que si una de las partes incumple, esto no habilita a las otras a resolver el contrato, salvo que se trate de una prestación esencial al fin común que vertebra el contrato. Precisamente lo que caracteriza este género de contrato es que las prestaciones no son recíprocas, sino que se enderezan a un fin común corriendo suertes autónomas unas respecto de otras (9).

Por tanto, la diferencia esencial con el contrato con prestaciones recíprocas -conocido por la doctrina tradicional como bilateral-, está dada no tanto por el número de partes, pues en buena cuenta todo contrato es plurilateral, sino en un elemento cualitativo consistente en que las prestaciones de las partes son idénticas y comunes(10).

Veamos las características propias de esta categoría contractual:

- a. Permiten el ingreso al contrato de nuevas partes, así como la salida de las partes originarias (piénsese en la suscripción de nuevas acciones y en el derecho de separación).
- b. La imposibilidad o el incumplimiento de la prestación de una de las partes puede generar la resolución del contrato respecto solo de la parte que incumple y no necesariamente del contrato en su integridad.
- c. No se le aplica la excepción de incumplimiento, por tanto el incumplimiento de una parte no autoriza a las otras para suspender su cumplimiento.
- d. El perfeccionamiento del contrato puede producirse de modo simultáneo o sucesivo (piénsese en la constitución simultánea o por oferta a terceros de la sociedad).

- e. Son por lo general contratos abiertos, lo cual permite que luego de perfeccionado el contrato se integren nuevas partes.
- f. Son contratos de organización, es decir, se generan estructuras, administraciones, con el propósito de ejecutar el contrato (ejemplo: sociedad, joint venture, sindicación de acciones, etc.).
- g. Las prestaciones no son recíprocas sino que todas ellas tienden a realizar un objeto común(11).
- h. Los vicios del consentimiento que afectan a una de las partes solo afectan el vínculo de tal parte, manteniéndose el contrato entre las restantes partes en vigor, en tanto la participación o la prestación del excluido no sea considerada esencial(12).

7. Como ya se indicó, en esta categoría contractual las diversas manifestaciones de voluntad tienden a un fin único y común: la constitución de una organización y funcionamiento de un grupo; en vista de ello, es un contrato abierto a cuantos las partes permitan ingresar a él después de su celebración; cada parte obtiene de ese modo derechos cualitativamente iguales a los de los demás, por ejemplo, las ganancias. De este modo los contratantes se encuentran en posiciones análogas, llamadas paritarias(13).

Por lo tanto, el hecho de que la sociedad sea vista como una organización no puede constituir un obstáculo para la posición contractualista de la sociedad. Dicha percepción es correcta; los contratos de organización o plurilaterales despejan cualquier duda al respecto. El elemento que mejor perfila la existencia de la sociedad es la organización. De este modo, como ya quedó expuesto, puede afirmarse que la sociedad surge de un contrato que crea una organización que jurídicamente también puede calificarse de contrato y a la que la ley le reconoce personalidad jurídica, distinta de la de sus integrantes.

V. FORMACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

8. Sin duda, resulta más difícil de aceptar a la sociedad, en su aspecto organizacional, como un contrato. Más pacífica en la doctrina ha sido la tesis que sostiene que el acto fundacional es un contrato. Con todo, esta postura no ha estado exenta de debate, como ya lo hemos visto. La controversia se debe, además, a que se asocia el contrato con el surgimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Esto es un error; es la ley la que da vida a la persona jurídica, no el contrato.

Cabanellas de las Cuevas(14) aclara estos conceptos cuando expresa que un contrato de sociedad debe distinguirse del cumplimiento de las formalidades necesarias para su regularidad y consecuente efectividad. Aunque el contrato de sociedad no esté en condiciones de dar lugar a una sociedad regular, por faltar los requisitos formales al efecto -particularmente en materia de inscripción-, puede tener una pluralidad de efectos derivados del perfeccionamiento contractual, aun antes de cumplirse con las formalidades antedichas. En otras palabras, aunque el

acto no cree, por falta de cumplimiento de alguna formalidad, la persona jurídica, esto no quiere decir que el contrato y la sociedad como tal no existan para el Derecho.

Lo mismo se puede predicar de nuestro sistema, pues si bien el artículo 5 de la Ley General de Sociedades exige para su constitución regular, además del consentimiento, el cumplimiento de la formalidad de escritura pública e inscripción en el Registro, no sanciona con nulidad su incumplimiento. Por lo tanto, es de aplicación el artículo 144 del Código Civil, que prescribe que cuando la ley impone una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto. Dicho en otros términos, el contrato existirá como acto y como organización, pero no generará una persona jurídica porque no se ha cumplido el requisito que la ley exige para que ésta surja. Por consiguiente, al carecer de personalidad jurídica será irregular.

Esto se ve corroborado cuando la propia Ley General de Sociedades admite existencia legal a las sociedades irregulares (art. 423), reconociendo que en este caso existe pacto social -contrato de sociedad- pero que el incumplimiento de determinadas formalidades o requisitos exigidos por la ley impide que se generen los efectos que la ley establece, esto es, principalmente el surgimiento de la personalidad jurídica distinta de los socios que la integran.

La precariedad jurídica de la sociedad de hecho y de la sociedad irregular ha sido destacada por la doctrina: "La sociedad de hecho -y su similar, la irregular- tienen en nuestra ley un funcionamiento asincrónico. El propósito evidente en el ordenamiento vigente fue establecer este sistema: quien quisiera fundar una sociedad comercial, tendría que cumplir con los requisitos formales que implica observar los ritos de escritura, publicación (o ambos, según el caso) y registración (para todas las que deseen ser regulares: arto 7, Ley 19550). En caso contrario, aparece como sanción indirecta la total inestabilidad de la sociedad, cuyos efectos principales serán su permanente disolubilidad, la amplísima responsabilidad de los componentes, una administración común indistinta legalmente obligatoria o el restringido régimen probatorio establecido por la ley para las relaciones entre los componentes. Pero, aun así, la sociedad existe legalmente"(15).

VI. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

9. Como ha quedado dicho, el contrato de sociedad es un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, por tanto, goza de todos los elementos de este género contractual. No obstante, puede distinguirse como su nota más característica el hecho de que por mandato legal genera una persona jurídica distinta a la de los socios que la integran, y con un patrimonio autónomo.

Conviene precisar que cuando hablamos de elementos del contrato de sociedad, no nos podemos referir a los elementos que son propios del contrato en general, sino a aquellos que lo separan del resto de tipos contractuales. En este sentido, debemos señalar que sus elementos en principio son los del contrato con

prestaciones plurilaterales autónomas, por tanto, nos remitimos al punto cuatro del presente trabajo. Sin embargo, podemos precisar aquellos que le son propios:

- a. Las partes se obligan a realizar aportes consistentes en obligaciones de dar o hacer.
- b. Dichos aportes forman un fondo común, dotado de cierta autonomía.
- c. Tiene como fin obtener una ganancia apreciable en dinero, a través de un objeto social.
- d. Incluye el pacto de reparto de ganancias y de soportar las pérdidas, que comprenda a todos los socios, sin excepción.
- e. Contiene la organización de una estructura operativa común o colectiva, con ciertas reglas de actuación y control recíproco(16)

VII. OBJETO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y OBJETO SOCIAL

En sintonía con nuestro propósito de demostrar la naturaleza contractual de la sociedad, interesa ahora detenemos en el objeto de la sociedad y el objeto del contrato de sociedad. En primer lugar, algo evidente pero necesario de subrayar: no se trata de lo mismo, pues cuando hablamos de objeto del contrato, nos referimos a un elemento esencial del contrato.

El objeto del contrato es esa construcción jurídica compuesta por las obligaciones combinadas y convenidas por las partes y alojadas en el clausulado del contrato. Esta combinación de obligaciones es lo que define el tipo contractual. Así, si me obligo a pagar un precio expresado en dinero, por la obligación que asume la otra parte de transmitirme la propiedad, estaré ante una compraventa, pues la combinación obligacional convenida por las partes calzan en el tipo contractual denominado compraventa.

Sin embargo, no podemos perder de vista que los contratantes al celebrar un contrato buscan un fin práctico: hacerse de la propiedad, ganar dinero. En este sentido, el Derecho debe poner, y en efecto lo hace, al alcance de las partes todo un repertorio de tipos contractuales para que de un modo eficiente y seguro puedan realizar sus transacciones.

De este modo, el objeto del contrato responde a la pregunta ¿qué se genera con el contrato? Y la respuesta es un instrumento jurídico (combinación de obligaciones), útil para que las partes alcancen sus fines económicos. Por otro lado, cuando hablamos de objeto de la sociedad, nos referimos a cuestión distinta. En este caso, la pregunta que se responde es ¿cuál es el fin de la sociedad? Es decir, ¿cuál es su actividad? o para decirlo en otros términos, ¿cuál es el negocio, la empresa que llevará a cabo la sociedad?

El tema del objeto social es de principalísima importancia, pues de él depende el monto del capital social, su organización, el nivel de endeudamiento, el nombramiento de la administración(17), etc. El objeto social sería entonces la actividad que la sociedad realiza en el mercado. Además, en torno al objeto social giran otros temas que confirman su importancia. El cambio de objeto social exige un procedimiento agravado para su aprobación y es causal que permite al socio ejercer su derecho de separación. De ahí que la ley exija que la sociedad describa

detalladamente en qué consiste su objeto, hecho que adicional mente permitirá saber cuándo determinados actos exceden el objeto de la sociedad.

En este sentido, el objeto social sirve para determinar la esfera de facultades de los órganos sociales. Así, los administradores solo podrán actuar dentro del ámbito de sus poderes, los cuales a su turno necesariamente se enmarcarán dentro del objeto social. De este modo, ni siquiera la asamblea general con mayoría absoluta podrá aprobar una operación ajena al objeto social. La razón es que el objeto social no es solo una garantía de límite de accionar de la sociedad para los socios, sino también una garantía para los terceros. Desde luego, la asamblea puede cambiar el objeto social para habilitar nuevos actos.

En suma, el objeto del contrato está relacionado con la construcción jurídica que éste crea, o dicho en otros términos, aquello que crea todo contrato: una norma particular. El objeto de la sociedad se refiere a lo que se dedica la sociedad, es decir, la manera como participa en el mercado.

VIII. TIPICIDAD DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

En nuestro Derecho, el sistema societario está compuesto por una pluralidad de tipos de sociedad, cada uno de los cuales presenta características propias. Nuestra Ley General de Sociedades regula la sociedad anónima, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad comercial de responsabilidad limitada y las sociedades civiles.

Sin embargo, lo primero que hay que decir con relación a nuestro sistema societario es que es un sistema cerrado, es decir, no le está permitido a los socios "crear" nuevos tipos societarios, pudiendo solo elegir entre los tipos propuestos por nuestra ley. En tal sentido, no están admitidas las sociedades atípicas. No obstante, la legalización expresa de los contratos parasocietarios ha hecho que nuestro Derecho Societario se dinamice al permitir que la autonomía de la voluntad recree los tipos societarios con la inclusión de una infinidad de pactos.

IX. CASOS EN LOS QUE NO HAY CONTRATO DE SOCIEDAD

10. Otra de las razones por las que podría objetarse que la sociedad sea calificada de contrato, es que el sistema jurídico impone en ciertos casos en forma obligatoria, la formación de una sociedad. Uno de esos casos es la llamada sociedad legal, en el Derecho Minero, a la que se refiere el artículo 186 de la Ley General de Minería: "Cuando por razón de petitorio, sucesión, transferencia o cualquier otro título, resulten dos o más personas titulares de una concesión, se constituirá de modo obligatorio una sociedad minera de responsabilidad limitada, salvo que las partes decidan constituir una sociedad contractual".

Convenzo que en dicho caso es discutible que pueda afirmarse que haya contrato, pues en tal situación la sociedad se forma por imposición de la ley con prescindencia del consentimiento de las partes. Sin embargo, ello no enerva que en general la sociedad pueda calificarse de contrato. En efecto, son numerosas las circunstancias en que la ley obliga a contratar, pero si bien es verdad que en dichos casos resulta difícil hablar de contratos, a nadie se le ha ocurrido, por eso, negar en los casos en los que el acto se realiza regularmente que su naturaleza sea contractual.

Un ejemplo de lo que venimos afirmando lo hallamos en el artículo 75 del D. Ley N° 823 (Ley de Propiedad Industrial), que obliga a quien obtiene una patente a otorgar una licencia obligatoria -contrato forzoso- si el titular no ha explotado -contratado- la invención en el plazo que le otorga la ley. Sin embargo, nadie afirmarí­a que la licencia de patente que celebran el titular de ésta y el licenciado no sea un contrato; lo que acontece es que excepcionalmente la ley impone la obligación de contratar.

El Derecho está lleno de estos casos; en nuestro sistema podemos hallar ejemplos en el Derecho Concursal, Derecho de Libre Competencia, Derecho del Consumidor, Propiedad Industrial, etc.

Cuando la ley obliga a contratar, la doctrina califica al acto como contrato forzoso(18). En los demás casos, la licencia de patente seguirá siendo un contrato; lo propio puede expresarse del contrato de sociedad.

11. La llamada sociedad unipersonal es otra objeción que se puede hacer a la visión contractualista de la sociedad. En efecto, la noción de sociedad como contrato, o de pluralidad de personas, ha sufrido una profunda alteración con la aceptación de la sociedad de un solo socio, ya receptada en nuestro país con las sociedades del Estado; así lo expresa el artículo 4 de la Ley General de Sociedades: "No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por Ley".

Un ejemplo de dicho caso son las sociedades de propósito especial reguladas por la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 327 establece: "Rigen para la constitución de las sociedades de propósito especial las siguientes reglas: a) Para su constitución no es exigible la pluralidad de accionistas (...)".

Lo mismo que en el caso anterior, la sociedad aquí tampoco tiene naturaleza contractual, sino legal. Ello no obstante, como ya lo hemos expresado, se trata de situaciones excepcionales que en nada afectan a que, de ordinario, a la sociedad se le califique de contrato.

X. CONCLUSIONES

Luego de este rápido recorrido sobre el contrato de sociedad, estamos en condiciones de apuntar las siguientes conclusiones:

- a) Pese a que la Ley General de Sociedades no se ha pronunciado expresamente por la naturaleza contractual de la sociedad, de su texto es posible identificar numerosos elementos que apuntan en esta dirección.
- b) El contrato de sociedad no es un contrato de cambio sino de organización, conocido en la doctrina como contrato con prestaciones autónomas.
- c) La personalidad jurídica, que es el elemento propio de la sociedad regular, no surge del contrato sino por mandato de la ley.
- d) Es preciso distinguir entre contrato de sociedad y personalidad jurídica de la sociedad.
- e) La sociedad puede existir y no necesariamente surgir la personalidad jurídica (sociedad irregular, sociedad de hecho).
- f) Es importante distinguir la sociedad como acto constitutivo (pacto social o contrato social), de su organización (contrato plurilateral o contrato de organización).
- g) Los casos en los que la sociedad surge sin que medie un contrato, son casos excepcionales en los que ésta se forma por mandato de la ley.

(1) Definir, de y finire, significa terminar, dar fin a una obra; pero también señalar límites (finis) a una cosa; de ahí el neologismo delimitar como determinar (terminis).

La definición, en sentido general, es una operación del espíritu que consiste en determinar la comprensión que caracteriza a un concepto (LALANDE). En la lógica formal es "el conjunto de términos conocidos cuya combinación determina el concepto definido y representado por un término único. (...).

Las definiciones son necesarias para comprender y diferenciar los conceptos, sobre todo esto último. Es también una exigencia del método en el estudio del derecho. La formación de los conceptos jurídicos es tarea esencial de la metodología del derecho. El concepto lo formamos con lo que percibimos por virtud de una operación del espíritu que nos lleva a determinar algo que se presenta a nuestra inteligencia. Pero una idea general o particular de las cosas no basta para conocerla bien, de manera clara y distinta; de ahí la definición, que en general-tratándose de derecho- se subordina casi siempre a un orden dado (orden objetivo).

BIELSA, Rafael. "Los Conceptos Jurídicos y su Terminología". Depalma, Argentina, 1987, págs. 24, 25.

(2) Cfr. SPOTA, Alberto. "Contratos". Vol. 1, Depalma, Argentina, 1984, pág. 2.

DIÉZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil (3) Patrimonial, Introducción a la Teoría del Contrato". Civitas, España, pág. 121.

(4) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA. Luis. "Filosofía del Derecho", 8ª edición, España, Bosch, 1979, pág. 747. DIEZ-PICAZO, Luis, op. (5) cit., pág. 123.

(6) Cfr. DIEZ.PICAZO, Luis, op. cit., pág.124.

(7) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, "Instituciones de Derecho Men:antir. Tomo 1, Me Graw Hill, España, pág. 209 C/r. (8) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, op. cit, págs. 209, 210.

(9) Cfr. DE LA PUENTE, Manuel, "El Contrato en General. Torno 4, Fondo Editorial de la P.U.C., Urna, 1993, pág. 465.

(10) MOSSET, Jorge. "Contratos". Ediar, Argentina, 1988, pág. SO.

- (11) FONTANARROSA. Rodolfo. "Derecho Comerciario. Zavalía, Argentina. 1997, pág. 141.
- (12) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario", parte general, Tomo 11, Heliasta, Argentina, 1994.
- (13) Cfr. BRANCA, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Porrúa, México, 1978, pág. 527.
- (14) Cfr. CABANELLAS. op. cit. pág. 17.
- (15) ETCHEVERRY, Raúl Anibal. "Sociedades Irregulares y de Hecho". Astrea, Argentina, 1981, pág. 113.
- (16) ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. "Derecho Comercial y Económico". pág.150.
- (17) Cfr. ELÍAS LAROZA ,Enrique. "Ley General de Sociedades Compañía". Normas Legales, Lima, 1998, pág. 43
- (18) Sobre el tema véase DIEZ PICAZO, Luis. "Los llamados contratos forzados". Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1958.

EL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

Luis Carlos RODRIGO PRADO

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de suscripción preferente es el derecho otorgado a los accionistas de una sociedad para darles la posibilidad de suscribir, a prorrata de su participación en el capital de la misma, cualesquiera nuevas acciones a ser emitidas por dicha sociedad (1). De esta forma se permite a quienes ya son accionistas en una sociedad mantener su participación relativa tanto en el accionariado de la empresa (dejando inalterable el balance de control existente en ella), cuanto en el porcentaje de su participación en los dividendos, reservas y eventualmente activos en el momento de su liquidación.

Como veremos a continuación, este derecho fue reconocido tanto en el Derecho anglosajón como en el de antecedentes romano-germánicos. Sin embargo, su evolución ha sido diferente, lo que ha determinado que en la actualidad resulte muy infrecuente encontrar su aplicación en países anglosajones(2), mientras que en los países con tradiciones jurídicas latinas como el nuestro, aún conserva amplio reconocimiento, así como protección legal y no exclusivamente estatutaria.

Es claro que éste es uno de los mecanismos con que se busca proteger ciertos derechos del accionista, especialmente, los de los minoritarios frente a quienes tienen el control, así como el de los accionistas en general frente a la cada vez mayor independencia de los administradores de las sociedades. Siendo estos objetivos importantes, es conveniente analizar cuáles son los tratamientos que doctrinariamente se reconocen para lograrlos y, en función de ello, evaluar si los acogidos en nuestra legislación y práctica mercantil son los más adecuados. A esos efectos, hemos considerado útil también dar una rápida visión al desarrollo y evolución que este derecho ha tenido en España y en Estados Unidos de América, a fin de entender mejor qué posibilidades adicionales existen y qué razones han determinado tratamientos diferentes al establecido en nuestra Ley General de Sociedades.

II. ANTECEDENTES

Como se ha señalado, el derecho de suscripción preferente surge como un mecanismo para proteger y evitar el perjuicio de los antiguos accionistas de una sociedad, dándoles un derecho preferencial a decidir si participaban o no en un aumento de capital, antes de poder ofrecer esta posibilidad a terceros.

En un inicio, aparece como una práctica contractual manifestada en el estatuto. Posteriormente, desde comienzos del siglo pasado, fue recogido en la mayoría de las legislaciones(3). No obstante, su aparición en la jurisprudencia del sistema anglosajón habría sido más remota(4).

Así lo señala Luis Antonio Velasco: "(...) en los ordenamientos del círculo anglosajón se suele situar en una vieja sentencia norteamericana de 1807 de la Corte de Massachusetts (Gray v. Portland Bank), en la que ante la demanda de un accionista al que se le había negado por los administradores la posibilidad de suscribir las nuevas acciones, se entendió por el Tribunal que las facultades de los mismos en orden a la emisión, quedaban limitadas por el interés de los accionistas en mantener su posición proporcional en la sociedad. Este criterio posteriormente se generalizaría siendo recogido por las legislaciones de numerosos estados de Estados Unidos, en el sentido de que toda emisión de nuevas acciones debía respetar los derechos de suscripción preferente de los accionistas" (5).

Velasco agrega que: "(...) en el Reino Unido este derecho se reconoció legislativamente por primera vez en el 'Companies Act' de 1862, cuyo artículo 27 estableció ya la necesidad de ofrecer las nuevas acciones a los viejos socios en proporción a su participación, salvo acuerdo contrario de la Junta" (6).

En el resto de Europa, el reconocimiento positivo del derecho de suscripción preferente se produjo inicialmente en el Handlungsgesetzbuch(7) alemán de 1897. Fue recogido luego por el Derecho francés mediante el decreto ley del 8 de agosto de 1935; en el Derecho suizo aparece en 1936, aunque excluible por el estatuto o la asamblea que decide el aumento; en la legislación italiana en el Código Civil de 1942; y en España en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (8).

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

El derecho de suscripción preferente, al igual que otras figuras societarias, trata de paliar los efectos negativos que se producen en los derechos económicos y políticos de los antiguos accionistas que no intervienen en el aumento de capital. Otras alternativas de solución, como la atribución de derechos preferentes sobre dividendos y cuotas de liquidación a los viejos accionistas, o la emisión de acciones con prima, presentan algunos inconvenientes que hacen al derecho de suscripción preferente más atractivo (9). Concretamente, en opinión de Luis Velasco, tales alternativas presentan una "(...) impotencia para impedir la desvalorización de la posición de los antiguos accionistas en relación con el ejercicio de los derechos administrativos o políticos, que indefectiblemente se producirá siempre que por el ingreso de nuevos socios (...) disminuya su porcentaje de participación en el capital social" (10).

Sobre los efectos negativos que pueden afectar los derechos económicos y políticos de los antiguos accionistas, Julio Salas anota que "(...) EL DSP [Derecho de Suscripción Preferente] responde -o pretende hacerla- a la necesidad de evitar, de un lado, la disminución del valor económico de las acciones antiguas y, del

otro, la pérdida de la importancia del accionista antiguo al interior de la sociedad, pudiéndose llegar incluso a la pérdida definitiva de la posibilidad de ejercitar determinados derechos para los cuales la legislación o el estatuto requieran determinados porcentajes de acciones" (11).

En ese mismo sentido, respecto al impacto en los derechos políticos Luis Velasco añade que "(...) la operación implicará la minoración de su posición proporcional en la sociedad, sobre todo en relación con el derecho de voto, cuya influencia se vería reducida en la misma medida en que se incrementa el número de votos que van a conformar la voluntad social, sin olvidar que ello también puede influenciar en relación con el ejercicio de derechos administrativos de grupo y/o minoría, para los que se exige una cuota determinada del- capital social (...)" (12).

Por otra parte, como es evidente, el impacto negativo sobre los derechos económicos de los viejos accionistas se verá reflejado en la reducción de su participación en la distribución de dividendos y, de ser el caso, en la disminución de la cuota de liquidación que les correspondería si la sociedad se disolviera en ese momento.

Al respecto, Luis Velasco señala que: "(...) la pérdida que experimentarían estas acciones en su valor real (...) cuando la sociedad -no siempre se aclara esto debidamente- dispusiera de reservas y aumentase su capital emitiendo las nuevas acciones a un tipo insuficiente para incrementar el patrimonio social en la misma proporción que ha crecido su número (por ejemplo, porque se emiten a la par). Ello supondría a fin de cuentas, la entrada de nuevas acciones a participar de las reservas acumuladas hasta el momento, y por consiguiente la reducción del porcentaje que sobre las mismas representaban las viejas" (13).

Cabe indicar que "(...) si bien el accionista no tiene ningún derecho concreto a las reservas (en el sentido de que se le reconozca una facultad para reclamar su parte), mientras no medie acuerdo de la junta decidiendo su distribución a los socios (...) o no se disuelva la sociedad (u.), debe tenerse en cuenta que dispone de algo más que una fundada expectativa sobre ellas (...), que no deja de proyectarse sobre la propia sustancia de las acciones (...)"(14).

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores consideran que la finalidad fundamental del derecho de suscripción preferente es, principalmente, la salvaguarda de los derechos políticos de los accionistas por encima de la protección de sus derechos económicos. Ello debido a que en algunas legislaciones existen mecanismos alternativos que ante la ausencia del derecho de suscripción preferente, resguardarían los derechos económicos de los antiguos accionistas ante un aumento de capital. En cambio, no sucedería lo mismo con los derechos políticos, que ante la falta del derecho de suscripción preferente, sí se verían afectados por el aumento de capital.

Tal es el caso de la legislación española, que establece que cuando se suprime el derecho de suscripción preferente las nuevas acciones deben emitirse por su valor real. Así, Jesús Alfaro sostiene que "(...) cuando hay derecho de suscripción

preferente, y a salvo del caso de las acciones sin voto, los derechos administrativos de los antiguos accionistas aparecen plenamente garantizados aun cuando los derechos económicos puedan verse modificados; cuando el derecho ha sido suprimido, los derechos económicos vienen garantizados por la exigencia de emisión de las nuevas acciones por su valor real. La conclusión que se deriva de este análisis es (...) que la finalidad fundamental del derecho de suscripción preferente es salvaguardar la posición relativa del socio en la sociedad en lo que a derechos administrativos se refiere en los casos de ampliación de capital"(15).

En esa línea, parece ser que las legislaciones que mantienen el derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones a favor de los accionistas existentes en una sociedad, buscan proteger fundamentalmente los derechos políticos de tales accionistas, aunque también sus derechos económicos (salvo que estos últimos estén protegidos de otra forma, como en el caso español). Por el contrario, la evolución del Derecho anglosajón ha privilegiado a la sociedad en sí frente a los accionistas antiguos (fundadores o no), entendiéndose que resulta más eficiente permitir que la sociedad tenga plena libertad para captar nuevas inversiones para su desarrollo, aun cuando ello implique una pérdida de la importancia relativa que puedan haber tenido los accionistas antiguos respecto a la toma de decisiones (e incluso en sus futuros derechos a dividendos y activos en caso de liquidación). Para ello, entre otros aspectos, los países anglosajones se han ido alejando de la protección al derecho de suscripción preferente, permitiendo a los administradores que efectúen emisiones de acciones con el objeto de levantar capital en el mercado, sin necesidad de ofrecerlas previamente a los accionistas existentes (16). Cabe señalar, sin embargo, que ello viene ocurriendo en la legislación y normas aplicables a sociedades abiertas y no necesariamente a las cerradas, en las que se considera positivo mantener y reforzar este derecho (17).

IV. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

Como señala Aníbal Sánchez Andrés, partiendo de la premisa de que el derecho de suscripción preferente nace del incremento patrimonial que a lo largo de la vida de la sociedad ha determinado el aumento de valor que presenta la acción antigua, buena parte de la doctrina se ha inclinado por explicar la naturaleza jurídica de este derecho recurriendo a figuras similares a la accesión. En tal sentido, se ha intentado identificar al derecho de suscripción preferente con figuras tales como el fruto o el producto de la acción, o también como un accesorio o beneficio ocasional inherente a la misma(18).

Así, en la doctrina podemos encontrar hasta cinco posiciones que tratan de explicar la naturaleza jurídica del derecho de suscripción preferente: (i) el derecho como fruto de la acción; (ii) el derecho como producto de la acción; (iii) el derecho como utilidad aleatoria; (iv) el derecho como accesión en sentido estricto; y, (v) el derecho como valor de capital. Esta última, como veremos más adelante, se aparta de las primeras.

1. El derecho de suscripción preferente como fruto de la acción

Según Aníbal Sánchez, en la medida que se podía considerar que el valor que representa el derecho de suscripción preferente proviene de aquellos beneficios acumulados que incrementan el patrimonio social y la cotización de las viejas acciones, algunos sostuvieron que era posible calificar a este derecho como un fruto de dichas acciones. No obstante, esta posición estuvo sujeta a críticas toda vez que, para poder ser considerado como fruto, el derecho de suscripción requería del elemento de la periodicidad, del cual carecía. En efecto, el aumento de capital no es un hecho que necesariamente se va a dar periódicamente en una sociedad anónima. Más aún, puede darse el caso de que nunca se produzca un aumento de capital y que, por consiguiente, tampoco llegue a nacer el derecho de suscripción preferente(19).

Otro aspecto cuestionable de esta tesis está referido al hecho de que la producción de los frutos no debe implicar deterioro de la "sustancia" de la cosa. Este deterioro aparentemente no se produciría en el caso de las antiguas acciones en un aumento de capital. Sin embargo, tal como indica Aníbal Sánchez, si bien es cierto "(...) que el derecho de suscripción no supone materialmente destrucción, deterioro ni consumición de la acción que lo produce;(...) no es menos cierto tampoco que esta concepción tradicional de la idea de sustancia tiende a abrirse a una estimación más general que abarque no solo las realidades del mundo orgánico o natural, sino también aquellas otras que integran un sector más vivo y dinámico de la economía contemporánea. Se ha podido afirmar así que (...) la propiedad se atribuye por razón del valor y no por la forma ni por la materia, de modo que lo sustantivo o sustancial de las cosas es lo que las cosas valen y no simplemente lo que las cosas son. Conservar la sustancia equivale, pues, a conservar el valor económico de la cosa fructífera manteniendo su capacidad y potencia reductiva (...)"(20).

Coincidimos en que debe ampliarse el postulado tradicional que entiende la obligación de conservar la sustancia en un sentido puramente material, punto de vista bajo el cual el derecho de suscripción preferente no conllevaría la destrucción o deterioro de la acción antigua, para entender que la sustancia incluye también el valor económico del bien. De esta forma, la conservación de la sustancia de la acción se verá reflejada en la posibilidad de que ésta mantenga su capacidad de generar rentabilidad.

Así entendida la conservación de la sustancia, podemos afirmar que el aumento de capital, generador del derecho de suscripción preferente, provoca un deterioro de la sustancia de las viejas acciones. La acción que antes del aumento representaba una cierta parte del capital y una determinada cuota de influencia en la toma de decisiones, luego del aumento representará una porción menor del capital y tendrá menos peso en las juntas de accionistas. Esta variación, evidentemente, se puede ver reflejada en la valoración económica de dicha acción, haciendo que su valor pueda disminuir en el mercado.

En ese mismo sentido se pronuncia Aníbal Sánchez: "(...) no es difícil percibir que la significación jurídica que debe atribuir al fenómeno del 'aguamiento' o dilución del valor que sufre la acción antigua por el aumento, encaja correctamente dentro del concepto técnico de agotamiento de la sustancia, con lo que también cae por su base la posibilidad de encuadrar el derecho de suscripción en la categoría de los frutos" (21).

En resumen, consideramos que el derecho de suscripción preferente no puede ser calificado como fruto de la acción pues, por un lado, carece del elemento de la periodicidad y, por otro, el aumento de capital que provoca su nacimiento puede traer consigo (y normalmente lo hace) la disminución del valor económico de las acciones emitidas antes del aumento.

2. El derecho de suscripción preferente como producto de la acción

Según Aníbal Sánchez, basándose en una noción de producto (22) que lo identifica con aquello que se desprende de la cosa sin periodicidad y con disminución de su sustancia, cierto sector de la doctrina ha intentado enmarcar el derecho de suscripción preferente dentro del concepto de producto. Bajo tal definición, según este autor, se puede concluir que el producto, más que una generación derivada de un bien determinado, constituye una disección de aquél. Esta forma de entender el concepto "producto" es insuficiente en la medida que llevaría a afirmar que cualquier cosa divisible es capaz de generar tantos productos como partes en que sea dividida. A la definición esbozada, por tanto, habría que añadirle un nuevo elemento que la dote de utilidad, el cual consiste en que la entidad que ha sido desmembrada del bien original adquiera una fisonomía propia y distinta de éste (23).

Trasladando el concepto de producto así entendido al ámbito del derecho de suscripción preferente, es preciso tener en cuenta que quienes ejercitan este derecho no requieren necesariamente contar con un documento independiente de aquél que representa las participaciones sociales. Que lo usual sea que el derecho de suscripción preferente se documente en un medio físico de fácil circulación no significa que surja una nueva realidad distinta e independiente de la acción. El valor que representa el derecho de suscripción preferente siempre será parte integrante del patrimonio social, independientemente de quién ostente su titularidad (24).

Finalmente, Aníbal Sánchez agrega que la realidad económica nos demuestra que la venta del derecho de suscripción preferente no necesariamente materializa un rendimiento de la acción, catalogable como producto de la misma, puesto que el accionista que se desprende del derecho de suscripción preferente obtiene liquidez en desmedro de su participación en el capital social, lo que evidencia que no necesariamente se ha producido un aumento neto en su patrimonio (25).

3. El derecho de suscripción preferente como utilidad aleatoria

De la misma forma que la tesis que considera el derecho de suscripción preferente como un fruto, esta posición entiende al referido derecho como un rendimiento de la acción antigua. En ese orden de ideas, al no poseer este rendimiento la cualidad de ser periódico, dicho beneficio podría considerarse como una utilidad aleatoria (26).

Según los defensores de esta tesis, el carácter de utilidad aleatoria del derecho se observa claramente cuando el socio decide vender su derecho de suscripción preferente. En tal sentido, Aníbal Sánchez expone, sin compartirlo, el fundamento de esta tesis: "(...) considerado en sí mismo, el derecho de suscripción constituye, en efecto, una dimensión de la participación social; pero cuando esta dimensión se observa al margen de la vida de la compañía, prescindiendo de su carácter de derecho compensador para contemplarlo como valor autónomo susceptible de materializarse, no resulta tan difícil ver en él un beneficio que, carente de las notas características de los frutos, se debe encuadrar en el concepto de utilidad aleatoria. De lo contrario -se añade- si el derecho de suscripción preferente no se concibe como beneficio, ganancia o utilidad, tampoco tendría sentido calificar de pérdida la que experimenta el socio que vende su acción a precio inferior del que pagó por ella" (27).

El propio Sánchez destaca el error en el que cae esta propuesta: "(...) como el accionista que ejercita el derecho de suscripción recibe en las nuevas acciones el valor que pierde en los viejos títulos, no hay lugar a hablar aquí de un incremento patrimonial, y sin la existencia de este incremento patrimonial no puede concebirse la existencia de ningún tipo de utilidad o beneficio" (28).

En efecto, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico al prever el derecho de suscripción preferente no está tratando de darle al accionista antiguo una utilidad adicional, sino que solo trata de evitar el perjuicio que significaría el "aguamiento" de sus acciones, y ello se logra otorgándole nuevas acciones que compensarán la pérdida de valor que sufren las acciones que ya tenía a consecuencia del aumento de capital.

4. El derecho de suscripción preferente como accesión en sentido estricto

El mismo Aníbal Sánchez comenta que se ha intentado calificar el derecho de suscripción preferente como accesión en tanto que son ingresos de naturaleza aleatoria que en lugar de provenir del propio derecho, como lo es la utilidad, acceden más bien a la acción desde afuera, como, por ejemplo, es el caso del aumento del valor de mercado que puede presentar la acción(29).

Ahora bien, el referido autor sostiene que para que sea identificable como accesión debe reunir las siguientes características (30): i) que a una cosa de naturaleza principal se una desde fuera, incrementando su contenido, otro bien de rango secundario; ii) que esta unión tenga carácter indisoluble; y iii) la

desaparición de la doble titularidad precedente que el ordenamiento jurídico resuelve en beneficio del titular del bien de naturaleza principal.

Entendida así la accesión corresponde analizar si es que el derecho de suscripción preferente mantiene las referidas características.

Desde el punto de vista de la acción antigua, se observa que el valor del derecho no es algo que se una a la acción desde afuera, sino que se desprende de ella cuando la junta general de accionistas toma el acuerdo de aumento de capital. Lo que hace este acuerdo es activar el derecho potencial que subsiste en la acción antigua. Además, el derecho de suscripción preferente no da origen a una sola unidad indisoluble, pues el titular de la acción antigua podría transferir el derecho de suscripción preferente a un tercero, con lo cual se niega su indisolubilidad, originándose, a su vez, dos titularidades sobre dos derechos, con lo que se niega la desaparición de la doble titularidad que debe caracterizar a la accesión (31).

5. El derecho de suscripción preferente como valor de capital

De acuerdo con Aníbal Sánchez, esta tesis parte de la idea de que el derecho de suscripción preferente es una desmembración de las acciones antiguas, "(...) desdoblamiento que constituye una simple modificación de la forma de representar el valor contenido inicialmente en la acción vieja, valor que permanece inalterado, aunque ahora se distribuya entre acciones viejas y nuevas o entre aquéllas y el derecho de suscripción. Esta estimación resulta particularmente visible cuando el aumento se efectúa con cargo a recursos propios de la sociedad emitiendo nuevas acciones, pues en tal caso asistimos a una simple multiplicación del número de títulos que documentan en su conjunto una participación social inalterada; se trata pues de una simple expansión nominal de las viejas acciones en el seno de un patrimonio que no experimenta cambio" (32).

Cuando el aumento de capital produce un cambio o fraccionamiento de la participación del capital social, lo que genera un "aguamiento" del valor de las acciones antiguas, el derecho de suscripción preferente representa dicha pérdida de valor al buscar compensar dicha disminución con la oportunidad de suscribir nuevas acciones. Se advierte, entonces, que el derecho de suscripción preferente "(...) es parte del contenido económico de la participación social que potencia el valor de la aportación originaria y cumple un papel de elemento reintegrador cuando aquella participación se fracciona (...)".(33).

En otras palabras, debido al aumento de capital, la porción de capital que una acción representa, disminuye. Con el derecho de suscripción preferente el antiguo accionista tiene la oportunidad de suscribir las nuevas acciones a prorrata de su participación en el capital social. De esa forma, dicho accionista podrá mantener el nivel de su participación a pesar de que cada acción represente un porcentaje menor del capital del que representaba antes del aumento. Es decir, el valor de cada acción respecto al total del capital social disminuirá pero el valor de la participación del accionista en principio se mantendrá igual, solo que estará distribuido entre un número mayor de acciones.

Ésta es la tesis a la que finalmente se adscribe Aníbal Sánchez, quien indica lo siguiente: "Como rendimientos, frutos o productos solo pueden ser calificados aquellos valores que, por su origen, ofrecen la seguridad de que la disminución sufrida por la cosa con el desprendimiento de la utilidad será compensada en un período de tiempo relativamente corto por nuevos incrementos de valor, tal como sucede en las cosas fructíferas con los frutos propiamente dichos, en los créditos con los intereses y en las acciones con los dividendos. En condiciones ideales el derecho de suscripción representa, en cambio, la pérdida de valor sufrida por la acción antigua, y ha de considerarse, por tanto, como parte de su propia sustancia" (34).

En nuestra opinión, este enfoque es probablemente el más coherente desde un punto de vista jurídico, aunque desde una perspectiva económica no necesariamente el "desdoblamiento" de la acción antigua y el derecho de suscripción preferente (al independizarse) mantienen un valor equivalente al que tenía implícito en el mercado la acción antigua antes del aumento. Si bien ello no invalida el razonamiento, quizá demuestra que el fenómeno tiene diversas aristas que no necesariamente encuadran en una sola figura jurídica.

V. LA EFICACIA DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE MEDIDA EN FUNCIÓN DE LOS COSTOS DE AGENCIA

Daniel Vásquez ha realizado un profundo estudio para determinar la eficiencia del derecho de suscripción preferente en función de la capacidad de este mecanismo para reducir los costos de agencia.

Siendo necesario definir previamente lo que se entiende por "costos de agencia", cabe mencionar que para el mencionado autor existe una relación de agencia cuando un sujeto (el principal) solicita de otro (el agente) la realización de un servicio que implica una cierta delegación de poder o de decisión a favor de este último. En ese orden de ideas, los costos de agencia son aquellos que se generan para establecer un mecanismo que logre que el agente actúe en interés de su principal y no en función de sus intereses particulares(35).

En el ámbito de las sociedades, puede sostenerse que la relación de agencia se da entre los accionistas y los administradores de la sociedad en la medida que los primeros ostentan "la propiedad" de la sociedad y, actuando en la forma y bajo los mecanismos previstos en la ley y estatutos, delegan la gestión de la sociedad a los administradores.

El aumento de capital influye, según Daniel Vásquez, principalmente, en las relaciones de agencia existentes entre la mayoría y la minoría, o entre esta última y los administradores, de ser el caso, en la medida que la mayoría o, en caso de delegación, los administradores, son los que adoptan el aumento. Siguiendo la perspectiva anglosajona, el autor considera que el problema surge cuando "(...) los

socios mayoritarios y los administradores adoptan el acuerdo no movidos por el interés social, sino por sus intereses particulares y, por tanto, extrasocietarios, con el fin de obtener un beneficio en detrimento del interés del socio individual y, en particular, del socio minoritario en conservar su participación social. De ahí surge la necesidad de controlar que la decisión encuentre su fundamento en el interés social y no en el interés particular lograr este objetivo genera unos costes, los costes de agencia (...)" (36).

El interés social conforme al cual deben actuar los administradores o, de ser el caso, el grupo de control de la sociedad, como señala Jesús Alfaro, debe identificarse exclusivamente con el interés de los accionistas, pues esta concepción es la más eficiente desde el punto de vista de los incentivos que provoca. En efecto, coincidimos con este autor cuando sostiene que "(...) el poder para decidir sobre el uso y el destino de un recurso -el control- debe atribuirse en exclusiva a aquel que sufre las consecuencias en su patrimonio de dicho uso. De este modo se garantiza que las decisiones serán las óptimas desde el punto de vista del bienestar social, y ello porque el titular del recurso hace suyos todos los costos y beneficios, es decir, internaliza los costes y beneficios de la decisión (...)"(37).

Ahora bien, para determinar si el derecho de suscripción preferente efectivamente reduce los costos de agencia es necesario distinguir entre las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas, pues los intereses de los accionistas de cada uno de estos tipos de sociedad son distintos y, además, los agentes que participan en las relaciones de agencia difieren dependiendo de ante qué tipo societario nos encontremos. Así, mientras en las sociedades cerradas los costos de agencia son generados por el conflicto entre mayoría y minoría, en las sociedades abiertas son provocadas por el conflicto entre administradores y socios. Todo ello, evidentemente, genera que los costos de agencia difieran sustancialmente en uno y otro caso.

Daniel Vásquez afirma que "en las sociedades cerradas los costes de agencia en las relaciones entre mayoría y minoría son extraordinariamente altos (...)" (38) Esto se debe a que la poca cantidad de accionistas que suele caracterizar a estas sociedades genera que la participación en el capital social adquiera una mayor relevancia que la que tendría en una sociedad anónima abierta. De este modo, si en este tipo de sociedades el accionista tiene un gran interés en participar en la toma de decisiones, requiere necesariamente mantener su participación en la sociedad. En ese sentido, la decisión de la mayoría de aumentar el capital, al reducir la participación de la minoría en el capital social, perjudica a ésta de una manera más intensa de la que se podría dar en una sociedad anónima abierta(39). Además, en la medida que las acciones que poseen los antiguos socios en este tipo de sociedades, no tienen un mercado permanente y asequible, se hace difícil que éstos puedan deshacerse de ellas vendiéndolas, y de esa manera reducir el daño que le provoca el aumento(40).

En cambio, "(...) en las sociedades anónimas abiertas los costes de agencia entre administradores y socios no son muy altos ya que el aumento de capital adoptado

por los administradores causa reducidos perjuicios sobre la participación de los socios"(41).

Ello es así porque, a diferencia de lo que sucede en una sociedad anónima cerrada, el interés de los socios por intervenir en la toma de decisiones es menor y, por lo tanto, no les resulta tan importante conservar el nivel de su participación en la sociedad. La elevada dispersión del capital provoca que al socio le preocupe fundamentalmente obtener dividendos. En palabras de Jesús Alfaro, "[los accionistas dispersos carecen de los incentivos necesarios para controlar la conducta de los administradores de modo que éstos pueden tomar decisiones o desplegar un nivel de diligencia contrarios a los intereses de los accionistas si obtienen beneficios personales de tales decisiones"(42).

Adicionalmente, cabe destacar que las acciones de las sociedades abiertas tienen un mercado regular que, como señala Daniel Vásquez, "(...) permite, de un lado, que cuando los administradores no actúan de acuerdo con el interés de los socios, éstos dispongan de la posibilidad, conocida en la literatura estadounidense como Wall-Street-rule, de enajenar su participación en el mercado, recuperando de este modo el valor económico de su inversión. De otro lado, el mercado de participaciones abre a su vez un mercado del control societario. En otras palabras, favorece (...) un procedimiento de sustitución de los administradores de la sociedad por otros más eficientes (...)" (43).

Tomando en cuenta los distintos niveles de costos de agencia que afectan a los dos tipos de sociedades anónimas aludidas, Daniel Vásquez desprende que "[en las sociedades cerradas el derecho de suscripción preferente constituye un mecanismo eficiente, puesto que previene o reduce más que ningún otro los elevados costes de agencia que se generan entre mayoría y minoría. En particular, es más eficiente que la impugnación de acuerdos sociales por lesión del interés social. Ambos expedientes son mecanismos de control de la adopción del acuerdo en virtud del interés social, pero mientras la impugnación de acuerdos sociales opera ex post, el derecho de suscripción preferente lo hace ex ante, por lo que adelanta los efectos del control con las ventajas que ello reporta (...)"(44).

En cambio, en las sociedades abiertas el derecho de suscripción preferente es un mecanismo ineficiente, ya que, como se ha visto, los costos de agencia que generan las relaciones entre administradores y socios son reducidos. Desde el punto de vista de los derechos políticos, la dispersión del capital genera poco interés por tener capacidad para influir en la toma de decisiones.

En el aspecto económico, en la medida que por lo general las acciones emitidas por este tipo de sociedades cotizan en mercados bursátiles, los antiguos accionistas pueden vender las acciones que ya tienen y separarse de la sociedad, o bien pueden adquirir en el mercado bursátil un número de acciones que les permita conservar su participación.

En ese orden de ideas, el derecho de suscripción preferente no solo sería ineficiente como mecanismo de reducción de los costos de agencia en el caso de

las sociedades anónimas abiertas, sino que además incrementaría otro tipo de costos, como por ejemplo, los costos de financiamiento de la sociedad.

Efectivamente, tal como señala Jesús Alfaro, el mantenimiento del derecho de suscripción en este tipo de sociedades "(...) obliga a los administradores a esperar durante el periodo atribuido a los antiguos accionistas para ejercer el derecho arriesgándose -dada la volatilidad de los precios en el mercado actual- a una reducción en el valor de las acciones en el ínterin. También reduce las posibilidades de actuación de la sociedad para obtener financiación al mejor 'precio' posible mediante una colocación 'pactada' (...)" (45).

Por lo expuesto, compartimos las conclusiones de Daniel Vásquez sobre la protección de los derechos de los accionistas: "(...) en los supuestos de aumento de capital el resultado más eficiente se obtiene en las sociedades cerradas principalmente a través de un mecanismo societario, el derecho de suscripción preferente, y en las sociedades abiertas por medio de un mecanismo de mercado, el propio mercado de valores"(46).

VI. MODELOS DE REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

Tal como sostiene Daniel Vásquez, consideramos que en función de cómo se resuelva el conflicto de intereses generado en el aumento de capital, pueden distinguirse tres modelos normativos en el régimen jurídico del derecho de suscripción preferente. Así se puede configurar un modelo rígido, un modelo flexible y un modelo ecléctico(47).

El modelo rígido antepone el interés del socio individual al de la sociedad. En esa medida, un sistema normativo configurado de acuerdo con este modelo prohíbe la exclusión del derecho de suscripción preferente(48).

Por otra parte, el modelo flexible "(...) otorga prevalencia al interés de la sociedad de forma absoluta e incondicional (...) Ello no significa que en este modelo normativo el interés del socio individual no sea digno de tutela. Lo que sucede es que dicha tutela se instrumenta mediante otros mecanismos (...)" (49). En otras palabras, el modelo flexible establece el derecho de suscripción preferente en términos dispositivos, por lo que los socios son libres de reconocerlo o no en los estatutos de la sociedad.

Finalmente, como es habitual, hay una posición intermedia que Vásquez denomina "el modelo ecléctico" que "(...) intenta conciliar los dos intereses en conflicto. De ahí que reconozca en términos imperativos el derecho de suscripción preferente, pero al mismo tiempo admita su exclusión mediante un procedimiento rodeado de garantías a favor del socio individual" (50). Como veremos más adelante, éste es el modelo adoptado en la legislación peruana (51).

VII. TRATAMIENTO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. Supuestos en que se ejerce

a. Aumento de capital por aportes en las sociedades anónimas

El artículo 207 de la Ley General de Sociedades establece que "[en el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se cree (...)] No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia (...)".

El derecho de suscripción preferente se aplica en los aumentos de capital, sean éstos por aportes dinerarios o no dinerarios, pues en cualquier caso se intenta proteger el derecho del accionista de mantener el nivel de su participación en el capital social.

Ahora bien, dada la particular naturaleza de los aportes no dinerarios, el artículo 213 de la Ley General de Sociedades ha establecido un mecanismo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente distinto del previsto para los aportes dinerarios. Así, el aumento de capital por aportes no dinerarios debe reconocer el derecho de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital. Es decir, la norma resguarda el derecho de los accionistas a quienes no corresponde efectuar el aporte no dinerario, así como el de aquellos que no estuvieran en capacidad de hacerla, conforme a los términos del acuerdo de la junta de accionistas, de mantener su participación proporcional en el capital social.

Este tratamiento dado por el legislador al derecho de suscripción preferente ha estado sujeto a críticas en la medida que la regla no siempre puede cumplirse. En tal sentido, Enrique Elías ha señalado que "(...) si el aporte no dinerario es realizado por una persona que no es accionista, es imposible, bajo ninguna fórmula matemática, que 'todos los accionistas' mantengan su porcentaje original de tenencia accionaria en la sociedad. Algunos o todos los accionistas, en ese caso, deben renunciar a su derecho de suscripción preferente, en todo o en parte" (52). Y es que, en efecto, siempre que ingresa un nuevo accionista a la sociedad inevitablemente la participación de los antiguos accionistas debe reajustarse,

Por otro lado, cabe destacar que el artículo 207 de la Ley General de Sociedades hace referencia al derecho de los accionistas a suscribir "las nuevas acciones que se creen" como consecuencia del aumento de capital. Como es obvio, el derecho de suscripción preferente no se aplica en los aumentos de capital por incremento del valor nominal de las acciones, ya que en esos casos la participación de los accionistas en el capital social se mantiene igual(53).

En palabras de Luis Velasco: "La inexistencia del derecho en este segundo supuesto responde a la propia lógica de la operación, y se debe a que en estos casos el aumento solo puede tener como destinatarios a los viejos accionistas, al concretarse en una elevación del valor nominal de las acciones emitidas anteriormente (...), ello haría innecesario introducir medidas para proteger la participación proporcional del socio(...) que por definición se mantendrá invariada (...)"(54).

Finalmente, es necesario mencionar que el derecho de suscripción preferente en los supuestos de aumento de capital por nuevos aportes no solo asiste a los titulares de acciones con derecho a voto, sino también a los titulares de acciones sin derecho a voto. Así lo ha establecido la Ley General de Sociedades en sus artículos 95, inciso 4, literal a), y 96, inciso 5. Esta posición del legislador es adecuada toda vez que, si bien los titulares de acciones sin voto no tienen derechos políticos que puedan verse afectados por el aumento de capital, sus derechos económicos sí estarían siendo proporcionalmente reducidos.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de suscripción preferente en el caso de acciones sin derecho a voto tiene ciertas particularidades que es conveniente explicar. De acuerdo con el artículo 96, inciso 5, de la Ley General de Sociedades debe ejercerse de la siguiente manera:

i) Si se trata de un aumento de capital que comprende únicamente acciones con derecho a voto, el titular de acciones sin derecho a voto podrá suscribir tantas acciones como corresponda a su participación en el capital social. De esta forma, el titular de acciones sin derecho a voto adquirirá nuevas acciones con derecho a voto que le permitan mantener su proporcional expectativa económica en la sociedad;

ii) Si se trata de un aumento de capital que solo involucra acciones sin derecho a voto, el accionista sin derecho a voto podrá suscribir dichas acciones a prorrata de su participación social;

iii) Si se trata de un aumento de capital que comprende acciones con derecho a voto y acciones sin derecho a voto, y estas últimas resultan insuficientes para mantener su participación en el capital social, el accionista sin derecho a voto podrá suscribir primero las acciones sin derecho a voto y luego tantas acciones con derecho a voto como sean necesarias para mantener su proporción en el capital social; y,

iv) Si nos encontramos frente a un aumento de capital que involucra acciones con derecho a voto y acciones sin derecho a voto, y estas últimas son suficientes para mantener su participación en el capital social, solo podrá suscribir las acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital social.

Los criterios antes descritos son válidos para la sociedad anónima regular, la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta, aunque en este último caso existe la posibilidad de que se suprima el derecho de suscripción preferente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 259 de la Ley General de Sociedades, según se explica más adelante.

b. Capitalización de créditos y emisión de obligaciones convertibles en acciones

Una de las formas de aumento de capital previstas en la Ley General de Sociedades es la capitalización de créditos, que incluye, como bien anota Enrique Elías (55), la capitalización de créditos ordinarios y la conversión de obligaciones en acciones.

Respecto a la capitalización de créditos ordinarios, el artículo 214 establece que es de aplicación el reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor del accionista. Ello es así porque al igual que en el aumento de capital por nuevos aportes, en el aumento de capital por capitalización de créditos se produce una dilución del valor de las acciones en la medida que pasan a representar una menor porción del capital social, ya sea por el ingreso de un nuevo accionista (si el titular del crédito es un tercero ajeno a la sociedad) o porque un antiguo accionista aumenta su participación accionaria (si el titular del crédito es un accionista de la sociedad).

En cambio, el último párrafo del artículo 207 de la Ley General de Sociedades señala que no existe derecho de suscripción preferente en el aumento por conversión de obligaciones en acciones.

Ello se debe a que el derecho de suscripción preferente se reconoce respecto de las obligaciones convertibles en acciones cuando éstas se originan. El derecho se ejerce al momento del nacimiento o emisión de las obligaciones mas no se puede exigir en el momento en que se active la conversión, es decir, cuando se produzca el aumento de capital producto de la misma. En efecto, el artículo 316 de la Ley General de Sociedades dispone expresamente que "los accionistas de la sociedad tienen derecho preferente a suscribir las obligaciones convertibles, conforme a las disposiciones aplicables a las acciones, en cuanto resulten pertinentes". Como se observa, el derecho de suscripción preferente se justifica en este caso no por el efecto inmediato que tiene la emisión de obligaciones convertibles en acciones, sino por el impacto que tendrá sobre la composición accionaria la conversión en el futuro de aquéllas en acciones.

Sobre el particular, José Torres señala que: "Está claro que el derecho de suscripción preferente se ejerce en la etapa de suscribir las obligaciones transformables y no en el momento de conversión. De ocurrir lo último, implicaría perjudicar al obligacionista, ya que al aplicar el derecho de suscripción preferente al momento de canje, el accionista sustituiría al obligacionista; lo cual atentaría contra los derechos adquiridos y expectativas de quien compró los referidos valores representativos de deuda con la esperanza de convertirse en socio de la empresa. Por estas razones, la norma sabiamente reconoce el derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles, a los accionistas, pero en la fase de 'suscripción' de dichos valores convertibles" (56).

Como en el caso del aumento de capital por nuevos aportes y en virtud de lo dispuesto en los artículos 95, inciso 4, literal b, y 96, inciso 5, literal d, de la Ley General de Sociedades, tanto las acciones con derecho a voto como las acciones

sin derecho a voto confieren a su titular el derecho de ser preferido en la suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles en acciones.

En caso el accionista sea titular de acciones sin derecho a voto, ejercerá su derecho conforme a las disposiciones aplicables a las acciones. En consecuencia, se aplican las siguientes reglas:

i) Si las obligaciones son convertibles únicamente en acciones con derecho a voto, tanto los accionistas con derecho a voto con los titulares de acciones sin derecho a voto podrán suscribir las obligaciones o títulos convertibles a prorrata de su participación en el capital;

ii) Si las obligaciones son convertibles únicamente en acciones sin derecho a voto, únicamente los titulares de acciones sin derecho a voto podrán suscribir las obligaciones o títulos convertibles a prorrata de su participación;

iii) Si las obligaciones son convertibles en acciones con derecho a voto y en acciones sin derecho a voto, y estas últimas alcanzan para que los titulares de acciones sin voto conserven su participación accionaria, los titulares de acciones sin derecho a voto podrán suscribir obligaciones convertibles en acciones sin voto;

iv) Si las obligaciones son convertibles en acciones con derecho a voto y en acciones sin derecho a voto, pero el número de estas últimas no alcanza para que los titulares de acciones sin voto conserven su participación accionaria, los titulares de acciones sin derecho a voto podrán suscribir no solo las obligaciones convertibles en acciones sin voto, sino también obligaciones convertibles en acciones con voto de manera proporcional y en el número suficiente para mantener su proporción en el capital.

c. Acciones en cartera

La figura de las acciones en cartera permite a la sociedad "la creación de un capital autorizado, representado por acciones que han sido creadas pero que no se encuentran suscritas ni pagadas (...)"(57). Esta posibilidad ha sido prevista en el artículo 98 de la Ley General de Sociedades, según el cual, las acciones en cartera pueden crearse en el pacto social o por acuerdo de aumento de capital.

La creación de acciones en cartera reduce costos a aquellas sociedades que habitualmente se financian en el mercado financiero directo, emitiendo instrumentos representativos de capital, ya que en lugar de realizar varias juntas de accionistas para acordar sucesivos aumentos de capital, podrá realizar una sola junta de accionistas en la que se decidirá el aumento por un monto que contemple las emisiones que se proyecte efectuar en el futuro, manteniendo las acciones en cartera mientras las emisiones proyectadas no se realicen.

El uso de este mecanismo no solo permite ahorrar costos, sino también tiempo que puede ser muy valioso. En efecto, las condiciones del mercado son a veces muy volátiles, por lo que las emisiones de acciones que son convenientes hoy pueden no serlo mañana.

Ahora bien, la existencia de un capital autorizado, representado por acciones creadas pero no suscritas ni pagadas también tiene efectos negativos. En efecto,

"(...) se arguye que el capital autorizado no responde a ningún capital efectivo y ni siquiera a un compromiso de aporte, y que, en consecuencia, el que figure en la cifra de capital resulta engañoso frente a terceros (...)" (58). Siendo ello así, la Ley General de Sociedades, en la misma línea que otras legislaciones, ha establecido una serie de requisitos y limitaciones para la existencia de este tipo de acciones. Así pues, de acuerdo a lo establecido por el artículo 98 de la Ley General de Sociedades antes mencionado, las acciones en cartera no pueden llevarse a la cuenta capital del balance mientras éstas no sean emitidas. Asimismo, los derechos correspondientes a estas acciones solo se generan cuando las mismas sean emitidas, esto es, cuando cada una sea suscrita y pagada en por lo menos un 25% de su valor nominal. Además, dichas acciones no podrán representar más del 20% del número total de acciones emitidas.

Toda vez que la emisión (mas no la simple creación) de las acciones que se mantengan en cartera, activa los derechos políticos y económicos de éstas, el efecto que produce la emisión es igual al provocado por un aumento de capital. En ambos casos la emisión de las acciones afecta la composición accionaria de la sociedad y la participación en el capital social de los accionistas antiguos se ve reducida. Por ello nuestro legislador ha previsto, en el artículo 99 de la Ley General de Sociedades, que los accionistas gozan del derecho preferente para suscribir las acciones en cartera.

La forma de ejercer el derecho de suscripción preferente difiere de la fórmula general en cuanto al plazo. El artículo mencionado señala que se ejercerá en un plazo máximo de cinco días útiles, mientras que, como se explicará en detalle más adelante, para los otros casos de suscripción preferente el artículo 208 de la Ley General de Sociedades establece un procedimiento conformado por ruedas, contando la primera de ellas con un plazo de por lo menos quince días.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, este derecho puede ser inaplicado mediante acuerdo de la junta general de accionistas, adoptado cumpliendo ciertos requisitos previstos en el artículo 259 de la Ley General de Sociedades. El procedimiento para la exclusión del derecho de suscripción preferente será tratado más adelante en el punto 7.2.1.

d. El caso de la Ley del Mercado de Valores

Como se sabe, el aumento de capital puede producirse mediante una oferta dirigida a terceros para la suscripción de nuevas acciones. Dicha oferta, puede tener las características de una oferta privada (en cuyo caso se debe aplicar lo establecido en el artículo 212 de la Ley General de Sociedades) o pública(59) de valores mobiliarios(60) (en este último caso, su regulación queda sujeta al Decreto Legislativo NQ 861, Ley del Mercado de Valores).

De la misma forma que la Ley General de Sociedades, el artículo 101 de la Ley del Mercado de Valores ha recogido el derecho de suscripción preferente para el caso

de aumentos de capital por nuevos aportes, en forma proporcional al valor nominal de las acciones de las que sean titulares los accionistas,

El referido artículo también establece el derecho de suscripción preferente de los accionistas respecto a los bonos convertibles que emita la sociedad, en proporción a su participación en el capital. Como se sabe, el artículo 316 de la Ley General de Sociedades establece el derecho de los accionistas antiguos para suscribir en forma preferente las obligaciones convertibles en acciones, género en el cual están comprendidos los bonos.

En efecto, como señala Gerardo Serra Puente "(...) el bono (valor representativo de deuda) constituye genéricamente una obligación o es una especie de ésta, como también lo son los instrumentos de corto plazo (...)" (611 Cabe indicar, en todo caso, que la particularidad de los bonos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley del Mercado de Valores, está en que aquellos instrumentos financieros representan deuda a plazo mayor a un año. Como quiera que el bono constituye una especie de obligación, la Ley del Mercado de Valores reitera en forma específica el derecho general ya previsto en la Ley General de Sociedades. Ahora bien, la legislación del Mercado de Valores regula en forma especial las ofertas públicas de valores mobiliarios. Éstos, a su vez, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley del Mercado de Valores, tienen como característica esencial su libre negociabilidad. En tal sentido, cabe preguntarse si el reconocimiento del derecho de suscripción preferente respecto a valores mobiliarios en la referida norma, resulta contradictorio con la libre negociabilidad de los mismos en su condición de tales.

Esta aparente contradicción no es tal, pues cuando la Ley del Mercado de Valores se refiere a la libre negociabilidad de los valores mobiliarios hace referencia a valores ya colocados y no a aquéllos que se colocan por primera vez, como ocurre con las denominadas emisiones primarias, sean por aumento de capital o por la emisión de bonos convertibles en acciones.

Por otro lado, el artículo 101 anteriormente mencionado establece el derecho de suscripción preferente en un supuesto distinto de los previstos por la Ley General de Sociedades. Conforme a la Ley del Mercado de Valores, los titulares de bonos convertibles pertenecientes a emisiones anteriores, tendrán el derecho preferente de suscribir los bonos convertibles en acciones de nuevas emisiones, en la proporción que les corresponda según las bases de la conversión.

Cabe destacar que en la medida que el derecho de suscripción preferente fue concebido como una forma de protección de los accionistas, el reconocimiento del derecho en favor de los titulares de obligaciones convertibles en acciones, que pueden ser no accionistas, se sustenta en la existencia de un interés propio del titular del bono convertible (quien potencialmente podría ser accionista) que se pretende proteger.

En ese orden de ideas, una nueva emisión de bonos convertibles, por ejemplo, podría frustrar las legítimas expectativas del titular de bonos convertibles de una emisión anterior, toda vez que este último tendría previsto que, en caso operara la conversión, el número de obligaciones que adquirió le generaría una posición accionaria relativa que podría variar si no se le otorga este derecho de suscripción preferente. Es decir, el titular de dichos bonos podría tener la expectativa de que sus bonos le aseguren un determinado nivel de participación en el capital social, de concretarse la conversión. Si se emiten nuevos bonos convertibles y si respecto de éstos también llegara a operar la conversión, las acciones que les corresponderían a los titulares de bonos de emisiones anteriores representarían una porción del capital menor de la que éstos esperaban inicialmente.

Dado que entre el bono y la obligación existe una relación de especie a género, resulta ilustrativo citar los fundamentos que esgrime José Torres al proponer que se otorgue al tenedor de una obligación convertible el derecho de suscripción preferente, cuando la empresa emisora acuerda emitir nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones. Este autor sostiene que "(...) tal propuesta que nos permitimos sugerir, tiene por finalidad resguardar el derecho expectante que adquiere un suscriptor de obligaciones convertibles, lo hacen con la esperanza de que al término de la emisión, dichas obligaciones se transformen en determinado porcentaje alícuota del capital social. Expectativa que se vería disminuida o mermada, si antes del canje se realiza un aumento de capital, de tal magnitud que reduzca significativamente el esperado porcentaje alícuota del capital social, el mismo que fue tenido en cuenta como parámetro para tomar la decisión de suscribir la obligación convertible"(62).

Si bien la preocupación resulta válida, reconocer este derecho de preferencia no siempre será necesario para dar adecuada solución al problema planteado. Efectivamente, la legislación societaria permite que se establezcan mecanismos de canje que aseguren al titular de bonos convertibles que su eventual participación en el capital no se verá afectada por aumentos de capital o emisiones de bonos convertibles en acciones posteriores. Así, el contrato de emisión podría prever que la cuota de canje (63) sea variable, es decir, que esté sujeta a un índice que permita que el número de acciones a recibir aumente al mismo tiempo que puede aumentar, por ejemplo, el capital social. Con la aplicación de un mecanismo como éste, los titulares quedan suficientemente protegidos ante un aumento de capital o nueva emisión de obligaciones, sin necesidad de contar con un derecho de suscripción preferente, pero a la vez no impiden que la sociedad mantenga abiertos sus mecanismos de financiamiento. Sobre el particular, Luis Velasco sostiene que el reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los titulares de bonos convertible en la normativa española cobra sentido en "(...) el supuesto de que la relación establecida para la conversión de las obligaciones tenga carácter fijo, pues en estos casos, al tener derecho el obligacionista a obtener un número fijo de acciones, es evidente que el aumento de capital desvaloriza este derecho, en la medida en que el valor real de las acciones a obtener queda depreciado o agitado como consecuencia del aumento (...)"(64).

Añade el autor que, "(...) [n]o cabría pensar lo mismo, sin embargo, en el supuesto de que la relación de conversión tuviera carácter variable (...) pues incremento del número de acciones consecuencia del aumento, no incide sobre el valor de descuento que se les confirió para obtener acciones de la sociedad. Es más, en estos casos (...) podría pensarse que (...) entra en conflicto con el derecho de suscripción preferente de los accionistas, a los que injustificadamente se les estaría privando de la posibilidad de suscribir las acciones que se reservan a aquéllos (...)”(65).

El artículo 101 de la Ley del Mercado de Valores establece que si el contrato de emisión así lo prevé, los titulares de bonos convertibles tendrán derecho de suscribir preferentemente las acciones que emita la sociedad. Se advierte, entonces, que el legislador no ha querido reconocer, con carácter obligatorio, el derecho de suscripción preferente respecto de las acciones de la sociedad a favor de los titulares de las obligaciones convertibles, dejando abierta la posibilidad del pacto en contrario o de que se fijen cuotas de canje u otros mecanismos de protección.

En tal sentido, debe añadirse que el artículo 97 de la Ley del Mercado de Valores ha establecido expresamente otro mecanismo de protección ante las variaciones del capital que puedan perjudicar a los titulares de bonos convertibles en acciones. En efecto, dicha norma establece que mientras existan bonos convertibles, si se produce un aumento de capital con cargo a utilidades o reservas, o se reduce el capital por pérdidas, se deberá modificar la relación de cambio de los bonos por acciones en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción, de forma tal que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas. Asimismo, en los casos de aumento de capital por nuevos aportes, se deberá efectuar el respectivo ajuste en la fórmula de conversión de bonos convertibles en acciones. La forma en que se ejerce el derecho de suscripción preferente, tratándose de un aumento de capital realizado a través de una oferta pública, será explicada más adelante en el punto 7.4. Puede adelantarse, sin embargo, que si bien el procedimiento a seguirse es el dispuesto en la Ley del Mercado de Valores, ciertos aspectos que no están previstos en dicha norma serán regulados por las disposiciones pertinentes de la Ley General de Sociedades toda vez que, de acuerdo al artículo 9 de la Ley del Mercado de Valores, dicha norma es de aplicación supletoria.

Consideramos que, en general, las soluciones contempladas en nuestra legislación en relación con los casos de obligaciones convertibles en acciones (comentadas en este punto) dan una adecuada protección pero manteniendo la libertad contractual y la flexibilidad requeridas por el mercado.

e. Aumento de capital en las sociedades mineras de responsabilidad limitada

La decisión legislativa de evitar que haya pluralidad de titulares sobre una misma concesión minera ha determinado que la legislación en esta materia regule una forma de organización societaria que, salvo que las partes decidan constituir una

sociedad contractual, deberá crearse por mandato de la ley para que sea titular y administre las concesiones mineras que pudieran tener dos o más titulares.

El capital de las sociedades mineras de responsabilidad limitada está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles que no podrán ser representadas en títulos valores ni denominarse acciones.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM.

las referidas participaciones confieren a su titular legítimo la calidad de socio y I le atribuyen, entre otros, el derecho a ser preferido en la suscripción de nuevas participaciones, en proporción a sus participaciones, en caso de aumento del capital social.

Cabe destacar que este derecho no podrá ser suprimido por vía estatutaria, pues el artículo 188 del TUO de la Ley General de Minería señala que no se puede pactar contra las normas contenidas en el capítulo que reconoce el derecho de suscripción preferente.

El TUO de la Ley General de Minería no regula el procedimiento para ejercer este derecho y, aunque no remite expresamente a la Ley General de Sociedades, creemos que ésta resulta aplicable.

Ello se debe a que el artículo 2 de la Ley General de Sociedades establece que "las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley": En tal virtud, las reglas establecidas en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades, referentes a la forma en que se ejerce el derecho de suscripción preferente, son igualmente aplicables para el caso de un aumento de capital en una sociedad minera de responsabilidad limitada.

De esta forma, si el estatuto de la sociedad minera de responsabilidad limitada no establece la forma de ejercer el derecho (que será lo común, ya que si ello fuera así, lo lógico sería que los socios hubieran formado una sociedad contractual y no una -mal denominada- "sociedad legal")(66J, se aplicará supletoriamente el procedimiento descrito en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades.

2. Casos en que no es exigible el derecho de suscripción preferente

La Ley General de Sociedades dispone como regla general, en sus artículos 95, inciso 4, y 96, inciso 5, el reconocimiento del derecho de suscripción preferente pero asimismo establece ciertas excepciones en las que no se justifica, ya sea por la in eficiencia que la aplicación del derecho conllevaría en tales casos, porque el mismo genera más costos que beneficios a sus accionistas, o por la naturaleza de la operación.

Las situaciones en las cuales no es exigible el derecho de suscripción preferente, sea porque el legislador no lo ha reconocido o porque permite que la junta de

accionistas lo suprima, son las siguientes: el aumento de capital por nuevos aportes de una sociedad anónima abierta; la conversión de obligaciones en acciones; la emisión de opciones para la suscripción futura de acciones; y la reorganización de sociedades.

a. Aumento de capital en las sociedades anónimas abiertas bajo ciertas condiciones

Como explicamos anteriormente, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, caracterizadas por la gran dispersión del capital, el reconocimiento de este derecho no es eficiente. Ciertamente, en la medida que el interés de sus accionistas es eminentemente económico y que carecen de incentivos para participar en la gestión de la sociedad, no les causa mayor perjuicio la disminución de su participación en el capital social. Enrique Elías lo explica claramente en los siguientes términos: "(...) en la sociedad anónima abierta existen numerosos socios estrictamente 'capitalistas' o especuladores, es decir, que no desean tener injerencia en la marcha de los negocios, mediante una participación en el capital, ya que solo persiguen obtener un rendimiento efectivo o percibir una ganancia producto de la venta de sus acciones" (67).

En cambio, la exigencia de que se aplique este derecho cada vez que la sociedad anónima abierta pretenda financiarse mediante un aumento de capital por nuevos aportes, encarecería el propio financiamiento de la sociedad y muchas veces haría que ésta no pueda obtener las mejores condiciones del mercado por las acciones que emite.

En ese sentido, el artículo 207 de la Ley General de Sociedades señala expresamente que no existe derecho de suscripción preferente en el caso regulado por el artículo 259 de la misma ley, el cual establece la posibilidad de que, tratándose de aumentos de capital en sociedades anónimas abiertas, la Junta General de Accionistas, siguiendo ciertas condiciones, pueda establecer que los accionistas no tienen derecho de suscripción preferente.

La figura regulada en esta norma se denomina en la doctrina como "la exclusión del derecho de suscripción preferente". Según Daniel Vásquez, la configuración que se dé a la exclusión determinará el modelo normativo de regulación del derecho de suscripción preferente acogido, esto es, si se está frente a un modelo rígido, un modelo flexible o un modelo ecléctico (68).

Adicionalmente, dicho autor considera que pueden distinguirse dos formas de configurar la exclusión del derecho de suscripción preferente: la exclusión absoluta y la exclusión relativa. La exclusión absoluta consiste en la supresión general de la preferencia que tienen los accionistas a suscribir las nuevas acciones que puedan emitirse en los futuros y eventuales aumentos de capital, mientras que la exclusión relativa es la supresión del derecho de suscripción preferente respecto a un aumento de capital específico(69).

A partir de estas modalidades de exclusión se puede identificar, según Vásquez, si es que nos encontramos frente a una regulación flexible o ecléctica del derecho de suscripción preferente (70). Así, las legislaciones que admiten la exclusión absoluta, por ejemplo, mediante la exclusión vía estatutaria, están comprendidas en el modelo normativo flexible. En cambio, pertenecen al modelo ecléctico las legislaciones que admiten la exclusión relativa, por ejemplo, mediante el acuerdo de la junta general de accionistas para un aumento de capital en particular. Evidentemente, el modelo rígido no admite ningún tipo de exclusión del derecho de suscripción preferente.

No es del todo claro a cuál de los sistemas de exclusión se ha adherido nuestra Ley General de Sociedades. En efecto, si bien no existe una prohibición expresa para que se establezca una exclusión general del derecho de suscripción preferente (incluyéndola en el estatuto) para todos los aumentos de capital que se puedan realizar en una determinada sociedad anónima, la redacción empleada en el artículo 259 de dicho cuerpo normativo pareciera reflejar la intención de que tal exclusión solo puede establecerse para cada aumento de capital concreto, en la oportunidad en que la junta de accionistas lo acuerde. Esta concepción de la ratio legis de la norma se deriva del enunciado en singular empleado a lo largo del artículo 259, así como, especialmente, del hecho de que solo de esa forma se daría cabal cumplimiento al análisis que exige el inciso 2) del mencionado artículo. De otro lado, siendo una exclusión que restringe derechos (especialmente de los accionistas minoritarios) deberá interpretarse también restrictivamente. En tal sentido, consideramos que nuestra ley ha adoptado el modelo ecléctico ya que solo admitiría la exclusión del derecho de suscripción preferente mediante el acuerdo de la junta general de accionistas(71), bajo ciertas condiciones que intentan garantizar el interés del socio individual, y para cada aumento de capital específico.

Es cierto que también existen algunos argumentos para interpretar las disposiciones del artículo 259 de manera que permitan a los accionistas de las sociedades anónimas abiertas establecer en sus estatutos, de manera general, que no existirá derecho de suscripción preferente en cualesquiera aumentos de capital que se efectúe en el futuro en la sociedad de que se trate. Si bien nosotros pensamos que ésta sería la solución más adecuada, por cuanto deja en manos de los accionistas una decisión que son ellos quienes mejor información tienen para adoptar y, además, serán quienes sufran las ventajas o desventajas de la misma(72). el hecho de que no exista una prohibición expresa para ello no atenúa la mayor solidez de los argumentos aludidos en el párrafo anterior. Es por ello que pensamos que nuestra ley ha adoptado el modelo ecléctico.

De otro lado, en relación con los requisitos establecidos para poder establecer la supresión del derecho de suscripción preferente en un determinado aumento de capital en una sociedad anónima abierta, los artículos 257, 258 Y 259 de la Ley General de Sociedades exigen que se cumpla con lo siguiente:

i) La convocatoria se realizará con 25 días de anticipación. En un solo aviso se podrá realizar más de una convocatoria, debiendo mediar entre una y otra convocatoria no menos de 3 ni más de 10 días.

En caso no se publicara en el referido aviso las fechas de la segunda y tercera convocatorias. la junta general de accionistas deberá celebrarse, en segunda convocatoria, dentro de los 30 días siguientes de la primera convocatoria, y, en tercera convocatoria, se celebrará dentro de los 30 días siguientes a la segunda convocatoria.

ii) Para que se instale válidamente la junta general de accionistas se requerirá, en primera convocatoria, la concurrencia de por lo menos el 50% de las acciones suscritas con derecho a voto.

En segunda convocatoria, bastará la concurrencia de al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto. Si en segunda convocatoria no se alcanza el referido quórum, la junta general de accionistas se considerará válidamente instalada en tercera convocatoria bastando la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto. El estatuto no podrá establecer quórum mayor.

iii) Los acuerdos se adoptarán, sea en primera, segunda o tercera convocatoria, con no menos del 40% de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta general de accionistas, salvo que las acciones a crearse vayan a ser objeto de oferta pública, en cuyo caso se podrá adoptar el acuerdo con un número menor de votos.

iv) El aumento no deberá estar destinado, directa o indirectamente, a mejorar la posición accionaria de alguno de los accionistas, es decir, solo podrá tener por finalidad el financiamiento mediante nuevos aportes.

Tal como se ha señalado anteriormente, consideramos que si bien resulta positivo permitir que la junta de accionistas acuerde la no aplicación del derecho de preferencia en cada caso específico (como claramente lo admite nuestra legislación en el caso de sociedades anónimas abiertas), no vemos razón para impedir, como entendemos busca nuestra ley, que la junta de accionistas acuerde que tal exclusión sea general y conste, por ejemplo, en el estatuto. Si bien puede considerarse que, en general, resultará menos atractivo para los inversionistas ingresar a una sociedad en la que esté suprimido de manera general el derecho de suscripción preferente y, por lo tanto, estamos seguros que no resultaría usual que se incorporen pactos de esta naturaleza en muchos estatutos de sociedades anónimas abiertas, opinamos que ello debería dejarse a la decisión de los accionistas, sin que exista un impedimento legal para hacerla, ya que no encontramos razones filosóficas para ello. Especialmente porque se trata de sociedades anónimas donde la liquidez de la acción es mucho mayor y quienes no estén de acuerdo podrán transferir sus acciones si su posición no es acogida por la mayoría, mientras que los futuros inversionistas que deseen adquirir valores de esa sociedad ya sabrán de antemano que tal pacto existe, incluyéndolo en su evaluación de inversión.

b. Aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones

Si bien el derecho de suscripción preferente se aplica al momento de emitirse las obligaciones o bonos convertibles en acciones, los accionistas ya no tendrán la posibilidad de ejercer tal derecho cuando se produzca posteriormente la conversión respecto de tales obligaciones en acciones. Ello debido a Que, como ya se explicó en el punto 7.1.2 precedente, el derecho de suscripción preferente se ejerce respecto a las obligaciones convertibles en acciones que la sociedad emite y no sobre las acciones que se originan a causa de la conversión de aquéllas.

c. Otorgamiento de opciones para la suscripción futura de acciones

El artículo 103 de la Ley General de Sociedades permite que la sociedad, cuando así lo haya establecido la escritura pública de constitución o el acuerdo de la junta general de accionistas, con el voto favorable de la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, pueda otorgar a terceros o a ciertos accionistas la opción de suscribir nuevas acciones en un plazo que no podrá ser mayor de dos años.

Como se aprecia, para la validez de la opción será necesario en ambos casos el consentimiento de la totalidad de los titulares de acciones con derecho a voto.

En efecto, en el primer caso estamos frente a la situación en que la totalidad de los propios socios fundadores aceptan que cuando la opción sea ejercida su participación accionaria se reducirá. En el segundo supuesto, los accionistas por unanimidad asumen que el eventual ejercicio de la opción conllevará la disminución de su participación accionaria.

Siendo ello así, Enrique Elías anota que "(...) lo que realmente ha ocurrido es que los accionistas, al momento de la emisión de las opciones renunciaron a su derecho de suscripción preferente"(73).

Y así lo ha entendido el legislador pues ha establecido en el artículo 207 de la Ley General de Sociedades que tratándose de una opción para la suscripción futura de acciones no existe derecho de suscripción preferente.

La opción sobre acciones de una sociedad guarda prerrogativas similares al contenido de un certificado de suscripción preferente. Así, por ejemplo, Enrique Elías señala que ambos dan derecho a suscribir acciones de la sociedad emisora y que, además, en ambos casos existe la posibilidad de que las porciones en que se divide el capital social varíen(74). No obstante, tal como el mismo autor explica, hay diversas diferencias que saltan a la vista: "Los certificados de suscripción se entregan, en estricta proporcionalidad, a todos los accionistas, mientras que las opciones favorecen a uno o más terceros o accionistas determinados de la sociedad; los plazos de uno y otro son diferentes el certificado es por naturaleza transferible, mientras que en la opción se puede pactar su transferibilidad o la ausencia de ella; las condiciones de la opción pueden ser ilimitadas, mientras que en el certificado la posibilidad de suscribir y pagar solo puede estar condicionada a monto, forma y plazo (...)"(75).

d. La reorganización de sociedades

La Ley General de Sociedades ha utilizado el término reorganización de sociedades para englobar diversos tipos de mutaciones societarias: la transformación, la escisión, la fusión y otras formas de reorganización.

La transformación de sociedades implica un cambio del tipo societario, esto es, el abandono de una forma de sociedad para adquirir otra distinta, manteniéndose la existencia de la misma persona jurídica. En otros términos, "(...) solo se habla de transformación de sociedades con referencia al cambio de forma: es decir, para comprender aquella operación jurídica mediante la cual la sociedad por acto o decisión voluntaria abandona su primitiva vestidura, adopta la correspondiente a un tipo legal distinto y se somete para el futuro a las normas legales ordenadoras del nuevo tipo adoptado (...)">(76).

Cabe resaltar, sin embargo, que la Ley General de Sociedades ha ampliado la formulación típica de la transformación, abarcando también el supuesto en el que una sociedad se transforma en un tipo de persona jurídica distinto al de la sociedad.

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 344 de la Ley General de Sociedades, por la fusión dos o más sociedades se unen para formar una sola. Como se sabe, la fusión puede llevarse a cabo de dos formas distintas: (i) la fusión por incorporación y (ii) la fusión por absorción. La fusión por incorporación consiste en la unión de los patrimonios de dos o más sociedades para formar una nueva persona jurídica, aquéllas se extinguen y dan lugar al nacimiento de una nueva sociedad. En cambio, mediante la fusión por absorción, una sociedad absorbe a título universal el patrimonio de una o más sociedades, extinguiéndose estas últimas luego de disolverse sin liquidarse. En las dos modalidades los accionistas de la sociedad o sociedades que se extinguen tienen derecho a recibir acciones de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, según sea el caso.

Finalmente, la escisión comprende el fraccionamiento del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques para transferir alguno(s) o la totalidad de ellos a una o varias nuevas sociedades o a una o más ya existentes. En ambos casos los accionistas de la sociedad escindida reciben acciones de la(s) sociedad(es) receptora(s) de los bloques patrimoniales correspondientes, sean éstas ya existentes o nacidas del proceso de escisión.

Como hemos señalado, el artículo 207 de la Ley General de Sociedades ha considerado la reorganización de sociedades, en términos generales, como uno de los supuestos en los que no resulta exigible el derecho de suscripción preferente. Analicemos si efectivamente todos los supuestos contenidos en el concepto de "reorganización" recogido en nuestra ley se podrían ver afectados por el derecho de preferencia a fin de determinar si existe algún problema o no en la inclusión genérica efectuada por la norma positiva vigente.

El caso de la transformación no genera emisión de nuevas acciones y, en consecuencia, la composición accionaria no debe verse afectada. En tal sentido, si bien no era necesario que este supuesto fuera incluido en la exclusión contenida en el artículo 207 antes mencionado, tampoco vemos consecuencias negativas materiales en esa inclusión tácita. Simplemente, no resultará aplicable y punto.

Situación distinta se podría presentar tratándose de la fusión o escisión de sociedades en que la aplicación de cualquiera de las modalidades brevemente descritas sí podría determinar variaciones en las composiciones accionarias.

En efecto, la transferencia de activos y pasivos como consecuencia de una reorganización societaria puede determinar que cambie la proporción de participación de los socios, especialmente en casos de fusión donde los accionistas de las sociedades involucradas son diferentes, pero también es posible que ello ocurra en las escisiones, dependiendo de los valores de canje que se establezcan.

Luis Velasco justifica la inexistencia de la suscripción preferente señalando que ello se "(...) deriva de nuevo de la lógica de estas operaciones, en las que el aumento tiene un carácter instrumental y se realiza precisamente para atribuir acciones de la sociedad a determinados sujetos"(77).

Al respecto, Daniel Vázquez sostiene que "(...) el buen fin de la operación precisa que las nuevas acciones emitidas por la sociedad absorbente sean suscritas no por sus accionistas, sino por los de la sociedad absorbida"(78); es decir, por aquellos que dejaron de ser accionistas de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión.

A partir de estas afirmaciones, se podría sostener que cuando el artículo 207 menciona la reorganización de sociedades debió referirse en realidad no a todos los tipos de reorganización, sino tan solo a aquellos supuestos en los que las acciones tienen un destinatario determinado, previo aumento de capital. Ello ocurre en los casos de la fusión por absorción y de la escisión por absorción. Así, como indica Rita Largo, "(...) el régimen jurídico de estas dos operaciones configura como destinatarios forzosos de las acciones de la sociedad absorbente a los accionistas de la sociedad absorbida o a los de la escindida, respectivamente (...) Aquí el aumento de capital no es un fin en sr mismo sino que está en una relación de funcionalidad con la realización de la operación, de fusión o de escisión, en la que se integra. De aquí que el importe del aumento de capital en la absorbente se fija en función de las acciones de ésta que han de entregarse a los accionistas de la sociedad absorbida o a los de la escindida por aplicación del tipo de canje establecido al efecto con base en el valor real del patrimonio de las sociedades implicadas (...) "(79).

Dentro de esta línea de reflexión no habría problema en sostener que debió quedar excluida de los alcances del artículo 207 la transformación de sociedades, pues se trata solo del cambio de forma de organización societaria que no conlleva adquisición de activos y pasivos y que, por lo tanto, no implica un aumento de capital, así como también debieron quedar fuera de los alcances de dicha

disposición el caso de la fusión por incorporación y de la escisión que tiene lugar mediante la creación de una nueva sociedad a la cual se realiza un aporte, ya que en tales casos no se estaría produciendo un aumento de capital que diluya a antiguos accionistas. Ahora bien, consideramos que en estos casos la inclusión puede justificarse por la modificación de la posición relativa que los accionistas pueden sufrir entre la que tenían en la sociedad original y la nueva sociedad final (sea derivada de la fusión o escisión).

Si bien resultaría lógico considerar que debieron quedar excluidos, como afirma Rita Largo, aquellos casos en los que no sea necesario un aumento de capital para llevar a término la fusión por absorción, como cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida(80), pensamos que no hay inconveniente en que la norma haya empleado una referencia general a los casos de "reorganización", aunque en la práctica resulte aplicable a ciertos casos, puesto que en otros no hay aumento de capital o no hay variación de las posiciones accionarias de los intervinientes.

Cabe indicar además que en los supuestos de reorganización, la no exigibilidad del derecho de suscripción preferente también se encuentra justificada porque hay otros mecanismos que pueden proteger los intereses de los accionistas antiguos afectados por el aumento de capital. En efecto, tanto en el caso de la fusión como en el de la escisión, la Ley General de Sociedades ha previsto que los accionistas que no estuvieran de acuerdo con dichas operaciones puedan ejercer su derecho de separación. Si un accionista considera que la reducción de su porcentaje accionario como consecuencia de la fusión le producirá más perjuicios que beneficios, podrá optar por separarse de la sociedad.

3. Transmisibilidad del derecho y certificado de suscripción preferente

El artículo 209 de la Ley General de Sociedades permite que el derecho de suscripción preferente se represente mediante un título denominado "certificado de suscripción preferente" o mediante su anotación en cuenta, en caso la sociedad represente sus acciones a través de este mecanismo. Ésta es una innovación de la Ley General de Sociedades pues la norma anterior no había previsto los certificados de suscripción preferente, aunque sí se había regulado esta materia en las normas del mercado de valores (81).

La existencia del certificado de suscripción preferente posibilita que los antiguos accionistas que carecen de fondos para suscribir las nuevas acciones no se perjudiquen por esa circunstancia al poder transferir a terceros su derecho a suscribir las nuevas acciones, al menos generando un ingreso en función al valor del derecho en el mercado. Al respecto, Luis Velasco sostiene que "(00) la transmisión onerosa del derecho constituye además un sistema idóneo para resarcir a su titular de los perjuicios del aumento de capital cuando no pueda acudir a la ampliación, por no disponer de medios para ello, o no estime oportuno ejercitar el derecho por las razones que sea (...)"(82).

De manera que el tenedor de los certificados de suscripción preferente tendrá derecho a suscribir las nuevas acciones indicadas en el certificado. No obstante, cabe destacar que toda vez que el accionista puede transferir su derecho de suscripción total o parcialmente, en este último caso el tenedor del certificado ejercerá el derecho en la porción que adquirió mientras que el accionista podrá hacerlo sobre la parte que no transfirió.

Como se explicará luego con más detalle, si en una primera rueda no se suscriben todas las acciones, se pasa a una segunda rueda para suscribir el saldo. En esta segunda rueda el adquirente de los certificados que hubiera suscrito acciones en la primera rueda interviene no solo con el porcentaje correspondiente a las acciones que suscribió, sino también con el porcentaje de la tenencia del accionista que le transfirió el derecho.

Ahora bien, cabe preguntarse si los certificados de suscripción son libremente transmisibles o si su negociabilidad está sujeta a ciertas limitaciones. Al respecto, la Ley General de Sociedades ha establecido que el estatuto, la totalidad de los accionistas, o un convenio entre accionistas, pueden establecer limitaciones a la libre transferencia de los certificados de suscripción preferente. A partir de ello, Enrique Elías infiere que el solo hecho de que existan limitaciones a la libre transferencia de las acciones de una sociedad no implica que los certificados de suscripción preferente también se encuentren, automáticamente, afectados por aquellas limitaciones. En consecuencia, en opinión del mencionado autor, la restricción a la libre negociabilidad de los certificados debe ser expresamente establecida y no puede ser derivada de la limitación que pesa sobre la transferencia de acciones(83).

No obstante, es necesario precisar que tratándose de una operación llevada a cabo en el ámbito del mercado de valores no será posible establecer ninguna limitación a la libre transferencia de los certificados de suscripción preferente.

En efecto, toda vez que el certificado de suscripción preferente se encuentra regulado dentro del título IV de la Ley del Mercado de Valores, referido a los "Valores Mobiliarios", dicho instrumento ha sido considerado como un valor mobiliario al igual que las acciones y los bonos. Los valores mobiliarios conforme lo dispone el artículo 3 de la referida norma, se caracterizan por ser libremente negociables y cualquier limitación a su libre transmisibilidad contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo carece de efectos jurídicos. En tal sentido, el artículo 105 de la Ley del Mercado de Valores establece expresamente que los certificados de suscripción preferente pueden ser negociados libremente.

Finalmente, aunque en forma expresa no se sanciona con nulidad su inobservancia, el artículo 209 de la Ley General de Sociedades ha establecido que los certificados de suscripción preferente deben contener necesariamente la siguiente información:

o La denominación de la sociedad, los datos relativos a su inscripción en el registro y el monto de su capital;

- o La fecha de la junta general o del directorio, en su caso, que acordó el aumento de capital y el monto del mismo;
- o El nombre del titular;
- o El número de acciones que confieren el derecho de suscripción preferente y el número de acciones que da derecho a suscribir en primera rueda;
- o El plazo para el ejercicio del derecho, el día y hora de inicio y de vencimiento del mismo, así como el lugar y el modo en que puede ejercitarse;
- o La forma en que puede transferirse el certificado;
- o La fecha de emisión; y,
- o La firma del representante de la sociedad autorizado al efecto.

4. Forma en que opera el derecho de suscripción preferente en las Sociedades Anónimas

La Ley General de Sociedades ha previsto un procedimiento para ejercer el derecho de suscripción preferente. Por su parte, la Ley del Mercado de Valores también ha establecido ciertas pautas que indican al inversionista cómo ejercer tal derecho. Como podrá apreciarse, algunos aspectos que han sido regulados por la legislación societaria no han sido previstos por la normativa del mercado de valores, y viceversa. De esta manera, aunque la Ley del Mercado de Valores resulta aplicable a operaciones efectuadas mediante ofertas públicas (aumentos de capital que tienen por objeto valores mobiliarios, emisiones de bonos, entre otros instrumentos financieros), la Ley General de Sociedades tiene un espectro de aplicación general que en la práctica complementa los vacíos de la norma especial.

El artículo 208 de la Ley General de Sociedades ha establecido un procedimiento consistente en dos ruedas para ejercer el derecho de suscripción preferente. Mediante la publicación de un aviso, conforme al artículo 43 de la Ley General de Sociedades, se establece la fecha en que se iniciará el procedimiento, así como el plazo de duración de la primera rueda, el cual no podrá ser menor de diez días, salvo que así lo acuerden la totalidad de accionistas. En la primera rueda el accionista tiene el derecho a suscribir acciones a prorrata de su participación en el capital de la sociedad.

Si finalizada la primera rueda quedaran acciones no suscritas, se convocará (si no estaba ya establecida) a una segunda rueda mediante la publicación de un nuevo aviso. El plazo de esta rueda será determinado por la junta general de accionistas o el directorio, de ser el caso, pero no podrá ser menor de tres días. Ahora bien, ¿quiénes pueden intervenir en esta segunda rueda? El referido artículo 208 solo señala que son aquellos "quienes han intervenido en la primera rueda": ¿Ello significa acaso que pueden participar tanto los accionistas que suscribieron íntegramente su cuota en la primera rueda como aquéllos que lo hicieron solo parcialmente?

En relación con este punto coincidimos con Enrique Elías cuando señala que "(...) la ley no es clara al respecto y es obvio, en nuestra opinión, que no se trata de una norma imperativa. Por otra parte, la doctrina sostiene mayoritariamente que no deben intervenir en la segunda rueda, pues no tiene lógica que puedan hacerla

cuando no fueron siquiera capaces de cubrir toda su cuota de la primera rueda. Lo usual y legal es que el estatuto reglamente esta situación, pudiendo establecer que solo pueden intervenir en ruedas posteriores los que cubrieron el íntegro de su capacidad de suscripción en la primera rueda" (84).

Cabe indicar que, de acuerdo al artículo 208 de la Ley General de Sociedades, para determinar la tenencia accionaria de los participantes en segunda rueda se contabilizarán también las acciones que éstos hubiesen adquirido en la primera rueda.

En caso quedaran acciones no suscritas luego de finalizada la segunda rueda, la junta general o el directorio, de ser el caso, establecerán el procedimiento que deberá seguirse para la suscripción del saldo. Así, podrán optar por iniciar una tercera rueda, en cuyo caso su plazo no deberá ser menor de tres días, o por vender las acciones a terceros.

También forma parte del procedimiento del ejercicio del derecho de suscripción preferente la entrega y negociación de los respectivos certificados. El artículo 209 de la Ley General de Sociedades señala que los certificados de suscripción preferente deben ponerse a disposición de los accionistas dentro de los quince días útiles siguientes a la adopción del acuerdo del aumento de capital. La fecha específica de entrega se establece en el aviso que se publica a efectos de convocar la primera rueda.

Si bien la Ley General de Sociedades ha regulado el plazo para suscribir las acciones, así como el plazo que tiene la sociedad para entregar los certificados de suscripción preferente, ha omitido señalar cuál es el plazo con el que cuentan los accionistas para negociar estos certificados de suscripción. Lógicamente, ello dependerá de lo que establezcan la junta general o el directorio, y tendrá que estar limitado al plazo para suscribir las acciones.

Por su parte, la Ley del Mercado de Valores no ha precisado cuándo la sociedad debe entregar los certificados de suscripción preferente a los accionistas ni tampoco hace referencia a una segunda rueda, pero sí establece el plazo dentro del cual se pueden negociar los certificados de suscripción preferente.

Así, el artículo 105 de la Ley del Mercado de Valores señala que los certificados de suscripción preferente pueden ser negociados libremente dentro del plazo que establezca el acuerdo de la junta general de accionistas o, en su caso, el directorio. Dicho plazo no puede ser inferior a quince ni mayor a sesenta días y deberá computarse a partir de la fecha en que los certificados fueron puestos a disposición de los accionistas. No obstante, esta norma omitió indicar el plazo que tiene la sociedad para entregar los certificados, como sí lo hace la Ley General de Sociedades. Consideramos que ello permite que la junta o el directorio, en su caso, lo establezcan o, de no hacerla, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley General de Sociedades.

Respecto a la suscripción de las acciones o de los bonos convertibles en acciones, el artículo 106 de la Ley del Mercado de Valores se limita a señalar que en ningún caso el plazo para la suscripción de dichos valores mobiliarios podrá ser menor a quince días. Sin embargo, no se ha previsto la realización de ruedas o de procedimiento alternativo.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, salvo que la junta o el directorio, en su caso, establezcan algo diferente en forma expresa, aquellos aspectos del procedimiento para ejercer el derecho de suscripción preferente que no están previstos en la Ley del Mercado de Valores son cubiertos en la práctica por las disposiciones pertinentes de la Ley General de Sociedades, siendo ésta, de acuerdo al artículo 9 de la Ley del Mercado de Valores, de aplicación supletoria. De esa manera, el procedimiento de suscripción preferente de valores mobiliarios podrá contemplar una segunda rueda en la forma prevista en la Ley General de Sociedades si es que en el plazo inicial, que no puede ser menor a quince días, no se suscriben todas las acciones o bonos convertibles.

En cambio, en la medida en que no existe disposición que establezca la aplicación supletoria de la Ley del Mercado de Valores, ésta no resulta de aplicación supletoria obligatoria a las operaciones societarias que están fuera del ámbito del mercado de valores, como por ejemplo, al plazo previsto por el artículo 105 de la Ley del Mercado de Valores para la negociación del certificado de suscripción preferente.

VIII. DERECHO COMPARADO

1. El caso español

Por la importancia que tradicionalmente ha tenido la legislación mercantil y societaria española en nuestro medio y que a pesar de ciertas innovaciones e influencias de origen anglosajón, mantiene en nuestra actual Ley General de Sociedades, consideramos oportuno hacer una breve referencia a la Ley de Sociedades Anónimas española. Ésta confiere a los accionistas el derecho de suscripción preferente en dos supuestos: en los aumentos de capital social (excepto aquellos que se produzcan mediante la elevación del valor nominal de las acciones) y en la emisión de obligaciones convertibles en acciones.

El artículo 159.2 de dicha norma ha precisado que no habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento del capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad.

Hasta aquí, la regulación del derecho de suscripción preferente en la legislación española es bastante similar a la regulación peruana. Sin embargo, ambas legislaciones empiezan a distinguirse cuando regulan la exclusión del derecho de suscripción preferente.

Recordemos que el artículo 259 de nuestra Ley General de Sociedades regula la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas abiertas bajo ciertos requisitos. En cambio, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas española, en todos los supuestos en que procede el derecho de suscripción preferente, cabe su exclusión total o parcial por acuerdo de la junta, siempre que el interés de la sociedad⁽⁸⁵⁾ así lo exija, y se respeten ciertos requisitos establecidos por la propia ley. En nuestra opinión, el tratamiento contenido en la norma española otorga mayor flexibilidad sin eliminar la protección que es inherente al derecho de suscripción preferente.

Asimismo, a diferencia de la legislación peruana, la Ley de Sociedades Anónimas española ha establecido como requisito para que proceda la exclusión del derecho de suscripción preferente que el valor nominal de las acciones a emitirse, más el importe de la prima de emisión, en su caso, corresponda al valor real que resulte del informe de auditores de cuentas de la sociedad. Trato distinto tendrían las sociedades con acciones en Bolsa, las que podrían emitir sus acciones a cualquier precio, siempre que sea superior al valor neto patrimonial de las antiguas.

Según Luis Velasco, la finalidad de este requisito es "(...) evitar el aguamiento de las acciones viejas como consecuencia del aumento, que no podrá compensarse con un derecho de suscripción preferente que se va precisamente a excluir. En definitiva, limitar el alcance negativo de la ampliación para los antiguos accionistas, únicamente a los derechos administrativos o políticos" (86).

Si bien la legislación española no ha señalado expresamente que el derecho de suscripción preferente no puede ser excluido por los estatutos, ello se desprende de la norma bajo referencia (87). Así, la exclusión del derecho solo podría acordarse por la junta general de accionistas para un aumento de capital específico, coincidiendo con el modelo ecléctico de regulación del derecho de suscripción preferente, acogido también por el ordenamiento peruano. Al respecto, como ya hemos señalado anteriormente, discrepamos de esta solución (que es la misma que la recogida en nuestra Ley General de Sociedades), ya que si bien es poco usual que se pretenda establecer una exclusión general de este derecho en el estatuto, no encontramos razón válida para impedir que los accionistas lo hagan si consideran que ello es lo más conveniente para la sociedad (por ejemplo, por las ventajas en tiempo que puede representar en casos de aumentos de capital a ser ofrecidos a terceros).

2. El caso norteamericano

Debido al gran desarrollo que han tenido las organizaciones societarias norteamericanas y a la forma en que, con su flexibilidad no exenta de controles y protecciones, han permitido su adaptación a las necesidades empresariales, daremos un rápido vistazo al tratamiento que efectúan de este tema.

La mayoría de las legislaciones estatales de EE UU recogen con carácter dispositivo el derecho de suscripción preferente, permitiendo que el mismo sea

eliminado por vía estatutaria (88). Ello los ubicaría dentro del modelo flexible de regulación del derecho de suscripción preferente en el que predomina el interés de la sociedad frente al del socio individual.

En la práctica, casi todas las grandes empresas que cotizan en Bolsa en Estados Unidos han suprimido este derecho(89).

Esta tendencia se debe a que el mercado de valores exige una considerable flexibilidad que permita aprovechar las oportunidades, muchas veces efímeras, que el mercado ofrece, así como enfrentar las bruscas alteraciones de los valores de cotización. La existencia del derecho de suscripción preferente' y el correspondiente procedimiento a seguirse implicaría una demora que i~ l pide que las empresas puedan responder rápidamente(90).

En tal sentido, en el ordenamiento norteamericano, "(...) el derecho de suscripción preferente no se considera (...) como el más eficiente medio de ' tutela del accionista. Por este motivo, aquel derecho ha sido sustituido por otros mecanismos, principalmente el deber de administradores y socios mayoritarios de actuar conforme al interés del accionista individual"(91).

Si bien es cierto que se trata de realidades sociales, económicas y empresariales diferentes, no deja de ser cierto que con la globalización es indispensable que los vehículos empresariales de cualquier lugar tengan la flexibilidad y capacidad de respuesta inmediata a las necesidades y oportunidades del mercado global que les permitan competir en igualdad de condiciones. Si bien nuestra legislación actual sobre el derecho de suscripción preferente es baso tante adecuada, consideramos que añadir algunos elementos de flexibilidad adicional como los comentados en este trabajo, abonarían en permitir una mayor competitividad a nivel de estructura corporativa empresarial, sin que ello reduzca los controles y protecciones que otorga el derecho de suscripción preferente a los accionistas. Conjugando estas flexibilidades adicionales con una verdadera exigibilidad de los principios de buen gobierno corporativo que es indispensable establecer en nuestro medio, se habrá logrado dotar a los empresarios e inversionistas de una estructura legal adecuada para el desarrollo de sus negocios.

Como hemos visto, la dispersión del capital provoca que el interés del accionista en este tipo de sociedades sea fundamentalmente económico. Debido a ello, la disminución de su participación accionaria no le generará perjuicios pues no le interesa el peso político que pueda tener dentro de la sociedad. Por otro lado, puede siempre acudir al mercado bursátil para vender sus acciones y separarse de la sociedad o adquirir más acciones en número suficiente para mantener su tenencia accionaría, lo que explica que en dicho país la supresión del derecho de suscripción preferente sea considerada como más eficiente.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACCIONISTA

Maleo AMICO ANAYA

I. LOS DERECHOS DEL ACCIONISTA. GENERALIDADES

La calidad de socio se adquiere por la propiedad de una o más acciones; es decir, va unida a la titularidad de la acción. Esta titularidad confiere al accionista una serie de derechos, así como la obligación de acatar los acuerdos legítimos adoptados en las juntas y por el órgano de administración; además, al pago de los dividendos pasivos en caso de que la acción no esté totalmente desembolsada.

La condición de socio implica una pluralidad de derechos de muy distinto género. La participación de un socio en la sociedad se hace con vistas a adquirir determinados derechos. Esos derechos pueden tener un valor patrimonial en sí mismo -al participar en los beneficios de la sociedad- o tener un carácter instrumental respecto de los intereses patrimoniales del socio, como sucede con el derecho de voto.

Son diversas las clasificaciones efectuadas por los tratadistas sobre los tipos de derechos con que cuenta el accionista.

René De Sola(1) distingue entre derechos subjetivos y objetivos. Los primeros son aquellos que repercuten directamente en el patrimonio del accionista (dividendos, participación en la liquidación del activo, etc.), mientras que los segundos son, en cambio, aquellos medios de los que provee la ley al socio para mantener incólumes y hacer efectivos los primeros (derecho al voto, a concurrir a las juntas, de información, de fiscalización y de impugnación de los acuerdos).

Halperín(2) clasifica cuatro categorías principales de derechos:

a) Derecho a la negociabilidad de las acciones: reglamentable por los estatutos, sin que las limitaciones o restricciones impuestas puedan significar la intransferibilidad de la acción;

b) Derecho de intervención en la administración de la sociedad: que implica el derecho de voto, esto es una participación activa en el gobierno de la sociedad. Este derecho conlleva, además, la intervención en la elección de los miembros a cargo de la administración de la sociedad y de los fiscalizados de la administración (síndicos); el de convocar juntas de accionistas, y el de información;

c) Derecho al dividendo: que incluye la participación en las utilidades distribuibles conforme a los estatutos y al balance aprobado por la asamblea; el derecho a la participación social, como resultado de la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad; y el derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones; y

d) Derecho de minoría: consistente en la conservación de las bases fundamentales de la sociedad, que se manifiesta a través del derecho de receso o

separación, de la impugnación de acuerdos y del ejercicio de la acción de responsabilidad.

Para Antonio Brunetti(3), la participación accionaría atribuye al socio tres derechos fundamentales: el derecho al dividendo, es decir a participar en el reparto de los beneficios netos de cada ejercicio económico; el derecho al reparto de la liquidación; y el derecho al voto en las asambleas tanto ordinarias como extraordinarias. Además, señala que de la condición de accionista derivan otras facultades subordinadas que se traducen en los siguientes derechos: a transferir la acción; a inspeccionar los libros de actas; a separarse de la sociedad en caso ésta modifique su objeto, su tipo o traslade su sede social al exterior; y a tener preferencia para la suscripción de acciones en los casos de aumento de capital. Otros derechos de los accionistas, en tanto formen parte de la minoría, son los siguientes según Brunetti: solicitar la convocatoria de asambleas; solicitar el aplazamiento de las mismas; impugnar los acuerdos sociales y denunciar las irregularidades en el cumplimiento de sus deberes en las que puedan haber incurrido los administradores y síndicos de la sociedad. Estos últimos derechos, de las minorías, se podrán ejercitar en la medida en que, dependiendo de la respectiva normativa societaria, quienes pretendan hacerla reúnan un determinado porcentaje de participación en el capital.

La clasificación más difundida, no obstante, sobre los tipos de derechos con los que cuenta el accionista, es la que distingue entre derechos patrimoniales o económicos y políticos o administrativos. Clasifican de ese modo los derechos del accionista, entre otros, Zaldívar, Garrigues, Uría, Farina, Ascareli, Martínez Val y Davis.

Quienes avalan esta clasificación señalan que son derechos patrimoniales los que se corresponden con el interés del accionista de obtener un beneficio a través de la actividad desarrollada por la sociedad. El socio entra en la sociedad poniendo dinero, derechos o bienes para obtener ganancias repartibles con los demás accionistas. "Las sociedades mercantiles se constituyen para obtener lucro... No se concibe una sociedad anónima que no tenga por objeto el desarrollo de una actividad lucrativa"(4). Constituyen derechos de este tipo: el de participar en el reparto de las ganancias y en el patrimonio de liquidación; el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones; el de revisión de las aportaciones no dinerarias; y el de separación.

Derechos políticos son aquellos mediante los cuales el accionista ejerce los mecanismos que le permiten asegurarse de que la actividad social está efectivamente encaminada a la obtención de rendimientos adecuados. A través de los derechos políticos, al tener injerencia en la marcha social, posibilitan al accionista que pueda obtener de su capital el mayor rendimiento posible. Enrique Elías(5) ha señalado que "De nada serviría asegurar los derechos patrimoniales si el accionista no puede controlar la adopción de las decisiones orientadas a una eficiente conducción de los negocios sociales y a la cautela de sus intereses como socio...Téngase presente que si bien la conducción de la sociedad recae en sus órganos de administración -directorío y gerencia-, los accionistas reunidos en junta

están facultados para plantear los lineamientos generales que deben observar dichos órganos para conseguir las metas propuestas... En suma, toda decisión de trascendencia puede ser tomada por los accionistas, en tanto tengan la capacidad de intervenir y votar en la junta general, que es donde se forma la voluntad social". Constituyen derechos políticos o administrativos, entre otros, los siguientes: asistir a las juntas, por sí o representados; votar en las mismas, conforme a las condiciones fijadas en los estatutos; solicitar la convocatoria de juntas; agrupar acciones para el voto; el de información; la obtención de certificaciones de los acuerdos sociales; impugnar los acuerdos; y el de elección, activa y pasiva.

El artículo 95 de nuestra Ley General de Sociedades (LGS) señala que:

"La acción con derecho a voto confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, cuando menos los siguientes derechos:

1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;
2. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;
3. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y en el estatuto, la gestión de los negocios sociales;
4. Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:
 - a) La suscripción de acciones en caso de aumento de capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y
 - b) La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y
5. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.

Según Enrique Elías(6), este artículo recoge los derechos fundamentales e inderogables que confiere la acción común a su titular. "Decimos inderogables pues ni el pacto social ni el estatuto pueden suprimirlos, tratándose de derechos mínimos que debe conferir la acción a su titular. Para enfatizar que la norma es imperativa, el texto del artículo establece que la acción con derecho a voto tiene "cuando menos, los siguientes derechos...". Tratándose de una regla imperativa su modificación por el estatuto no es posible bajo sanción de nulidad... La norma detalla las atribuciones que derivan para el accionista en razón de su titularidad sobre la acción".

Nos referimos a continuación a cada uno de esos cinco derechos fundamentales e inderogables que nuestra LGS reconoce a favor del accionista.

1. El derecho a participar en el reparto de las utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación

El derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, común en todas las sociedades mercantiles, se acentúa en la sociedad anónima por virtud de su carácter esencialmente capitalista. "Quien ingresa a una sociedad se propone, ante todo, tener una colocación productiva para su capital"(7). El interés del socio está dirigido a que la sociedad en la cual participa se oriente hacia una gestión lucrativa, lo cual explica la configuración jurídica del derecho a la participación en las ganancias. El socio tiene el derecho a reclamar a la sociedad anónima que se determine anualmente la existencia o ausencia de beneficios y, en caso de que concurren, a exigir a la junta que los asigne a cualquiera de los empleos estatutaria o legalmente admitidos.

Sasot y Sasot(B) señalan sobre el tema que "...el derecho a participar en los beneficios figura entre los derechos patrimoniales esenciales del accionista. Descansa en el concepto mismo de la sociedad comercial y tiene, como contrapartida, la de participar en las pérdidas de la sociedad. No obstante, el derecho al dividendo no significa el de exigir de la sociedad el reparto de los beneficios obtenidos en cada uno de los ejercicios sociales, ya que no puede decirse que con la constitución de la sociedad el socio adquiere un derecho al dividendo como lo adquieren, respecto de los intereses, quienes prestan un capital. El derecho al dividendo se concreta en un crédito solo cuando la asamblea decide el reparto de utilidades. En consecuencia, lo cierto y real es que en tanto la asamblea no decida, en forma inequívoca y definitiva, que los beneficios, ya sea en su totalidad o en parte, se distribuyan entre los accionistas bajo la forma de utilidades, no nace ningún derecho concreto de éstos a exigir su reparto".

Guillermo Cabanellas(9) cita a Zaldívar (10), quien señala que el derecho a las utilidades no solo constituye un derecho patrimonial inherente a la calidad de socio, sino una consecuencia del fin común de la sociedad, de su participación en el área de los negocios, en el patrimonio social y en la igualdad jurídica de ellos. No obstante, el derecho de los socios respecto de las utilidades no es un derecho inmediato sobre el patrimonio de la sociedad: no da derecho a que el socio inmediatamente se apropie de los incrementos patrimoniales que supone la obtención de beneficios por la sociedad. Los socios solo tienen derecho respecto de tales incrementos a través de los mecanismos de distribución de utilidades que en cada caso correspondan, según la sociedad de que se trate.

Enrique Elías(11), al comentar el artículo 40 de la LGS, alude a los dos requisitos fundamentales que deben concurrir para que pueda acordarse la distribución de utilidades. El primero, que no pueden distribuirse beneficios si no existe un balance de la sociedad que efectivamente arroje utilidades; el segundo, que las sumas a repartir no pueden exceder de las utilidades obtenidas. La sociedad no puede distribuir beneficios si tiene pérdidas acumuladas, pues está obligada a compensar tales pérdidas con cargo a las utilidades obtenidas. Solo después de compensadas tales pérdidas, y en la medida que haya un sobrante de utilidades, las podrá distribuir. Sin embargo, si los socios compensan íntegramente las pérdidas acumuladas, vía una previa reducción de capital, el íntegro de las utilidades obtenidas podrá ser distribuido. Si se repartieran utilidades infringiendo este artículo 40, señala Elías, tanto la sociedad como sus acreedores podrán repetir contra los socios perceptores de las mismas o los administradores que dispusieron el pago, siendo estos últimos responsables solidarios. Los socios que de buena fe percibieron las utilidades solo están obligados a devolverlas con cargo a futuras utilidades o con cargo a su cuota de liquidación de la sociedad, si fuere el caso. La carga principal de la responsabilidad recae, por tanto, en los administradores de la sociedad.

Las utilidades obtenidas, susceptibles de repartirse, deben ser ciertas y líquidas. Ciertas, porque deben ser únicamente las que arroje el balance y líquidas, por disponerse de ellas en efectivo o porque su realización sea cierta dentro de un

plazo que permita a la sociedad su desembolso. Las reservas de libre disposición pueden distribuirse siempre y cuando no se trate de las reservas legales o de aquellas respecto de las cuales exista alguna restricción de orden estatutario para su distribución. No pueden distribuirse utilidades cuando el patrimonio neto resulte inferior a la cifra del capital social.

Aníbal Sánchez(12), al comentar el artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas española, en la parte referente al derecho del accionista a participar en el reparto de las ganancias -y cuya redacción en ese extremo es prácticamente idéntica a la del artículo 95 de nuestra ley- señala que el texto positivo no sanciona en realidad ni el derecho a las ganancias ni la obligación de su distribución entre los accionistas. Lo único que ese texto dice, refiere Sánchez, es que el accionista tiene el derecho a participar en el reparto, naturalmente en la medida de que tal reparto exista. En los supuestos ordinarios, el contenido del mal llamado derecho general a participar en las ganancias, continúa, se resuelve en el hecho de que, acordado el reparto de beneficios, no se puede excluir de su distribución a ningún socio, ni tampoco se puede alterar la proporción en que, legal o estatutariamente, corresponde disfrutarlo a cada uno de ellos.

La sociedad ciertamente podrá constituir reservas voluntarias, sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio, en la medida que un criterio de prudencia y mejor protección de los intereses sociales así lo aconseje; e incluso podrá suspender totalmente el reparto de dividendos en algún ejercicio, o más de uno, cuando las necesidades de la sociedad así lo exijan.

El derecho al dividendo se funda en el reparto periódico de las utilidades devengadas. Si bien significa que el accionista tiene un derecho irrenunciable a las utilidades, no lo tiene al reparto periódico, toda vez que la junta de accionistas puede postergar la distribución teniendo en cuenta la conveniencia social, sea por falta de liquidez, por estrategia de mercado o por otras razones. Ello no puede significar, no obstante, que la sociedad se niegue de forma sistemática al reparto de las ganancias reflejadas en los balances, porque tal comportamiento iría contra la finalidad perseguida por los accionistas al constituirse en sociedad, inmovilizaría a los capitales de éstos y haría ilusorio el derecho al dividendo, vaciando de contenido la comunidad de intereses que distingue a las corporaciones de naturaleza lucrativa, como son las sociedades anónimas.

Precisamente con la finalidad de evitar que se prive indefinidamente a los accionistas, en particular a los minoritarios, de la percepción de dividendos, el artículo 231 de nuestra LGS posibilita la distribución obligatoria de dividendos en dinero, hasta por la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio. Luego de deducido el monto destinado a la reserva legal, si así lo solicitasen accionistas que representen, cuando menos, el 20% del total de las acciones suscritas con derecho a voto. El artículo en cuestión, comenta Enrique Elías, viene a representar una solución a las situaciones de pugna que suelen presentarse en las sociedades anónimas cuando se genera una polarización entre los intereses de un sector de los accionistas, por percibir dividendos, y el de otro que, generalmente en la línea

de los administradores, pretende reforzar el patrimonio neto de la sociedad mediante la formación de reservas o la capitalización de utilidades, posiciones ambas perfectamente legítimas, pues de un lado el accionista tiene derecho a que su inversión sea retribuida y, de otro, debe velar por la estabilidad y fortalecimiento de la empresa. Anota Elías que, sin perjuicio de lo anterior, la junta general no puede llevar a cabo un reparto de dividendos en dinero si con ello pone en grave peligro la situación financiera de la sociedad. Debe de tratarse de un peligro grave y no de una justificación. En tal caso, los accionistas estarían obligados, siempre en opinión de Elías, de aprobar el reparto en plazos y condiciones que impidan que se produzca el menoscabo.

El dividendo es aquella parte de las ganancias correspondiente a cada acción, en un ejercicio social determinado, que la sociedad decide pagar al socio por acuerdo de la junta. La participación en el reparto de las ganancias adquiere el carácter de derecho subjetivo en tanto la junta acuerde la distribución de dividendos. Tal derecho, con un contenido concreto y definido, coloca al accionista en posición de acreedor de la sociedad, quedando obligada ésta a satisfacerle la parte de las ganancias correspondientes al número de acciones que posea. Aníbal Sánchez(13) distingue tres consecuencias fundamentales del acuerdo que la junta adopte sobre la distribución de dividendos. Primera, que los accionistas son acreedores del dividendo desde el día en que se acordó su reparto y que, en tanto no prescriba su derecho, podrán concurrir con otros acreedores ordinarios para hacerlos efectivos, incluso si la sociedad es declarada en quiebra. Segunda, que la junta no puede modificar su acuerdo, decidiendo posteriormente que no se repartan o que se distribuyan solo en parte, a menos que la junta compruebe que, por error o negligencia de los administradores, se había aprobado un reparto de beneficios ficticios. Y, tercera, que los dividendos acordados deben ser repartidos aunque la sociedad sufra pérdidas con posterioridad al acuerdo, dado que cada ejercicio debe ser materia de cuentas separadas y objeto de un distinto reparto de beneficios; así como porque las pérdidas iniciales de un nuevo ejercicio no pueden imputarse al anterior.

En cuanto a los dividendos a cuenta, al margen de las distintas posiciones que haya sobre su naturaleza, resulta claro que las entregas que se lleven a cabo bajo este concepto están explícitamente sujetas a una posible restitución. Las ganancias obtenidas desde el cierre del ejercicio anterior y, por tanto, producidas durante el que todavía se encuentra en curso al tiempo de la distribución, en rigor aún no constituyen beneficio, pues el mismo solo se determinará a la conclusión del ejercicio.

Sobre la caducidad del derecho al cobro de los dividendos, el artículo 232 de la LGS establece que ello ocurrirá cuando transcurran tres años, contados desde que el pago de los dividendos sea exigible, plazo éste que se extiende a 10 años tratándose de sociedades anónimas abiertas (primera disposición final de la Ley NQ 26985). Acerca del destino de los dividendos respecto de los cuales haya caducado el derecho de cobro del accionista, tales dividendos deben incrementar

la reserva legal. Si tal reserva estuviese en su límite máximo, entonces esos montos podrían capitalizarse o redistribuirse.

El artículo 233 de la LGS posibilita la distribución de las primas de capital, como dividendo, si la reserva legal está en su límite máximo.

Finalmente, respecto al derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación, habrá que tener presente que solo puede hablarse de derecho a la cuota de liquidación cuando la sociedad efectivamente liquide su patrimonio para proceder a su extinción, condicionándose tal derecho, por cierto, a que como resultado de las operaciones liquidatorias nos veamos ante un remanente repartible.

2. El derecho de voto

El derecho de voto constituye el elemento jurídico central mediante el que los socios ejercen su poder sobre la organización societaria. Al ser los socios quienes corren el riesgo de que las decisiones adoptadas por la sociedad incidan negativamente sobre la rentabilidad de sus aportes, es en principio lógico que sean tales socios los que tomen las decisiones que en definitiva vayan a repercutir sobre su patrimonio.

El derecho de voto constituye un derecho esencial e innegable a todo accionista, mediante cuyo ejercicio incluso el titular de una sola acción puede participar de algún modo en la gestión de la sociedad y fiscalizar, aun cuando sea ocasionalmente, la actuación de sus administradores. En la sociedad anónima, no obstante su carácter impersonal y capitalista, el accionista singular tiene la posibilidad, a través del voto, de intervenir en el negocio social. Su organización interna ofrece, mediante el ejercicio de tal derecho, un medio de influir en la administración de la empresa, concurriendo a las juntas y participando en la formación de la voluntad social. El accionista, por poco significativa que sea su participación en el capital social, cuenta, al ejercitar su derecho de voto, con una vía permanentemente abierta para intervenir en los asuntos sociales, sin que la sociedad pueda impedirlo.

Naturaleza del derecho de voto.- El profesor Cabanellas⁽¹⁴⁾ se refiere a este tema, distinguiendo, en primer lugar, las distintas teorías que explican la naturaleza de este derecho.

a) Una primera, denominada teoría institucionalista, concibe al voto como una potestad ejercida en interés ajeno; como el ejercicio de una atribución en interés de las distintas partes que integran la empresa. Hay una atribución de la titularidad del interés social a uno o más sujetos distintos del accionista: la empresa, la sociedad como persona jurídica, la colectividad, etc., etc. Si el interés digno de tutela -el interés social- no es el del accionista y, consecuentemente, el voto no es atribuido al accionista para la consecución de un interés personal, sino de un interés superior y distinto, cuya realización deberá perseguir en su ejercicio, puesto que el ordenamiento jurídico se lo atribuye con esta finalidad:, el voto no podrá ser considerado como un derecho, sino como

una potestad; es decir como el ejercicio de un poder para la consecución de un interés ajeno.

b) El voto como un derecho subjetivo: tesis sostenida principalmente por Ascarelli y Mengoni, que entiende a las sociedades como un medio para que los distintos socios, satisfaciendo el interés común de ellos, satisfagan paralelamente su interés individual. Si los socios deciden participar en una sociedad es con la expectativa de que ésta producirá una ventaja patrimonial de la que todos los socios, y cada uno individualmente, podrán participar. En consecuencia el voto válidamente emitido busca satisfacer un interés individual y al mismo tiempo el interés colectivo de los socios.

c) El voto como integrante de la organización societaria: viene a ser una teoría complementaria de la anterior. La sociedad es una organización nacida de un contrato, y es en el marco de tal organización que los socios acceden al derecho de voto. Se trata, como dice Halperín, de un derecho que solo adquiere sentido y valor jurídico dentro de un órgano societario, teniendo así una dimensión que necesariamente excede de la esfera individual.

d) El voto como derecho subjetivo colectivo. Tesis defendida, entre otros, por Sena(15), quien sostiene que el voto constituye el ejercicio de un derecho subjetivo colectivo, dirigido a través de la deliberación de la

asamblea, a la consecución de un interés individual del socio, interés que se encuentra en posición de solidaridad con los intereses de los demás socios. El voto, de acuerdo a esta teoría, adquiere su sentido jurídico en el contexto de los actos colectivos atribuibles a los órganos societarios.

e) El voto como atribución para participar en la formación de actos colectivos: el voto es una atribución otorgada por el orden jurídico para conformar un acto colectivo con efectos jurídicos imputables a la sociedad y a sus socios, inclusive a los que se opusieron al acto en cuestión.

Cabanellas descarta la primera de las tesis, por considerar que si bien es cierto que el voto de los socios se ejerce en el contexto de la actuación de un órgano societario y que, por lo tanto, como en cualquier otro acto dentro de la estructura jurídica de la sociedad, debe tener en mira el interés social, tal interés no puede ser entendido como una fuerza ajena al socio, sino que constituye el interés común de todos ellos, dentro del marco de la sociedad en la que participan. El socio tiene ciertos derechos que resultan del contrato social, y que encuentran su límite en el interés de la sociedad en su conjunto; pero en tanto no se infrinja tal límite, el socio tiene plena libertad para ejercer de buena fe las atribuciones que le conceden la ley y el contrato social, sin tener que someterse a hipotéticos intereses de terceros.

Respecto de las otras cuatro teorías, Cabanellas considera viable trazar una síntesis de ellas. Se trataría de un derecho subjetivo, concebido como interés jurídico protegido, derivado del contrato social y de las leyes que gobiernan a ésta. Es un derecho que, al ejercerse dentro del contexto de un órgano societario, debe respetar el interés social, sin que ello implique que no exista paralelamente un interés propio del socio en el ejercicio de ese derecho, tanto por la participación que al socio corresponde en el interés social, como por el hecho de que ese interés deja necesariamente un marco de indefinición, en el cual al socio puede

interesar actuar en provecho propio, por ejemplo al elegir a los administradores. El derecho de voto, así concebido, se ejerce necesariamente en la organización societaria, adquiriendo vida jurídica dentro del órgano de gobierno de la sociedad. Lo anterior incide sobre los efectos del voto, que al dar origen a un acto del órgano de gobierno repercute sobre los derechos y obligaciones de la sociedad, y sobre los límites que pesan sobre su ejercicio, por cuanto el voto no responderá exclusivamente al interés individual del socio, sino que repercutirá sobre el interés del conjunto de socios, e indirectamente sobre el de las personas vinculadas a la sociedad, como puede ser el caso de sus acreedores.

Titularidad y legitimación para el ejercicio de derecho de voto.- Corresponde distinguir, sobre la materia, entre titularidad del derecho y legitimación para ejercerlo. Lo primero supone determinar a quién le imputa el orden jurídico el derecho en cuestión. Lo segundo, de qué forma esa persona puede ejercer el derecho, ya sea directamente o a través de un mandatario o un representante legal.

Legitimación es la reunión de los elementos exigidos por el orden jurídico para ser parte de una relación jurídica concreta. Existe entonces una titularidad genérica de un derecho, cuya abstracción permite su aplicación a un número indefinido de relaciones jurídicas, y una legitimación exigible para cada caso concreto de ejercicio de tal derecho.

Alborch Bataller<t6) acertadamente señala que "junto con el requisito sustancial, o sea la condición de socio coexisten unos requisitos o presupuestos formales que producen el efecto de legitimar al accionista frente a la sociedad para el ejercicio de los derechos incorporados a la acción, y especialmente el de voto. Deben concurrir unos elementos formales para que el titular de la acción y del derecho de voto se encuentre legitimado para su ejercicio. De su existencia y de su concordancia resultará que coincidan en una misma persona la titularidad del derecho y la legitimación para su ejercicio. Sin embargo, es factible que se produzca una disociación entre ambos, o aun puede ocurrir que, a pesar de concurrir los elementos formales y el requisito sustancial, pueda el accionista verse privado del derecho de voto en virtud de una disposición legal o en atención a su situación personal en un determinado momento. En definitiva, puede no ser suficiente la titularidad para atribuir al socio la legitimación para el ejercicio del derecho de voto".

Para que el accionista tenga derecho a asistir a una junta general, conforme a lo que señala el artículo 121 de la LGS, será preciso que figure inscrito como titular en la matrícula de acciones, con una anticipación no menor de dos días a la celebración de la junta. Enrique Elías, al comentar este artículo, refiere que tiene un evidente sentido práctico, al permitir que se pueda establecer con una anticipación razonable quiénes son las personas que tienen derecho de asistir. De no establecerse una "fecha de corte", dice, se podría pretender acreditar frente a la sociedad transferencias de acciones hasta el momento mismo de la realización de la junta, lo que dificultaría el cómputo de las personas con derecho a asistir a la misma. Sobre el particular, Elías cita a Rodriga Uría(17) quien ha señalado que "la exigencia de un tiempo mínimo de posesión de los títulos como requisito indispensable para asistir a las juntas no es ninguna novedad, pues la mayor parte

de los estatutos de nuestras sociedades había adoptado ya la misma medida de garantía, dirigida, de una parte a permitir a los administradores disponer de tiempo suficiente para examinar la verdadera condición de los accionistas, y por otra, a evitar en la medida de lo posible las transmisiones de acciones realizadas a última hora con el propósito de dar acceso a la junta a personas desprovistas de verdadero interés en la marcha de la empresa para crear así en la junta una oposición interesada".

La representación.- El derecho de voto es personal. No puede ser enajenado con independencia de la acción. Va unido a ésta. Pero puede ser ejercitado por medio de representantes. Comentando el artículo 122 de nuestra LGS, Elías alude a que los estatutos no pueden eliminar la posibilidad de que los accionistas concurren mediante representación, aunque sí pueden establecer restricciones acerca de las personas en las que recaiga la representación, fijando por ejemplo que solo pueda ser conferida a favor de otro accionista, un director o un gerente. Tal restricción respondería al interés de evitar que personas ajenas a la sociedad tengan acceso a las deliberaciones de su órgano supremo.

Disociación entre el estado de socio y la titularidad del voto.- Como regla general el derecho de voto corresponde al socio. La vinculación entre el estado de socio y el derecho de voto es que este último no puede transferirse en forma independiente del estado de socio. No obstante, este principio general admite importantes excepciones dado que bajo determinadas circunstancias, la ley contempla la escisión o disociación entre el estado de socio y la titularidad del voto. Adicionalmente, la ley permite, mediante los llamados convenios de accionistas y pactos de sindicación de acciones, u otros negocios indirectos de igual fin, que el derecho de voto, aun permaneciendo su titularidad en el socio, se vea sujeto a la potestad de un tercero.

Sobre esta disociación, Cabanellas(18) comenta que "puede así afirmarse que lo que la Ley prohíbe es la nuda transferencia del derecho de voto, o sea la transferencia que no está acompañada por alguna de las circunstancias en que la ley la permite. Pero esas excepciones son de tal magnitud, que desde el punto de vista empresarial resulta siendo posible lograr una efectiva transferencia del derecho de voto en tanto que las partes se lo propongan. Desde esta perspectiva, los intereses económicos han superado a los dogmas jurídicos. Esta realidad es reconocida en el tráfico jurídico, ante la imposibilidad de asegurar que el ejercicio efectivo del derecho de voto corresponda a quien formalmente tiene la condición de socio. Tal circunstancia limita el carácter intuitu persona e de todas las figuras societarias y erosiona la eficacia de las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones".

Sobre la cesión del derecho de voto en los casos de usufructo o prenda sobre acciones, la doctrina no es unánime, aunque se inclina por reconocer el derecho de las partes a pactar libremente sobre el ejercicio de tal derecho.

Usufructo de acciones: si bien el voto es un derecho fundamental del accionista, cuyo ejercicio corresponde en principio al nudo propietario, tanto el artículo 90

como el 107 de la LGS permiten que con motivo de la constitución del usufructo pueda cederse el derecho de voto. De ser así, el usufructuario tendrá derecho a ejercerlo, sea directamente o confiando la representación a la persona que considere conveniente.

Cabanellas, comentando el artículo pertinente (218) de la Ley de Sociedades de Argentina, que trata la materia de la misma forma en que lo hace nuestra LGS, señala que no obstante corresponder el derecho de voto al nudo propietario, se deja abierta la posibilidad de que tal derecho sea contractualmente transferido al usufructuario. Esta solución, dice, es acertada, por cuanto está basada en la libertad contractual de las partes, sin que de forma alguna puedan verse afectados derechos de terceros. Entiende que la concesión del derecho de voto debe ser expresa, toda vez que la sola condición de usufructuario no supone el ejercicio de este derecho. En cuanto al modo de hacerla efectivo, alude a la necesidad de registrar el contrato en la sociedad. habida cuenta que de no producirse ello, el acuerdo no tendría efectos ni frente a la sociedad ni frente a terceros, al margen por cierto de que en la relación entre las partes el nudo propietario tenga que ejercer el derecho conforme a las instrucciones dadas por el usufructuario, siendo en caso contrario responsable por los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasione.

Halperín no comparte el criterio prevaleciente en la doctrina moderna. Sostiene que, en todos los casos, el derecho de voto, al no ser uno de contenido patrimonial, a quien corresponde ejercerlo es al accionista, por ser inherente a la calidad de socio, cuyo ejercicio es intransferible. Lo contrario, señala, sería afectar las bases de la sociedad.

Prenda de acciones: tratándose de acciones prendadas, el derecho de voto -como regla- corresponde al propietario de la acción; sin embargo, el artículo 109 de la LGS admite pacto en contrario. Ésta es una solución que se corresponde, al igual que la del usufructo, con la posición mayoritaria de la doctrina, que admite la posibilidad de que el voto pueda ser transferido al acreedor prendario. Para Cabanellas(19) son varios motivos los que lo llevan a la conclusión de que el deudor y el acreedor prendario tienen atribuciones suficientes para determinar a quién compete ejercer el derecho de voto. Primero, porque el acreedor prendario tiene incuestionable mente legítimo interés en asegurar que el derecho de voto se ejerza de modo en que no se vea afectada su garantía. Segundo, porque en la misma medida en que el accionista goza de libertad general para el ejercicio del derecho de voto, una manifestación de tal derecho será la de cederlo a favor de un tercero, en este caso al acreedor prendario. Y tercero, por cuanto incluso hay legislaciones que asignan directamente tal derecho al acreedor prendario, sin siquiera tener el propietario la potestad de conservarlo.

Para Halperín, con mayor razón aún que en el caso del usufructo, el accionista deudor debe necesariamente conservar el derecho de voto de las acciones prendadas, pues él es el socio y las decisiones deben de tomarse con un criterio social, que obviamente no se corresponde con el transitorio y estrecho interés que

pueda tener el acreedor prendario; sin perjuicio, por cierto, de insistir en que, tratándose de un derecho inherente a la calidad de socio resulta intransferible e inseparable de la titularidad de la acción.

Embargo de acciones: el derecho de voto de las acciones embargadas corresponde a su titular, pues el embargo no altera la aplicación de la regla general en materia de ejercicio del derecho de voto. Ésta es la solución de nuestra LGS, cuyo artículo 110 señala que en caso de ejecutarse medidas cautelares, incluyendo el embargo, el propietario de las acciones conserva el ejercicio de sus derechos. Elías(20) ha identificado como situación de excepción a esta regla a los casos en que los derechos de accionista resulten materia de la controversia judicial y la medida cautelar dispuesta precisamente suspenda el ejercicio del derecho de voto.

Sindicación de acciones y pactos de accionistas: sobre este tema, Pedrol Rius(21) ha sostenido que hay límites en la licitud de ese tipo de convenios, al deber estar ellos subordinados al contrato de sociedad. Según Pedrol, se trata de un contrato parasocial que, aunque distinto, es accesorio, con dependencia unilateral del de sociedad, cuya normativa fija límites a la autonomía de las partes en la sindicación. Distingue, como clases de sindicatos de acciones, a aquellos suscritos por su finalidad: sindicatos de mando y de defensa; a los suscritos por su contenido, ya sea para toda clase de acuerdos, para algunos temas determinados o para uno específico; y por su estructura, que son los que exigen la adopción de acuerdos unánimes.

Los convenios de accionistas tienen, en rigor, una variedad y multiplicidad de matices. Pueden, entre otras finalidades, estar referidos a la limitación en el derecho a transferir acciones; a la administración y dirección de la sociedad; al ejercicio del derecho de voto o de bloqueo; al ingreso de nuevos socios; al régimen aplicable en futuros aumentos de capital. Pueden, además, involucrar a todos o una parte de los socios. Pueden ser temporales o permanentes; pueden estar sujetos a condiciones; y pueden tener uno o más fines.

Tradicionalmente, la doctrina y las legislaciones, con excepción de las anglosajonas, fueron reacias a aceptar estos convenios, considerándolos válidos solamente entre sus otorgantes, pero sin comprometer a la sociedad. Así, si alguna de las partes lo incumplía, el accionista perjudicado podía reclamar al infractor un resarcimiento de daños, pero no podía exigir a la sociedad la ejecución del pacto. Posteriormente, y en forma progresiva, se ha venido reconociendo, aunque con excepciones, el reconocimiento de sus efectos por parte de la sociedad.

La LGS, en su artículo 8, reconoce la validez de los convenios de accionistas, tanto aquellos celebrados entre los socios, como entre ellos y terceros, siempre y cuando estén relacionados con la sociedad. Elías(22), al comentar este artículo, enfatiza en que nuestra ley ha optado categóricamente por la corriente anglosajona. La sociedad está obligada a respetar la validez de los convenios

entre socios y entre éstos y terceros, en todo aquello que le concierna, con una sola condición: que le sean debidamente comunicados. Ello significa, por ejemplo, que la sociedad debe responder plenamente si la junta de socios toma un acuerdo que vulnera un convenio que le fue debidamente comunicado a la sociedad; que un tercero puede exigir a la sociedad el cumplimiento de una obligación derivada de un convenio y que la sociedad no pueda inscribir una transferencia de acciones si el socio vendedor no cumplió con las estipulaciones sobre preferencia contenidas en el convenio respectivo. En suma, el pleno conocimiento, aceptación, custodia y responsabilidad de la sociedad ante los referidos convenios.

El principio de un voto por acción.- A diferencia de otros derechos, como el de información, que corresponden a cada socio en su carácter de tal y no varían cuantitativamente en función al número de sus acciones, el derecho de voto tiene una dimensión cuantitativa al quedar determinados los efectos de su ejercicio en función al número de acciones que correspondan al socio.

El principio de un voto por acción está reconocido por el artículo 82 de nuestra LGS y se sustenta en la proporcionalidad que debe existir entre su ejercicio y la participación del socio en el capital de la sociedad. Enrique Elías, al comentar este artículo, señala que la ley elimina cualquier forma de voto plural, tanto directo como indirecto. El primero se manifiesta cuando se otorga a una acción más de un voto y el segundo cuando, existiendo acciones de distintos valores nominales, la que representa un aporte inferior cuenta con el mismo derecho de voto que la de un mayor valor nominal. También se produce el voto plural indirecto cuando se privilegian o disminuyen los derechos políticos de la acción, a través del voto, en cualquier forma que vulnere la proporcionalidad natural de un voto igualitario por acción; por ejemplo, alcanzándose un voto múltiple a partir de una determinada participación en el capital, o exigiéndose un determinado número de acciones como requisito para el ejercicio del derecho de voto.

Un sector de la doctrina establece una identidad entre las acciones de voto plural y las privilegiadas. Elías no comparte esa posición, a menos que el privilegio provenga, exclusivamente, de cualquier forma de pluralidad del voto de algunas acciones con respecto a las demás, sea directa o indirectamente. Así, el privilegio en los derechos de una clase de acciones frente a otra, que no se ejercita a través del voto plural sino al interior de cada clase de acciones, no constituiría, en su opinión, un caso de pluralidad de voto.

Compartimos plenamente el criterio de Elías, en el sentido de que el privilegio de una clase de acciones respecto de la otra no puede estar reflejado en el ejercicio del voto plural y discrepamos, en este sentido, de quienes sostienen que, en definitiva, éste es un tema que debe quedar librado a la voluntad de las partes.

Quienes comparten esta última tesis consideran que los accionistas, al constituir la sociedad, tienen potestad suficiente para establecer ciertas diferencias entre una y otra clase de acciones, y si quienes suscriben las acciones de una clase menos privilegiada lo hacen, habría razón para cuestionar esa decisión. Dentro de este

orden de ideas habría impedimento, por ejemplo, para que se constituya una de las tres clases de acciones; que las acciones de la clase "A" representen 35% del capital; que las de la clase "B" igualmente representen otro 35% y que las de la clase "C" representen el restante 30%; y que el estatuto establezca que los acuerdos de la junta no solo deban adaptarse con la mayoría de votos, sino que adicionalmente constituya requisito que también esa mayoría se refleje dentro de cada clase de acciones. Admitir esto último supondría que pueda darse el caso de que los titulares de acciones de la clase "C", no obstante representar una menor participación en el capital social que las restantes clases, puedan neutralizar la adopción de un acuerdo, aprobado mayoritariamente en esas otras dos clases.

Ello vendría a significar que el menor número de votos de una clase (la "C") tendría igual valor que el mayor número de votos de las otras, admitiéndose así una modalidad de voto plural. Reiteramos nuestra disconformidad con esta tesis, siendo aun conscientes de que nuestros registradores, tal como ha podido verificarse, en no pocas oportunidades y en tiempos más bien cercanos, han venido admitiendo la inscripción de estatutos en los cuales, a través del voto plural, queda reflejada la situación de privilegio de una determinada clase de acciones respecto de otra u otras.

Simplemente con la finalidad de evitar interpretaciones erróneas de lo señalado en el párrafo precedente, que quede claro que nada tenemos contra un estatuto en el que se establezca que los acuerdos de la junta no solo deban adoptarse con la mayoría de votos, sino que adicionalmente constituya requisito que también esa mayoría se refleje dentro de cada clase de acciones. Pero, siempre y cuando cada una de esas clases represente una misma participación en el capital social.

Es del caso referir, finalmente, que el mencionado artículo 82 de la LGS contempla dos excepciones al principio de un voto por acción. La primera en el caso del voto acumulativo y múltiple para el cómputo de las votaciones en la elección de directores, en la que se hace una expresa remisión al artículo 164 de la misma ley, y la segunda, en la que se hace una referencia genérica a "las demás contempladas en la presente ley", aun cuando esa generalización, en la práctica, quedaría circunscrita al caso de las acciones sin derecho a voto.

El derecho de voto y su relación con la indivisibilidad de la acción. La indivisibilidad de la acción es un principio reconocido mayoritariamente por las legislaciones societarias. Una acción no es solo una parte alícuota del capital social sino, además, la porción o fracción alícuota mínima en que puede ser dividido el mismo. Ninguna fracción menor puede otorgar a una persona la condición de socio, ni menos el derecho de voto. Elías, al tratar sobre este tema, cita a Fisher (23), quien dice que "la condición de socio que aparece representada exteriormente como una parte alícuota del fondo-capital, parte alícuota que es la que determina la extensión o volumen de los deberes y derechos de los socios, abarca toda una serie de relaciones jurídicas que forman un todo inseparable. De este complejo de derechos y deberes no pueden desmembrarse y cederse por

separado, ni aun con el consentimiento de la sociedad, determinados derechos ni parte de los mismos".

El artículo 89 de nuestra LGS, refiere Elías, sanciona de forma terminante el principio de la indivisibilidad de la acción. "Imaginemos la extraordinaria confusión que podría generarse si cada propietario de una acción, por acto propio o mortis causa, pudiese dar lugar a una copropiedad sobre la misma, en cada una de las cuales surgiría un grupo de varias personas que tendrían, cada una de ellas, la condición de socio. Ello vulneraría también, indirectamente, el principio de la igualdad del valor nominal de todas las acciones y originaría formas diferentes de voto plural en la misma sociedad"(24). Téngase presente que el reconocimiento de este principio no obsta para que la LGS reconozca la copropiedad sobre una o más acciones, estableciendo las reglas adecuadas para su representación y responsabilidad.

Unidad en el ejercicio del voto.- ¿Un socio debe votar en un mismo sentido respecto de la totalidad de sus acciones o puede dividir su voto en varios sentidos? Cabanellas(25), al tratar la cuestión, cita a Halperín, quien afirma categóricamente que el derecho de voto que resulta de la titularidad de la acción es indivisible y que ello está así reconocido de modo expreso por la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina. La indivisibilidad del voto es una consecuencia de la unidad del voto, o sea la imposibilidad de que un mismo accionista, titular de varias acciones, pueda votar, sobre un mismo asunto, a favor de una moción con parte de sus acciones y en contra de ella con la otra parte de las mismas. Sasot y Sasot(26) señalan que "el fundamento de esta restricción al libre ejercicio del derecho de voto descansa en un silogismo de lógica jurídica estructurado con las premisas de que un acto de voluntad no puede ser y no ser al mismo tiempo, lo que llevado a las decisiones assemblearias implica que no cabe el dualismo de aprobar y rechazar simultáneamente la propuesta puesta a votación". En contraposición a la tesis anterior, algunos autores entienden que si cada participación societaria da al socio el estatus de tal en forma autónoma, el voto podría ejercerse separadamente respecto de cada una de las participaciones.

Jaeger(27) se pronuncia favorablemente a esta posibilidad, considerando que cada acción es una unidad susceptible de dar lugar al ejercicio separado del derecho de voto. Entiende que esa posibilidad es general, sin necesidad de tener que determinar en cada caso cuáles son los intereses que pudieran oponerse. Cabanellas coincide con el análisis de Jaeger(28), señalando que en el contexto del Derecho argentino ninguna norma declara la supuesta indivisibilidad o unidad del voto. Lo que declara el artículo 209 de la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina (que se corresponde con el artículo 89 de nuestra LGS) es que "las acciones son indivisibles", cuestión ciertamente muy distinta, expresa Cabanellas, a que el conjunto de las acciones de cada socio también sea indivisible. Por ello, sostiene que es igualmente indefendible la tesis de que el voto no unitario implica contradicción o imposibilidad lógica. Quien vota divergentemente no dice al mismo tiempo "A es verdadero" y "A es falso", sino "con estas participaciones voto a favor de A y con estas otras voto a favor de no A". Como bien señala Jaeger, continúa

CabaneJlas, se trata de una situación similar a aquella en la que se encuentra un jugador que con sus diferentes fichas apuesta por distintos números en la ruleta.

Las acciones constituyen unidades de voto que, tan pronto se produce su transferencia, no dejan lugar a duda respecto a la posibilidad del ejercicio divergente del derecho de voto. La teoría contraria al voto divergente entiende que, por estar estas unidades de voto en una sola cabeza, pierden su individualidad. Pero la estructura jurídica de las participaciones está basada, conforme lo sostienen Jaeger y Cabanellas, en que cada una de ellas es una unidad de voto, susceptible de ejercicio independiente. "Podría argumentarse que como el socio debe votar conforme al interés societario el voto divergente implicaría reconocer que alguno de los votos se emiten en contra a tal interés. Pero ello omite considerar que el interés societario configura un área dentro de la cual el socio tiene libertad de elección, sin incurrir en responsabilidad, sea porque las decisiones quedan libradas a su criterio empresarial, o sea porque puede haber múltiples opciones, todas ellas conformes al interés societario. En consecuencia, el ejercicio divergente del voto no crea mayor responsabilidad que la que pueda surgir del voto voluntario"(29)

Restricciones al derecho de voto.- Nuestra LGS contempla la suspensión del derecho de voto como consecuencia de la mora en el cumplimiento de la obligación de pago de los dividendos pasivos. Del mismo modo, suspende ese derecho cuando quien tenga que votar, sea por cuenta propia o de tercero, mantenga un interés en conflicto con el de la sociedad.

El artículo 79 es el que suspende el derecho a formar quórum en las juntas, así como el derecho de voto, cuando el accionista incumple con el pago de los dividendos pasivos en la forma y tiempo acordados en el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital. Nótese, señala E lías , que la mora en el pago de dividendos pasivos afecta estrictamente el ejercicio de los derechos relativos a las acciones no pagadas oportunamente. "Así, por ejemplo, un accionista titular de 1,000 acciones que no ha cumplido con pagar el dividendo pasivo respecto de 100 de ellas, puede asistir a la junta y ejercer su derecho de voto respecto de las 900 restantes".(30)

El artículo 133 de nuestra LGS ("el voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad") confirma un principio que ya aparecía contenido en nuestra ley anterior, no obstante no haber sido siempre común ni frecuente en el derecho comparado, tal como lo refiere Elías. La restricción contemplada por este artículo es aplicable a quien tenga que votar, sin distinguir entre el accionista titular o su representante, siendo en este sentido más amplia que la de nuestra ley anterior (art. 139), que se refería estrictamente al "socio". No obstante, en opinión de Elías, habría sido mejor un texto más explícito, como el de la ley argentina por ejemplo, que se refiere a "el accionista o su representante".

Ante la falta de definición normativa sobre lo que significa interés en conflicto, Elías comparte el criterio del tratadista argentino Verón(31), quien advierte que si bien muchas veces es obvio el antagonismo entre el interés de la sociedad y el de su socio o representante, en otras el conflicto se encuentra "desdibujado y encubierto", por lo que nos encontraríamos ante un interés contrario solo en la

medida en que el accionista vote por su interés en perjuicio del interés social, con exclusión de aquellos casos en que el interés social sea diferente del de un grupo de empresas al que pertenece la sociedad. Refiriéndose precisamente al interés en conflicto en el caso de grupos de sociedades, Elías manifiesta que es frecuente que en estas agrupaciones se tomen decisiones tendientes a conseguir la realización de los fines superiores del conjunto, aun en detrimento del interés de una de las sociedades del grupo. Es difícil dilucidar en estos casos, según Elías, si el accionista se encuentra o no en una situación de conflicto de intereses cuando vota en un sentido, teniendo un interés especial en el grupo más que en el específico de la sociedad en la que vota. La tendencia doctrinaria actual es la de no identificar un conflicto de intereses en un caso como el mencionado. Elías, entre otros, cita a Baigún y Bergel(32) quienes señalan que "en una sociedad controlada, los órganos de administración expresan de común la voluntad del grupo de control, cuyos intereses pueden o no coincidir con los de la sociedad... las operaciones económicas que median entre las sociedades del grupo no siempre tienen un sentido direccional, porque puede darse el caso, y muchas veces se da, de una compensación de ventajas hinc et inde recibidas. En tal situación, no cabría aislar artificialmente las operaciones desventajosas, sino que se deberá tener en cuenta el cuadro general, a pesar de que en concreto esta confrontación pudiera resultar un tanto difícil". También se remite a Halperín(33), quien señala que "la agrupación de sociedades se realiza a través de múltiples formas y medios jurídicos... El grupo económico es un conjunto de sociedades unidas por vínculos jurídicos muy diversos y sus integrantes están coordinados y a veces jerarquizados (esto es subordinados) a quienes tienen un poder dominante". Concluye Elías que las decisiones tomadas en un conjunto de sociedades no pueden ser aisladamente consideradas para el análisis de un posible conflicto de intereses. El voto del accionista puede encontrarse perfectamente adecuado al interés primario del grupo, aunque pueda ser conflictivo con el interés de una o más de las sociedades del conjunto.

Cierto es, no obstante, que al margen de dilucidar si haya o no conflicto de intereses cuando el voto del accionista responde más al interés del grupo de sociedades que al de la propia sociedad, lo que sí podría originar una situación como la descrita es que el accionista minoritario de la sociedad en la que se votó de acuerdo al interés del grupo, entienda tal voto como contrario a los intereses de la sociedad y que, por consiguiente, haga ejercicio del derecho de impugnación que la ley le reconoce (al cual más adelante, en la p. 406 Y ss., nos referimos más extensamente). Uría, refiriéndose a esta materia:>:), destaca que los supuestos en que el interés de la sociedad pueda resultar atropellado por el interés de un grupo son numerosos y aumentan cada día como consecuencia de la interconexión de sociedades y la influencia o dominio de unos mismos grupos financieros en sociedades competidoras o que siendo de distinta naturaleza se ven de una u otra forma vinculadas en un determinado proceso de producción. En algunos casos, advierte, los mismos accionistas que controlan una sociedad tienen en otras participaciones económicamente superiores y, como consecuencia de ello, sacrifican los intereses de la primera en beneficio de la segunda, con un eventual perjuicio a los accionistas minoritarios de la primera.

Acciones sin derecho de voto.- Son aquellas cuyo titular queda desprovisto de tal derecho a cambio de ventajas patrimoniales que son propias de esta modalidad de acción. Este tipo de acciones responde al interés de accionistas (cuyas inversiones son esencialmente rentistas) que no quieren ni necesitan los derechos políticos y prefieren obtener una ventaja patrimonial, como contrapartida a no poder ejercer el derecho de voto:

Las acciones sin derecho a voto confieren a su titular derechos especiales que justifican la pérdida del derecho político más importante del accionista: el de votar sobre las cuestiones que interesan a la gestión social. Por esta razón, las acciones sin derecho a voto otorgan derechos patrimoniales preferenciales o privilegiados respecto de los titulares de las acciones comunes.

La privación del voto debe aparecer debidamente compensada con alguna preferencia económica. Si la mayoría pretendiera suprimir o limitar el derecho de voto a un determinado número de acciones solo podrá hacerla si paralelamente les concede un privilegio patrimonial, pues cualquier supresión o limitación del voto que no tenga una compensación económica está fuera del ámbito del poder mayoritario.

- Nuestra LGS admite la creación de acciones sin derecho de voto (art. 94); confiere a su titular la condición de accionista (art. 96) y le reconoce diversos derechos (arts. 96 y 97). El titular de una acción sin derecho de voto tiene (a) derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto. De no haberse establecido un mecanismo para tal percepción, la preferencia deberá entenderse como una prelación en el pago de los dividendos. Así, la sociedad tendría que pagar primero los dividendos a los accionistas sin derecho a voto, con prioridad sobre cualquier otro socio. También tiene (b) derecho a participar, preferentemente, en el reparto del saldo del patrimonio neto, en caso de liquidación de la sociedad. Para los casos de aumento de capital, cuenta con (c) derecho de suscripción preferente, de forma que mantenga su proporción en el total del capital social, incluso suscribiendo acciones con derecho a voto. Asimismo, cuenta con los derechos de (d) información, (e) impugnación de acuerdos y (f) separación.

Extrañamente, a pesar de que nuestra LGS reconoce el derecho de información con que cuentan los titulares de este tipo de acciones, y que el artículo 94, al señalar que "las acciones sin derecho a voto no se computan para determinar el quórum de las juntas generales", permite suponer que los titulares de esas acciones pueden concurrir a las juntas, aun cuando ni voten ni sus acciones sean consideradas para que la misma quede válidamente instalada, de la lectura de los artículos 96 (que no le atribuye tal derecho) y 121 ("pueden asistir a la junta general y ejercer sus derechos los titulares de acciones con derecho a voto que figuren inscritas en la matrícula de acciones... Los directores y el gerente general que no sean accionistas pueden asistir a la junta general con voz pero sin voto... El estatuto, la propia junta general o el directorio pueden disponer la asistencia, con voz pero sin voto, de funcionarios, profesionales y técnicos al servicio de la sociedad o de otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales", se concluye que el legislador finalmente ha optado -como regla general- por privar de ese derecho al accionista sin derecho de voto, al limitar su ejercicio a los titulares de las acciones con derecho de voto.

Sin perjuicio de que los accionistas sin derecho de voto tienen derecho a concurrir a las juntas especiales a las que se refiere el artículo 132 de la ley, lo razonable hubiera sido concederles el derecho de concurrencia a las juntas generales, con voz pero sin voto, del modo en que estaba previsto en la Ley 26356, reguladora de esta materia con antelación a la LGS y que, en virtud de la quinta disposición transitoria de esta última, sigue siendo de aplicación a las acciones sin derecho a voto emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia, a menos que la sociedad emisora y los titulares de acciones sin derecho de voto convengan en adecuar tales acciones a las disposiciones del nuevo régimen (el de la LGS).

Cabe señalar, no obstante, que esta restricción a los titulares de acciones sin derecho de voto no puede ser entendida de forma absoluta, ya que conforme a la parte pertinente del citado artículo 121 de la LGS ("el estatuto, la propia junta general o el directorio pueden disponer la asistencia, con voz pero sin voto, de funcionarios, profesionales y técnicos al servicio de la sociedad o de otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales"), el estatuto de la sociedad puede conferir a los accionistas sin derecho de voto -a quienes obviamente interesa su buena marcha- el derecho a asistir a las juntas generales, con voz pero sin voto.

3. Derecho a fiscalizar, en la forma establecida en la ley y en los estatutos, la gestión de los negocios sociales

Esta atribución se materializa, fundamentalmente, a través del ejercicio de los derechos de información y de impugnación de acuerdos sociales.

a. El derecho de información

El derecho de información constituye una herramienta de control social, y más particularmente viene a ser el cauce ordinario por cuyo conducto puede acceder el accionista individual al control de la gestión de los administradores. Se trata de un derecho uniformemente reconocido, que posibilita al socio informarse sobre el quehacer societario.

Es evidente el interés del socio de obtener información sobre la sociedad en la que ha realizado aportes, en la que tiene unas determinadas expectativas económicas y respecto de la cual cuenta con una serie de derechos, entre ellos el de votar. No obstante, debe tenerse en cuenta que la obtención de la información solicitada por los socios tiene un valor, tanto desde la perspectiva del costo que implica su producción y ordenamiento, como desde la relativa al valor intrínseco de esa información, en aquellos casos en que está relacionada con asuntos de naturaleza reservada.

Dado que el derecho de información se otorga como elemento instrumental para el ejercicio de los restantes derechos del accionista, y particularmente su derecho de voto, es comprensible la posición generalizada de que ese derecho debe ejercerse teniendo en mira no solamente el interés individual sino también el interés social. De allí se infiere la irrenunciabilidad de este derecho, con sujeción sin embargo a los límites establecidos en previsión a los perjuicios que su irrestricto ejercicio podría irrogar a la sociedad.

Por ello, sin perjuicio del reconocimiento del derecho del socio a ser informado sobre las actividades y el patrimonio de la sociedad, la normativa societaria suele

establecer limitaciones en cuanto a tal derecho, fundamentalmente con el propósito de evitar un ejercicio abusivo del mismo o que como consecuencia de tal ejercicio, por tratarse de información secreta o reservada, pueda verse perjudicada la sociedad por el indebido uso que se haga de la misma.

Cabanellas(35) cita como un ejemplo del ejercicio abusivo de este derecho, la solicitud de un significativo número de documentos, cuyo suministro puede suponer un importante costo a la sociedad, no obstante resultar en rigor esa documentación innecesaria para la protección de los legítimos intereses del socio. Señala que en esa hipótesis no existiría derecho, pues el mismo se estaría ejerciendo fuera del marco del contrato de sociedad del que deriva. En todo caso, indica, si la sociedad niega la información y el socio insiste, será a la justicia a la que corresponda resolver la cuestión.

En cuanto al suministro de información reservada, se tendrá en cuenta que tal información es de propiedad de la sociedad -que la que tiene ellegítimo derecho para disponer de la misma- y que puede tener un importante valor para ella. El suministro de esta información reservada o secreta supondría para la sociedad el desprendimiento de una propiedad, esto es ir contra los principios básicos de la estructura jurídica societaria. Todo ello sin perjuicio de que sea difícil concebir en qué medida contar con esa información reservada o secreta pueda ser necesaria al socio para el efectivo ejercicio de sus derechos.

El derecho de información está reconocido en nuestra LGS en sus artículos 130 y 224. El primero es el que señala que, desde el día de la convocatoria a junta general, deben estar a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad o en su lugar de celebración, todos los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la misma, pudiendo los accionistas solicitar, antes o durante la celebración de la junta, que le sean facilitados los informes o aclaraciones que estimen necesarios con relación a los asuntos comprendidos en la convocatoria. Y el segundo es el que faculta a cualquier accionista, a partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria a junta obligatoria anual, a solicitar que gratuitamente le sea facilitada copia de los estados financieros que se someterán a su consideración.

El artículo 130 regula entonces este derecho desde dos vertientes: (a) que la sociedad ponga a disposición del accionista todos los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta y (b) que la sociedad facilite al accionista los informes o aclaraciones adicionales que éstos puedan solicitar con anterioridad a la junta o durante su celebración. Enrique Elías(36), al comentar este artículo, distingue que por documentos puede definirse a todo escrito, de cualquier naturaleza, explicatorio o aclaratorio de uno o más puntos de la agenda; que mociones son las propuestas de acuerdos que hayan sido sometidas a la junta; y que son proyectos las memorias descriptivas, planos, explicaciones o iniciativas que provengan de la sociedad, del directorio o de los propios accionistas, que expliquen con mayor profundidad algún tema en concreto. Los documentos, mociones y proyectos deben encontrarse a disposición de los accionistas que deseen estudiarlos, sea en las oficinas de la sociedad o en el lugar en el que se va a celebrar la junta. La obligación de la sociedad se circunscribe a poner esa documentación a disposición de los accionistas, sin que la ley establezca la obligación de que les proporcione copias de esos documentos.

Por consiguiente, la sociedad tendrá la potestad de entregar las copias solicitadas, de hacerlo exigiendo el pago del costo de las copias, o de negarse a proporcionarlas. Todo esto último excluyendo por cierto la documentación a la que se refiere el artículo 224 de la LGS (balance, memoria, cuenta de ganancias y pérdidas y propuesta de aplicación de las utilidades), que está obligada a proporcionar.

El artículo 130 de la ley contiene una importante precisión relacionada al ejercicio del derecho de información. Señala que los documentos deben estar a disposición de los accionistas "durante el horario de oficina de la sociedad". Esta innovación, con relación al texto de la ley anterior es una adecuada solución, en opinión de Enrique Elías^{137J}, para evitar la maniobra, muchas veces empleada en el pasado consistente en apersonarse -en compañía de un notario- en horas de refrigerio o en aquellas en las que la compañía ha concluido sus actividades, con la finalidad de dejar constancia de no encontrarse los documentos a disposición de los accionistas y demandar así la nulidad de la junta.

En cuanto a los informes o aclaraciones adicionales que puedan solicitar los accionistas, tanto antes de la junta como durante ella, la ley obliga al directorio a proporcionarlos, salvo que juzgue que el suministro de la información solicitada pueda perjudicar el interés social. No obstante, no podrá negarse a facilitar los informes o aclaraciones requeridos en caso de haber sido la solicitud formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto. Habida cuenta de que para este caso de excepción la ley alude a "acciones presentes", queda claro que este derecho solo podrá ejercitarse durante el desarrollo de la junta y no antes.

Derecho especial de información en el caso de las sociedades anónimas abiertas.- El artículo 261 de la ley establece dos requisitos para el suministro de información en este tipo de sociedades: que los accionistas que la soliciten representen cuando menos el 5% del capital pagado y que la información solicitada no esté referida a hechos reservados o que, de ser difundidos, puedan causar daño a la sociedad. La exigencia en cuanto al número de accionistas se explica en razón a evitar que la sociedad esté expuesta a una permanente investigación por parte de sus numerosos accionistas, al margen de las dificultades de orden administrativo y económico que conllevaría dar curso a las solicitudes individualmente planteadas por un gran número de ellos. Con relación a la documentación reservada o privilegiada que la sociedad pudiera negarse a proporcionar, los accionistas que discrepen de tal determinación pueden recurrir a CONASEV, para que sea dicha entidad la que dilucide la controversia. Sobre esta cuestión surge la duda respecto a si resulta aplicable a este tipo de sociedades el segundo párrafo del artículo 130, que la obligaría a suministrarla en tanto el pedido esté apoyado por accionistas presentes en la junta que representen cuando menos el 25% de las acciones con derecho de voto. Julio Salas, en una opinión que compartimos, entiende que el artículo 261 regula un procedimiento de excepción, al cual no puede alcanzar la regla general (la del artículo 130) y que, por consiguiente, será precisa la intervención de CONASEV para determinar la procedencia del pedido, aun cuando el mismo haya sido formulado por accionistas que representen al menos el 25% de las acciones con derecho de voto presentes en la junta.

Derecho de información de los directores.- El artículo 173 de la LGS señala que los directores tienen derecho a ser informados por la gerencia de todo lo relacionado con la marcha de la sociedad, debiendo ejercerse este derecho en el seno del directorio y de manera de que no afecte la gestión social.

b. El derecho de impugnación de acuerdos sociales

El principio de las mayorías es el que rige el funcionamiento de las sociedades anónimas. Sin embargo, el accionista minoritario, o en todo caso aquel que no secunde el acuerdo social, no puede quedar a merced de la mayoría cuando ésta, omitiendo su deber, lesiona los intereses de la sociedad, comunes a todos los accionistas, o contraviene los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. La doctrina mercantil ha sostenido siempre, incluso anticipándose al legislador, la necesidad de conceder al accionista el derecho a impugnar los acuerdos de las juntas contrarios a la ley o a los estatutos sociales.

"El principio mayoritario tolera sin peligro cuantas correcciones sean necesarias para asegurar la justicia de sus decisiones. Ahora bien, la minoría, o si se quiere el accionista aislado, también debe ser constreñido a no salir de sus propios límites, porque si perjudicial sería dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnímodo de quienes representen en la junta la mayoría del capital, peligroso sería igualmente el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable. La función de la minoría en el orden interno de la sociedad anónima es sencillamente de control. No puede pretender la imposición de cortapistas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan uso legal de sus derechos. La protección del pequeño accionista -se ha dicho certeramente- no está en limitar a su favor los derechos de la mayoría como tal mayoría, sino en impedir que ésta utilice abusivamente su poder en daño de la propia sociedad, por lo que en definitiva la tutela de la minoría no es más que la tutela de la misma sociedad mediante la acción del accionista aislado. Toda la materia de impugnación de acuerdos sociales gira así en torno a la aplicación del principio mayoritario en la sociedad anónima y constituye en cierto modo un compromiso en la necesidad de facilitar la formación de la voluntad social a través de un claro reconocimiento de dicho principio y a la no menos necesaria caulela que garantice un proceder justo y equitativo en el funcionamiento real de dicho principio" (38).

Sobre la naturaleza del derecho de impugnación de los acuerdos sociales se ha producido abundante doctrina. En general, se ha señalado que el socio, al impugnar un acuerdo, actúa como órgano de defensa social para remediar la deficiente actuación de la junta general. Ciertos tratadistas señalan que el accionista, al hacer valer contra la sociedad un derecho subjetivo, obra en interés social, de la misma manera que quien ejercita una acción popular. Otros, que es una facultad atribuida al socio por la ley con la finalidad de tutelar el ordenamiento jurídico de la sociedad, de cuya base corporativa es un elemento. También señala un sector de la doctrina que es el ejercicio de un derecho subjetivo, en vista de que toda impugnación siempre tiene como trasfondo el interés del socio, independientemente de que al mismo tiempo se satisfaga el interés de los demás socios o el de la sociedad.

La doctrina, de forma mayoritaria, distingue entre los siguientes tipos de acuerdos impugnables:

- Acuerdos nulos por defecto de forma: los adoptados en una junta no convocada; no convocada por los administradores; no convocada en la forma prevista por la ley; constituida sin observar el quórum reglamentario; constituida con carácter universal sin estar presentes la totalidad de los accionistas o no haber unanimidad para su celebración; por ausencia de lista de asistentes; por haber sido uno o más accionistas ilegítimamente privados de asistir a la junta; o por suprimirse radicalmente el debate, privándose a los accionistas asistentes al ejercicio del derecho de voz;

- Acuerdos nulos por defecto de fondo: por ser aprobados sin el número de votos necesario, sea que se trate de acuerdos que requieran o no mayorías especiales; cuando por efecto de un vicio sean invalidados votos que hayan sido decisivos para formar la mayoría; los que vulneren un mandato legal; los contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; y los que violen los derechos que la ley concede a los accionistas;

- Acuerdos anulables por contravenir normas estatutarias: cuya enumeración, a título referencial, resulta poco factible de efectuar, habida cuenta del contenido discrecional de los estatutos y, consiguientemente, de la infinidad de preceptos susceptibles de ser contravenidos; y

- Acuerdos anulables por lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de uno o de varios accionistas o de terceros: supuesto éste inspirado en proteger al accionista minoritario ante situaciones en que la mayoría, que debe ser intérprete del interés social como un interés común superior al de todos los accionistas, adopta un acuerdo que, no obstante no violar la ley ni los estatutos, antepone a los intereses de la sociedad el interés egoísta de uno o varios socios.

Nuestra LGS, como una modalidad del derecho de fiscalización que reconoce a todo accionista (artículo 95.3), le concede el derecho a impugnar todos aquellos acuerdos sociales "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. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad... también serán impugnables..." (artículo 139).

Enrique Elías(39) ha definido a la impugnación como u...un derecho subjetivo, propio del accionista en su calidad de tal y no vinculado a la protección de otros accionistas, la sociedad o terceros. Este derecho se vincula con los

. derechos políticos del accionista: así como tiene derecho a participar en la formación de la voluntad de la sociedad mediante la emisión del voto, también tiene derecho a velar por que dichas decisiones se ajusten a lo previsto en la ley y el pacto social y no lesionen los intereses de la sociedad en beneficio exclusivo de algunos socios".

Regularización de acuerdos impugnables: "No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido... sustituido por otro adoptado conforme a ley..." (art. 139). La impugnación de los acuerdos sociales puede evitarse mediante su regularización. Actuaciones de este género son bien conocidas en la práctica: los administradores, conscientes de que un acuerdo de la junta general presenta irregularidades de forma, o incluso de fondo, y ante su previsible impugnación, o al margen de ella, deciden convocar una nueva junta respetando las formalidades que no habían sido observadas en la anterior o rectificando la decisión adoptada.

Legitimación activa para impugnar: (art. 140): pueden impugnar los acuerdos sociales (i) aquellos accionistas que habiendo concurrido a la junta hayan hecho constar en acta su oposición al acuerdo; no basta haber votado en contra: la oposición debe constar en el acta; (ii) aquellos que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto; (iii) los ausentes al momento de votarse el acuerdo, ya sea por no haber asistido a la junta o por haber abandonado la misma antes de su adopción; y (iv) los titulares de acciones sin derecho a voto cuando se trate de acuerdos que afecten los derechos especiales que les correspondan, a menos que los mismos hayan sido adoptados en las juntas especiales a que se refiere el artículo 88 de la LGS.

Caducidad del derecho: La acción de impugnación de acuerdos caduca a los dos meses de la fecha de su adopción, en caso el accionista haya concurrido a la junta, y a los tres meses si no concurrió. Tratándose de acuerdos inscribibles, la acción caducará después de haber transcurrido un mes, contado desde la fecha de su inscripción (art. 142). Elías, comentando este artículo, ha referido que la brevedad de los plazos fijados por la LGS guarda relación con la necesidad de brindar seguridad al tráfico mercantil.

Transferencia de acciones durante el proceso de impugnación: "La transferencia voluntaria, parcial o total de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación" (art. 144). La transferencia de acciones por parte del impugnante extingue entonces el proceso, a menos que se haya producido la acumulación de demandas impugnatorias a que se refiere el artículo 146. La solución dada por la LGS a este tema se sustenta en que, estando reservada esta acción estrictamente a favor de quienes se encuentren en alguna de las situaciones que tipifica el artículo 140, resulta manifiesto que el adquirente de las acciones, que carecía de legitimidad para interponerla, carecerá igualmente de legitimidad para proseguirla. El nuevo accionista puede impugnar cualquier acuerdo que se adopte a partir de su incorporación a la sociedad, pero no continuar en el proceso iniciado por quien le haya vendido sus acciones. Respecto a la transferencia parcial de acciones, como causa para la extinción del proceso, la LGS -dentro del marco de impedir el ejercicio abusivo del derecho de impugnación- ha pretendido evitar la posibilidad de que, manteniéndose una participación accionaria mínima, se pueda continuar con el proceso impugnatorio, por entender que el único interés en juego, en tal caso, sería el de perjudicar a la sociedad.

Suspensión del acuerdo: La LGS impone como requisito para la suspensión cautelar de los acuerdos que la medida sea solicitada por accionistas que representen más del 20% del capital suscrito y que los solicitantes presten

contracautela para resarcir a la sociedad por los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión (art. 145).

Anotación de la impugnación en el registro: Esta medida (art. 147) impide que cualquier tercero pueda invocar la buena fe para justificar cualquier acto derivado de o amparado en el acuerdo. Repárese en que la anotación de la demanda no afecta la vigencia del acuerdo a diferencia de la suspensión.

Acciones de impugnación promovidas con mala fe: El artículo 149 contempla la aplicación de compensaciones a favor de la sociedad en los casos en que la impugnación hubiese sido promovida con mala fe o notoria falta de fundamento. Este artículo tiene una finalidad disuasiva ante los excesos procesales a los que está expuesta la sociedad, los que obviamente comprometen su normal desenvolvimiento.

El artículo 139 de nuestra LGS tiene como fuente de inspiración, a no dudar, al artículo 115 de la ley española (de sociedades anónimas), que reconoce el derecho a impugnar aquellos acuerdos "que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad". Dos importantes diferencias, no obstante, entre el tratamiento que la ley española dispensa a esta materia y lo regulado en nuestra LGS. Una relativa a la distinción entre actos nulos y anulables, y otra referente a los alcances del derecho de impugnación.

Con relación a la primera diferencia, relativa a acuerdos nulos y los anulables. la siguiente cita de Rodrigo Uría(40) resulta por demás ilustrativa: "En el plano puramente teórico y doctrinal acaso pocas cuestiones ofrezcan dificultad mayor que la de trazar la línea divisoria entre la nulidad y la anulabilidad, pero transportado el problema al ámbito de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, la vieja, inagotable y difícil cuestión se simplifica notablemente... porque establece un criterio diferencial que si acaso no pueda reputarse demasiado técnico, ofrece, en la mayoría de los casos, la gran ventaja de la claridad... por un lado declara impugnables los acuerdos que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad, y acto seguido establece que serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, siendo los demás anulables. El criterio distintivo no puede ser, por tanto, ni más claro ni más sencillo". Nuestra LGS no marca claramente esa distinción entre unos y otros. Simplemente alude a la impugnabilidad de los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o el Código Civil (art. 139) y a la nulidad de los acuerdos contrarios a las normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la propia LGS o en el Código Civil (art. 150).

Respecto a la segunda diferencia, relativa a los alcances del derecho de impugnación, la ley española, a diferencia de la peruana, no circunscribe el ejercicio de este derecho a los acuerdos adoptados por las juntas generales, sino que en su art. 143) los extiende a los adoptados por los órganos de administración colegiados, en nuestro caso el directorio.

4. Derecho de preferencia en la suscripción de acciones

La necesidad de mantener el statu quo respecto de todo el conjunto de

derechos que nutrían la posición jurídica alcanzada por cada accionista, merced a la posición de un determinado número de acciones, es" la razón más importante para reconocer el derecho de suscripción preferente.

Los socios tienen un incuestionable interés en preservar no solo los valores absolutos de sus acciones, sino también la proporción que las mismas representan dentro del capital social. El derecho de participación preferente constituye el medio a través del cual, en los casos de aumento de capital, se evita que el accionista vea reducida la proporción de su participación en el capital social, impidiéndose que al disminuir su participación en el mismo, pueda perder la posibilidad de ejercitar derechos que muchas veces son fundamentales, teniendo en cuenta que la ley limita el ejercicio de determinados derechos a la tenencia de un determinado porcentaje de acciones. La preferencia también representa para el accionista un derecho al mayor valor del patrimonio neto que pueda tener la sociedad al momento del aumento de capital. Gracias a la preferencia, si el accionista no tiene recursos para suscribir las nuevas acciones, puede transferir a terceros su derecho de adquisición preferente, recuperando de esta manera, en todo o en parte, el valor económico que habría perdido en caso de no suscribir las acciones. "Es la facultad o atribución que tiene todo accionista de suscribir en primer término toda emisión de acciones en el aumento de capital que realice la sociedad"(41).

El derecho de preferencia tiene como fin evitar la dilución de la participación de determinados socios, como consecuencia de su no participación en expansiones del capital social. El accionista que cuenta con un determinado porcentaje de participación en el capital lo perderá si, como consecuencia de no concedérsele un derecho preferente para suscribir nuevas acciones, no puede participar en el aumento de capital, perjudicándose así su posición dentro de la sociedad. La posición e influencia mayor o menor de cada accionista dentro de la sociedad depende sencillamente de la proporción en que se encuentran sus acciones y votos en relación con la cifra total del capital. Si esa proporción disminuye cuando el capital aumenta, reconocer la preferencia del socio es evidente. Lo contrario es reducir el valor de su voto.

El derecho de preferencia evita la disminución del poder real de los socios dentro de los órganos societarios. "Es el derecho de voto el que manifiesta de modo más claro la degradación que sufre la participación social con la entrada de nuevos accionistas: su influencia se ve debilitada y su peso en orden a la adopción de acuerdos sociales decrece, pues basándose la formación de la voluntad social en un estricto sistema de mayorías, la eficacia relativa del voto resulta aminorada al incrementarse el número de los que concurren a formarla. Esta degradación solo puede evitarse si el socio consigue aumentar el número de votos propios en la misma proporción que aumenta el número total" (42).

La ampliación de capital repercutirá siempre de algún modo respecto de las facultades del socio y, en ese sentido, el derecho de suscripción, como mecanismo reintegrador de una posición bastante compleja en el plano jurídico, ha de considerarse como una prerrogativa sustancial de la condición de accionista. Si los socios suscriben el aumento de capital, la sociedad no se perjudica, pues

obtiene el capital requerido. Si los socios no ejercitan el derecho de preferencia, tal derecho habrá dejado de tener relevancia y los nuevos accionistas se incorporarán a la sociedad sin inconvenientes, o algunos de los antiguos accionistas aumentarán proporcionalmente su participación, igualmente sin problemas.

El derecho de suscripción preferente es abstracto, ya que el nacimiento real de la preferencia no se produce por una declaración de la ley, sino que requiere de la adopción de un acuerdo de aumento de capital y, más aún, que se trate de una situación que esté comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma, teniendo en cuenta casos de excepción como pueden ser la capitalización de créditos o la conversión de obligaciones en acciones.

Nuestra LGS reconoce el derecho de suscripción preferente como uno de los derechos fundamentales del accionista (art. 95.4), regulándolo en los artículos 207 Y 208. Circunscribe tal derecho, no obstante, a los casos de aumentos de capital por nuevos aportes, no siendo de aplicación cuando se trata de la capitalización de créditos o de la conversión de obligaciones en acciones.

Otros casos de excepción, en los que la LGS no reconoce el derecho de suscripción preferente son los siguientes:

- . Cuando el accionista se encuentre en mora en el pago de dividendos pasivos (art. 207);

- . Cuando la sociedad otorgue a terceros la opción de suscribir nuevas acciones en determinados plazos (art. 103);

- . Cuando así lo acuerde una sociedad anónima abierta con el voto favorable de no menos del 40% de las acciones suscritas con derecho de voto (porcentaje éste que podrá ser menor cuando las acciones por crearse sean objeto de oferta pública) y siempre que el aumento de capital no esté destinado, directa o indirectamente, a mejorar la posición accionaria de alguno de los accionistas (art. 257); y

- . En los casos de reorganización de sociedades.

La nueva LGS va más allá de la ley anterior al determinar la representación del derecho de suscripción preferente en un título libremente transferible. El "Certificado de Suscripción Preferente puede incluso expresarse en forma desdoblada, de forma que el titular del derecho pueda transferirlo parcialmente. No obstante, la transferencia de los certificados no podrá admitirse cuando se trate de sociedades cuyos estatutos contengan limitaciones respecto al derecho de transferencia. Esto último resulta de una claridad manifiesta, puesto que si existen limitaciones a la transferencia, no sería coherente que los certificados de suscripción preferente puedan ser libremente transferibles.

Acciones en cartera: El artículo 99 de la LGS reconoce el derecho de suscripción preferente de las acciones en cartera.

Obligaciones convertibles: El artículo 316 de la LGS concede a los accionistas derecho preferente para suscribir obligaciones convertibles. Este derecho se explica como una defensa a que los accionistas vean diluida su participación como consecuencia de la emisión de las acciones derivadas de las obligaciones convertibles. Es importante reparar en que el derecho preferente se ejercita cuando se emiten las obligaciones convertibles y no cuando éstas se convierten en acciones.

5. El derecho de separación

El derecho de separación es una excepción al principio de mando de las mayorías, que, tal como lo precisa Enrique Elías(43), tiene por objeto preservar a los accionistas minoritarios frente a determinados acuerdos de modificación del estatuto que entrañen cambios excepcionales y drásticos en la estructura de la sociedad y de sus acciones, o relativos a determinadas operaciones societarias, que coloquen al accionista en una situación totalmente imprevisible al momento en que decidió formar parte de la sociedad.

El derecho de separación, también llamado de receso, es un derecho intangit11e que tienen los accionistas ausentes o disidentes para apartarse de la sociedad cuando la asamblea decide una cuestión que altera profundamente su situación dentro de ella. La separación está regulada por la ley con el objeto de satisfacer dos intereses legítimos: de una parte el de la sociedad, para modificar sus estatutos, y de otra el del accionista, de no aceptar modificaciones sustanciales dentro del marco del contrato de sociedad.

Los socios pueden ingresar a una sociedad, sea por ser parte del contrato constitutivo, como por posteriormente adquirir acciones de ella. En ambos supuestos el socio consiente en participar en la sociedad. La separación del socio de la sociedad no guarda similitud con lo anterior, toda vez que no es libre para retirarse cuando ello le parezca oportuno. El socio que ingresa a la sociedad asume la obligación de que su aporte forme parte del activo de la sociedad, en principio durante el plazo previsto de su duración o, en todo caso, hasta su disolución y liquidación; consecuentemente, hay un motivo de naturaleza contractual para limitar el derecho del socio a retirarse de la sociedad. La aportación del socio no tiene la naturaleza de un crédito y, por tanto, no se trata de un importe que en un plazo más o menos inmediato pueda ser reclamado por el accionista, detrayéndolo del patrimonio de la sociedad. Obviamente, la forma más fácil para que un socio se desvincule de la sociedad, en la que se han producido cambios sustanciales en cuanto a su estructura u objeto, será mediante la venta de sus acciones. Ello podrá ser relativamente sencillo tra

. tándose de acciones que cotizan en Bolsa y respecto de las cuales existe un mercado fluido para su negociación. Sin embargo, en la generalidad de los casos, cuando menos en nuestra realidad, la gran mayoría de las acciones no cotizan en los mercados bursátiles, resultando particularmente complicado poder concretar su venta.

Ante esta última circunstancia, que en la vía de los hechos limita o restringe la posibilidad de que el accionista realice su inversión -mediante la transferencia de sus acciones-, se contempla la posibilidad de que el socio, en determinadas circunstancias, pueda retirarse de la sociedad sin que ello suponga

que un nuevo socio asuma la titularidad de sus acciones. Al producirse el retiro del activo de la aportación efectuada por el socio que se separa de la sociedad, la consecuencia de ello no es otra que la reducción del capital social con la consiguiente disminución del activo con que contaba la sociedad.

Una cuestión de enorme importancia en el tema de la separación es el de la determinación del valor de las acciones. Sobre el particular son varias las tesis. Una primera considera que el reembolso del valor de las acciones debe efectuarse

conforme a las cifras del último balance aprobado. Una segunda es la que establece la necesidad de efectuar un balance actualizado de la sociedad como medio para determinar el valor real de las acciones. Y una tercera considera que el valor de las mismas debe determinarse en función a una pericia. Ferro Astray(44) ha señalado que "dicho precio debe ser logrado a través de la vía más práctica y menos costosa y ella no es otra que la confección de un balance especial de la sociedad, preparado por ella misma dentro de un plazo determinado a contar desde la formulación de la disidencia por parte del accionista"; Ignaeio Escuti(45) ha señalado que para la determinación del valor real de la acción deben necesariamente tomarse en cuenta los siguientes factores: el último balance aprobado por la sociedad; la consideración como definitivas de las cuentas dinerarias no indexables; la actualización del activo fijo a valores reales; un cálculo razonable y prudente de los beneficios o pérdidas de las operaciones en curso; y la estabilidad económico-financiera de la sociedad a efectos, en este último caso, de que se establezcan plazos de pago razonables.

Nuestra LGS reconoce a la separación como uno de los derechos fundamentales del accionista (art. 95.5), precisando en su artículo 200 los casos en los que procede el ejercicio de tal derecho. Ese mismo artículo regula también lo concerniente a la legitimación, plazo y procedimiento para su ejercicio, así como el mecanismo de valoración de las acciones que deberán ser reembolsadas como consecuencia de la separación. Finalmente, el artículo en cuestión limita el ejercicio del derecho a: (1) los accionistas presentes en la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo; (2) los ausentes; (3) los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto; y, en su caso, (4) los titulares de acciones sin derecho de voto.

De acuerdo a nuestra LGS, constituyen causas para invocar la separación las siguientes:

a) El cambio de objeto social (art. 200, inciso 1): la modificación del objeto puede representar un cambio sustancial, que haga que la sociedad se convierta en algo diferente a lo que antes era para el accionista.

Para que opere la causal debe de tratarse, según la mayoritaria corriente doctrinaria, de una modificación de tal repercusión que implique el desarrollo de actividades para fines real y absolutamente distintos a aquellos previstos al constituirse la sociedad. Como el inciso 1 del artículo 200 de nuestra LGS circunscribe la causal al "cambio del objeto social", sin fijar reglas o pautas, deja en este sentido abierto un amplio margen de discrepancia.

b) El traslado del domicilio al extranjero (art. 200.2): causa ésta uniformemente reconocida por las legislaciones mercantiles que admiten el derecho de separación y que se sustenta en las dificultades que encuentra el accionista para ejercitar sus derechos de concurrencia a las juntas, de voto y de fiscalización de la sociedad, a partir del momento en que ella traslada su domicilio al exterior.

c) Cuando se establecen limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o se modifican las limitaciones existentes (art. 200.3): causal ésta que se fundamenta en el eventual recorte de las facultades del accionista que pueden derivar de la modificación de uno de los derechos fundamentales de la acción, así como por la eliminación de las restricciones impuestas a su transferibilidad, que constituyeron razón de ser de la incorporación del accionista a la sociedad.

- d) Cuando se produzca una variación del programa de fundación, en los procesos de constitución social por oferta pública (art. 63): los suscriptores pueden separarse de la sociedad en formación.
- e) Cuando se determina, en el caso de aportes no dinerarios, que el valor de los bienes aportados es inferior en 20% o más a la cifra en que se recibió el aporte (art. 76): el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia; el pago en dinero de la diferencia o su separación del pacto social.
- f) En las sociedades anónimas cerradas (art. 244) los accionistas tendrán derecho de separación en caso de modificación del régimen de limitación a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente.
- g) En las sociedades anónimas abiertas (art. 262) los accionistas tendrán derecho de separación en caso la sociedad pierda su condición de tal y deba adaptarse a otra forma de sociedad anónima.
- h) En los acuerdos de transformación, fusión y escisión de sociedades (arts. 338, 356 Y 385, respectivamente).
- i) En las sociedades irregulares o de hecho (art. 427) cualquier socio tendrá derecho de separación si la junta decidiera no regularizar ni disolver la sociedad.
- j) Cuando concorra alguna de las causales estatutariamente previstas por la sociedad.

6. El derecho de exclusión

En la misma medida en que el accionista tiene el derecho de separarse de la sociedad cuando en ésta se adopten acuerdos que modifican la estructura bajo la cual se constituyó o que la tipificaba en la oportunidad en la cual el accionista se incorporó como tal, también la sociedad tiene el derecho de separar a aquellos socios que incumplan con sus obligaciones sociales o cuyo comportamiento no se corresponda con el interés social. Tal derecho de separación del socio, doctrinariamente identificado como el derecho de exclusión, ha sido definido por Ascarelli(46) como una manifestación del poder disciplinario de las personas jurídicas -necesario para la subsistencia de éstas-, al cual se hallan sometidos los miembros que la integran, en virtud de que todo orden normativo, en este caso la sociedad, debe contar con medios disciplinarios para poder cumplir adecuadamente su objeto. Brunetti(47) señala que "la sociedad no debe sufrir las consecuencias de las adversas vicisitudes personales del socio, por lo que no es la reacción contra la violación de las relaciones sociales que justifica la exclusión, sino las exigencias de la conservación de la empresa. Para salvarla de las desventuras y de las culpas personales de los socios es necesario conceder a la sociedad la facultad de excluir a aquellos que ponen en peligro su existencia".

Constituyen causales de exclusión reconocidas por la doctrina las siguientes: el grave incumplimiento de las obligaciones sociales; la incapacidad, inhabilitación o declaración en quiebra del socio; la mora en la integración de los aportes; la evicción del bien aportado; y la competencia desleal con la sociedad.

Escuti señala que la exclusión, tratándose de sociedades anónimas, solo es admisible en las "cerradas o familiares", que son aquellas creadas por un número reducido de personas estrechamente vinculadas, normalmente familiares,

reunidas en función de sus relaciones o condiciones personales, que normalmente explotan empresas relativamente pequeñas. Estas sociedades, que se presentan como un nuevo estilo de intuitu personae, según el autor, constituyen una "cosa de los socios", en las que es factible la exclusión de uno de ellos cuando exista una previsión estatutaria que así lo prevea.

Nuestra LGS ha introducido el derecho de exclusión en las sociedades anónimas cerradas (art. 248) señalando que sus causales podrán quedar establecidas en el pacto social o en el estatuto.

Enrique Elías, comentando este artículo, ha señalado que así como los accionistas de una SA Co pueden mantener reservado el negocio al grupo de personas que la integra, es obvio que también deben tener la posibilidad de garantizar que todos los accionistas respeten el compromiso original asumido para el desarrollo de la empresa. Podría ocurrir que determinados accionistas dejen de compartir los mismos fines que los demás y que pretendan entorpecer la marcha de la sociedad o incluso que lleguen a tener intereses contrarios a los de la sociedad y que a pesar del evidente conflicto de intereses no se desvinculen de la sociedad. Ante esta situación, indica, el pacto social o el estatuto pueden establecer causales de exclusión.

Es importante anotar que las causas deben estar preestablecidas, siendo improcedente la pretendida exclusión de un accionista en virtud de un acuerdo de junta, en tanto la causa de su exclusión no haya estado expresamente prevista en el pacto social o en el estatuto.

Si bien la exclusión viene a constituir en buena cuenta la expulsión del accionista, eso no puede significar que la sociedad tenga derecho a confiscar sus acciones. El artículo 248 no regula lo concerniente al tratamiento que deba darse a las acciones del accionista excluido. Sin embargo, pareciera claro que, por analogía, habría que remitirse a la fórmula del artículo relativo a la separación (art. 200), sin perjuicio de que la sociedad pueda iniciar contra el accionista excluido las acciones legales conducentes al pago de una reparación, en caso haber ocasionado daños a la sociedad los actos que dieron motivo a la adopción de tal medida (la exclusión).

II. OBLIGACIONES DEL ACCIONISTA

La adquisición de la calidad de socio implica el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que, por emanar de la adhesión a un contrato instrumental de ejecución continuada, subsisten en el tiempo. Los derechos y obligaciones de los socios varían según diversos tipos sociales, pero existen unos esenciales, comunes a todas las sociedades, para las cuales la diferencia de tipo influye en la extensión o intensidad con que pueden ejercerse. Las obligaciones fundamentales de los socios, desde una perspectiva patrimonial, son las de realizar aportes y soportar las pérdidas. Desde una perspectiva política, la primera obligación es la de lealtad a los socios, lealtad que, de acuerdo a un sector de la doctrina, deriva de la affectio societatis. Para el análisis del tema del

deber de lealtad de 105 socios, Escuti considera que resulta indispensable una consideración previa a la noción jurídica de interés social, al cual define como "la valoración realizada dentro de 105 límites infranqueables que presentan 105 preceptos legales y contractuales, como asimismo 105 derechos inderogables de 105 socios, de la aptitud, razonabilidad y legitimidad de una determinada conducta para satisfacer el cumplimiento del objeto social". Partiendo de esa premisa, el deber de lealtad, señala Escuti(48), implica el desarrollo de una conducta orientada por el legítimo ejercicio de los derechos del socio y el cumplimiento de sus obligaciones.

Brunetti(49) estima que para los accionistas no existe la obligación de colaboración, toda vez que ésta es propia de las sociedades de personas. Señala que, incluso, este concepto tampoco podría aplicarse a los administradores, ya que su actividad es funcional y se basa en su nombramiento y no en el contrato social. En su opinión, las obligaciones de los accionistas se circunscriben a las siguientes:

- . De ser correcto, es decir no perseguir intereses personales a costa de la sociedad; el accionista debe abstenerse de participar en aquellos acuerdos en que, por cuenta propia o de terceros, tengan un interés en conflicto con la sociedad.

- . De desembolsar sus aportaciones, ya sea en dinero o en especie, obligación de la cual el accionista no puede sustraerse y la sociedad no puede liberarlo, desde el momento en que el capital social constituye para terceros la garantía fundamental de las obligaciones asumidas por la sociedad; y

- . Cumplir con las prestaciones accesorias, en tanto con su asentimiento le hayan sido impuestas, sea en el contrato social o por efectos de su incorporación a la sociedad.

Para Halperín son tres las obligaciones de todo accionista: cumplir con el desembolso de las aportaciones en la oportunidad fijada a tal efecto, que es la principal; colaborar con la sociedad; y guardar observancia de los estatutos y de las leyes. Con relación al tema del desembolso de las aportaciones, señala que la cesión de la acción suscrita y no pagada no libera al cedente, y que tanto cedente como cesionario son solidariamente responsables ante la sociedad. La obligación de colaboración del accionista tiene características especiales; su participación obligada en las asambleas, si bien posee un carácter de voluntariedad, conlleva como sanción la necesaria adhesión a los acuerdos adoptados por la mayoría, manifestándose también esta obligación en el deber de lealtad que la sociedad impone al accionista y que determina que deba abstenerse de intervenir en deliberaciones en las que pueda haber un conflicto entre el interés social y su interés personal. Finalmente, la obligatoria observancia de los estatutos y las leyes será el marco dentro del cual corresponda al accionista pronunciarse en las deliberaciones sociales.

En el contexto del contrato de sociedad, la obligación esencial del socio consistirá en cumplir con el desembolso de los aportes. El contrato social puede prever otras obligaciones como la de participar en la administración de la sociedad o de abstenerse de competir con ella. Estas últimas obligaciones, a diferencia del desembolso del aporte "no hacen a la esencia de la participación como socio y se

manifiestan a lo largo de la vida de la sociedad, no como obligaciones inmediatas que coexisten con la constitución de la sociedad" (SOI. Otras obligaciones son impuestas al socio por la ley o por circunstancias no derivadas del contrato social ni vinculadas al estado de socio, como es el caso de la obligación asumida por un socio frente a la sociedad por el crédito que le ha sido otorgado por esta última.

Nuestra LGS deja de manifiesto dos claras obligaciones del accionista: cumplir con el pago de los dividendos pasivos y someterse a los acuerdos adoptados por las juntas generales.

Conforme al artículo 78 de la LGS "el accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación". Producida la mora automática, desde el instante en que se incumple con el pago del dividendo pasivo, la sociedad puede recurrir él cualquiera de las dos opciones que contempla el artículo 80: demandar judicialmente el pago en la vía ejecutiva o enajenar las acciones del accionista moroso por cuenta y riesgo de éste.

Las consecuencias de la mora están reguladas en el artículo 79, que determina que el accionista moroso queda impedido de ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya sido pagado en la forma y plazo señalados. Tales acciones no se computarán para formar el quórum, ni para establecer las mayorías en las votaciones. Tampoco tendrá el accionista moroso, respecto de dichas acciones, el derecho de suscripción preferente, se trate de nuevas acciones o de obligaciones convertibles. La sociedad queda facultada para amortizar los dividendos pasivos del accionista moroso con cargo a los dividendos que le correspondan por las acciones de su propiedad que se encuentren íntegramente pagadas o por la parte pagada de sus acciones. Si el pago es en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad venderá lo uno o lo otro, en ejecución forzada, y aplicará el producto a estos mismos fines.

El artículo 111 de la LGS establece que "Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la Junta general}": Esto es un principio reconocido genéricamente por las distintas legislaciones societarias, toda vez que se corresponde con la estructura misma finalidad anónima: la decisión de las mayorías es la que obliga a todo accionistas. Se entiende, evidentemente, cuando el acuerdo es válido y no está viciado de nulidad.

(1) DE SOLA, Aené. "La protección de las minorías en la compañías anónimas". Caracas, 1951.

(2) HALPERÍN, Isaac. "Manual de Sociedades Anónimas.", Buenos Aires. 1963.

(3) BRUNETTI, Antonio, "Tratado del Derecho de las Sociedades.", Buenos Aires. 1960.

(4) SÁNCHEZ, Aníbal. "La acción y los derechos del accionista". En: Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles, dirigido por Rodrigo Uría. Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 1994. Pág. 115.

(5) ELÍAS, Enrique. "Derecho Societario peruano". Lima, 1999. Págs. 235 Y ss.

(6) ELÍAS. Enrique. Op. cit. Pág. 234.

- (7) GARRIGUES, Joaquín. "Manual de Derecho Comercial-. Tomo 1. México, 1979. Pág. 519.
- (8) SASOT y SASOT. "Sociedades Anónimas. Los dividendos". Buenos Aires, 1985. Págs. 19 y ss. (9) CABANELLAS, Guillermo. "Derecho Societario". Tomo 5. Buenos Aires, 1997. Pág. 87.
- (10) ZALDÍVAR. "Cuadernos de Derecho Societario". Buenos Aires, 1973.
- (11) ELÍAS. Enrique. Op. cit. Págs. 110 y ss.
- (12) SÁNCHEZ. Aniba!. Op. dl. Pág. 121.
- (13) SÁNCHEZ, Anibat Op. cil. Pág. 128.
- (14) CABANELLAS. Guillermo. Op. dl. Págs. 404 y ss.
- (15) SENA. "El voto en las asambleas de la sociedad por acciones". Milán, 1961.
- (16) ALBORCH BATALLER. "El Derecho de Voto del Accionista". Madrid, 1977. Pág. 133.
- (17) URÍA, Rodrigo. "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles". Madrid, 1992.
- (18) CABANELLAS, Guillermo. Op. cil. Pág. 412.
- (19) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. Pág. 417.
- (20) ELÍAS, Enrique. Op. dl. Pág. 292.
- (21) PEDROL RIUS. "La anónima actual y la sindicación de acciones". Madrid, 1969. Págs. 333 y ss.
- (22) ELÍAS, Enrique. Op. cil. Págs. 41 y 42.
- (23) FISHER. "Las Sociedades Anónimas".
- (24) ELÍAS, Enrique. Op. cil. Pág. 221.
- (25) CABANELIAS, Guillermo. Op. dl. Pág. 513.
- (26) SASOT y SASOT. "Sociedades Anónimas. Las Asambleas", Buenos Aires, 1978. Pág. 248.
- (27) JAEGER. "El voto divergente en la sociedad por acciones". Milán, 1976. (28) JAEGER. Op. cil. Pág. 516.
- (29) CABANELIAS, Guillermo. Op. cil. Pág. 517.
- (30) ELÍAS. Enrique. Op. cil. Pág. 187.
- (31) VERÓN. "Sociedades comerciales". Buenos Aires, 1982.
- (32) BAIGÚN Y BERGEL. "El fraude en la administración societaria". Buenos Aires, 1981.
- (33) HAIPERiN. "Manual de Sociedades Anónimas".
- (34) URiA, Rodriga. Op. cit. Pág. 336.
- (35) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. Pág. 556.
- (36) EÚAS. Enrique. Op. dl. Pág. 352.
- (37) EÚAS. Enrique. Op. cil. Pág. 353.
- (38) URÍA, Rodriga. "Impugnación de los acuerdos sociales". En: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Tomo V. Pág. 305.
- (39) ELÍAS. Enrique. Op. dl. Pág. 373.
- (40) URiA, Rodriga. Op. cit. Pág. 316.
- (41) ZALDÍVAR. "Cuadernos de Derecho Societario". Sueros Aires, 1973. Pág. 140.
- (42) SÁNCHEZ, Andrés. "El derecho de susaipción preferente del accionista". Madrid, 1990. Pág. 78.
- (43) ELÍAS. Enrique. Op. cil. Pág. 507.

- (44) FERRO ASTRAY. "Sobre el derecho de receso y la determinación del valor de las acciones reembolsables", Buenos Aires, 1976, Pág, 10.
- (45) ESCUTI, Ignacio. "Receso, exclusión y muerte del socio", Buenos Aires, 1978. Pág. 140.
- (46) ASCARELU. .Sociedades y asociaciones comerciales.. Buenos Aires, 1947. Pág. 228.
- (47) BRUNETTI, Antonio. "Tratado de Derecho de las Sociedades.. Buenos Aires. 1960. Pág. 485.
- (48) ESCUTI, Ignacio. Op. cit. Pág. 19.
- (49) BRUNETTI, Antonio. Op. cit. Pág. 539.
- (50) CABANEILAS, Guillermo. Op. cit. Pág. 588.

EL DIRECTORIO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS

- Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO

I. GENERALIDADES

Las sociedades anónimas, como ficciones jurídicas creadas por el hombre para la realización conjunta de actividades económicas, requieren necesariamente de la intervención de órganos internos que coadyuven a la consecución de sus fines sociales, permitiendo su actuación y representación frente a terceros, frente al Estado y a sus propios accionistas, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría refieren al respecto que el órgano de administración en las sociedades anónimas, entendido como un órgano ejecutivo y representativo a la vez, es necesario tanto para constituir a la sociedad como para su ulterior funcionamiento; y debe ser permanente porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución del objeto social, que no puede sufrir solución de continuidad(1).

Asimismo, sostienen que el órgano administrativo(2) desempeña la más importante función en el seno de la sociedad, al ejecutar los acuerdos de la junta general y adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de su propia competencia, siendo su actuación acertada o desacertada, crucial para la prosperidad, o fracaso y ruina de la sociedad.

En efecto, de acuerdo a lo expuesto, esta importancia se verá acrecentada en las grandes sociedades anónimas (típicamente en las bursátiles), en las que el órgano de administración suele concentrar y unificar en sus manos el control absoluto sobre la marcha de la empresa, por la habitual dispersión de los pequeños accionistas, su ausentismo y desinterés en la gestión.

A efectos de entender el papel que desempeña el consejo directivo, denominado directorio en nuestra legislación, deberá tomarse en cuenta la clasificación propuesta por el tratadista español Joaquín Garrigues(3), según la cual en la administración de la sociedad concurren:

- a) Los órganos de representación frente a terceros, encargados de la ejecución de los negocios en curso;
- b) Los órganos de vigilancia, ocupados de examinar la gestión de los primeros; y finalmente,
- c) Los órganos deliberantes de gestión interna, en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social a la que están sometidos los demás órganos, respecto de su nombramiento, actuación y revocación del encargo.

En cuanto a los administradores de la sociedad, el referido tratadista refiere que conforme a su naturaleza jurídica, como sociedad colectivista en la que

participan pluralmente sus socios, es necesaria la separación entre la propiedad de la empresa en sentido económico, y su dirección.

Ello se observa claramente analizando el sistema legislativo francés tradicional, y el sistema germánico, que disponen si bien de forma diferente, la existencia en el primer caso de un órgano unitario colegiado de administración a manera de consejo, y en la experiencia germánica la separación de las funciones administrativas y representativas encarnadas en la dirección del consejo de administración, de las funciones fiscalizadoras encarnadas en el consejo de vigilancia, como órgano permanente de la sociedad; en los que se prevén esquemas de administración de las operaciones internas de la sociedad.

El jurista argentino Mario A. Rivarola, en su libro sobre Sociedades Anónimas(4) hace una interesante distinción entre la organización jurídica de la sociedad anónima y la organización administrativa y técnica, señalando que son dos materias independientes la una de la otra.

La primera está integrada por los órganos sociales a través de los cuales la sociedad se vincula jurídicamente con terceros para desarrollar su objeto social, organización que exige que la sociedad esté perfectamente constituida según las exigencias de la ley, y la segunda está conformada por los técnicos y trabajadores que laboran para la empresa.

Organización Jurídica de la Sociedad Anónima

Órgano de
Propiedad

DIRECTORIO

Organización
Jurídica

GERENCIA

Órganos de
administración
y gestión

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y TÉCNICA

La indicada diferenciación nos permite apreciar claramente la importancia de ambas organizaciones, cada una en su materia, correspondiéndole a la organización jurídica las relaciones de la sociedad con terceros, a diferencia de la organización administrativa y técnica que es una estructura interna de la sociedad que tiene que ver con su eficiencia y con su operatividad laboral.

Según Rivarola(5) la organización administrativa y técnica deberá tener siempre como base la organización jurídica, servirse de ésta, y ajustar a ella las necesidades comerciales de la empresa.

II. EL DIRECTORIO COMO ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LAS SOCIEDADES

1. Concepto y naturaleza jurídica

Por su propia naturaleza, debemos entender al directorio como un órgano subordinado a la junta general, que cumple un rol fundamental en la marcha de la sociedad, toda vez que guarda directa relación con la aprobación de los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la sociedad, fija las políticas generales que deben ser ejecutadas a través de la gerencia y en suma es el órgano de administración de la sociedad.

La legislación española, y específicamente su Código de Comercio, contemplaba disposiciones que consideraban a los administradores de sociedades como mandatarios inamovibles. Actualmente, la normatividad se ha apartado de la tesis contractualista. relativa a la actuación de los mandatarios, para concebir la relación entre los administradores y las sociedades, como aquella propia de un órgano social.

Es en dicho supuesto que los administradores vienen a ocupar una posición orgánica con un contenido funcional mínimo e inderogable, al que se vincula un conjunto de facultades y de deberes típicos, imputándose directamente a las sociedades los actos realizados por éstos(6).

En cuanto a nuestra normatividad el artículo 153 de la ley precisa que el directorio es un órgano colegiado elegido por la junta general, con lo cual el legislador está adhiriéndose a la teoría organicista, al considerar al directorio como un órgano de gestión y representación de la sociedad anónima.

En efecto, dentro del diseño funcional de las sociedades anónimas, el Derecho Mercantil y Societario nacional han encargado la administración de éstas a un órgano colegiado especial denominado directorio, abocado a la, gestión y representación de la sociedad.

En puridad, en cuanto a su naturaleza y funciones, dicho órgano no difiere del consejo de administración francés o español, salvo en lo referente a su denominación, influenciada en nuestro caso por el Derecho anglosajón.

Sobre el particular se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 152 de la Ley General de Sociedades transcrito a continuación:

"Artículo 152.- Administradores.

La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247".

2. Composición del órgano de administración. Directorio

Según mencionáramos anteriormente, el artículo 153 de la ley establece que el directorio es un órgano colegiado, lo cual implica que debe estar integrado por una pluralidad de miembros en un número no menor de tres (3).

Del mismo modo, el artículo 155 de la ley establece en su primer párrafo que el estatuto de la sociedad debe señalar o bien un número fijo o bien un número máximo y mínimo de directores, lo cual constituye un importante cambio respecto a la ley anterior, ya que actualmente resulta necesario precisar dicha situación en el propio estatuto de la sociedad, y contemplar el mecanismo de determinación del número de directores.

Cuando el número sea variable, obviamente corresponderá a la junta general, antes de la elección, resolver sobre el número de directores a elegirse para el periodo correspondiente.

Debe resaltarse igualmente que la nueva ley, en la parte final del artículo 155, precisa que el número mínimo de directores es tres, con lo cual se adopta una posición firme al respecto, ya que por omisión de pronunciamiento de la ley anterior se suscitaron en la práctica múltiples discusiones de carácter notarial y registral, cuando algunas sociedades pretendían inscribir directorios conformados por dos miembros manifestando que con ese número cumplían con la pluralidad de miembros.

Otra precisión importante que también ha solucionado de plano cualquier tipo de discusión o debate sobre el particular es la norma establecida en el segundo párrafo del artículo 160, en el sentido que señala que el cargo de director únicamente puede recaer en personas naturales. Al igual que en el caso anterior, por una omisión de la ley derogada en el sentido de no pronunciarse sobre el particular, en muchas oportunidades, se lograron inscribir directorios integrados por personas jurídicas.

Es por lo expuesto que, al encontrarse expresamente prohibido el ejercicio del cargo a través de la participación de personas jurídicas, tales sociedades vienen reconstituyendo sus consejos directivos, designando a personas idóneas para estas funciones. con ocasión de la adecuación de sus normas estatutarias a las disposiciones de la nueva ley.

Finalmente, en cuanto a este punto, debemos recalcar que algunas legislaciones como la española, a través de su reciente Ley de Sociedades Anónimas de 1989, reconocen expresamente la posibilidad de que personas jurídicas participen en los Consejos de Administración, y ello ha sido comentado concretamente por Marta Pérez Díaz(7), a través de un trabajo en el que refiere expresamente como motivos o fundamento de dicha licencia normativa, los siguientes casos:

a) Se puede dar el caso de la pequeña sociedad anónima de capital reducido, cuyos accionistas no sintiéndose capacitados para llevar a cabo la administración

de la sociedad, encomiendan su gestión a entidades profesionales independientes, que normalmente suelen ser personas jurídicas que ofrecen al mercado sus servicios de administración y gestión de sociedades.

b) En la gestión de sociedades públicas y semipúblicas que adoptan la forma jurídica de las sociedades anónimas, en las que el único accionista o uno de los accionistas es el Estado o alguna entidad pública, pueden nombrarse personas jurídicas que los representen.

c) En los grupos de sociedades en los cuales una sociedad madre decide centralizar o armonizar la administración, para gestionar y administrar sus filiales a través de representantes en consejos de administración de las distintas sociedades del grupo

3. Condiciones para el ejercicio del cargo e impedimentos

Según el artículo 159 de la ley, el cargo de director, sea titular, suplente o alterno, es personal, salvo que el estatuto autorice la representación.

Es universalmente reconocido que un órgano de administración como es el directorio, constituye básicamente un órgano técnico, razón por la cual el cargo de director debe ser desempeñado por quien ha sido elegido a partir de sus calidades y cualidades personales.

Ciertamente, la ley resulta clara al respecto, pero no obstante ello, en el caso de que el estatuto de una determinada sociedad autorice la representación por intermedio de otra persona, tal situación deberá entenderse como de carácter temporal, especial y expresa, pues quien actúa en nombre de un director debe acreditar que se encuentra plenamente facultado para actuar, bastando para ello presentar cualquier medio escrito, toda vez que la ley no exige, formalidad alguna. Asimismo, es importante resaltar respecto del carácter temporal de la reo, presentación de un director, que en caso no observase dicha característica.

Nos encontraríamos ante supuestos distintos de actuación, tales como el de la suplencia o la alternancia, previstos expresamente por la ley.

De otro lado, el artículo 160 señala que no se requiere ser accionista para ser director, recogiendo con ello la tendencia moderna del gobierno corporativo de sociedades, en el cual se distingue el rol de la junta general de accionistas como órgano vinculado a la propiedad, con el rol del directorio como órgano responsable de la administración y gestión de la sociedad.

Dentro de esa tendencia, quienes son elegidos directores deben reunir los requisitos y condiciones que garanticen que la integración del mencionado órgano social se hará con profesionales de alto nivel, capacidad y experiencia reconocida. Sin embargo, la ley permite que el propio estatuto de la sociedad contenga alguna disposición que establezca como requisito indispensable para ser elegido director, ser accionista de la sociedad, situación que básicamente se da en sociedades anónimas familiares, impidiendo de esta manera que terceros no accionistas se enteren del movimiento interno de la sociedad,

Atendiendo a la importancia del directorio en la marcha de una sociedad anónima, y por ende, cautelando el escrupuloso proceso de selección de los candidatos a

directores, el legislador consideró indispensable que en la ley se incluyesen de manera expresa determinadas prohibiciones o incompatibilidades para ejercer el cargo, las cuales se han recogido en el artículo 161 de la ley. Tales incompatibilidades e impedimentos son aplicables a los sujetos detallados a continuación:

Los incapaces, para lo cual debemos remitimos necesariamente a las normas del Código Civil para conocer quiénes tienen capacidad de ejercicio y quiénes son incapaces.

. Los quebrados, debiéndose tener en cuenta al efecto que si bien actualmente bajo el sistema concursal vigente una persona natural puede ser declarada en quiebra, dicha situación viene a ser la última etapa de un proceso administrativo que se inicia con la declaración de insolvencia y que eventualmente puede culminar con la declaración y tramitación de la quiebra.

. Los que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio. Esta prohibición es absoluta y de carácter general, y se aplica a cualquier sociedad anónima encontrándose vigente hasta la fecha las normas que sobre este tema están incluidas en el Código de Comercio.

. Los funcionarios y servidores públicos que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades. Es pertinente señalar sobre esta causal que su redacción original ha sido modificada por la Ley N° 26981 del 11 de marzo de 1998, habiéndose pretendido con el nuevo texto aclarar la redacción original consiguiéndose un efecto contrario, ya que se ha incurrido en un serio error conceptual, cuando se exceptúan de la incompatibilidad los casos en que las personas naturales elegidas representen la participación del Estado en dichas sociedades. En efecto, cuando una persona es elegida director por cualquiera de las clases de acciones que lo hubiere elegido, se convierte en un director de la sociedad debiéndose conducir con plena independencia de criterio y representar únicamente los intereses de la sociedad y no los intereses de la clase de acciones que lo eligió.

. Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral. Adviértase al respecto que los supuestos de esta causal son específicos en el sentido

- de que-puntualiza que están incursos en ella quienes han demandado a la sociedad por cualquier concepto, con lo cual de hecho tienen contraposición de intereses, o quienes por haber sido directores o gerentes tienen en trámite una acción de responsabilidad iniciada por la sociedad o quienes estén impedidos por alguna medida cautelar.

. Los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente. Esta causal quiere decir de un lado que una persona no puede ser director de sociedades competidoras o que tengan intereses

opuestos en forma permanente, y de otro, tampoco, cuando una persona tenga cualquier tipo de conflicto de intereses de carácter personal con la sociedad.

En aquellos supuestos en los que alguna persona se encuentre en cualquiera de las situaciones que constituyen los impedimentos anteriormente mencionados, se encontrará ésta obviamente impedida de aceptar el cargo. Tratándose de impedimentos sobrevinientes, es decir, si tales incompatibilidades e impedimentos surgiesen luego de aceptado el cargo de director, el presentante incurso en dicha causal deberá renunciar inmediatamente a SU! funciones, y en caso no se cumpliera con tal deber, deberá responder por los daños y perjuicios que pudiere causar a la sociedad.

Del mismo modo, en tales supuestos los directores respectivos podrán ser removidos de inmediato por la junta general a solicitud de cualquier director o accionista, y en caso no se concrete dicha reunión, le corresponderá., directorio suspender al director incurso en el impedimento.

Ahora bien, en cuanto a la aptitud para el ejercicio del consejo, existen tipos especiales de sociedades anónimas, en los que por la peculiaridad o trascendencia de su objeto social, se imponen requisitos respecto del poder ser designado en dicho cargo. Tal es el caso, por ejemplo, sociedades anónimas que se encuentran bajo supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros, entre ellas las entidades financieras y las del sistema asegurador, las mismas que deben observar requisitos propios de sus actividades, y que requieren estándares mínimos en cuanto a las cualidades de los integrantes de sus consejos directivos(8).

4. Aspectos preliminares sobre la elección de los directores

En primer lugar, es preciso indicar que los primeros administradores de la sociedad -entre ellos los miembros del directorio- tendrán que ser nombrados con ocasión del acto constitutivo, y por ende, deben figurar necesariamente en la minuta de constitución y en la escritura pública fundacional correspondiente.

En efecto, así lo establecen de forma expresa los artículos 5 y 54 de la Ley General de Sociedades, transcritos parcialmente a continuación:

"Artículo 5.- (...) En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria".

"Artículo 54.- Contenido del pacto social El pacto social contiene obligatoriamente: (...) 5. El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores.

Ahora bien, tal como lo establece el artículo 153 de la Ley General de Sociedades, la designación del directorio corresponde necesariamente a la junta general, la cual no podrá delegar dicha obligación en algún otro órgano de la administración de la sociedad.

Es importante resaltar que tal designación responderá a criterios que contemplen necesariamente la representación de las minorías. Del mismo modo, dicha condición se verá reflejada al momento de designar a sus miembros, dado que

éstos deberán ser nombrados de acuerdo a la voluntad de los socios que cuenten con los derechos políticos necesarios para participar de tales acuerdos.

Analizando estas exigencias, existe además en nuestra opinión un criterio errado en el sentido de que en algunos casos, quienes son elegidos directores de una sociedad anónima, consideran que deben mantener una especie de cordón umbilical con los accionistas o con la clase de acciones que los ha elegido, y que por tanto deben mantener una suerte de lealtad y fidelidad frente a ellos, y proteger sus intereses. Sobre el particular consideramos que una vez que se formaliza y perfecciona la elección e integración del Directorio, se rompe dicho vínculo, de forma tal que los directores -cualesquiera que sea la clase de acciones que los eligió -los grupos de accionistas que participaron en su designación-, deberán actuar con plena independencia y contribuir con su experiencia y capacidad en la adopción de decisiones en función a los intereses de la sociedad anónima, que son los que deben siempre prevalecer, y no en función a los intereses de sus accionistas.

Ahora bien, en cuanto al proceso de elección e incluso de remoción de los miembros o de la totalidad de integrantes del Directorio, únicamente podrán intervenir en él todos aquellos titulares de acciones con derecho a voto, que asistan y participen en la discusión y votación de la correspondiente junta general de accionistas, según se desprende de lo establecido por el artículo 153, transcrito a continuación:

"Artículo 153.- Órgano colegiado y elección

El Directorio es un órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial" .

En principio, como ya se ha mencionado, será la junta general el órgano encargado de elegir al directorio, pero cuando una o más clases de acciones tengan derecho a designar a un determinado número de directores, la elección de éstos se hará en junta especial. En estos últimos casos cabe señalar que podría optarse por dos procedimientos distintos de elección, el primero de ellos consistente en el sometimiento del acuerdo del nombramiento al régimen ordinario de decisión (es decir, al resultado de la decisión de la mayoría absoluta de votos) observado en cada junta especial, o a la aplicación del sistema del voto acumulativo, respetándose el procedimiento comentado más adelante. Es importante señalar también que conforme al segundo párrafo del artículo 156 de la ley, a solicitud de los accionistas que elijan directores titulares por minoría o por clases de acciones, los suplentes o alternas serán elegidos en igual forma.

Desde el punto de vista casuístico, lo normal y frecuente es que la designación de los miembros del directorio se haga por unanimidad o consenso entre los accionistas, siempre y cuando la composición del directorio sea un fiel reflejo de la estructura accionaria de la sociedad. Asimismo, en la mayor parte de los casos,

estos nombramientos se realizan con ocasión de la reunión de la junta obligatoria anual, encargada de elegir, cuando corresponda, al directorio de la sociedad.

5. Elección mediante el voto acumulativo

El sistema del voto acumulativo constituye una excepción al procedimiento ordinario de elección de directores, tendiente a cautelar el derecho político de los accionistas minoritarios de participar en la designación de sus miembros, a efectos de que sean representados proporcionalmente en el seno del consejo directivo. Este sistema, en realidad, evita que los accionistas mayoritarios designen a su exclusivo arbitrio todos los puestos del directorio, eligiendo sistemáticamente a personas de su confianza, que probablemente respondan a sus instrucciones e intereses individuales.

Según refiriéramos anteriormente, como principio general, el artículo 164 de la ley ha establecido con carácter imperativo que las sociedades están obligadas a constituir su directorio con la representación de la minoría y en ese sentido, si en la nomina de candidatos se incluye proporcionalmente a representantes de la mayoría y de la minoría, es posible obtener unanimidad y consenso en su designación.

Sin embargo, en el supuesto de que no exista unanimidad o consenso, la ley ha previsto el procedimiento de elección a través del denominado sistema del voto acumulativo, el cual en la práctica ha tenido aceptación desde que se incluyó por primera vez en la Ley N° 16123.

A través de este sistema, que puede ser invocado por cualquier accionista que cuente con el derecho a participar en la elección del consejo directivo(9), cada acción da derecho a tantos votos como directores deben elegirse y cada votante puede acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre varios candidatos.

Según señaláramos líneas arriba, este sistema consagra una excepción a la regla que constituye la ecuación fundamental de una sociedad típicamente de capitales, como es la sociedad anónima, regla por la cual por cada acción se tiene derecho a un voto.

En este caso, si por ejemplo hubiere que elegir nueve directores en total, por cada acción se tendrán nueve votos, siendo en consecuencia un caso único y excepcional de voto plural previsto en nuestra legislación societaria.

Con este sistema serán elegidos los directores que obtengan mayor número de votos siguiendo el orden de éstos, y si dos o más personas obtienen igual cantidad de votos y no todas pueden formar parte del directorio por no permitirlo el número de vacantes fijada en el estatuto, se decidirá por sorteo cuál o cuáles de ellas serán los nuevos miembros del directorio.

Del mismo modo, dicho procedimiento permite a las minorías unirse en grupos y acumular sus votos a favor de una o más personas para alcanzar así, uno o más

puestos en el consejo directivo, con lo cual, si bien las minorías no podrán alcanzar nunca la mayoría en el directorio dado que ello desnaturalizaría la estructura funcional de la sociedad, les será posible nombrar representantes de su confianza a través de los cuales fiscalizarán la marcha del directorio y de la propia sociedad.

Finalmente, en cuanto a este punto, deberá tomarse en cuenta que el estatuto de una determinada sociedad podrá establecer un sistema distinto de elección, siempre que la representación de la minoría no resulte inferior a la prevista mediante el sistema acumulativo.

6. Remoción y vacancia del cargo

La remoción de uno o más miembros del directorio constituye una atribución de la junta general de accionistas, que no requiere motivación o causal alguna, en vista de que permite la depuración de aquellos miembros del directorio que por cuestiones derivadas de sus aptitudes profesionales o cualidades, no sean compatibles con los objetivos de la sociedad. A efectos de pasar a analizar estos casos, deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 154, transcrito a continuación:

"Artículo 154.- Remoción

Los directores pueden ser removidos en cualquier momento, bien sea por la junta general o por la junta especial que los eligió, aun cuando su designación hubiese sido una de las condiciones del pacto social".

Al respecto, Uría, Menéndez y García de Enterría refiere que con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados, lo mismos podrán ser separados del cargo por libre decisión de la junta por aplicación del principio de libre destitución o de revocabilidad ad nutum de los administradores, que se justifica por la relación de confianza que subyace en la designación de una persona, constituyendo esta atribución un genuino elemento estructural de la sociedad anónima(10).

Ahora bien, en lo referente a la vacancia del cargo de director, según el artículo 157 de la ley, ésta puede darse por las razones siguientes: fallecimiento, renuncia, remoción, o por la generación de una de las causales que constituyen los impedimentos o incompatibilidades señalados en el artículo 161 anteriormente comentado.

En el caso de fallecimiento del director, automáticamente concluye el encargo que como hemos visto, es de carácter personal.

En cuanto a la renuncia voluntaria del director, al ser éste un acto unilateral que se puede producir en cualquier momento y que incluso puede ser inmotivado, no requerirá de aceptación por parte de la sociedad, para que ésta produzca efectos. No obstante ello, deberá tenerse en cuenta en tales casos que, conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo 15 de la ley, a efectos de que se dé

publicidad a dicha dimisión, el ex director deberá procurar que la sociedad, por intermedio de sus representantes o principalmente del gerente general, inscriba su renuncia en el registro de la sociedad, y en el caso de que no lo hagan, contará con el derecho expedito de iniciar el trámite de inscripción, presentando al registro correspondiente una solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de una copia de la carta de renuncia que cuente con constancia notarial de remisión.

En el caso de la remoción, según manifestáramos anteriormente, éste es un derecho de la sociedad que puede ejercitar en cualquier momento sin necesidad, incluso, de sustentar las razones por las cuales se adoptó dicha decisión, y finalmente en el caso de los impedimentos que generen la vacancia, ya hemos comentado las consecuencias que se derivan por no renunciar inmediatamente cuando sobreviene esta causal.

Si no hubiere directores suplentes en una determinada sociedad y se produjese la vacancia de uno o más directores, se deberá aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 157 de la ley, relativo al procedimiento de cooptación.

El procedimiento de cooptación constituye el mecanismo en virtud al cual el propio directorio ejerce la potestad de elegir a los miembros reemplazantes para completar su número por el período que aún le resta, sin necesidad de convocar a una reunión de junta general de accionistas para tal fin.

Cabe señalar que este sistema de cooptación no operará en aquellos casos en los que en el estatuto hubiese establecido un mecanismo de recomposición del directorio distinto.

En el supuesto en que se produzca la vacancia de directores en un número tal que no pueda reunirse válidamente el directorio, los miembros hábiles asumirán provisionalmente la administración y convocarán de inmediato a la junta de accionistas para que elijan nuevo directorio, estableciendo además que de no hacerse esta convocatoria o de haber vacado el cargo de todos los directores, corresponderá al gerente general realizar dicha convocatoria y de no producirse ésta en los diez días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar al juez del domicilio social que la ordene a través de un proceso sumarísimo.

7. Clases de directores

Según la ley, existen tres clases de directores. En primer lugar se considera director titular al sujeto nombrado como tal por la junta general, siendo sus funciones de carácter permanente durante el lapso de vigencia de su nombramiento.

De otro lado, se considerará director suplente a aquel designado como tal en número fijo, de manera que le permita a la sociedad sustituir a cualquier director titular en caso fuere necesario. Por ejemplo, se podrán elegir diez directores titulares y tres suplentes respecto de la totalidad de miembros, de forma tal que de producirse una vacante, ésta será cubierta por el primer suplente y así sucesivamente.

Se consideran directores alternos a aquellos elegidos en función a uno o más directores titulares, a efectos de que participen alternativamente en los supuestos de ausencia o vacancia de aquellos específicamente fijados. en tal sentido, en estos casos se diferencian de la suplencia al elegirse estos últimos representantes respecto de la totalidad de miembros del directorio, y para proceder a reemplazar temporalmente a cualesquiera de ellos.

Salvo que el estatuto disponga de manera diferente, los suplentes o alternos sustituyen al director titular que corresponda, de manera definitiva en caso de vacancia, o en forma transitoria en caso de ausencia o impedimento"

8. Retribución

Si bien la tradición generó una regla implícita a seguir, respecto del carácter retributivo o remunerativo de las funciones del directorio, ya sea a través sumas fijas o de dietas por cada sesión o con un porcentaje de las utilidades, la ley anterior no establecía la obligación expresa de la sociedad de compensar a sus directores por las labores desempeñadas, con lo cual quedaba a criterio de la junta general ordinaria de accionistas fijar o no su retribución por cada ejercicio económico.

Con la nueva ley, se ha establecido específicamente en el artículo 166 que el cargo de director es retribuido, y que si el estatuto no prevé el monto de la retribución, corresponderá determinar éste en la junta obligatoria anual.

Tratándose de una retribución consistente en una participación de las utilidades, ésta solo puede ser detrída de las utilidades líquidas y, en su caso, después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio económico.

9. Sesiones del directorio y adopción de acuerdos

Conforme lo dispone el artículo 167 de la ley. le corresponde al presidente, o a quien haga sus veces, convocar al directorio en los plazos u oportunidades que señale el estatuto y cada vez que lo juzgue necesario para el interés social, o cuando lo solicite cualquier director o el gerente general, estableciendo además que si el presidente no efectúa la convocatoria dentro de los diez días siguientes o en la oportunidad prevista en la solicitud, la convocatoria la hará cualquiera de los directores.

Cabe señalar que acertadamente nuestra actual ley contempla una regla equivalente a la de la junta universal de accionistas, establecida en el artículo antes comentado. en virtud a la cual no será necesaria la convocatoria y se podrá prescindir de ella, en aquellos casos en que se encuentren reunidos la totalidad de miembros del directorio, acuerden por unanimidad sesionar, y establezcan los asuntos que tratarán en dicha reunión.

En cuanto a la formalidad de la convocatoria, ésta se deberá efectuar por la forma que señale el estatuto, y en su defecto, mediante esquelas dirigidas a cada

director, con cargo de recepción. Dicha convocatoria deberá efectuarse con una anticipación de tres días de la fecha señalada para la reunión, debiéndose expresar claramente en ella el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos a tratar. Por la importancia y trascendencia del rol que cumple cada director en el seno del órgano social, la ley ha previsto que cualquiera de sus miembros podrá someter a consideración del directorio los asuntos que crea de interés para la sociedad.

En cuanto al quórum de asistencia, según el artículo 168 de la ley, éste es de la mitad más uno de sus miembros y si el número de directores fuere impar, el quórum se computará en función al número entero superior al de la mitad, dejando a salvo la posibilidad de que a través del estatuto se establezca un quórum mayor en forma general, o para determinados asuntos.

Respecto a la adopción de acuerdos, cada director tiene derecho a un voto, acordándose éstos por mayoría absoluta de votos de los directores participantes. Cabe señalar igualmente, que el estatuto podrá establecer mayorías más altas. Se ha establecido asimismo que las resoluciones tomadas fuera de sesión de directorio por unanimidad de sus miembros, tendrán la misma validez que aquellas que hubieren sido adoptadas en ésta, siempre que sean confirmadas por escrito por sus miembros.

Una interesante novedad que trae la nueva ley respecto a los acuerdos es que el estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales a través de medios escritos, electrónicos o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad de la manifestación de voluntad de sus usuarios, como por ejemplo el uso de facsímil. Sin embargo, cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento, y exigir la realización de una sesión presencial.

10. Obligaciones del directorio

En primer lugar, resulta importante resaltar la función representativa del directorio, emanada de sus propias funciones orgánicas, la misma que no puede ser postergada ni excluida por la junta general de accionistas, y que debe ser enmarcada en el ejercicio de aquellos actos que se encuentren dentro del ámbito de actividades comprendidas en el objeto social, debidamente delimitado por los estatutos.

En tal sentido, el directorio cuenta con las facultades de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general(11).

Entre otras funciones al directorio le corresponde:

- . Presentar los estados financieros a la junta general de accionistas.
- . Efectuar informes periódicos respecto de la marcha de la sociedad.
- . Cada director tiene el derecho a ser informado por la gerencia sobre todo lo relacionado con la marcha de la sociedad (art. 173).
- . Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor, se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si puede presumirse

la pérdida, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general de accionistas e informarle de dicha situación (art. 176).

. Igualmente, si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos o si se presume, el directorio debe convocar inmediatamente a la junta general de accionistas, para informarle sobre la situación y dentro de los 15 días siguientes debe llamar a los acreedores y solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad (art. 176).

III. RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO

1. Aspectos preliminares

A propósito de un debate suscitado entre los miembros de un Tribunal Arbitral, al interior de un proceso en marcha, surgió la inquietud por conocer con claridad los alcances y límites de la responsabilidad que asumen quienes integran el directorio de una sociedad anónima, e identificar con ello todos los supuestos en los cuales expresa o tácitamente se deriva algún tipo de responsabilidad para quienes son miembros de dicho órgano social, y que por tal consideración los actos de los directores ya sea por acción u omisión, generen daños en contra de la sociedad, accionistas o terceros.

A decir de Esteban Velasco(12), si partimos de una rígida concepción de la teoría orgánica(13) en el campo de las personas jurídicas, no parece tener fácil encaje un precepto que hace directamente responsables a los administradores, por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones, siempre que el acto se inserte en una relación o actividad dirigida a realizar el objeto social.

Existen en doctrina diversas posiciones al respecto, que llevan a incluir, incluso como responsables de los actos realizados por uno o más de los miembros del directorio, a las sociedades representadas.

Al respecto, nuestra legislación no hace ninguna alusión, por lo que a nuestro entender, tales supuestos deberán ser objeto de debate en los fueros judiciales o arbitrales correspondientes, a partir del nivel de interrelación entre el director(es) que hubiere(n) perpetrado el hecho perjudicial en contra de algún accionista o tercero, y la propia sociedad.

De otro lado, deberá tomarse en cuenta que la responsabilidad individual de los administradores de los directores o colectiva (de todo el consejo directivo), surge básicamente en los supuestos siguientes:

a) Ante la comisión de actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales. Dado que el simple hecho de incumplir o no una ley o los estatutos, implicará cierto grado de negligencia que dependerá de la importancia de tal disposición.

b) Por actos realizados sin la diligencia necesaria para desempeñar el cargo. En el presente supuesto, deberá apreciarse que en función a las aptitudes y cualidades especiales para el desempeño del cargo, la ley exige, en el artículo 171, una diligencia mayor a la ordinaria a los miembros del directorio, en tanto requiere que el cargo sea desempeñado como un ordenado comerciante y representante leal.

c) Por la realización dolosa de actos lesivos a la sociedad.

Para efectos de atribuirle responsabilidad a uno o más miembros del directorio, no bastará con invocar alguno de los supuestos antes señalados, ni acreditar el acaecimiento de un daño o perjuicio en contra de la sociedad, los accionistas o terceros, sino que deberá acreditarse necesariamente el nexo causal de éste con la actuación culposa o dolosa de los acreedores, de acuerdo a la doctrina moderna de la responsabilidad civil.

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias de dicha responsabilidad, parte de la doctrina minoritaria plantea la tesis por la cual la misma responsabilidad limitada de quienes son accionistas de una sociedad anónima -que alcanza hasta el monto de sus aportes-, debería hacerse extensiva, y por ello debería también proteger a quienes son directores, en tanto son elegidos para representar a la propia sociedad, resultando injusto que en la actual Ley General de Sociedades existan algunos supuestos específicos en los cuales los directores asumen responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, a diferencia de la responsabilidad limitada que asumen quienes son accionistas de la sociedad.

El tema parece simple pero en realidad surgen diversas implicancias importantes de destacar antes de pasar a comentar específicamente cada uno de los supuestos establecidos en la Ley General de Sociedades. A continuación, pasamos a detallar tales supuestos:

Suele suceder que en algunos casos, personas naturales que son accionistas de la sociedad son a la vez directores de éstas, y en tales ocasiones, confluyen dos diferentes escenarios en cuanto a la responsabilidad, ya que de un lado, como titulares de las acciones, responden de manera limitada, únicamente hasta el monto de sus aportes, y de otro lado, respecto de los actos derivados de sus cargos y funciones de directores, expresa o tácitamente establecidos en la LGS, responden en forma personal¹, y en algunas situaciones tal responsabilidad es solidaria e ilimitada.

Ello se explica en razón a que existen, en tales casos, diferencias importantes en la causa generadora de la responsabilidad, en el sentido de que en el primero de los escenarios surge un riesgo inherente a la inversión de capital, materializado al consumarse y perfeccionarse los aportes; y en el segundo, se supone que quienes son elegidos directores han aceptado el cargo en razón a que supuestamente reúnen las condiciones y calidades personales necesarias para integrar un cargo eminentemente técnico, debiendo desempeñar tales cargos con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal conforme lo establece el primer párrafo del artículo 171 de la LGS.

En cuanto a la responsabilidad de los directores y no obstante que integren un órgano colegiado, en nuestra opinión ésta viene a ser personal y no colectiva, ya que en el propio artículo 177 de la LGS se señala que "los directores" responden ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros, por los

daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. En consecuencia, los directores deberán asumir la responsabilidad derivada de su actuación dentro del órgano por todos aquellos actos en los que inálVidualmente intervengan o por acuerdos que se adopten con su voto, ya que al momento de producirse la votación, perfectamente pueden salvar su responsabilidad por un acto o acuerdo del directorio pidiendo al efecto que conste en el acta su oposición al acuerdo y, si ello no fuera posible, la misma ley en su artículo 170, les ha concedido un plazo de 20 días útiles después de realizada la sesión, para pedir que se adicione al acta su oposición al acuerdo.

Respecto al tema de la regulación de la responsabilidad de los directores, Enrique Elías Laroza(14), al comentar el artículo 178 de la LGS, puntualiza en el hecho de que la doctrina coincide en que la responsabilidad de [os directores debe ser legislada con el máximo rigor y que según el Derecho comparado hay una fuerte inclinación a agravar la responsabilidad de los directores y que en diversas legislaciones se señalan los casos, las formas y las causales que determinan su responsabilidad, tanto en el campo civil como en el penal, opinando al respecto que si bien debe evitarse el abuso de poder por parte de directores a través de normas rigurosas sobre responsabilidad, tampoco se debe propugnar una amplitud excesiva de exigencias de responsabilidad que generen incertidumbre e injusticias al propiciar un juzgamiento apresurado, reiterativo y malicioso, debiéndose por ello encontrar un adecuado balance entre las dos posiciones, lo cual se ha logrado conseguir en la Ley N° 26887, ya que en ella no se propicia el abuso en las demandas de responsabilidad por causales intrascendentes o de poca importancia, pero sí se abre la opción de exigirles a los directores que respondan por los actos o conductas que originen daños y perjuicios a la sociedad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores por el incumplimiento de sus obligaciones, en una primera etapa ya superada, se sostuvo que ésta se asemejaba a la responsabilidad contractual del Derecho Civil, toda vez que los directores ejercen un mandato con representación que solo puede ser entendido adecuadamente dentro de las- relaciones orgánicas en que se encuentra la unidad colegiada o corporativa que es el directorio.

Tal responsabilidad contractual, por tener carácter civil, solo se configura cuando el incumplimiento de las obligaciones acarrea daños a la sociedad, a sus accionistas o a sus acreedores.

Ahora bien, en relación a la responsabilidad del directorio como unidad jurídica, es necesario referimos a la posición predominante de la doctrina societaria moderna, que respalda la llamada teoría organicista, la misma que se sustenta destacando la relación existente entre la persona jurídica y el órgano social, configurando una relación orgánica en el sentido de que existe una compenetración intrínseca entre la sociedad y sus órganos, que difieren en esencia de las relaciones contractuales entre representante y representado.

Esta corriente difiere de otras posiciones institucionalistas o contractualistas, las mismas que restan importancia al directorio como órgano social y sustentan sus opiniones considerando que los directores están relacionados con la sociedad o con sus accionistas en virtud a contratos de mandato o de locación de servicios. En nuestra opinión la teoría organicista es la que más se ajusta a la definición de la naturaleza jurídica del directorio, coincidiendo con ella cuando señala que si bien la Ley General de Sociedades no menciona expresamente una posición al respecto, al referirse al directorio como un órgano colegiado que tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, nos conduce a establecer que se encuentra dentro de la teoría organicista; toda vez que los actos de comercio y/o cualquier acto jurídico llevado a cabo por el directorio se realizan a nombre de la sociedad.

2. Alcances de la responsabilidad de los miembros del directorio

Respecto a los caracteres de la responsabilidad de los directores consideramos que cuando el artículo 171 de la ley establece que los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, está sentando las bases para una responsabilidad subjetiva. En lo concerniente a los daños y perjuicios causados, cuando en el artículo 177 de la LGS se señala que los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, accionistas y terceros por acuerdos a actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades y negligencia grave, se alude a una relación de causa-efecto reafirmando con ello el sistema subjetivista siendo en consecuencia una condición para el nacimiento mismo de la responsabilidad de los administradores, la existencia de un nexo causal entre los actos y acuerdos de los administradores y la existencia efectiva de daños y perjuicios.

3. Análisis de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General de Sociedades

A continuación, realizaremos un análisis exegético sobre los postulados y disposiciones que prevén expresamente supuestos de responsabilidad de los miembros del directorio.

a. Supuesto del artículo 7: actos anteriores a la inscripción de la sociedad

El artículo mencionado está relacionado con lo que vendría a ser una especie de convalidación de los actos celebrados con anterioridad a la inscripción en el registro de la nueva sociedad que se ha constituido, inscripción que como se sabe, genera el nacimiento de su personalidad jurídica. El artículo 7 en su primera parte establece con claridad los dos requisitos necesarios para dicha convalidación, que son la inscripción de la escritura pública de constitución en el registro y la ratificación por la sociedad dentro de los tres (3) meses siguientes a su inscripción.

El problema se presenta cuando los requisitos no se cumplen, en cuyo caso la ley señala que quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado, y frente a terceros. Si bien la ley no lo señala, se entiende que la ratificación debe ser expresa, es decir, que son los propios administradores, directores o gerentes en su caso 105 que deben propiciar que tal ratificación se realice, lo cual hay que reconocer que no sucede en la práctica.

En el caso de las sociedades anónimas, existe en la LGS el artículo 71 que está referido específicamente a quienes son fundadores 'de la sociedad anónima, de forma tal que si éstos han actuado en nombre de la sociedad, quedan liberados al vencimiento del plazo de tres meses anteriormente mencionado, señalando el mismo artículo que a falta de pronunciamiento expreso se presume que tales actos y contratos han sido tácitamente ratificados. En otras palabras, para quienes han ostentado la calidad de socios fundadores, la ley ha dado una solución, con la ratificación tácita o presunta, y para quienes no son fundadores no se ha pronunciado expresamente, lo cual significa que si fuere el caso que 105 ya designados directores en la escritura pública de constitución hayan actuado en nombre de la sociedad, no siendo éstos accionistas fundadores de la sociedad, asumen responsabilidad personal, solidaria e ilimitada frente a aquellos con quienes hayan contratado, y frente a terceros.

b. Supuesto del artículo 12 sobre responsabilidad por los actos ultra vires

El mencionado artículo está directamente relacionado con el objeto social y con 105 alcances de la representación. El objeto social viene a constituir el marco de referencia para la constitución y gestión de 105 órganos sociales y de 105 administradores. En el caso específico de la sociedad anónima, según el artículo 172 de la LGS el directorio tiene las facultades de gestión y de responsabilidad legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto. Una vez delimitado el objeto social elegido e incorporado en el pacto social y en el estatuto, será posible entender, como lo señala el propio artículo 11 de la LGS, aquellos actos que pueden considerarse incluidos en el objeto social por estar relacionados con él o porque coadyuvan a la realización de sus fines por existir un nexo o vinculación que así lo permita. No obstante la impermeabilidad y relativa flexibilidad de esta última norma legal, siempre habrá un marco de referencia que en definitiva resulta fundamental para, de un lado, juzgar y evaluar la responsabilidad de 105 administradores, directores y gerentes, y de otro, para identificar 105 actos y contratos que exceden el objeto social, llamados actos ultra-vires, así como las responsabilidades que se derivan de quienes lo han celebrado.

La LGS en su artículo 12 y en lo que se refiere a 105 actos ultra-vires lo que ha querido es proteger a 105 terceros de buena fe, ya que en su primer párrafo establece que la sociedad queda obligada hacia aquellos con quienes ha contratado, y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de 105 límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad, a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social; y lo que es más importante, en su

segundo párrafo, para compensar la responsabilidad que ha tenido que asumir la sociedad, establece que los socios o administradores, según sea el caso, los directores y gerentes de las sociedades anónimas, responden frente a ella por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles. En otras palabras, lo que la ley ha buscado en este artículo es establecer la responsabilidad al interior de la sociedad de quienes han excedido el objeto social, y no perjudicar a los terceros que de buena fe han contratado con ella.

c. Supuesto del artículo 1 a sobre responsabilidad por la no inscripción de la sociedad

El mencionado artículo señala expresamente que los otorgantes o administradores según sea el caso, es decir los directores y gerentes tratándose de sociedades anónimas, responden solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen como consecuencia de la mora en que incurran en el otorgamiento de las escrituras públicas u otros instrumentos requeridos, o en las gestiones necesarias para la inscripción oportuna de los actos y acuerdos que por su naturaleza son inscribibles.

En consecuencia, por el propio texto de la ley se infiere que la responsabilidad de los otorgantes y administradores es solidaria, y opera a favor de cualquier persona natural y jurídica que se haya perjudicado por la demora o retraso en el otorgamiento o inscripción de un acto o acuerdo de la sociedad. En nuestra opinión, en el caso específico de la sociedad anónima y habiéndose determinado la responsabilidad de los directores, o de alguno en particular que de manera especial haya recibido una delegación expresa, estarían legitimados para accionar contra ellos en primer lugar la propia sociedad, en segundo lugar los accionistas individualmente, y también los acreedores o terceros que hayan sufrido daños y perjuicios.

d. Supuesto del artículo 24 sobre los gastos necesarios para la constitución de la sociedad

El mencionado artículo introduce una innovación en la LGS en el sentido de que se faculta a los administradores de una sociedad bajo su responsabilidad personal, a atender gastos que sean necesarios para la sociedad en formación, una vez que se haya otorgado la escritura pública de constitución, y aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el registro, utilizando al efecto los aportes dinerarios que se hubiesen depositado en una entidad del sistema financiero nacional. Dicha norma es perfectamente entendible tratándose de sociedades de cierto volumen de operaciones, que ante la urgencia de realizar inversiones o gastos no puedan solventarlos con los recursos propios de los fundadores y que por ello ahora, bajo responsabilidad de los administradores, puedan disponer de los aportes.

Este supuesto de responsabilidad se encuentra estrechamente relacionado con los supuestos ya comentados, en relación con los artículos 7 y 18 de la LGS.

e. Supuesto del artículo 40 relacionado con la responsabilidad de los administradores en los casos de reparto indebido de utilidades

El mencionado artículo 40 es de gran importancia ya que señala en qué casos y bajo qué circunstancias las sociedades pueden distribuir utilidades, señalando como normas fundamentales que las sumas que se repartan en ningún caso pueden exceder del monto de las utilidades que realmente se obtengan, y que en los casos en que se hubiere perdido en ejercicios económicos anteriores una parte del capital, no se pueden distribuir utilidades en tanto que dicha parte del capital no sea reintegrado o reducido en la cantidad correspondiente.

Adicionalmente, dicho artículo establece sanciones para los casos en que se incurra en infracciones a estas normas fundamentales y en ese sentido señala que tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha en contravención con tales normas, accionando contra los socios que las hayan recibido, o alternatively exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado, estableciendo para, estos últimos responsabilidad solidaria.

Es importante mencionar al respecto, que el tratamiento de la leyes diferenciado cuando se trata de accionistas que actúan con mala fe, en cuyo caso son de aplicación las acciones anteriormente señaladas, pero tratándose de accionistas que hubiesen actuado de buena fe, solo estarán obligados a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los ejercicios siguientes, o con la cuota de liquidación que pudiera tocarles.

En lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de los administradores" es decir, responsabilidad de los directores y gerentes en el caso de sociedades anónimas, ella opera exclusivamente en los casos que se hubiere producido una colusión o connivencia con los accionistas, para falsear los estados financieros y propiciar con ello un reparto indebido de utilidades.

f. Supuesto de responsabilidad del artículo 76, sobre revisión del valor de los aportes no dinerarios

En el mencionado artículo se establece un procedimiento relacionado con la revisión del valor de los aportes no dinerarios, y en ese sentido señala que dentro del plazo de 60 días contados desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios.

En nuestra opinión, el legislador ha dejado de lado mecanismos utilizados en otras legislaciones tales como el del empleo obligatorio de peritos oficiales o de tasaciones encomendadas a entidades estatales y en su lugar de manera imperativa ha obligado al directorio a revisar dicha valorización, ya que la asignación de valores sobrevaluados genera perjuicios a la sociedad, a los demás accionistas y a los terceros. Esta revisión es independiente del informe de valorización que de acuerdo con el artículo 27 de la LGS debe insertarse en la

escritura pública donde conste el aporte no dinerario, y lo que pretende con ella es confirmar que los valores asignados a los aportes sean los más ajustados a los valores del mercado al momento en que éstos se hubiesen realizado.

Dicho artículo también señala que transcurrido el plazo de 60 días los accionistas tienen un plazo de 30 días adicionales para solicitar que se compruebe judicialmente la valorización de los aportes no dinerarios. En nuestra opinión, este plazo le permite al accionista solicitar la revisión, aun en el supuesto de que el directorio haya omitido realizar dicha revisión. No se trata en consecuencia de que necesariamente este derecho del accionista se utilice para contrastar o confrontar el resultado de una valorización hecha por el directorio, sino que pueda hacerse uso del mismo como un mecanismo para corregir una sobrevaluación de los aportes y de esa manera suplir una omisión o negligencia del directorio.

En nuestra opinión dicho artículo si bien señala una obligación del directorio no establece cuál es específicamente el tipo de responsabilidad que asume en los casos en que omita llevar a cabo dicha revisión o cuando actúa con arbitrariedad, y por tanto se trata de un claro supuesto de responsabilidad frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los terceros por los daños y perjuicios que se irroguen por dicha arbitrariedad o negligencia.

g. Supuesto del artículo 11 7, por no convocatoria a junta general a solicitud de los accionistas

El mencionado artículo establece que cuando uno o más accionistas que representen no menos del 20% de las acciones suscritas con derecho a voto, soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe publicar el aviso de convocatoria dentro de los 15 días siguientes de la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar y señala asimismo, que la junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de 15 días de la fecha de la publicación del aviso respectivo.

En la primera parte de dicho artículo estamos frente a un caso de convocatoria excepcional a pedido de los accionistas, ya que normalmente es el directorio el que está legitimado en su calidad de órgano de administración a convocar a junta por considerarla necesaria para el interés social. En el supuesto anteriormente mencionado, la iniciativa de la convocatoria parte de los propios accionistas, y el mismo artículo establece que en relación a dicha solicitud, cuando ésta fuese denegada por el directorio o la gerencia general en el caso de las SAC., o transcurriesen más de 15 días de presentada sin efectuarse la convocatoria, los accionistas que acrediten que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar el juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso. En caso de que el juez ampare la solicitud, ordenará la convocatoria, señalará el lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.

Ya sea por convocatoria regular a iniciativa del directorio o por convocatoria excepcional a pedido de los accionistas y en caso extremo por decisión del juez,

es claro que la junta general no puede autoconvocarse pues ello colisionaría frontalmente con la administración de la sociedad, dejando a salvo claro está el caso de las juntas universales. .

En nuestra opinión, en dicho artículo existe un vacío al no precisar qué tipo de responsabilidad recae en el directorio cuando de manera arbitraria y/o abusiva no le da intencionalmente trámite a un pedido de convocatoria hecho por los accionistas, obligándose a recurrir al juez. En tal situación, siempre existe la pretensión individual de responsabilidad de la cual gozan los accionistas para accionar contra los directores que lesionen directamente los intereses de aquéllos, pretensión que se encuentra regulada en el artículo 182 de la LGS.

h. Supuesto del artículo 162 relativo a impedimentos sobrevinientes

Hemos insistido en la importancia que tiene el directorio como órgano de administración de la sociedad, así como respecto a las condiciones y cualidades de quienes son elegidos miembros del mencionado órgano social con el propósito de comentar sus responsabilidades, y por ello es que, en general, en todas las legislaciones societarias se contemplan de un lado las calidades que deben reunir las personas designadas y la forma como deben desempeñar el cargo, y por otro lado, las prohibiciones, incompatibilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo. No es el caso analizar cada uno de los incisos específicos contenidos en el artículo 161 de la LGS, pero sí poner énfasis sustancial en lo establecido en el artículo 162, en el cual se establece que si una natural propuesta para ser director estuviera incurso en alguno de los impedimentos del artículo 161, no puede aceptar el cargo si es que el impedimento es preexistente, y debe renunciar inmediatamente si el impedimento fuere sobreviniente, y de no hacerlo responden por los daños y perjuicios que sufra la sociedad y serán removidos de inmediato por la junta general a solicitud de cualquier director o accionista. Se señala asimismo, en la parte final del artículo 162 que en tanto no se reúna la junta general, para la remoción aludida, el propio directorio puede suspender al director incurso en el impedimento.

En el supuesto materia del presente comentario hay una evidente responsabilidad individual del director incurso en cualesquiera que fuere el impedimento, y si efectivamente se demuestra la generación de daños y perjuicios, será la sociedad la que podrá iniciar la pretensión social de responsabilidad a que se refiere el artículo 181 de la LGS para de esta forma obtener un resarcimiento.

i. Supuesto del artículo 171 sobre el ejercicio del cargo de director

El propósito de este artículo cuando señala que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, es establecer un patrón de conducta con la finalidad de que cumplan a cabalidad su rol dentro del órgano de administración de la sociedad, de forma tal que con una actuación prudente, profesional y diligente, realicen todos los actos propios del objeto social.

El segundo párrafo obliga a los directores a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones. En nuestra opinión se debió fijar un plazo límite para este deber de reserva o en todo caso establecer distintos criterios en función al tipo de negocio o de actividad que realiza la sociedad; y de otro lado, consideramos que esta norma es necesaria para i. Supuesto del artículo 171 sobre el ejercicio del cargo de director

El propósito de este artículo cuando señala que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, es establecer un patrón de conducta con la finalidad de que cumplan a cabalidad su rol dentro del órgano de administración de la sociedad, de forma tal que con una actuación prudente, profesional y diligente, realicen' todos los actos propios del objeto social.

El segundo párrafo obliga a los directores a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones. En nuestra opinión se debió fijar un plazo límite para este deber de reserva o en todo caso establecer distintos criterios en función al tipo de negocio o de actividad que realiza la sociedad; y de otro lado, consideramos que esta norma es necesaria para evitar que los directores puedan causar daños a la sociedad por la divulgación de información privilegiada o reservada, razón por la cual si se generan daños por el resquebrajamiento de este deber de reserva y confidencialidad, el director incurriría en una causal de responsabilidad frente a la sociedad, accionistas y terceros y su caso se encuadraría dentro de los alcances del artículo 177 de la LGS.

j. Supuesto de responsabilidad del artículo 175 sobre información fidedigna

El mencionado artículo señala que el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público en general las informaciones suficientes, fidedignas Y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, financiera y económica de la sociedad, con lo cual se garantiza a los terceros que se vinculen con la sociedad el conocimiento veraz respecto a la marcha de la misma, información que le corresponde proporcionar al órgano de administración de la misma.

Consideramos que lo más importante es que el órgano de administración sepa discriminar y diferenciar respecto a qué tipo de información es conveniente o adecuado divulgar, y qué otra información debe ser considerada reservada o confidencial, en función a los intereses de la sociedad.

Respecto específicamente a las sociedades anónimas abiertas, el artículo 261 de la LGS consagra el derecho de los accionistas que representen no menos del 5% del capital pagado a solicitar información, y el directorio debe proporcionárselas siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad, debiendo CONASEV decidir en definitiva

sobre el contenido de la solicitud, y si procede o no suministrar la información solicitada.

Es importante señalar al respecto que la norma señala que la información debe ser suficiente, fidedigna y oportuna, y de no ser así los directores son responsables civil y penalmente por los daños y perjuicios que ocasionen a la sociedad.

k. Supuesto de responsabilidad del artículo 176 por el incumplimiento de las obligaciones en caso de pérdidas

En su primer párrafo este artículo obliga al directorio a convocar de inmediato a la junta general si advierte que los estados financieros correspondientes al ejercicio o a períodos menores, arrojan pérdidas de la mitad o más del capital o si debiera presumirse la pérdida.

En cuanto al segundo párrafo, cuya vigencia en cuanto a sus efectos nuevamente ha quedado en suspenso hasta el 31 de diciembre del 2003 por la Ley N°27610, éste señala que si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer al pasivo o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar a junta general para informarle de la situación y dentro de los 15 días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, debe llamar a los acreedores y solicitar, si fuere el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad.

En nuestra opinión, en su contenido integral este artículo consagra las obligaciones más importantes que asumen los directores de una sociedad anónima, ya que están directamente relacionadas con la situación económica y financiera de la sociedad y tienen que ver con su continuidad y supervivencia.. Los supuestos a los que se refiere este artículo son situaciones de extrema gravedad que exigen que el directorio actúe con la máxima diligencia y eficiencia, y si no lo hace asume graves responsabilidades, tipificándose una clara situación de negligencia grave que los hace pasibles de responsabilidad civil y penal.

l. Supuestos de responsabilidad ilimitada y solidaria del artículo 177

Este artículo señala de manera expresa que los directores responden ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados por dolo, abuso de facultades o negligencia grave, y señala también que es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Este artículo es de singular importancia, ya que en primer lugar precisa cómo responden los directores, en segundo lugar frente a quién responden, y en tercer lugar porque precisa las causas y razones de dicha responsabilidad.

Tratándose de actos o acuerdos contrarios a la ley o al estatuto, los directores son personalmente responsables por no cumplir las obligaciones que señalan la ley o

el estatuto, en los acuerdos que adopten o los actos que realicen. Es importante advertir al respecto que si bien la ley señala de manera expresa los supuestos en los cuales se genera una responsabilidad por los directores, hay numerosos casos en los cuales se establecen las funciones y atribuciones del directorio, pero no se señalan las responsabilidades que asumen por el incumplimiento de las mismas, con lo cual se configuran supuestos de responsabilidad tácita, como por ejemplo el incumplimiento del registro de los convenios a que se refiere el artículo octavo de la LGS, la no convocatoria oportuna a juntas, la inacción en la cobranza de los dividendos pasivos, la no emisión de acciones y sus correspondientes certificados, y muchos otros casos más.

En cuanto a la presencia del dolo, dependerá del caso concreto para efectos de su calificación y tipificación en el ámbito civil o penal, debiendo señalar que constituye requisito indispensable que la situación dolosa afecte a la sociedad, a sus accionistas o a terceros acreedores.

En cuanto al abuso de facultades, son muchos los casos que se pueden configurar, pero el más común es el aprovechamiento indebido y personalizado de los recursos propios de la sociedad.

Respecto a la negligencia grave, requiere que la actuación de los directores adolezca de diligencia y de profesionalidad en la misma, que deberá ser analizada en cada caso particular, dependiendo de la naturaleza de los negocios de la sociedad y de la magnitud de los daños.

Finalmente, en cuanto al incumplimiento de los acuerdos de la junta general, ello se deriva de su naturaleza propia como órgano de administración subordinado a la junta general, que es el órgano de mayor jerarquía, y precisamente por tal razón es importante que se haya incorporado en la ley el incumplimiento de los acuerdos de la junta general como causal de responsabilidad más aún cuando por tal incumplimiento se pueden generar daños y perjuicios a la sociedad, a sus accionistas o a terceros acreedores.

m. Supuesto de responsabilidad por omisión de denuncia

El propio artículo 177 anteriormente mencionado señala en su último párrafo que los directores son solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si conociéndolas, no las denunciaron por escrito a la junta general. Al respecto consideramos que esta omisión de denuncia hace al director cómplice y responsable de dichas irregularidades, por cuanto es su obligación revelarlas y divulgarlas a través de una denuncia que deberán hacer a la junta general. Este supuesto ha debido ser más específico y establecer plazos máximos para cumplir con dicha obligación, ya que de lo contrario la responsabilidad se extendería a períodos muy prolongados.

n. Supuestos de responsabilidad del artículo 179 sobre contratos, créditos, préstamos o garantías

El mencionado artículo 179 establece reglas precisas, requisitos y acciones para el otorgamiento por la sociedad de contratos, créditos, o garantías. En efecto, dichas condiciones o requisitos son los siguientes:

a) Un director si bien puede celebrar contratos con la sociedad, únicamente pueden versar sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros, y siempre que se concierten en las condiciones del mercado.

b) La sociedad solo puede conceder créditos o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros. Aun cuando la ley no mencione expresamente, entendemos que el legislador ha querido señalar que para estos créditos o préstamos, en el supuesto de que otorguen, se deben dar las mismas condiciones económicas que le créditos otorgados a particulares.

c) Excepcionalmente, en el caso de que se trate de otorgar a los directores créditos, préstamos o garantías que no reúnen los requisitos anteriormente mencionados podrán ser otorgados siempre y cuando el directorio los apruebe con el voto de al menos 2/3 de sus miembros, entendiéndose al efecto que no se trata de 2/3 del quórum reunido en el directorio, sino del número legal de directores.

Asimismo, el artículo 179 enfatiza que las reglas anteriormente mencionadas son aplicables cuando se trata de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de la empresa vinculada.

Lo que más interesa puntualizar al respecto es que en la parte final de dicho artículo se señala puntualmente que los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción a las reglas establecidas. Curiosamente omite señalar responsabilidad solidaria frente a los accionistas, no guardando por ello coherencia con lo establecido en el artículo 177 de la LGS:

o. Supuesto de responsabilidad del artículo 180 cuando existe conflicto de intereses

El mencionado artículo señala que los directores no pueden adoptar acuerdos que en lugar de cautelar el interés social, cautelen sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. En otras palabras, debe prevalecer el interés social sobre cualquier interés particular de los directores o de sus relacionados, y por ello los directores no pueden aprovecharse indebidamente de la información privilegiada que llega a su conocimiento y que esté relacionada con los negocios de la sociedad.

Adicionalmente, el artículo 180 señala que los directores no pueden participar por cuenta propia o de terceros con actividades que compitan con la sociedad, sin el

consentimiento expreso de ésta. En este aspecto el artículo omite señalar cuál es la forma a través de la cual se debe dar el consentimiento por parte de la sociedad, prescindiendo al efecto de que ello debería ser materia de un acuerdo de la junta general.

La norma también señala que el director que en cualquier asunto tenga intereses contrarios a los de la sociedad, debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

Lo más importante del citado artículo es el párrafo final, en el cual se señala que el director que contravenga sus disposiciones, es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad, pudiendo ser removido por el propio directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director, siendo innovador que la remoción del director incurso en este supuesto la pueda hacer el propio directorio o alternativamente la junta general a propuesta de cualquier accionista o director. En estos casos la sociedad puede iniciar la acción social de responsabilidad regulada por el artículo 181 de la LGS advirtiéndose que el acuerdo para iniciar dicha acción puede ser adoptado aunque no haya sido materia de la convocatoria.

p. Supuesto de responsabilidad del artículo 191 sobre la responsabilidad solidaria del gerente con los directores

Conforme lo establece el artículo 152, la administración de una sociedad anónima está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo en el caso de una sociedad anónima cerrada, la cual puede tener un régimen especial.

Asimismo, según dispone El artículo 191 de la ley, el gerente es responsable solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de dichos actos no informe sobre ello al directorio o a la junta general.

Dicho supuesto de responsabilidad solidaria es perfectamente entendible en razón a que es el gerente el que conoce todos los aspectos relacionados con la actividad cotidiana de la sociedad, siendo el interlocutor válido frente al directorio, y normalmente está a cargo de todo lo que se va a tratar en la agenda correspondiente, suministrando la información que sea necesaria. Por ello es muy difícil que no conozca los temas que se tratan en las sesiones del directorio. Es importante tener en cuenta sin embargo, que si bien el inciso tercero del artículo 191 señala que el gerente tiene la atribución de asistir con voz pero sin voto a las sesiones del directorio, se ha previsto como excepción que este último órgano social puede acordar sesionar de manera reservada, sin la presencia del gerente.

Conocida directa o indirectamente una irregularidad en la que se haya incurrido en la administración de la sociedad, en cualquiera de sus supuestos. ello obliga al gerente a denunciarla ante el directorio o la junta general, aun cuando no estén directamente vinculados con el acto u omisión que genera la irregularidad, de lo contrario incurren en responsabilidad solidaria.

q. Supuesto de responsabilidad del artículo 218 sobre devolución de aportes antes del plazo

Este artículo de la LGS está incluido dentro del artículo tercero de la sección quinta del libro segundo de la ley, relativa a la reducción del capital social; en el cual se establece que la reducción podrá ejecutarse de inmediato, cuando tenga por finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto, o cualquier otro motivo que no importe devolución de aportes ni exención de deudas de los accionistas, ya que en estos dos últimos casos, ella solo puede llevarse a cabo luego de transcurridos treinta (30) días desde la última publicación del aviso a que se refiere el artículo 207.

Al efecto, es pertinente señalar que todo acuerdo de reducción del capital debe expresar la cifra en que se reduce, la forma como se realiza, los recursos con cargo a los cuales se efectúa y el procedimiento por el cual se lleva a cabo, debiéndose publicar un extracto del acuerdo por tres veces con intervalo de cinco días.

El artículo 218 en su último párrafo señala que si se efectúa una devolución de aportes o una condonación de dividendos pasivos antes del vencimiento del plazo de 30 días, computables desde la publicación del último aviso, las entregas que se hagan no serán oponibles al acreedor, y los directores serán solidariamente responsables con la 'sociedad frente al acreedor que ejerciera el derecho de oposición normado por el artículo 210. Adviértase que en este supuesto de responsabilidad solidaria, a diferencia de los otros casos, se equipara en el mismo nivel de responsabilidad a la sociedad con sus directores, y se le da carácter solidario frente al acreedor que ejerza el derecho de oposición, por los daños y perjuicios derivados por una prematura reducción de capital.

r. Supuesto de responsabilidad del artículo 225 relacionado con la aprobación de la memoria y los estados financieros de la sociedad

Conforme lo señala el artículo 221 de la LGS, finalizado el ejercicio económico, el directorio debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de las utilidades si es que las hubiere, debiendo resultar de estos documentos con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido.

Sin embargo, el artículo 225 de la ley señala que la aprobación por la junta general de la memoria y los estados financieros no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores, con lo cual nuestra ley ha tomado posición contraria a la legislación comparada, por la cual se establece que la aprobación de cuentas significa automáticamente el descargo de las responsabilidades de los administradores. Es decir, aun cuando se aprueben dichos documentos, siempre queda a salvo la acción social de responsabilidad regulada por el artículo 181 , Y la posibilidad de que los accionistas y los acreedores emplacen judicialmente a los directores por las responsabilidades en

que hayan incurrido, y también quedan a salvo las acciones individuales de responsabilidad reguladas por el artículo 182, de acuerdo al cual los socios y terceros pueden interponer pretensiones de indemnización contra los directores que hayan lesionado directamente sus intereses.

s. Supuesto de responsabilidad de los directores establecido en el artículo 348 por la fusión

Previamente se debe señalar que el artículo 346 de la LGS establece, como una innovación muy necesaria, que el directorio de cada una de las sociedades que participan en la fusión, debe aprobar con el voto favorable de la mayoría de sus miembros, el texto del proyecto de fusión. Es en el artículo 348 en el cual se señala que la aprobación del proyecto de fusión por el directorio implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión.

Esta obligación específica establecida en el artículo 348 genera responsabilidad para los directores que la incumplan y tiene como propósito en nuestra opinión impedir que el órgano de administración de la sociedad obstaculice la fusión que en su momento debe acordar la junta general, ya que es responsable de organizar y manejar una reorganización societaria tan importante como es el caso de la fusión.

Es importante señalar asimismo, que en las juntas generales es obligación de los directores informar, antes de la adopción del acuerdo, sobre cualquier variación significativa experimentada por el patrimonio de las sociedades participantes desde la fecha en que se estableció la relación de canje, y si a pesar de ello el acuerdo se adopta, deberá contener de manera expresa las modificaciones del proyecto inicialmente aprobado.

t. Supuesto de responsabilidad de los directores establecido en el artículo 373 por la escisión

La fusión y la escisión se han regulado en la LGS de manera similar, aun cuando evidentemente se trata de dos figuras diferentes de reorganización societaria.

En el caso de la escisión, al igual que la fusión, el proyecto debe ser aprobado por el directorio y a partir de su aprobación, los directores están obligados a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda comprometer la aprobación del proyecto, o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones hasta que la junta general apruebe la escisión. En el caso de la escisión también se da la obligación del directorio de informar a la junta, antes de la adopción del acuerdo de escisión, de cualquier variación significativa experimentada en el patrimonio de las sociedades participantes, desde la fecha en que se estableció la relación de canje en el proyecto de escisión.

II. Supuesto del artículo 424 sobre sociedades irregulares

La ley anterior se ocupaba de este tema en el título único de la sección quinta del libro tercero, en los artículos 385 y 397. Si bien existe similitud en muchas de sus normas, se han introducido en la nueva ley importantes innovaciones que detallamos en los párrafos que siguen.

El artículo 423 hace una importante distinción cuando señala las causales de irregularidad y podría decirse que introduce por primera vez dos diferentes sociedades irregulares. Las primeras, que podríamos llamar "sociedades irregulares de hecho", que serían aquellas que no se han constituido e inscrito conforme a la ley, o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta como sociedad sin haberla constituido e inscrito; y las segundas, que llamaríamos "sociedades irregulares de derecho", que cuando menos han celebrado el pacto social, como veremos más adelante.

En cuanto a las primeras, estamos frente a las sociedades informales que realizan actividades económicas sin haber iniciado siquiera el proceso de constitución social, incluso con la clara intencionalidad de no hacerlo nunca; sin embargo, contratan con terceros con la apariencia de una sociedad. A éstas se les llama también "sociedades irregulares de origen", asumiendo los que participan en ella plena y total responsabilidad, personal, solidaria e ilimitada.

Respecto de las sociedades irregulares de derecho, el artículo 423 distingue seis diferentes supuestos, siendo los cuatro primeros acertadas novedades legislativas:

- . Cuando transcurren 60 días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de escritura de constitución.

- . Si han transcurrido 30 días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos haya solicitado su otorgamiento. Este supuesto se puede presentar únicamente en el proceso de constitución por oferta a terceros regulado en el artículo 56 Y siguientes de la ley, ya que el artículo 66 dispone que dentro de este plazo la persona o personas designadas para otorgar la escritura pública deben hacerla con sujeción a los acuerdos adoptados por la asamblea.

- . Cuando transcurren más de 30 días desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado su inscripción en el registro, plazo que coincide con el artículo 16 de la ley.

- . Cuando transcurren 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el registro.

- . Cuando la sociedad se ha transformado sin observar las disposiciones de la ley, causal que sí estaba incluida dentro del artículo 385 de la norma anterior.

- . Cuando la sociedad continúa en actividad, no obstante haber incurrido en la causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto, causal que se encontraba prevista en el artículo 385 de la anterior ley.

Se ha regulado de manera sistemática, cambiándose el orden a los temas referidos a las sociedades irregulares y, en ese sentido, antes de normar la forma

como se regularizan o disuelven las sociedades irregulares, se puntualizan en el artículo 424 los efectos que se derivan de la irregularidad, y en el artículo 425 la obligación de los socios de aportar.

En efecto, el artículo 424 precisa que los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando en nombre de la sociedad irregular, son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. Esta norma está referida a las irregularidades producidas por causal es sobrevinientes que afectan el futuro de sociedades debida y formalmente constituidas, debiéndose destacar que la redacción ahora es más técnica, ya que habla de "contratos y actos jurídicos" en lugar de "operaciones practicadas". Ahora bien, para las sociedades irregulares de origen, la responsabilidad recae en los socios.

Finalmente, en el artículo 424 se precisa que las responsabilidades establecidas comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos y omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros, pudiendo incluso los afectados plantear simultáneamente sus pretensiones por la vía del proceso abreviado.

V. Supuestos de responsabilidad de los directores por la segunda disposición transitoria de la Ley General de Sociedades

Como es de conocimiento público, con fecha 9 de diciembre de 1997 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 26887, por medio de la cual se aprobó la nueva Ley General de Sociedades (LGS), norma que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1998.

Como ya hemos mencionado en el rubro anterior, el artículo 424 de la ley establece que los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular se considerarán ilimitada, personal y solidariamente responsables civil y penalmente por los contratos y actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. Según la primera disposición transitoria de la LGS, las sociedades debían adecuar su pacto social y su estatuto á las disposiciones de la ley, en lél oportunidad de la primera reforma que efectúen a los mismos o, a más tardar, dentro de los 270 días siguientes a la fecha de su entrada en vigencia. Dicho acto se tendrá por cumplido con la suscripción de la escritura pública, sin embargo, su eficacia se encontraba sujeta a la inscripción en los Registros Públicos.

Posteriormente, mediante Ley N° 26977, publicada en el diario oficial El Peruano el19 de setiembre de 1998, se modificó la primera disposición transitoria de la LGS, ampliando el plazo para la adecuación de todas las sociedades a la LGS, hasta el31 de diciembre de 1999.

Más adelante, mediante Ley N° 27219, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 1999, se modificó la primera disposición transitoria de la LGS, ampliando el plazo para la adecuación de todas las sociedades a la LGS, hasta el 31 de diciembre de 2000.

Finalmente, por Ley N° 27388, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 2000, se modificó la primera disposición transitoria de la LGS, ampliando el plazo para la adecuación de todas las sociedades a la LGS, por última vez, hasta el 31 de diciembre de 2001.

Sin embargo, mediante la Ley N° 27673, publicada el 21 de febrero del presente año en el Diario Oficial "El Peruano", se ha establecido la posibilidad de regularizar a aquellas sociedades que no hayan adecuado oportunamente su estatuto social a las disposiciones de la Ley General de Sociedades -Ley N° 26887-, liberándolas de los efectos derivados de su condición de irregulares, dispuestos en la segunda disposición transitoria y en los artículos 424 al 432 de la ley.

En este orden de ideas, la norma bajo comentario dispone expresamente en su artículo único que las sociedades que adecuen su pacto social y estatuto a las disposiciones de la Ley General de Sociedades, no requerirán de convocatoria judicial para su regularización, según lo señalado en el artículo 426 de la ley, que consagraba las dos vías legales derivadas de dicha condición, la primera referente a su regularización mediante el acuerdo de junta general de accionistas convocado judicialmente por cualquier socio según lo estipulado en el artículo 119 de la ley, y la segunda relativa a la disolución y liquidación de la sociedad, adoptada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 426.

4. Pretensiones social e individual de responsabilidad

Ahora bien, es necesario distinguir los dos principales mecanismos que regula la ley para el ejercicio del derecho de imputación de responsabilidad por parte de los accionistas. En tal sentido, deberán distinguirse los siguientes:

- a) La pretensión social de responsabilidad, regulada en el artículo 181 de la ley; y
- b) La pretensión individual de responsabilidad, regulada en el artículo 182 de la ley.

En primer lugar, debe puntualizarse que ambos mecanismos tienen por objeto iniciar las acciones civiles necesarias para el resarcimiento de los daños incoados a la sociedad, producto de la actuación irregular o negligente de sus miembros.

Asimismo, debe precisarse que el ejercicio de ambas acciones, deberá iniciarse dentro de los dos años siguientes a la adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 de la ley.

a. Pretensión social de responsabilidad

En lo referente a la pretensión social de responsabilidad, este mecanismo constituye un acto colectivo adoptado por la sociedad como consecuencia de la afectación al interés social. En atención a ello, a efectos de ejercer dicha acción de responsabilidad contra cualquier director, a través de una demanda. en la vía civil, se requerirá un acuerdo de junta general de accionistas, adoptado con el voto favorable de accionistas titulares de la mayoría simple de acciones con derecho de voto; o la voluntad de accionistas titulares de cuando me nos un tercio de las acciones representativas del capital social.

La demanda deberá comprender las responsabilidades a favor de la Sociedad y no el interés particular de los demandantes, y en el supuesto de que sea ejercida por los accionistas representantes de cuando menos un tercio capital social, los actores(15) no deberán haber aprobado la resolución tomada por la junta general de no iniciar la acción. Obviamente, cualquier resarcimiento obtenido como consecuencia de la demanda entablada se reputará en beneficio de la sociedad y no propiamente de los actores.

Asimismo, se ha establecido de forma expresa la posibilidad de cualquier accionista de demandar directamente a los directores por la vía de la pretensión social de responsabilidad, si habiendo transcurrido tres meses desde la adopción del acuerdo favorable para el inicio de la acción, los representantes de la sociedad no hubieren cumplido con su presentación.

Cabe señalar que en el último párrafo del artículo 181 de la ley, se contempla la posibilidad de que los acreedores sociales planteen directamente a los directores alguna acción tendiente a reconstituir el patrimonio social, siempre que ésta no haya sido ejercida por la sociedad o sus accionistas y se amenace gravemente la garantía de los créditos. No obstante ello, resulta importante precisar que dicha acción no es propiamente una pretensión social, en vista de que aun cuando los efectos de ésta puedan ser beneficiosos para la sociedad, es ejercida por los acreedores y no por un grupo de accionistas.

b. Pretensión individual de responsabilidad Las pretensiones indemnizatorias individuales, destinadas a resarcir los daños y perjuicios generados en contra de los accionistas o algún tercero, pueden ser planteadas directamente por éstos en virtud a lo dispuesto por el artículo 182 de la ley.

En este supuesto nos encontramos ante un mecanismo de protección de un bien jurídico diferente, y por eso el perjudicado reclama para sí la indemnización de un daño sufrido directamente a su propio patrimonio.

Para el ejercicio de dicha pretensión bastará acreditar legitimidad, el acaecimiento de un daño o perjuicio patrimonialmente valorable y el nexo causal correspondiente, que en el presente caso constituiría la actuación irregular o indebida de alguno o todos los miembros del directorio.

5. Procedimientos de imputación en la vía penal

De otro lado, desde el punto de vista penal, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del Código Penal vigente(16), los miembros del directorio pueden ser sancionados con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, cuando realicen, en perjuicio de la sociedad, los accionistas o terceros, cualquiera de los actos siguientes(17):

- a) Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos, beneficios y pérdidas, o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
- b) Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
- c) Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones(18).
- d) Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
- e) Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
- f) Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar acerca de la existencia de intereses propios, que son incompatibles con los de la persona jurídica.
- g) Asumir préstamos para la persona jurídica.
- h) Usar, en provecho propio o de otro, el patrimonio de la persona.

Todos estos actos serán punibles siempre que hubieren generado algún perjuicio en contra de la sociedad, de algún socio o tercero, en vista de que la figura penal en cuestión constituye un delito de resultados.

IV. EFECTOS DE LA ACTUACIÓN IRREGULAR DE LOS DIRECTORES, APLICABLES A LA SOCIEDAD

En cuanto a los efectos aplicables a la sociedad, por la actuación del directorio, el derecho distingue a los actos acordes al objeto social, realizados por dichos representantes en su ejercicio funcional, frente a aquellos realizados en beneficio propio y perjuicio de terceros, de sus socios o de la propia sociedad mercantil.

Al constituir la sociedad anónima, una entelequia jurídica provista de derechos y deberes, en no pocas oportunidades sus representantes, socios, o alguna sociedad vinculada, obtienen provecho de dicha condición, en cuyos casos se ha previsto en la vía civil, como mecanismo de protección de los afectados, la posibilidad de allanar la personalidad jurídica de la sociedad.

Como bien refiere el tratadista español José Miguel Embid Irujo(19), la consecuencia más importante de la atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima, deviene en la irresponsabilidad de sus integrantes respecto de las deudas sociales. No obstante ello, existe cierta confusión en la doctrina nacional al tratar de asimilar los supuestos de aplicación del levantamiento del

velo o allanamiento de la personalidad, para atribuir responsabilidad de determinados órganos integrantes de la administración de una persona jurídica (Ej. en el caso de las sociedades anónimas los miembros del directorio y gerencia), en situaciones en las que hubieren actuado en abuso del derecho o de forma defraudatoria a los intereses y derechos de terceros y/o de los propios socios.

Sobre el particular, debemos precisar que tales situaciones no responden a los supuestos ni al ámbito de aplicación de la figura del allanamiento de la personalidad jurídica o del levantamiento del velo societario, dado que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra enmarcada en el incumplimiento de los deberes propios de sus funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la persona jurídica, mediante el amparo de su responsabilidad limitada, principalmente porque dicha condición jurídica no beneficia de forma directa a tales miembros de la administración, sino únicamente- en el caso de las sociedades anónimas- a una persona jurídica vinculada a ella que conduzca o domine sus actividades, o a sus propios accionistas.

Finalmente, respecto de la actuación de los administradores, y en el presente caso, de los miembros del directorio, nuestra normatividad penal ha previsto como consecuencias accesorias a la punición del delito perpetrado por la persona natural (20), determinadas sanciones, que no constituyen propiamente penas ni medidas de seguridad, sino que configuran un híbrido en nuestra legislación, que permiten su aplicación a las personas jurídicas que hubieren servido como herramientas del delito o como medios para su encubrimiento.

En tal sentido, el artículo 105 del Código Penal vigente, en función a la gravedad del delito, prevé entre otras sanciones la clausura del local o establecimiento de la persona jurídica, la suspensión o prohibición de realizar actividades, e incluso la disolución de la sociedad.

LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Hernando MONTOYA ALBERTI

I. INTRODUCCIÓN

La creación de la persona jurídica constituye un acto mediante el cual, por la voluntad de los interesados, a la que el ordenamiento jurídico reconoce aptitud para ello, se genera un ente diverso y autónomo, con capacidad de tener y mantener relaciones jurídicas activas y pasivas. Desde este punto de vista, la personalidad jurídica de los entes societarios se concreta en la configuración de un centro de imputación de relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas de quienes lo componen. En este sentido, puede hablarse de un carácter instrumental de la persona jurídica, en la medida en que su creación y capacidad, su desarrollo, su modificación y su extinción vienen condicionados por los dos factores: voluntad de los interesados y disposición de la ley. Esta naturaleza especial de la persona jurídica hace que su forma de extinción presente singularidades.

Por otro lado, obviando la voluntad de las personas interesadas en la creación de la persona jurídica, por imperio de la ley se dispone también la creación de personas jurídicas, las mismas que tendrán el carácter de persona jurídica de derecho público, a diferencia de aquellas otras personas jurídicas creadas por voluntad de las personas particulares o estatales, pero que tienen como origen un acto voluntario unificado.

La sociedad se crea por la convergencia de voluntades, y su inscripción en el Registro Público da lugar a la creación de la persona jurídica, dicha persona jurídica tiene vida propia e independiente de las personas que la constituyeron; permanece en tiempo hasta que se produce su extinción con la cancelación de la partida registral de su inscripción. Sin embargo, para llegar a esta situación, es necesario tras unirse por una declaración de voluntad y por un procedimiento que se inicia con el acuerdo de disolución adoptado en junta general de accionistas, conforme a los requisitos exigidos por la ley, y, luego se inicia el procedimiento de la liquidación ordenada de los bienes sociales, para llegar finalmente a la extinción de la persona jurídica.

La extinción de la persona jurídica se produce a lo largo de un proceso que empieza con una declaración de disolución, momento a partir del cual las relaciones jurídicas internas sufren una variación sustancial, pues con la disolución, la intención societaria queda resquebrajada, los socios ya no están dispuestos a continuar con una sociedad que desean desintegrar, pero que no lo pueden hacer en un solo acto, pues a través de la vida societaria se han generado diversas relaciones que deben ir desapareciendo con el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones asumidas en el tiempo.

En doctrina se suele señalar que la disolución es un presupuesto para la extinción de la sociedad anónima, en su doble vertiente contractual e institucional. La opción legislativa en el sentido de que la extinción de la sociedad no se produce de un modo inmediato, sino previa extinción de todas las relaciones jurídicas, obliga a separar el periodo de vida social normal, del periodo, más o menos largo, de extinción de esas relaciones sociales con socios y terceros (liquidación). La línea divisoria entre esos periodos se conoce con el nombre de disolución, denominación que si en su origen dejaba traslucir el auténtico significado de desaparición de la sociedad, en la actualidad no significa otra cosa que el presupuesto jurídico de esa extinción. Por disolución de la sociedad anónima hay que entender pues, el efecto de un acto (acuerdo de junta general, resolución judicial), o de un hecho jurídico (transcurso del tiempo) que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica(1).

La disolución representa el momento y la causa que suponen el cese de la actividad ordinaria de la sociedad, la liquidación la fase dirigida a saldar las deudas pendientes y a repartir el activo remanente entre los socios y la extinción o la desaparición definitiva de la sociedad de la vida económica y jurídica.

Por el acuerdo de disolución la sociedad ha decidido y declarado implícitamente que no continuará con su objeto social, su objeto social ha variado intrínsecamente, pues los actos de la sociedad estarán destinados a liquidar los activos de la sociedad y abandonar la actividad económica que unió a los socios en su aventura social. Ante esta situación habría que preguntarse si el acuerdo de disolución es un acto constitutivo necesario para producir efectos entre los socios o entre la sociedad y entre éstos, o más bien la situación de hecho o confrontación de la incursión de una causal de disolución genera un estatus jurídico, sin necesidad de declaración alguna por parte de la asamblea de socios.

En otros términos, el socio integrante de una sociedad de personas puede dedicarse a la misma actividad de la sociedad a partir del momento en que la sociedad haya incurrido en una situación de hecho que genera su estado de disolución, o si dicha situación debe ser siempre declarada por los socios o por la autoridad para considerar a la sociedad en estado de disolución, a efecto de que el socio y administrador tenga la libertad de realizar actos que puedan inducir a calificarlos como de competencia con la sociedad. Desde esta perspectiva habría que analizar cada una de las causas contempladas en el artículo 407 de la Ley General de Sociedades para llegar a la conclusión determinante, así por ejemplo cuando la ley ha previsto que la disolución por vencimiento del plazo de duración, señala que es de pleno derecho, lo cual no requiere la confirmación de otro acto para considerar disuelta la sociedad.

El procedimiento de liquidación comienza con el nombramiento de los liquidadores, quienes asumen las facultades de los administradores, directores y gerentes de la sociedad, pudiendo recaer el cargo en una sola persona o más de una siempre que sea número impar.

A la luz de la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809), se ha respetado el procedimiento liquidatorio del régimen de las sociedades desde el momento en que el artículo 26 al referirse a la modalidad de solicitar la situación concursal, dispone que el inicio del procedimiento a solicitud de acreedores "no procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades". y, el artículo 102 nos remite a la aplicación de la ley societaria cuando precisa que de haberse producido la liquidación societaria y si durante el proceso de liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedaren acreedores impagos, la quiebra será tramitada por el juez de acuerdo a las normas de la ley concursal, sin que sea necesario que el deudor se someta al procedimiento concursal ordinario previsto en la ley concursal". De conformidad con el arto 99.1 de esta ley deberá solicitarse la declaración judicial de quiebra del deudor ante el juez especializado en lo civil, no siendo pues necesario retrotraer la situación a la del periodo liquidatorio por ser inútil.

II. CONCEPTO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD

La palabra disolución es utilizada por la doctrina mexicana, en la acepción que significa resolver un acto jurídico. Cuando se alude a la disolución de la sociedad se está haciendo referencia a la resolución del negocio social(2), y no a la extinción de la persona jurídica nacida de él, pues ésta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada liquidación, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí.

La disolución se suele definir como el estado o situación de una persona jurídica que pierde su capacidad legal para el cumplimiento del fin para el que se creó y que solo subsiste, con miras a la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros, por aquélla con los socios y por éstos entre sí. La disolución es, pues, la preparación para el fin, más o menos lejano, pero no implica el término de la persona, es un estado para llegar a la terminación de la persona jurídica.

La disolución de la sociedad produce la cesación del pacto social y al propio tiempo la extinción de la sociedad, en el sentido de que los socios no están ya obligados a perseguir el fin común con medios comunes, sino que están autorizados para pretender la restitución en dinero o en especie de sus respectivas aportaciones. La disolución lleva a la liquidación y posterior extinción de la persona jurídica societaria, mediante su inscripción en el registro de Personas Jurídicas del Registro Público.

Héctor Macedo Hernández(3), al comentar el artículo 229 de la Ley de sociedades mercantiles de México señala que la disolución de las sociedades mercantiles no

implica su desaparición, puesto que aun después de haberse acordado su disolución, pueden continuar funcionando como sociedades irregulares o como sociedades en liquidación. La declaración de disolución es un acto previo a la liquidación y solamente cuando los liquidadores hayan realizado su objetivo, liquidado a los acreedores y repartido el remanente, si lo hubiera, entre los socios, podrá hablarse de que la sociedad se ha extinguido. La disolución de una sociedad no menoscaba su personalidad jurídica, la cual continúa representada por los liquidadores.

La disolución abre el proceso de liquidación, y con él se inicia la resolución de todas las relaciones jurídicas en que sea sujeto la sociedad, así como las del vínculo asociativo que une a los accionistas, hasta la desaparición de la sociedad como persona jurídica, y como complejo jurídico derivado del contrato asociativo integrador. La disolución per se no pone fin a la sociedad tampoco paraliza la actividad societaria, tan solo la transforma de una actividad lucrativa a una actividad liquidatoria. El estatus disolutorio de la sociedad no la autoriza a seguir realizando el objeto social, pues precisamente la consecuencia del acto disolutorio es la abstención del objeto social unificador de los socios, trayendo como consecuencia que tan solo pueda realizar actos derivados de su objeto social con el propósito de liquidar los bienes de la sociedad, pero difícilmente podrá adquirir nuevas compromisos y obligaciones para continuar practicando su objeto social.

En este aspecto habría que tener presente que la sociedad ha dejado de tener el objeto social para el cual se constituyó y si el liquidador continúa ejerciendo dicha actividad estaríamos ante el presupuesto del artículo 11 de la Ley General de Sociedades (LGS) por el cual la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social, entendiéndose incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

Por otro lado, el artículo 12 establece la responsabilidad de los socios y administradores por los actos que extralimiten el objeto social. De primera intención podemos apreciar que la declaración de disolución produce un efecto directo en la actividad de la sociedad, con una clara incidencia en la delimitación del objeto social, y una responsabilidad de las personas que actúan en nombre y representación de ésta.

El procedimiento elegido para la extinción es el de la disolución y liquidación de la sociedad. Los pasos a seguir son el de la disolución, con lo cual se abre el período liquidatorio, mientras tanto, la sociedad disuelta conserva la personalidad jurídica(4). La disolución no pone fin a la persona jurídica(5) ni la convierte en otra persona jurídica, no se produce transformación alguna, es la misma persona jurídica que atraviesa por una situación especial, como es la convicción de la no permanencia en sus actividades. La sociedad subsiste como persona hasta que sean satisfechos los acreedores sociales y se distribuya el patrimonio social entre los socios(6).

La sociedad subsiste como persona jurídica no solo en atención a la satisfacción de los acreedores sociales, mediante la conservación del patrimonio social, sino también a la de los socios, mediante la actualización definitiva de su derecho a participar en las ganancias sociales o del riesgo de soportar las pérdidas hasta el límite de su aportación. La sociedad no se extingue por demás con la satisfacción de las deudas a los acreedores, sino con la satisfacción del haber social del socio. Al respecto, Emilio Beltrán nos dice que la ley ha optado por un sistema de atribución inter vivos de los bienes de la sociedad a los socios (liquidación) y, consecuentemente, ha excluido la sucesión: no es que el patrimonio se reparta porque haya desaparecido la persona (sucesión), sino que el sujeto desaparece cuando agota su patrimonio a través del reparto (liquidación).

La disolución es el presupuesto de la extinción de la sociedad anónima, en su doble aspecto, institucional es decir como sociedad que tiende a desaparecer, y convencional entre los socios quienes ya no se encuentran ligados por el objetivo o finalidad común que los unió en la formación de la sociedad. La extinción de la sociedad no se produce de un modo inmediato, sino que obliga a fijar una línea divisoria entre el periodo de vida activa de la sociedad y el periodo de eliminación de sus relaciones jurídicas (periodo de liquidación), que culminará con la extinción. Esta línea divisoria recibe en todos los ordenamientos el nombre de disolución, denominación que en su origen dejaba traslucir el auténtico significado de la desaparición de la sociedad, pero que en la actualidad no significa sino el presupuesto jurídico de dicha extinción(?). Podemos afirmar que el modo apropiado de finiquitar la vida societaria es a través del procedimiento liquidatorio que comienza con la declaración de disolución y termina con la extinción de la sociedad, derivada de la inscripción del último acto de la liquidación societaria.

III. CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD

La disolución abre la liquidación de la sociedad (art. 413 LGS). Se suele distinguir dos acepciones al término liquidación. Se suele identificar con el procedimiento que contempla una serie de relaciones materiales y jurídicas orientadas al reparto del haber social entre los accionistas previo pago a los acreedores de la sociedad. En una segunda acepción, se entiende por liquidación el estado en que se encuentra la sociedad desde que se ha producido su disolución hasta que sobreviene la extinción definitiva. Como procedimiento comprenderá todos los actos que sean necesarios para llegar a liquidar el activo de la sociedad, es decir, para que con cargo a ellos proceda a pagar las obligaciones con sus acreedores, y finalmente realizar el reparto social a los socios. Esta actividad contempla una serie de actos que están regulados en la Ley General de Sociedades; cuando nos referimos a la liquidación como estado no hacemos más que revelar su situación ante terceros, que comienza con su identificación en su misma denominación social, que debe hacer referencia al estado de liquidación; ello con el propósito de que los terceros identifiquen a dicha sociedad como una persona que si bien no está limitada en la realización de actos, el tercero está informado de que el estado de esa sociedad tiende a su desaparición, está en un estado liquidatorio.

Por otro lado se afirma que lo más importante de la liquidación no es su identificación con la conservación en dinero de sus activos o con la destrucción de la empresa, sino que la esencia consiste en la extinción de las relaciones jurídicas sociales con terceros (liquidación patrimonial) y con los socios (división del patrimonio). La ley configura como hipótesis normal que los bienes sociales sean enajenados para la satisfacción de los acreedores y socios, pero no lo exige. Es posible que la extinción de las relaciones con terceros pueda hacerse de otro modo, y cabe, asimismo, que se establezca una división in natura entre los socios o la transmisión de la empresa a un tercero o a un socio. Tanto en la fusión como en la escisión total, no se pasa por el periodo de la disolución, liquidación, no se está ante la alternativa de la terminación de una actividad, sino más bien proseguir con la actividad, a través de un proceso de reorganización societaria; se está ante el caso de la extinción societaria sin necesidad de acudir a la disolución y a la liquidación. Basta citar los artículos 344 y 367 de la LGS que confirman esta apreciación. La fusión como la escisión total excluyen la liquidación: la extinción de la sociedad se lleva a cabo de modo diverso, a través de la transmisión en bloque de los patrimonios sociales a la nueva sociedad o a la absorbente, y de la participación proporcional de los socios en la nueva sociedad o en la absorbente.

Cuando la sociedad se encuentra en liquidación comprende el inicio de la fase extintiva de la sociedad, y durante el período liquidatorio se atraviesa por una serie de reformas estructurales internas que permiten acelerar el estado de la liquidación; se modifican las estructuras internas de la sociedad, así, los liquidadores sustituyen a los directores y al gerente de la sociedad, son ellos los representantes de la sociedad, todo con el propósito de encaminar las acciones para la extinción de la sociedad, que se logrará con la inscripción de la extinción de la sociedad en el Registro de Personas Jurídicas, así lo señala el artículo 421 de la LGS.

Es cuestión de terminología el determinar si la sociedad se encuentra en "estado de liquidación", o en "proceso de liquidación". El término "estado de liquidación" nos lleva a la referencia de las condiciones estructurales en que se encuentra la sociedad, la reglas que debe respetar al identificarse ante terceros, a las facultades que se les otorga a los liquidadores de la sociedad, quienes de por sí no constituyen un cuerpo colegiado para sus decisiones, ello podrá pactarse en la misma designación de las personas, todo ello nos lleva a la conclusión de que el "estado" reúne una serie de circunstancias dentro de las cuales se desenvuelve la sociedad, entre ellas la variación de su fin y de su objeto social; en el devenir de la disolución, la sociedad no tiene el objeto determinado en su estatuto, sino que los actos de los liquidadores estarán encaminados a la realización de los activos de la sociedad, para hacer pago a los pasivos, y el remanente distribuirlo entre los socios. Cuando hacemos referencia al término "proceso de liquidación" nos referimos a la secuencia que debe seguirse por parte de los liquidadores para tomar posesión del activo social, para cuyo efecto será necesario realizar un inventario, y respetar las normas societarias, los acuerdos de junta general de accionistas, el pacto y el estatuto para proceder a la venta de los activos, pagar los pasivos y la distribución del remanente entre los accionistas.

Durante el periodo de liquidación la sociedad conserva su personería jurídica (art. 413 LGS); es más, aun cuando se haya declarado judicialmente la nulidad de la sociedad, la sociedad mantiene su personalidad jurídica solo para los fines de la liquidación.

1°- CAUSALES DE Disolución

1. Causales voluntarias de disolución

La disolución de la sociedad por la voluntad de los socios, expresada en junta general es una consecuencia lógica del carácter soberano de la junta. Así como la sociedad nace con un acuerdo de socios, puede disolverse por un acuerdo en sentido contrario(B). Nos puede llamar la atención que en este caso, la ley no defiende la existencia de la sociedad, como cuando se trata del derecho de separación, caso en el cual protege a la sociedad para evitar su disolución y quiebra regulando las causal es para el derecho de separación y en caso de que éste proceda, la facultad de devolver el aporte al socio en un plazo adecuado de forma tal que no cause un desequilibrio a la sociedad, es ésta pues una forma de defender la existencia de la sociedad, que está por encima del interés del socio. Cuando se trata de la disolución, no existe limitación alguna a la voluntad adoptada en junta, sin embargo, cabe precisar que el artículo 411 de la LGS dispone que "No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma como habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde...". Este supuesto es solo aplicable para el caso de la sociedad anónima, por señalarlo expresamente la ley. Se baraja en estos casos la seguridad nacional y la necesidad pública declarada por ley para aplicar este supuesto de continuación forzosa, que debe darse una vez que se ha adoptado el acuerdo de disolución, pero que permite a los accionistas acordar continuar con las actividades de la sociedad, siempre que así lo resuelvan la junta general dentro de los diez días siguientes, contados desde la publicación de la resolución que establece la forma como habrá de continuar la sociedad. Consideramos que en este supuesto es materia de debate si la sociedad puede revocar el acuerdo de disolución cuando ya ha empezado el reparto del haber social, de aplicar en forma directa el artículo 437, resulta que no puede revocarse el acuerdo, sin embargo el supuesto contemplado en el artículo 411, escapa a la limitación contenida en la norma antes citada, pues se trata de una normatividad especial.

La causal de disolución por expresa voluntad de la junta general de socios, ha venido a plantear algunos aspectos interesantes en el Derecho español(9), relacionados con el vencimiento a plazo de la sociedad, cuestionándose en un principio si es posible tomar el acuerdo de disolución voluntario, no obstante que el plazo de duración de la sociedad no ha vencido, algunos autores como Gay de

Montella opinan que de no haberse previsto la disolución anticipada, entonces el acuerdo de junta general debe adaptarse con la concurrencia de todas las acciones emitidas por la sociedad; sin embargo autores como Uría, Menéndez y Beltrán no comparten esa posición por cuanto la ley española no distingue dicha situación, y además, se amparan en una sentencia del Tribunal Supremo Español del 24 de enero del 1900 que señala que la expresión en la escritura social del tiempo que ha de durar la sociedad anónima (oo.) no obsta a que los interesados acuerden su disolución antes de la expiración del plazo convenido.

Sobre el particular, se argumenta en defensa de esa posición que el acuerdo de disolución no es un acuerdo modificatorio de estatuto, y menos que lesione los derechos particulares de eventuales clases de acciones, por tanto no puede ser impugnado por dicha causa. Sobre el particular existen serias reservas, pues si el acuerdo de disolución no es uno de modificación del plazo, mal podría aplicarse si antes no se modifica el estatuto reduciendo el plazo para permitir la disolución voluntaria; y por otro lado, en nuestro derecho, la impugnación puede ser justificada por el lado de los accionistas sin derecho de voto, quienes se verían frustrados en el compromiso asumido para la rentabilidad de la acción, la misma que adquirió consciente de que no tenía ningún derecho a participar en la junta de accionistas, y mal podrían éstos reducir el plazo fijado en el estatuto de la sociedad, en forma voluntaria. El comentario en la legislación española es solo entendible en la medida que las acciones sin derecho a voto no pierden totalmente el voto como en el caso de nuestra legislación.

La disolución de la sociedad puede producirse por causas voluntarias o de orden legal. Dentro de las primeras tenemos el acuerdo de junta general de accionistas que debe ser adoptado con las mayorías establecidas para cada modalidad societaria, así si nos referimos exclusivamente a la sociedad anónima, y a la sociedad anónima cerrada, debe contarse con el quórum y mayoría calificada a que nos remiten los artículos 126 y 127 de la LGS; en tanto que si nos referimos a la sociedad anónima abierta nos debemos atener a lo dispuesto en el artículo 257, que exige mayorías simples y permite hasta una tercera convocatoria de accionistas, oportunidad en que el quórum se forma con cualquiera que sea el número de titulares de acciones con derecho a voto, y el acuerdo con la mayoría de los titulares de acciones con derecho a voto presentes en junta.

Las causales voluntarias nacen de la voluntad de los socios, sin necesidad de que esté contemplado el supuesto en el estatuto o en el pacto social, los socios deciden por propia voluntad establecer el fin de la sociedad, deciden orientar los actos de la sociedad hacia la extinción, atravesando por la liquidación. La voluntad nace de la junta general de accionistas debidamente convocada y con el acuerdo adoptado con la mayoría que exige la ley para cada modalidad societaria. Tomado el acuerdo y producidos los efectos legales del acuerdo, a los socios no los liga otro ánimo que liquidar los activos sociales; los socios se liberan de cualquier limitación para el desarrollo de actividades que puedan comprender competencia con la sociedad, pues la sociedad no compete, debido a que ya no tiene el objeto social para el cual se constituyó. Somos conscientes de que puede darse el caso

que la situación de la liquidación revierta y los socios, en el caso de la disolución voluntaria pueden revocar el acuerdo de disolución, y regresar al estado anterior, es decir, reestablecer el objeto social, situación que solo será posible si la sociedad no ha comenzado a realizar el reparto social entre los socios(10). El sentido de esta norma está precisamente en que no se produce ningún desequilibrio en las relaciones de los socios mientras se haya pagado a los acreedores, pero sí sucedería aquel desequilibrio si se hubiese pagado a unos accionistas antes que a otros; es más, de acuerdo al derecho preferente otorgado al accionista sin derecho a voto, a éste se le debe repartir la cuota del haber social antes que a los demás accionistas, ésta es parte de su preferencial económica (art. 97 LGS).

Otras causales que responden a la voluntad de los socios puede concebirse en el caso de la fusión y escisión, aunque en realidad en estas formas de reorganización societaria, las sociedades no se disuelven ni liquidan, sino tal como lo señala el artículo 345 al referirse a la fusión señala que no se requiere acordar la disolución y no se liquidan la sociedad o sociedades que se extinguen por la fusión, y en igual sentido se regula la escisión en el artículo 370 de la LGS. Mediante la fusión y la escisión total, las sociedades no requieren tomar acuerdos previos de disolución, pues el acuerdo de fusión y el de escisión conlleva la extinción de la sociedad fusionada y la escindida.

En el pacto social y en el estatuto se pueden establecer libremente causales de disolución. Quizás esta libertad nos llame la atención en medida que los socios pueden establecer libremente supuestos a invocarse por los socios o terceros a efecto de pedir la efectiva disolución de la sociedad; ya no se trata del acuerdo voluntario que nace del seno de la junta general de accionistas, sino del supuesto señalado en el estatuto o en el pacto social, caso en el que cualquier accionista puede pedir, invocando el estatuto, la disolución de la sociedad. La causal está contenida en el inciso 8 del artículo 407 de la LGS que dispone que la sociedad se disuelve por: "Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad". El artículo 409 de la LGS dispone que:

"...el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan. Cualquier socio, director, o gerente puede requerir al directorio para que convoque a la junta general si, a su juicio, existe alguna de las causales de disolución establecidas en la ley.

De no efectuarse la convocatoria, ella se hará por el juez del domicilio social. Si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan, cualquier socio, administrador, director o el gerente puede solicitar al juez del domicilio social que declare la disolución de la sociedad. Cuando se recurra al juez la solicitud se tramita conforme a las normas del proceso sumarísimo".

Se requiere entonces que la autoridad judicial declare la disolución; obsérvese que en este supuesto, la legitimación para obrar y pedir la disolución la otorga la ley al socio, al administrador o gerente, no así al acreedor o tercero. Nada impide que aun en este supuesto la junta general debidamente convocada modifique la causal estatutaria y la deje sin efecto, a fin de continuar con la vida societaria en común; supuesto que no ocurre cuando la causal disolutoria es por vencimiento del plazo de duración de la sociedad, como veremos más adelante.

2. Causales legales de disolución

Existen supuestos en los cuales la ley impone la necesidad de proceder a disolver la sociedad, las causales se encuentran contempladas en algunos incisos del artículo 407 de la LGS; es el caso del vencimiento del plazo de duración de la sociedad; conclusión de su objeto social; continuada inactividad de la junta general; pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado; acuerdo de la junta de acreedores; falta de pluralidad de socios; resolución adoptada por la Corte Suprema cuando la sociedad tenga fines o actividades contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (art. 410 LGS). Además, imcontramas diversas causales de orden legal en el texto de la ley como por ejemplo el derecho que tiene el socio para pedir la regulación de la sociedad irregular o su disolución (art. 426 LGS); la irregularidad societaria conlleva responsabilidad para los administradores y para los socios cuando se trate de la falta de cumplimiento de los requisitos para la constitución de la sociedad (art. 424 LGS). El socio está en su derecho de exigir la regulación societaria o su disolución, pero no puede obligársele a participar en una sociedad irregular que le puede generar efectos personales, es por ello que la ley (art. 427) otorga al socio el derecho de separarse de la sociedad si la junta general no accediera a la solicitud de regularización o de disolución.

a. Disolución por vencimiento del plazo Vencido el plazo determinado de duración de la sociedad, la disolución opera de pleno derecho y se inscribe a solicitud de cualquier interesado. El plazo no operará si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro. Héctor Macedo Hernández(II), al comentar las causales que dan origen a la disolución en la ley de sociedades mexicana, hace la apreciación indicando que la causal de expiración del término fijado en el contrato es una causal de derecho, y no se necesita ninguna formalidad específica de una declaración previa.

La ley exige publicidad del plazo de duración de la sociedad, ello debe estar consignado en el estatuto social (inc 4, arto 55 LGS), así como la fecha de inicio de sus actividades; cuando no se indique plazo preciso de vencimiento deberá indicarse que dicho plazo es indefinido, es decir, que en cualquier momento la sociedad puede ponerle fin. En tanto exista un plazo determinado la sociedad desarrolla su vida social hasta dicha fecha. El mero transcurso del tiempo trae como consecuencia la disolución de la sociedad, y en este caso, no cabe el acuerdo revocatorio a que hace alusión el artículo 437 de la LGS, pues dicha norma se aplica únicamente para los acuerdos voluntarios de disolución.

En esta causal de disolución que opera de pleno derecho, como en las otras establecidas en la ley, que operan por norma expresa, el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan; de no efectuarse la convocatoria la hará el juez por el proceso sumarísimo.

Se ha discutido la validez y eficacia del pacto estatutario que establezca que el término de duración se entenderá automáticamente prorrogado por igual periodo de tiempo si antes del vencimiento ningún accionista se opone a ello. En nuestra legislación no existe norma que prohíba la prórroga tácita, sin embargo la norma societaria'(art. 407 inq a., y arto 436) señala que la disolución por vencimiento del plazo opera de pleno derecho, y si bien acepta la prórroga del plazo, ésta debe inscribirse en el Registro antes del vencimiento del plazo; hecho que descarta la prórroga tácita, pues la prórroga requiere de un acto voluntario derivado de acuerdo societario, y ese acuerdo no es delegable, solo lo puede adoptar la junta de accionistas.

b. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo.

En el estatuto de la sociedad debe hacerse constar el objeto social, la sociedad nace para desarrollar el objeto social indicado en su estatuto (inc. 2 arto 55), el objeto social debe estar detallado (art. 11) al que circunscribe sus actividades. El objeto social es lo que aglutina a los socios, tan es así que de variar el objeto social, la ley confiere al socio el derecho de separación (art. 200). En función del objeto social se podrá determinar la necesidad del capital social, y éste es un elemento importante para el socio, quien al ingresar a la sociedad debe medir sus recursos a efecto de apreciar si podrá hacer frente a los aumentos de capital y ejercer en tal caso su derecho preferente, aspecto de vital importancia para no disminuir su participación en la sociedad.

En ciertos supuestos será fácil determinar si la empresa para la cual se fijó el objeto social ha terminado. Por ejemplo, será fácil determinar si la sociedad se constituyó para la explotación de una concesión determinada, o a la explotación de una patente de invención cuya vida legal puede terminar por causa de caducidad; pero existen otros supuestos en los cuales la determinación de la culminación del objeto social no es posible realizarla con claridad, sobre todo cuando la sociedad tiene más de un objeto social. La ley de sociedades exige que se precise en forma detallada el objeto social, precisamente para poder determinar con exactitud el supuesto de conclusión de su objeto cuando fuere el caso.

Esta causal de disolución no opera automáticamente, sino que habrá que estar a lo señalado anteriormente en el artículo 409, o someter la situación a un acuerdo de junta general de accionistas para confirmar la situación; nada impide que la junta general de accionistas adopte acuerdo modificando el objeto social, en cuyo

caso opera la continuidad de la sociedad en la medida que no haya repartido el haber social. Se trata entonces de una causa reversible de disolución.

En lo que se refiere a la imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social como causal de disolución, la Ley General de Sociedades derogada (Dec. Leg. 311) establecía como causal la "imposibilidad sobreviniente de realizar el objeto social". Al respecto habrá que tener en cuenta que cuando la imposibilidad derive la ilicitud del objeto social, estamos ante una causal de nulidad, siendo originaria, en cambio si la ilicitud sobreviene una vez constituida la sociedad, es una causal de disolución. La imposibilidad manifiesta es una precisión legal que colinda con la clara apreciación del acto imposible. Debe traducirse pues en la imposibilidad de realizar el objeto social por verdaderas dificultades y no por aquellas transitorias. En opinión de Emilio Beltrán(12) la imposibilidad puede provenir también de la falta de una aportación no dineraria considerada como esencial. Para este autor, la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de aportar solo se traducirá en imposibilidad de conseguir el fin social cuando, por considerar esencial una aportación no dineraria, los estatutos no permitan su transformación en dinero. En este sentido, hay coincidencia de opinión en la medida que el bien que se aporta constituye el bien de explotación de la sociedad, y éste desaparece o no puede ser sustituido.

La causal de disolución por no realización de su objeto durante un período prolongado, es un elemento introducido por la nueva Ley General de Sociedades. No se trata de la imposibilidad de cumplimiento del objeto social, sino de un supuesto distinto, existe la posibilidad de realizar el objeto social, pero no se realiza, sea por razones económicas, estratégicas, etc, la sociedad optar por tomar un acuerdo para no realizar actividades por un tiempo prolongado hasta que mejoren las condiciones del mercado, o por cualquier otra razón, en tal caso, la sociedad se encuentra sujeta a la causal de disolución; como puede suceder también que por una situación de hecho la sociedad no realiza actividades de su objeto social. Tanto en el caso que dicha situación provenga de una cuestión voluntaria y expresa como involuntaria y tácita, el tema es determinar el periodo prolongado; una manera de medir el tiempo prolongado está en función del ejercicio económico, o del periodo en que el directorio debe renovarse, es decir, tres años, no existe un parámetro legal para fijar cuál es el término prolongado, como señala Ricardo Beaumont(13), la medición del tiempo prolongado de inactividad depende del tipo o clase de actividad económica propia del objeto social de la sociedad. Se suele medir el tiempo en función de los ejercicios económicos, sin embargo dicho lapso puede ser muy extenso en ciertos tipos de actividades, peor aún cuando tratamos de medir el tiempo prolongado en terminación del plazo para la renovación del directorio. Sobre el particular, considero que se introduce un elemento subjetivo para apreciar la inactividad por el periodo prolongado.

c. Continuada inactividad de la junta general La paralización de la junta general que haga imposible el funcionamiento de la sociedad es una causal más de disolución. En realidad, la causal debió haber estado referida a la inactividad de

los órganos sociales, no solo la junta general, sino también hacer referencia al directorio. Sin embargo como quiera que, ante la paralización del directorio compete a la junta general la recomposición del mismo, el verdadero origen de la actividad va a reposar en la junta general en la medida que no elija a los directores que activen la sociedad. No obstante ello, de una lectura inversa podríamos también derivar que sea la junta la inactiva, y que el directorio sea un órgano activo, con lo cual quedará en manos del directorio el manejo total de la sociedad, convirtiéndose en el poder societario, en base a su permanencia en el cargo. Este segundo supuesto no resiste mayor análisis en razón de que el interés es el del socio y no del director. Mal podría privarse al socio de exigir la disolución de la sociedad cuando aprecie la continuada inactividad de la junta general de accionistas, y por otro lado, aprecie que es el directorio el que viene usufructuando del desarrollo empresarial llevado a cabo por la sociedad. No se trata entonces de la inactividad del objeto social, sino de la inactividad del órgano supremo de la sociedad; tampoco se trata de una paralización momentánea, sino de una inactividad continuada. El legislador no ha introducido la variable de calificar a esta inactividad como una "que haga imposible el funcionamiento de los órganos sociales", sino de una inactividad continuada de la junta general de accionistas. Joaquín Garrigues citado por Elías Laroza(14), señala que "...incluso debe reputarse supuesto de imposibilidad de realizar el fin social el hecho de que el funcionamiento de la sociedad se haga imposible por meras disensiones o diferencias entre los socios".

Emilio Beltrán(15) al comentar esta causal de disolución en la ley española señala que la causa de disolución se reduce, en definitiva, a la imposibilidad de funcionamiento de la junta general, pues la eventual inactividad del órgano de administración (directorio) puede siempre ser eliminada por el órgano deliberante al que compete la facultad de nombrar y cesar a los administradores. Si la junta no termina con las dificultades del órgano de administración (directorio) habrá que estimar que la paralización afecta, en realidad, a la junta general. Será frecuente, sin embargo, que la paralización de la sociedad anónima sea total, en el sentido de que la inactividad de la junta general provoque la paralización del órgano de administración, o a la inversa.

La paralización de la junta general puede deberse -como dice Emilio Beltrán-(16), a la imposibilidad de convocatoria, a la imposibilidad de constitución o a la imposibilidad de alcanzar mayorías de votación. El primer supuesto es, sin embargo, altamente improbable, porque exigiría no solo la desidia del directorio para convocar a junta, sino también la de los propios accionistas, a quienes la ley les otorga atribuciones para solicitar la convocatoria, y en caso extremo acudir al juez para que convoque a junta general de accionistas. La sociedad puede seguir celebrando sus juntas generales, competentes para adoptar cualquier acuerdo y tomar decisiones para el funcionamiento de una sociedad.

Mayor trascendencia tiene el supuesto de imposibilidad de constitución de la junta por falta de quórum. Sin embargo, ello solo sería aplicable para los casos en que la sociedad requiera de un quórum calificado, pero ello no quiere decir que la

sociedad no pueda seguir operando. En tal caso, la causal de disolución estará en función de la necesidad del acuerdo societario, y es más habrá que tener en cuenta que los socios siempre pueden ser representados en junta. Este supuesto de paralización debe considerarse reducido, de hecho, a aquellas sociedades cerradas y de escaso número de socios en las que las desavenencias entre los mismos impidan alcanzar los quórum de constitución estatutariamente reforzados. Si la junta no puede constituirse válidamente porque la nueva composición del accionariado y las desavenencias entre los socios lo impiden, podrá producirse la paralización de la junta general.

Frecuente es también la paralización de los órganos sociales por imposibilidad de que en las juntas, válidamente constituidas, se alcancen acuerdos, debido al enfrentamiento entre dos grupos paritarios de accionistas o a la exigencia de mayorías reforzadas de votación que no se alcanzan por las desavenencias entre los socios. Teóricamente, puede pensarse que el supuesto se produzca también por la dispersión de las acciones entre muchos socios enfrentados entre sí que impida la formación de una mayoría(17).

Se trata de una causa de disolución operativa de sociedades que cuenta con escaso número de accionistas, pues aquellas que tengan la condición de sociedad anónima abierta, no ven paralizada su actividad por requerimiento de un quórum mínimo ni por número de votos para adoptar acuerdos válidos, pues los acuerdos se adoptan con cualquiera que sea el número de los titulares de acciones con derecho a voto asistente a la junta.

Se suele afirmar que el acuerdo de inactividad puede ser adoptado por la propia junta general de accionistas, ello bajo el supuesto de que el órgano supremo declare su inoperancia. Al respecto debe tenerse presente que el hecho de declarar la misma inoperancia del órgano supremo por el mismo órgano, en forma voluntaria, conllevaría a la negación de la causal, pues se estaría demostrando que existe actividad al reunirse operativamente la junta de socios. En todo caso, dicha causal tendría su asidero en la medida que sea el juez quien convoque a junta al haberse agotado todos los medios para que los socios tengan eco en su solicitud de convocatoria ante los órganos societarios. Recordemos que el directorio es el único órgano que puede convocar a junta y para ello debe adoptarse el acuerdo en sesión de directorio; en la medida que no exista número de directores que permitan sesionar, corresponde a éstos asumir provisionalmente la administración de la sociedad y convocar a junta de accionistas para elegir al nuevo directorio (art. 158 LGS), señala este artículo que en caso no existan directores, compete esta convocatoria al gerente de la sociedad, y, en el caso de no existir gerente, cualquier socio puede solicitar al juez que convoque a junta, Todo este periplo puede justificar que la sociedad se vea ante una continuada inactividad de la junta, hecho que justifica la solicitud de disolución judicial (art. 409 LGS). Si por otro lado, fuera el caso que existe número de directores suficientes para que opere regularmente dicho órgano, pero los directores no convocan a junta, la ley otorga dicha facultad de convocatoria en forma especial a través de los artículos 117 y 119 de la LGS(18).

d. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente

Esta causal ha quedado en suspenso hasta el hasta el 31 de diciembre del 2003, en virtud de la Ley N° 27610. Cabe precisar que año tras año, esta causal de disolución ha venido suspendiéndose.

La causa legítima para la disolución de mayor trascendencia es, sin duda alguna, la que se integra por la existencia de pérdidas como consecuencia de las cuales el patrimonio neto se reduzca a un valor inferior a la tercera parte del capital pagado, la trascendencia de esta pérdida es de especial importancia para los acreedores sociales. La referencia que hace la ley es en primer lugar a las pérdidas, las mismas que deben fluir de los estados financieros de la sociedad. Ahora bien, en esta ocasión habría que determinar qué entendemos por los estados financieros de la sociedad. Al respecto, la 4ª Disposición Final de la LGS concibe a los estados financieros para los efectos de la ley al balance general y al estado de ganancias y pérdidas, dejando de lado otras herramientas que permiten medir la marcha económica y financiera de la sociedad. A criterio del Dr. CPC. Julio Panéz Meza (Presidente del Instituto Peruano de Auditoría Independiente -IPAI-), el objetivo de los estados financieros emitidos con propósitos generales es proporcionar información sobre la posición financiera, el rendimiento y los flujos de efectivo de una empresa, información que es útil para una amplia gama de usuarios, para que tomen decisiones económicas. Los estados financieros muestran también los resultados del trabajo de la gerencia sobre los recursos que le han sido confiados. Para alcanzar su objetivo, los estados financieros proporcionan información sobre la empresa respecto a: (a) activos, (b) pasivos., (c) patrimonio neto, (d) ingresos y gastos, incluyendo ganancias y pérdidas; y, (e) flujos de efectivo.

En el ámbito de la Ley General de Sociedades el estado de pérdidas y ganancias y el balance resumen en sentido pertinente la situación patrimonial de la sociedad, y se ve allí reflejada en dichos instrumentos la utilidad y la pérdida. Las pérdidas deben entenderse no solo las referidas a aquellas ocurridas en el ejercicio inmediato anterior del cual se da cuenta a la junta general, sino de las pérdidas acumuladas, que en su conjunto reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado. Otro término que se debe dilucidar es el relativo al del patrimonio neto. El patrimonio es el universo de bienes (activos y pasivos) de propiedad de la sociedad en un momento determinado; dentro de este concepto se distingue el de patrimonio neto, que es la cifra resultante de restar el valor de los activos del valor de los pasivos. El capital social representa una cifra mínima del patrimonio neto que la sociedad declara tener y se compromete a preservar.

En la medida que la sociedad cuente con el capital social podrá desarrollar el objeto social para el cual se constituyó, y además, dicha cifra constituye una cifra

de retención y de garantía para los acreedores, quienes confían de buena fe en su integridad. Cuando se pierde el capital social totalmente, o cuando éste se ve disminuido con las pérdidas de la sociedad a cifra inferior a la señalada en la ley, se incurre en causal de disolución. Nos queda entonces preguntarnos cuán ciertas con estas afirmaciones sobre la existencia del capital social, cuando año a año se han venido promulgando a efecto de dejar en suspenso esta causal de disolución, hecho que permitiría la negación propia de la existencia de un capital social para el ejercicio de las actividades societarias. Por otro lado, cuando se trata de las sociedades colectivas, aquellas en que la responsabilidad del socio es ilimitada, el capital social no es relevante para el acreedor, pues ve en el socio a su principal deudor subsidiario, ilimitado y solidario; caso en el que la cifra capital social puede no ser determinante para el negocio social, dado que éste puede llevarse a cabo con cargo a los préstamos del mismo accionista.

No obstante ello la causal establecida en la leyes, sobre todo, una medida de protección de la integridad del capital social. La pérdida que reduce el patrimonio neto a una cifra inferior a la tercera parte del capital social es síntoma de la mala marcha de la sociedad. pero no necesariamente de la imposibilidad de continuar. Lo que se pretende, pues, con la inclusión de esta causa de disolución es evitar una desproporción elevada entre capital y patrimonio, que reduciría la garantía de los acreedores sociales. Estamos ante una norma de carácter preconcursal/: en presencia de una situación en la que el activo es todavía superior al pasivo -puesto que existe un patrimonio social neto, si bien inferior a la mitad del capital social-, se obliga a la sociedad a adoptar una medida (aumento o reducción del capital o disolución), con el propósito de paliar la situación de una liquidación forzada o de la quiebra. Sin embargo, como señalamos, nada impide aun en este supuesto que la sociedad pueda continuar incluso en el caso de pérdida entera del capital social. En ese caso, concurrirán simultáneamente dos causas de disolución -la relativa a las pérdidas y la que se refiere a la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social- pero la sociedad no estará aún disuelta y podrá remover dichas causas.

La intención de la norma es que cuando concurren determinadas pérdidas patrimoniales, hay que conseguir que la sociedad se disuelva o adopte una medida de saneamiento. Desde esa perspectiva, cobra sentido la facultad otorgada a cualquier interesado -acreedor social, trabajador, etcétera- para solicitar la disolución judicial y también la rigurosa sanción que recae sobre el directorio que incumpla las obligaciones impuestas para obtener la disolución.

Los presupuestos para determinar la causa de disolución, nos enfrentan a un primer problema, el relativo a la oportunidad en que ocurre el presupuesto. Bajo una primera premisa podría deducirse que ello solo ocurre con la presentación de los estados financieros (anualmente), pues de allí fluye la causa objetiva. Sin embargo, la ley (art. 176 LGS) obliga a los directores a convocar a junta general e informar sobre la situación de la sociedad si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida; igualmente deberá

proceder en dicho sentido si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse. Ésta es una primera llamada de atención. La segunda está contenida en el artículo 17 de la LGS que impone igual obligación al liquidador, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados(19). El primer problema es el relativo al momento en que debe estimarse que ocurre el desequilibrio, pues entonces surge la obligación de los administradores de convocar junta para que ésta acuerde la disolución -o remueva la causa-. Podría pensarse que la causa solo concurriría cuando el desequilibrio patrimonial se desprendiese de las cuentas anuales debidamente elaboradas, verificadas y aprobadas por la junta general, pues solo entonces puede hablarse realmente de pérdidas. Sin embargo, la misma ley nos sitúa en la posibilidad que tiene el directorio de detectar dicha situación antes del cierre del ejercicio económico, no siendo necesario esperar el cierre, cuando puede preverse la pérdida del capital social, o su disminución a una cifra inferior a la de su tercera parte como consecuencia de las pérdidas proyectadas. La finalidad de la norma es la tutela de los acreedores sociales, que no se cumpliría en muchas ocasiones si hubiera que esperar a la aprobación de las cuentas anuales por la junta, porque la situación podría haberse deteriorado por completo.

La ley admite expresamente que esta causa de disolución pueda ser eliminada cuando se produzca un aumento o una reducción de capital, que refleje la verdadera dimensión del capital social, es decir, en este último caso, deducir las pérdidas del capital social, de forma tal que el capital social que aparezca ante terceros sea el que verdaderamente cuenta la sociedad.

No existe inconveniente alguno para que las pérdidas constitutivas de la causa de disolución se eliminen incorporando al patrimonio social por cualquier medio nuevos bienes que no graven el pasivo. Se trata de una causa de disolución removible que consiste en un determinado grado de desequilibrio entre el valor del patrimonio social neto y la cifra del capital social. Es indiferente que ese equilibrio se elimine actuando sobre uno u otro de los factores. La posibilidad de aumentar el patrimonio sin tocar la cifra del capital social es claramente congruente con el sistema que beneficia a los acreedores sociales, pues aumenta la garantía directa de sus créditos, lo que desde luego no sucede con una reducción del capital. Las cantidades entregadas a la sociedad no podrían reputarse aportaciones ni constituirán créditos contra la sociedad. Se trataría de prestaciones a fondo perdido según opinión de Aurelio Menéndez(20), pues no se puede obligar a los socios a aportar por encima de su voluntad, y de registrarse como deuda, no afecta la cuenta patrimonial, pues esta contribución no forma parte del capital social.

La ley se limita a elegir que la adecuación entre capital y patrimonio se lleve a cabo "en la medida suficiente". Bastará, pues, con que el resultado de la operación efectuada elimine la causa de disolución; no es necesario que el valor del patrimonio pase a ser superior o igual a la cifra de capital. Obviamente, la causa de disolución se elimina también a través de una operación de fusión, siempre que

en la nueva sociedad o en la absorbente no concurren pérdidas de la mitad del capital, o mediante su transformación en una sociedad colectiva o comanditaria. El inciso 4 del artículo 407 señala que no se incurrirá en la causal de disolución si las pérdidas son resarcidas o, el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente. La cuantía suficiente sería aquella que simplemente supere el mínimo establecido en la ley para considerarse bajo causal de disolución.

e. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra

Esta causal de disolución tiene relación con la establecida en el sistema concursal, pues la Ley General del Sistema Concursal (27809) dispone (art. 24) que cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos: a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

El deudor expresará su petición de llevar a cabo una reestructuración patrimonial o una de disolución y liquidación, de ser el caso, teniendo en cuenta lo siguiente; si solicita la reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. De no encontrarse en dicho supuesto solo podrá solicitar su disolución y liquidación. Si el deudor solicita su acogimiento al procedimiento concursal ordinario al amparo del literal a) del numeral precedente, pero tiene pérdidas acumuladas, deducidas reservas, superiores al total de su capital social, solo podrá plantear su disolución y liquidación.

Los acreedores pueden solicitar la disolución de la sociedad, con lo cual se ingresa al estado de la liquidación societaria; a diferencia de la disolución y liquidación adoptada según la ley de sociedades, en la disolución impuesta por los acreedores a la sociedad son éstos los que toman el acuerdo a fin de declarar en disolución a la sociedad, nombrando de inmediato a una entidad liquidadora que se encargará de la liquidación, clasificación y pago de las deudas. Siempre la disolución y liquidación es un paso previo a la situación de la declaratoria de quiebra. Desde el ángulo de la ley general del sistema concursal, el acreedor puede solicitar la situación de concursado del deudor, para ello deberá acreditar deudas exigibles por un importe equivalente a 50 unidades impositivas tributarias (en la fecha S/. 155,000.00); el deudor deberá pronunciarse sobre dicha exigencia y ante la negativa injustificada, la Comisión de Procedimientos Concursales declarará la situación de concursado, ordenando la publicidad del procedimiento, en tal caso, los acreedores tendrán que hacerse presentes con sus créditos a ser reconocidos, y ellos en junta de acreedores deciden el futuro de la sociedad. Los acreedores en junta sustituyen la voluntad que corresponde a la junta de accionistas, y deciden sobre la disolución de la sociedad. El artículo 26.3 de la LGSC establece que "no procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario

respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades".

Cuando se llega a la disolución y liquidación por la vía concursal como resultado de un proceso judicial (art. 703 del CPC)(21), el juez ordena al deudor que señale bien libre de carga o gravamen para ser ejecutado forzosamente; ante la negativa o falta de designio, el juez ejecutará el apercibimiento de declararlo en disolución y en liquidación y remitirá todo lo actuado judicialmente al órgano administrativo pertinente, a efecto que se reinserte en el proceso concursal. En tal caso, se harán las publicaciones de la declaración del concurso del deudor y se requerirá a los acreedores presenten sus acreencias para acreditarlos ante la junta de acreedores, cuyo convocatoria y acuerdo será la disolución y liquidación de la sociedad.

En lo que se refiere a la incompatibilidad decretada por el artículo 26.3 antes citado tenemos que la petición de reestructuración, de disolución y liquidación no procede, respecto de la sociedad que haya iniciado su proceso de liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades; en efecto, el artículo 417 de la LGS dispone que "si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia". En tal caso, entonces no se revierte la situación de la disolución societaria para dar paso a la disolución y liquidación concursal, sino que continúa el proceso al amparo de la ley societaria y se solicitará al juez la declaración de quiebra, se trata pues de evitar costos de transacción para llegar a un mismo final. Cabe señalar que en la disolución societaria se llega a ese estado sin ninguna calificación de créditos, y los créditos deben ser pagados de acuerdo a las leyes de la materia civil y no precisamente la establecida en la ley concursal.

La disolución societaria y la disolución concursal conllevan a una misma situación, que es la limitación de la sociedad para desarrollar su objeto social, a partir de ese momento la sociedad no puede seguir desarrollando su objeto y fin social, sino tiene que reunir esfuerzos para liquidar sus bienes y pagar sus obligaciones, es decir, su objeto ha variado por el de la liquidación societaria. La determinación negativa del patrimonio puede conllevar a la declaración de la quiebra de la sociedad, acto que es declarado por el juez, ya sea que se haya llegado a esa situación por la vía administrativa del proceso concursal, o por la vía del acuerdo societario.

De conformidad con el artículo 88 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC) la celebración del Convenio de Liquidación produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de aquél, aun cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y las obligaciones que la ley expresamente exceptúa, a diferencia de la liquidación iniciada societariamente que no produce dicho estado de indivisibilidad, las deudas se van pagando conforme vencen, y en función de la antigüedad.

La quiebra se produce de acuerdo con el artículo 99.1 y 88.7 cuando se extingue el patrimonio del deudor quedando acreedores pendientes de ser pagados, en tal caso el liquidador deberá solicitar, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de treinta (30) días, la declaración judicial de quiebra del deudor, de lo que dará cuenta al comité o al presidente de la junta y a la comisión.

f. Falta de pluralidad de socios. si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida

La pluralidad de los socios está referida al número de dos, se ha superado la problemática de la incursión de esta causal relativa a la pluralidad de los socios de la sociedad anónima, que conforme a la ley anterior se fijó el número en tres para su constitución, pero se discutía si dicho requerimiento mínimo era necesario para la continuación de la sociedad, dado que la pluralidad de socios estaba dada por el número de dos.

En esta oportunidad la ley está plenamente concordada desde el momento en que se requiere de dos socios para constituir una sociedad, según lo establece el artículo 4 de la LGS, con las excepciones a que se contrae el mismo artículo referido a las empresas del Estado o las creadas por ley especial, y a las subsidiarias de las empresas del sistema financiero al amparo del inciso 3 del artículo 36.

No obstante esta causal propia referida al número de socios, habrá que hacer referencia a la causal especial respecto a la calidad del socio en las sociedades comanditarias, en las que no obstante existir pluralidad de socios, incurre en causal de disolución si dentro del grupo de socios ha desaparecido alguno de los grupos de socios, sean los comanditarios o los colectivos, es decir, los que tienen a su cargo la administración de la sociedad y responden en forma ilimitada y solidaria por las deudas de la sociedad, o los que solo se han limitado al aporte de capital social. El artículo 408 de la LGS precisa que "La sociedad en comandita simple se disuelve también cuando no queda ningún socio comanditario o ningún socio colectivo, salvo que dentro del plazo de seis meses haya sido sustituido el socio que falta. Si faltan todos los socios colectivos, los socios comanditarios nombran un administrador provisional para el cumplimiento de los actos de administración ordinaria durante el período referido en el párrafo anterior. El administrador provisional no asume la calidad de socio colectivo...".

g. Resolución adoptada por la Corte Suprema conforme al artículo 410 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 410 de la LGS el Poder Ejecutivo, mediante resolución suprema expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La Corte Suprema resuelve, en ambas instancias, la disolución o subsistencia de la sociedad.

De acuerdo a lo señalado puede suceder que la sociedad se haya constituido para desarrollar un objeto lícito al momento de su constitución, pero que deviene en ilícito, en tal caso no estamos ante un caso de nulidad, puesto que la sociedad se constituyó de acuerdo a ley, sino que su objeto ha devenido en ilícito por lo que procede su disolución, en la medida que dicho objeto a Emilio Beltrán bajo esta premisa señala que la interpretación lógica se encuentra avalada por los términos literales de la ley española (que al igual que la ley peruana), liga la cesación total de los administradores en el ejercicio de su cargo a la asunción por los liquidadores de las funciones de administración propias del período de liquidación. En realidad, la finalidad del precepto no es otra que la de evitar que con posterioridad a la disolución continúen los administradores haciendo nuevos contratos y obligando con sus actos a la sociedad. La ley priva a los administradores de sus facultades para realizar nuevas operaciones, que serían contrarias al periodo de liquidación en que la sociedad se encuentra y, al mismo tiempo, indica que las operaciones de liquidación deberán ser realizadas por los liquidadores. Salvado esto, no se opone a que continúen los administradores en forma interina y limitada, y sin perjuicio de que una vez nombrados los liquidadores cesen de modo absoluto y total los administradores en el ejercicio de su función. Cabe, pues, hablar en estos casos, de un cese gradual de las funciones de los administradores. Producida la disolución, pierden el poder de representación para realizar nuevas operaciones; pero solo con el nombramiento de los liquidadores cesarán totalmente en sus funciones y serán sustituidos por los liquidadores como órgano al que la ley confiere durante el periodo de liquidación la gestión y representación de la sociedad para cuanto sea necesario a los fines de la liquidación(26).

Debe entenderse bajo esta premisa que, mientras no sean nombrados los liquidadores, los administradores, a pesar de la disolución, conservan tanto sus facultades de gestión o de orden interno, como las facultades representativas o de orden externo. Ahora bien, las facultades representativas quedan limitadas a la realización de aquellos actos conservativos o de índole similar cuyo retraso pudiera acarrear algún perjuicio a la sociedad. En todo caso, el gerente o el director deberán evitar que el período de interinidad se pueda prolongar más allá de lo normal, convocando a junta general con la oportuna rapidez para que se proceda a la designación de los liquidadores, en el supuesto de que los estatutos no prevean un distinto sistema de nombramiento.

La designación del liquidador compete a la junta general de accionistas cuando no se le ha nombrado en el mismo estatuto, no obstante existir este nombramiento, es posible removerlo en el cargo por la junta general de accionistas. El nombramiento de los liquidadores se hará siguiendo las normas estatutarias y solo en el supuesto de que no exista norma pertinente corresponderá su designación a la junta general. Cuando los estatutos prevean la designación de los liquidadores, habrá que estar a lo que en ellos se establezca, lo mismo si hace una designación directa y personal de los futuros liquidadores que sí establecen sencillamente un sistema o procedimiento a seguir para su designación. La ley mantiene en este punto la primacía de los estatutos. El nombramiento de los liquidadores se hará

siguiendo las normas estatutarias y solo en el supuesto de que no existan corresponderá su designación a la junta general.

El nombramiento puede recaer en determinados directores, en accionistas o en personas extrañas a la sociedad. Sobre el particular comenta Beltrán(27) que incluso se puede establecer que la liquidación se hará por el órgano de administración, quedando automáticamente revestidos sus miembros de la condición de liquidadores al disolverse la sociedad, criterio que en nuestra realidad sería aplicable, pero con la atingencia de que en realidad el órgano (directorio) no es el que se convierte en liquidador, sino que son los directores los que automáticamente asumen la calidad de liquidadores, quienes pueden convenir internamente asumir funciones como órgano, y en tal caso deberán aprobar las normas para la adopción de decisiones, pues de no existir tales normas cada uno de ellos representa a la sociedad con las facultades que le otorga la ley, y no como órgano colegiado.

Resulta interesante el comentario que realiza el profesor Emilio Beltrán(28) cuando al comentar el artículo 144 de la ley española de sociedades anónimas, señala que "no hace falta decir que cualquier norma estatutaria relativa al nombramiento de liquidadores podrá ser modificada por la junta general. Y, en el supuesto de que los estatutos hayan vinculado la función de liquidar la sociedad a determinados accionistas, o a los titulares de una clase de acciones, la modificación de esa norma estatutaria no requerirá el acuerdo de los "accionistas afectados" o el acuerdo de la clase; porque no se tratará de una modificación de los estatutos que afecte a los derechos del accionista o de una clase de acciones, ya que la facultad que los estatutos pueden conceder a uno o varios accionistas para actuar como liquidadores no es un derecho especial derivado de la acción, ni un derecho integrante de la posición de socio, sino un derecho-función del que la junta general puede privar al titular modificando al efecto los estatutos en la forma ordinaria". Si bien el comentario anotado es pertinente en la legislación española, por cuanto los artículos 145.1 y 148 respaldan esta posición, en nuestra legislación sería cuestionable desde el momento en que se agrupan las acciones en función de los derechos que se le otorgan, y toda modificación de dichos derechos dependen del consentimiento de los accionistas de la clase de acciones a los que afecte la decisión.

Para la designación de liquidadores por el órgano competente (junta general) no deben reputarse necesarios quórum especiales o mayorías calificadas, no obstante ello cabría tener presente el artículo 127 de la LGS que permite que en el estatuto se prevean mayorías más altas para determinados acuerdos societarios; por lo que, en principio, ateniéndose a esta circunstancia posible que en el estatuto se fije una mayoría calificada para la designación de liquidadores. Sin embargo habría que distinguir las reglas aplicables para el quórum de asistencia de votación para el caso de la decisión de entrar en un proceso de liquidación, que como bien conocemos es calificado (art. 126), de aquella otra decisión que es nombramiento de las personas que representan a la sociedad, caso en el que no rigen las mayorías calificadas, sino que serían de aplicación las normas relativas a

la designación de directores, con la excepción de la aplicación del voto acumulativo para la elección de los representantes sociales, por tratarse de norma especial, que en el fondo busca otorgar un derecho de control al socio minoritario, control que la ley otorga al socio en la etapa de liquidación al señalar que "los socios que representen la décima parte del capital social tienen derecho a designar un representante que vigile las operaciones de liquidación (art. 414 LGS).

El órgano competente para la convocatoria de la junta encargada de designar a los liquidadores estará en función del momento en que vayan a ser nombrados: si se trata de la primera designación, la junta será convocada por el directorio, quienes continúan provisional y limitadamente en el cargo hasta que los liquidadores asuman sus funciones. Si se trata de una designación posterior, esa facultad de convocatoria de la junta corresponderá a los propios liquidadores o, eventualmente, al juez. La designación de los liquidadores conlleva la determinación de sus facultades, en caso de que se omita, entonces habría que distinguir si los liquidadores son los mismos directores que continúan en el cargo, o si se trata de terceros; si se trata de los mismos, entonces se podrían extender las facultades de los directores a la de los liquidadores; en tanto, si los liquidadores son terceros entonces estaríamos en un supuesto distinto, en donde se haría necesaria la determinación de facultades. Cabe establecer una distinción en todo caso, pues la ley otorga facultades al directorio (art. 172 LGS)(29), órgano que cuenta con todos los poderes y facultades de representación y gestión, salvo lo estrictamente restringido por la ley; sin embargo, los liquidadores no constituyen un órgano de gestión y representación cuyas facultades nacen de la imposición legal, sino que son personas que individual o colectivamente, en su caso, ejercen funciones de representación de la sociedad, dado que se trata de personas que sustituyen en todas sus funciones al directorio y al gerente general. En tanto esto es así habría que estar a la reflexión si como tales se traslada a ellos las mismas facultades de gestión y representación que la ley otorga al directorio y al gerente general. Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 414 de la LGS señala que "...las limitaciones legales y estatutarias para el nombramiento de los liquidadores, la vacancia del cargo y su responsabilidad se rigen, en cuanto sea aplicable, por las normas que regulan a los directores y al gerente de la sociedad anónima"; de lo cual se colige que las normas aplicables a los liquidadores son las pertinentes a la limitación para su nombramiento, mas no en cuanto a sus facultades. Y, cuando la ley regula la representación procesal el artículo 416 dispone que "...por el solo hecho del nombramiento de los liquidadores, éstos ejercen la representación procesal de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas por las normas procesales pertinentes; en su caso, se aplican las estipulaciones en contrario o las limitaciones impuestas por el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general", quedando en manos de los socios la determinación de las facultades especiales para los liquidadores a tenor de lo señalado en el primer párrafo del mismo artículo 416 cuando acota que "corresponde a los liquidadores la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla, con las facultades, atribuciones y responsabilidades que

establezcan la ley, el-estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general".

La designación del liquidador o liquidadores por el juez, es una premisa contemplada en la ley en el artículo 414(30), que guarda coherencia con el artículo 410 que señala que en el supuesto que el Poder Ejecutivo interfiera en la disolución y liquidación de la sociedad, al desarrollar actividades contra la ley y las buenas costumbres; en tal supuesto, la ley contempla la posibilidad de que sea el juez, en caso extremo, quien designe a los liquidadores. La ley no contempla otro supuesto de intervención del juez para la designación de liquidadores. Sin embargo puede darse el caso de que los liquidadores no acepten el cargo, lo cual obliga al directorio y al gerente a convocar a junta para la designación de directores; pero en el supuesto de la disolución de pleno derecho habría que estarse a las circunstancias, y en este sentido es válido el comentario de Emilio Beltrán(31), al señalar que si se produce la disolución de la sociedad y no es posible proceder a la designación voluntaria de los liquidadores, sea por abandono de los órganos sociales, sea por su misma paralización, y si la misma ley legitima, en su caso, a cualquier interesado para solicitar la disolución judicial de la sociedad y a exigir eventualmente la responsabilidad de los administradores en el supuesto de incumplimiento de la obligación de convocar la junta para el acuerdo de disolución o de solicitar la disolución judicial, no parece lógico pensar que el legislador que ha querido facilitar la disolución de la sociedad por esa vía judicial niegue la posibilidad de que el propio juez designe a los liquidadores cuando la sociedad no proceda a su nombramiento. La ley no puede querer la disolución -facilitando la disolución judicial como última solución- cuando se produce una causa legítima y rechazar a la vez la designación judicial de los liquidadores cuando se sabe que una conducta pasiva de la sociedad en este punto daría al traste con la disolución y liquidación de la sociedad. Amparando este criterio nada impide recurrir al Juzgado a solicitar la designación de los liquidadores de una sociedad en la cual los designados no asumen el cargo, o producida una disolución de pleno derecho es necesario designar a los liquidadores, en la medida que no estén nombrados o designados en el estatuto. No estará de más subrayar que, en todo caso, la designación judicial de los liquidadores solo procederá cuando falte la voluntad de la sociedad de proceder al nombramiento. En los casos en que la sociedad se disuelva por transcurso del término o por decisión judicial, así como en el supuesto en que la designación no haya tenido lugar en la misma junta que toma el acuerdo de disolución (el nombramiento puede ser "simultáneo o posterior a la liquidación", habrá que pensar en su designación en una junta posterior; y solo en el caso de que en esa junta no se logre la designación o que no sea posible lograr una reunión válida de la misma, quedará abierta la vía para pedir el nombramiento de los liquidadores por el juez. La designación judicial tiene, pues, una significación claramente subsidiaria. La designación de los liquidadores se puede realizar con sus respectivos suplentes, en cuyo caso dichas personas asumen el cargo en la medida que se produzca la vacancia en el cargo del liquidador titular; no se contempla en este supuesto la designación de liquidadores alternos, figura contemplada en exclusiva para el caso de los directores de las sociedades.

Otro tema de suma importancia es la designación de los liquidadores en aplicación de las facultades de la cooptación. El carácter excepcional de la facultad de cooptar que la ley atribuye al directorio plantea muy serias dudas acerca de la aplicación de ese sistema para cubrir las vacantes de los liquidadores. Por la cooptación se faculta al directorio, en forma excepcional, a cubrir las vacancias producidas en su seno con la designación de otras personas como directores, sin necesidad de recurrir a la junta general para su elección. Desde el punto de vista estrictamente legal, dicha facultad de cooptar es atribuida únicamente al directorio y no a los liquidadores. Sin embargo no escaparía a la legalidad si ese sistema se puede establecer por vía estatutaria. La primacía que, en materia de nombramiento de liquidadores, reconoce la ley a los estatutos permite entender que los estatutos pueden atribuir a la comisión liquidadora (en tanto constituida como tal) la facultad de cooptar, sea de forma directa, señalándolo expresamente, sea de forma indirecta, declarando aplicables a la comisión las normas legales (y estatutarias) relativas al directorio para estos efectos.

La capacidad de los liquidadores se encuentra restringida en la ley en lo referente a la extensión de las limitaciones para el caso del director, las mismas que son aplicables para los liquidadores, con la excepción expresamente señalada en el sentido de que sí es posible designar como liquidador a una persona jurídica. Por lo demás, rigen las mismas limitaciones que contempla la ley para el ejercicio del cargo del director (art. 161 LGS). La ley impone condiciones especiales de capacidad o aptitud para desempeñar el cargo de liquidador. Los estatutos pueden establecer normas restrictivas de la capacidad exigiendo para el desempeño del cargo determinadas condiciones, como la de accionista, o estableciendo un régimen especial de incapacidades o incompatibilidades. Pero en defecto de normas estatutarias habrá que entender que la junta general tiene amplia libertad para la elección de las personas que hayan de desempeñar las funciones de liquidación. Y si para ser nombrado director no se requiere la cualidad de accionista, tampoco será razón para imponer ninguna traba a la elección de los liquidadores entre personas extrañas a la sociedad.

En cuanto al número de liquidadores la ley señala que debe ser impar (art. 414), lo cual parece establecer una presunción en favor de la necesidad de que los liquidadores actúen conjuntamente, en forma colegiada, constituyendo un órgano colectivo de liquidación que decida las cuestiones por mayoría. Parece lógico, en efecto, aplicar a los administradores el principio general según el cual cuando el directorio de la sociedad se confía conjuntamente a más de dos personas, y éstas constituyen el órgano colegiado cuyas decisiones se adoptan por mayoría, lo cual sería de aplicación en el supuesto de que siendo plural el número de liquidadores, las facultades de liquidación no se hayan conferido solidariamente a los distintos liquidadores, en cuyo caso cada uno de ellos podría actuar con absoluta independencia de los demás. La actuación solidaria de los liquidadores puede ser establecida lo mismo por los estatutos que por acuerdo de la junta general en que se haga su designación.

Aunque la ley habla siempre de los liquidadores, no debe entenderse que el número habrá de ser necesariamente plural. La exigencia legal de número impar se cumple en el supuesto de liquidador único. Las funciones de liquidación se pueden encargar a una sola persona. El hecho de nombrar un solo liquidador no contradice la exigencia legal de que el número de los liquidadores sea siempre impar, pues la unidad se encuentra comprendida dentro de esta categoría matemática.

La designación del liquidador dentro de Ley General del Sistema Concursal es una atribución que compete a los acreedores, en la medida que la sociedad se encuentra en situación de concursada. Si la junta de acreedores decide la disolución y liquidación de una persona jurídica, ésta no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio a partir de la suscripción del convenio de liquidación, con la entidad designada para que cumpla las funciones de liquidadora. De conformidad con el artículo 74.3 solo se podrá nombrar a una entidad o persona que tenga registro vigente como liquidador.

ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACIÓN DE UTILIDADES

Alex MORRIS GUERINONI

El Instituto Peruano de Derecho Mercantil rinde un merecido y justo homenaje a tres extraordinarios juristas y mejores personas que, lamentablemente, ya no se encuentran entre nosotros.

Tuve la suerte de estar muy cerca de mi querido amigo, maestro y socio Enrique Elías y de compartir con él muchos momentos que han sido determinantes en mi formación personal y profesional. Me es muy difícil aceptar que ya no esté entre nosotros y que no pueda recurrir a él para recibir sus oportunos y acertados consejos. También tuve la suerte de conocer a Alfonso Rubio Feijóo. De Alfonso tengo el mejor de los recuerdos, no solo por su calidad como abogado, sino también por su caballerosidad y honorabilidad. Uno disfrutaba mucho trabajando con él, incluso en aquellas oportunidades en que nos encontramos defendiendo posiciones distintas.

Se me ha pedido que el presente trabajo comprenda los estados financieros y la aplicación de utilidades a la luz de la Ley N° 26877, Ley General de Sociedades, promulgada el 5 de diciembre de 1997, temas en los que, precisamente, Enrique Elías era un amplio conocedor. Su obra "Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades del Perú"(1), recoge sus apreciaciones personales sobre estos temas al analizar en forma detenida y minuciosa los artículos pertinentes de la Ley N° 26877, contrastándolos con las disposiciones de la ley anterior (Ley N° 16123) (2), las legislaciones de otros países y la doctrina mercantil. El trabajo del doctor Elías fue el resultado de investigaciones muy profundas y, consecuentemente, muy completo, por lo que es tarea muy difícil el poder aportar algo adicional a lo ya dicho por él en su obra.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La nueva Ley General de Sociedades (en adelante LGS) adopta una nueva terminología para referirse al balance general y a la cuenta de resultados o de ganancias y pérdidas; éstos ahora se denominan en la nueva ley como estados financieros (3). En otros países como en España se alude a cuentas anuales que comprenden no solo el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas, sino también a la memoria (4).

El doctor Enrique Elías se ocupa ampliamente en su obra sobre este cambio de terminología, señalando las razones por las cuales él no está de acuerdo con la nueva denominación. No obstante, admite que mucho antes de la promulgación de la LGS nuestro ordenamiento jurídico ya había introducido el término de estados financieros para referirse al balance general y a la cuenta de resultados (5).

En efecto, algunas normas de naturaleza contable expedidas años antes de la promulgación de la LGS introdujeron dicha terminología. Así, en el año 1984 se aprobó el Plan General Contable Revisado (6) en el que se definió a los estados

financieros como los "cuadros que presentan, en forma sistemática y ordenada, diversos aspectos de la situación financiera y económica de una empresa, de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados".

Posteriormente, en el año 1987, se promulgó la Ley N° 24680, Ley del Sistema Nacional de Contabilidad (7), ya partir de ella se publicaron una serie de Resoluciones de la Contaduría Pública de la Nación y del Consejo Normativo de Contabilidad en las que también se hace referencia a los estados financieros. como es el caso de la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 005-94-EF/93.01 de 30 de marzo de 1994 (8), que oficializó los acuerdos adoptados por sendos congresos nacionales de contadores públicos para que se apliquen en nuestro país las Normas Internacionales de Contabilidad. El artículo 2 de la citada resolución precisó que "los estados financieros deben ser preparados en observancia de las Normas establecidas por el Consejo Normativo de Contabilidad y las Normas Internacionales de Contabilidad, en lo que fe sean aplicables...".

Al margen de que puedan existir razones válidas para considerar como inadecuada la denominación de estados financieros en la nueva LGS, opinamos que resulta acertado que se utilice una misma terminología tanto en las normas societarias como en las de carácter contable. Como señala el doctor Elías en su obra, en el fondo se trata de una mera modificación de carácter formal que no significa ninguna innovación que pueda afectar la esencia de los conceptos jurídicos involucrados.

Otro tema a comentar es el referido a la ubicación en la LGS de las disposiciones sobre la formulación de la memoria, de los estados financieros y de la propuesta de aplicación de utilidades. Dichas disposiciones las encontramos en la Sección Sexta del Libro Segundo sobre sociedades anónimas, lo cual, en principio, nos conduciría a concluir que la nueva ley solo incluye normas especiales sobre estas materias tratándose de este tipo de sociedad.

No obstante, esta afirmación no es del todo correcta por cuanto si repasamos los distintos libros que contiene la LGS encontraremos una serie de disposiciones vinculadas con la preparación de los estados financieros y la distribución de utilidades, que son de aplicación a otras formas de sociedad.

Así, por ejemplo, el artículo 31 de la LGS señala que el "...patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan". Debe entenderse como patrimonio social al conjunto de activos y pasivos de la sociedad que van variando continuamente durante la vida de ésta (9). Resulta, pues, evidente, que solo si el "patrimonio social" es conocido puede darse cumplimiento a la referida norma legal. Será entonces necesario que la sociedad lleve su contabilidad de acuerdo con las disposiciones pertinentes(10) y que la misma permita que se preparen periódicamente balances que puedan mostrar el total de activos y pasivos sociales. Como puede apreciarse, esta regulación

comprende no solo a la sociedad anónima, sino a todas las demás "formas societarias".

Por su parte, el artículo 40 de la LGS puntualiza que solo pueden distribuirse utilidades "en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un período determinado o la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio". Esta norma también está incluida dentro del Libro Primero de la LGS que contiene reglas aplicables a todas las sociedades, por lo que tendríamos que concluir forzosamente que la regulación debe ser observada por todas las sociedades en general y no únicamente por la sociedad anónima (11).

También encontramos otras normas en la LGS, -aplicables a todas las formas societarias- en las que se hace alusión a los estados financieros, a las distintas partidas que forman parte de un balance general o a conceptos que se desprenden de los mismos:

- El artículo 305 de la LGS establece que en la emisión de obligaciones, el importe total de las mismas, a la fecha de emisión, no podrá ser superior al patrimonio neto de la sociedad, salvo las excepciones mencionadas en ese mismo artículo.

- De conformidad con el artículo 339 de la LGS, existe obligación de la sociedad que se transforma en otra clase de sociedad o persona jurídica de preparar un balance de transformación al día anterior a la fecha de la escritura pública.

- Las sociedades que participan en procesos de fusión o de escisión deben contar con estados financieros auditados del último ejercicio, sin perjuicio de la obligación de tener que formular los balances a que se refieren los artículos 354 y 379 de la LGS.

- Tratándose de una sociedad en liquidación, los liquidadores deben formular el inventario, los estados financieros y las demás cuentas al día en que se inicia la liquidación y, al finalizar la misma, deben presentar a la junta general, conjuntamente con la memoria de liquidación y la propuesta de distribución del patrimonio neto, "el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y las demás cuentas que correspondan..." (arts. 416 y 419 de la LGS).

En resumen, son varias las normas contenidas en la LGS que se refieren a la preparación de estados financieros por parte de las diversas formas de sociedades. Sin embargo, solo en el caso de la sociedad anónima el legislador ha creído conveniente incluir adicionalmente a dichas normas, disposiciones específicas sobre el particular.

Algunos sostienen que las normas que regulan a las sociedades anónimas en estas materias deben ser observadas, por analogía, por las demás sociedades, en lo que resulte aplicable y no sea incompatible o no se oponga a sus propias disposiciones. Nosotros discrepamos de este temperamento.

En la anterior Ley General de Sociedades -Ley N° 16123-las disposiciones especiales que regulaban a cada tipo de sociedad contenían en sus secciones correspondientes reglas expresas relacionadas con la obligación de preparar el balance anual y con respecto a la aplicación de las utilidades. Cuando no existían tales reglas, había, por lo menos, una remisión a las normas que regulaban a las otras formas societarias. Apreciamos que en la nueva LGS se ha producido un cambio al respecto.

Por ejemplo, en el caso concreto de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, la anterior ley dedicaba un título completo a estas materias. También había una remisión expresa a ciertas normas contenidas en la sección correspondiente a las sociedades anónimas que debían ser cumplidas por las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, tales como las referidas a las partidas que debían contener el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas; las reglas sobre valorización de los elementos del activo y la forma en que los socios podían ejercer su facultad de fiscalización de la gestión social.

Las referidas disposiciones no han sido recogidas en la Sección Tercera del Libro Tercero de la LGS sobre sociedades comerciales de responsabilidad limitada, ni tampoco existe en esta sección, a diferencia de la Ley N° 16123 alguna remisión a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas. El numeral 6 del artículo 294 de la LGS se limita a establecer que el pacto social, "en adición a las materias que contenga conforme a lo previsto en la presente sección, debe incluir reglas relativas a: (...)

6. La formulación y aprobación de los estados financieros, el quórum y mayoría exigidos y el derecho a las utilidades repartibles en la proporción correspondiente a sus respectivas participaciones sociales, salvo disposición diversa del estatuto". Como se aprecia, el legislador no ha considerado necesario incluir normas específicas al respecto, como sí ha sucedido en el caso de las sociedades anónimas. Pero ello de ninguna manera implica que las reglas a las que están sujetas las sociedades anónimas resulten aplicables, "por analogía", a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Como hemos señalado, en la anterior ley había una remisión expresa a ciertas normas contenidas en la sección correspondiente a las sociedades anónimas. El artículo 294 de la Ley N° 16123 dispuso que las sociedades comerciales de responsabilidad limitada estaban sujetas, en cuanto les resultaran aplicables a "las disposiciones de los artículos 250, 251, 252, 253, 254, 255 Y 257". Puede observarse que no había, por ejemplo, una remisión al artículo 258 que obligaba a las sociedades anónimas a detraer parte de las utilidades que obtuvieran en el ejercicio económico para constituir la reserva legal. Sería absurdo sostener que a partir de la nueva LGS, por "aplicación analógica" del artículo 229, las sociedades comerciales de responsabilidad limitada deben constituir una reserva legal.

Situación similar a la de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada se presenta con las sociedades colectivas, las sociedades en comandita simple y las

sociedades civiles. A diferencia de lo que ocurría en la anterior ley, las secciones de la actual LGS que las regulan no contienen disposiciones sobre la forma en que debe llevarse a cabo la revisión periódica de la gestión social y respecto de la preparación de los estados financieros anuales.

Nosotros consideramos que es inadecuado que las reglas sobre formulación de los estados financieros y aplicación de utilidades -de vital importancia para la sociedad, sus socios y terceros- no estén contenidas en la ley, y que las mismas queden sujetas a lo que, eventualmente, pueda haberse establecido o no en el pacto social o en el estatuto. Existe casi una exigencia de que el ordenamiento legal incluya disposiciones expresas que desarrollen con toda claridad y precisión las normas que regulen la forma en que los administradores rinden cuentas a los socios y la manera en que éstos pueden ejercer su facultad de fiscalización. Es decir, debe existir una suerte de tutela en relación con estos aspectos, lo que solo se logra mediante su incorporación en la legislación.

En resumen:

- No obstante que la LGS solo incluye para el caso de las sociedades anónimas normas específicas sobre la preparación de los estados financieros, dicha ley también recoge diferentes disposiciones generales vinculadas con los mismos -como las incluidas en el Libro Primero- que alcanzan a todas las formas societarias.

- Las normas incluidas en la Sección Sexta del Libro Segundo de la LGS solo son aplicables a las sociedades anónimas normales y en forma supletoria a las sociedades anónimas cerradas y abiertas, así como a las sociedades en comandita por acciones, en lo que resulten compatibles. Dichas disposiciones no alcanzan a las otras formas societarias.

- Desde nuestro punto de vista, el ordenamiento legal debe incluir para todas las formas societarias y no solo para las sociedades anónimas, normas claras y precisas que regulen la forma en que los administradores rinden cuentas a los socios y la manera en que éstos ejercen su derecho de fiscalización. Estos aspectos no deben quedar librados exclusivamente a lo que se disponga en el pacto social o el estatuto.

En lo que resta del presente trabajo nuestros comentarios se centrarán, básicamente, en las normas específicas que regulan a las sociedades anónimas aunque, como hemos señalado, algunas de ellas, por estar incluidas en el Libro Primero de la LGS, también constituyen reglas que deben ser cumplidas por las otras formas societarias.

II. ASPECTOS GENERALES

El primer párrafo del artículo 221 de la LGS dispone que finalizado el ejercicio el directorio (12) debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de utilidades en caso de haberlas. La norma puntualiza que de estos documentos "...debe resultar, con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio".

La misma disposición impone al directorio la obligación de poner los estados financieros a disposición de los accionistas, con la antelación necesaria, para que sean sometidos oportunamente a la junta obligatoria anual.

Corresponde al directorio como órgano colegiado encargado de la administración el deber de rendir cuentas sobre su gestión a los accionistas. Se trata de una responsabilidad que recae única y exclusivamente en el directorio y que, conforme lo precisa el último párrafo del artículo 174 de la LGS, no puede ser objeto de delegación. El directorio rinde cuentas de su gestión a los accionistas, para lo cual debe formular los documentos que detalla el artículo 221. Corresponderá a la junta obligatoria anual pronunciarse sobre el particular, ya sea aprobándolos o rechazándolos. Las competencias de cada órgano están claramente delimitadas en la LGS. No es posible eximir al directorio del cumplimiento de esta obligación que le impone la ley.

a. Ejercicio

El artículo 221 señala que, al concluir el ejercicio, el directorio debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades.

José María Garreta Such en su obra "Introducción al Derecho Contable" señala que el resultado de la empresa es el objetivo pretendido por los empresarios, accionistas o socios de las sociedades en general. Sin embargo expresa "...que la determinación del resultado, en puridad, solo puede conocerse a la conclusión del objeto social o del fin de la empresa, plazo necesariamente largo y que imposibilita referirse a él si pretendemos conocer con suficiente antelación la marcha de la empresa y la definitiva obtención de lucro o beneficio; de ahí que tradicionalmente se haya hecho necesario anticipar periódicamente su conocimiento, fraccionando la empresa en períodos más cortos denominados ejercicios...".(13) La necesidad de conocer los resultados de la empresa aunque sea de manera relativa impone que se realice en la contabilidad, por lo menos, un cierre anual con el que concluye el ejercicio económico.

El ejercicio económico tiene una duración de doce meses y en el caso nuestro coincide, obligatoriamente, por mandato de la Ley del Impuesto a la Renta(14), con el año calendario. Es decir, el ejercicio, de ordinario, se inicia el 1 de enero y termina el 31 de diciembre, aunque puede ocurrir en el caso de inicio de actividades o conclusión de las mismas- que no abarque dicho período.

La circunstancia de que la ley obligue al directorio a rendir anualmente cuentas de su gestión a los accionistas, mediante la formulación de los documentos mencionados en el artículo 221 de la LGS, no impide que se preparen estados financieros con fecha de cierre anterior a la del ejercicio económico y que, inclusive, sobre la base de los mismos, se distribuyan utilidades a cuenta. Más adelante ampliaremos nuestros comentarios sobre el particular.

El artículo 221 de la LGS se limita a señalar que la formulación por parte del directorio de la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de utilidades debe ocurrir a la finalización del ejercicio. La citada norma no señala un plazo perentorio en el que debe cumplirse dicha obligación, a diferencia de lo que sucedía en la anterior ley en que el plazo máximo era de ochenta días, contado a partir del cierre del ejercicio. No obstante, como hemos apreciado anteriormente, la mencionada norma sí establece que los estados financieros deben ser puestos a disposición de los accionistas con la debida antelación, antes que se celebre la junta obligatoria anual. De conformidad con el artículo 114 de la LGS esto último debe ocurrir dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico.

b. La memoria

La memoria no forma parte de los estados financieros, pero es uno de los documentos obligatorios que debe preparar el directorio y someter a la consideración de los accionistas. El artículo 222 define a la memoria como el documento mediante el cual el directorio "da cuenta a la junta general de la marcha y estado de los negocios, los proyectos desarrollados y los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio, así como de la situación de la sociedad y los resultados obtenidos" .

La Ley N° 16123 no efectuaba ninguna precisión respecto del contenido de la memoria, lo que ahora sí ocurre en la nueva LGS. El artículo 222 se encarga de precisar los aspectos que necesariamente deben ser cubiertos por la memoria(15), La memoria es el documento que explica, amplía y complementa los estados financieros y que, asimismo, informa sobre aspectos relevantes de la actividad de la sociedad, su situación presente y sus proyecciones para el futuro. Conforme al artículo 175 de la LGS, bajo responsabilidad del directorio, la memoria debe contener información suficiente, fidedigna y oportuna, que permita comprender la situación patrimonial y financiera de la sociedad y la evolución de sus negocios. En este sentido, es muy importante que el documento esté correctamente redactado y que cubra, cuando menos, todos los aspectos indicados por el artículo 221, permitiendo presentar a los accionistas y terceros los hechos de importancia que podrían no desprenderse de la lectura de los estados financieros. Constituye, pues, un documento imprescindible y fundamental y de ahí que el artículo 221 establezca la obligación del directorio de formularlo Y someterlo a la aprobación de los accionistas.

c. Principios y cualidades

Conforme al artículo 221 de la LGS, de la memoria, de los estados financieros y de la propuesta de aplicación de utilidades "debe resultar, con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio".

La norma alude a dos principios que deben cumplirse en la preparación de los mencionados documentos y en especial en los estados financieros: claridad y precisión.

La claridad debe entenderse en el sentido de que la información de los estados financieros debe ser recogida y mostrada en términos claros y asequibles para que faciliten su comprensión. Ello se logra a través de un adecuado esquema de presentación del balance y de la cuenta de resultados y supone la necesidad de descomponer y subdividir las partidas mínimas que se detallan en los mismos a fin de obtener una representación completa de la situación del negocio. Según el tratadista Jesús Rubio en su obra Curso de Derecho de Sociedades, consecuencias del principio de claridad son las de unidad y continuidad. "La representación que se obtenga del proceso contable debe proporcionar una visión explícita y congruente del ejercicio, tanto en el conjunto de las distintas ramas o establecimientos de la empresa como respecto de los ejercicios anteriores....." (16). La aplicación de criterios distintos en uno u otro ejercicio, en razón de circunstancias justificadas, "deberán aparecer claramente" expresadas y motivadas.

El principio de precisión a que alude el artículo 221 está ligado al concepto de exactitud, en el sentido de conformidad y correspondencia de los datos de los estados financieros con la situación real de los hechos mostrados en la contabilidad. Según Rubio, "exactitud de las relaciones contables, no solo en cuanto a que no se haya hecho en consecuencia reserva ni omisión alguna, sino a la correspondencia con una estimación objetiva de los elementos de la empresa".

El Reglamento de Información Financiera para las personas jurídicas sujetas al control y supervisión de CONASEV aprobado por la Resolución CONASEV N° 1 03-99-EF/94.10.(17), destaca en su artículo 4 como "cualidades" de los estados financieros a las siguientes:

Compensabilidad: debiendo ser la información clara y entendible por usuarios con conocimiento razonable sobre negocios y actividades económicas;

Relevancia: con información útil, oportuna y de fácil acceso en el proceso de toma de decisiones de los usuarios que no estén en posición de obtener información a la medida de sus necesidades. La información es relevante cuando influye en las decisiones económicas de los usuarios al asistirlos en la evaluación de eventos presentes, pasados o futuros o confirmando o corrigiendo sus evaluaciones pasadas;

Confiabilidad, para lo cual la información debe ser:

- Fidedigna, que represente de modo razonable los resultados y la situación financiera de la empresa, siendo posible su comprobación mediante demostraciones que la acreditan y confirman.
- Presentada, reflejando la sustancia y realidad económica de las transacciones y otros eventos económicos independientemente de su forma legal.
- Neutral u objetiva, es decir libre de error significativo, parcialidad por subordinación a condiciones particulares de la empresa.
- Prudente, es decir, cuando exista incertidumbre para estimar efectos de ciertos eventos y circunstancias, debe optarse por la alternativa que tenga menos probabilidades de sobreestimar los activos y los ingresos, y de subestimar los pasivos y los gastos.
- Completa, debiendo informar todo aquello que es significativo y necesario para comprender, evaluar e interpretar correctamente la situación financiera de la empresa, los cambios que ésta hubiera experimentado, los resultados de las operaciones y la capacidad para generar flujos de efectivo.
- Comparabilidad, la información de una empresa es comparable a través del tiempo, lo cual se logra mediante la preparación de los estados financieros sobre bases uniformes.

III. LOS ESTADOS FINANCIEROS

1. Definición

El balance general conjuntamente con el estado de ganancias y pérdidas conforman los estados financieros de la sociedad, según lo ha definido la Cuarta Disposición Final de la LGS. El balance refleja el activo, el pasivo y el patrimonio neto a un determinado período, mientras que la cuenta de ganancias y pérdidas muestra los resultados obtenidos durante el referido período.

Las personas jurídicas sujetas al control y supervisión de CONASEV están obligadas a preparar su información financiera de acuerdo con el reglamento y el manual aprobados por la Resolución N° 103-99-EF/94.10, que antes hemos mencionado. El artículo 10 de dicho reglamento establece que, además del balance general y el estado de ganancias y pérdidas, los estados financieros también están constituidos por el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo. El estado de cambios en el patrimonio neto muestra las variaciones ocurridas en las distintas cuentas patrimoniales, como son el capital, el capital adicional, las acciones de inversión, el excedente de revaluación, las reservas y los resultados acumulados durante un período determinado. El estado de flujos de efectivo muestra el efecto de los cambios de efectivo en un período determinado, generado y utilizado en las actividades de operación, inversión y financiamiento.

2. Funciones

Tal como lo señala el tratadista Guillermo Cabanellas, "la vida empresarial supone un conjunto enormemente complejo de actos con contenido económico. Obtener un conocimiento humanamente accesible de tal conjunto requiere aplicar valores cuantitativos a estos actos, y exponer esos valores cuantitativos de forma relativamente simplificada, para hacerlos accesibles en forma suficientemente rápida, con la menor pérdida de precisión posible (18).

Según expresa Cabanellas, la contabilidad constituye el instrumento que suministra información sobre la actividad y el patrimonio de la empresa. La contabilidad cumple diversas funciones tanto al interior como al exterior de la empresa. Al interior permite que los distintos órganos societarios puedan conocer a través de sus registros, en forma cuantitativa, la actividad y desarrollo patrimonial de la misma y, de esta manera, puedan estar en aptitud de adoptar las decisiones con un conocimiento cabal de la realidad económica y financiera de la empresa. Externamente, esta información interesa a todo aquel que tenga relación con la empresa.

Los datos básicos relativos a dichas cuentas, a un determinado período, son resumidos en los estados financieros: balance y cuenta de resultados.

J.N. Myer señala en su obra "Análisis de los Estados Financieros"(19) que la necesidad de un resumen de las cuentas de las empresas comerciales fue apreciada desde los comienzos de la contabilidad moderna. La existencia de los estados de activo y pasivo se conoce desde cerca del siglo XIV. Dicho autor menciona que "los socios Francesco di Marco da Prata y Domenico di Cambio hicieron un detallado estado de activo y pasivo al 30 de agosto de 1389, de una manera muy parecida a la actual. El estado fue registrado en un libro secreto y firmado por los socios, y el libro fue cerrado con un sello: En 1571 la compañía Mines Royal, a raíz de las dificultades económicas que estaba afrontando a causa de una retracción de los negocios, preparó un informe a sus accionistas que tituló "Una estimación de las Existencias Tenidas en las Minas y de su Valor a la Navidad Pasada"; sin embargo, Myer refiere que el citado informe enumeraba solamente los activos y no así los pasivos.

Según Myer, ya en la última parte del siglo XIX las empresas adquieren mayores proporciones y aparecen las sociedades de capitales con un número importante de inversores, lo que exige hacer resúmenes de cuentas para que sean distribuidos entre los accionistas y así la cuenta del balance se fue transformando en el balance general contemporáneo". Al principio, los estados financieros constituían una comprobación del trabajo realizado por el tenedor de libros. Sin embargo, ya en esa época los banqueros comenzaron a exigir la presentación de los mismos como requisito previo para la concesión de un crédito. Myer menciona que el 9 de febrero de 1895, el Consejo Ejecutivo de la Asociación de Banqueros del Estado de Nueva York adoptó una resolución de: "recomendar a los miembros de esta Asociación que soliciten a los deudores de sus respectivas instituciones la

entrega de estados de activos y pasivos, escritos y firmados, redactados en la forma que recomiende el Comité de Estados, contables uniformes de los distintos grupos". Posteriormente, esta recomendación se convirtió en exigencia, siendo requisito para la concesión del crédito que los estados fueran analizados y, mediante ellos, se estableciera el grado de solvencia de las sociedades. Esta norma es en la actualidad rigurosamente observada por todas las entidades financieras, estando las empresas deudoras obligadas a presentar periódicamente sus correspondientes estados financieros.

Con el transcurso de los años y la aparición de nuevas operaciones, los estados financieros se constituyen en instrumentos imprescindibles de la empresa no solo para sus propios socios o accionistas y frente a los acreedores, sino también para el Fisco, los organismos del Estado encargados de su control y supervisión, para los potenciales inversores, los obligacionistas o bonistas, los proveedores, los clientes y, en general, para todas las personas con las cuales la empresa tiene relación.

Entre las distintas funciones que cumplen los estados financieros podemos destacar las siguientes:

a) Proporcionan información sobre la situación económica de la empresa. Los estados financieros contienen un resumen de los datos cuantitativos y significativos de los actos y patrimonio de la sociedad a un determinado período, lo que permite razonablemente apreciar el futuro y las perspectivas económicas de la empresa.

b) Proporcionan razonablemente información sobre la situación financiera de la sociedad y los resultados de las operaciones de la empresa. Permiten conocer la situación de los ingresos frente a los egresos y establecer, con ello, el grado de liquidez con el que cuenta para hacer frente a sus obligaciones. La información financiera no solo es importante para los encargados de la gestión sino especialmente para los acreedores y proveedores.

c) En el caso concreto del balance general, éste brinda información sobre la situación patrimonial de la empresa. Refiere Cabanellas que "la técnica tradicional del balance refleja la regla básica legal en el sentido de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores de una persona. (20). En el lado izquierdo del balance (en el debe) se incluyen los activos de la empresa y en el lado derecho (en el haber) los pasivos. El pasivo distingue las obligaciones que la sociedad adeuda a los terceros de las que tiene frente a sus titulares. En términos cuantitativos y no de propiedad, del total de los activos una parte es debida a terceros y la otra parte a los propios socios. La parte que se debe a los socios (diferencia entre activo y obligaciones frente a terceros) constituye el patrimonio neto de la sociedad.

d) Mediante la cuenta de ganancias y pérdidas se brinda información sobre los resultados de la sociedad al cierre de un cierto período. Existe un detalle cuantitativo de los principales ingresos obtenidos en el período y de los egresos en que se ha incurrido para la obtención de los mismos. El resultado pasa a formar parte del balance general e incide en el patrimonio. Éste aumenta o disminuye según la empresa haya obtenido en el período una ganancia o una pérdida.

e) Los estados financieros suministran información para la preparación de la memoria y la propuesta de aplicación de utilidades y constituyen un medio sumamente importante para que dicha información sea transmitida a terceros (Fisco, órganos de control y supervisión, potenciales inversores, bonistas, acreedores, clientes, proveedores, entre otros).

IV. EL BALANCE GENERAL

1. Definición

Existe consenso entre los tratadistas que hemos consultado en cuanto a la definición del balance general. En síntesis, para todos ellos se trata de un documento de naturaleza contable que contiene un resumen de las diversas cuentas de la sociedad y que permite establecer, en un determinado momento, la situación de su patrimonio social y el resultado del período al que corresponde. En relación con los resultados, el balance también nos muestra los obtenidos en los períodos anteriores y, en consecuencia, las utilidades que pueden ser objeto de distribución.

Para Isaac Halperin, el balance: Se halla vinculado al inventario que es su presupuesto, y al estado de resultados (o cuenta de ganancias y pérdidas), que es su resultado: el inventario es la descripción de cada uno de los bienes que integra el patrimonio social (activo y pasivo), con su correspondiente valuación; la cuenta de ganancias y pérdidas es la diferencia entre el activo y pasivo registrados en el balance. De esto resulta que el inventario es una operación indispensable para la compilación del balance, en cuyo activo y pasivo se resumen los resultados que arroje tal inventario (21).

Dentro de esta misma línea, el tratadista Jesús Rubio define al balance como el eje "de la consideración patrimonial de la empresa": Significa, de una parte, un resumen del inventario, es decir una relación de los bienes que constituyen el patrimonio social, tanto desde el ángulo activo: dinero, valores, créditos, efectos al cobro, muebles e inmuebles y mercaderías, como pasivo: deudas y toda clase de obligaciones pendientes. Tiende, pues, a proporcionar un conocimiento justo de la situación patrimonial de la compañía, propósito que interesa poseer al comerciante en cualquier momento del curso de sus negocios..."(22).

El español José María Garreta Such precisa aún más la definición señalando que el balance "es un informe necesario para determinar la situación patrimonial de la empresa y, a su través, de la ganancia obtenida. Precisamente su aptitud para determinar la ganancia diferencia al balance del simple inventario; el inventario es una relación del patrimonio, mientras que el balance añade una ordenación finalista de este patrimonio con referencias a su forma de adquisición y financiación y un detalle sobre los resultados obtenidos; es un informe financiero de carácter estático y de contenido patrimonial, es decir hace relación a un momento concreto en el tiempo"(23).

Joaquín Rodríguez Rodríguez complementa la definición sobre la base del rol que cumple el balance como instrumento para satisfacer las necesidades de información no solo al interior sino al exterior de la sociedad. Rodríguez Rodríguez expresa que "el balance es una institución privada que responde a la necesidad de que el comerciante pueda determinar en un momento cualquiera su auténtica situación patrimonial, a través de un resumen de sus diversas cuentas; pero en la sociedad anónima el balance no atiende solo a esta necesidad privada, sino que sobre todo es el instrumento mediante el que se realiza una efectiva vigilancia respecto del cumplimiento del principio de la integridad del capital y por el cual puede hacerse efectiva una publicidad seria sobre la situación patrimonial de la sociedad"(24).

El mismo autor recoge en su obra las definiciones de De Gregorio, Vivante, Seraceno y Navarrini, quienes, en lo esencial, coinciden con los otros tratadistas antes citados. De Gregorio define al balance como un "esquema contable que resume los saldos, en un momento determinado, de las diferentes cuentas de la empresa, determinados con la ayuda del inventario". Para Vivante el balance es "un documento contable que resume los saldos de las diferentes cuentas de la empresa y debe representar la situación financiera de la sociedad". Seraceno señala que "el balance, cuenta ordinaria de ejercicio, es un documento completo, constituido por un estado patrimonial y por una cuenta general de beneficios y pérdidas, formado para determinar los resultados económicos conseguidos en un período dado de la gestión de la empresa": Finalmente Navarrini define el balance como "la representación periódica, esquemática y sumaria de los elementos activos y pasivos del patrimonio social resumidos comparativamente de manera a poner de evidencia su situación de conjunto y el resultado beneficioso o ventajoso del ejercicio que se refiere".

Existe, pues, coincidencia entre los autores en el sentido de que el balance contiene un resumen, a un determinado momento, de las principales cuentas de la sociedad, que permite conocer o apreciar su situación patrimonial y al mismo tiempo mostrar los resultados del negocio.

2. Funciones

Conforme se desprende de su propia definición, el balance tiene como objetivo inmediato el determinar la situación patrimonial de la empresa y sus resultados económicos. El balance elaborado observando estrictamente las reglas relativas a su formulación, permite a los accionistas y terceros conocer la solidez del patrimonio de la sociedad, seguir la marcha de la misma y determinar la existencia o no de beneficios.

Ángel Velasco Alonso destaca su importancia señalando que un balance bien elaborado "garantiza a la sociedad la estabilidad de su capital, al hacer imposible el reparto de beneficios ficticios; permite a los accionistas conocer fielmente los resultados del ejercicio y, por ende, la posibilidad de censurar con pleno

conocimiento de causa la gestión de los administradores; y, por último, ofrece al tercero que contrata con la sociedad una representación exacta de la garantía que ésta ofrece para responder con el cumplimiento de sus obligaciones"(25).

Dentro de esta línea, el balance cumple una serie de funciones dentro de las que destacan las siguientes:

a) Hemos apreciado anteriormente que su principal función es la de brindar información sobre la situación patrimonial de la empresa. La información debe ser exacta, objetiva, veraz y comprensible, teniendo en cuenta que la misma no está limitada a un grupo de sujetos (administradores S' accionistas) sino que debe extenderse a todos aquellos que estén interesados en el desarrollo y explotación de la sociedad.

b) Los accionistas a través del balance conocen el valor de su inversión y las ganancias a las que tienen derecho. A los terceros, en cambio, el balance les permite apreciar la solvencia de la sociedad. Al mostrar el balance el valor del patrimonio, se revela la garantía que ofrece la sociedad para el cumplimiento de sus obligaciones.

c) Contribuye a la protección del patrimonio. Las reglas que lo informan impiden la salida indebida de fondos de la sociedad a través de la distribución de dividendos ficticios. De no existir tales reglas o de no observarse las mismas, el balance podría reflejar ganancias que no son reales y un patrimonio que tampoco es verdadero.

d) Por comparación con los balances anteriores, permite seguir con cierta exactitud el desenvolvimiento y desarrollo de la empresa y el curso de los negocios. En buena cuenta, la forma como marcha la empresa.

e) Desde una perspectiva fiscal, las utilidades que arroja el balance sirven de base para determinar la materia imponible sobre la cual las empresas deben tributar el Impuesto a la Renta. También el balance es referencia para establecer el valor de mercado de las acciones que no cotizan en Bolsa para los efectos a que se contrae el artículo 32 de la ley de dicho tributo(26).

f) La situación patrimonial y sus resultados deben ser mostrados ante las distintas entidades estatales no solo para efectos fiscales, sino también de índole económica del país.

g) Al interior de la sociedad, además de servir de instrumento para la rendición de cuentas de los administradores, tiene otras funciones como:

- determina la existencia de utilidades susceptibles de ser distribuidas (arts. 40, 97, 230 Y 231 de la LGS);

- sirve de instrumento para la rendición de cuentas por parte de los administradores (art. 221 de la LGS);

- se utiliza para establecer el valor de reembolso de las acciones de los accionistas que se separan, cuando las acciones no cotizan en bolsa (art. 200 de la LGS);
- su elaboración es necesaria en los procesos de emisión de obligaciones, transformación, fusión, escisión y liquidación de sociedades (arts. 305, 339, 354, 379, 416, 419);
- es necesario para conocer si se está ante una situación de reducción de capital obligatoria o ante una causal de disolución (art. 220 y numeral 4 del arto 407 de la LGS);
- sirve de base para la formación de la reserva legal y de aquellas otras que, eventualmente, se hubieran podido establecer en el estatuto (art. 229 de la LGS);
- sirve para limitar la compra, por parte de la sociedad, de sus propias acciones (art. 104 de la LGS).

3. Clases de balances

Existen diversas clases de balances que cumplen funciones distintas dentro del desarrollo de la sociedad. Sin lugar a dudas, el de mayor trascendencia e importancia es el balance general del ejercicio, también denominado "balance anual" o "balance ordinario" que, en el caso de nosotros, se encuentra regulado por el artículo 221 y siguientes de la LGS.

Como hemos visto anteriormente, el balance general del ejercicio debe ser formulado obligatoriamente por el directorio y sometido a la aprobación de la junta obligatoria anual de accionistas. Contiene un resumen de los saldos de las diferentes cuentas de la sociedad al cierre del ejercicio -31 de diciembre que nos permite conocer a dicha fecha la situación del patrimonio de la sociedad y su resultado.

Además del balance anual, nuestra ley ha previsto la posibilidad de que se preparen balances generales con periodicidad menor a la anual, también denominados "balances parciales". Esto sucede, por ejemplo, cuando se desea distribuir dividendos a cuenta del ejercicio. De conformidad con el artículo 40 de la LGS, dicha distribución solo podrá efectuarse en mérito de un balance preparado "al cierre de un período determinado o la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio". La citada norma comprende la distribución de las utilidades que resulten, ya sea de un balance anual o de uno parcial.

La posibilidad de formular balances parciales, asimismo, está contemplada en el artículo 176 de la LGS. La referida norma establece que el directorio debe convocar de inmediato a la junta general si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor, se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital o en caso de que dicha pérdida debiera presumirse. También la LGS contempla los denominados "balances especiales" cuya preparación es obligatoria en los procesos de transformación, fusión, escisión y liquidación, conforme hemos apreciado anteriormente.

El Reglamento de Información Financiera de CONASEV se refiere a las distintas clases de estados financieros -de los que forma parte el balance general- en razón de los objetivos específicos que los originan:

- Los de propósito general: aquellos que se preparan al cierre de un período y están constituidos por los consolidados y los intermedios y anuales.

- Consolidados: son los que presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio neto y los flujos de efectivo, de una matriz y sus subsidiarias, como si fuesen los de una sola empresa.

- Los de períodos intermedios y anuales: los intermedios son los que se preparan durante el transcurso de un período menor a un año, debiéndose observar las políticas contables aplicables en la elaboración de los estados financieros al cierre del ejercicio. Los de períodos anuales son los preparados al 31 de diciembre de cada año.

- Los de propósito especial: son aquellos que se preparan con el objeto de cumplir con requerimientos específicos. Se consideran dentro de esta clase a los extraordinarios y los de liquidación.

- Extraordinarios: son los que se preparan a una determinada fecha y sirven para realizar ciertas actividades, como los que deben elaborarse con ocasión de la decisión de transformación, fusión o escisión, la venta de una empresa, entre otros.

- Los de liquidación: son los que debe preparar y presentar la empresa que ha acordado su disolución, con la finalidad de informar sobre el grado de avance del proceso de recuperación del valor de sus activos y de cancelación de sus pasivos. Por su parte, en la doctrina encontramos otras clasificaciones como:

- a) Balances comerciales y balances impositivos. Los primeros son aquellos que se confeccionan en cumplimiento de las normas mercantiles y contables. Los balances impositivos son preparados para fines tributarios, específicamente para la determinación de los impuestos que gravan las rentas que obtienen las sociedades.

En el Perú, la Ley del Impuesto a la Renta no establece la obligación de las empresas de tener que elaborar un balance impositivo. El balance comercial, aprobado por la junta obligatoria anual de accionistas, es incorporado en la declaración jurada que anualmente dichas empresas deben presentar al Fisco. Para la determinación de la renta neta se parte del resultado que figura en el balance comercial, efectuándose las adiciones y deducciones previstas en la ley de dicho tributo.

- b) Balances de situación y balances de resultados. Los primeros tienen por objeto reflejar un determinado estado patrimonial, por ejemplo, demostrar si una empresa presenta un endeudamiento excesivo, o si tiene balance negativo. Los balances de resultados también constituyen resúmenes patrimoniales, pero se utilizan para determinar las utilidades o pérdidas, incorporándose al balance.

- c) Balance de comprobación. Se define como el conjunto de operaciones contables destinadas a determinar la corrección de asientos y partidas de la contabilidad. Constituye una mera operación auxiliar de contabilidad.

4. Contenido y reglas de valoración

En la anterior ley, el artículo 251 precisaba las partidas o cuentas en formación mínima que debía contener el balance general. La ley actual no fija el contenido del balance general, limitándose a regular en su artículo 228 ciertos aspectos relativos a los mismos, aunque muy importantes, como las reglas sobre valorización de los activos, su amortización o depreciación anual y la revaluación de los mismos como consecuencia del incremento del valor. El artículo 252 de la Ley N° 16123 también contenía reglas de valorización de los activos.

Enrique Elías expresa en su libro que no es función de la LGS en nuestros días, ocuparse de temas reservados a la ciencia contable, que son normados por disposiciones especiales ..."que provienen de organismos coreados con esa finalidad. El mismo autor concluye que es, por lo tanto, procedente que hoy en día las leyes societarias, como lo hizo correctamente en su momento la LGS de 1966, establezcan disposiciones sobre nomenclatura de cuentas y sobre los contenidos del balance y de la cuenta de ganancias y pérdidas "(27).

Como se sabe, el balance general se presenta en forma de cuadros y se compone de dos partes, el activo y el pasivo. En la parte izquierda figura el activo y en la derecha, el pasivo. El activo recoge el conjunto de elementos con que dispone la empresa para todas sus actividades. En el pasivo figuran las fuentes de financiamiento a los que ha recurrido la empresa para adquirir los elementos que aparecen expresados en el activo. El resultado que arroja el estado de pérdidas y ganancias -en donde se detallan los ingresos y egresos incurridos en la explotación- restablece el equilibrio entre el activo y el pasivo "Es decir, inicialmente el pasivo recogerá la cifra del capital y en el activo incluirán los bienes en que se materializa esta cifra contable de lo que es el capital aportado. A partir de este asiento inicial el balance recogerá la situación del patrimonio de la empresa, pero siempre en forma estática, reflejando en la forma en que se ha financiado aquella adquisición de patrimonio, tales como capital social, deudas mantenidas con financieros o proveedores, beneficios obtenidos por la empresa no distribuidos, etc."(28).

Las partidas del balance responden al inventario de los bienes sociales aunque también forman parte del activo determinados gastos, como los de constitución, que si bien es cierto no tienen la condición de bienes, deben colocarse, por razones de la técnica contable, dentro del activo. En el pasivo irán los rubros que reflejan lo que debe la sociedad, debiendo distinguirse en las obligaciones frente a terceros (bancos, proveedores, Fisco, entre otros), y las que la sociedad tiene frente a sus propios accionistas y que están representadas en cuentas también denominadas fondos propios (capital, primas de emisión, reservas legales y estatutarias si fuera el caso, utilidades acumuladas, utilidades del ejercicio, excedentes de revaluación).

Un balance que pretenda reflejar la exacta situación patrimonial de la sociedad debería tomar en consideración el valor real de los elementos del activo al cierre del ejercicio. Sin embargo, su confección supondría tener que recurrir a peritajes muy difíciles y complejos, lo que representaría, además, un gasto importante para la sociedad. De ahí que el criterio adoptado para preparar el balance es otro y se basa específicamente en la contabilidad y en el gasto o egreso realizado originariamente.

Este principio es recogido por el artículo 228 de la LGS cuando establece que: "Los inmuebles, muebles, instalaciones y demás bienes del activo de la sociedad se contabilizan por su valor de adquisición o de costo ajustado por inflación cuando sea aplicable de acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados en el país".

La citada norma dispone que tales bienes son "amortizados o depreciados anualmente en proporción al tiempo de su vida útil y a la disminución de valor que sufran por su uso o disfrute". Asimismo, se señala que los referidos bienes "pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación pericial".

Georges Ripert, también citado por Enrique Elías en su obra, expresa que: "La amortización consiste en la reconstitución de los elementos del activo invertidos en la empresa, que pierden su valor por efecto del tiempo y la explotación. Si no se practican amortizaciones, el capital social se consume poco a poco, pues continúa fijo en el pasivo, mientras que en el activo deja de compensarse por valores reales". El mismo autor manifiesta que, en sentido inverso, "si se practican amortizaciones exageradas, se hacen desaparecer los beneficios":(29) De ahí la importancia que las amortizaciones o depreciaciones se practiquen bajo criterios estrictamente técnicos.

Los bienes que forman parte del patrimonio de la empresa sufren, durante su vida útil, "una depreciación constante e irreversible por el simple transcurso del tiempo (sin perjuicio de la obsolescencia que pueden alcanzar determinados bienes)", razón por la cual, según explica José María Garreta(30), existe la necesidad de prever su reposición futura. Dichas correcciones con respecto al valor de los activos son necesarias para que la contabilidad informe adecuadamente sobre la situación patrimonial. Se le impone a la sociedad la obligación de detraer de sus resultados cantidades que permitan la reposición futura de los bienes que actualmente posibilitan la obtención de beneficios.

El Decreto Supremo NQ 194-99-EF, que modificó diversas normas del reglamento del Impuesto a la Renta, dispone que la depreciación aceptada tributariamente será aquella que se encuentre contabilizada dentro del ejercicio gravable en los libros y registros contables, siempre que no exceda el porcentaje máximo establecido en la tabla contenida en dicho reglamento. A partir del ejercicio 2000 tendría que existir coincidencia entre la depreciación tributaria y la contable(31).

La pérdida de valor de un bien puede no producirse o producirse con una menor rapidez que la que pudiese resultar de la aplicación de la tabla de depreciación anual. Ello puede ser consecuencia de una desvalorización de la moneda que origina que los bienes de la sociedad tengan un valor real mayor que el que figura en el balance. Situaciones como éstas generan lo que se conoce en la doctrina como "reservas ocultas"; es decir, reservas que no figuran reflejadas en el balance. La revaluación permite que tales reservas aparezcan en el balance.

El Perú ha sido un país que en el pasado ha tenido un alto índice de inflación y, consecuentemente, una importante depreciación de la moneda. Esta circunstancia determinó que en el año 1976 se expidieran los Decretos Leyes N°s 21383 y 21694(32) mediante los cuales se obligó a las personas que desarrollaban actividades generadoras de rentas de tercera categoría a revaluar los bienes de su activo fijo. En el considerando del Decreto Ley N° 21383 se hacía mención a la necesidad de "actualizar los valores de los bienes del activo fijo de las empresas, a fin de que estén en condiciones de formar una provisión que permita la reposición de tales bienes al término de su vida útil". Dichas normas establecieron, además, que las empresas debían pagar un impuesto sobre el excedente que se generara de la revaluación de los bienes, habiéndose, posteriormente, creado un impuesto adicional sobre la capitalización del mencionado excedente.

La revaluación obligatoria de activos fue reemplazada por el ajuste integral por inflación de los estados financieros regulado por el Decreto Legislativo N° 627(33). El Decreto Legislativo N° 627 fue sustituido, posteriormente, por el Decreto Legislativo N° 797(34), el mismo que actualmente se encuentra en vigor y que establece las normas de ajuste por inflación del balance general con incidencia tributaria. Conviene señalar que el ajuste integral por inflación se aplica plenamente para fines contables.

Sin perjuicio de las normas sobre ajuste por inflación, las sociedades pueden proceder a la revaluación de sus activos conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 238 de la LGS. Es la denominada "revaluación voluntaria". Dicha revaluación que, como hemos señalado, es voluntaria, no tiene efectos tributarios; es decir, no afecta el costo computable de los bienes que se toma en cuenta al momento de determinar las ganancias que están sujetas al Impuesto a la Renta, ni dan lugar a alteraciones de la vida útil de los bienes ni tampoco es considerada para el cálculo de la depreciación de carácter fiscal. El inciso b) del artículo 14 del Reglamento del Impuesto a la Renta dispone:

- En los casos que por efecto de la revaluación voluntaria se efectúen reajustes en los valores de los activos que excedan del valor reexpresado por aplicación del Decreto Legislativo N° 627 (actualmente Decreto Legislativo N° 797) Y normas modificatorias: dicho mayor valor deberá ser contabilizado en las cuentas del activo y depreciación acumuladas que correspondan según la naturaleza del bien revaluado, en forma independiente del valor anterior, con abono a una cuenta del patrimonio denominada "Excedente de Revaluación Voluntaria".

- El mayor valor resultante de dicha revaluación no dará lugar a modificaciones en el costo computable ni en la vida útil de los bienes y tampoco será considerado para el cálculo de la depreciación ni para la determinación de la base imponible del Impuesto Mínimo a la Renta (este tributo ha sido derogado).

- Para efectos tributarios, la base para realizar el ajuste por inflación no deberá considerar el mayor valor resultante de revaluaciones voluntarias.

- En el supuesto que el excedente de revaluación resultante de dicho reajuste sea capitalizado, las acciones representativas que se emitan por tal concepto tendrán costo computable cero.

El excedente que se origine de la revaluación no constituye una ganancia susceptible de ser repartida mientras el bien revaluado no sea transferido y la utilidad no se haya realizado. El excedente puede ser utilizado para compensar pérdidas.

La Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 012-98-EF/93.01 de 15 de abril de 1998(35) ha aprobado las normas contables para la valorización adicional (revaluación) de los bienes integrantes de las Cuentas Divisionarias en la Cuenta Principal 331muebles, Maquinaria y Equipo del Plan Contable General Revisado. Más adelante analizaremos algunas de las normas incluidas en dicha resolución que pueden incidir en la distribución de dividendos.

5. Conflicto entre las normas contenidas en la LGS y las disposiciones de naturaleza contable

Como destaca Enrique Elías, la nueva LGS, a diferencia de la anterior, no se ocupa de temas que han sido reservados a las normas de carácter contable como es el caso de las disposiciones sobre nomenclatura de las cuentas y sobre los contenidos del balance y del estado de ganancias y pérdidas.

No obstante, la LGS contiene reglas -como las del artículo 228 a las que antes nos hemos referido- que inciden en la preparación de los estados financieros y que, consecuentemente, deben ser cumplidas por quienes están encargados de esta función, con independencia de que las mismas estén o no comprendidas dentro de la normativa contable.

Si bien el artículo 223 de la LGS establece que los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país (36), las "disposiciones legales sobre la materia" a las que alude dicho artículo pueden estar contenidas en normas legales de mayor jerarquía que las de carácter contable y, en ese caso, tendrían que prevalecer obligatoriamente sobre estas últimas.

Aunque lo ideal es que las normas de carácter mercantil y contables vayan de la misma mano, conforme lo puntualiza el doctor Elías en su obra, ello, sin embargo, no siempre es así y cuando una invade el campo o ámbito de la otra se originan conflictos en la preparación de los estados financieros. Para los abogados, tal discusión tendría que resolverse a favor de lo que establezca la norma de mayor jerarquía. Los contadores, en cambio, pueden tener una visión completamente diferente e insistir en la aplicación de la norma contable pese a que la misma podría ser de inferior rango que la mercantil. Esta controversia originaría, forzosamente, un conflicto.

Así, por ejemplo, han sido objeto de discusión entre abogados y contadores los alcances del artículo 228 de la LGS a la luz de algunos principios de contabilidad comprendidos en las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs).

En el caso concreto de la NIC 38(37) -tratamiento contable de activos intangibles-, el párrafo 64 establece la posibilidad de que un activo intangible pueda ser objeto de revaluación por un "valor razonable" determinado "por referencia aun mercado en actividad". La propia NIC 38 en su párrafo 7 define que el mercado activo o mercado en actividad es: "mercado en el cual se dan todas las siguientes condiciones:

- (a) los bienes que se negocian son homogéneos;
- (b) normalmente, se puede encontrar, en cualquier momento, compradores y vendedores voluntarios; y
- (c) los precios están al alcance del público".

Sin embargo, conforme a dicha definición, no sería posible, por ejemplo, revaluar una marca de fábrica, aunque ésta hubiese sido adquirida de un tercero y no generada por la propia empresa, al no haber un "mercado en actividad" para este tipo de bien. Pese a ello, el artículo 228 de la LGS que antes hemos comentado, nos conduciría a una conclusión distinta, al no excluir a los bienes intangibles de la revaluación. .

En efecto, el segundo párrafo del artículo 228 establece que los bienes a los que hace referencia el primer párrafo de ese mismo artículo "pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación pericial": Como quiera que el primer párrafo alude a todos los bienes que conforman el activo de la sociedad, lo cual incluye también a los activos intangibles, solo cabría concluir que, de acuerdo con la referida norma mercantil, dichos bienes pueden ser objeto de revaluación.

Como se aprecia, estaríamos ante un conflicto entre una norma mercantil y una contable. Nosotros consideramos que desde una perspectiva estrictamente mercantil la operación de revaluación no debería ser objetada atendiendo a que el artículo 228 de la LGS tendría que prevalecer sobre una norma de inferior jerarquía como lo es la NIC 38. Sin embargo, entendemos que este temperamento no es admitido por los profesionales en materia contable.

V. ESTADO DE GANANCIAS Y PÉRDIDAS

El estado de ganancias y pérdidas, también conocido como cuenta de resultados, complementa el balance. En la estructura clásica, su resumen integra el balance y forma parte del patrimonio neto.

El estado de ganancias y pérdidas comprende, con la debida separación, los ingresos y gastos del ejercicio, constituyendo la diferencia entre éstos el resultado del ejercicio. Dicho resultado se traspasa a la cuenta del balance.

Según De Gregorio, mientras que "el balance expone el estado patrimonial de la sociedad en un momento determinado, la cuenta de ganancias y pérdidas expone sumariamente cómo se componen las utilidades y las pérdidas verificadas o contabilizadas durante el ejercicio e inscritas en una partida única para equiparar el activo con el pasivo en el balance (38). De acuerdo con el tratadista, la cuenta de ganancias y pérdidas representa un auxilio indispensable para cualquiera que no contento con conocer el estado actual del patrimonio social -mostrado por el balance general-, pueda conocer a través de ella los resultados totales de las operaciones del establecimiento que han producido tal estado frente al resultante del balance anterior.

Por exigencia del método de partida doble que informa la contabilidad, si la cuenta de resultados arroja una pérdida, la misma se anota en el activo. Por el contrario, si se ha obtenido una ganancia ella se muestra en el pasivo.

El estado de ganancias y pérdidas es un elemento no solo imprescindible para la determinación de las utilidades de la empresa, sino que, además, sirve de base para determinar la materia imponible sobre la cual se establecerá el Impuesto a la Renta al que está sujeta la sociedad.

Como antes se ha referido, la LGS no recoge disposiciones sobre el contenido de los estados de ganancias y pérdidas, a diferencia de la anterior ley en que sí existía dicho detalle para aquellas sociedades que no estaban sometidas en esa materia a una legislación especial (39). Ahora, el estado de ganancias y pérdidas debe contener la información que resulte de las normas contables pertinentes.

VI. PROPUESTA DE APLICACIÓN DE UTILIDADES

1. El resultado

La obtención del resultado es el objetivo perseguido por empresarios, socios o accionistas y es la razón fundamental que los ha impulsado a emprender la empresa. La contabilidad ha cumplido su finalidad, se produce el cierre del ejercicio o período, los administradores rinden cuentas a través de los estados financieros y, finalmente, se conoce el resultado por medio de la cuenta de ganancias y pérdidas.

La "propuesta de aplicación de utilidades" es el último de los documentos, a que se refiere el artículo 221 de la LGS, que el directorio debe someter, simultáneamente con la memoria y los estados financieros, a la consideración de la junta general de accionistas. El resultado del ejercicio o período podría no haber sido positivo y, en lugar de un beneficio, el estado de pérdidas y ganancias podría arrojar una pérdida, motivo por el cual, dicha propuesta, en teoría, solo tendría que ser presentada por el directorio en el supuesto de que la sociedad hubiese obtenido utilidades (40).

Como apreciaremos más adelante, la circunstancia de que los estados financieros reflejen una pérdida podría significar que los órganos de la sociedad -directorio y junta general de accionistas- tengan que adoptar ciertas medidas en salvaguarda de los intereses de los propios accionistas y de terceros. Ello podría determinar que, en lugar de una "propuesta de aplicación de utilidades", exista una propuesta sobre la forma de superar la situación negativa o incluso, en casos extremos, se tengan que adoptar medidas especiales contempladas en la legislación mercantil. Por esta razón, consideramos que lo adecuado hubiera sido que el artículo 221 de la LGS se refiriera a una "propuesta de aplicación del resultado", lo que abarcaría las dos situaciones posibles de resultado positivo y negativo.

El tratadista José María Garreta, al comentar la actual Ley de Sociedades Anónimas española, destaca que el legislador utiliza el término "aplicación del resultado" en lugar de la expresión de "distribución de dividendos" a que hacía alusión la ley anterior. Considera que ello es acertado "Ya que cubre dos posibilidades: que existan ganancias, en cuyo caso la propuesta consistirá en distribuir éstas; o bien que existan pérdidas, en cuyo caso la propuesta recogería las vías de absorción o destino de las mismas, como habrán de sanearse"(41)(42).

Según los resultados del ejercicio sean positivos o negativos, los mismos tendrán para los accionistas diferentes significados y destinos, conforme puede apreciarse de las diversas normas contenidas en la LGS. Por esta razón insistimos en que lo pertinente hubiese sido que nuestra normativa mercantil adoptara, al igual que en la ley española, la expresión "propuesta de aplicación del resultado".

2. Beneficios y distribución de dividendos

El Directorio como órgano encargado de la gestión de la sociedad y conocedor de la situación económica y financiera de la misma, es el responsable de formular y someter a los accionistas la propuesta de aplicación de las utilidades, conforme lo establece el artículo 221 de la LGS.

Salvo la referencia que se efectúa en la LGS en el sentido de que, de dicho documento (al igual que de la memoria y los estados financieros), "debe resultar, con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido", no hay otra norma en nuestra ley sobre el contenido de dicha propuesta.

Sin embargo, cabe subrayar que la propuesta deberá cumplir con las disposiciones legales y estatutarias sobre el "primer destino o asignación" del resultado. Fuera de ello, los directores no tienen otro límite que el impuesto por el artículo 171 de la LGS, según el cual deben actuar "con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal". Dicha fórmula obliga al directorio a considerar ciertas reglas de prudencia al momento de formular la propuesta de aplicación de utilidades, a fin de evitar que la sociedad pueda verse afectada como consecuencia de una distribución irracional del beneficio. Conviene destacar que la labor del directorio se limita a efectuar la propuesta, correspondiendo a la junta de accionistas aceptarla, rechazarla o inclusive modificarla (43).

Antes de proceder con el reparto del beneficio, existe un proceso previo mediante el cual la sociedad debe asignar parte de dicho resultado a satisfacer una serie de fines específicos establecidos en las disposiciones legales o en las normas estatutarias ("primer destino o asignación").

En primer término, está claro que dicho beneficio se verá disminuido en la cantidad que la empresa se vea obligada a pagar por concepto del Impuesto a la Renta. Como hemos visto anteriormente, para la determinación de la renta neta se parte del resultado que figura en el balance comercial, efectuándose las adiciones y deducciones previstas en la ley de ese impuesto. Si la sociedad tuviera una renta neta y no existieran pérdidas tributarias de ejercicios anteriores con la cual compensarla, habría un Impuesto á la Renta por pagar (44).

Asimismo, si existe renta neta, la empresa deberá detraer de sus utilidades un monto que se destinará a la participación de los trabajadores, conforme al Decreto Legislativo N° 892(45).

Otra asignación natural sería la de compensar las pérdidas de ejercicios anteriores con la utilidad. Ello a partir de lo dispuesto por los artículos 40 y 229 de la LGS. El segundo párrafo del artículo 40 de la LGS establece que si se ha perdido una parte del capital "no se distribuyen utilidades hasta que el capital sea reintegrado o sea reducido en la cantidad correspondiente". Por su parte, el segundo párrafo del artículo 229 señala que las pérdidas de un ejercicio "se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición". Si bien es cierto que no habría impedimento alguno para que las pérdidas continúen reflejándose en el balance, antes de proceder a distribuir las utilidades el capital tendría que ser reintegrado o reducido. El capital puede ser reintegrado compensando las pérdidas acumuladas con las utilidades del ejercicio.

Enrique Elías, al comentar el segundo párrafo del artículo 40 de la LGS, señala que es evidente que, si una sociedad tiene pérdidas acumuladas y en un período posterior obtiene utilidades, "está obligada a compensar primero sus pérdidas acumuladas, con cargo a las utilidades obtenidas (o si previamente los socios compensan directamente las pérdidas a la sociedad, por ejemplo con nuevos

aportes, para después poder distribuir las utilidades). Solo podrá, después, distribuir el saldo de utilidades sobrante, si lo hay" (46).

De otro lado, conforme al artículo 229 de la LGS, la sociedad está obligada a detraer un mínimo del diez por ciento de la utilidad distribuible de cada ejercicio deducido el impuesto a la Renta, para ser destinado a la reserva legal. Dicha detracción deberá efectuarse hasta alcanzar un monto igual a la quinta parte del capital. Para estos efectos, debe entenderse por utilidad distribuible el "saldo de utilidades sobrante" al que alude el doctor Elías; es decir, luego de haberse compensado las pérdidas acumuladas.

De igual forma, el estatuto social puede disponer la constitución de una reserva obligatoria con cargo a los beneficios del ejercicio. Los importes que se detraigan de las utilidades para la formación de esta reserva quedan excluidos del reparto.

De acuerdo con el artículo 72 de la LGS, independientemente de su calidad de accionista, los fundadores pueden reservarse derechos especiales de diverso contenido económico, los mismos que deben constar en el estatuto social. Estos beneficios pueden consistir en una participación en las utilidades. Nuestra ley establece límites a esta participación al disponer que "los beneficios no pueden exceder, en conjunto, de la décima parte de la utilidad distribuible anual que aparezca en los estados financieros de los primeros 5 años, en un periodo máximo de 10 años contados a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad".

De conformidad con el artículo 166 de la LGS, el cargo de director debe ser obligatoriamente retribuido y esta retribución puede consistir en una participación en las utilidades. El citado artículo establece que dicha participación de utilidades "solo puede ser detraída de las utilidades líquidas, y, en su caso, después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio".

También encontramos en nuestra ley otras asignaciones del beneficio que, por su propia naturaleza, son previas al reparto de un dividendo ordinario:

- Para el pago al que tienen derecho los títulos de participación a que se refiere el tercer párrafo del artículo 104 de la LGS. El mencionado artículo 104 dispone que "la sociedad puede adquirir sus propias acciones para amortizar/as sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio títulos de participación que otorgan derecho de percibir, por el plazo que se establezca, un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad. Estos títulos son nominativos y transferibles. Según comenta el doctor Elías, los mencionados títulos de participación también pueden ser entregados en el caso de adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, adicionalmente al pago del valor nominal de las mismas (47).

- Para satisfacer el dividendo preferencial que establezca el estatuto a favor de los titulares de acciones sin derecho a voto. El artículo 97 de la LGS dispone que, en

caso de existir utilidades distribuibles, la sociedad está obligada "al reparto del dividendo preferencial".

Finalmente, luego de cumplir con las asignaciones antes descritas, la propuesta de aplicación de utilidades elaborada por el directorio puede: sugerir el reparto de dividendos a favor de los accionistas; mantener el remanente como utilidades sin distribuir; establecer una reserva voluntaria con un fin determinado; proceder a capitalizar las utilidades; o utilizar las utilidades para que la sociedad adquiera acciones de propia emisión, conforme al artículo 104 de la LGS(48).

En cualquier caso, la propuesta deberá tener presente el artículo 231 de la LGS, según el cual existe la obligación de distribuir dividendos en dinero "hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto". La mencionada disposición puntualiza que la solicitud solo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico anterior.

Como se ha señalado, una vez satisfechas las asignaciones específicas que por mandato legal o por norma estatutaria deben efectuarse con respecto a los beneficios, no existe un límite para que el directorio pueda proponer a la junta de accionistas el reparto del remanente como dividendo. No obstante, dicha propuesta debe considerar las necesidades futuras de la sociedad y la situación de liquidez que ésta pueda tener.

Así, por ejemplo, no sería prudente el reparto de la totalidad de los beneficios en el supuesto de que la sociedad haya proyectado inversiones importantes que requerirán de financiación. Tampoco sería adecuado ni sano para la sociedad que, por falta de liquidez, dicha distribución se efectúe con cargo a préstamos o créditos de terceros. La propuesta del directorio no debería poner en riesgo la estabilidad financiera o la subsistencia de la sociedad. Resulta claro que, al margen de cualquier limitación u obligación que pueda estar prevista en la ley con respecto al reparto de los dividendos, éste en ningún caso debería producirse si se pone en peligro a la sociedad. Conviene señalar que el directorio responderá no solo por la realidad de las utilidades que figuran en el balance sino además, por la opinión que pueda expresar a favor del reparto de dividendos.

En cuanto a los requisitos y limitaciones de orden legal que deben observarse para el reparto o distribución de dividendos, caben destacar los siguientes:

- Las utilidades deben figurar en estados financieros preparados al cierre de un período determinado o a una fecha específica en circunstancias especiales Que acuerde el directorio (artículo 40 de la LGS).

- Solo pueden ser pagados dividendos con cargo a utilidades obtenidas o reservas de libre disposición y las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las mismas. Cuando la sociedad no tiene utilidades o cuando su distribución es

por una cantidad mayor a éstas, el reparto conllevaría a una devolución de capital sin que se haya observado las normas que regulan el proceso de reducción de capital (artículo 40 y numeral 1 del artículo 230 de la LGS). No cabe distribuir las reservas legales ni tampoco las estatutarias (en este último caso, para proceder a su distribución sería necesario previamente modificar el estatuto social).

. No es posible distribuir dividendos cuando se ha perdido una parte del capital, a menos que el capital sea reintegrado o se reduzca en la cantidad correspondiente (artículo 40 de la LGS).

. No es factible repartir dividendos cuando el patrimonio neto es inferior al capital pagado. Si el patrimonio neto es inferior al monto del capital, ello significa que la sociedad ha perdido una parte de su capital (numeral 1° del artículo 230 de la LGS).

. No cabe distribuir dividendos con cargo a beneficios no realizados. Éste es el caso, por ejemplo, de los excedentes de revaluación de activos. La doctrina es prácticamente unánime al señalar que su reparto únicamente puede producirse luego que el bien que les dio origen haya sido transferido; es decir, cuando el beneficio se entienda realizado.

El artículo 9 de la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 012-98-EF/93.10 establece que si el excedente de revaluación ha sido aplicado a cubrir pérdidas, "dicho incremento patrimonial deberá ser restituido con la utilidad o utilidades futuras, hasta su total recuperación... ". La sociedad no podrá acordar la distribución de dividendos con utilidades futuras sin antes restituir el excedente que fue destinado a cubrir pérdidas. A esto habría que añadir que dicho monto restituido solo podrá ser objeto de distribución cuando el bien que generó la revaluación sea transferido y el beneficio se haya realizado.

- Las primas de capital solo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Es posible completar el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital y distribuir el saldo (artículo 233 de la LGS).

a. Dividendos a cuenta

La LGS permite la distribución de dividendos a cuenta del ejercicio, salvo tratándose de sociedades en las que existe prohibición legal expresa, como sucede en el caso de las empresas pertenecientes al sistema financiero(49). La junta general de accionistas puede delegar en el directorio la facultad de acordar el reparto de dividendos a cuenta (numerales 3 y 5 del artículo 230 de la LGS). La distribución de dividendos debe efectuarse previo cumplimiento de los requisitos previstos en la LGS, a los que antes nos hemos referido.

b. Responsabilidad en caso de una indebida distribución de dividendos

De acuerdo con el cuarto párrafo del artículo 40 de la LGS, tanto la sociedad como los acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha

indebidamente, contra los accionistas que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado, quienes tendrán la condición de responsables solidarios.

Los accionistas que hubieran actuado de buena fe, solo estarán obligados a compensar las utilidades recibidas con las de ejercicios siguientes o, si fuera el caso, con la cuota de liquidación que pudiera corresponderles.

Tratándose de una distribución indebida de dividendos a cuenta, el inciso 4 del artículo 230 de la LGS dispone que si la junta general de accionistas acordó dicha distribución sin contar con la opinión favorable del directorio, la responsabilidad solidaria por el pago recae exclusivamente en los accionistas que votaron a favor del acuerdo.

c. Forma de distribución

Conforme al numeral 2 del artículo 230 de la LGS, todas las acciones de la sociedad, aun cuando no se encuentren totalmente pagadas, tienen el mismo derecho al dividendo, independientemente de la oportunidad en que hayan sido emitidas o pagadas, salvo disposición contraria del estatuto o acuerdo de la junta general de accionistas (50).

Lo dispuesto en esta norma modifica sustancialmente lo señalado en la anterior ley en que el artículo 259 estableció que la distribución debía realizarse en proporción a las sumas desembolsadas y al tiempo de su integración al capital social.

De conformidad con el artículo 79 de la LGS, los dividendos que correspondan al accionista moroso "por la parte pagada de sus acciones, así como los de sus acciones íntegramente pagadas, se aplican obligatoriamente por la sociedad a amortizar los dividendos pasivos, previo pago de los gastos e intereses moratorios".

d. Caducidad del cobro de dividendos

Según el artículo 232 de la LGS, el derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible "conforme al acuerdo de declaración del dividendo". En el caso concreto de las sociedades anónimas abiertas, dicho plazo es de diez años.

Los dividendos cuya cobranza ha caducado, pasarán a formar parte de la reserva legal.

3. Pérdidas

En el punto anterior nos hemos referido a la aplicación de los beneficios y a su eventual distribución. Como último punto de este trabajo, corresponde ahora ocuparnos de las pérdidas, en caso de que el resultado que arroje el balance sea negativo. La primera consecuencia de un resultado negativo es que las pérdidas

quedan reflejadas y permanecen en el balance, hasta que las mismas puedan ser eliminadas ya sea mediante la utilización de reservas, la aplicación de utilidades futuras o, eventualmente, a través de una reducción de capital.

Mencionábamos anteriormente sobre la conveniencia de que la propuesta de aplicación de utilidades que debe formular el Directorio sea una propuesta de resultados, que englobe las dos situaciones posibles: la positiva y la negativa. En este último caso -resultado negativo- el directorio tendría que proponer a la junta de accionistas las acciones a adoptar para absorber las pérdidas. Ello, por supuesto, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 176 de la LGS, según el cual el directorio deberá convocar de inmediato a la junta general de accionistas si, al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor, se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida(51).

Según el artículo 229 de la LGS las pérdidas correspondientes a un ejercicio, en primer término, "se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición". Es decir, con los beneficios que la sociedad ha obtenido con anterioridad y que, pese a que eran de libre disposición, no se habían repartido como dividendos entre sus accionistas. Dichos beneficios no tienen la condición de reserva obligatoria, por cuanto no se está frente a una reserva legal -constituida por mandato legal- ni tampoco ante una reserva establecida por el estatuto o por acuerdo de la junta de accionistas. Simplemente son utilidades que no se han distribuido y respecto de las cuales se está a la espera de una decisión por parte de la junta de accionistas. En caso de que el resultado del ejercicio fuera negativo, las utilidades de libre disposición deberán ser destinadas a cubrir las pérdidas.

También pueden ser utilizados para compensar pérdidas, los excedentes de revaluación de activos, las primas de emisión y el Resultado por Exposición a la Inflación (REI)(52).

El artículo 229 de la LGS señala que en ausencia de utilidades, o ante la falta de las "reservas" antes mencionadas, las pérdidas se compensan con la reserva legal, debiendo ésta ser repuesta posteriormente.

No existe otra posibilidad de desaparecer las pérdidas si no es mediante su compensación con las partidas antes mencionadas o a través de una reducción de capital. La reducción de capital puede ser voluntaria cuando aún no se ha alcanzado el límite de pérdidas a que se refiere el artículo 220 de la LGS y, pese a ello, se desea absorber las pérdidas. En cambio, la reducción es obligatoria cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo que la sociedad cuente con reservas legales o de libre disposición, o en el supuesto de que los accionistas realicen nuevos aportes o asuman la pérdida (entregando, por ejemplo, bienes, sin que se proceda a un aumento de capital).

En este supuesto es obligatorio restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto, afectado como consecuencia de las pérdidas.

En el caso de reducción de capital, la absorción de las pérdidas de la sociedad por parte de los accionistas se hace con cargo al valor nominal de sus acciones, las mismas que se amortizan y cancelan sin que exista la devolución de aportes. A este respecto conviene destacar que, de acuerdo con el artículo 39 de la LGS, todos los accionistas deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el estatuto. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que (os beneficios).

Ahora bien, si nos encontramos ante una situación en que las pérdidas han reducido el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, de conformidad con el numeral 4 del artículo 407 de la LGS, la sociedad tendría que disolverse e iniciar su proceso de liquidación, salvo que dichas pérdidas sean resarcidas o que el capital pagado se aumente o reduzca en cuantía suficiente.

Conviene señalar que los efectos de lo dispuesto en el artículo 220 y en el numeral 4 del artículo 407, antes citados, han quedado en suspenso de acuerdo con sucesivas leyes que así lo han establecido. La última de éstas, la Ley NQ 27610 ha establecido que dicha suspensión operará hasta el 31 de diciembre de 2002(53).

VII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El mercado financiero no ha terminado de sacudirse del trauma causado por el escándalo Enron que, además, implicó a una reconocida firma de auditores, cuando, nuevamente, coincidiendo con la conclusión de este trabajo, nos encontramos con las noticias en los diarios sobre la revelación que ha efectuado una de las principales empresas de telecomunicaciones de los Estados Unidos -WorldCom Inc.- en el sentido de que cometió irregularidades contables que le permitieron mostrar en sus estados financieros beneficios que en realidad no tenía. WorldCom Inc. reveló que había registrado en sus libros de contabilidad gastos operativos como inversiones de capital, lo que le permitió ocultar egresos, inflar el flujo de caja y registrar en sus estados financieros ganancias en forma artificial.

Las consecuencias de este nuevo escándalo contable pueden ser sumamente graves no solo para la sociedad involucrada -ya se habla de una inminente quiebra- sino para el mercado en general. Se especula que los principales bancos del mundo han visto comprometidas algunas de sus inversiones y es probable que ello les origine unas pérdidas significativas. Los diarios recogen las declaraciones del presidente de Estados Unidos, George W. Bush, en el sentido de que el Gobierno norteamericano investigará a fondo "Y castigará a los responsables de engañar no solo a los accionistas sino también a los trabajadores". Asimismo, los diarios destacan la preocupación del presidente Bush por las consecuencias del escándalo "especialmente porque aumentará la falta de confianza de los estadounidenses en las compañías" (54).

Nos enteramos de la existencia de prácticas irregulares en la preparación de los estados financieros a raíz de los escándalos que han protagonizado empresas de la envergadura de Enron Corp., Global Crossing y WorldCom Inc., y como consecuencia de la publicidad que se les ha dado a dichos escándalos, teniendo en cuenta las graves implicancias generadas en el mercado mundial. Sin embargo, somos conscientes de que situaciones como las de estas empresas pueden presentarse en cualquier sociedad, sin interesar al tamaño que éstas tengan.

Por eso, es de la máxima importancia que todos los que intervienen en el largo proceso que se inicia a partir de la contabilidad y que concluye en la formulación de los estados financieros y su presentación, cumplan en forma responsable y con toda rigurosidad las normas mercantiles y de carácter contable que regulan esta materia. En este sentido es trascendental el rol que deben cumplir los administradores que formulan los estados financieros, los accionistas que los aprueban, los auditores independientes que los examinan cuando ello corresponde por mandato de la ley o por acuerdo de los accionistas y, finalmente, el Estado en aquellos casos en que las empresas están sujetas a su control y supervisión.

(1) ELIAS, Enrique. "Derecho Societario Peruano; Ley General de Sociedades del Perú". Editora Normas Legales. Lima-Perú, 1999.

(2) Ley N° 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, de 6 de mayo de 1966. Mediante el Decreto Legislativo N° 311, expedido el 12 de noviembre de 1984 por el Poder Ejecutivo, se modificó la denominación y estructura de la Ley de Sociedades Mercantiles, transformándola en Ley General de Sociedades, de modo tal que ella regule las sociedades mercantiles y también las civiles antes normadas por el derogado Código Civil de 1936 y excluidas del Código Civil vigente. El Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 03-85-JUS de fecha 14 de enero de 1985, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de mayo de ese mismo año.

(3) La Cuarta Disposición Final de la LGS establece que para efectos de dicha ley se entenderá por Estados Financieros: et balance general y el estado de ganancias y pérdidas..

(4) El artículo 172 del Texto Único Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 156411989 de 22 de diciembre.

(5) ELÍAS, Enrique. Ob. cit Tomo 11. Págs. 587 a 593.

(6) Resolución CONASEV N° 006-84-EFC/94.1 O de 15 de febrero de 1984, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 3 de marzo de ese mismo año.

(7) Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 1987.

(8) Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 1994.

(9) El patrimonio neto resulta de la diferencia entre el valor total de los activos y los pasivos u obligaciones que la sociedad tiene frente a terceros. El patrimonio neto de una sociedad se aumenta, en términos generales, con las utilidades o ganancias que ésta obtiene, y disminuye con las pérdidas. Claro está que el patrimonio neto puede aumentar en función de nuevos aportes o disminuir en caso de una reducción de capital o una distribución de utilidades.

(10) la Sección Tercera del libro Primero del Código de Comercio (De los libros y de la Contabilidad de Comercio) establece los libros obligatorios que deben llevar los comerciantes. El artículo 37 contiene las disposiciones que regulan el libro de inventarios y balances, señalando que se "formará además anualmente y extenderá en el mismo libro, el balance general de sus negocios, con los pormenores expresados en este artículo...".

Por su parte el artículo 65 de la ley del Impuesto a la Renta (Texto Único aprobado por el Decreto Supremo N° 065-99-EF de 13 de abril de 1999) dispone que las personas jurídicas están obligadas a llevar contabilidad completa.

(11) ELIAS, Enrique comenta en su obra (ELIAS. Enrique. Ob. cit. Tomo 1. Pág. 111) sobre los errores formales que existen en la redacción del primer párrafo del artículo 40. Uno de ellos es que "en un artículo de la parte general de la Ley, aplicable a todas las sociedades, no se puede hablar de directorio, pues hay sociedades que no lo tienen". El doctor Elias señala que el texto propuesto por la Comisión Reformadora fue modificado en alguna de las etapas de revisión final de la ley introduciéndose esa referencia equivocada al directorio.

(12) En las sociedades anónimas cerradas cuando se determine la no existencia del directorio, todas las funciones establecidas en la LGS para este órgano societario serán ejercidas por el gerente general, de acuerdo con el artículo 247 de ese cuerpo legal.

(13) GARRETA SUCH, José María. "Introducción al Derecho Contable". Marcial Pons. Ediciones jurídicas S.A. Madrid - España, 1994.

(14) El artículo 57 de la Ley del Impuesto a la Renta señala: "...el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, debiendo coincidir en todos los casos el ejercicio comercial con el ejercicio gravable, sin excepción",

(15) Según el artículo 222 de la LOS: la memoria debe contener cuando menos:

1. La indicación de las inversiones de importancia realizadas durante el ejercicio;
2. La existencia de contingencias significativas;
3. Los hechos de importancia ocurridos luego del cierre del ejercicio;
4. Cualquier otra información relevante

(17) Resolución N° 103.99.EFI94.10 de 24 de noviembre de 1999, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de noviembre de 1999.

(18) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario. Parte General". Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina. 1999. Págs. 15 y 16.

(19) MYER. J.N. "Análisis de Estados Financieros". Editorial Mundi S.A. Buenos Aires, 1965. Págs. 14 y 15.

(20) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Pág. 19.

(21) HALPERIN, Isaac. "Sociedades Anónimas". Ediciones Desalma. Buenos Aires, 1975. Págs. 472 y 473. (22) RUBIO, Jesús. Ob. cit. Pág. 378.

(23) GARRETA SUCH, José María. Ob. cit. Pág. 150.

(24) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin. "Tratado de Sociedades Mercantiles". Editorial Porrúa S.A. México, 1977. Pág. 307.

(25) VELASCO ALONSO, Ángel. "Ley de Sociedades Anónimas". Editoriales de Derechos Reunidos S.A. Madrid, 1974. Pág. 473.

(26) En razón de la autonomía del derecho tributario, el legislador puede establecer determinados requisitos y condiciones para dar lugar al hecho

imponible, aun cuando ello sea contrario a las normas del derecho civil o comercial. Desde una perspectiva comercial o civil, una empresa puede vender bienes a otra en el precio que las partes acuerden. Sin embargo, el artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que toda transferencia de propiedad de bienes debe efectuarse a "valor de mercado" y si el precio difiere por sobrevaluación o subvaluación, SUNAT debe ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente. De conformidad con el artículo 19 del Reglamento del Impuesto a la Renta, ¿probado por Decreto Supremo N° 122.94-EF, modificado por Decreto Supremo N° 1 94.99.EF, tratándose de acciones que no se coticen en el mercado bursátil, el valor de mercado es determinado por valorización de parte, sobre la base del balance de la empresa emisora, formulado a la fecha de la transferencia o, en su defecto, del inmediato anterior a esa fecha, siempre que éste no tenga una antigüedad mayor a seis meses.

(27) ELIAS. Enrique. Ob. del. Tomo II. Págs. 594 y 595.

(28) GARRETA SUCH, José María. Ob. cit. Pág. 150.

(29) RIPERT Georges. "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Tomo II Tipográfica Editora Argentina.

Buenos Aires, 1954. Págs. 500 y 501.

(30) GARRETA SUCH, José María. Ob. cit. Pág. 169.

(31) El Decreto Supremo N° 194-99-EF. publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1999, modificó el inciso b) del artículo 22 del Reglamento del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N° 122-94-EF.

(32) Decreto Ley N° 21384 de 9 de enero de 1976 :Decreto Ley N° 21694 de 16 de noviembre de 1976, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 12 de enero y el 17 de noviembre de 1976, respectivamente.

(33) Decreto Legislativo N° 627 de 29 de noviembre de 1990, publicado en el Diario Oficial S Peruano el 30 de noviembre de 1990.

(34) Decreto Legislativo N° 2797 de 29 de diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre de 1995.

(35) Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 1998.

(36) Los "principios de contabilidad" a que se refiere el artículo 223 han sido precisados en la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 013-98-EF/93.01 de la manera siguiente:

- El artículo 1 establece que tales principios comprenden, substancialmente, "... las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), oficializadas mediante Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, y 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".

- Por su parte, el artículo 2 de la misma Resolución dispone que, excepcionalmente, en aquellos casos en que determinados procedimientos operativos contables no estén normados por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), supletoriamente, se podrán emplear los Principios de Contabilidad aplicados en los Estados Unidos de Norteamérica (USGMP)".

Anteriormente hemos referido que las Normas Internacionales de Contabilidad fueron oficializadas en el Perú mediante la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 005-94-EF/93.01 de 30 de marzo de 1994.

(37) La aplicación de la NIC 38 fue oficial izada en el Perú mediante la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 020-2000-EFI93.01 de 18 de diciembre de 2000, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de ese mismo año.

(38) DE GREGORIO, Alfredo. "De las Sociedades y Asociaciones Comerciales". Volumen 2. Derecho Comercia_. Tomo VII. Bolaffio, Rocco. VIVante, Ediar, Soco Anon. Editores. Buenos Aires, 1950. Pág. 176.

(39) El artículo 253 de la Ley N° 16123 detallaba la información mínima que debían contener los estados de ganancias y pérdidas en la parte relativa a los ingresos y egresos.

(40) Conforme al numeral 2 del artículo 114 de la LGS, a la junta obligatoria anual le corresponde resolver sobre la aplicación de las utilidades si las hubiere.

(41) GARRETA SUCH, José Marra. Ob. cit. Pág. 252.

(42) El artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española establece: "Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado...."

(43) El artículo 225 de la LGS establece que: "la aprobación por la junta general de los documentos mencionados en los artículos anteriores (memoria, estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades) no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad".

(44) El artículo 50 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que los contribuyentes domiciliados en el país deberán compensar la pérdida neta total de tercera categoría de fuente peruana que registren en un ejercicio gravable imputándola año a año, hasta agotar su importe, a las rentas netas de tercera categoría que obtengan en los cuatro ejercicios inmediatos posteriores computados a partir del ejercicio en que se obtenga dicha renta neta. El saldo que no resulte compensado una vez transcurrido ese lapso, no podrá computarse en los ejercicios siguientes.

Los contribuyentes que obtengan rentas exoneradas deberán considerar entre los ingresos a dichas rentas a fin de determinar la pérdida neta compensable.

(45) El artículo 2 del Decreto Legislativo N. 892, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de noviembre de 1996, establece que: 'los trabajadores de las empresas comprendidas' en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos..

(46) ELÍAS, Enrique. Ob. cit. Tomo 1. Pág. 112.

(47) ELÍAS, Enrique. Ob. cit. Tomo 1. Págs. 263 y 264.

(48) De acuerdo con el artículo 104 de la LGS, cuando la sociedad adquiera sus propias acciones y ésta se realice por un monto mayor al valor nominal, 'la diferencia solo podrá ser pagada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad".

(49) El artículo 72 de la Ley N2 26702 de 6 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de ese mismo año, dispone que "... en tanto la junta general de accionistas no haya aprobado el respectivo balance

general y la correspondiente distribución de utilidades, las empresas están impedidas de repartir éstas con cargo a las ganancias netas de un ejercicio anual, así como de otorgar a sus directores participación en las utilidades",

(50) De conformidad con el artículo 39 de la LGS. la distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes al capital. Sin embargo, el estatuto puede fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios. Está prohibido que el pacto social excluya a determinados accionistas de las utilidades.

(51) El segundo párrafo del artículo 176 de la LGS señala que si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o tal insuficiencia debiera presumirse, sin perjuicio de tener que convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación, el directorio "dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, debe llamar a los acreedores y solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad".

(52) Resultado por Exposición a la Inflación (REI) es el resultado de la reexpresión de todas las partidas no monetarias y su monto resulta del mayor valor nominal atribuido al activo no monetario, menos los mayores valores nominales atribuidos al pasivo no monetario y al patrimonio neto. Este resultado forma parte del estado de ganancias y pérdidas del periodo a que corresponde la actualización.

(53) La Ley N° 27610 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 28 de diciembre de 2001. También se ha dejado en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2002 lo dispuesto por el segundo párrafo de! artículo 176 de la LGS que ha sido objeto de comentario en nuestra nota número 50.

(54) Agencia EFE, miércoles 26 de junio de 2002.

LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Hernando MONTOYA ALBERTI

I. INTRODUCCIÓN

La creación de la persona jurídica constituye un acto mediante el cual, por la voluntad de los interesados, a la que el ordenamiento jurídico reconoce aptitud para ello, se genera un ente diverso y autónomo, con capacidad de tener y mantener relaciones jurídicas activas y pasivas. Desde este punto de vista, la personalidad jurídica de los entes societarios se concreta en la configuración de un centro de imputación de relaciones jurídicas perfectamente diferenciadas de quienes lo componen. En este sentido, puede hablarse de un carácter instrumental de la persona jurídica, en la medida en que su creación y capacidad, su desarrollo, su modificación y su extinción vienen condicionados por los dos factores: voluntad de los interesados y disposición de la ley. Esta naturaleza especial de la persona jurídica hace que su forma de extinción presente singularidades.

Por otro lado, obviando la voluntad de las personas interesadas en la creación de la persona jurídica, por imperio de la ley se dispone también la creación de personas jurídicas, las mismas que tendrán el carácter de persona jurídica de derecho público, a diferencia de aquellas otras personas jurídicas creadas por voluntad de las personas particulares o estatales, pero que tienen como origen un acto voluntario unificado.

La sociedad se crea por la convergencia de voluntades, y su inscripción en el Registro Público da lugar a la creación de la persona jurídica, dicha persona jurídica tiene vida propia e independiente de las personas que la constituyeron; permanece en tiempo hasta que se produce su extinción con la cancelación de la partida registral de su inscripción. Sin embargo, para llegar a esta situación, es necesario tras untar por una declaración de voluntad y por un procedimiento que se inicia con el acuerdo de disolución adoptado en junta general de accionistas, conforme a los requisitos exigidos por la ley, y, luego se inicia el procedimiento de la liquidación ordenada de los bienes sociales, para llegar finalmente a la extinción de la persona jurídica.

La extinción de la persona jurídica se produce a lo largo de un proceso que empieza con una declaración de disolución, momento a partir del cual las relaciones jurídicas internas sufren una variación sustancial, pues con la disolución, la intención societaria queda resquebrajada, los socios ya no están dispuestos a continuar con una sociedad que desean desintegrar, pero que no lo pueden hacer en un solo acto, pues a través de la vida societaria se han generado diversas relaciones que deben ir desapareciendo con el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones asumidas en el tiempo.

En doctrina se suele señalar que la disolución es un presupuesto para la extinción de la sociedad anónima, en su doble vertiente contractual e institucional. La opción legislativa en el sentido de que la extinción de la sociedad no se produce de un modo inmediato, sino previa extinción de todas las relaciones jurídicas,

obliga a separar el periodo de vida social normal, del periodo, más o menos largo, de extinción de esas relaciones sociales con socios y terceros (liquidación). La línea divisoria entre esos periodos se conoce con el nombre de disolución, denominación que si en su origen dejaba traslucir el auténtico significado de desaparición de la sociedad, en la actualidad no significa otra cosa que el presupuesto jurídico de esa extinción. Por disolución de la sociedad anónima hay que entender pues, el efecto de un acto (acuerdo de junta general, resolución judicial), o de un hecho jurídico (transcurso del tiempo) que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica(1).

La disolución representa el momento y la causa que suponen el cese de la actividad ordinaria de la sociedad, la liquidación la fase dirigida a saldar las deudas pendientes y a repartir el activo remanente entre los socios y la extinción o la desaparición definitiva de la sociedad de la vida económica y jurídica.

Por el acuerdo de disolución la sociedad ha decidido y declarado implícitamente que no continuará con su objeto social, su objeto social ha variado intrínsecamente, pues los actos de la sociedad estarán destinados a liquidar los activos de la sociedad y abandonar la actividad económica que unió a los socios en su aventura social. Ante esta situación habría que preguntarse si el acuerdo de disolución es un acto constitutivo necesario para producir efectos entre los socios o entre la sociedad y entre éstos, o más bien la situación de hecho o confrontación de la incursión de una causal de disolución genera un estatus jurídico, sin necesidad de declaración alguna por parte de la asamblea de socios.

En otros términos, el socio integrante de una sociedad de personas puede dedicarse a la misma actividad de la sociedad a partir del momento en que la sociedad haya incurrido en una situación de hecho que genera su estado de disolución, o si dicha situación debe ser siempre declarada por los socios o por la autoridad para considerar a la sociedad en estado de disolución, a efecto de que el socio y administrador tenga la libertad de realizar actos que puedan inducir a calificarlos como de competencia con la sociedad. Desde esta perspectiva habría que analizar cada una de las causas contempladas en el artículo 407 de la Ley General de Sociedades para llegar a la conclusión determinante, así por ejemplo cuando la ley ha previsto que la disolución por vencimiento del plazo de duración, señala que es de pleno derecho, lo cual no requiere la confirmación de otro acto para considerar disuelta la sociedad.

El procedimiento de liquidación comienza con el nombramiento de los liquidadores, quienes asumen las facultades de los administradores, directores y gerentes de la sociedad, pudiendo recaer el cargo en una sola persona o más de una siempre que sea número impar.

A la luz de la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809), se ha respetado el procedimiento liquidatorio del régimen de las sociedades desde el momento en que el artículo 26 al referirse a la modalidad de solicitar la situación concursal, dispone que el inicio del procedimiento a solicitud de acreedores "no procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades". y, el artículo 102 nos remite a la aplicación de la ley societaria cuando precisa que de haberse producido la

liquidación societaria y si durante el proceso de liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedaren acreedores impagos, la quiebra será tramitada por el juez de acuerdo a las normas de la ley concursal, sin que sea necesario que el deudor se someta al procedimiento concursal ordinario previsto en la ley concursal". De conformidad con el arto 99.1 de esta ley deberá solicitarse la declaración judicial de quiebra del deudor ante el juez especializado en lo civil, no siendo pues necesario retrotraer la situación a la del periodo liquidatorio por ser inútil.

II. CONCEPTO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD

La palabra disolución es utilizada por la doctrina mexicana, en la acepción que significa resolver un acto jurídico. Cuando se alude a la disolución de la sociedad se está haciendo referencia a la resolución del negocio social(2), y no a la extinción de la persona jurídica nacida de él, pues ésta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada liquidación, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí.

La disolución se suele definir como el estado o situación de una persona jurídica que pierde su capacidad legal para el cumplimiento del fin para el que se creó y que solo subsiste, con miras a la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros, por aquélla con los socios y por éstos entre sí. La disolución es, pues, la preparación para el fin, más o menos lejano, pero no implica el término de la persona, es un estado para llegar a la terminación de la persona jurídica.

La disolución de la sociedad produce la cesación del pacto social y al propio tiempo la extinción de la sociedad, en el sentido de que los socios no están ya obligados a perseguir el fin común con medios comunes, sino que están autorizados para pretender la restitución en dinero o en especie de sus respectivas aportaciones. La disolución lleva a la liquidación y posterior extinción de la persona jurídica societaria, mediante su inscripción en el registro de Personas Jurídicas del Registro Público.

Héctor Macedo Hernández(3), al comentar el artículo 229 de la Ley de sociedades mercantiles de México señala que la disolución de las sociedades mercantiles no implica su desaparición, puesto que aun después de haberse acordado su disolución, pueden continuar funcionando como sociedades irregulares o como sociedades en liquidación. La declaración de disolución es un acto previo a la liquidación y solamente cuando los liquidadores hayan realizado su objetivo, liquidado a los acreedores y repartido el remanente, si lo hubiera, entre los socios, podrá hablarse de que la sociedad se ha extinguido, La disolución de una sociedad no menoscaba su personalidad jurídica, la cual continúa representada por los liquidadores.

La disolución abre el proceso de liquidación, y con él se inicia la resolución de todas las relaciones jurídicas en que sea sujeto la sociedad, así como las del vínculo asociativo que une a los accionistas, hasta la desaparición de la sociedad como persona jurídica, y como complejo jurídico derivado del contrato asociativo integrador. La disolución per se no pone fin a la sociedad tampoco paraliza la actividad societaria, tan solo la transforma de una actividad lucrativa a una actividad liquidatoria. El estatus disolutorio de la sociedad no la autoriza a seguir realizando el objeto social, pues precisamente la consecuencia del acto disolutorio es la abstención del objeto social unificador de los socios, trayendo como consecuencia que tan solo pueda realizar actos derivados de su objeto social con el propósito de liquidar los bienes de la sociedad, pero difícilmente podrá adquirir nuevas compromisos y obligaciones para continuar practicando su objeto social.

En este aspecto habría que tener presente que la sociedad ha dejado de tener el objeto social para el cual se constituyó y si el liquidador continúa ejerciendo dicha actividad estaríamos ante el supuesto del artículo 11 de la Ley General de Sociedades (LGS) por el cual la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social, entendiéndose incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

Por otro lado, el artículo 12 establece la responsabilidad de los socios y administradores por los actos que extralimiten el objeto social. De primera intención podemos apreciar que la declaración de disolución produce un efecto directo en la actividad de la sociedad, con una clara incidencia en la delimitación del objeto social, y una responsabilidad de las personas que actúan en nombre y representación de ésta.

El procedimiento elegido para la extinción es el de la disolución y liquidación de la sociedad. Los pasos a seguir son el de la disolución, con lo cual se abre el período liquidatorio, mientras tanto, la sociedad disuelta conserva la personalidad jurídica(4). La disolución no pone fin a la persona jurídica(5) ni la convierte en otra persona jurídica, no se produce transformación alguna, es la misma persona jurídica que atraviesa por una situación especial, como es la convicción de la no permanencia en sus actividades. La sociedad subsiste como persona hasta que sean satisfechos los acreedores sociales y se distribuya el patrimonio social entre los socios(6).

La sociedad subsiste como persona jurídica no solo en atención a la satisfacción de los acreedores sociales, mediante la conservación del patrimonio social, sino también a la de los socios, mediante la actualización definitiva de su derecho a participar en las ganancias sociales o del riesgo de soportar las pérdidas hasta el límite de su aportación. La sociedad no se extingue por demás con la satisfacción de las deudas a los acreedores, sino con la satisfacción del haber social del socio. Al respecto, Emilio Beltrán nos dice que la ley ha optado por un sistema de atribución inter vivos de los bienes de la sociedad a los socios (liquidación) y,

consecuentemente, ha excluido la sucesión: no es que el patrimonio se reparta porque haya desaparecido la persona (sucesión), sino que el sujeto desaparece cuando agota su patrimonio a través del reparto (liquidación).

La disolución es el presupuesto de la extinción de la sociedad anónima, en su doble aspecto, institucional es decir como sociedad que tiende a desaparecer, y convencional entre los socios quienes ya no se encuentran ligados por el objetivo o finalidad común que los unió en la formación de la sociedad. La extinción de la sociedad no se produce de un modo inmediato, sino que obliga a fijar una línea divisoria entre el periodo de vida activa de la sociedad y el periodo de eliminación de sus relaciones jurídicas (periodo de liquidación), que culminará con la extinción.

Esta línea divisoria recibe en todos los ordenamientos el nombre de disolución, denominación que en su origen dejaba traslucir el auténtico significado de la desaparición de la sociedad, pero que en la actualidad no significa sino el presupuesto jurídico de dicha extinción(?). Podemos afirmar que el modo apropiado de finiquitar la vida societaria es a través del procedimiento liquidatorio que comienza con la declaración de disolución y termina con la extinción de la sociedad, derivada de la inscripción del último acto de la liquidación societaria.

III. CONCEPTO DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD

La disolución abre la liquidación de la sociedad (art. 413 LGS). Se suele distinguir dos acepciones al término liquidación. Se suele identificar con el procedimiento que contempla una serie de relaciones materiales y jurídicas orientadas al reparto del haber social entre los accionistas previo pago a los acreedores de la sociedad. En una segunda acepción, se entiende por liquidación el estado en que se encuentra la sociedad desde que se ha producido su disolución hasta que sobreviene la extinción definitiva. Como procedimiento comprenderá todos los actos que sean necesarios para llegar a liquidar el activo de la sociedad, es decir, para que con cargo a ellos proceda a pagar las obligaciones con sus acreedores, y finalmente realizar el reparto social a los socios. Esta actividad contempla una serie de actos que están regulados en la Ley General de Sociedades; cuando nos referimos a la liquidación como estado no hacemos más que revelar su situación ante terceros, que comienza con su identificación en su misma denominación social, que debe hacer referencia al estado de liquidación; ello con el propósito de que los terceros identifiquen a dicha sociedad como una persona que si bien no está limitada en la realización de actos, el tercero está informado de que el estado de esa sociedad tiende a su desaparición, está en un estado liquidatorio.

Por otro lado se afirma que lo más importante de la liquidación no es su identificación con la conservación en dinero de sus activos o con la destrucción de la empresa, sino que la esencia consiste en la extinción de las relaciones jurídicas sociales con terceros (liquidación patrimonial) y con los socios (división del patrimonio). La ley configura como hipótesis normal que los bienes sociales sean enajenados para la satisfacción de los acreedores y socios, pero no lo exige. Es posible que la extinción de las relaciones con terceros pueda hacerse de otro

modo, y cabe, asimismo, que se establezca una división in natura entre los socios o la transmisión de la empresa a un tercero o a un socio. Tanto en la fusión como en la escisión total, no se pasa por el periodo de la disolución, liquidación, no se está ante la alternativa de la terminación de una actividad, sino más bien proseguir con la actividad, a través de un proceso de reorganización societaria; se está ante el caso de la extinción societaria sin necesidad de acudir a la disolución y a la liquidación. Basta citar los artículos 344 y 367 de la LGS que confirman esta apreciación. La fusión como la escisión total excluyen la liquidación: la extinción de la sociedad se lleva a cabo de modo diverso, a través de la transmisión en bloque de los patrimonios sociales a la nueva sociedad o a la absorbente, y de la participación proporcional de los socios en la nueva sociedad o en la absorbente. Cuando la sociedad se encuentra en liquidación comprende el inicio de la fase extintiva de la sociedad, y durante el período liquidatorio se atraviesa por una serie de reformas estructurales internas que permiten acelerar el estado de la liquidación; se modifican las estructuras internas de la sociedad, así, los liquidadores sustituyen a los directores y al gerente de la sociedad, son ellos los representantes de la sociedad, todo con el propósito de encaminar las acciones para la extinción de la sociedad, que se logrará con la inscripción de la extinción de la sociedad en el Registro de Personas Jurídicas, así lo señala el artículo 421 de la LGS.

Es cuestión de terminología el determinar si la sociedad se encuentra en "estado de liquidación", o en "proceso de liquidación". El término "estado de liquidación" nos lleva a la referencia de las condiciones estructurales en que se encuentra la sociedad, la reglas que debe respetar al identificarse ante terceros, a las facultades que se les otorga a los liquidadores de la sociedad, quienes de por sí no constituyen un cuerpo colegiado para sus decisiones, ello podrá pactarse en la misma designación de las personas, todo ello nos lleva a la conclusión de que el "estado" reúne una serie de circunstancias dentro de las cuales se desenvuelve la sociedad, entre ellas la variación de su fin y de su objeto social; en el devenir de la disolución, la sociedad no tiene el objeto determinado en su estatuto, sino que los actos de los liquidadores estarán encaminados a la realización de los activos de la sociedad, para hacer pago a los pasivos, y el remanente distribuirlo entre los socios. Cuando hacemos referencia al término "proceso de liquidación" nos referimos a la secuencia que debe seguirse por parte de los liquidadores para tomar posesión del activo social, para cuyo efecto será necesario realizar un inventario, y respetar las normas societarias, los acuerdos de junta general de accionistas, el pacto y el estatuto para proceder a la venta de los activos, pagar los pasivos y la distribución del remanente entre los accionistas.

Durante el periodo de liquidación la sociedad conserva su personería jurídica (art. 413 LGS); es más, aun cuando se haya declarado judicialmente la nulidad de la sociedad, la sociedad mantiene su personalidad jurídica solo para los fines de la liquidación.

1"- CAUSALES DE Disolución

1. Causales voluntarias de disolución

La disolución de la sociedad por la voluntad de los socios, expresada en junta general es una consecuencia lógica del carácter soberano de la junta. Así como la sociedad nace con un acuerdo de socios, puede disolverse por un acuerdo en sentido contrario(B). Nos puede llamar la atención que en este caso, la ley no defiende la existencia de la sociedad, como cuando se trata del derecho de separación, caso en el cual protege a la sociedad para evitar su disolución y quiebra regulando las causal es para el derecho de separación y en caso de que éste proceda, la facultad de devolver el aporte al socio en un plazo adecuado de forma tal que no cause un desequilibrio a la sociedad, es ésta pues una forma de defender la existencia de la sociedad, que está por encima del interés del socio. Cuando se trata de la disolución, no existe limitación alguna a la voluntad adoptada en junta, sin embargo, cabe precisar que el artículo 411 de la LGS dispone que "No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma como habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde...". Este supuesto es solo aplicable para el caso de la sociedad anónima, por señalarlo expresamente la ley. Se baraja en estos casos la seguridad nacional y la necesidad pública declarada por ley para aplicar este supuesto de continuación forzosa, que debe darse una vez que se ha adoptado el acuerdo de disolución, pero que permite a los accionistas acordar continuar con las actividades de la sociedad, siempre que así lo resuelvan la junta general dentro de los diez días siguientes, contados desde la publicación de la resolución que establece la forma como habrá de continuar la sociedad. Consideramos que en este supuesto es materia de debate si la sociedad puede revocar el acuerdo de disolución cuando ya ha empezado el reparto del haber social, de aplicar en forma directa el artículo 437, resulta que no puede revocarse el acuerdo, sin embargo el supuesto contemplado en el artículo 411, escapa a la limitación contenida en la norma antes citada, pues se trata de una normatividad especial.

La causal de disolución por expresa voluntad de la junta general de socios, ha venido a plantear algunos aspectos interesantes en el Derecho español(9), relacionados con el vencimiento a plazo de la sociedad, cuestionándose en un principio si es posible tomar el acuerdo de disolución voluntario, no obstante que el plazo de duración de la sociedad no ha vencido, algunos autores como Gay de Montella opinan que de no haberse previsto la disolución anticipada, entonces el acuerdo de junta general debe adaptarse con la concurrencia de todas las acciones emitidas por la sociedad; sin embargo autores como Uría, Menéndez y Beltrán no comparten esa posición por cuanto la ley española no distingue dicha situación, y además, se amparan en una sentencia del Tribunal Supremo Español del 24 de enero del 1900 que señala que la expresión en la escritura social del tiempo que ha de durar la sociedad anónima (...) no obsta a que los interesados acuerden su disolución antes de la expiración del plazo convenido.

Sobre el particular, se argumenta en defensa de esa posición que el acuerdo de disolución no es un acuerdo modificatorio de estatuto, y menos que lesione los derechos particulares de eventuales clases de acciones, por tanto no puede ser impugnado por dicha causa. Sobre el particular existen serias reservas, pues si el acuerdo de disolución no es uno de modificación del plazo, mal podría aplicarse si antes no se modifica el estatuto reduciendo el plazo para permitir la disolución voluntaria; y por otro lado, en nuestro derecho, la impugnación puede ser justificada por el lado de los accionistas sin derecho de voto, quienes se verían frustrados en el compromiso asumido para la rentabilidad de la acción, la misma que adquirió consciente de que no tenía ningún derecho a participar en la junta de accionistas, y mal podrían éstos reducir el plazo fijado en el estatuto de la sociedad, en forma voluntaria. El comentario en la legislación española es solo entendible en la medida que las acciones sin derecho a voto no pierden totalmente el voto como en el caso de nuestra legislación.

La disolución de la sociedad puede producirse por causas voluntarias o de orden legal. Dentro de las primeras tenemos el acuerdo de junta general de accionistas que debe ser adoptado con las mayorías establecidas para cada modalidad societaria, así si nos referimos exclusivamente a la sociedad anónima, y a la sociedad anónima cerrada, debe contarse con el quórum y mayoría calificada a que nos remiten los artículos 126 y 127 de la LGS; en tanto que si nos referimos a la sociedad anónima abierta nos debemos atener a lo dispuesto en el artículo 257, que exige mayorías simples y permite hasta una tercera convocatoria de accionistas, oportunidad en que el quórum se forma con cualquiera que sea el número de titulares de acciones con derecho a voto, y el acuerdo con la mayoría de los titulares de acciones con derecho a voto presentes en junta.

Las causales voluntarias nacen de la voluntad de los socios, sin necesidad de que esté contemplado el supuesto en el estatuto o en el pacto social, los socios deciden por propia voluntad establecer el fin de la sociedad, deciden orientar los actos de la sociedad hacia la extinción, atravesando por la liquidación. La voluntad nace de la junta general de accionistas debidamente convocada y con el acuerdo adoptado con la mayoría que exige la ley para cada modalidad societaria. Tomado el acuerdo y producidos los efectos legales del acuerdo, a los socios no los liga otro ánimo que liquidar los activos sociales; los socios se liberan de cualquier limitación para el desarrollo de actividades que puedan comprender competencia con la sociedad, pues la sociedad no compete, debido a que ya no tiene el objeto social para el cual se constituyó. Somos conscientes de que puede darse el caso que la situación de la liquidación revierta y los socios, en el caso c:Je la disolución voluntaria pueden revocar el acuerdo de disolución, y regresar al estado anterior, es decir, reestablecer el objeto social, situación que solo será posible si la sociedad no ha comenzado a realizar el reparto social entre los sOCiOS(10). El sentido de esta norma está precisamente en que no se produce ningún desequilibrio en las relaciones de los socios mientras se haya pagado a los acreedores, pero sí sucedería aquel desequilibrio si se hubiese pagado a unos accionistas antes que a otros; es más, de acuerdo al derecho preferente otorgado

al accionista sin derecho a voto, a éste se le debe repartir la cuota del haber social antes que a los demás accionistas, ésta es parte de su preferencial económica (art. 97 LGS).

Otras causales que responden a la voluntad de los socios puede concebirse en el caso de la fusión y escisión, aunque en realidad en estas formas de reorganización societaria, las sociedades no se disuelven ni liquidan, sino tal como lo señala el artículo 345 al referirse a la fusión señala que no se requiere acordar la disolución y no se liquidan la sociedad o sociedades que se extinguen por la fusión, y en igual sentido se regula la escisión en el artículo 370 de la LGS. Mediante la fusión y la escisión total, las sociedades no requieren tomar acuerdos previos de disolución, pues el acuerdo de fusión y el de escisión conlleva la extinción de la sociedad fusionada y la escindida.

En el pacto social y en el estatuto se pueden establecer libremente causales de disolución. Quizás esta libertad nos llame la atención en medida que los socios pueden establecer libremente supuestos a invocarse por los socios o terceros a efecto de pedir la efectiva disolución de la sociedad; ya no se trata del acuerdo voluntario que nace del seno de la junta general de accionistas, sino del supuesto señalado en el estatuto o en el pacto social, caso en el que cualquier accionista puede pedir, invocando el estatuto, la disolución de la sociedad. La causal está contenida en el inciso 8 del artículo 407 de la LGS que dispone que la sociedad se disuelve por: "Cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, en el estatuto o en convenio de los socios registrado ante la sociedad". El artículo 409 de la LGS dispone que:

"...el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan.

Cualquier socio, director, o gerente puede requerir al directorio para que convoque a la junta general si, a su juicio, existe alguna de las causales de disolución establecidas en la ley.

De no efectuarse la convocatoria, ella se hará por el juez del domicilio social. Si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan, cualquier socio, administrador, director o el gerente puede solicitar al juez del domicilio social que declare la disolución de la sociedad. Cuando se recurra al juez la solicitud se tramita conforme a las normas del proceso sumarísimo".

Se requiere entonces que la autoridad judicial declare la disolución; obsérvese que en este supuesto, la legitimación para obrar y pedir la disolución la otorga la ley al socio, al administrador o gerente, no así al acreedor o tercero. Nada impide que aun en este supuesto la junta general debidamente convocada modifique la causal estatutaria y la deje sin efecto, a fin de continuar con la vida societaria en común; supuesto que no ocurre cuando la causal disolutoria es por vencimiento del plazo de duración de la sociedad, como veremos más adelante.

2. Causales legales de disolución

Existen supuestos en los cuales la ley impone la necesidad de proceder a disolver la sociedad, las causales se encuentran contempladas en algunos incisos del artículo 407 de la LGS; es el caso del vencimiento del plazo de duración de la sociedad; conclusión de su objeto social; continuada inactividad de la junta general; pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado; acuerdo de la junta de acreedores; falta de pluralidad de socios; resolución adoptada por la Corte Suprema cuando la sociedad tenga fines o actividades contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (art. 410 LGS). Además, imcontramas diversas causales de orden legal en el texto de la ley como por ejemplo el derecho que tiene el socio para pedir la regulación de la sociedad irregular o su disolución (art. 426 LGS); la irregularidad societaria conlleva responsabilidad para los administradores y para los socios cuando se trate de la falta de cumplimiento de los requisitos para la constitución de la sociedad (art. 424 LGS). El socio está en su derecho de exigir la regulación societaria o su disolución, pero no puede obligársele a participar en una sociedad irregular que le puede generar efectos personales, es por ello que la ley (art. 427) otorga al socio el derecho de separarse de la sociedad si la junta general no accediera a la solicitud de regularización o de disolución.

a. Disolución por vencimiento del plazo Vencido el plazo determinado de duración de la sociedad, la disolución

opera de pleno derecho y se inscribe a solicitud de cualquier interesado. El plazo no operará si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro. Héctor Macedo Hernández(II), al comentar las causales que dan origen a la disolución en la ley de sociedades mexicana, hace la apreciación indicando que la causal de expiración del término fijado en el contrato es una causal de derecho, y no se necesita ninguna formalidad específica de una declaración previa.

La ley exige publicidad del plazo de duración de la sociedad, ello debe estar consignado en el estatuto social (inc 4, arto 55 LGS), así como la fecha de inicio de sus actividades; cuando no se indique plazo preciso de vencimiento deberá indicarse que dicho plazo es indefinido, es decir, que en cualquier momento la sociedad puede ponerle fin. En tanto exista un plazo determinado la sociedad desarrolla su vida social hasta dicha fecha. El mero transcurso del tiempo trae como consecuencia la disolución de la sociedad, y en este caso, no cabe el acuerdo revocatorio a que hace alusión el artículo 437 de la LGS, pues dicha norma se aplica únicamente para los acuerdos voluntarios de disolución.

En esta causal de disolución que opera de pleno derecho, como en las otras establecidas en la ley, que operan por norma expresa, el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan; de no efectuarse la convocatoria la hará el juez por el proceso sumarísimo.

Se ha discutido la validez y eficacia del pacto estatutario que establezca que el término de duración se entenderá automáticamente prorrogado por igual periodo de tiempo si antes del vencimiento ningún accionista se opone a ello. En nuestra

legislación no existe norma que prohíba la prórroga tácita, sin embargo la norma societaria (art. 407 inc a., y arto 436) señala que la disolución por vencimiento del plazo opera de pleno derecho, y si bien acepta la prórroga del plazo, ésta debe inscribirse en el Registro antes del vencimiento del plazo; hecho que descarta la prórroga tácita, pues la prórroga requiere de un acto voluntario derivado de acuerdo societario, y ese acuerdo no es delegable, solo lo puede adoptar la junta de accionistas.

b. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo

En el estatuto de la sociedad debe hacerse constar el objeto social, la sociedad nace para desarrollar el objeto social indicado en su estatuto (inc. 2 arto 55), el objeto social debe estar detallado (art. 11) al que circunscribe sus actividades. El objeto social es lo que aglutina a los socios, tan es así que de variar el objeto social, la ley confiere al socio el derecho de separación (art. 200). En función del objeto social se podrá determinar la necesidad del capital social, y éste es un elemento importante para el socio, quien al ingresar a la sociedad debe medir sus recursos a efecto de apreciar si podrá hacer frente a los aumentos de capital y ejercer en tal caso su derecho preferente, aspecto de vital importancia para no disminuir su participación en la sociedad.

En ciertos supuestos será fácil determinar si la empresa para la cual se fijó el objeto social ha terminado. Por ejemplo, será fácil determinar si la sociedad se constituyó para la explotación de una concesión determinada, o a la explotación de una patente de invención cuya vida legal puede terminar por causa de caducidad; pero existen otros supuestos en los cuales la determinación de la culminación del objeto social no es posible realizarla con claridad, sobre todo cuando la sociedad tiene más de un objeto social. La ley de sociedades exige que se precise en forma detallada el objeto social, precisamente para poder determinar con exactitud el supuesto de conclusión de su objeto cuando fuere el caso.

Esta causal de disolución no opera automáticamente, sino que habrá que estar a lo señalado anteriormente en el artículo 409, o someter la situación a un acuerdo de junta general de accionistas para confirmar la situación; nada impide que la junta general de accionistas adopte acuerdo modificando el objeto social, en cuyo caso opera la continuidad de la sociedad en la medida que no haya repartido el haber social. Se trata entonces de una causa reversible de disolución.

En lo que se refiere a la imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social como causal de disolución, la Ley General de Sociedades derogada (Dec. Leg. 311) establecía como causal la "imposibilidad sobreviniente de realizar el objeto social". Al respecto habrá que tener en cuenta que cuando la imposibilidad derive la ilicitud del objeto social, estamos ante una causal de nulidad, siendo originaria, en cambio si la ilicitud sobreviene una vez constituida la sociedad, es una causal de disolución. La imposibilidad manifiesta es una precisión legal que colinda con la clara apreciación del acto imposible. Debe traducirse pues en la imposibilidad de realizar el objeto social por verdaderas dificultades y no por aquellas transitorias.

En opinión de Emilio Beltrán(12) la imposibilidad puede provenir también de la falta de una aportación no dineraria considerada como esencial. Para este autor, la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de aportar solo se traducirá en imposibilidad de conseguir el fin social cuando, por considerar esencial una aportación no dineraria, los estatutos no permitan su transformación en dinero. En este sentido, hay coincidencia de opinión en la medida que el bien que se aporta constituye el bien de explotación de la sociedad, y éste desaparece o no puede ser sustituido.

La causal de disolución por no realización de su objeto durante un período prolongado, es un elemento introducido por la nueva Ley General de Sociedades. No se trata de la imposibilidad de cumplimiento del objeto social, sino de un supuesto distinto, existe la posibilidad de realizar el objeto social, pero no se realiza, sea por razones económicas, estratégicas, etc, la sociedad optar por tomar un acuerdo para no realizar actividades por un tiempo prolongado hasta que mejoren las condiciones del mercado, o por cualquier otra razón, en tal caso, la sociedad se encuentra sujeta a la causal de disolución; como puede suceder también que por una situación de hecho la sociedad no realiza actividades de su objeto social. Tanto en el caso que dicha situación provenga de una cuestión voluntaria y expresa como involuntaria y tácita, el tema es determinar el periodo prolongado; una manera de medir el tiempo prolongado está en función del ejercicio económico, o del periodo en que el directorio debe renovarse, es decir, tres años, no existe un parámetro legal para fijar cuál es el término prolongado, como señala Ricardo Beaumont(13), la medición del tiempo prolongado de inactividad depende del tipo o clase de actividad económica propia del objeto social de la sociedad. Se suele medir el tiempo en función de los ejercicios económicos, sin embargo dicho lapso puede ser muy extenso en ciertos tipos de actividades, peor aún cuando tratamos de medir el tiempo prolongado en terminación del plazo para la renovación del directorio. Sobre el particular, considero que se introduce un elemento subjetivo para apreciar la inactividad por el periodo prolongado.

c. Continuada inactividad de la junta general La paralización de la junta general que haga imposible el funcionamiento

de la sociedad es una causal más de disolución. En realidad, la causal debió haber estado referida a la inactividad de los órganos sociales, no solo la junta general, sino también hacer referencia al directorio. Sin embargo como quiera que, ante la paralización del directorio compete a la junta general la recomposición del mismo, el verdadero origen de la actividad va a reposar en la junta general en la medida que no elija a los directores que activen la sociedad. No obstante ello, de una lectura inversa podríamos también derivar que sea la junta la inactiva, y que el directorio sea un órgano activo, con lo cual quedará en manos del directorio el manejo total de la sociedad, convirtiéndose en el poder societario, en base a su permanencia en el cargo. Este segundo supuesto no resiste mayor análisis en razón de que el interés es el del socio y no del director. Mal podría privarse al socio de exigir la disolución de la sociedad cuando aprecie la continuada inactividad de la junta general de accionistas, y por otro lado, aprecie que es el directorio el que viene usufructuando del desarrollo empresarial llevado a cabo por

la sociedad. No se trata entonces de la inactividad del objeto social, sino de la inactividad del órgano supremo de la sociedad; tampoco se trata de una paralización momentánea, sino de una inactividad continuada. El legislador no ha introducido la variable de calificar a esta inactividad como una "que haga imposible el funcionamiento de los órganos sociales", sino de una inactividad continuada de la junta general de accionistas. Joaquín Garrigues citado por Elías Laroza(14), señala que "...incluso debe reputarse supuesto de imposibilidad de realizar el fin social el hecho de que el funcionamiento de la sociedad se haga imposible por meras disensiones o diferencias entre los socios".

Emilio Beltrán(15) al comentar esta causal de disolución en la ley española señala que la causa de disolución se reduce, en definitiva, a la imposibilidad de funcionamiento de la junta general, pues la eventual inactividad del órgano de administración (directorio) puede siempre ser eliminada por el órgano deliberante al que compete la facultad de nombrar y cesar a los administradores. Si la junta no termina con las dificultades del órgano de administración (directorio) habrá que estimar que la paralización afecta, en realidad, a la junta general. Será frecuente, sin embargo, que la paralización de la sociedad anónima sea total, en el sentido de que la inactividad de la junta general provoque la paralización del órgano de administración, o a la inversa.

La paralización de la junta general puede deberse -como dice Emilio Beltrán-(16), a la imposibilidad de convocatoria, a la imposibilidad de constitución o a la imposibilidad de alcanzar mayorías de votación. El primer supuesto es, sin embargo, altamente improbable, porque exigiría no solo la desidia del directorio para convocar a junta, sino también la de los propios accionistas, adquieren la ley les otorga atribuciones para solicitar la convocatoria, y en caso extremo acudir al juez para que convoque a junta general de accionistas. La sociedad puede seguir celebrando sus juntas generales, competentes para adoptar cualquier acuerdo y tomar decisiones para el funcionamiento de una sociedad.

Mayor trascendencia tiene el supuesto de imposibilidad de constitución de la junta por falta de quórum. Sin embargo, ello solo sería aplicable para los casos en que la sociedad requiera de un quórum calificado, pero ello no quiere decir que la sociedad no pueda seguir operando. En tal caso, la causal de disolución estará en función de la necesidad del acuerdo societario, y es más habrá que tener en cuenta que los socios siempre pueden ser representados en junta. Este supuesto de paralización debe considerarse reducido, de hecho, a aquellas sociedades cerradas y de escaso número de socios en las que las desavenencias entre los mismos impidan alcanzar los quórum de constitución estatutariamente reforzados. Si la junta no puede constituirse válidamente porque la nueva composición del accionariado y las desavenencias entre los socios lo impiden, podrá producirse la paralización de la junta general.

Frecuente es también la paralización de los órganos sociales por imposibilidad de que en las juntas, válidamente constituidas, se alcancen acuerdos, debido al enfrentamiento entre dos grupos paritarios de accionistas o a la exigencia de

mayorías reforzadas de votación que no se alcanzan por las desavenencias entre los socios. Teóricamente, puede pensarse que el supuesto se produzca también por la dispersión de las acciones entre muchos socios enfrentados entre sí que impida la formación de una mayoría(17).

Se trata de una causa de disolución operativa de sociedades que cuenta con escaso número de accionistas, pues aquellas que tengan la condición de sociedad anónima abierta, no ven paralizada su actividad por requerimiento de un quórum mínimo ni por número de votos para adoptar acuerdos válidos, pues los acuerdos se adoptan con cualquiera que sea el número de los titulares de acciones con derecho a voto asistente a la junta.

Se suele afirmar que el acuerdo de inactividad puede ser adoptado por la propia junta general de accionistas, ello bajo el supuesto de que el órgano supremo declare su inoperancia. Al respecto debe tenerse presente que el hecho de declarar la misma inoperancia del órgano supremo por el mismo órgano, en forma voluntaria, conllevaría a la negación de la causal, pues se estaría demostrando que existe actividad al reunirse operativamente la junta de socios. En todo caso, dicha causal tendría su asidero en la medida que sea el juez quien convoque a junta al haberse agotado todos los medios para que los socios tengan eco en su solicitud de convocatoria ante los órganos societarios. Recordemos que el directorio es el único órgano que puede convocar a junta y para ello debe adoptarse el acuerdo en sesión de directorio; en la medida que no exista número de directores que permitan sesionar, corresponde a éstos asumir provisionalmente la administración de la sociedad y convocar a junta de accionistas para elegir al nuevo directorio (art. 158 LGS), señala este artículo que en caso no existan directores, compete esta convocatoria al gerente de la sociedad, y, en el caso de no existir gerente, cualquier socio puede solicitar al juez que convoque a junta, Todo este periplo puede justificar que la sociedad se vea ante una continuada inactividad de la junta, hecho que justifica la solicitud de disolución judicial (art. 409 LGS). Si por otro lado, fuera el caso que existe número de directores suficientes para que opere regularmente dicho órgano, pero los directores no convocan a junta, la ley otorga dicha facultad de convocatoria en forma especial a través de los artículos 117 y 119 de la LGS(18).

d. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente

Esta causal ha quedado en suspenso hasta el 31 de diciembre del 2003, en virtud de la Ley N2 27610. Cabe precisar que año tras año, esta causal de disolución ha venido suspendiéndose.

La causa legítima para la disolución de mayor trascendencia es, sin duda alguna, la que se integra por la existencia de pérdidas como consecuencia de las cuales el patrimonio neto se reduzca a un valor inferior a la tercera parte del capital pagado, la trascendencia de esta pérdida es de especial importancia para los acreedores sociales. La referencia que hace la leyes en primer lugar a las pérdidas, las

mismas que deben fluir de los estados financieros de la sociedad. Ahora bien, en esta ocasión habría que determinar qué entendemos por los estados financieros de la sociedad. Al respecto, la 4ª Disposición Final de la LGS concibe a los estados financieros para los efectos de la ley al balance general y al estado de ganancias y pérdidas, dejando de lado otras herramientas que permiten medir la marcha económica y financiera de la sociedad. A criterio del Dr. CPC. Julio Panéz Meza (Presidente del Instituto Peruano de Auditoría Independiente -IPAI-), el objetivo de los estados financieros emitidos con propósitos generales es proporcionar información sobre la posición financiera, el rendimiento y los flujos de efectivo de una empresa, información que es útil para una amplia gama de usuarios, para que tomen decisiones económicas. Los estados financieros muestran también los resultados del trabajo de la gerencia sobre los recursos que le han sido confiados. Para alcanzar su objetivo, los estados financieros proporcionan información sobre la empresa respecto a: (a) activos, (b) pasivos, (c) patrimonio neto, (d) ingresos y gastos, incluyendo ganancias y pérdidas; y, (e) flujos de efectivo.

En el ámbito de la Ley General de Sociedades el estado de pérdidas y ganancias y el balance resumen en sentido pertinente la situación patrimonial de la sociedad, y se ve allí reflejada en dichos instrumentos la utilidad y la pérdida. Las pérdidas deben entenderse no solo las referidas a aquellas ocurridas en el ejercicio inmediato anterior del cual se da cuenta a la junta general, sino de las pérdidas acumuladas, que en su conjunto reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado. Otro término que se debe dilucidar es el relativo al del patrimonio neto. El patrimonio es el universo de bienes (activos y pasivos) de propiedad de la sociedad en un momento determinado; dentro de este concepto se distingue el de patrimonio neto, que es la cifra resultante de restar el valor de los activos del valor de los pasivos. El capital social representa una cifra mínima del patrimonio neto que la sociedad declara tener y se compromete a preservar.

En la medida que la sociedad cuente con el capital social podrá desarrollar el objeto social para el cual se constituyó, y además, dicha cifra constituye una cifra de retención y de garantía para los acreedores, quienes confían de buena fe en su integridad. Cuando se pierde el capital social totalmente, o cuando éste se ve disminuido con las pérdidas de la sociedad a cifra inferior a la señalada en la ley, se incurre en causal de disolución. Nos queda entonces preguntarnos cuán ciertas con estas afirmaciones sobre la existencia del capital social, cuando año a año se han venido promulgando a efecto de dejar en suspenso esta causal de disolución, hecho que permitiría la negación propia de la existencia de un capital social para el ejercicio de las actividades societarias. Por otro lado, cuando se trata de las sociedades colectivas, aquellas en que la responsabilidad del socio es ilimitada, el capital social no es relevante para el acreedor, pues ve en el socio a su principal deudor subsidiario, ilimitado y solidario; caso en el que la cifra capital social puede no ser determinante para el negocio social, dado que éste puede llevarse a cabo con cargo a los préstamos del mismo accionista.

No obstante ello la causal establecida en la leyes, sobre todo, una medida de protección de la integridad del capital social. La pérdida que reduce el patrimonio neto a una cifra inferior a la tercera parte del capital social es síntoma de la mala marcha de la sociedad. pero no necesariamente de la imposibilidad de continuar. Lo que se pretende, pues, con la inclusión de esta causa de disolución es evitar una desproporción elevada entre capital y patrimonio, que reduciría la garantía de los acreedores sociales. Estamos ante una norma de carácter preconcursal en presencia de una situación en la que el activo es todavía superior al pasivo -puesto que existe un patrimonio social neto, si bien inferior a la mitad del capital social-, se obliga a la sociedad a adoptar una medida (aumento o reducción del capital o disolución), con el propósito de paliar la situación de una liquidación forzada o de la quiebra. Sin embargo, como señalamos, nada impide aun en este supuesto que la sociedad pueda continuar incluso en el caso de pérdida entera del capital social. En ese caso, concurrirán simultáneamente dos causas de disolución -la relativa a las pérdidas y la que se refiere a la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social- pero la sociedad no estará aún disuelta y podrá remover dichas causas.

La intención de la norma es que cuando concurren determinadas pérdidas patrimoniales, hay que conseguir que la sociedad se disuelva o adopte una medida de saneamiento. Desde esa perspectiva, cobra sentido la facultad otorgada a cualquier interesado -acreedor social, trabajador, etcétera- para solicitar la disolución judicial y también la rigurosa sanción que recae sobre el directorio que incumpla las obligaciones impuestas para obtener la disolución. Los presupuestos para determinar la causa de disolución, nos enfrentan a un primer problema, el relativo a la oportunidad en que ocurre el presupuesto. Bajo una primera premisa podría deducirse que ello solo ocurre con la presentación de los estados financieros (anualmente), pues de allí fluye la causa objetiva. Sin embargo, la ley (art. 176 LGS) obliga a los directores a convocar a junta general e informar sobre la situación de la sociedad si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida; igualmente deberá proceder en dicho sentido si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse. Ésta es una primera llamada de atención. La segunda está contenida en el artículo 17 de la LGS que impone igual obligación al liquidador, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados(19). El primer problema es el relativo al momento en que debe estimarse que ocurre el desequilibrio, pues entonces surge la obligación de los administradores de convocar a junta para que ésta acuerde la disolución -o remueva la causa-. Podría pensarse que la causa solo concurriría cuando el desequilibrio patrimonial se desprendiese de las cuentas anuales debidamente elaboradas, verificadas y aprobadas por la junta general, pues solo entonces puede hablarse realmente de pérdidas. Sin embargo, la misma ley nos sitúa en la posibilidad que tiene el directorio de detectar dicha situación antes del cierre del ejercicio económico, no siendo necesario esperar el cierre, cuando puede preverse la pérdida del capital social, o su disminución a una cifra inferior a la de su tercera parte como

consecuencia de las pérdidas proyectadas. La finalidad de la norma es la tutela de los acreedores sociales, que no se cumpliría en muchas ocasiones si hubiera que esperar a la aprobación de las cuentas anuales por la junta, porque la situación podría haberse deteriorado por completo.

La ley admite expresamente que esta causa de disolución pueda ser eliminada cuando se produzca un aumento o una reducción de capital, que refleje la verdadera dimensión del capital social, es decir, en este último caso, deducir las pérdidas del capital social, de forma tal que el capital social que aparezca ante terceros sea el que verdaderamente cuenta la sociedad.

No existe inconveniente alguno para que las pérdidas constitutivas de la causa de disolución se eliminen incorporando al patrimonio social por cualquier medio nuevos bienes que no graven el pasivo. Se trata de una causa de disolución removible que consiste en un determinado grado de desequilibrio entre el valor del patrimonio social neto y la cifra del capital social. Es indiferente que ese equilibrio se elimine actuando sobre uno u otro de los factores. La posibilidad de aumentar el patrimonio sin tocar la cifra del capital social es claramente congruente con el sistema que beneficia a los acreedores sociales, pues aumenta la garantía directa de sus créditos, lo que desde luego no sucede con una reducción del capital. Las cantidades entregadas a la sociedad no podrían reputarse aportaciones ni constituirán créditos contra la sociedad. Se trataría de prestaciones a fondo perdido según opinión de Aurelio Menéndez(20), pues no se puede obligar a los socios a aportar por encima de su voluntad, y de registrarse como deuda, no afecta la cuenta patrimonial, pues esta contribución no forma parte del capital social.

La ley se limita a elegir que la adecuación entre capital y patrimonio se lleve a cabo "en la medida suficiente" Bastará, pues, con que el resultado de la operación efectuada elimine la causa de disolución; no es necesario que el valor del patrimonio pase a ser superior o igual a la cifra de capital. Obviamente, la causa de disolución se elimina también a través de una operación de fusión, siempre que en la nueva sociedad o en la absorbente no concurren pérdidas de la mitad del capital, o mediante su transformación en una sociedad colectiva o comanditaria. El inciso 4 del artículo 407 señala que no se incurrirá en la causal de disolución si las pérdidas son resarcidas o, el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente. La cuantía suficiente sería aquella que simplemente supere el mínimo establecido en la ley para considerarse bajo causal de disolución.

e. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra

Esta causal de disolución tiene relación con la establecida en el sistema concursal, pues la Ley General del Sistema Concursal (27809) dispone (art. 24) que cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos: a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; b) Que tenga pérdidas

acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

El deudor expresará su petición de llevar a cabo una reestructuración patrimonial o una de disolución y liquidación, de ser el caso, teniendo en cuenta lo siguiente; si solicita la reestructuración patrimonial, el deudor deberá acreditar que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. De no encontrarse en dicho supuesto solo podrá solicitar su disolución y liquidación. Si el deudor solicita su acogimiento al procedimiento concursal ordinario al amparo del literal a) del numeral precedente, pero tiene pérdidas acumuladas, deducidas reservas, superiores al total de su capital social, solo podrá plantear su disolución y liquidación.

Los acreedores pueden solicitar la disolución de la sociedad, con lo cual se ingresa al estado de la liquidación societaria; a diferencia de la disolución y liquidación adoptada según la ley de sociedades, en la disolución impuesta por los acreedores a la sociedad son éstos los que toman el acuerdo a fin de declarar en disolución a la sociedad, nombrando de inmediato a una entidad liquidadora que se encargará de la liquidación, clasificación y pago de las deudas. Siempre la disolución y liquidación es un paso previo a la situación de la declaratoria de quiebra. Desde el ángulo de la ley general del sistema concursal, el acreedor puede solicitar la situación de concursado del deudor, para ello deberá acreditar deudas exigibles por un importe equivalente a 50 unidades impositivas tributarias (en la fecha SI. 155,000.00); el deudor deberá pronunciarse sobre dicha exigencia y ante la negativa injustificada, la Comisión de Procedimientos Concursales declarará la situación de concursado, ordenando la publicidad del procedimiento, en tal caso, los acreedores tendrán que hacer~ se presentes con sus créditos a ser reconocidos, y ellos en junta de acreedores deciden el futuro de la sociedad. Los acreedores en junta sustituyen la voluntad que corresponde a la junta de accionistas, y deciden sobre la disolución de la sociedad. El artículo 26.3 de la LGSC establece que "no procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades".

Cuando se llega a la disolución y liquidación por la vía concursal como resultado de un proceso judicial (art. 703 del CPC)(21), el juez ordena al deudor que señale bien libre de carga o gravamen para ser ejecutado forzosamente; ante la negativa o falta de designio, el juez ejecutará el apercibimiento de declararlo en disolución y en liquidación y remitirá todo lo actuado judicialmente al órgano administrativo pertinente, a efecto que se reinserte en el proceso concursal. En tal caso, se harán las publicaciones de la declaración del concurso del deudor y se requerirá a los acreedores presenten sus acreencias para acreditarlos ante la junta de acreedores, cuyo convocatoria y acuerdo será la disolución y liquidación de la sociedad.

En lo que se refiere a la incompatibilidad decretada por el artículo 26.3 antes citado tenemos que la petición de reestructuración, de disolución y liquidación no procede, respecto de la sociedad que haya iniciado su proceso de liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades; en efecto, el artículo 417 de la LGS

dispone que "si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia". En tal caso, entonces no se revierte la situación de la disolución societaria para dar paso a la disolución y liquidación concursal, sino que continúa el proceso al amparo de la ley societaria y se solicitará al juez la declaración de quiebra, se trata pues de evitar costos de transacción para llegar a un mismo final. Cabe señalar que en la disolución societaria se llega a ese estado sin ninguna calificación de créditos, y los créditos deben ser pagados de acuerdo a la ley es de la materia civil y no precisamente la establecida en la ley concursal.

La disolución societaria y la disolución concursal conllevan a una misma situación, que es la limitación de la sociedad para desarrollar su objeto social, a partir de ese momento la sociedad no puede seguir desarrollando su objeto y fin social, sino tiene que reunir esfuerzos para liquidar sus bienes y pagar sus obligaciones, es decir, su objeto ha variado por el de la liquidación societaria. La determinación negativa del patrimonio puede conllevar a la declaración de la quiebra de la sociedad, acto que es declarado por el juez, ya sea que se haya llegado a esa situación por la vía administrativa del proceso concursal, o por la vía del acuerdo societario.

De conformidad con el artículo 88 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC) la celebración del Convenio de Liquidación produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de aquél, aun cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y las obligaciones que la ley expresamente exceptúa, a diferencia de la liquidación iniciada societariamente que no produce dicho estado de indivisibilidad, las deudas se van pagando conforme vencen, y en función de la antigüedad.

La quiebra se produce de acuerdo con el artículo 99.1 y 88.7 cuando se extingue el patrimonio del deudor quedando acreedores pendientes de ser pagados, en tal caso el liquidador deberá solicitar, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de treinta (30) días, la declaración judicial de quiebra del deudor, de lo que dará cuenta al comité o al presidente de la junta y a la comisión.

f. Falta de pluralidad de socios. si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida

La pluralidad de los socios está referida al número de dos, se ha superado la problemática de la incursión de esta causal relativa a la pluralidad de los socios de la sociedad anónima, que conforme a la ley anterior se fijó el número en tres para su constitución, pero se discutía si dicho requerimiento mínimo era necesario para la continuación de la sociedad, dado que la pluralidad de socios estaba dada por el número de dos.

En esta oportunidad la ley está plenamente concordada desde el momento en que se requiere de dos socios para constituir una sociedad, según lo establece el artículo 4 de la LGS, con las excepciones a que se contrae el mismo artículo referido a las empresas del Estado o las creadas por ley especial, y a las

subsidiarias de las empresas del sistema financiero al amparo del inciso 3 del artículo 36.

No obstante esta causal propia referida al número de socios, habrá que hacer referencia a la causal especial respecto a la calidad del socio en las sociedades comanditarias, en las que no obstante existir pluralidad de socios, incurre en causal de disolución si dentro del grupo de socios ha desaparecido alguno de los grupos de socios, sean los comanditarios o los colectivos, es decir, los que tienen a su cargo la administración de la sociedad y responden en forma ilimitada y solidaria por las deudas de la sociedad, o los que solo se han limitado al aporte de capital social. El artículo 408 de la LGS precisa que "La sociedad en comandita simple se disuelve también cuando no queda ningún socio comanditario o ningún socio colectivo, salvo que dentro del plazo de seis meses haya sido sustituido el socio que falta. Si faltan todos los socios colectivos, los socios comanditarios nombran un administrador provisional para el cumplimiento de los actos de administración ordinaria durante el período referido en el párrafo anterior. El administrador provisional no asume la calidad de socio colectivo...".

g. Resolución adoptada por la Corte Suprema conforme al artículo 410

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 410 de la LGS el Poder Ejecutivo, mediante resolución suprema expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La Corte Suprema resuelve, en ambas instancias, la disolución o subsistencia de la sociedad.

De acuerdo a lo señalado puede suceder que la sociedad se haya constituido para desarrollar un objeto lícito al momento de su constitución, pero que deviene en ilícito, en tal caso no estamos ante un caso de nulidad, puesto que la sociedad se constituyó de acuerdo a ley, sino que su objeto ha devenido en ilícito por lo que procede su disolución, en la medida que dicho objeto atente contra el orden público y las buenas costumbres.

Producida la resolución de disolución y salvo que la Corte haya dispuesto otra cosa, el directorio, el gerente o los administradores bajo responsabilidad, convocan a la junta general para que dentro de los diez días designe a los liquidadores y se dé inicio al proceso de liquidación. Si la convocatoria no se realiza o si la junta general no se reúne o no adopta los acuerdos que le competen, cualquier socio, accionista o tercero puede solicitar al juez de la sede social que designe a los liquidadores y dé inicio al proceso de liquidación, por el proceso sumarísimo.

La petición de disolución contemplada en el artículo 410 de la LGS es totalmente distinta a la regulada en el artículo 409 de la misma ley. El primer supuesto es pertinente para el caso en el que el objeto social sea ilícito, en tanto que en el supuesto del artículo 409, se regula la petición que tiene todo socio o acreedor de pedir que el juez declare la disolución judicialmente en tanto la sociedad ha incurrido en una de las causales de disolución. En cuanto al socio, tiene derecho a

pedir o la regularización de la sociedad o la disolución, y en cuanto al tercero, igualmente, pues ante la incursión de una causal, tiene el derecho de ver satisfecho su crédito con los activos de la sociedad.

Según lo expresado en el artículo 409 los acreedores no están comprendidos en la determinación de los sujetos legitimados para pedir la disolución de la sociedad por las causales establecidas en la ley; además dependerá de la causa de disolución que ocurra y también de las relaciones jurídicas en que intervengan la sociedad o incluso los socios, para determinar la legitimación del peticionante. La ley confiere esta facultad al socio, al administrador y al gerente de la sociedad, En cualquier caso, el interés del tercero debe referirse a la disolución-liquidación de la sociedad. Así, por ejemplo, estará legitimado el usufructuario, el acreedor pignoraticio, etc., sin embargo, como dijimos los acreedores sociales tienen su legitimación a través del procedimiento concursal, con lo cual también tenemos que descartar como acreedor actor legitimado al acreedor del socio. El demandante deberá acreditar su interés legítimo en la disolución de la sociedad.

La disolución judicial tiene un marcado carácter subsidiario; se encuentra subordinada a la constatación de la falta de voluntad social de disolver. Esa falta de voluntad puede manifestarse de diferentes modos; que la junta solicitada -por algún accionista- no fuese convocada. Es preciso que el accionista inste dicha convocatoria y los directores desatiendan la petición. El segundo supuesto es que no pudiese lograrse el acuerdo. La imposibilidad puede ser, pues, tanto de constitución de la junta por falta del quórum correspondiente como de adopción del acuerdo, por no alcanzarse la mayoría. Es indiferente, al respecto, que la junta haya sido convocada por el directorio por propia iniciativa o a petición de algún accionista. El tercer supuesto es que el acuerdo fuese contrario a la disolución.

Debe constatarse la falta de voluntad para disolver, si no se constata, la disolución no es procedente. En consecuencia, si el directorio no convoca a junta por propia iniciativa y tampoco existe solicitud de convocatoria por los accionistas, no será posible solicitar la disolución judicial.

La disolución judicial se concibe como un mecanismo para suplir un acuerdo de junta general que la ley exige cuando concurre determinado hecho (causa legítima para la -disolución), al que puede acudir cualquier interesado y que están obligados a solicitar el directorio. El interesado que insta la disolución judicial no pretende pleitear contra la sociedad o contra los socios, sino conseguir disolución judicial ha de ser solicitada, bien sea por cualquier interesado, bien sea por los administradores(22).

La obligación del directorio de pedir la disolución judicial no plantea mayores problemas. La ley ha querido imponer esta obligación al órgano encargado de la administración de la sociedad siempre que existiendo una causa de disolución el acuerdo de la junta general haya sido contrario a la disolución, o cuando, por cualquier motivo, el acuerdo de disolución no pudiera ser logrado. El incumplimiento de esa obligación lleva consigo una sanción particularmente grave, como es la situación de sociedad irregular que origina una responsabilidad personal y solidaria de los administradores por las deudas sociales.

V. LIQUIDACIÓN SOCIETARIA: CLASIFICACIÓN

- a) REVERSIBLES
- b) IRREVERSIBLES

Las causas voluntarias para la disolución societaria nos llevan a la liquidación de la misma; sin embargo dicha situación no es siempre irreversible, es decir, la sociedad puede volver a desarrollar su objeto social si existe acuerdo societario que así lo disponga, tan es así que el artículo 437 permite revocar el acuerdo de disolución voluntaria. Cabe entonces precisar que la situación de disolución y liquidación societaria solo podrá revertirse si dicha decisión emanó de la propia voluntad del acuerdo societario, y lógicamente tendrá que adoptarse el acuerdo con las mismas mayorías que decretaron la disolución (art. 169 del Reglamento del Registro de Personas Jurídicas, Resolución SUNARP 200-2001). Es condición para que proceda la reversión de la situación de liquidación societaria, que la sociedad no haya iniciado el reparto del haber social. La regulación que nos brinda la Ley General del Sistema Concursal en su artículo 91, nos lleva a una situación diferente o de conflicto, en tanto se trate de una sociedad que ha incurrido en la situación de disolución y liquidación al amparo de dicha ley concursal, pues conforme lo señalado en dicho artículo "cuando el liquidador constate la existencia de factores, nuevos o no previstos al momento de la adopción de la decisión sobre el destino del deudor, y siempre que considere que resulte viable la reestructuración del mismo, informará de este hecho al presidente de la junta para que éste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que ésta adopte la decisión que considere conveniente"; y seguidamente, en el numeral 91.2 dispone que "en ningún caso procederá variar la decisión de liquidación si el deudor tuviere pérdidas acumuladas superiores al total de su capital social", en sentido contrario, podríamos leer la norma señalando que en caso las pérdidas no superen al total del capital social, será posible regresar al estado anterior, y mantener en actividad a la sociedad dentro de las actividades de su objeto social. La norma en conflicto sería la societaria, en tanto dispone que en caso la sociedad haya iniciado el reparto del haber social no podrá revertir la situación de su estado de liquidación.

La diferencia surge en tanto que la norma societaria es producto de un acuerdo de los socios, la norma concursal es el resultado del acuerdo de la mayoría de los acreedores, de donde se colige que de haberse repartido el haber social, nos encontramos en el supuesto de que no existen acreedores, dado que es previsible que todos hayan sido cancelados previamente en sus créditos; de existir acreedores debemos suponer que los socios no pueden adoptar acuerdo válido por cuanto la competencia sobre la liquidación de la sociedad corresponde a la junta de acreedores. Solo nos quedará barajar el supuesto en el cual la sociedad en estado de liquidación concursal ha cancelado sus créditos y no se ha producido el reparto del haber social, en cuyo caso procedería la reversión de la situación societaria.

Otra de las causas que pueden conllevar a la regresión de la situación liquidatoria es el supuesto de la transformación societaria. El artículo 342 permite que la sociedad en liquidación pueda transformarse, en la medida que revoque previamente el acuerdo de disolución y siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios; siendo condición de dicho acto que la liquidación no haya sido consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, o del vencimiento de su plazo de duración.

La liquidación irreversible es la que se origina en el vencimiento del plazo de duración de la sociedad y que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro (inciso 1 del arto 407 de la LGS). Aquellas que se originan en las causales de disolución de orden legal, (art. 407 LGS), y que son solicitadas por los legitimados para peticionaria, serán irreversibles cuando en la situación de aquellas sociedades, se haya iniciado el reparto del haber social. Y, en lo que se refiere a la forzada continuidad a que alude el artículo 411 de la LGS se estará pues a la norma de orden público y específica como es la del indicado artículo. En tal supuesto, sería válida la reversión aun cuando se haya comenzado el reparto del haber social.

Por otro lado, cuando nos encontramos dentro del marco del Derecho Concursal (LGSC Ley N° 27809), la irreversibilidad de la disolución y liquidación de la sociedad concursada se da cuando, luego de convocarse a junta de acreedores, ésta no se instalase por falta de quórum, instalándose no tomase el acuerdo sobre las alternativas del deudor (reestructuración o disolución y liquidación), o cuando no se aprobase el plan de reestructuración, o no se suscribiese el convenio de liquidación o no se designase al sustituto del liquidador renunciante; de tales -casos; la Comisión de Procesos Concursales dispondrá la disolución y liquidación del deudor. Esta disolución y liquidación iniciada por la comisión no puede ser revertida por decisión de la junta (art. 96.2 LGSC).

Podrá revertirse la decisión de liquidación si el deudor tuviere pérdidas acumuladas inferiores al total de su capital social. En caso contrario (LGSC arto 91), el liquidador que constate la existencia de factores, nuevos o no previstos al momento de la adopción de la decisión sobre el destino del deudor, y siempre que considere que resulte viable la reestructuración del mismo, informará de este hecho al presidente de la junta para que éste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que ésta adopte la decisión que considere conveniente. Sin embargo tal situación resulta irreversible si las pérdidas acumuladas son superiores al total de su capital social. Para efectos de determinar la cifra, considero que se debe deducir las pérdidas de las demás cuentas patrimoniales, según el caso, a efecto de determinar la pérdida acumulada y compararla con la cifra del capital social.

VI. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN SOCIETARIA. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN SOCIETARIA y SU RELACIÓN CON LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

Incurra la sociedad en una causal de disolución, el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoque para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan. Resulta claro que en el caso de pérdida del patrimonio, la ley ha introducido normas preventivas como las contenidas en los artículos 176 y 417 para prever la situación de insolvencia, siendo ésta la primera campaña de alarma respecto de la cesación de pagos en que pueda incurrir la sociedad. En efecto, si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación; y, si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia. Se aprecia entonces que la ley societaria ha previsto los casos de insuficiencia patrimonial como una situación preventiva de la antesala de la liquidación societaria o concursal.

Cabe entonces contemplar aquellas otras causales de disolución que conllevan a la liquidación societaria, como sería el caso de incurrir en-insuficiencia del número mínimo de socios, vencimiento del plazo, cumplimiento del objeto social, imposibilidad del cumplimiento del objeto social, etc. En tales casos, no queda otra alternativa que recurrir al artículo 409 de la LGS, a efecto de solicitar al directorio la convocatoria a junta general de accionistas a efecto de que adopte las medidas necesarias o acuerde la disolución y liquidación societaria. No se cuestiona ni se ventila en estos casos la insuficiencia patrimonial, sino otras causales que motivan la disolución societaria. En tal supuesto la liquidación es de índole societario, no existe interferencia con la liquidación concursal; no existe punto de conexión.

Las normas de liquidación societaria son distintas a las normas que regulan la liquidación concursal, en el primer caso la disolución y liquidación se inicia a instancia de la propia sociedad o por petición del interés del socio o del interés legítimo de terceros, cuyo sustento no es precisamente la situación de insolvencia, sino otras causas (salvo el caso de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado), supuesto que se refiere a un desbalance en la cifra que respalda el pago de las obligaciones de la sociedad, sin embargo esta causal ha quedado en suspenso en aplicación de la Ley NQ 27610 hasta el 31 de diciembre del 2003. En cambio cuando se trata de la disolución y liquidación de la sociedad al amparo de la Ley General del Sistema Concursal, la causa u origen está dada en la insolvencia o desmedro patrimonial del deudor, y la decisión la adoptan los acreedores en junta, desplazando en este supuesto a los accionistas o socios, quienes dejan de tener un papel relevante en la administración de la sociedad.

El procedimiento a instancia de parte dentro de la disolución y liquidación societaria nace de la voluntad societaria o por petición judicial que hace el socio o

el tercero legitimado ante la incursión de la causal de disolución. Si la disolución es voluntaria entonces será la junta general de accionistas la que adopte el acuerdo de disolución con las mayorías calificadas que establece la ley (arts. 126 y 127 de la LGS). Adoptado el acuerdo deberá designarse al liquidador, salvo que dicha designación se haya previsto en el estatuto o en el pacto social.

Si la sociedad incurre en una causal de disolución, compete al directorio, convocar a junta general dentro de un plazo máximo de treinta días, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan, a efecto de retrotraer la situación irregular de la sociedad. En caso la sociedad no cuente con directorio, la facultad de convocatoria la tiene cualquier socio, administrador o gerente. Existiendo directorio siempre compete a este órgano realizar la convocatoria; pues conforme lo señala el artículo 409 de la LGS "cualquier socio, director, o gerente puede requerir al directorio para que convoque a la junta general si, a su juicio, existe alguna de las causales de disolución establecidas en la ley..."; premisa que obliga a estos sujetos a solicitar al directorio la convocatoria a junta, pues en caso contrario, es decir, si el directorio no realiza la convocatoria, dicha convocatoria se hará por el juez del domicilio social, conforme a las normas del proceso sumarísimo, en cuyo caso la persona legitimada acudirá como peticionante al proceso judicial; y, en aplicación del artículo 119, si el juez ampara dicha solicitud, ordenará la convocatoria, señalará lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos. En el caso de la sociedad anónima abierta habrá que recurrir a las normas contenidas en el título 11 de la sección séptima de la Ley General de Sociedades, y en su contenido no existe norma que regule la petición de convocatoria ante el supuesto de haberse incurrido en una causal de disolución, debiendo estarse a lo señalado en el artículo 253 de la LGS, que dispone que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores está encargada de supervisar y controlar a la sociedad anónima abierta, estando facultada para reglamentar las disposiciones relativas a estas sociedades contenidas en la sección séptima de la ley.

Realizada la convocatoria, si la junta general no se reúne (por falta de quórum), o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan para evitar la situación comprometida con la causal de disolución, cualquier socio, administrador, director o el gerente puede solicitar al juez del domicilio social que declare la disolución de la sociedad. La ley señala que el acuerdo de disolución debe publicarse dentro de los diez días de adoptado, por tres veces consecutivas; sin embargo debemos entender que en caso que no exista acuerdo y sea el juez quien decreta la disolución de la sociedad, dicha resolución debe ser publicada en los mismos términos anotados; y recién a partir de la publicación se computan los plazos para el ejercicio de sus derechos, hasta que se cumpla con realizar la publicación (art. 43 LGS). Se aprecia que el titular legitimado para actuar es el socio, el administrador, el director o el gerente, quienes solicitarán al directorio la convocatoria y solo en el caso negado o en el supuesto de que no se adopte el acuerdo podrán recurrir al juez a pedir se declare la disolución societaria. A diferencia de la ley española que en su artículo 262 legitima a recurrir al juez a cualquier interesado para solicitar la disolución judicial de la sociedad. Emilio

Beltrán(23) al comentar la ley española señala que la determinación de los sujetos legitimados es una cuestión de hecho, que dependerá de la causa de disolución que concurra y también de las relaciones jurídicas en que intervengan la sociedad o incluso los socios. En cualquier caso, el interés del tercero debe referirse a la disolución-liquidación de la sociedad. Dentro del contexto de la ley española, estará legitimado el usufructuario, el acreedor pignoraticio, etc., y en particular, en lo que se refiere a los acreedores sociales, se observa que el precepto parece pensado para el supuesto de que la causa de disolución concurrente sea la existencia de pérdidas patrimoniales cualificadas. En efecto, la facultad de un acreedor social de pedir la disolución judicial solo cobra sentido, en rigor, cuando se pretenda evitar la insolvencia de la sociedad y la consiguiente declaración de quiebra, que podría producirse si, en esa situación, la sociedad continúa desarrollando el objeto social, ya que la disolución, en sí misma considerada, no produce efecto alguno sobre los acreedores, ni sobre el contenido de su pretensión ni sobre los medios de defensa de su derecho.

Desde esta perspectiva, se aprecia el carácter preconcursal de la norma: se trata, también por esta vía, de conseguir la satisfacción íntegra de los acreedores sociales antes de que un procedimiento concursal la ponga en peligro. Por consiguiente, dentro de ese sistema legislativo cualquier acreedor social se entenderá legitimado para pedir la disolución judicial, y por el contrario, cuando sea otra la causa de disolución concurrente, el demandante deberá acreditar su interés legítimo en la disolución de la sociedad. Este comentario nos llama a reflexión, pues si llegamos a la conclusión de que solo el tercero legitimado para pedir la disolución, dentro del sistema peruano es el acreedor impago, resulta que éste no se encuentra protegido en tanto no formule su petición dentro de las pautas de la ley concursal, pues la ley societaria no le da la ingerencia no obstante pueda comprobar la pérdida del patrimonio de la sociedad.

En doctrina se defiende que la disolución judicial tiene un marcado carácter subsidiario; se encuentra subordinada a la constatación de la falta de voluntad social de disolver.

Cuando la causa de la disolución deviene de un acuerdo voluntario de disolución, compete al órgano societario adoptar el acuerdo con las mayorías calificadas establecidas en la ley. Es la voluntad de la sociedad la que se antepone al interés individual de los socios, éstos reunidos en junta deciden poner fin a la actividad en común que realizan a través de la sociedad. No existe en este supuesto interferencia judicial, es simplemente la voluntad societaria la que está en juego.

La Ley del Sistema Concursal respeta la decisión societaria, aun cuando de por medio no existió una causa derivada de la deficiencia patrimonial. Es así como se explica el artículo 102 de la Ley N° 27809 que señala que, "cuando se produzca el supuesto previsto en el artículo 417 de la Ley General de Sociedades, el juez competente tramitará la declaración de quiebra del deudor de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente título, sin que para tal efecto sea necesario que dicho deudor se someta al procedimiento concursal ordinario

previsto en la ley". Por otro lado, el numeral 26.3 de la LGSC dispone que "no procede promover el procedimiento concursal ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades". De esta manera se ha dejado claramente establecido que iniciado un procedimiento liquidatorio privativo al amparo de la ley general de sociedades, ya no será posible retrotraer los efectos del acuerdo societario de liquidación, salvo que ello responda a una voluntad societaria, que solo será permitida si no se ha iniciado el reparto del haber social, de lo contrario, como señalamos anteriormente, la situación es irreversible, y si durante el proceso liquidatorio societario se produce o conforma la insuficiencia patrimonial, corresponde al juez declarar la quiebra, sin necesidad de recurrir a las autoridades del INDECOP para la convocatoria de acreedores.

Desde el punto de vista de la ley concursal se explica dicha situación en el ahorro del costo de transacción, ante la falta de recursos, no tiene sentido cargar todo un procedimiento concursal a una empresa que no cuenta con los recursos para pagar a sus acreedores ni asumir los gastos de dicha liquidación administrativa. En tal sentido se ha pronunciado la exposición de motivos relativa al artículo 26 de la Ley N° 27809 cuando se fundamenta en que "puede resultar más eficaz y menos onerosa que el uso del concurso (sobre todo partiendo del número de acreedores y activos que pudiera tener la empresa deudora) por lo que no debe limitarse esta opción sino, por el contrario, apoyarla cuando su uso sea más eficiente". En igual sentido se fundamenta el artículo 102, cuando en la exposición de motivos de la ley concursal se señala que "la precisión de la ley respecto a que puedan utilizarse las normas concursales para iniciar la quiebra, luego de la extinción del patrimonio de la empresa sometida a una liquidación al amparo de la Ley General de Sociedades, reduce costos a las partes ya que se ha eliminado el supuesto que los liquidadores se encuentren administrando procedimientos liquidatorios bajo el amparo del cuerpo legal antes mencionado, tengan que necesariamente iniciar procedimientos concursales antes de iniciar el procedimiento de quiebra. De esta manera se reduce tiempo y por tanto costos que generarían tener obligatoriamente que pasar por un procedimiento concursal antes de llegar a obtener el auto de quiebra en sociedades cuyas liquidaciones se han visto regidas por la Ley General de Sociedades.

VII. DESIGNACIÓN DEL LIQUIDADOR

Los liquidadores tienen a su cargo el proceso de la liquidación de la sociedad. Con el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden conforme a ley, al estatuto, al pacto social, a los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y a los acuerdos de la junta general. Conforme al artículo 416 de la LGS corresponde a los liquidadores la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla. Por el solo hecho del nombramiento de los liquidadores, éstos ejercen la representación procesal de la sociedad, las facultades generales y especiales previstas por las normas procesales. Para el ejercicio de la representación

procesal, basta la presentación de copia certificada del documento donde conste el nombramiento.

Desde el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden, advirtiendo Elías Laroza(24) que si la designación de los liquidadores se dilatará, la sociedad no contaría con los representantes necesarios para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en el proceso de liquidación. Señala la ley que si los liquidadores designados no asumen el cargo en el plazo de cinco días contados desde la comunicación de la designación y no existen suplentes, cualquier director o gerente convoca a la junta general a fin de que designe a los sustitutos. Aparentemente existe una contradicción, pues si conforme al artículo 413 los directores y gerentes cesan en su representación para dar paso a los liquidadores, cómo podrían retomar sus funciones en el caso que éstos no asuman el cargo dentro de los cinco días siguientes a su nombramiento. Prácticamente los administradores y gerentes ya no representan a la sociedad, y mal podrían entonces convocar a junta general de accionistas para nombrar a nuevos liquidadores.

La ley vincula el cese de los administradores al momento en que la sociedad se declare en disolución, y parece suponer así que la sustitución se produce automáticamente en el momento de la disolución; a partir de ese momento cesará la representación de los administradores y asumirán los liquidadores las funciones que la ley les confiere. Así sucederá, ciertamente, cuando la disolución y el nombramiento de liquidadores se produzcan de forma simultánea. En tal caso, estamos a las resultas de la aceptación expresa o tácita del o de los liquidadores nombrados; de no producirse esta aceptación la ley ante el vacío que puede producirse ha optado por otorgar facultades al gerente y a los administradores para que convoquen a junta general, advirtiéndose que en esta oportunidad no se trata de una convocatoria hecha por el directorio, sino por cualquier director o por el gerente de la sociedad. Cabría entonces preguntarse si dicha facultad revertida al gerente abarca también otros actos de administración, o solo está referida a aquellos actos necesarios para que se lleve a cabo la junta general de accionistas que tenga por objeto la designación de los liquidadores. No obstante las dificultades que podría contemplar una interpretación restrictiva habría que distinguir las funciones de los encargados de la representación de la sociedad antes del acuerdo de disolución y después del acuerdo de disolución. El gerente es el representante de la vida activa de la sociedad, en tanto que el liquidador lo es de vida pasiva, pues no puede engendrar nuevos negocios.

En la legislación española, se plantea la premisa de que la sociedad no procederá de modo simultáneo al nombramiento de liquidadores; y, en este caso, se abre necesariamente un período transitorio, de interinidad, entre la disolución (apertura de la liquidación) y la entrada en función de los liquidadores, como órgano encargado de realizar la liquidación. Supuesto que no es permitido en nuestra ley de sociedades desde el momento que en el acuerdo de disolución debe

contemplarse el nombramiento de los liquidadores. No obstante esta circunstancia, no está lejos del presupuesto el hecho de que la sociedad ingrese al estado de disolución de pleno derecho, como sería el caso de la causal devenida por cumplimiento del plazo, supuesto en el cual el hecho devenido deja sin representación al directorio y gerente de la sociedad, y no lo convierte de hecho en liquidador. Las facultades de estas autoridades han caducado, ya no tienen la representación, y solo queda nombrar a los liquidadores que asuman la representación societaria. Entretanto, podríamos caer en el comentario de la legislación española realizado por Emilio Beltrán(25) para quien en el supuesto en que no se designe en forma simultánea a los liquidadores, la sociedad no queda sin órgano de gestión y representación, sino que serán los propios administradores quienes continúen al frente de la sociedad, evitando así que ésta quede privada de todo gobierno y dirección. Así pues, interinamente, es decir, hasta tanto los liquidadores no acepten el cargo, la gestión y representación de la sociedad continuará confiada a los administradores. Encontramos este comentario acertado, llegando al extremo de evaluar la circunstancia que no debe primar la falta de dirección de toda sociedad para afirmar que en todo caso, el directorio y el gerente mantienen sus facultades de representación para los actos de ejercicio ordinario.

Emilio Beltrán bajo esta premisa señala que la interpretación lógica se encuentra avalada por los términos literales de la ley española (que al igual que la ley peruana), liga la cesación total de los administradores en el ejercicio de su cargo a la asunción por los liquidadores de las funciones de administración propias del período de liquidación. En realidad, la finalidad del precepto no es otra que la de evitar que con posterioridad a la disolución continúen los administradores haciendo nuevos contratos y obligando con sus actos a la sociedad. La ley priva a los administradores de sus facultades para realizar nuevas operaciones, que serían contrarias al período de liquidación en que la sociedad se encuentra y, al mismo tiempo, indica que las operaciones de liquidación deberán ser realizadas por los liquidadores. Salvado esto, no se opone a que continúen los administradores en forma interina y limitada, y sin perjuicio de que una vez nombrados los liquidadores cesen de modo absoluto y total los administradores en el ejercicio de su función. Cabe, pues, hablar en estos casos, de un cese gradual de las funciones de los administradores. Producida la disolución, pierden el poder de representación para realizar nuevas operaciones; pero solo con el nombramiento de los liquidadores cesarán totalmente en sus funciones y serán sustituidos por los liquidadores como órgano al que la ley confiere durante el período de liquidación la gestión y representación de la sociedad para cuanto sea necesario a los fines de la liquidación(26).

Debe entenderse bajo esta premisa que, mientras no sean nombrados los liquidadores, los administradores, a pesar de la disolución, conservan tanto sus facultades de gestión o de orden interno, como las facultades representativas o de orden externo. Ahora bien, las facultades representativas quedan limitadas a la realización de aquellos actos conservativos o de índole similar cuyo retraso pudiera acarrear algún perjuicio a la sociedad. En todo caso, el gerente o el

director deberán evitar que el período de interinidad se pueda prolongar más allá de lo normal, convocando a junta general con la oportuna rapidez para que se proceda a la designación de los liquidadores, en el supuesto de que los estatutos no prevean un distinto sistema de nombramiento.

La designación de liquidador compete a la junta general de accionistas cuando no se le ha nombrado en el mismo estatuto, no obstante existir este nombramiento, es posible removerlo en el cargo por la junta general de accionistas. El nombramiento de los liquidadores se hará siguiendo las normas estatutarias y solo en el supuesto de que no exista norma pertinente corresponderá su designación a la junta general. Cuando los estatutos prevean la designación de los liquidadores, habrá que estar a lo que en ellos se establezca, lo mismo si hace una designación directa y personal de los futuros liquidadores que sí establecen sencillamente un sistema o procedimiento a seguir para su designación. La ley mantiene en este punto la primacía de los estatutos. El nombramiento de los liquidadores se hará siguiendo las normas estatutarias y solo en el supuesto de que no existan corresponderá su designación a la junta general.

El nombramiento puede recaer en determinados directores, en accionistas o en personas extrañas a la sociedad. Sobre el particular comenta Beltrán(27) que incluso se puede establecer que la liquidación se hará por el órgano de administración, quedando automáticamente revestidos sus miembros de la condición de liquidadores al disolverse la sociedad, criterio que en nuestra realidad sería aplicable, pero con la atingencia de que en realidad el órgano (directorio) no es el que se convierte en liquidador, sino que son los directores los que automáticamente asumen la calidad de liquidadores, quienes pueden convenir internamente asumir funciones como órgano, y en tal caso deberán aprobar las normas para la adopción de decisiones, pues de no existir tales normas cada uno de ellos representa a la sociedad con las facultades que le otorga la ley, y no como órgano colegiado.

Resulta interesante el comentario que realiza el profesor Emilio Beltrán(28) cuando al comentar el artículo 144 de la ley española de sociedades anónimas, señala que "no hace falta decir que cualquier norma estatutaria relativa al nombramiento de liquidadores podrá ser modificada por la junta general. Y, en el supuesto de que los estatutos hayan vinculado la función de liquidar la sociedad a determinados accionistas, o a los titulares de una clase de acciones, la modificación de esa norma estatutaria no requerirá el acuerdo de los "accionistas afectados" o el acuerdo de la clase; porque no se tratará de una modificación de los estatutos que afecte a los derechos del accionista o de una clase de acciones, ya que la facultad que los estatutos pueden conceder a uno o varios accionistas para actuar como liquidadores no es un derecho especial derivado de la acción, ni un derecho integrante de la posición de socio, sino un derecho-función del que la junta general puede privar al titular modificando al efecto los estatutos en la forma ordinaria". Si bien el comentario anotado es pertinente en la legislación española, por cuanto los artículos 145.1 y 148 respaldan esta posición, en nuestra legislación sería cuestionable desde el momento en que se agrupan las acciones

en función de los derechos que se le otorgan, y toda modificación de dichos derechos dependen del consentimiento de los accionistas de la clase de acciones a los que afecte la decisión.

Para la designación de liquidadores por el órgano competente (junta general) no deben reputarse necesarios quórum especiales o mayorías calificadas, no obstante ello cabría tener presente el artículo 127 de la LGS que permite que en el estatuto se prevean mayorías más altas para determinados acuerdos societarios; por lo que, en principio, ateniéndose a esta circunstancia sería posible que en el estatuto se fije una mayoría calificada para la denominación de liquidadores. Sin embargo habría que distinguir las reglas aplicables para el quórum de asistencia de votación para el caso de la decisión de entrar en un proceso de liquidación, que como bien conocemos es calificado (art. 126), de aquella otra decisión que es nombramiento de las personas que representan a la sociedad, caso en el que no rigen las mayorías calificadas, sino que serían de aplicación las normas relativas a la designación de directores, con la excepción de la aplicación del voto acumulativo para la elección de los representantes sociales, por tratarse de norma especial, que en el fondo busca otorgar un derecho de control al socio minoritario, control que la ley otorga al socio en la etapa de liquidación al señalar que "los socios que representen la décima parte del capital social tienen derecho a designar un representante que vigile las operaciones de liquidación (art. 414 LGS).

El órgano competente para la convocatoria de la junta encargada de designar a los liquidadores estará en función del momento en que vayan a ser nombrados: si se trata de la primera designación, la junta será convocada por el directorio, quienes continúan provisional y limitadamente en el cargo hasta que los liquidadores asuman sus funciones. Si se trata de una designación posterior, esa facultad de convocatoria de la junta corresponderá a los propios liquidadores o, eventualmente, al juez. La designación de los liquidadores conlleva la determinación de sus facultades, en caso de que se omita, entonces habría que distinguir si los liquidadores son los mismos directores que continúan en el cargo, o si se trata de terceros; si se trata de los mismos, entonces se podrían extender las facultades de los directores a la de los liquidadores; en tanto, si los liquidadores son terceros entonces estaríamos en un supuesto distinto, en donde se haría necesaria la determinación de facultades. Cabe establecer una distinción en todo caso, pues la ley otorga facultades al directorio (art. 172 LGS)(29), órgano que cuenta con todos los poderes y facultades de representación y gestión, salvo lo estrictamente restringido por la ley; sin embargo, los liquidadores no constituyen un órgano de gestión y representación cuyas facultades nacen de la imposición legal, sino que son personas que individual o colectivamente, en su caso, ejercen funciones de representación de la sociedad, dado que se trata de personas que sustituyen en todas sus funciones al directorio y al gerente general. En tanto esto es así habría que estar a la reflexión si como tales se traslada a ellos las mismas facultades de gestión y representación que la ley otorga al directorio y al gerente general. Al respecto, es pertinente señalar que el artículo 414 de la LGS señala que "...las limitaciones legales y estatutarias para el nombramiento de los liquidadores, la vacancia del cargo y su responsabilidad se rigen, en cuanto sea

aplicable, por las normas que regulan a los directores y al gerente de la sociedad anónima"; de lo cual se colige que las normas aplicables a los liquidadores son las pertinentes a la limitación para su nombramiento, mas no en cuanto a sus facultades. Y, cuando la ley regula la representación procesal el artículo 416 dispone que "...por el solo hecho del nombramiento de los liquidadores, éstos ejercen la representación procesal de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas por las normas procesales pertinentes; en su caso, se aplican las estipulaciones en contrario o las limitaciones impuestas por el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general", quedando en manos de los socios la determinación de las facultades especiales para los liquidadores a tenor de lo señalado en el primer párrafo del mismo artículo 416 cuando acota que "corresponde a los liquidadores la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla, con las facultades, atribuciones y responsabilidades que establezcan la ley, el-estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general".

La designación del liquidador o liquidadores por el juez, es una premisa contemplada en la ley en el artículo 414(30), que guarda coherencia con el artículo 410 que señala que en el supuesto que el Poder Ejecutivo interfiera en la disolución y liquidación de la sociedad, al desarrollar actividades contra la ley y las buenas costumbres; en tal supuesto, la ley contempla la posibilidad de que sea el juez, en caso extremo, quien designe a los liquidadores. La ley no contempla otro supuesto de intervención del juez para la designación de liquidadores. Sin embargo puede darse el caso de que los liquidadores no acepten el cargo, lo cual obliga al directorio y al gerente a convocar a junta para la designación de directores; pero en el supuesto de la disolución de pleno derecho habría que estarse a las circunstancias, y en este sentido es válido el comentario de Emilio Beltrán(31), al señalar que si se produce la disolución de la sociedad y no es posible proceder a la designación voluntaria de los liquidadores, sea por abandono de los órganos sociales, sea por su misma paralización, y si la misma ley legitima, en su caso, a cualquier interesado para solicitar la disolución judicial de la sociedad y a exigir eventualmente la responsabilidad de los administradores en el supuesto de incumplimiento de la obligación de convocar la junta para el acuerdo de disolución o de solicitar la disolución judicial, no parece lógico pensar que el legislador que ha querido facilitar la disolución de la sociedad por esa vía judicial niegue la posibilidad de que el propio juez designe a los liquidadores cuando la sociedad no proceda a su nombramiento. La ley no puede querer la disolución -facilitando la disolución judicial como última solución- cuando se produce una causa legítima y rechazar a la vez la designación judicial de los liquidadores cuando se sabe que una conducta pasiva de la sociedad en este punto daría al traste con la disolución y liquidación de la sociedad. Amparando este criterio nada impide recurrir al Juzgado a solicitar la designación de los liquidadores de una sociedad en la cual los designados no asumen el cargo, o producida una disolución de pleno derecho es necesario designar a los liquidadores, en la medida que no estén nombrados o designados en el estatuto. No estará de más subrayar que, en todo caso, la designación judicial de los liquidadores solo

procederá cuando falte la voluntad de la sociedad de proceder al nombramiento. En los casos en que la sociedad se disuelva por transcurso del término o por decisión judicial, así como en el supuesto en que la designación no haya tenido lugar en la misma junta que toma el acuerdo de disolución (el nombramiento puede ser "simultáneo o posterior a la liquidación"), habrá que pensar en su designación en una junta posterior; y solo en el caso de que en esa junta no se logre la designación o que no sea posible lograr una reunión válida de la misma, quedará abierta la vía para pedir el nombramiento de los liquidadores por el juez. La designación judicial tiene, pues, una significación claramente subsidiaria.

La designación de los liquidadores se puede realizar con sus respectivos suplentes, en cuyo caso dichas personas asumen el cargo en la medida que se produzca la vacancia en el cargo del liquidador titular; no se contempla en este supuesto la designación de liquidadores alternos, figura contemplada en exclusiva para el caso de los directores de las sociedades.

Otro tema de suma importancia es la designación de los liquidadores en aplicación de las facultades de la cooptación. El carácter excepcional de la facultad de cooptar que la ley atribuye al directorio plantea muy serias dudas acerca de la aplicación de ese sistema para cubrir las vacantes de los liquidadores. Por la cooptación se faculta al directorio, en forma excepcional, a cubrir las vacancias producidas en su seno con la designación de otras personas como directores, sin necesidad de recurrir a la junta general para su elección. Desde el punto de vista estrictamente legal, dicha facultad de cooptar es atribuida únicamente al directorio y no a los liquidadores. Sin embargo no escaparía a la legalidad si ese sistema se puede establecer por vía estatutaria. La primacía que, en materia de nombramiento de liquidadores, reconoce la ley a los estatutos permite entender que los estatutos pueden atribuir a la comisión liquidadora (en tanto constituida como tal) la facultad de cooptar, sea de forma directa, señalándolo expresamente, sea de forma indirecta, declarando aplicables a la comisión las normas legales (y estatutarias) relativas al directorio para estos efectos.

La capacidad de los liquidadores se encuentra restringida en la ley en lo referente a la extensión de las limitaciones para el caso del director, las mismas que son aplicables para los liquidadores, con la excepción expresamente señalada en el sentido de que sí es posible designar como liquidador a una persona jurídica. Por lo demás, rigen las mismas limitaciones que contempla la ley para el ejercicio del cargo del director (art. 161 LGS). La ley impone condiciones especiales de capacidad o aptitud para desempeñar el cargo de liquidador. Los estatutos pueden establecer normas restrictivas de la capacidad exigiendo para el desempeño del cargo determinadas condiciones, como la de accionista, o estableciendo un régimen especial de incapacidades o incompatibilidades. Pero en defecto de normas estatutarias habrá que entender que la junta general tiene amplia libertad para la elección de las personas que hayan de desempeñar las funciones de liquidación. Y si para ser nombrado director no se requiere la cualidad de accionista, tampoco será razón para imponer ninguna traba a la elección de los liquidadores entre personas extrañas a la sociedad.

En cuanto al número de liquidadores la ley señala que debe ser impar (art. 414), lo cual parece establecer una presunción en favor de la necesidad de que los liquidadores actúen conjuntamente, en forma colegiada, constituyendo un órgano colectivo de liquidación que decida las cuestiones por mayoría. Parece lógico, en efecto, aplicar a los administradores el principio general según el cual cuando el directorio de la sociedad se confía conjuntamente a más de dos personas, y éstas constituyen el órgano colegiado cuyas decisiones se adoptan por mayoría, lo cual sería de aplicación en el supuesto de que siendo plural el número de liquidadores, las facultades de liquidación no se hayan conferido solidariamente a los distintos liquidadores, en cuyo caso cada uno de ellos podría actuar con absoluta independencia de los demás. La actuación solidaria de los liquidadores puede ser establecida lo mismo por los estatutos que por acuerdo de la junta general en que se haga su designación.

Aunque la ley habla siempre de los liquidadores, no debe entenderse que el número habrá de ser necesariamente plural. La exigencia legal de número impar se cumple en el supuesto de liquidador único. Las funciones de liquidación se pueden encargar a una sola persona. El hecho de nombrar un solo liquidador no contradice la exigencia legal de que el número de los liquidadores sea siempre impar, pues la unidad se encuentra comprendida dentro de esta categoría matemática.

La designación del liquidador dentro de Ley General del Sistema Concursal es una atribución que compete a los acreedores, en la medida que la sociedad se encuentra en situación de concursada. Si la junta de acreedores decide la disolución y liquidación de una persona jurídica, ésta no podrá continuar desarrollando la actividad propia del giro del negocio a partir de la suscripción del convenio de liquidación, con la entidad designada para que cumpla las funciones de liquidadora. De conformidad con el artículo 74.3 solo se podrá nombrar a una entidad o persona que tenga registro vigente como liquidador.

(1) BELTRÁN, Emilio. "La disolución de la sociedad anónima". Ed. Civitas, Madrid, 1997. Págs. 21-24.

(2) MANTILLA MOLINA, Roberto L. "Derecho Mercantil". Ed. Porrúa. México, 1977.

(3) MACEDO HERNÁNDEZ, Héctor. "Ley General de Sociedades Mercantiles.. Ed. Cárdenas. México, 1984. Pág. 241.

(4) Artículo 6. Personalidad Jurídica

"La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción".

(5) Artículo 413. Disposiciones generales

"Disuelta la sociedad se inicia el proceso de liquidación.

La sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación y hasta que se inscriba la extinción en el Registro...:

(6) Artículo 421. Extinción de la sociedad.

"Una vez efectuada la distribución del haber social la extinción de la sociedad se inscribe en el Registro.

- (7) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit.
- (8) URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN. "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles". Disolución y liquidación de las sociedades anónimas. Tomo XI. Ed. Civitas. Madrid, 1992. Pág. 30.
- (9) URÍA, MENÉNDEZ Y BELTRÁN. Ob. cit. Pág. 31.
- (10) Artículo 437. Revocación de Acuerdo de Disolución
"La revocación del acuerdo de disolución voluntaria se inscribe por el mérito de copia certificada del acta de la junta general donde consten el acuerdo y la declaración del liquidador o liquidadores de que no se ha iniciado el reparto del haber social entre los socios".
- (11) NANDEZ, Héctor. Ob. cit. Pág. 241.
- (12) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit. Pág. 110
- (13) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo "Comentarios a la Ley General de Sociedades". Ed. Gacela Jurídica. Lima, 1998. Pág. 687.
- (14) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano", Tomo 111. Ed. Normas Legales. Trujillo. 1999. Pág. 1080.
- (15) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit. Págs. 113, 114.
- (16) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit. Pág. 114.
- (17) SENEN DE LA FUENTE, G. "La disolución de la sociedad anónima por paralización de sus órganos sociales", Madrid, 1965. Pág. 194.
- (18) Artículo 117.-Convocatoria a solicitud de accionistas
"Cuando uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe publicar el aviso de Convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar.
La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince días de la fecha de la publicación de la convocatoria.
Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso,
Si el juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión su objeto quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.,
Artículo 119.- Convocatoria judicial
"Si la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto no se convoca dentro del plazo y para sus fines, o en ellas no se trata los asuntos que corresponde será convocada, a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, por el juez del domicilio social, por el proceso no contencioso, La convocatoria judicial debe reunir los requisitos previstos en el artículo 116",
- (19) Artículo 417.- Insolvencia o quiebra de la sociedad en liquidación
'Si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación Sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra con arreglo a la ley de la materia".

(20) MENÉNDEZ. Aurelio. "Pérdida del capital social y continuación de la sociedad anónima". En: Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo. Madrid, 1981. Pág. 510.

(21) "Si al expedirse la sentencia en primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedad del deudor, solicitará se le requiera para que dentro del quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación. Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPÍ o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar con el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo",

(22) URÍA. MENÉNDEZ y BELTRÁN. Ob. cit. Pág. 65.

(23) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit.

(24) ELÍAS LAROZA. Enrique. Ob. cil.

(25) BELTRÁN. Emilio. Ob. cil.

(26) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit. Pág. 112.

(27) BELTRÁN, Emilio. Ob. cit. Pág. 116.

(28) Ibid.

(29) Artículo 172.- Gestión y representación

"El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto. con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general.

(30) Artículo 414.- "La junta general, los socios o, en su caso, el juez designa a los liquidadores y, en su caso, a sus respectivos suplentes al declarar la disolución, salvo que el estatuto, el pacto social o los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad hubiesen hecho la designación o que la ley disponga otra cosa. El número de liquidadores debe ser impar".

(31) BELTRÁN, Emilio. Ob. cil. Pág. 119.

**LA FUSION y LA ESCISION EN
LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES:
ALGUNAS APROXIMACIONES**

Luz ISRAEL LLAVE
Alfredo FILOMENO RAMIREZ

I. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones e innovaciones introducidas en materia de reorganización de sociedades constituyen uno de los mayores aportes de la nueva Ley General de Sociedades -aprobada por Ley N2 26887, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1997, en adelante, LGS- al ordenamiento societario nacional. Más aun, la regulación integral de figuras como la transformación, fusión, escisión y otras formas de reorganización, trasciende el ámbito meramente jurídico y pasa a constituirse en una herramienta fundamental en los procesos de concentración, desconcentración o especialización empresarial.

Los tiempos modernos exigen que las empresas se vayan adaptando a los cambios y exigencias que les presenta un mercado cada vez más integrado y global. La dinámica de las operaciones productivas y comerciales demanda un alto grado de competitividad y eficiencia por parte de los agentes económicos que participan en un sector determinado. Es así que las empresas que no logran adecuarse al ritmo que impone la competencia económica pueden verse obligadas a salir del mercado.

En vista que la evolución y los cambios que se presentan casi a diario afectan de manera diversa y desigual a las organizaciones empresariales que se desenvuelven en la economía, serán también distintas las fórmulas o alternativas que se adopten con el fin de conducir a la empresa hacia un máximo de eficiencia posible.

Una de estas fórmulas es la concentración empresarial que se presenta como un fenómeno que permite a las empresas coordinar, colaborar y diversificar sus inversiones en las más distintas formas. La concentración se presenta, en un primer momento, como un fenómeno de ampliación de la dimensión de la empresa a través de la agrupación de organizaciones de la misma naturaleza (concentración horizontal). Sin embargo, también puede darse en los casos de reunión de empresas cuyo objeto o actividades se complementan entre sí, a efectos de originar una cadena productiva (concentración vertical). Finalmente, la concentración también puede darse a través de la agrupación, bajo la misma

dirección, de entidades de distinta naturaleza y actividades que buscan diversificar el riesgo de su desempeño en el mercado (conglomerados empresariales). Si bien los objetivos pueden ser diversos, hay dos características que la doctrina asigna a la concentración empresarial: organización y colaboración. Por su parte, si reconocemos que la desconcentración del riesgo económico empresarial facilita una mayor flexibilidad y adecuación de la financiación de las explotaciones separadas y que la especialización permite la realización de actividades económicas con mayor eficiencia, advertiremos que la escisión puede constituir un importante mecanismo que le permita a una empresa reestructurar sus actividades y actuar en el mercado de una forma más eficiente.

En función de lo expuesto, y como veremos en el desarrollo del presente artículo, la fusión se presenta como un mecanismo típico de concentración empresarial, mientras que la escisión, si bien ha sido comúnmente reconocida como una posibilidad de desconcentración, también puede ser utilizada en el marco de un proceso de concentración.

El presente trabajo pretende abarcar solo algunos de los aspectos más importantes que la normatividad vigente contempla para los supuestos de fusión y escisión de sociedades, basándose principalmente en las importantes modificaciones introducidas por la LGS, las cuales han potenciado a estas figuras como mecanismos que permiten la reestructuración empresarial y la adaptación de las organizaciones económicas a las exigencias del mercado actual.

II. FUSIÓN

1. Concepto de fusión

Siguiendo la opinión de un sector mayoritario de la doctrina, podemos señalar que la fusión es una operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola, confundiendo sus respectivos patrimonios e integrando a sus socios, de acuerdo a las formas previstas por la ley y cumpliendo con los requisitos establecidos en ésta. Dependiendo de la forma legal que se adopte, la fusión implicará la extinción de las sociedades participantes en el proceso para formar una nueva sociedad -cuando se trata de una fusión por incorporación- o la extinción de todas menos una, la preexistente, que absorberá a las demás -en la denominada fusión por absorción-.

Partiendo por reconocer que la fusión es, ante todo, un proceso esencialmente económico de concentración patrimonial y que se desarrolla dentro del marco de una reestructuración empresarial, la doctrina ha establecido sus principales rasgos jurídicos, con el fin de delimitar su concepto en el ámbito del Derecho.

Así, Broseta Pont califica a la fusión como "un procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan (creando una

sociedad nueva que asuma a todas las preexistentes) o previa disolución de todas menos una (que absorbe a las restantes)."(1). En el mismo sentido, Rodríguez Uría, menciona que "estamos ante una operación jurídica afectante a dos o más sociedades, que conduce a la extinción de todas o algunas de ellas y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad ya preexistente o de nueva creación" (2).

Gómez Porrúa, advirtiendo previamente que la fusión puede entenderse en un plano económico y en otro jurídico, define a la fusión como una institución "en virtud de la cual, y mediante un procedimiento normado, de naturaleza plural, se produce la unificación de dos o más sociedades, que se extinguen sin previa liquidación, en una única sociedad, ya se trate de una sociedad preexistente que subsiste, o, en su caso, de una sociedad de nueva creación, cuyo patrimonio y cuerpo social estará formado por los patrimonios íntegros activo y pasivo- y por los socios de todas las sociedades intervinientes, convirtiéndose la sociedad resultante en sucesora a título universal de las sociedades que se extinguen" (3).

Consideramos que las disposiciones introducidas por la nueva Ley General de Sociedades --en adelante, LGS- en materia de fusión constituyen un importante avance tanto a nivel cuantitativo como en términos cualitativos, con respecto a la regulación que existía en la antigua Ley General de Sociedades -en lo sucesivo ALGS- vigente hasta 1997. Ciertamente, la ALGS no trataba el tema de la fusión de una manera integral y sistemática -tal como lo hace la nueva norma- dejando muchos vacíos que en la práctica generaban inseguridad jurídica respecto de los alcances de este tipo de reorganización societaria. Ello no solo obedecía a los escasos cinco artículos que se le dedicaron en la ALGS a la figura materia de nuestro análisis, sino también a la exclusión de temas que hoy se presentan como fundamentales para normar de una manera cabal y adecuada a la fusión.

Empezaremos nuestro análisis citando el artículo 344 de la LGS, que regula el concepto y las formas que puede adoptar una fusión:

"Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o,
2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso".

La norma referida recoge la noción ampliamente aceptada en doctrina que configura a la fusión como la unión de dos o más sociedades, que genera una confusión de sus patrimonios, los cuales pasan a ser concentrados por una sola sociedad, sujetándose a las formas y cumpliendo con las características esenciales que se señalarán a continuación. Asimismo, la norma resalta que el beneficio derivado de la fusión --es decir, la emisión de acciones o participaciones de la sociedad fusionada- se otorga a los socios de las sociedades que se extinguen como consecuencia del acuerdo respectivo.

2. Formas de fusión

La LGS recoge las dos formas de fusión que son casi unánimemente aceptadas en legislación y doctrina comparadas:

a) Fusión por incorporación o por constitución: mediante esta forma de fusión dos o más sociedades se extinguen a fin de constituir una nueva sociedad, la cual será la titular de los patrimonios integrados de las anteriores. Como consecuencia de la fusión por incorporación, los socios de las sociedades extinguidas pasan a ser socios de la sociedad que se constituye al efecto(4).

b) Fusión por absorción: en este caso, una o más sociedades se extinguen para ser absorbidas por otra sociedad preexistente, la cual asume el patrimonio de las anteriores, de tal manera que los socios de las sociedades extinguidas pasan a ser socios de la sociedad absorbente(5).

Debemos resaltar que la LGS ha introducido un cambio en la denominación de las formas de fusión, sustituyendo los términos "constitución" e "incorporación", a los que se hacía referencia en la ALGS(6), por los de "incorporación" y "absorción", respectivamente. Es decir, lo que en la legislación anterior era llamado "fusión por incorporación" ahora es denominado "fusión por absorción" y lo que era llamado "fusión por constitución" ahora es "fusión por incorporación".

Cabe resaltar, que un sector de la doctrina también ha denominado "fusión por incorporación" al supuesto de absorción, en el entendido que, mediante esta forma de fusión, una o más sociedades se extinguen para ser "incorporadas" en otra sociedad preexistente. Así, Garrigues señala que "se distingue entre fusión propiamente dicha y absorción o incorporación. En la primera forma, las sociedades que se fusionan se disuelven, viniendo a constituir con sus respectivos patrimonios una nueva sociedad. En la segunda forma hay una sociedad que se disuelve y transfiere íntegramente su patrimonio a otra, recibiendo de ella acciones como contraprestación"(7). La misma terminología es empleada por Halperin(8) y Otaegui(9), entre otros.

Más allá de tratarse de un asunto meramente terminológico, consideramos que el cambio no resultaba necesario y que, por el contrario, pudo ocasionar confusiones teniendo en cuenta la difusión de los antiguos términos en la práctica jurídica y comercial peruana(10). No obstante, para efectos de este trabajo, emplearemos la

terminología introducida por la LGS, la cual, por lo demás, cuenta también con el respaldo de la doctrina.

Consideramos que las diferencias entre ambas clases de fusión son de carácter básicamente formal(11) y no impiden efectuar una caracterización general de la figura, tanto en lo referido a su concepto como a sus caracteres esenciales. Resulta claro entonces que "ambas formas o procedimientos no solo participan de una misma calificación jurídica, la de fusión, sino que tanto en la fusión por constitución como en la fusión por absorción concurren las mismas características esenciales, que permiten la construcción de un concepto unitario de fusión"(12).

3. Caracteres esenciales de la fusión

Si bien actualmente en doctrina no se generan mayores discusiones respecto al concepto y a las formas de la fusión, sí podemos encontrar diferencias al momento de la enumeración de lo que algunos autores llaman elementos o caracteres esenciales de la fusión.

En opinión de Jesús Rubio, son tres los elementos fundamentales que caracterizan a la fusión: la disolución al menos de una sociedad, la transmisión en bloque de los patrimonios a la sociedad fusionante (sucesión universal) y el paso directo de los socios de las fusionadas a la fusionante"(13). Para Otaegui, en cambio, la fusión presenta cinco notas esenciales que la diferencian de otros procedimientos que pueden conducir a resultados parecidos. Estas características son: i) la unificación de varias sociedades sujetos de derecho en virtud de un convenio celebrado por las mismas, con la particularidad de que los efectos del compromiso no se producen exclusivamente entre las sociedades contratantes, sino que también se extienden sobre los socios de las mismas, proyectándose además sobre los terceros acreedores de las sociedades; ii) la agrupación de los socios de todas las sociedades fusionantes en la sociedad fusionada; iii) la disolución de todas las sociedades fusionantes en la consolidación y de todas las sociedades absorbidas en la absorción; iv) la ausencia de liquidación; y v) la transmisión total y a título universal de los patrimonios de las sociedades disueltas a la sociedad fusionada(14).

En cuanto a la doctrina nacional, Enrique Elías identifica cinco características esenciales de una fusión, a saber: i) la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen; ii) la creación, derivada de la fusión, de un organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión; iii) la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas; iv) la compenetración o agrupación de los socios y las relaciones jurídicas de todas las sociedades que intervienen en la fusión, salvo algunos supuestos excepcionales; y v) la variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente o incorporante, exceptuando algunos casos especiales(15).

Hernández Gazzo, por su parte, considera que la fusión presenta cuatro aspectos esenciales: una unión de sociedades (pues toda fusión supone la unión de dos o más sociedades, ya sea una unión por incorporación o una por constitución), unión de patrimonios (en la medida que los patrimonios de las sociedades intervinientes se unen, dando como resultado un patrimonio nuevo integrado), unión de socios (dado que los socios de las sociedades que se extinguen se unen con los socios de la sociedad incorporante o se unen para formar el capital de la sociedad recién constituida, salvo pacto en contrario o ejercicio del derecho de separación por parte de los socios) y extinción de sociedades (porque por lo menos una sociedad deja de existir en una fusión por incorporación y dos en una fusión por constitución, es decir, toda fusión acarrea necesariamente una extinción de sociedades)(16)".

Como puede apreciarse, si bien es cierto los autores pueden diferir respecto del número de elementos esenciales que atribuyen a la fusión, señalan básicamente cuatro caracteres principales, que pasamos a señalar:

3.1. Unión de sociedades

Teniendo en cuenta la naturaleza de la figura que analizamos, su primera característica esencial resulta obvia: la fusión consiste básicamente en una forma de concentración empresarial que se realiza mediante la reunión de dos o más sociedades en una sola, bajo cualquiera de las dos modalidades establecidas en la LGS.

Respecto a este tema, se discute a nivel doctrina si la fusión supone la creación de un ente social nuevo y distinto a las sociedades participantes o si las sociedades creadas o absorbidas subsisten como realidad empresarial luego de la entrada en vigencia del acuerdo de fusión(17).

Si bien coincidimos con Elías en que la fusión supone una mutación integral en la estructura de la sociedad resultante(18) la cual se presenta notoriamente distinta de lo que era antes del acuerdo-, no podemos afirmar que todos los casos de fusión den lugar a un "organismo social enteramente nuevo" como resultado de la unificación de las relaciones jurídicas, patrimonios, actividades y socios de las personas jurídicas participantes de la fusión.

Ciertamente, en el caso de la fusión por incorporación podemos hablar de la creación de una nueva sociedad totalmente distinta de las que se extinguieron precisamente para constituir un único ente social que agrupe sus patrimonios; sin embargo, no sucede lo mismo en el supuesto de la fusión por absorción, en la cual una de las sociedades intervinientes en el proceso no se extingue, sino que, por el contrario, conserva su personalidad jurídica para recibir el patrimonio que le transfieren las sociedades extinguidas. En este caso, consideramos que no nos encontramos frente a un organismo social nuevo, sino que más bien se trata de un ente que ha modificado claramente su estructura interna y tal vez externa, para

dar lugar a una serie de relaciones nuevas surgidas de la transferencia patrimonial que pasamos a tratar a continuación.

El hecho de que la sociedad absorbente subsista al proceso de fusión no afecta a la calificación jurídica de la operación, en la medida que es justamente dicha circunstancia la que permite la unificación de las sociedades en una sola persona jurídica. Esta modalidad de fusión, entonces, permite la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad absorbente y, en la mayoría de los casos, el incremento de su patrimonio y estructura social, derivados de la aceptación de los patrimonios y los socios de las personas jurídicas extinguidas.

Es importante considerar, adicionalmente, que la unión de sociedades no solo va a producir efectos sobre éstas sino que también va a afectar a sus socios e incluso a terceros acreedores.

3.2. Transmisión de los patrimonios en bloque y a título universal de las personas jurídicas que se extinguen

Una de las características esenciales de la fusión consiste en la transferencia patrimonial que se produce como consecuencia de la reunión de dos o más sociedades en una sola. En efecto, si las sociedades incorporadas o absorbidas se extinguen para formar parte de otra sociedad, la consecuencia lógica que se deriva de esta operación es que el patrimonio de dichas sociedades -es decir, el íntegro de sus activos y pasivos- pase a formar parte del patrimonio de la sociedad incorporante o absorbente, según corresponda. En la medida que la fusión implica la reunión de dos o más sociedades en una sola, es claro que dicha unión debe importar necesariamente la conjunción de los patrimonios de las empresas que participan en el proceso, pues en la referida confluencia radica precisamente uno de los objetivos básicos del proceso de reorganización. En consecuencia, podemos manifestar que la transmisión del patrimonio de las sociedades que se extinguen a la sociedad fusionada es un requisito intrínseco a la fusión.

Dicha transmisión, de acuerdo con el artículo 344 de la LGS, se produce en bloque y a título universal, tanto en la fusión por incorporación como en la fusión por absorción.

Se afirma que nos encontramos ante una transmisión a título universal en la medida que se transfieren uno actu todos y cada uno de los activos y pasivos que integran el patrimonio de las sociedades que se extinguen como consecuencia de la fusión. De esta manera, la transmisión integral del patrimonio de las sociedades incorporadas o absorbidas a la sociedad resultante de la fusión dará lugar a que esta última se convierta en sucesora universal de las anteriores en todos sus derechos y obligaciones. Ello ha llevado a algunos a equiparar dicha transmisión a la que se produce en la sucesión mortis causa tratándose de personas naturales⁽¹⁹⁾. Esta aseveración resulta entendible, por cuanto en la sucesión por causa de muerte los herederos asumen la totalidad del patrimonio del causante ante la desaparición de éste, que era titular de un conjunto de activos y pasivos que jurídicamente no pueden quedar sin propietario. Entonces, siendo claro que el

patrimonio debe tener siempre un titular, la ley establece las normas que regulan lo que sucede con los bienes del causante una vez que éste fallece.

En el caso de la desaparición de las personas jurídicas sucede algo similar. La LGS establece reglas claras respecto al destino del patrimonio de las sociedades que se extinguen. Así, las normas de la LGS referidas a la liquidación de sociedades(20) contienen las pautas que se deben observar para la realización del patrimonio social, como etapa previa a la extinción de la persona jurídica. Ciertamente, antes de la extinción de la sociedad, el liquidador deberá efectuar todas las gestiones y celebrar todos los actos y contratos que sean necesarios para que la sociedad cumpla con las obligaciones que mantiene frente a sus acreedores -y que debe efectuarse con los bienes o derechos que integran el patrimonio social-. Solo en la medida que exista un remanente luego de efectuado el pago de todas las obligaciones con terceros, dicho haber social se repartirá entre los socios. Cuando la sociedad se extingue, entonces, todos los activos y pasivos que formaban parte de su patrimonio deben haber sido transferidos a terceros -ya sea durante el proceso de liquidación o en la distribución del haber social-, dado que la extinción importa la pérdida de la calidad de sujeto de derecho que tenía la sociedad y un ente que no es sujeto de derecho no puede ser titular de patrimonio alguno.

En un proceso de fusión, no existe la necesidad de que la sociedad que se extingue se liquide a efectos de que su patrimonio social sea transferido a terceros, puesto que el íntegro de sus activos y pasivos va a pasar a formar parte de la sociedad fusionada. Es decir, el acuerdo de fusión implica que todos los derechos y obligaciones que mantienen las sociedades incorporadas o absorbidas se transfieran a las sociedades incorporantes o absorbentes, según sea el caso, de forma automática y sin que se requiera de actos o contratos adicionales al acuerdo de fusión.

Una de las principales ventajas de la transferencia en bloque y a título universal que se da en la fusión radica en la simplificación del proceso de transferencia de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio de las sociedades que se extinguen, puesto que la referida transferencia hacia la sociedad fusionada se produce con la sola entrada en vigencia del acuerdo de fusión y sin necesidad de celebrar actos jurídicos adicionales para que el patrimonio cambie de titular. Así, "El principio de la transmisión universal ipso iure facilita eficazmente el traspaso patrimonial de una a otra sociedad al permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad extinguida se transmitan uno actu. Si no se acciona este principio, habría que adoptar el lento y dispendioso procedimiento de componer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos del patrimonio (la compraventa, la cesión de créditos, el endoso, etc.), y con ello las posibilidades prácticas de la fusión quedarían sumamente disminuidas" (21).

incorporante o absorbente, aun cuando éstos no aparezcan en la escritura pública de fusión(24). En caso el instrumento público incluya los datos registrales de los

bienes que se transfieren, el registrador deberá cursar partes al registro respectivo a efectos de que se proceda a la inscripción correspondiente.

3.3. Extinción de las sociedades incorporadas o absorbidas y ausencia de liquidación

La extinción de la personalidad jurídica de las sociedades que son absorbidas o incorporadas con ocasión de la fusión es una característica que diferencia esta figura de otras formas de concentración empresarial. Mientras en la fusión por incorporación hay tantas extinciones como sociedades se fusionan, en la fusión por absorción siempre hay una sociedad que no se extingue y que va a mantener su personalidad jurídica como consecuencia de la fusión(25).

Al respecto debemos comentar una modificación introducida, adecuadamente a nuestro criterio, por la nueva normativa societaria. Así, la LGS establece claramente como una consecuencia de la fusión a la extinción de las sociedades incorporadas o absorbidas, a diferencia de la ALGS, que establecía en su artículo 354 que la fusión traía como consecuencia la disolución sin liquidación de dichas sociedades.

Un sector de la doctrina ha tratado de justificar la expresión "disolución sin liquidación" señalando que ésta en realidad alude a la disolución como trámite inicial e inexcusable de la extinción "porque en realidad las sociedades que se fusionan deben quedar extinguidas y la disolución no significa sino aquella situación en que se encuentra una sociedad cuando en principio, si bien solo en principio, está destinada a extinguirse y en vista de ello suspende su actividad productiva y se dedica a liquidar sus negocios con el fin de repartir entre los socios el posible activo resultante. Pero estas operaciones pueden revocarse para volver al ejercicio normal de su empresa. Mientras la fusión no solo excluye normalmente la liquidación, sino provoca un tipo peculiar de división que se traduce en la adjudicación entre los socios de las sociedades fusionadas de participaciones en la fusionante"(26).

Otros señalan que el término "extinción" puede ser utilizado en dos sentidos: uno amplio y otro estricto(27). El primero comprendería a todo un proceso que tiene su comienzo en la aparición de una causa de disolución y que, tras un período intermedio de liquidación, conduce a la extinción definitiva de la sociedad. La "extinción" en sentido estricto, estaría referida al fin del proceso extintivo y la desaparición definitiva de la sociedad que se produce con la cancelación definitiva de los asientos registrales. Esta última acepción del término "extinción" es la que recoge la LGS y gran parte de la doctrina.

En este orden de ideas, si habláramos de "disolución sin liquidación" admitiríamos la existencia de una causa inmediata de extinción que daría lugar a un período intermedio de liquidación que conduciría, como consecuencia de un proceso -el proceso extintivo- a la desaparición de la sociedad, es decir, a su extinción definitiva. Si nos referimos a la extinción en sentido estricto, por el contrario, estamos afirmando que la desaparición de la sociedad fusionada o absorbida se

produce automáticamente como consecuencia de la realización de la fusión, por mandato expreso de la ley, y sin necesidad de una disolución y liquidación previas(28).

Por tal motivo consideramos que lo más adecuado es referimos a una "extinción" y no a "disolución", en la medida que un acuerdo de fusión no da lugar a que se activen los presupuestos básicos de una etapa de disolución y liquidación y se generen las consecuencias jurídicas respectivas. En la fusión, entonces, la extinción de las sociedades incorporadas o absorbidas se produce automáticamente con la entrada en vigencia del acuerdo y sin que sea necesaria una disolución previa. Así, "la fusión lleva consigo la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades que como consecuencia de la operación van a desaparecer. Y ello, sin necesidad de que tales sociedades acuerden, paralela o conjuntamente con el acuerdo de fusión, su disolución. Por tanto, la extinción es una consecuencia de la fusión y, regulada legalmente la operación, ésta lleva consigo necesariamente la extinción de todas las sociedades intervinientes o de todas menos una, según que se trate de una fusión por creación de nueva sociedad o de una fusión por absorción"(29).

3.4. Agrupación de los socios de las sociedades intervinientes en una única sociedad resultante de la fusión

Hemos señalado que una de las características esenciales de la fusión de sociedades es la unión de los patrimonios de las sociedades intervinientes,

Si la LGS no contemplara una transferencia a título universal y en bloque de los bienes que integran el patrimonio de las sociedades incorporadas o absorbidas, las sociedades intervinientes en el proceso de fusión tendrían que celebrar una serie de actos y contratos independientes al acuerdo de fusión destinados a formalizar la transferencia de cada uno de los activos y pasivos que forman parte del patrimonio que se transfiere. Así por ejemplo, si el patrimonio de la sociedad que se extingue estuviera compuesto por bienes muebles, inmuebles, créditos y deudas, se tendría que recurrir a las normas de la legislación civil que regulan la transferencia de muebles, inmuebles, créditos y obligaciones, respectivamente, para que el patrimonio se entienda efectivamente transferido, requiriéndose la celebración de todos los negocios jurídicos que sean necesarios para que el íntegro del patrimonio pase al dominio de la sociedad fusionada.

La transmisión a título universal se presenta entonces como una forma de satisfacer la necesidad de facilitar la realización de la fusión como instrumento idóneo de la concentración económica(22).

De igual forma, la exigencia de la transferencia patrimonial a título universal se justifica en la necesidad de dotar de seguridad jurídica a la fusión, puesto que si la transmisión se realizara a título singular y, por ende, estuviera sujeta a las reglas de transferencia de cada elemento específico del patrimonio, podrían presentarse

una serie de problemas derivados de un eventual retraso en la formalización del acto traslativo o de algún defecto insalvable en el mismo, lo cual podría conllevar a que luego de realizada la fusión y extinguida la sociedad transferente nos encontremos, por ejemplo, con bienes que carecen de titular.

Debemos mencionar, de otro lado, la regla establecida en el Reglamento del Registro de Sociedades(23) -en lo sucesivo, RRS-, según el cual la inscripción de la fusión permite solicitar la inscripción de la transferencia de los bienes y derechos que integran los patrimonios transferidos a nombre de la sociedad independientemente del tipo de fusión de que se trate. La unificación o confusión de patrimonios es una característica indudable y no admite excepción. En tal sentido, "no estamos en presencia de una verdadera fusión cuando la transmisión se limita a la aportación del activo, recibiendo la sociedad transferente acciones en contraprestación, pero quedando ella obligada a extinguir su pasivo. Ni tampoco en el caso de que la sociedad transferente reserva parte de su activo para satisfacer su pasivo, limitándose a aportar el activo a la otra sociedad o 'cuando nos encontramos ante cualquier otra posible combinación que no comprenda la transmisión de la totalidad del patrimonio social" (30).

Otra característica presente en la fusión y de suma importancia para algunos es la agrupación de los accionistas o socios de las sociedades intervinientes en la sociedad resultante -absorbente o incorporante, según el caso-, mediante la entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades que se extinguen por fusión.

En efecto, simultáneamente a la transmisión patrimonial universal y en bloque y la extinción de una o más sociedades, la fusión determina que los socios de estas personas jurídicas se conviertan en socios de la sociedad incorporante o absorbente, según corresponda.

El acuerdo de fusión determina entonces "una transmisión de la relación de socio de cada sociedad fusionada respecto de la fusionante; un traslado en bloque de los vínculos sociales, tanto en el sector puramente patrimonial como en el instrumental. Es decir, de la posición corporativa del socio de la sociedad anónima fusionada, que pasa a ser socio de la fusionante. Esta transmisión se produce en el acto de fusión en sí, no por la entrega a los socios de las nuevas acciones" (31).

De esta forma, la sociedad resultante de la fusión (incorporante o absorbente) recibe el patrimonio de las sociedades extinguidas y entrega en contraprestación a sus socios acciones o participaciones representativas de su capital social-tratándose de una sociedad nueva- o del aumento de capital de la sociedad preexistente -en caso la fusión sea por absorción-.

No es suficiente entonces la confusión total de dos o más patrimonios sociales para que pueda hablarse de fusión. La fusión no implica únicamente la integración de patrimonios, negocios o empresas sino que también consiste en la unificación de grupos sociales que tienen un soporte humano de importancia decisiva. De ahí

que la fusión, además de afectar a los elementos patrimoniales, lleve a establecer una nueva estructura de relaciones entre los miembros de las sociedades fusionadas. Así, los socios de cada una de las sociedades participantes de la fusión se reagrupan en la sociedad única que "centraliza" la fusión(32). Es claro que la confluencia de socios en una sola persona jurídica es posible solo en la medida que haya habido una transferencia patrimonial por parte de las sociedades extinguidas a la sociedad fusionada. La contraprestación por dicha transferencia patrimonial será la entrega de acciones o participaciones a los socios de las extinguidas.

Algunos consideran que la extinción que se produce en el marco de un proceso de fusión solo implicaría la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad incorporada o absorbida, mas no del vínculo asociativo existente entre los socios de ésta, que proviene del contrato social y que se mantendría en la sociedad fusionada. Autores como Gómez Porrúa han negado esta posibilidad, señalando que "nos llevaría a mantener que el vínculo asociativo que servía de base a la sociedad extinguida sigue existiendo, aun cuando diluido dentro de un nuevo vínculo, lo cual significaría forzar en demasía la realidad y naturaleza de las cosas.

Nuevo vínculo que, por lo demás, no solo es más amplio que el anterior -al menos en teoría-, tanto en el aspecto subjetivo -substrato personal- como en el patrimonial-substrato económico o patrimonial-, sino que ha de ser considerado como distinto. Y ello por la razón de que la sociedad resultante de la fusión, como cualquier otra reconocida en el Derecho, solo puede tener su origen en un vínculo asociativo unitario, aun cuando pueda estar formada por distintas categorías de socios, en función de la distinta participación del socio en la sociedad y del contenido de los derechos que a cada socio le corresponda" (33) .

Debe quedar claramente establecido que, si bien luego de la entrada en vigencia de la fusión, la sociedad resultante deja de tener conexión con las incorporadas o absorbidas -que se han extinguido previa transferencia de sus patrimonios-, se inicia una nueva relación con los antiguos socios de las sociedades extinguidas. No obstante, la personalidad jurídica de las sociedades fusionadas o absorbidas, nada tiene que ver con la personalidad jurídica de la sociedad resultante, que tiene identidad propia e independiente de la de aquéllas. Por tal razón, se considera que no es posible sostiene(que en la fusión se da una simple modificación de las relaciones preexistentes entre los socios, sino que estos vínculos se rompen para dar lugar a un nuevo y único vínculo social en la sociedad fusionada(34).

De otro lado, se discute en doctrina sobre el carácter esencial de esta característica de la fusión. Algunos autores consideran que se trata de un "rasgo esencial del que no se puede prescindir de modo alguno" (35), basando su apreciación en que en la fusión no solo interesa la transmisión a título universal de los patrimonios de las sociedades extinguidas sino también la unificación de grupos sociales, Para otros, este elemento no es un principio configurador de la institución y, por lo tanto, no reviste tal carácter esencial, debido a que en

determinados supuestos no hay lugar a una conversión de accionistas o socios de las sociedades extinguidas en accionistas o socios de la sociedad resultante(36). En nuestra opinión, la agrupación de los accionistas o socios de las sociedades intervinientes en la fusión sí constituye una característica esencial de la fusión. La fusión no solo consiste en la unión de patrimonios, sino también en la continuidad de las relaciones sociales que se daban en cada una de las sociedades participantes, y creemos que esto responde a la finalidad misma de la fusión, que no solo apunta a la concentración de los patrimonios de las empresas sino también de las relaciones sociales existentes, a través de otro ente, la sociedad resultante.

Ciertamente existen supuestos en los que algunos o todos los accionistas o socios de las sociedades extinguidas no reciben acciones o participaciones de la sociedad resultante. Sin embargo, ello no significa que la continuidad de las relaciones sociales no sea un elemento esencial de la fusión como institución, sino que las características particulares de determinada operación conllevan a que no sea necesaria o viable jurídicamente efectuar la entrega de nuevas acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas(37).

En otras palabras, podemos afirmar que el hecho de que en determinados casos, y por las características particulares de la operación, no se efectúe la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas no significa que la continuación de las relaciones societarias pierda la condición de elemento e sesión. En el mismo sentido se pronuncia Oleo Banet cuando señala "no siempre se produce la continuación de la relación societaria de la sociedad incorporada en la incorporante, sin que por ello desaparezca la ratio de la institución"(38) .

Veamos lo que establece nuestra legislación al respecto. El último párrafo del artículo 344 de la LGS, refiriéndose a las dos formas de fusión contempladas en nuestra legislación, establece que:

"Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

(...)

los accionistas o socios de las sociedades que se extinguen por fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad él absorbente, en su caso:

Creemos que la incorporación de una disposición de este tipo por nuestra LGS vigente evidencia el reconocimiento, por parte del legislador, del carácter esencial que reviste en nuestro ordenamiento la continuidad de las relaciones sociales de las sociedades intervinientes en la fusión (39) .

Tal y como se encuentra redactada la norma bajo comentario, queda descartada entonces la posibilidad de que por junta general de accionistas se pudiera excluir a algún accionista o socio de participar en la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante de la fusión. En caso ocurriera, creemos que los accionistas o socios excluidos podrían iniciar un proceso judicial a fin de que se cumpla con la obligación de entrega. Salvo, claro está, que los accionistas o

socios de las sociedades extinguidas hubieran ejercido por voluntad propia su derecho de separación de la sociedad con motivo de la fusión, en cuyo caso, evidentemente, no les corresponderían acciones o participaciones de la sociedad resultante, en la medida que ya no serían accionistas o socios de las sociedades que serían absorbidas o incorporadas por fusión(40).

Ahora bien, cabe preguntarse si la LGS ha reconocido también los supuestos de excepción a la entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas o si, por el contrario, solo admite como fusión aquellos casos en los que los accionistas o socios de las sociedades extinguidas reciben acciones o participaciones de la sociedad resultante.

El último párrafo del artículo 344 de la LGS nos da la respuesta. En efecto, dicho artículo incorpora en su parte final la frase "en su caso", lo cual significa que admite la posibilidad de que, ante las particularidades de determinada operación, no se entreguen acciones o participaciones de la sociedad resultante a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas, sin que ello descalifique a la operación como una fusión.

3.4.1. Supuestos de excepción a la entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas

a. Cuando la sociedad absorbente es titular de todas las acciones o participaciones de la absorbida

Asumamos el caso de una sociedad anónima "X S.A." que es titular del íntegro de las acciones de "Y S.A." Y que por razones de reducción de costos administrativos decide absorber por fusión a su subsidiaria "Y S.A.". Siguiendo únicamente la regla general prevista en el último párrafo del artículo 344 de la LGS, lo que en teoría debería efectuarse es la entrega de acciones de "X S.A." a los socios de la sociedad absorbida. No obstante, en este ejemplo, el único socio de la sociedad absorbida es la propia "X S.A.", con lo cual "X S.A." tendría que entregarse acciones de sí misma para cumplir con lo previsto en el último párrafo del artículo 344 de la LGS.

Sin embargo, en este ejemplo, "X S.A." no puede entregarse acciones a sí misma con motivo de la fusión, en la medida que la adquisición de acciones de propia emisión sólo puede realizarse siguiendo los requisitos y limitaciones previstas en la LGS y ésta sólo admite la adquisición derivativa de acciones (artículo 104 de la LGS) y no la adquisición originaria de acciones o autosuscripción, y resultaría claro que en el ejemplo planteado estaríamos ante este último supuesto.

Al respecto cabe señalar que si bien la LGS no ha contemplado disposición alguna que prohíba de manera expresa la autosuscripción de acciones o participaciones por parte de la sociedad, como sí lo hace, por ejemplo, la legislación española para el caso de la sociedad anónima(41), nos permitimos afirmar que existe tal prohibición más allá del hecho de que el régimen consagrado en el artículo 104 de la LGS para la adquisición de acciones de propia emisión sólo regula la adquisición derivativa de acciones, por una razón de mayor peso y que finalmente constituye, de alguna manera, el fundamento del régimen previsto en el artículo 104 de la LGS, que es la tutela de los principios de integridad y realidad que

informan la cifra del capital social(42) o en palabras de García Cruces "la función económica que ha de cumplir el aumento de capital de carácter efectivo(43). Siguiendo a García Cruces "La función de la ampliación del capital con nuevas aportaciones radica en hacer llegar a la sociedad nuevos recursos económicos. En tal situación, permitir la autosuscripción de las nuevas acciones emitidas conllevaría una contradicción con la finalidad atendida por el legislador (44).

En efecto, el principio de realidad del capital social radica en que exista una verdadera aportación de los socios que sustente la conformación -en el caso de la constitución- o el aumento de la cifra del capital social. Y, el principio de integridad responde a la necesidad de que exista un compromiso real de aporte, que las acciones que se emitan se encuentren íntegramente comprometidas. En tal sentido, la adquisición originaria de acciones o autosuscripción de acciones rompería toda la lógica de estos principios, en la medida que el aumento de capital que pudiera darse emitiéndose acciones en favor de la propia sociedad no tendría un correspondiente aporte que permita incrementar el patrimonio social. A diferencia de lo que ocurre en la adquisición derivativa de acciones, no habría un aporte externo que justifique el aumento, "en la autosuscripción siempre sería la propia sociedad quien emite y libera los valores autosuscritos" (45).

En el caso en concreto de una fusión en la cual la sociedad absorbente es propietaria del íntegro de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida se aplica la misma lógica. El hecho de que la sociedad absorbente sea titular de la totalidad de acciones o participaciones de la sociedad absorbida implica que el patrimonio de la sociedad absorbente ya refleja el patrimonio de la sociedad absorbida, a través de las acciones que la sociedad absorbente mantiene en esta última. Por lo tanto, un aumento de capital en la absorbente y la emisión de acciones nuevas como consecuencia de la transferencia del patrimonio de la sociedad absorbida no haría más que crear un capital ficticio y emitir acciones sin un real aporte. La sociedad absorbente, en realidad, ya era dueña del patrimonio de la absorbida.

Regresando al tema de la continuidad de las relaciones sociales, debemos señalar que el hecho de que no corresponda la entrega de acciones en este supuesto, no afecta la característica esencial de la continuidad de las relaciones sociales, todo lo contrario, creemos que tal continuidad se da aun cuando no haya dicha entrega, pues era la propia sociedad absorbente la que dominaba totalmente a la sociedad absorbida.

Desde nuestro punto de vista, este es uno de los supuestos más claros en los que a pesar de que no existe entrega de acciones a los socios de la o" las sociedades que se extinguen, nos encontramos ante una verdadera fusión.

Así lo reconoce también nuestra LGS al calificar como fusión, en el artículo 363, el caso en que la sociedad absorbente sea propietaria de todas las acciones o participaciones de las sociedades absorbidas -fusión simple en los términos de la LGS- y al señalar que en este supuesto no es necesario el cumplimiento de los

requisitos establecidos en los incisos 3), 4), 5) Y 6) del artículo 347. Dichos incisos están referidos a la información que debe contener el proyecto de fusión en cuanto al canje de acciones o participaciones que se produce como consecuencia de una fusión, así como al aumento del capital social que normalmente se da en la sociedad resultante.

Entonces, al señalar la LGS que no es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en dichos incisos para el caso de la fusión simple eStcÍ reconociendo que en este supuesto no cabe la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante ni, como veremos más adelante, el aumento del capital social en aquélla.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que lo propio hubiera sido que la LGS señale la causa y no solamente el efecto. Es decir, creemos que se debió indicar expresamente que en la fusión simple no procede la entrega de acciones de la sociedad resultante ni el aumento de capital en esta última, antes de señalar que no es necesario cumplir con los requisitos previstos en los incisos 3), 4), 5) Y 6) del artículo 347, pues aquélla es la razón por la que no es necesario cumplir con dichos requisitos. Es más, si se hubiera incorporado una disposición como la propuesta ya no hubiera sido necesario precisar la no aplicación de los incisos 3), 4), 5) Y 6) del artículo 347 en el caso de la fusión simple, pues hubiera sido una consecuencia lógica de lo primero.

b. Cuando la sociedad absorbente es titular de parte de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida

Cuando la sociedad absorbente no posee todas las acciones o participaciones de la sociedad extinguida pero sí una parte de ellas tampoco procede la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante a ella misma, por la parte de acciones o participaciones que tiene en las sociedades extinguidas, bajo el mismo fundamento señalado para el caso mencionado en el literal anterior.

Obviamente, la limitación de la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante sólo la alcanzaría a ella misma y no al resto de accionistas o socios de la sociedad absorbida, quienes sí recibirían acciones de la sociedad resultante en función a la relación de canje que se determine.

c. Cuando el Patrimonio neto de las sociedades que se extinguen es cero o negativo

La pregunta que surge de manera inmediata en este supuesto es ¿a quién le interesaría adquirir por fusión una sociedad cuyo patrimonio neto es cero o negativo cuando por la fusión, la sociedad absorbente o nueva adquiriría el íntegro de ese pasivo? No hay razón para pensar que la absorción de sociedades con patrimonio neto negativo carezca de interés.

Definitivamente, pueden existir ocasiones en las que sea conveniente para una sociedad absorber a otra a pesar de su patrimonio negativo, en atención, por ejemplo, a su localización estratégica, al prestigio o goodwill ganado en el mercado, al posicionamiento de sus marcas o, inclusive, para evitar que un competidor pudiera adquirir dicha empresa. Finalmente, sea cual fuere la decisión,

ésta siempre obedece a razones económicas, al análisis que pudiera haber efectuado la sociedad absorbente de los beneficios que obtendría absorbiendo a la sociedad con patrimonio negativo, en comparación con los costos que dicha absorción le demandaría por los pasivos que tendría que asumir. En este sentido, sí podría existir un valor de adquisición de la sociedad absorbida aun cuando ésta tenga un patrimonio neto negativo, que estará en función del interés particular que tenga la sociedad adquirente a realizar la absorción.

Ahora bien, cabe preguntarse si al transferir por fusión un patrimonio con valor cero o negativo procede la entrega de acciones o participaciones de la sociedad resultante a los accionistas o socios de la sociedad extinguida que, en principio, se debe dar en toda fusión.

Queda claro que en este supuesto no podría haber entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de la sociedad extinguida mediante la emisión de acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital en la sociedad absorbente, en la medida en que la cifra del capital social no puede incrementarse como producto de la transferencia de un patrimonio de valor cero o negativo, tema al que volveremos más adelante. Empero, creemos que nada obsta para que los accionistas o socios de la absorbente transfieran parte de las acciones o participaciones que poseen en ella en favor de los accionistas o socios de la sociedad extinguida, cuyo patrimonio neto negativo fue absorbido por aquélla.

Ciertamente, éste podría ser un supuesto de redistribución de acciones o participaciones por parte de los accionistas o socios, quienes aceptarían tener una participación menor en el capital social de la sociedad resultante a cambio de adquirir el patrimonio de la sociedad absorbida, vía fusión. Así, los accionistas o socios de la sociedad extinguida podrían convertirse en accionistas o socios de la sociedad resultante, pero no por la entrega de acciones o participaciones emitidas por esta última como consecuencia de la fusión, sino mediante la transferencia de acciones o participaciones de los accionistas o socios de la sociedad resultante a los accionistas o socios de la sociedad extinguida, en la proporción que se determine. La misma lógica se aplica para el caso de la fusión por incorporación, pero en este caso será necesario que los socios o accionistas de las sociedades escindidas aporten para conformar el capital social de la sociedad incorporante.

d. Cuando los accionistas o socios de la sociedad extinguida ejercen su derecho de separación.

Nuestra LGS ha mantenido en el artículo 356 el derecho de separación. para las fusiones que incorporó la ALGS. Este derecho consiste en la posibilidad que tienen los accionistas, ante el acuerdo de la junta general de accionistas de fusionar la sociedad en la que participan, de separarse de dicha sociedad por considerar que el acuerdo de fusión es contrario a sus intereses(46).

En realidad, más que un caso de excepción a la entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de la sociedad extinguida como algunos lo plantean(47), nos encontramos ante una consecuencia natural de la decisión por parte de dichos accionistas o socios de separarse de la sociedad con motivo de la fusión,

En efecto, los accionistas o socios de la sociedad extinguida que ejercen el derecho de separación que les otorga la ley no reciben acciones o participaciones

de la sociedad resultante, en la medida en que han decidido dejar de ser accionistas o socios de la sociedad extinguida y, por ende, no participar en el proceso de fusión.

3.4.2. El aumento o la formación de la cifra del capital social en la sociedad resultante

Lo común en una fusión por absorción es que la sociedad absorbente aumente su capital social en el monto correspondiente al valor neto del patrimonio de las sociedades absorbidas, y en una fusión por incorporación, que la sociedad incorporante forme su capital social con el importe correspondiente al valor neto de los patrimonios de las sociedades extinguidas. Como consecuencia de lo anterior, la sociedad resultante -absorbente o incorporante, según sea el caso- emite acciones o participaciones a favor de los accionistas o socios de las sociedades extinguidas.

Sin embargo, existen supuestos en los que lo anterior no se produce:

a. Cuando la sociedad absorbente es titular de todas las acciones o participaciones de la absorbida.

En este caso no corresponde que la sociedad absorbente aumente su capital social en el monto correspondiente al valor del patrimonio neto de la sociedad absorbida y, como consecuencia de ello, emita acciones o participaciones a favor de los accionistas o socios de la sociedad absorbida, pues ello conllevaría a la autosuscripción de acciones, dado que es la única socia o accionista de la sociedad absorbida.

Asimismo, bajo este supuesto, las acciones o participaciones representativas del capital social de la sociedad absorbida en poder de la sociedad absorbente son canceladas, salen del activo de la sociedad absorbente para dar paso a la entrada del patrimonio íntegro de la sociedad absorbida que se extingue por la fusión. Las acciones o participaciones que tenía la sociedad absorbente en su activo representaban justamente el patrimonio neto de la sociedad absorbida, pues aquella era la única socia de esta última. Entonces, si este patrimonio neto es absorbido íntegramente por la sociedad absorbente, lo lógico es que se proceda a la cancelación de dichas acciones o participaciones que representaban tal patrimonio. La cancelación de las acciones también se sustenta en la desaparición del capital social de la sociedad absorbida como consecuencia de su extinción.

b. Cuando la sociedad absorbente es titular de parte de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida.

Cuando la sociedad absorbente no sea titular de todas las acciones o participaciones de una sociedad absorbida sino de una parte de ellas, solo se deberá aumentar el capital social en la cuantía necesaria para satisfacer con acciones o participaciones propias a los restantes socios o accionistas de la sociedad absorbida.

Vayamos a un ejemplo. Asumamos que "X S.A." tiene un patrimonio neto ascendente a S/.1,500.00, que sus accionistas son dos personas naturales y "O S.A.", y que esta última tiene una participación en el capital social de "X S.A." del

60%. En el supuesto de que "O S.A." absorbiera por fusión a "X S.A." el capital social de "O S.A." solo podría aumentarse en S/.600.00 y emitir 600 acciones (asumiendo que el valor nominal de cada acción es de un nuevo sol) a favor de las dos personas naturales que conforman el resto del accionariado de "X S.A.". La razón ya la hemos señalado al comentar el literal anterior, la sociedad no puede emitir acciones para ella misma.

Al igual que en el literal anterior, y siguiendo con el ejemplo planteado, las acciones emitidas por "X S.A." en poder de "O S.A." son canceladas, como consecuencia de la absorción del patrimonio íntegro de X S.A. y de la extinción de esta última con motivo de la fusión.

c. Cuando el patrimonio neto de las sociedades que se extinguen es cero o negativo.

Si bien como hemos señalado puede existir interés en absorber una sociedad con patrimonio neto igualo cero o negativo, en este caso no procede el aumento del capital social de la sociedad absorbente, en el valor neto del patrimonio de la sociedad absorbida. Lo mismo ocurre en el caso de la fusión por incorporación; el capital de la nueva sociedad que se constituye con motivo de la fusión no puede conformarse con el valor del patrimonio neto de la sociedad

- Incorporada, si éste fuera cero o negativo.

El fundamento para afirmar lo anterior, por el lado de la sociedad absorbente, es que si el patrimonio neto de la sociedad absorbida es negativo, entonces su transferencia a la sociedad absorbente no va a generar un aumento en el patrimonio de ésta, sino más bien una disminución de dicho patrimonio, por lo tanto, no habría justificación alguna para proceder a un aumento de capital social como consecuencia de dicha transferencia patrimonial. Desde otro punto de vista, podríamos afirmar que admitir la posibilidad del aumento de capital en la absorbente o la conformación del capital de la incorporante, como consecuencia de la transferencia de un patrimonio negativo con motivo de una fusión, podría incentivar la creación de capitales ficticios, atentando contra los principios de integridad y realidad que informan la cifra del capital social.

Bajo la misma lógica, si dos sociedades son absorbidas por fusión y una de ellas tuviera patrimonio neto negativo, la sociedad absorbente solo debería aumentar su capital si la suma de ambos patrimonios diera lugar a un valor neto positivo, y solo debiera aumentarlo en dicho valor.

d. Otros supuestos especiales.

Un supuesto en el que la sociedad absorbente no necesariamente aumenta su capital social es cuando tiene acciones en cartera en un número suficiente para entregar dichas acciones a los accionistas de la sociedad absorbida. En efecto, en este supuesto, la sociedad absorbente podrá optar entre aumentar el capital social y emitir nuevas acciones para entregárselas a dichos accionistas, o proceder a la entrega de las acciones que mantiene en cartera sin necesidad de aumentar su capital social.

Otro supuesto es cuando la sociedad absorbente decide disminuir el valor nominal de las acciones existentes para aumentar el número de acciones y distribuir las a los accionistas de la sociedad extinguida. En este caso la cifra del capital social no varía; sin embargo, los accionistas de la sociedad extinguida se convierten en accionistas de la sociedad resultante.

Debemos señalar que la LGS no ha contemplado expresamente ninguno de los supuestos referidos en los literales precedentes como excepciones al aumento de capital en la sociedad resultante. Sin embargo, el artículo 347 de la LGS deja abierta la posibilidad de que así sea. Así, el numeral 4 del referido artículo establece lo siguiente:

"Artículo 347.- Contenido del proyecto de fusión. El proyecto de fusión contiene:
(...)

4. El número o clase de acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente debe emitir o entregar y, en su caso, la variación de la cifra del capital de esta última...".

La incorporación de la frase "y, en su caso la variación de la cifra del capital", nos da a entender que nuestra LGS acepta la posibilidad de que en algunos supuestos no se aumente el capital social en la sociedad absorbente.

Por lo expuesto, podemos afirmar que si bien el aumento del capital social en la sociedad absorbente es común, éste constituye un "mecanismo meramente instrumental", (48) para lograr la continuidad de las relaciones sociales.

Como hemos señalado, la LGS no previó expresamente los efectos en la cifra del capital social de la sociedad resultante de la fusión, dejando como veremos dicha definición al RRS. En efecto, el artículo 119 del RRS, al regular el contenido de la escritura pública de fusión, se pronuncia en relación con la variación de la cifra del capital social de la sociedad absorbente y la conformación de la cifra del capital social de la sociedad incorporante, en función del valor del patrimonio neto de las sociedades que se extinguen con motivo de la fusión. Así, los literales c) y d) del referido artículo establecen lo siguiente:

"Artículo 119.- Contenido de la escritura pública.

Para la inscripción de la fusión, la escritura pública deberá contener, además de lo prescrito por el artículo 358 de la Ley:

(...)

c) En caso de que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, el monto en el que se aumenta el capital de la absorbente. Tratándose de la fusión por constitución de una nueva sociedad, el porcentaje de participación y el número de acciones y participaciones sociales que se entregarán a los socios de las sociedades que se extinguen.

d) En caso de que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la absorbente no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de fusión por constitución, se dejará constancia de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por fusión".

Antes de pasar a analizar los literales citados debemos advertir que ambos utilizan el término "bloque patrimonial" para referirse al patrimonio que se transfiere a la sociedad absorbente con motivo de la fusión, lo cual no es correcto. Lo que se transfiere en la fusión no es un bloque patrimonial, como sí ocurre en la escisión, sino los patrimonios íntegros de las sociedades absorbidas o incorporadas, según el tipo de fusión de que se trate, el conjunto de todos los activos y los pasivos de las sociedades que se extinguen por fusión. Por lo tanto, deberíamos entender que cuando en los artículos citados, el RRS se refiere al término "bloque patrimonial", quiso referirse al patrimonio neto de las sociedades que se extinguen por fusión.

En relación con lo dispuesto por el literal c) del artículo 119 del RRS, debemos señalar que si bien esta norma regula, al menos parcialmente, los efectos en la cifra del capital social de la sociedad resultante, consideramos que puede causar confusión sobre la necesidad de aumentar el capital social en la sociedad absorbente con motivo de la fusión.

En efecto, del texto del primer párrafo del literal c) se podría deducir que si el patrimonio neto de la sociedad absorbida es positivo, debe aumentarse el capital social de la sociedad absorbente y el monto del aumento debe constar expresamente en la escritura pública de constitución. Sin embargo, de ser así, ¿que ocurriría en el caso de que a pesar de que el patrimonio neto de la sociedad absorbida sea positivo, ésta tenga como accionista principal o quizás como única accionista a la sociedad absorbente? ¿Acaso también tendría que aumentarse el capital de la sociedad absorbente? Asimismo, ¿por qué el Reglamento obligaría a aumentar el capital social de la sociedad absorbente si los accionistas o socios no quisieran que ese aumento se realice, sino más bien pretendieran aumentar el valor nominal de las acciones existentes?

Así, puede haber otros ejemplos en los que no necesariamente se debe aumentar la cifra del capital social de la sociedad absorbente aun cuando el patrimonio neto de la sociedad absorbida sea positivo.

Por lo tanto, consideramos que el primer párrafo del literal c) debe ser entendido para aquellos casos en los que las sociedades absorbidas tienen patrimonio neto positivo y la junta o asamblea de la sociedad absorbente decide aumentar el capital social con motivo de la fusión. En dichos supuestos, deberá dejarse constancia del aumento en la escritura pública de fusión.

De otro lado, encontramos acertado lo dispuesto por el segundo párrafo del literal c) del artículo 119, el cual señala que en el caso de la fusión por incorporación debe dejarse constancia en la escritura pública de fusión, del porcentaje de participación y el número de acciones o participaciones sociales que se entregarán a los socios de las sociedades que se extinguen por fusión.

En cuanto a lo dispuesto por el literal d) del artículo 119 del RRS, consideramos precisa la aclaración efectuada por el RRS, en el sentido de dejar establecido que

no procede el aumento del capital social en la sociedad absorbente en el caso de que el patrimonio neto de las sociedades que se extinguen por la fusión tenga valor negativo, así como que en el caso de la fusión por incorporación, la nueva sociedad no conforma su capital con la transferencia del patrimonio operada por la fusión. Consideramos que esta opción legislativa es acertada y resulta ser un mecanismo de defensa de la cifra del capital social en protección a los accionistas y a los acreedores.

Ahora bien, lo anterior no significa que los accionistas o socios de las sociedades que se extinguen por la fusión no pueden recibir acciones o participaciones de las sociedades resultantes.

Podría darse el caso, por ejemplo, de que los accionistas o socios de la sociedad absorbente transfieran acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas, o en el caso de una fusión por incorporación, podría pactarse una redistribución de las acciones o participaciones de la sociedad incorporante en favor de los accionistas o socios de las sociedades que se extinguen con motivo de la fusión, con la finalidad de que los accionistas o socios de las sociedades extinguidas participen en el capital social de la sociedad resultante. Y así-podrían establecerse distintos pactos a fin de "asignarle" un valor a los patrimonios negativos de las sociedades que se extinguen, a fin de que los accionistas o socios de estas sociedades se conviertan en accionistas o socios de las sociedades resultantes.

Lo que sí resulta cierto, tal como lo hemos mencionado en párrafos precedentes y de acuerdo a lo recogido acertadamente por el RRS, es que cuando los patrimonios netos de las sociedades que se extinguen con motivo de una fusión son negativos, la sociedad absorbente no debe aumentar su capital social y entregar acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades extinguidas provenientes de dicho aumento, así como que el capital social de la sociedad incorporante no puede conformarse por la transferencia de los patrimonios de las sociedades extinguidas.

No obstante lo anterior, no encontramos razón para que el RRS exija que en el caso de la fusión por incorporación se deje constancia en la escritura pública correspondiente de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por fusión, cuando ya ello se encuentra prohibido en el primer párrafo del literal d) del artículo bajo comentario.

4. El proyecto de fusión

a. Concepto y características del proyecto de fusión

La obligación de formular un proyecto de fusión, entendido como aquel documento que contiene el resultado de las negociaciones sostenidas por los administradores de las sociedades intervinientes y que determina el alcance

del acuerdo que adoptarán las sociedades participantes del proceso, constituye una importante innovación introducida por la LGS(49).

Por lo general, una fusión se acuerda como consecuencia de una serie de negociaciones efectuadas por los administradores de las sociedades participantes, que evalúan las ventajas e implicancias de una unión de empresas, así como los diversos aspectos comerciales, que ésta comprende. Estas negociaciones suelen ser acompañadas de diversos estudios de carácter económico y financiero, a efectos de determinar la viabilidad y conveniencia del acuerdo(SO). El proyecto de fusión, entonces, constituye el documento que sintetiza los acuerdos a los cuales han arribado los administradores de la sociedad con respecto a la fusión que se someterá a evaluación de los socios, y que contiene los principales aspectos que se deberán tomar en cuenta para hacer operativo el proceso de reorganización societaria.

La existencia de un proyecto de fusión hace posible la adopción de dos o más acuerdos de fusión de idéntico contenido, presupuesto indispensable de una operación que consiste en dos o más modificaciones estructurales recíprocamente condicionadas. Dado que resulta casi imposible que la coincidencia se produzca simultáneamente en las juntas generales de accionistas, la voluntad soci~ en la fusión solo puede presentarse a través de la aprobación o rechazo de una propuesta redactada previamente y de común acuerdo por los administradores. Así, la elaboración de un proyecto de fusión, más que un requisito formal, es una exigencia derivada de la naturaleza de las cosas, que deberá cumplirse incluso en aquellos casos en los cuales el legislador no lo exija expresamente. Asimismo, el proyecto constituye el documento que establece el contenido del acuerdo de fusión, lo cual supone un límite a la competencia de la junta general o asamblea.

El proyecto presenta, en un primer momento, una función preparatoria del acuerdo de fusión -en tanto pretende facilitar a los socios un conocimiento adecuado y oportuno de los aspectos y principales características de la operación, así como de sus consecuencias-, sin perjuicio de la relevancia práctica que implica contar con un documento que posibilite la adopción de acuerdos similares en las sociedades participantes de la operación.

Este documento se elabora recogiendo los principales acuerdos a los que pueden haber llegado los administradores, vinculados principalmente a valorizar el patrimonio de las sociedades intervinientes y así poder establecer la relación de canje entre los accionistas de las sociedades intervinientes, que se derivará del acuerdo. La LGS no regula el proceso de elaboración del proyecto ni señala reglas que deban seguirse para efectos de desarrollar las negociaciones previas, en la medida en que éste es un tema meramente privado que debe desarrollarse en la forma que las partes consideren más conveniente; no obstante, la LGS sí establece el contenido mínimo que debe presentar el proyecto, con el objeto de que los accionistas cuenten con toda la información relevante que les permita aprobar o no la fusión proyectada por los administradores, así como para que el

acuerdo respectivo contenga todos los elementos que permitan determinar los alcances de la fusión y las consecuencias que se derivan de ella.

Conviene mencionar algunas características del proyecto de fusión:

a. El proyecto constituye el documento preliminar que será sometido a las juntas o asambleas de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión, y contiene los principales aspectos que deberá tener el acuerdo respectivo.

b. Su formulación por parte de los administradores no presenta un carácter vinculante, es decir, no determina el nacimiento de obligación alguna por parte de las sociedades que participan en las negociaciones ni implica la necesaria aprobación del documento por parte de la junta o asamblea de la sociedad correspondiente. Es precisamente la junta o asamblea la que, analizando el proyecto, decidirá si éste resulta conveniente a sus intereses o si, por el contrario, no resulta ventajoso para la sociedad o sus socios. No obstante, la elaboración del proyecto de fusión sí determina obligaciones por parte de los administradores de las sociedades intervinientes:

i) Obligación de no realizar actos significativos que puedan comprometer la aprobación del proyecto por la junta general de accionistas o alterar de manera significativa la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales en las cuales se discutirá el proyecto aprobado por los administradores (artículo 348 de la LGS(51)).

ii) Obligación de convocar a las juntas generales o asambleas, según corresponda, a fin de que se apruebe -con modificaciones o sin ellas- o desapruebe el proyecto de fusión (artículo 349 de la LGS(52)).

iii) Obligación de responder frente a la sociedad y a sus socios por el contenido del proyecto que han elaborado y por las consecuencias que se pudieran derivar de éste. La responsabilidad de los administradores, en este sentido, se rige por lo dispuesto en el artículo 177 de la LGS(53), por cuanto la elaboración del proyecto exige que los administradores actúen con diligencia y cuidados mínimos destinados a que la operación favorezca el interés social y de los accionistas. En este sentido, los encargados de negociar y aprobar el texto del proyecto de fusión deberán procurar que dicho documento contenga información fidedigna, que los estudios e informes legales y económicos hayan sido elaborados adecuadamente, que la valorización de bienes y la relación de canje se haya efectuado siguiendo criterios razonables y, en general, verificar que la propuesta que se formula a la sociedad se haya elaborado teniendo en cuenta los intereses de ésta. Si bien es cierto los administradores no pueden asegurar el éxito o viabilidad final de una fusión, sí se les puede exigir que su actuación se dirija a formular un plan serio y basado en información fidedigna que les permita a los accionistas adoptar un acuerdo eficiente.

c. El proyecto es susceptible de ser modificado por las juntas generales, en la medida en que constituye un documento que, por su naturaleza preparatoria, está sujeto a evaluación por parte de los socios.

El artículo 346 de la LGS(54) establece que el directorio de cada una de las sociedades intervinientes en la fusión será el órgano encargado de la aprobación

del texto del proyecto de fusión, mientras que en las sociedades que no cuentan con directorio, dicho documento deberá ser aprobado por las personas encargadas de la administración(55). En ambos casos, el acuerdo debe adaptarse por mayoría absoluta.

b. Contenido del proyecto de fusión

El artículo 347 de la LGS(56) establece los puntos que debe contener de manera obligatoria el proyecto de fusión. Así, en la medida en que el proyecto de fusión se presenta como un documento que servirá de base para que las juntas generales adopten un acuerdo sobre la base de lo negociado previamente por los administradores, el texto que se pone a disposición de los accionistas debe incluir determinada información que el legislador ha considerado primordial e imprescindible para efectos de adoptar una decisión que resulta de vital importancia para la sociedad.

A continuación haremos referencia a los aspectos que deben contemplarse en el proyecto de fusión:

b.1. La denominación; domicilio, capital y los datos de inscripción en el registro de las sociedades participantes

Es claro que el proyecto de fusión debe consignar, en primer término, los principales datos de identificación de las sociedades que participan en la operación. Consideramos que la denominación, el domicilio y el capital constituyen información suficiente que le permite al accionista identificar a la sociedad o sociedades que van a participar en la fusión, al igual que la sociedad a la que pertenece, en tanto que los datos de inscripción en el Registro le permiten el acceso a otro tipo de datos que podrían ser de su interés, tales como el objeto social, los administradores, etc. Ello no es impedimento, sin embargo, para que el proyecto consigne información adicional al contenido mínimo establecido por la LGS.

b.2. La forma de la fusión

El proyecto debe especificar si la fusión será por incorporación o por absorción, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 344 de la LGS, indicando cuáles serán las sociedades que se extinguen y cuál la incorporante o absorbente, según corresponda.

b.3. La explicación del proyecto de fusión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión

Siguiendo lo señalado por Elías(57), debemos indicar que el numeral 3 del artículo 347 de la LGS presenta básicamente dos alcances. El primero de ellos se refiere a la explicación del proyecto de fusión, lo cual supone hacer referencia a los motivos que justifican la operación. Si bien la norma no especifica exactamente cuál debe ser el alcance o la extensión de la explicación del proyecto, consideramos que

ésta debe contener, por lo menos, una breve exposición de los factores que han sido determinantes para proponer la reorganización de las sociedades participantes a través de su fusión, así como las consecuencias que ésta conllevaría para las actividades de la sociedad fusionada y para sus accionistas. Así por ejemplo, se podría hacer referencia a la necesidad de fortalecimiento patrimonial que presentan las empresas intervinientes, a la realización de actividades económicas complementarias que les permita actuar de una forma más competitiva en el mercado, entre otras. En este sentido, se deben mencionar las principales implicancias legales y económicas que conllevaría el acuerdo de fusión.

En segundo término, el proyecto debe hacer referencia a los criterios de valorización patrimonial adoptados por los administradores a fin de establecer la relación de canje entre las acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión. Al respecto, debemos mencionar que la determinación de la relación de canje constituye uno de los principales aspectos de una fusión, en la medida en que ella será la que determine el grado de participación de los socios en el capital de la sociedad luego de adoptado el acuerdo de fusión.

En efecto, tal como señala Sánchez Rus, desde la perspectiva de las relaciones internas la fijación de la relación de canje se presenta como el aspecto más relevante de la fusión, por cuanto constituye el parámetro que determina, en su aspecto cuantitativo, la integración de los socios de las sociedades que se extinguen en la sociedad absorbente(58), Si se toma en consideración que un proceso de fusión, entendido como una forma de concentración empresarial, da lugar a la agrupación de los socios de todas las sociedades participantes -los socios de las sociedades que se extinguen pasan a formar parte de la sociedad absorbente o incorporante-, se podrá advertir que dicha compenetración deberá darse, por regla general, tomando en consideración la valorización del patrimonio de las sociedades fusionadas.

Sobre el particular, Otaegui señala: "Frente a la alteración del valor de la participación social de la sociedad fusionaria respecto del valor de las participaciones sociales de las sociedades fusionantes, el derecho de los socios está garantizado porque los socios de las sociedades disueltas deben recibir participaciones sociales de la sociedad fusionaria (...), y en este trueque debe guardarse una razonable proporción que la doctrina francesa denomina 'paridad' (...) o 'paridad externa'(59)".

Por su parte, Sánchez Oliván define a la relación de canje como "El resultado de dividir el número de acciones de la sociedad emisora que se asignan a cada una de las que se extinguen, por el número de acciones que éstas tenían en circulación"(60). La relación de canje se trata entonces, como menciona Elías, del resultado de una operación matemática que tiene como base las valorizaciones de los patrimonios de las sociedades participantes en la fusión, de tal forma que "a mayor valorización del patrimonio de una sociedad que se extingue, la relación de

canje así entendida determinará que sean más las acciones que se asignan a los socios de ella, a cambio de las que tenían en la sociedad extinguida" (61).

En definitiva, pues, es la valorización del patrimonio de las sociedades la que determina el número de acciones o participaciones que les corresponderá a los socios de las sociedades intervinientes en la fusión. No obstante, el legislador no ha considerado pertinente establecer criterios específicos que deben seguirse para la determinación de la relación de canje, como sucede, por ejemplo, en el caso de la Ley de Sociedades Anónimas de España, la cual señala en el literal b) de su artículo 235 que el tipo de canje se determinará "sobre la base del valor real del patrimonio social, y la compensación complementaria en dinero que, en su caso, se prevea"(62). En este caso, el legislador español ha establecido un límite a la autonomía y a la competencia de los órganos sociales, de tal manera que un acuerdo de fusión en el que la relación de canje no se ajuste al "valor real del patrimonio" de las sociedades participantes, constituiría un acuerdo contrario a ley.

Así, el tipo o relación de canje buscaría la mejor protección de los socios de las sociedades extinguidas al presentar las siguientes características: "a) exige que el tipo de canje y, en su caso, la compensación en dinero, se calculen tomando como base el valor real del patrimonio (artículo 235); b) como garantía de la equivalencia quiere que el informe de los expertos que intervengan en la fusión determine 'si el tipo de canje de las acciones está o no justificado' (artículo 236), y c) incluye el tipo de canje entre las menciones obligatorias del proyecto de fusión, que estará a disposición de los accionistas en el domicilio social (artículo 235 y 238)" (63).

No obstante, consideramos que resulta igualmente válido que la LGS adopte una fórmula que permita a los administradores, y posteriormente a los socios, aprobar una relación de canje que no necesariamente responda a un criterio preestablecido por el legislador, sino que se fije de acuerdo a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, sea el valor real del patrimonio de las sociedades el factor determinante para establecer la relación de canje. Se debe tomar en cuenta, por cierto, que una empresa puede valorarse desde distintas perspectivas y siguiendo criterios diversos, pudiéndose determinar la relación de canje en función de un valor liquidativo, de empresa en funcionamiento, por capitalización bursátil, valor en venta, valor en función del rendimiento o del cash flow, etc.(64). En este sentido, consideramos conveniente que la LGS haya establecido un sistema lo suficientemente amplio y abierto como para incluir distintos métodos de determinación de la relación de canje, los cuales, evidentemente, deben ajustarse a principios de razonabilidad y transparencia que garanticen un reparto equitativo de las acciones o participaciones que se deban emitir como consecuencia de la fusión.

b.4. El número y clase de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente debe emitir o entregar y, en su caso, la variación del monto del capital de esta última. Como se ha mencionado, un acuerdo de fusión conlleva, por regla general y salvo las excepciones ya comentadas, la emisión de acciones o participaciones a favor de los socios de las sociedades participantes.

En 'este sentido, el proyecto de fusión debe hacer referencia, de ser el caso, al número de acciones o participaciones que emitirá la sociedad que se crea con la fusión o la que actúa como absorbente, según corresponda. Ello supone haber evaluado previamente el patrimonio de la sociedad interviniente y haber establecido la relación de canje respectiva. Tratándose de una fusión por absorción, deberá asimismo establecerse el monto de variación del capital social, que podría haber aumentado si el patrimonio absorbido resultara positivo.

b.5. Las compensaciones complementarias, si fuera necesario

Si bien la fusión implica necesariamente que los socios de las sociedades extinguidas reciban acciones o participaciones como contraprestación a la transferencia patrimonial que han aprobado en favor de la sociedad incorporada o absorbente, la LGS prevé la posibilidad de que se acuerde la entrega de contraprestaciones accesorias, siempre y cuando éstas tengan un carácter excepcional y no sustituyan a las primeras.

Así, el proyecto de fusión puede contemplar que, adicionalmente a las acciones o participaciones que les confieren el derecho a participar en el capital social de la fusionada, se pueda otorgar a los socios "pequeñas contraprestaciones de distinta naturaleza, normalmente en metálico siempre y cuando no sean de tal importancia que dejen de ser complementarias y residuales respecto de la contraprestación asociativa(65)". Se considera válida esta alternativa teniendo en cuenta que, en la práctica, puede resultar difícil establecer una relación de canje que refleje exactamente la relación existente entre los patrimonios de las sociedades que se fusionan.

Las compensaciones complementarias no necesariamente se dan en dinero sino que también pueden consistir en títulos distintos de los asociativos, como serían los títulos de participación en utilidades u opciones. Obviamente, el otorgamiento de estas compensaciones complementarias no resultará obligatorio en el proceso de fusión, sino que responde al interés de las partes y a las negociaciones que pudieren haber efectuado los administradores.

b.6. El procedimiento para el canje de títulos, si fuera el caso

Dado que el acuerdo de fusión implica una modificación en la estructura patrimonial y de capital de la sociedad absorbente o incorporante, que determina la emisión de acciones o participaciones a favor de los socios, será necesario que se establezca un procedimiento para que los socios canjeen los títulos que representaban su anterior participación en el capital de su respectiva sociedad, a efectos de obtener un nuevo título que refleje el nuevo número de acciones o participaciones que le corresponde.

El canje no será necesario cuando la sociedad absorbente o incorporante no emplea títulos de acciones, o en los supuestos excepcionales ya mencionados en los que no se genera la obligación de emitir nuevas acciones o participaciones como consecuencia del acuerdo de fusión.

b.7. La fecha prevista para su entrada en vigencia

El proyecto debe incluir la fecha de entrada en vigencia del acuerdo, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 353 de la LGS, al que nos referiremos más adelante.

b.8. Los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones

Cuando hace referencia a la mención que se debe efectuar en el proyecto de fusión a los "derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones ni participaciones", se está refiriendo básicamente a aquellos derechos que la sociedad ha reconocido a favor de terceros y que, de conformidad con el artículo 362 de la LGS, deben ser respetados con posterioridad al acuerdo de fusión, salvo consentimiento expreso a cualquier modificación o compensación de tales derechos por parte de sus titulares. La referencia que se debe hacer a estos derechos en el proyecto, por tanto, está dirigida a que los socios que acordarán la fusión estén informados acerca de los derechos distintos a acciones o participaciones que deberán mantenerse en la sociedad absorbente o incorporante una vez que la fusión entre en vigencia.

Entre los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones ni participaciones, podemos incluir a los derechos de terceros registrados ante la sociedad; de acuerdo con el artículo 8 de la LGS, los derechos derivados de los contratos preparatorios (art. 41), los beneficios que pudieran corresponder a los fundadores de la sociedad (art. 72), las opciones (art. 103), los títulos de participación en utilidades (art. 104, inciso 2), y en general cualquier otro derecho emanado de acuerdos o decisiones de la sociedad que se reconozcan a favor de terceros. Como señala Elías, estos derechos se originan de títulos o acuerdos societarios de carácter especial, y no deben ser confundidos con pasivos u otras obligaciones de origen contractual frente a terceros que la sociedad hubiese asumido(66) -tales como deudas frente a proveedores o las derivadas, por ejemplo, de la emisión de obligaciones- dado que al formar parte del patrimonio social, estas obligaciones no pueden ser desconocidas por la sociedad fusionada.

b.9. Los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere

Dado que el proyecto constituye el resultado de una serie de negociaciones y de estudios enfocados a determinar la conveniencia y los beneficios que otorgaría la fusión a cada una de las sociedades participantes, resulta justificado que los socios tengan acceso a los documentos que los administradores hubieran encargado a asesores externos, ya sean dichos informes de carácter legal, económico, contable o de cualquier otra índole. Debe tenerse presente que dichos informes son los que sustentan en gran medida la razonabilidad y la conveniencia del acuerdo de fusión.

Cabe mencionar que, tratándose de sociedades anónimas, la legislación española exige que expertos independientes emitan un dictamen sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio que aportan por las sociedades que se extinguen, ello con el fin de otorgar a los accionistas que aprobarán el acuerdo mayores garantías respecto de los criterios de valorización empleados por los administradores(67J, así como de las implicancias que traería consigo la fusión. Estimamos que dicha exigencia podría resultar demasiado onerosa si se aplica a procesos de fusión que se llevan a cabo en el país, lo cual no obsta a que los socios exijan la opinión de profesionales independientes como requisito para la aprobación del proyecto elaborado por los administradores, sin perjuicio del hecho de que algunas sociedades cuenten con auditoría externa permanente(66), que les permite a sus accionistas tener una mayor transparencia respecto del patrimonio de la empresa.

b.10. Las modalidades a las que la fusión queda sujeta, si fuera el caso

Dado que muchas veces la fusión constituye parte de un proceso más amplio de reestructuración empresarial, el acuerdo respectivo puede encontrarse vinculado a otro tipo de acuerdos, los cuales son de cumplimiento necesario para que se alcance el objetivo económico y jurídico de la operación. Así por ejemplo, los requerimientos del proceso de concentración empresarial que dan lugar a un acuerdo de fusión podrían implicar también que la sociedad absorbente acuerde su transformación a otra forma societaria, en la medida en que dicho cambio favorecerá el desarrollo de las actividades de la empresa fusionada.

b.11. Cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar

Finalmente, la LGS deja abierta la posibilidad de que exista información distinta de la contenida en los numerales 1 al 10 del artículo 347. La complejidad de algunos procesos de fusión y las distintas características que puedan presentar las sociedades que en él intervienen hacen necesario que los administradores tengan la posibilidad de incluir otros puntos en el proyecto de fusión.

Si bien se reconoce en los administradores la facultad de consignar en el proyecto la información adicional que consideren conveniente, ello también debe considerarse una obligación, si se determina que la información resulta de particular importancia o interés para los socios o que de alguna forma puede influir en la decisión que éstos adoptarán cuando el proyecto sea sometido a su consideración.

Finalmente, mencionaremos que el artículo 352 de la LGS contempla la posibilidad de que el proceso de fusión se extinga si el proyecto no es aprobado por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes dentro de los plazos previstos en el proyecto de fusión y, en todo caso, a los tres meses de la fecha del proyecto. La extinción del proceso, sin embargo, no obsta para que las sociedades negocien nuevamente los términos de la fusión.

5. El acuerdo de fusión

a. Órgano competente

Luego de elaborado y aprobado el proyecto de fusión por los directorios de las sociedades participantes -o por los que se encargan de la administración de la sociedad, en caso de sociedades sin directorio-, corresponde la aprobación de dicho proyecto -o su modificación- al órgano supremo de cada una de las sociedades participantes en la fusión.

Así lo ha establecido expresamente el artículo 351 de la LGS, al señalar que es la junta general o asamblea de las sociedades participantes la que aprueba el proyecto de fusión(69). Para el caso de la sociedad anónima, el numeral 7 del artículo 115 de la LGS establece expresamente que la junta general de accionistas es el órgano competente para acordar la fusión(70).

Sin duda, la fusión constituye una operación trascendente en la vida social que va a originar cambios de suma importancia en las sociedades intervinientes, para algunas de ellas, inclusive, la extinción de la sociedad. Esto es lo que, en definitiva, justifica plenamente que sea la junta general o la asamblea, dependiendo del tipo de sociedades que intervengan, quien finalmente manifieste la voluntad y decisión de la sociedad de efectuar destacada operación.

Lo anterior no significa de manera alguna que restemos importancia a la labor que efectúan los directorios o administradores, en su caso, de las sociedades intervinientes de la fusión.

Todo lo contrario, reconocemos, y así también lo hace nuestra legislación, al tratar como una etapa previa al acuerdo de fusión, la aprobación del proyecto de fusión, el rol trascendente que cumplen los directorios o administradores de las sociedades participantes en una fusión, al estar encargados de la compleja labor de negociar la fusión y, finalmente, de elaborar y aprobar el proyecto de fusión para someterlo a consideración de la junta general o asamblea. Tan así es que consideramos que la junta o asamblea no podría adoptar el acuerdo de fusión sin que previamente los directorios o administradores, según sea el caso, de cada una de las sociedades intervinientes hayan aprobado el proyecto de fusión. Sin embargo, la junta o asamblea es la llamada a acordar la fusión, por la trascendencia e impacto que ésta ineludiblemente genera en las sociedades intervinientes.

b. Convocatoria

El artículo 349 de la LGS establece que la convocatoria a la junta general o asamblea de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de fusión, debe efectuarse mediante aviso publicado por cada sociedad participante con no menos de diez días de anticipación a la fecha de la celebración de la junta o asamblea.

En primer lugar, debemos anotar que el artículo 349 es aplicable a todos los tipos societarios que pretendan efectuar una fusión, por lo que no cabe distingo alguno entre una sociedad colectiva o en comandita o una sociedad anónima.

En segundo lugar, nótese que el artículo 349 señala que la convocatoria a junta o asamblea debe realizarse mediante la publicación de un "aviso". En tal sentido, en "toda" fusión, la convocatoria a junta general o asamblea debe efectuarse mediante aviso, independientemente de la regulación particular que pudieran tener las sociedades intervinientes en la fusión. Por lo tanto, no procedería la convocatoria a junta mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita constancia de recepción, aun cuando dicha forma de convocatoria a junta o asamblea se encuentre permitida para determinado tipo societario, como ocurre, por ejemplo, en la sociedad anónima cerrada(71),

Creemos que la LGS ha querido dotar de este mecanismo de publicidad para la convocatoria a junta o asamblea en el caso de la fusión, debido a la trascendencia que lleva implícita dicha operación, en cuanto a los importantes cambios que se producen en las sociedades participantes, en una evidente protección a sus socios o accionistas.

De otro lado, el artículo bajo comentario establece que el aviso debe ser "publicado por cada sociedad participante". Esto descarta la posibilidad de una convocatoria conjunta de las sociedades que intervienen en la fusión. Distinto es el caso, como veremos más adelante, del aviso que debe publicarse con posterioridad al acuerdo de fusión, en el cual se deja abierta la posibilidad de efectuar una convocatoria conjunta de las sociedades que adoptaron el acuerdo. En cuanto al plazo para la convocatoria a junta general o asamblea, la ley ha optado por establecer un plazo mínimo para el aviso de convocatoria de diez días(72) de anticipación a la fecha fijada para la celebración de la junta o asamblea. Este plazo resulta aplicable para todas las sociedades involucradas en la fusión, independiente del tipo societario de que se trate(73).

La LGS no señala cuál es el contenido que debe tener el aviso de convocatoria a la junta o asamblea que decidirá la fusión.

En el caso de la sociedad anónima existe una norma general que regula el contenido de todo aviso de convocatoria a junta general de accionistas, por lo que para dicha sociedad deberá respetarse lo dispuesto por el referido artículo 116 de la LGS. Para la sociedad en comandita por acciones y sociedad comercial de responsabilidad limitada también se aplican las reglas de convocatoria previstas en el artículo 116 de la LGS, en cuanto les sean aplicables, al existir norma expresa de remisión a dichas reglas en los artículos 282 y 294 de la LGS, respectivamente.

El artículo 116 de la LGS establece que el aviso de convocatoria deberá especificar el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. Pueden constar asimismo en el aviso el lugar, día y hora en que, si así procediera, se reunirá la junta general en segunda convocatoria. Dicha segunda reunión debe celebrarse con no menos de tres ni más de diez días después de la primera. Finalmente, señala que la junta general no puede tratar

asuntos distintos de los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos expresamente previstos en la ley. En cambio, en el caso de la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple la LGS no establece normas específicas relacionadas con la convocatoria a la reunión de socios, dejando al estatuto de cada una de dichas sociedades su determinación.

Debemos precisar que en el caso de la fusión de una sociedad anónima, no será necesaria la convocatoria previa si nos encontramos ante una junta universal, es decir, si se encuentran presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se propongan tratar, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 de la LGS. Esta regla también resultaría aplicable a la sociedad en comandita por acciones y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, de conformidad con lo establecido por los artículos 282 y 294 de la LGS, respectivamente(74).

Por otro lado, el artículo 350 de la LGS regula el derecho de información que tienen (os socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en acto previo al acuerdo de fusión. Así, el referido artículo establece que desde la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad debe poner a disposición de las personas mencionadas en el párrafo anterior, los siguientes documentos:

- a. El proyecto de fusión.
- b. Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. En el caso de las sociedades que se constituyeron en el mismo ejercicio en que se acuerda la fusión, se exige la presentación de un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de fusión.
- c. El proyecto del pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones al de la sociedad absorbente.
- d. La relación de los principales accionistas, directores y administradores de las sociedades intervinientes(75).

Cabe precisar que el mencionado artículo establece que los documentos referidos en los párrafos precedentes deben ser puestos a disposición en el domicilio social.

Creemos que debió haberse señalado que los documentos referidos deben ser puestos a disposición en las oficinas de las sociedades participantes, durante el horario de oficina, y no en el domicilio social.

En efecto, si bien el domicilio de una sociedad está determinado, no es un lugar específico a donde pueden recurrir las personas mencionadas en el artículo 350 para recabar la información relacionada a la fusión. No confundamos, como lo habría hecho el artículo 350 de la LGS, el concepto de domicilio social con el de sede social. El domicilio social corresponde a una ciudad ubicada en el territorio nacional(76). En cambio, la sede social es el lugar preciso en donde la sociedad desarrolla alguna de sus actividades o fija su administración.

c. Requisitos para la adopción del acuerdo

Dada la trascendencia de la fusión en la vida de las sociedades participantes, la mayoría de las legislaciones -incluyendo la nuestra(77)- coinciden en que el acuerdo de fusión debe ser adoptado con los mismos requisitos establecidos en la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y de su estatuto.

Esta regla es aplicable a todos los tipos societarios que se encuentren inmersos en un proceso de fusión. Por lo tanto, lo primero que uno debe preguntarse antes de adoptar el acuerdo de fusión es cuáles son los requisitos que por ley y estatuto se exigen para acordar la modificación del estatuto de cada una de las sociedades participantes, pues son dichos requisitos los necesarios para adoptar válidamente el acuerdo.

Así, por ejemplo, en el caso de la sociedad anónima, el acuerdo de fusión deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 198 de la LGS para la modificación de estatutos, a saber: i) la convocatoria a la junta deberá ser clara y precisa y contener todos los asuntos que se vayan a tratar en la junta, salvo que se trate de una junta universal en cuyo caso no se requerirá de convocatoria alguna; ii) por tratarse de un asunto calificado, será necesario en primera convocatoria, cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto y, en segunda convocatoria, cuando menos, los tres quintos de las acciones suscritas con derecho a voto; y iii) el acuerdo deberá adoptarse con la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto de la sociedad. Cabe precisar que el estatuto de la sociedad podría contemplar requisitos adicionales a los previstos en el artículo 198 y, en el caso del quórum y mayorías, exigir montos superiores a los señalados, pero nunca inferiores.

De otro lado, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 88 de la LGS, si una sociedad anónima tuviera más de una clase de acciones y el acuerdo de fusión implicara la eliminación o la variación de los derechos u obligaciones de una clase, será necesaria la aprobación previa por junta especial de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen. Asimismo, si la eliminación de la clase o la modificación de las condiciones con las que fue creada, implicaran la eliminación o la variación de las obligaciones que los titulares de la clase hubieran asumido frente a la sociedad, a los otros accionistas o a terceros, será necesaria la aprobación de quienes se vean afectados con dicha eliminación o variación(78).

Cabe precisar que, en nuestra opinión, no procedería la celebración de juntas especiales en el caso de que existan acciones suscritas con derecho a voto, a pesar de que conforman una clase de acciones, pues tal como ha sido previsto el régimen de acciones sin derecho a voto en nuestra LGS vigente, las acciones sin derecho a voto no recobran voto, bajo ninguna circunstancia.

d. Contenido del acuerdo

En cuanto al contenido del acuerdo de fusión, cabe citar lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 351 de la LGS que establece lo siguiente:

"Artículo 351.- Acuerdo de fusión

La junta general o asamblea de cada una de las sociedades participantes aprueba el proyecto de fusión con las modificaciones que expresamente se acuerden y fija una fecha común de entrada en vigencia de la fusión".

De conformidad con lo dispuesto por el citado artículo, el acuerdo de fusión deberá necesariamente pronunciarse sobre: i) la aprobación del acuerdo de fusión; y ii) la fecha en común de entrada en vigencia.

i) La aprobación del proyecto de fusión

Nótese que el artículo 351 de la LGS establece que la junta general o asamblea de "cada una de las sociedades participantes" debe aprobar el proyecto de fusión. Si bien resulta lógico y acertado que se exija que cada una de las sociedades participantes se pronuncie sobre la aprobación del proyecto de fusión -pues no sería posible que solamente la sociedad absorbente o la sociedad incorporante aprueben el proyecto de fusión, sin que éste haya sido también aprobado por las sociedades que se extinguen con motivo de la fusión-, creemos que lo propio hubiera sido que el artículo bajo comentario estableciera, en forma previa a la referencia sobre la aprobación del proyecto de fusión, que cada una de las sociedades participantes debe "adoptar el acuerdo de fusión", pues el contenido esencial del acuerdo es la aprobación o no de la fusión.

Así lo establece, por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas Española, cuando en su artículo 240.1 establece que "el acuerdo de fusión habrá de ser adoptado por la junta general de cada una de las sociedades que participan en la fusión...". Tenor similar tiene la Ley de Sociedades Comerciales Argentina cuando en su artículo 83 numeral cuatro establece que "La fusión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) 4. El acuerdo definitivo de fusión, otorgados (sic) por los representantes de las sociedades (...) que contendrá: a) las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión ...".

Asimismo, cabe advertir que el acto jurídicamente vinculante es el acuerdo de fusión, adoptado por las juntas generales o asambleas participantes de la fusión, y no el proyecto de fusión elaborado y aprobado por los directorios o administradores de las sociedades intervinientes. En efecto, y como hemos señalado al comentar el proyecto de fusión, éste no establece ninguna obligación entre las sociedades participantes en la fusión, sino que constituye el documento base para ser sometido a la aprobación de la junta general de accionistas o de la asamblea de socios, según el caso, de cada sociedad interviniente.

De otro lado, la LGS establece que el acuerdo de junta general o asamblea puede modificar los términos y condiciones del proyecto de fusión. Esta disposición resulta totalmente coherente con lo señalado en el párrafo precedente sobre los efectos del proyecto de fusión y del acuerdo de fusión. En efecto, el hecho de que la LGS otorgue la posibilidad a la junta general o asamblea de modificar las

condiciones y términos del proyecto de fusión, sin que para ello sea necesario el consentimiento de los directorios o administradores de las sociedades intervinientes, demuestra la clara opción de nuestra legislación de dotar de carácter vinculante al acuerdo de fusión, así como la verdadera función que cumple el proyecto de fusión en esta compleja operación.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que en caso de que alguna o todas las sociedades intervinientes decidieran modificar los términos y condiciones del proyecto de fusión presentado por los directorios o administradores de las sociedades participantes, dichas modificaciones deben ser aprobadas por todas las sociedades, bajo la idea de que el acuerdo de fusión es un acuerdo único y, por tanto, las modificaciones que se pretendan introducir al proyecto de fusión deben ser aprobadas por todas las sociedades intervinientes.

ii) La fecha de entrada en vigencia

La fecha de entrada en vigencia de la fusión fue un tema muy discutido, en lo que a la fusión respecta, durante la vigencia de la anterior Ley General de Sociedades, debido a que esta norma no se pronunció sobre la fecha de entrada en vigencia de la fusión. Esto trajo una serie de problemas de orden práctico e incluso registral al no haber un criterio claro y único sobre el momento de entrada en vigencia de la fusión.

Algunos sostenían que la fecha de entrada en vigencia de la fusión debía corresponder a la fecha del acuerdo de fusión, para otros debía ser la fecha que se indicara en el acuerdo, otros se inclinaban por la fecha del otorgamiento de la escritura pública de fusión y una gran parte -de manera conservadora ante el vacío legal- atribuía la entrada en vigencia de la fusión a la fecha de la inscripción de la fusión en los Registros Públicos.

Nuestra actual LGS ha dado solución al vacío legal existente durante la vigencia de la ALGS. En efecto, el artículo 353 de la LGS establece expresamente que "la fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión" .

Cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto por el art 351 LGS, la fecha de entrada en vigencia de la fusión debe ser una fecha, es decir, cada una de las sociedades participantes debe fijar la misma de entrada en vigencia de la fusión, lo cual significa que queda completamente descartada la posibilidad de que ésta sea distinta para cada sociedad participante.

Como se puede advertir, la LGS ha otorgado libertad a las sociedades participantes de la fusión para establecer la fecha de entrada en vigencia de dicha operación. La sola voluntad de las partes manifestada en el acuerdo de fusión determinará la fecha de entrada en vigencia de la misma. Considerando lo anterior, la fusión podría entrar en vigencia en la fecha del acuerdo o en una fecha posterior a éste. Asimismo, y por razones obvias, la fecha de entrada en vigencia de esta operación no podría ser de manera alguna anterior al acuerdo.

De otro lado, la fecha de entrada en vigencia tiene como efecto inmediato el cese de las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad resultante, absorbente o incorporante, según sea el caso. Así lo dispone expresamente el artículo 353 de la LGS:

"Artículo 353.- Fecha de entrada en vigencia

(...) En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, 10\$ que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante".

De lo anterior se puede deducir que los patrimonios de las sociedades extinguidas -y todo aquello que los conforman- se entienden transferidos a la sociedad resultante en la fecha fijada por las juntas o asambleas para la entrada en vigencia de la fusión. En tal sentido, podría darse el caso -dada la libertad para fijar la fecha de entrada en vigencia- que los patrimonios se entiendan transferidos incluso antes del otorgamiento de la escritura pública de fusión, por ejemplo, en la fecha del acuerdo.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos anotar que a pesar de que la LGS ha otorgado libertad a las sociedades intervinientes para fijar la fecha de entrada en vigencia de la fusión, supedita la fusión a su inscripción en los Registros Públicos. En efecto, el segundo párrafo del artículo 353 establece lo siguiente:

"Artículo 353.- Fecha de entrada en vigencia (...)

Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente de las sociedades participantes... "

¿Qué significa que la fusión "queda supeditada" a la inscripción en los Registros Públicos? ¿Acaso la fusión no entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo de fusión? ¿Resulta compatible, por un lado, otorgar libertad para fijar la fecha de entrada en vigencia a las sociedades intervinientes y, por otro lado, "supeditar" la fusión a la inscripción en los Registros Públicos? ¿Cuál es el grado de oponibilidad frente a terceros de una fusión que ha entrado en vigencia pero que aún no ha sido inscrita? ¿Se consideran como válidos los efectos de la fusión en el lapso existente entre la fecha de entrada en vigencia y la inscripción -asumiendo que la primera es anterior a la segunda-, si la inscripción es finalmente rechazada por los Registros Públicos? ¿Cuál es la naturaleza de la condición de inscripción de la fusión impuesta por la ley, resolutive o suspensiva?

Asimismo, ¿resulta compatible lo dispuesto por el artículo 5 de la LGS, que establece que la sociedad se constituye por escritura pública, con lo dispuesto por el artículo 353 de la LGS que permitiría que una sociedad incorporante asuma los patrimonios de las sociedades extinguidas, incluso antes del otorgamiento de la escritura pública de fusión? Es decir, ¿cómo podría afirmarse que una sociedad ha asumido las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas por fusión, cuando esta sociedad aún no se habría constituido en los

términos del artículo 5 de la LGS por cuanto la fecha de entrada en vigencia de la fusión es anterior a la fecha del otorgamiento de la escritura pública?

Como vemos, si bien la LGS ha establecido una fecha previsible de entrada en vigencia, la regulación prevista en el artículo 353 de la LGS aún plantea una serie de dudas con respecto a los efectos de la fecha de entrada en vigencia de la fusión y a los efectos que se producirían en caso de que la fusión finalmente no lograra ser inscrita en los Registros Públicos.

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 353(79), las sociedades absorbidas o incorporadas seguirán existiendo hasta la inscripción de la fusión en los Registros Públicos, aun cuando la fusión haya entrado en vigencia en una fecha anterior. En otras palabras, la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas se producirá como consecuencia de la inscripción de la fusión en las partidas de las sociedades participantes.

Finalmente, debemos advertir la falta de referencia en el artículo 351 de la LGS sobre la necesidad de que el acuerdo de fusión se pronuncie sobre las modificaciones estatutarias a que hubiera lugar a causa de la fusión en la sociedad absorbente, así como la aprobación de los estatutos que regirán la nueva sociedad que se constituya con motivo de la fusión o sociedad incorporante. Si bien la LGS requiere en el artículo 353 que estos temas sean señalados en la escritura pública de fusión, consideramos que lo propio hubiera sido que el artículo 351 señale que el acuerdo de fusión debe aprobar el pacto social y el estatuto de la sociedad incorporante o las modificaciones del estatuto de la sociedad absorbente, según el caso. La aprobación del pacto social y del estatuto de la sociedad incorporante y las modificaciones del estatuto de la sociedad absorbente deben necesariamente formar parte del acuerdo de fusión. Teniendo en cuenta la afirmación anterior, la convocatoria de la fusión también debería contemplar expresamente estos temas, como parte de la agenda a tratar.

e. Publicación del acuerdo de fusión

De conformidad con lo establecido en el artículo 355 de la LGS, cada uno de los acuerdos adoptados por las juntas o asambleas de las sociedades participantes debe ser publicado por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso. Dichos avisos podrán ser publicados de forma independiente o conjunta por las sociedades participantes.

Esta obligación constituye, en definitiva, un mecanismo de información a favor de los socios o accionistas y de los acreedores de las sociedades participantes para que éstos puedan, a su vez, ejercer los mecanismos de defensa que la LGS les ofrece ante una operación de gran trascendencia como es la fusión. En efecto, la publicación a que se refiere el artículo 355 permitirá a los socios o accionistas ejercer el derecho de separación a que se refiere el artículo 200 de la LGS y a los acreedores ejercer el derecho de oposición consignado en el artículo 356 de la LGS.

Tal es la importancia de la publicidad del acuerdo de fusión como mecanismo de defensa que el RRS ha dispuesto en su artículo 119 que los avisos publicados deberán ser insertos en la escritura de fusión junto con una constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada por cada una de las sociedades participantes en la fusión, de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores oponiéndose a la fusión; y si hubiera habido oposición a la fusión por parte de algún acreedor, deberá adjuntarse la resolución judicial que declare que la sociedad ha pagado, garantizado a satisfacción del juez, o que se ha notificado al acreedor que se ha constituido fianza a su favor, o la aceptación del desistimiento del acreedor a la oposición operada.

Sobre el particular debemos señalar que consideramos acertada la exigencia efectuada por el artículo 119 del RRS de requerir la declaración del gerente o persona autorizada sobre la oposición de los acreedores al proceso de fusión, a fin de confirmar la no existencia de oposición al acuerdo de fusión o la existencia de garantía suficiente otorgada al acreedor. Asimismo, creemos apropiado que el RRS haya omitido exigir declaración alguna sobre el ejercicio del derecho de separación que pudieran haber efectuado los socios o accionistas de las sociedades participantes, dado que esto influirá únicamente en las relaciones internas de las sociedades participantes de la fusión.

f. Escritura pública de fusión

La escritura pública de fusión debe ser otorgada una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso de fusión, si no hubo oposición al acuerdo(80). Si, por el contrario, se presentó oposición al acuerdo y ésta fue notificada por el acreedor dentro del plazo mencionado en el párrafo precedente, la escritura pública se deberá otorgar una vez levantada la oposición o concluido el proceso judicial que declare infundada la oposición.

En cuanto al contenido de la escritura pública de fusión debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 358 de la LGS, el cual establece los documentos e información que debe contener dicho documento público, a saber: i) los acuerdos de las juntas o asambleas de las sociedades participantes; ii) el pacto y estatutos de nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y estatuto de la sociedad absorbente(81); iii) la fecha de entrada en vigencia de la fusión; iv) la constancia de publicación de los avisos del acuerdo de fusión, dejando libertad a las sociedades para incorporar los demás pactos que estimen pertinentes.

Adicionalmente a lo señalado en el artículo 358 de la LGS, la escritura pública de fusión deberá contener la documentación e información mencionada en el artículo 119 del RRS, la cual se encuentra relacionada con los avisos de fusión, los derechos especiales que serían extinguidos o modificados con motivo de la fusión y la referencia a la cifra del capital social de la sociedad absorbente, en función del valor de transferencia de los patrimonios de las sociedades extinguidas(82).

6. Balances

En relación con la formulación de los balances de fusión debemos recalcar el importante cambio introducido por la LGS en relación con su antecesora, cuya regulación en este tema no tuvo utilidad alguna.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 356 de la ALGS, cada sociedad interviniente en la fusión debía elaborar un balance al día anterior al acuerdo de fusión y la sociedad resultante, un balance final al día anterior a la escritura pública de fusión y dichos balances debían insertarse en la escritura pública de fusión.

La pregunta que surge de inmediato es ¿cuál era la razón para que las sociedades extinguidas formulen un balance al día anterior al acuerdo de fusión y que la sociedad resultante formule un balance al día anterior al de la fecha de la escritura pública de fusión, si -como hemos señalado al comentar el tema de la fecha de entrada en vigencia de la fusión-la ALGS no estableció una fecha de entrada en vigencia y, por lo tanto, dichos balances no reflejarían ni la situación patrimonial de las sociedades extinguidas previa a la fusión ni la confusión de patrimonios producto de la misma? En la práctica, ninguna.

De otro lado, como señala Elías Laroza, tampoco "servían como base para la determinación del reembolso a los socios que se separaban de la sociedad, porque no eran el 'último balance aprobado', conforme lo exigía el artículo 210 de la Ley anterior, que aludía, en forma evidente, al último balance anual de la sociedad, ni tampoco servían para ese efecto porque no eran un "balance aprobado" (63).

Además, dichos balances podían haber sido solicitados por los socios o accionistas de las sociedades involucradas sin que ello tuviera que haber sido una exigencia legal, en virtud de lo dispuesto por el artículo 132 de la ALGS que regulaba el derecho de información de los accionistas para la celebración de las juntas generales, el cual también resultaba aplicable a otros tipos societarios como la sociedad comercial de responsabilidad limitada y la sociedad en comandita por acciones.

Los balances de fusión no deben ser otros que los elaborados por las sociedades que se extinguen con referencia al día anterior al de la fecha en que la fusión produce sus efectos, pues éstos son los que reflejan los valores con los que el patrimonio de dichas sociedades se incorpora en la sociedad resultante, así como el balance que elabora la sociedad resultante al día de la fecha de entrada en vigencia de fusión, pues es éste el que refleja la confusión de los patrimonios como consecuencia de la fusión.

Pero de todas las exigencias de la ALGS, la más absurda era la obligación de insertar el balance final elaborado por la sociedad resultante cerrado al día anterior al otorgamiento de la escritura pública de fusión. Compartimos el cuestionamiento

hecho por Hernández(64) al comentar el proyecto de la actual LGS: "¿cómo cerrar un balance general final el día anterior en el cual tengo que presentarlo para que el notario me otorgue la escritura pública correspondiente, teniendo en cuenta, sobretodo (sic), a sociedades con un gran volumen en operaciones diarias?".

Pues bien, estas exigencias, en definitiva, inútiles e irracionales, han sido eliminadas por la actual LGS, la cual ha concebido el real concepto de los balances de fusión, ha establecido un plazo racional para su elaboración y ha dispuesto su divulgación entre las personas que podrían encontrarse interesadas en su revisión.

Así, el artículo 354 de la LGS establece lo siguiente en relación con los balances de fusión:

i) Cada una de las sociedades que se extingue por fusión debe formular un balance cerrado al día anterior al de la fecha de entrada en vigencia. Nótese que la fecha de cierre del balance que deben elaborar las sociedades extinguidas es el día anterior a la fecha en que la fusión producirá sus efectos, por lo que permitirá visualizar el valor del patrimonio transferido a la sociedad resultante.

ii) La sociedad absorbente o incorporante, en su caso, deberá formular un balance de apertura al día de entrada en vigencia de la fusión, lo que permitirá identificar la confusión de patrimonios de las sociedades participantes.

iii) Las sociedades indicadas tendrán un plazo de treinta días calendario, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la fusión, para elaborar los balances y aprobarlos. Esta vez sí estamos ante un plazo razonable para que las sociedades puedan cumplir con esta obligación.

iv) El órgano que aprueba el balance es el directorio o el gerente en caso de sociedades sin directorio. La ALGS no se pronunciaba respecto a la aprobación de los balances, por lo que en la práctica se presentaban con la simple firma del contador.

v) Los balances deben ser puestos a disposición de los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales por no menos de sesenta días calendario luego del plazo máximo para su preparación. Cabe precisar que la LGS comete nuevamente el error de mencionar que deben ser puestos a disposición en el "domicilio" de la sociedad absorbente o incorporante, cuando debió señalar que deben ser puestos a disposición en las oficinas de la sociedad durante el horario de atención.

En suma, podemos afirmar que la actual LGS ha dado un gran avance en este tema, logrando dotar a los balances de una utilidad real dentro del proceso de fusión.

7. Protección de socios y acreedores

Si bien la fusión puede conllevar una serie de ventajas y beneficios que ya hemos mencionado, también puede constituirse como un acuerdo que perjudique directa o indirectamente los intereses de los socios que no se encuentran de acuerdo con la concentración empresarial que se propone o de terceros que puedan ver

afectada la seguridad de sus créditos frente a la sociedad que pretende fusionarse.

En la medida en que la fusión supone frecuentemente un cambio drástico en las relaciones que se presentan a lo largo de la vida societaria (puesto que podría implicar un cambio de objeto social o de las actividades específicas que realiza la empresa, por ejemplo), es probable que haya accionistas que prefieran no participar en un proyecto de estas características, al no consentir una variación significativa de las condiciones que se encontraban vigentes hasta antes de la fusión. "La pugna de intereses eventualmente existente entre unos y otros grupos -o individualidades- de accionistas en cuanto al negocio de fusión se resuelve, en principio, del mismo modo que respecto de cualquiera otra de las vicisitudes sociales: a través del sistema mayoritario de formación de la voluntad social, controlado, en cada caso, por el de garantía y límites legales. Los artículos 143 y 144 de la L.S.A previenen (...) un doble aparejo de defensas, representado por la necesidad de mayorías especiales para el acuerdo y por el derecho de separación del socio disidente"(85).

El derecho de separación previsto en el artículo 200(86) de la LGS constituye uno de los mecanismos previstos para tratar de salvaguardar los intereses de los socios minoritarios frente a aquellos acuerdos que, adoptados por la mayoría dominante en la sociedad, originen cambios excepcionales en la estructura de la sociedad o en el desarrollo de sus actividades.

El artículo 356(87) nos remite al artículo 200 de la LGS, a fin de otorgar el derecho de separación a los socios que hubiesen dejado constancia en actas u de su oposición en la fusión, a los ausentes a la junta general que aprobó la fusión, a los que hayan sido ¡legítimamente privados de emitir su voto y a los titulares de acciones sin voto.

De otro lado, también puede suceder que alguno de los acreedores de la sociedad considere que una fusión entre esta y otra persona jurídica puede perjudicar su crédito. Ciertamente, un acreedor diligente que toma conocimiento de la fusión de su deudor con una empresa que, por ejemplo, tiene un patrimonio negativo muy alto y una gran cantidad de obligaciones impagas, podría válidamente considerar amenazadas sus posibilidades de cobro frente a la futura sociedad fusionada, sobre todo si no cuenta con garantías reales o personales que protejan su crédito. Dado que la fusión implica que las sociedades intervinientes modifiquen sustancialmente su estructura, una sociedad que antes del acuerdo aparecía como una empresa solvente y sólida patrimonialmente podría transformarse en una deudora con grandes posibilidades de incumplir sus antiguas obligaciones, al haber asumido nuevas deudas que el nuevo patrimonio social no alcanza a cubrir. Teniendo en cuenta lo mencionado, el artículo 359(88) de la LGS establece el derecho de oposición de los acreedores a la fusión, como un mecanismo que busca atenuar los riesgos financieros que acarrea este tipo de acuerdos.

Señala Rubio al respecto que "Todo cambio de deudor significa una modificación en las garantías del acreedor y, en consecuencia, un posible riesgo para la seguridad de sus créditos. De aquí la necesidad de tutelar en caso de fusión a los acreedores de las sociedades extinguidas. Pero, aunque en términos generales su situación sea menos aventurada, también pueden requerir protección los acreedores de la sociedad absorbente sobre la que pueden recaer patrimonios deficitarios de las absorbidas. De ahí la solicitud de las legislaciones que reglamentan la fusión y de la jurisprudencia y doctrina que las aplican, por defender la posición de los terceros" (89).

La publicidad del acuerdo de fusión, por tanto, juega un rol fundamental en la tutela de los acreedores de la sociedad que pretende fusionarse, al activar la posibilidad de ejercicio del derecho de oposición"-Es el artículo 219(90) de la LGS -previsto generalmente para los casos de reducción de capital- el que por remisión expresa regula las condiciones para formular la referida oposición a la ejecución del acuerdo de fusión.

A fin de que el derecho de oposición no sea empleado como un mecanismo de entorpecimiento del proceso de reorganización, el artículo 360 de la LGS establece la posibilidad de que el juez sancione la oposición promovida de mala fe o con notoria falta de fundamento, imponiendo al acreedor demandante una penalidad de acuerdo con la gravedad del asunto, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad.

III. ESCISIÓN

1. Concepto de escisión

Como se ha mencionado anteriormente, la fusión de las sociedades se presenta como un imperativo en los tiempos modernos, caracterizados por la racionalización de la producción, el progreso tecnológico y la necesidad de adaptarse a las exigencias del mercado, lo cual exige muchas veces la formación de unidades empresariales de mayor envergadura que puedan desempeñarse de una manera competitiva frente a los demás agentes económicos. Sin embargo, una apreciación más amplia demuestra que, producto de una serie de factores, una empresa puede llegar a alcanzar dimensiones que no le permitan actuar de una manera eficiente en el mercado. Así, para Otaegui "La realidad es que en un grado de concentración empresarial, al conllevar el inevitable gigantismo de la empresa y de la organización, requiere para el mantenimiento de su eficiencia productiva que se proceda a una descentralización no empresarial pero sí organizativa"(91). En este sentido, se hace necesario recurrir a mecanismos que le faciliten ala empresa una adaptación rápida y efectiva a las necesidades del mercado.

La escisión, entonces, suele presentarse como una alternativa jurídica para conseguir la reestructuración económica de la sociedad y alcanzar, por ejemplo, la

desconcentración y especialización de la empresa. Si asumimos que la desconcentración del riesgo económico empresarial en varias unidades jurídicas facilita una mayor flexibilidad y adecuación de la financiación de las explotaciones separadas y que la especialización permite la realización de actividades económicas con mayor eficiencia, advertiremos que la escisión puede constituir un importante mecanismo que le permita a una empresa reestructurar sus actividades y actuar en el mercado de una forma más eficiente.

No obstante, coincidimos con Oleo Banet en el sentido de no necesariamente identificar a la escisión como un mecanismo que solo busca la desconcentración económica, sino que se trata de un instrumento jurídico ambivalente, que se ajusta a las necesidades concretas y específicas de racionalización de la empresa. Así, resulta común que la escisión se presente como un instrumento que articula procesos de concentración y expansión empresariales. Esto se aprecia claramente en los casos de escisión que originan un reagrupamiento simultáneo de los elementos patrimoniales de varias sociedades extinguidas en otras preexistentes o nuevas, o en la aportación del patrimonio o partes del mismo de una sociedad a otras preexistentes. Por ello, en su aspecto puramente económico, la escisión de sociedades constituye una técnica que puede llevar a cabo transferencias patrimoniales de diferente signo o naturaleza, de tal manera que pueda servir tanto a un objetivo de desconcentración, como a un proceso de integración económica y empresarial(92).

De acuerdo con Beaumont(93), la escisión persigue entre sus múltiples fines:

- a. La solución de conflictos internos entre los diferentes grupos de socios de la sociedad, como una opción a la liquidación de la misma.
- b. La solución a un crecimiento exagerado o imprudente de las unidades o conjuntos empresariales.
- c. La especialización de las distintas actividades que realiza la empresa, separando cada una de ellas en unidades económica y jurídicamente independientes.
- d. Descentralización en las actividades realizadas por la sociedad en varias áreas geográficas.
- e. El saneamiento de una empresa que ejerce dos o más actividades empresariales, una de las cuales carece de viabilidad.

Como puede apreciarse, la escisión es un mecanismo de reorganización empresarial que permite lograr objetivos muy diversos que afectan tanto a las sociedades que participan en el proceso como a sus socios. De no existir una figura como la escisión, los objetivos antes descritos solo podrían alcanzarse tras una serie complicada de actos y contratos, que le restarían eficiencia y seguridad a la operación marco. En tal sentido, consideramos de suma importancia que la legislación peruana haya regulado la figura de la escisión.

En el análisis del tratamiento normativo de las operaciones escisorias, debemos tener en cuenta que la escisión no nace como una institución del derecho societario clásico. Así, las primeras normas que regulan esta figura son las de carácter tributario. Fue el derecho francés el que reguló por primera vez la figura

de la escisión -<:uya utilización se incrementó en el ámbito económico durante los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial como una alternativa de racionalización y especialización de los elementos económico financieros y productivos de las empresas- al extenderle a esta nueva institución los beneficios tributarios propios de la fusión. Teniendo como punto de partida a esta nueva regulación de carácter fiscal, la doctrina comenzó a esbozar las primeras ideas y características referidas a la escisión, lo cual derivaría luego en la expedición de las primeras normas societarias al respecto(94). Se señala entonces que "La escisión, en cuanto instituto jurídico que regula la segregación de una porción del patrimonio activo de una sociedad comercial en funcionamiento para, sin disolverse, destinarla a la formación de una nueva sociedad incorporarse a sociedad ya existente, es una figura que prácticamente toma estado legal a partir de la ley francesa de sociedades comerciales de 1966(95).

Así, la escisión fue incluida por primera vez en el proyecto de Ley sobre Sociedades francés que derivó en la Ley 66-537 del 24 de julio de 1966. Esta norma reguló el régimen de las fusiones y escisiones con disposiciones de carácter general y normas específicas para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Con posterioridad a la norma francesa se expidieron dispositivos referidos a la escisión en Portugal (1973), Argentina (1972) y Brasil (1976), extendiéndose luego la figura hacia otras legislaciones.

A diferencia de la fusión que sí tenía un antecedente en la ALGS, la escisión llega al ordenamiento jurídico peruano recién con la LGS(96) en vigencia desde el año 1998, constituyendo un importante avance en la normativa societaria nacional.

Dado que las características y formas que en concreto adopta la escisión dependerán del tratamiento legislativo que se le brinde en cada país, advertimos que no existe uniformidad en la doctrina respecto a la caracterización de esta figura. Así, Broseta señala al respecto que la escisión "Se trata, en su forma más completa, de dividir o separar en dos o más partes, empresas o establecimientos, el patrimonio de una sociedad (que se extingue), para aportar cada una de ellas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes. En esta forma existe, pues, una segregación o desconcentración de las partes de un todo empresarial (en la sociedad escindida) para proceder a una fusión con ellas (por creación o por absorción). Se produce una división empresarial, con extinción, además de una fusión. En su forma menos completa, existe una empresa (que subsiste) que segrega una parte o partes de sí misma, para aportarlas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes, en un proceso también análogo a la fusión (por creación o por absorción)"(97).

Cerdá Alberó sostiene que "... 'strictu sensu', la escisión de una sociedad anónima es la división de su patrimonio social en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división a una o varias sociedades preexistentes o constituida a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida acciones o participaciones de la/s sociedad/es beneficiarias en contraprestación a esta aportación(98)". Otaegui, por

su parte, considera que "Una escisión consiste en el desdoblamiento de una persona jurídica en nuevas personas jurídicas, pudiendo subsistir o extinguirse la persona jurídica inicial, según se trate de una excorporación o de una división" (99).

En la doctrina nacional, Elías menciona que la nota característica de la escisión es el fraccionamiento patrimonial de la sociedad que se escinde, el cual puede ser total o parcial; sin embargo, en ambos casos, las fracciones patrimoniales que serán atribuidas a las sociedades beneficiarias deben constituir bloques patrimoniales de acuerdo a las reglas establecidas por la ley (100).

Ciertamente, conviene analizar los artículos 367 y 368 de la LGS a efectos de determinar los rasgos esenciales que presenta la escisión en nuestra legislación:
"Artículo 367.- Concepto y formas de escisión.

Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferir/los íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso".

"Artículo 368.- Nuevas acciones o participaciones.

Las nuevas acciones o participaciones que se emitan como consecuencia de la escisión pertenecen a los socios o accionistas de la sociedad escindida, quienes las reciben en la misma proporción en que participan en el capital de ésta, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario puede disponer que uno o más socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades beneficiarias".

Como se desprende de la definición legal, la esencia de la escisión reside en el fraccionamiento patrimonial que efectúa una sociedad -sociedad escindida- a efectos de transferir bloques patrimoniales a otra u otras sociedades que denominaremos beneficiarias -ya sean nuevas o preexistentes-, de acuerdo a las modalidades que prevé la norma. La consecuencia de la transmisión patrimonial efectuada será que la sociedad beneficiaria emita acciones o participaciones a

favor de los socios de la escindida, salvo las excepciones que detallaremos más adelante.

2. Formas de escisión

De acuerdo a lo regulado por el artículo 367 de la LGS, y sin perjuicio de las discusiones doctrinarias que se puedan haber generado al respecto, podemos señalar que las dos formas mediante las cuales se puede acordar una escisión son las siguientes:

a) Escisión total o propia: Esta forma implica la división del patrimonio de la sociedad escidente en dos o más bloques, lo cual da lugar a la extinción de la personalidad jurídica de dicha sociedad. La escisión total, a su vez, presenta modalidades:

a.1. Escisión total por constitución: cada uno de los bloques patrimoniales segregados da lugar a la constitución de una nueva sociedad.

a.2. Escisión total por absorción: cada uno de los bloques patrimoniales segregados pasa a ser absorbido por sociedades preexistentes.

a.3. Escisión total mixta: por lo menos un bloque patrimonial se segrega para constituir una sociedad nueva y otro bloque patrimonial se transfiere a una sociedad preexistente.

b) Escisión parcial o impropia: Esta forma implica que la sociedad escidente no se extinga, sino que mantenga su personalidad jurídica al no haber segregado la totalidad de su patrimonio. La transferencia patrimonial es, entonces, parcial. Admite las siguientes modalidades:

b.1. Escisión parcial por constitución: el bloque o bloques patrimoniales que son segregados por la sociedad escidente se destinan a la creación de nuevas sociedades.

b.2. Escisión parcial por absorción: el bloque o bloques patrimoniales que son segregados por la sociedad escidente se transfieren a sociedades preexistentes.

b.3. Escisión parcial mixta: por lo menos un bloque patrimonial de la sociedad escidente se segrega para constituir una sociedad nueva y otro bloque patrimonial se transfiere a una sociedad preexistente.

3. Bloques patrimoniales que se segregan en la escisión

A diferencia de otras legislaciones que simplemente hacen referencia a la segregación que efectúa una sociedad de su patrimonio en el marco de una escisión, la LGS establece claramente qué elementos pueden ser segregados, introduciendo para estos efectos el concepto de "bloque patrimonial". Consideramos que esta disposición resulta de suma importancia, puesto que al contar con una definición expresa y objetiva, resulta menos complicado establecer la naturaleza y características del patrimonio que es susceptible de ser segregado en un proceso de escisión.

El bloque patrimonial se encuentra definido en el artículo 369 de la LGS:

"Artículo 369.- Definición de bloques patrimoniales.

Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial: 1. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;

2. El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y,
3. Un fondo empresarial".

En función de la norma citada, podemos señalar que existirán cuatro posibilidades para la composición de un bloque patrimonial:

- a. El bloque se compone de un activo: es decir, cualquier elemento aislado del activo de la sociedad escindida, como podría ser un inmueble, una marca, un vehículo, etc.
- b. El bloque se compone de un conjunto de activos: se trata de varios activos, sin que la ley exija que éstos formen un conjunto o constituyan una unidad económica integrada. En este caso, al igual que en el referido en el literal a. precedente, el valor del bloque patrimonial que se segregue será positivo, toda vez que está compuesto solamente por activos.
- c. El bloque se compone de uno o más activos acompañado de uno o más pasivos: en este caso el bloque patrimonial estará compuesto por una combinación de activos y pasivos: i) un activo y un pasivo; ii) un activo y varios pasivos; iii) varios activos y un pasivo.

El valor de los activos y los pasivos determinará el valor neto final del bloque. Así, si el valor de todos los activos es mayor que el de todos los pasivos, el bloque patrimonial presentará un valor neto positivo. Por el contrario, si el valor de los pasivos excede al de los activos, nos encontraremos frente a un bloque patrimonial de valor neto negativo. Si el valor de los activos es idéntico al de los pasivos, el bloque patrimonial tendrá un valor igual a cero, es decir, un valor neutro.

Tampoco en este supuesto la LGS exige que el conjunto de activos y pasivos se encuentren vinculados a una rama específica de actividad o que formen parte de una misma unidad negocial, bastando simplemente la voluntad por parte de la sociedad de segregar un conjunto, integrado o no, de activos y pasivos de su patrimonio a fin de transferirlo vía escisión.

- d. El bloque se compone de un fondo empresarial: Respecto a este punto, debemos mencionar- que no existe en la legislación peruana una definición de fondo empresarial que pueda darle contenido a lo señalado en la LGS; sin embargo, se entiende en doctrina que el fondo empresarial consiste en un conjunto de elementos organizados por una o varias personas naturales o jurídicas, con el fin de realizar la actividad empresarial que se han propuesto, siendo susceptible de valoración económica(101).

Actualmente se viene discutiendo la reforma de la normatividad general que regula la actividad empresarial en el Perú, existiendo dos proyectos de ley en el Congreso de la República que contemplan al fondo empresarial como elemento esencial de la empresa(102). Cabe recordar que fue el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado el primer intento de plasmar legislativamente esta concepción(103).

El concepto de fondo empresarial, entonces, va estrechamente ligado a la idea de unidad económica o de producción que de acuerdo a algunas legislaciones y no

pocos autores debe ser el único supuesto permitido de segregación patrimonial vía escisión. Así, entre los elementos que componen el fondo empresarial pueden encontrarse bienes, derechos o relaciones jurídicas que, organizados por el empresario, están en aptitud para dar lugar a una actividad económica de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios. Es de notar que, si bien cada uno de los elementos que conforman el fondo empresarial puede ser valorado económicamente de forma individual, el fondo mismo puede ser también objeto de valoración económica como un todo autónomo. Este valor, obviamente, será mayor a la sumatoria del valor individual de cada uno de sus elementos, dado que el factor organización que forma parte del concepto de fondo empresarial le otorga un valor agregado a los elementos escogidos, que llegan a formar una línea de negocio en aptitud de ser explotada inmediatamente.

Son cualidades que inciden en el valor del fondo empresarial, entre otros, los siguientes: la clientela; la ubicación estratégica del local donde se lleva a cabo la actividad empresarial; la buena calidad de las materias primas y mercaderías; el prestigio de los signos distintivos; y la eficiente organización de los elementos del fondo empresarial(104).

Cabe mencionar que la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras han empleado varias denominaciones para identificar el concepto de fondo empresarial: fondo de comercio, hacienda, establecimiento de comercio, establecimiento industrial, etc.

Aun cuando el concepto de fondo empresarial no se encuentra acogido en nuestro ordenamiento positivo, creemos que su consideración como modalidad de bloque empresarial no se ve afectada en términos prácticos, dado que el fondo, al estar compuesto por activos y pasivos, puede ser asimilado en cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 369 de la LGS.

De otro lado, debemos resaltar que la definición clara y general de bloque patrimonial prevista en la LGS descarta la exigencia, acogida por algunas legislaciones y un sector importante de la doctrina, de que el patrimonio que se segregue vía escisión constituya una "unidad económica", "línea de negocio" o "unidad empresarial", es decir, el equivalente a un fondo empresarial. Así, el artículo 253 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, dispone que para los casos de escisión parcial "la parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad económica'.

Coincidimos con Elías en que dicha exigencia, respaldada por autores como Sánchez Oliván o Guasch Martorell, resulta carente de fundamentos, a la luz de los objetivos que se persiguen a través de la escisión como forma de reorganización empresarial. Efectivamente, lo importante en una escisión no es que el bloque patrimonial que se transmita constituya, de por sí, una unidad económica o empresarial, sino que se convierta en ella en el seno de la sociedad beneficiaria que lo recibe, pudiendo darse esta situación en el acto de la escisión o posteriormente. Siguiendo esta línea, es perfectamente posible que, en razón

de necesidades de carácter económico-financiero, se transfiera un bloque compuesto por elementos patrimoniales heterogéneos y que carezcan de vinculación operativa, a fin de que éstos adquieran unidad y utilidad al sumarse al patrimonio de la sociedad beneficiaria. De esta manera, elementos que incluso podrían encontrarse aislados en la sociedad escindida, pueden ser asimilados a una organización económica distinta, en la cual su papel adquirirá una nueva relevancia que se medirá en función de las actividades que realice la sociedad beneficiaria. Señala Elías que "las leyes no deben asumir una función tuitiva, con exigencias de difícil o imposible cumplimiento, tratando de esta manera de sustituir o vulnerar la autonomía de la voluntad privada. Bien saben los socios de la sociedad beneficiaria cuál es su interés en recibir un bloque patrimonial de la escidente (quizás para después aportarlo o revenderlo a una empresa que lo necesita)" (106).

Nótese que la LGS no considera dentro de la definición de bloque patrimonial a los pasivos cuando éstos no están acompañados de, al menos, un activo. Al respecto, consideramos que no existirían razones sólidas para impedir que una sociedad pueda segregar un bloque patrimonial compuesto únicamente por pasivos, en la medida en que la propia LGS prevé que se puedan escindir bloques patrimoniales con valor neto negativo, los cuales, incluso, pueden estar integrados por numerosos pasivos y un solo activo de un valor simbólico. Debe tenerse en cuenta, como se ha señalado en el párrafo anterior, que la autonomía de la voluntad y la dinámica que se presenta en las relaciones empresariales podrían hacer factible que una sociedad transfiera únicamente pasivos, en la medida en que dichos pasivos puedan integrarse con otros elementos del patrimonio de la sociedad beneficiaria y justificar la operación. Serán, entonces, las necesidades económicas, financieras y de organización de las sociedades participantes -y no la voluntad del legislador- las que determinen la viabilidad y pertinencia de la escisión con transferencia únicamente de pasivos.

No obstante, y teniendo en cuenta lo dispuesto por la LGS, debemos concluir que en el régimen peruano la escisión solo puede darse cuando el bloque patrimonial que se segrega incluye al menos un activo. Dicho bloque patrimonial puede tener un valor neto positivo, negativo o neutro.

4. Agrupación de los socios de las sociedades intervinientes con motivo de la escisión

a. La continuidad de las relaciones sociales como elemento esencial de la escisión
Al igual que en la fusión, la integración de los socios de las sociedades escindidas en las sociedades beneficiarias de la escisión es una característica esencial de esta figura de reorganización societaria. Son los accionistas o socios de las sociedades escindidas quienes reciben las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias y no las sociedades mismas, en virtud del principio de continuidad de la condición de accionista que subyace a estas formas de reorganización.

La generalidad de los autores nacionales y extranjeros que han abordado el tema de la escisión coincide en que el efecto de la incorporación de los socios de la

sociedad escindida en la o las sociedades beneficiarias de la escisión, es una característica esencial de esta figura. Elías Laroza afirma que "es característica esencial de cualquier escisión que las acciones o participaciones que emiten las sociedades beneficiarias son entregadas a los socios de la escidente y no a esta misma"(107). En el mismo sentido se pronuncia Hernández cuando señala que "En toda escisión de sociedades, los beneficiarios directos de la misma son los socios de la sociedad que adopta el acuerdo de escisión, son ellos los que reciben las participaciones o acciones -según sea el caso- que emite cada una de las sociedades que ha recibido una línea de producción, comercialización o servicios(108).

Cabe anotar que esta característica ha sido expresamente reconocida por la actual LGS. Así, el artículo 367 de dicha norma establece lo siguiente:

"Artículo 367.- Concepto y formas de escisión.

(. . .)

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso".

Ahora bien, cabe señalar que, al igual que en la fusión, existen supuestos en los que, por excepción, dicha entrega de acciones o participaciones a los accionistas o socios de las sociedades escindidas no se da. Empero, ello no implica -como hemos señalado al comentar esta característica en la figura de la fusión- que la continuación de las relaciones sociales pierda la condición de característica esencial. Comentaremos estos supuestos de excepción al tratar el tema del aumento o conformación del capital en las sociedades beneficiarias.

De otro lado, cabe señalar una nota característica en la entrega de acciones o participaciones a los socios o accionistas de las sociedades que se escinden. La LGS ha recogido en el primer párrafo del artículo 368 el principio de proporcionalidad, en virtud del cual los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en proporción a su participación en el capital social en las sociedades escindidas, salvo pacto en contrario. Adviértase que la LGS establece de alguna manera una recomendación que es la proporcionalidad en el reparto de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias; sin embargo, deja abierta la posibilidad para que las sociedades se aparten de dicha proporcionalidad estableciendo la relación de canje que finalmente mejor les convenga.

Asimismo cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 368, el pacto en contrario sobre la proporcionalidad en el reparto de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios o accionistas de las sociedades escindidas puede consistir en que algunos de los socios no participen en algunas de las sociedades beneficiarias. En palabras de Elías Laroza "permite toda clase de reagrupaciones o de separaciones de socios (o de grupos de socios), en cualquier de las dos formas de escisión que se regulan" (109).

Ahora bien, consideramos que esta posibilidad prevista en la LGS, de que el socio o accionista pueda participar en alguna o algunas sociedades beneficiarias no desvirtúa el carácter esencial de la continuidad de las relaciones sociales. Esta continuidad se da pero solo hacia una o algunas de las sociedades beneficiarias. En otras palabras, la LGS deja libertad para que se determine en qué sociedad o sociedades beneficiarias se pretende ejercer tal continuidad.

b. El ajuste en el capital de la sociedad escindida en la escisión parcial

Al definir a la escisión parcial, el artículo 367 de la LGS señala que la sociedad escindida "ajusta su capital en el monto correspondiente". La LGS no se refiere al aumento ni a la reducción de capital sino al "ajuste". Cabe preguntarse, entonces, a qué se refiere la LGS con el término ajuste del capital de la sociedad escindida.

Como consecuencia de la segregación del bloque patrimonial en una escisión parcial, pueden generarse los siguientes efectos en el patrimonio de la sociedad escindida: i) puede verse disminuido, en la medida en que el bloque patrimonial transferido tenga un valor neto positivo (la sociedad escindida habría perdido más activos que pasivos); ii) puede verse incrementado si es que el bloque patrimonial transferido tiene un valor neto negativo (la sociedad escindida se estaría desprendiendo de más pasivos que activos); o iii) puede no variar en la medida en que el valor del bloque patrimonial transferido sea cero (es decir, igual valor de activos y pasivos). En el primer caso, lo normal es que la sociedad escindida tenga que disminuir su capital social en el monto correspondiente al valor neto del bloque patrimonial transferido; y en el segundo caso, se podría eventualmente generar un aumento de capital en la sociedad escindida en el monto correspondiente al superávit generado(110).

La posibilidad de que la cifra del capital social de la sociedad escindida pueda ser disminuida o aumentada como consecuencia de la escisión parcial, sería una de las razones por las que la LGS habría utilizado el término "ajuste", pues éste daría cabida a ambas alternativas.

De otro lado, consideramos que la LGS no se refirió específicamente al término "reducción de capital" para el supuesto en que la escisión parcial genere una disminución del capital social en la sociedad escindida, porque esta disminución no es propia del procedimiento legal de reducción de capital establecido en la LGS, sino de la escisión misma. Además, la escisión cuenta con sus propios requisitos, procedimientos y mecanismos de protección de accionistas y acreedores, por lo que si se hubiera denominado reducción de capital a dicha disminución se tendría que haber advertido que no le serían aplicables los requisitos, procedimientos y mecanismos de protección previstos en la LGS para esta figura, pues lo contrario hubiera conllevado a una duplicidad irracional.

En conclusión, consideramos acertado el término ajuste contemplado en el artículo 367 de la LGS para referirse a las posibles variaciones del capital social en la sociedad escindida.

c. El aumento o la formación de la cifra del capital social en las sociedades beneficiarias

Al tratar el tema de la fusión de sociedades, hemos señalado que a pesar de que la regla general en una fusión es que la sociedad absorbente aumente su capital social en el monto correspondiente al valor neto del patrimonio de las sociedades absorbidas, y la sociedad incorporante forme su capital social con el importe correspondiente al valor neto de los patrimonios de las sociedades extinguidas, existen supuestos de excepción a dicha regla.

En la escisión ocurre lo mismo. La común es que las sociedades beneficiarias de la escisión, si son nuevas, conformen su capital social con el monto correspondiente al valor neto del bloque patrimonial transferido, y, si ya existen, que aumenten su capital social en el monto correspondiente a dicho bloque. Empero, existen supuestos de excepción al aumento o conformación del capital social de las sociedades beneficiarias, según el tipo de escisión de que se trate. Dichos supuestos son básicamente los mismos que hemos señalado para el caso de la fusión. Guardan la misma lógica y comparten los mismos fundamentos, por lo que pasaremos a explicarlos en forma breve, debido a que el mayor detalle se encuentra ya mencionado al tratar este tema para el caso de la fusión.

c.1. Cuando la sociedad beneficiaria es titular de todas las acciones o participaciones de la escindida

En este caso no corresponde que la sociedad beneficiaria aumente su capital social en el monto correspondiente al valor neto del bloque patrimonial transferido y, como consecuencia de ello, emita acciones o participaciones a favor de los accionistas o socios de la sociedad escindida, pues ello conllevaría a la autosuscripción de acciones, dado que es la única socia o accionista de la sociedad escindida. Como hemos señalado para el caso de la fusión, a pesar de que la LGS no establece prohibición expresa alguna para la autosuscripción o adquisición originaria, consideramos que ésta no se encuentra permitida, en la medida en que atentaría contra los principios de integridad y realidad de la cifra del capital social.

c.2. Cuando la sociedad beneficiaria es titular de parte de las acciones o participaciones de la sociedad escindida

Cuando la sociedad beneficiaria no sea titular de todas las acciones o participaciones de una sociedad escindida sino de una parte de ellas, solo se deberá aumentar el capital social en la cuantía necesaria para satisfacer con acciones o participaciones propias a los restantes accionistas o socios de la sociedad escindida.

c.3. Cuando el valor neto del bloque patrimonial transferido es cero o negativo

No procede el aumento del capital social de la sociedad beneficiaria, en caso de que ya exista, ni tampoco la conformación del capital social de la sociedad nueva, en el valor neto del bloque patrimonial transferido, si éste fuera cero o negativo. De lo contrario, podrían generarse capitales ficticios yendo en contra de los principios de integridad y realidad que informan la cifra del capital social.

c.4. Cuando la sociedad escindida sea titular de acciones de la sociedad beneficiaria y dichas acciones forman parte o conforman totalmente el bloque patrimonial a transferirse

Si las acciones conforman totalmente el bloque patrimonial a transferirse, no habrá aumento de capital en la sociedad beneficiaria y ésta podrá optar por amortizarlas o por mantenerlas; en este último caso, la sociedad beneficiaria deberá respetar las reglas previstas en la LGS para dicho supuesto.

Si las acciones conforman parte del bloque patrimonial a transferirse, solo habrá aumento de capital en el monto correspondiente al bloque patrimonial que no forme parte de las acciones de propia emisión.

c.5. Otros supuestos especiales

Un supuesto en el que la sociedad beneficiaria no necesariamente aumenta su capital social es cuando tiene acciones en cartera en un número suficiente para entregar dichas acciones a los accionistas de la sociedad escindida. En efecto, en este supuesto, la sociedad beneficiaria podrá optar entre aumentar el capital social y emitir nuevas acciones para entregárselas a dichos accionistas o proceder a la entrega de las acciones que mantiene en cartera sin necesidad de aumentar su capital social.

Otro supuesto es cuando la sociedad beneficiaria decide disminuir el valor nominal de las acciones existentes para aumentar el número de acciones y distribuir las a los accionistas de la sociedad escindida. En este caso la cifra del capital social no varía; sin embargo, los accionistas de la sociedad escindida se convierten en accionistas de la sociedad beneficiaria.

Al igual que en la fusión, la LGS no ha contemplado expresamente ninguno de los supuestos referidos en los literales precedentes como excepciones al aumento de capital en la sociedad resultante. Sin embargo, en el caso de la escisión también se abre dicha posibilidad cuando en el artículo 372, numeral 7, se establece:

Artículo 372.- Contenido del proyecto de escisión. "El proyecto de fusión contiene: (...)

7. El capital social y las acciones o participaciones por emitirse por las nuevas sociedades, en su caso, o la variación del monto del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, si lo hubiere".

La incorporación de la frase "la variación del monto del capital social (...) si lo hubiere" nos da a entender que nuestra LGS acepta la posibilidad de que en algunos supuestos no se aumente el capital social en la sociedad beneficiaria de la escisión.

Por lo expuesto, también en el caso de la escisión podemos afirmar que si bien el aumento del capital social en la sociedad beneficiaria es común, éste constituye un "mecanismo meramente instrumental"(111) para lograr la continuidad de las relaciones sociales.

Asimismo, el RRS ha suplido de alguna manera el vacío existente en la LGS sobre la variación o la conformación de la cifra del capital social de las sociedades beneficiarias de la escisión. En efecto, el artículo 124 del RRS, al regular el contenido de la escritura pública de escisión, se pronuncia en relación con la variación de la cifra del capital social de la sociedad beneficiaria existente y la conformación de la cifra del capital social de la sociedad beneficiaria nueva, en función del valor del patrimonio neto de las sociedades escindidas con motivo de la escisión. Así, los literales d) y e) del referido artículo establecen lo siguiente:

"Artículo 124.- Contenido de la escritura pública

Para la inscripción de la escisión, la escritura pública deberá contener, además de lo prescrito por el artículo 382 de la Ley:

(...)

d) En caso de que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, el monto en el que se aumenta el capital de la sociedad receptora. Tratándose de sociedad que se constituye por la escisión, el porcentaje de participación y el número de acciones y participaciones sociales que la nueva sociedad entregará a los socios de la sociedad que se escinde, total o parcialmente.

e) En caso de que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la sociedad receptora no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de escisión por constitución, se dejará constancia de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por la escisión".

Sobre nuestros comentarios a este artículo, nos remitimos a lo señalado al analizar el artículo 119 del RRS referido al tema de la fusión, pues tienen casi idéntica regulación, salvo claro está las referencias a las particularidades de cada figura.

5. Proyecto de escisión

a. Concepto y características del proyecto de escisión

Al igual que en el caso de la fusión, la LGS establece la obligatoriedad de formular un proyecto que recoja el resultado de las negociaciones sostenidas por los administradores de las sociedades intervinientes en la escisión, detallando minuciosamente las implicancias jurídicas y económicas de la operación.

Este proyecto, que constituye el documento preliminar a ser sometido a la consideración de las juntas generales de las sociedades participantes en el proceso de escisión, presenta básicamente las mismas características que hemos referido para el caso del proyecto de fusión, al compartir ambos documentos la misma naturaleza y casi el mismo contenido.

Igualmente, debemos reiterar que si bien el proyecto no reviste un carácter vinculante para las sociedades que evalúan la escisión, sí determina el

nacimiento de obligaciones específicas para los administradores que lo han formulado. Dichas obligaciones son las siguientes: i) obligación de no realizar actos significativos que puedan comprometer la aprobación del proyecto por la junta general o alterar de manera significativa la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas en las cuales se discutirá el proyecto aprobado por los administradores (artículo 373(112) de la LGS); ii) obligación de convocar a las juntas generales o asambleas, según corresponda, a fin de que se apruebe -con modificaciones o sin ellas- o desapruebe el proyecto de escisión (artículo 374(113) de la LGS); y, iii) obligación de responder frente a la sociedad y a sus socios por el contenido del proyecto que han elaborado y por las consecuencias que se pudieran derivar de éste.

De acuerdo con el artículo 371 (114) de la LGS, el directorio de las sociedades participantes en la escisión será el órgano encargado de la aprobación del proyecto, debiendo para tal efecto contar con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros. En el caso de las sociedades que no cuentan con directorio, el proyecto deberá ser aprobado por las personas encargadas de la administración.

b. Contenido del proyecto de escisión

El artículo 372(115) de la LGS, que regula el contenido del proyecto de escisión, repite casi los mismos elementos que se presentan en el proyecto de fusión, motivo por el cual solo nos referiremos a algunas notas especiales que se presentan en supuestos de escisión. Los puntos que debe comprender el proyecto de escisión son los siguientes:

1. La denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes.

2. La forma propuesta para la escisión y la función de cada sociedad participante.

El proyecto debe especificar si la escisión es total o parcial y, en cada caso, señalar cuál será la función que cumplirá cada sociedad que participe en el acuerdo (escidente o beneficiaria).

3. La explicación del proyecto de escisión, sus principales aspectos jurídicos y económicos, los criterios de valorización empleados y la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades que participan en la escisión.-. .

En adición a lo ya señalado cuando nos referimos al contenido del proyecto de fusión, debemos resaltar la importancia de la correcta valorización de los bloques patrimoniales que se segregan, así como del patrimonio de la sociedad beneficiaria, a efectos de determinar la relación de canje que determinará la emisión de acciones o participaciones en favor de los socios de la sociedad escidente. Así, "a mayor valorización de cada bloque patrimonial de la sociedad escidente, la relación de canje así definida determina que sean más las acciones o participaciones que emiten las sociedades beneficiarias y que se asignan a los socios de la escidente, a cambio de las que éstos tenían en ella" (116).

4. La relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión.

Este requisito del proyecto es propio de la escisión y exige que se detalle el contenido de los bloques patrimoniales que se segregarán. Resulta de vital importancia para los socios estar informados acerca de los elementos que integran los bloques que se transferirán a otras sociedades -activos y/o pasivos-. En la medida en que se conozcan dichos elementos se estará en capacidad de determinar si, por ejemplo, la transferencia de determinado activo afectaría de manera trascendente las actividades de la sociedad que se escinde y, por tanto, la conveniencia o no de la operación.

5. La relación del reparto, entre los accionistas o socios de la sociedad escindida, de las acciones o participaciones a ser emitidas por las sociedades beneficiarias.

Aunque la regla general contenida en el artículo 368 establece que las acciones o participaciones que emita la beneficiaria se entregarán a los socios de la escindida en proporción a su participación en el capital social de ésta, se puede pactar una distribución distinta de dichas acciones o participaciones. Así por ejemplo, en el caso de una escisión total por constitución en la cual la sociedad escidente segrega su patrimonio en dos bloques con el fin de constituir dos sociedades nuevas, se podría pactar que un grupo de socios solo reciba acciones de la primera sociedad que se crea y otro grupo de socios reciba solamente acciones de la segunda sociedad beneficiaria.

De cualquier forma, el proyecto exige que se especifique cómo se repartirán las acciones o participaciones que se emitan como consecuencia de la escisión. Para ello se tendrá que hacer una relación de socios e indicar qué cantidad de acciones o participaciones de la beneficiaria le corresponde a cada socio de la escidente. En caso de que la escisión tenga más de una sociedad beneficiaria, también se especificará cuál de ellas emitiría acciones o participaciones a favor del socio correspondiente.

6. Las compensaciones complementarias, si fuera necesario.

7. El capital social y las acciones o participaciones por emitirse por las nuevas sociedades, en su caso, o la variación del monto del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, si lo hubiere.

Este punto del proyecto de escisión está relacionado a los efectos que tiene la transferencia de un bloque patrimonial en el capital de las sociedades beneficiarias, ya sean nuevas o preexistentes.

8. El procedimiento para el canje de títulos, si fuera el caso.

9. La fecha prevista para su entrada en vigencia.

10. Los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones.

11. Los informes económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere.

Nótese en este caso el descuido del legislador, que no consideró a los informes legales como parte integrante del proyecto de escisión. Dada su necesidad e importancia en este tipo de operaciones, consideramos que los informes de índole legal deberían incluirse en el proyecto, aun cuando la ley no lo señale expresamente.

12. Las modalidades a las que la escisión queda sujeta, si fuera el caso.

13. Cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar.

Siguiendo la lógica empleada en la fusión, el artículo 377 de la LGS establece que el proyecto de escisión se extingue si no es aprobado por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes dentro de los plazos previstos en el proyecto de escisión y, en todo caso, a los tres meses de la fecha del proyecto.

6. El acuerdo de escisión

a. Órgano competente

La escisión, al igual que la fusión, constituye una operación trascendente en la vida social que va a originar cambios de diversa índole y en muchos casos de gran importancia en las sociedades participantes que van a marcar en alguna medida la vida de la sociedad. Por esta razón es que corresponde a la junta general o asamblea de cada una de las sociedades intervinientes en esta operación, adoptar el acuerdo de escisión como órgano supremo de la voluntad social.

Como hemos señalado para el caso de la fusión, el hecho de que sea la junta o asamblea de las sociedades participantes la encargada finalmente de aprobar o no la escisión, no le resta importancia a la destacada labor que efectúan los directorios o los encargados de la administración -según sea el caso- de las sociedades intervinientes, en tanto éstos son los que se encargan de la compleja labor de elaborar el proyecto de escisión, que finalmente servirá de base para la adopción del acuerdo correspondiente

b. Convocatoria

El artículo 374 de la LGS regula el tema de la convocatoria a la junta general o asamblea de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de escisión. De conformidad con lo dispuesto por dicho artículo, la convocatoria debe efectuarse mediante aviso publicado por cada sociedad participante con no menos de diez días de anticipación a la fecha de la celebración de la junta o asamblea.

Sobre el particular debemos anotar lo siguiente:

- i) El artículo 349 es aplicable a todos los tipos societarios que pretendan efectuar una fusión, por lo que no cabe distingo alguno entre una sociedad colectiva o en comandita o una sociedad anónima.
- ii) Nótese que el artículo 349 señala que la convocatoria a junta o asamblea debe realizarse mediante la publicación de un "aviso". En tal sentido, en "toda" escisión, la convocatoria a junta general o asamblea debe efectuarse a través de ese medio, independientemente de la regulación particular que pudieran tener las sociedades intervinientes en la escisión.
- iii) El aviso debe ser "publicado por cada sociedad participante". Esto descarta la posibilidad de una convocatoria conjunta de las sociedades que intervienen en la escisión.
- iv) En cuanto al plazo para la convocatoria a junta general o asamblea, la ley ha optado por establecer un plazo mínimo para el aviso de convocatoria de diez días

de anticipación a la fecha fijada para la celebración de la junta o asamblea. Este plazo resulta aplicable para todas las sociedades involucradas en la fusión, independientemente del tipo societario de que se trate.

Cabe precisar que la LGS no señala cuál es el contenido que debe tener el aviso de convocatoria a la junta o asamblea que decidirá la escisión, por lo que se aplicarán las reglas previstas en cada tipo societario para tal efecto. Para el caso de la sociedad anónima, sociedad comercial de responsabilidad limitada y sociedad en comandita por acciones, serán aplicables las reglas previstas en el artículo 116 de la LGS, comentado al tratar el tema de la convocatoria para adoptar el acuerdo de fusión. Para el resto de sociedades será de aplicación lo dispuesto por sus estatutos.

Al igual que en la fusión, en la escisión no será necesaria la convocatoria previa si nos encontramos ante una junta universal, es decir, si se encuentran presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 120 de la LGS. Esta regla también resultaría aplicable a la sociedad en comandita por acciones y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, de conformidad con lo establecido por los artículos 282 y 294 de la LGS, respectivamente.

En cuanto al derecho de información que tienen los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en acto previo al acuerdo de escisión, el artículo 375 establece que desde la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad debe poner a disposición de las personas mencionadas en el párrafo anterior los siguientes documentos:

1. El proyecto de escisión.
2. Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. En el caso de las sociedades que se constituyeron en el mismo ejercicio en que se acuerda la escisión, se exige la presentación de un balance auditado cerrado el último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de escisión.
3. El proyecto de modificación del pacto social y estatuto de la sociedad escindida; el proyecto de pacto social y estatuto de la nueva sociedad beneficiaria; o si se trata de escisión parcial por absorción, las modificaciones que se introduzcan en las sociedades beneficiarias de los bloques patrimoniales.
4. La relación de los principales socios, de los directores y de los administradores de las sociedades participantes.

En este artículo se comete igual error que en el artículo 349 de la LGS, aplicable para el caso de la fusión, al señalarse que los documentos referidos en los párrafos precedentes deben ser puestos a disposición en el domicilio social. Como hemos mencionado al comentar el artículo 349, debió haberse establecido que los aludidos documentos deben ser puestos a disposición en las oficinas de las sociedades participantes, durante el horario de oficina, y no en el domicilio social,

porque este no es un lugar concreto a donde puedan asistir las personas interesadas para recabar la información a que se refiere el artículo 372.

c. Requisitos para la adopción del acuerdo Dada la importancia de la escisión en la vida de las sociedades participantes, y al estar el acuerdo de escisión muy lejos de ser un asunto ordinario, dicho acuerdo debe ser adoptado con los mismos requisitos establecidos en la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y de su estatuto. Al igual que en la fusión, esta regla es aplicable a todos los tipos societarios que se encuentren inmersos en un proceso de escisión y, por lo tanto, lo que uno debe preguntarse antes de adoptar el acuerdo de escisión es cuáles son los requisitos que por ley y estatuto se exigen para acordar la modificación del estatuto de cada una de las sociedades participantes, pues son dichos requisitos los necesarios para adoptar válidamente el acuerdo.

En caso de existir clases de acciones, será necesaria la aprobación previa por junta especial de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen. Asimismo, si la eliminación de la clase o la modificación de las condiciones con las que fue creada, implicara la eliminación o la variación de las obligaciones que los titulares de la clase hubieran asumido frente a la sociedad, a los otros accionistas o a terceros, será necesaria la aprobación de quienes se vean afectados con dicha eliminación o variación. Todo esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la LGS(117).

d. Contenido del acuerdo

Sobre el contenido del acuerdo, cabe citar lo dispuesto por el artículo 376 de la LGS que establezca lo siguiente:

"Artículo 376.- Contenido del acuerdo

(...) las juntas generales o asambleas de cada una de las sociedades participantes aprueban el proyecto de escisión en todo aquello que sea expresamente modificado por todas ellas, y fijan una fecha común de entrada en vigencia de la escisión".

Al igual que en la fusión, el acuerdo de escisión deberá necesariamente pronunciarse sobre: i) la aprobación del acuerdo de escisión; y ii) la fecha en común de entrada en vigencia.

Sobre la aprobación del proyecto de escisión nos remitimos a los comentarios efectuados al tratar este tema en la fusión, con el comentario adicional que en el citado artículo 372 se establece expresamente que las modificaciones al proyecto de escisión deben ser efectuadas por todas las sociedades participantes. Esto resulta totalmente acertado y refuerza el carácter único del acuerdo de escisión. Hubiera sido pertinente una norma similar en el caso de la fusión.

Con respecto a la fecha de entrada en vigencia en la escisión regulada en el artículo 378 de la LGS, debemos señalar lo siguiente: i) es fijada por las sociedades participantes de la escisión en el acuerdo de escisión; ii) se trate

una fecha común para todas ellas; iii) tiene como efecto inmediato el cese de las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades escindidas, ya se extingan o no, los cuales son asumidos por las sociedades beneficiarias de los bloques patrimoniales; y iv) a pesar de su inmediata entrada en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo correspondiente, la escisión queda supeditada a su inscripción en los Registros Públicos.

Finalmente, conviene mencionar que para el caso de la escisión son pertinentes, la discusión planteada y los comentarios vertidos al tocar el tema de la fecha de entrada en vigencia de la fusión.

e. Publicación del acuerdo de escisión

De conformidad con lo establecido en el artículo 380 de la LGS, cada uno de los acuerdos adoptados por las juntas o asambleas de las sociedades participantes debe ser publicado por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso. Dichos avisos podrán ser publicados de forma independiente o conjunta por las sociedades participantes. Al igual que en la fusión, esta obligación es un mecanismo de información a favor de los socios o accionistas y de los acreedores de las sociedades participantes para asegurarles el ejercicio de los mecanismos de defensa previstos en la LGS para esta operación.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 124 del Reglamento del Registro de Sociedades, los avisos publicados deberán ser insertos en la escritura de escisión junto con una constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada por cada una de las sociedades participantes en la escisión, de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores oponiéndose a la escisión, y si hubiera habido oposición por parte de algún acreedor, deberá adjuntarse la resolución judicial que declare que la sociedad ha pagado, garantizado a satisfacción del juez, o que se ha notificado al acreedor que se ha constituido fianza a favor del acreedor o la aceptación del acreedor del desistimiento del acreedor a la oposición operada.

f. Escritura pública de escisión

La escritura pública de escisión debe ser otorgada una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso de escisión, si no hubo oposición al acuerdo(118). Si por el contrario, se presentó oposición al acuerdo y ésta fue notificada por el acreedor dentro del plazo antes mencionado, la escritura pública deberá ser otorgada una vez levantada la oposición o concluido el proceso judicial que declare infundada la oposición.

En cuanto al contenido de la escritura pública de escisión debemos remitirnos a lo dispuesto en el artículo 381 de la LGS, el cual establece los documentos e información que debe contener dicho documento público, a saber: i) los acuerdos de las juntas o asambleas de las sociedades participantes; ii) los requisitos legales del pacto social y estatutos de las nuevas sociedades; iii) las modificaciones del pacto social y estatuto y del capital de las sociedades participantes; iv) la fecha de

entrada en vigencia de la escisión; v) la constancia de publicación de los avisos del acuerdo de escisión; y vi) la constancia de haber cumplido con los requisitos del artículo 380, dejando libertad a las sociedades para incorporar los demás pactos que estimen pertinentes.

Adicionalmente a lo señalado en el artículo 358 de la LGS, la escritura pública de escisión deberá contener la documentación e información mencionada en el artículo 124 del RRS, la cual se encuentra relacionada con los avisos de escisión, la relación detallada y valorizada de los elementos del activo y pasivo que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión, los derechos especiales que serían extinguidos o modificados con motivo de la escisión y la referencia a la cifra del capital social de la sociedad receptora del bloque patrimonial, en función del valor de transferencia de los bloques patrimoniales de las sociedades escindidas(119).

j. Balances

En relación con la formulación de los balances de la escisión debemos señalar que la LGS ha establecido idéntica regulación que en la fusión, por lo que nos remitimos a los comentarios efectuados al tratar este tema en la fusión.

IV. CONCLUSIÓN

Como hemos podido advertir de lo expuesto en el presente artículo, la LGS vigente ha recogido una serie de disposiciones que desarrolla ciertos temas que no estaban adecuadamente regulados o no se encontraban previstos en la ALGS. Sin duda, la regulación establecida por la LGS constituye un gran aporte para el derecho de sociedades en nuestro país. No obstante, somos conscientes de que aún existen algunas disposiciones que son susceptibles de mejora y esperamos que este artículo contribuya en algo para ello.

EL GERENTE GENERAL

Alonso REY BUSTAMANTE
Jorge TRELLES CASTRO-MENDIVIL

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende discutir de manera general sobre la institución del gerente general, su naturaleza. Es decir, de dónde proviene el cargo de gerente general, por qué se designa a un gerente, las funciones que debe cumplir éste, el tratamiento del gerente general de acuerdo a la Ley General de Sociedades, su responsabilidad y cómo debe ejercer el cargo un gerente en una sociedad con prácticas de buen gobierno corporativo.

Asimismo, resulta necesario hacer mención al rol que cumple el gerente general dentro del Gobierno Corporativo, resaltando la importancia de la transparencia y eficiencia de la administración de una sociedad, que se verá reflejada en el mayor valor que se le pueda dar a esta última, y por ende, a sus accionistas.

Resulta interesante iniciar este pequeño estudio del gerente general recordando un poco la historia. El origen del administrador de la sociedad se remonta a la Edad Media. Esta institución nace de la necesidad que tenían los comerciantes de contar con una persona que se encargara de las ventas en localidades lejanas. Así, al dueño del negocio le resultaba imposible o sumamente complicado y costoso estar presente en todo el proceso comercial, debiendo delegar algunas funciones en terceros de su confianza, elemento que, si bien sigue siendo importante, ha ido evolucionando con el tiempo.

De este modo, con el origen de esta nueva institución, empieza la división entre la propiedad y la gestión. Con el paso de los siglos el proceso de división se hace cada vez más marcado. El administrador se vuelve un especialista de su actividad y la confianza de éste con los propietarios, que en un momento tenía como origen las relaciones personales, tiene ahora como origen el mayor o menor valor que el administrador le pueda dar al negocio.

1. El gerente general

De conformidad con nuestra legislación societaria, el gerente general es uno de los dos órganos de administración con que cuenta la sociedad. Es el producto de la división entre la propiedad y la gestión; es la respuesta a la necesidad de especialización y profesionalismo en la administración de una sociedad.

Como bien señala Enrique Elías, "el trabajo de la gerencia se circunscribe a la ejecución de los actos que exige la correcta conducción de los negocios,(1).. y para lograr la "correcta conducción" es necesario que el gerente general no sea cualquier persona, sino un profesional, un especialista en el tema. Una persona con las cualidades y los conocimientos necesarios para enfrentar el día a día de la empresa.

El gerente general, a diferencia de otros órganos sociales como el directorio, adopta sus decisiones individualmente (2). Es decir, esa sola persona debe evaluar y decidir respecto a la totalidad de problemas que se van generando día a día en una sociedad. Es la cabeza visible de una empresa. Como bien dice Sánchez Calero, "corresponde a los administradores la gestión de la empresa y la representación de la sociedad"(3).

En este mismo sentido, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría señalan que "la sociedad anónima, para su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez, que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros,(4).

Así, el gerente general tiene una doble función, por un lado la de ejecutor en la gestión del negocio, y por otro la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado, consumidores, entidades estatales, entre otros.

2. Características del gerente general

Uno de los elementos que más caracteriza al gerente general es su naturaleza ejecutiva. Este órgano social fue creado para ser el ejecutor de las decisiones que tomaran los órganos colegiados.

Para tales efectos, la persona a ser designada como gerente general debe ser un conocedor del negocio. Este requisito no solo es necesario para ejecutar las órdenes que reciba del directorio o incluso de la junta general de accionistas, sino que es necesario para cumplir con su principal objetivo: generar el mayor valor posible a la sociedad.

Una segunda característica que cabe mencionar es la subordinación a la que se encuentra sometida el gerente general respecto a otros órganos sociales. Resulta interesante citar a Bolaffio, Rocco y Vivan te, que hablando de los administradores como órgano social de las sociedades, señalan que "...105 mismos son considerados por la ley como un necesario elemento constitutivo del ente social, llamado a formar y expresar su voluntad -en forma subordinada normalmente a la asamblea- según las reglas de constitución del ente (5). Es decir, que el gerente general como uno de los órganos sociales tiene una voluntad subordinada a los

órganos jerárquicamente superiores como son la junta de accionistas y el directorio.

Pero dicha subordinación no está referida solo al cumplimiento de los acuerdos que adopten los órganos colegiados, sino que está subordinado al cumplimiento del objetivo para el cual fue colocado en dicha posición: obtener el mayor valor posible del negocio.

En otras palabras, el gerente general debe generar las mayores utilidades posibles para los accionistas -los reales propietarios de las empresas-, para que éstos le renueven su confianza.

3. Diferencias con el directorio

Una de las principales diferencias con el directorio es que el gerente general no es un órgano social colegiado sino, por el contrario, es un ejecutivo de las decisiones del directorio. Es decir, el gerente general no requiere de nadie más para tomar las decisiones diarias de la sociedad, sin embargo debe tener como objetivo la obtención de rentas para los accionistas.

Asimismo, podemos señalar que el gerente general ejerce su poder o mandato de una delegación específica o general del directorio o de la junta general. En este sentido, el gerente tiene un marco de actuación determinado por el directorio y las facultades encargadas a éste por los órganos sociales. Es decir, el gerente general, a diferencia del directorio, no tiene voluntad propia en aspectos en los cuales el directorio ha decidido sobre un aspecto, el cual deberá ser ejecutado por el gerente general.

II. FUNCIONES DEL GERENTE GENERAL EN LA ACTUAL LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Por otro lado, resulta conveniente mencionar que, por el hecho de ser designado como tal, el gerente general adquiere las facultades mínimas para administrar y ejecutar los actos necesarios para el funcionamiento de la sociedad.

1. Funciones establecidas en la ley

El artículo 152 de la Ley General de Sociedades es la norma que regula de manera general el ámbito de las funciones del gerente general. Este artículo señala que "la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247". Siguiendo la teoría del órgano recogida por esta ley -según la cual, la sociedad tiene una estructura interna compleja, donde las funciones de representación, gestión y actuación se atribuyen a diferentes órganos-, los administradores son órgano de representación y gestión.

La excepción dispuesta en el artículo 247 de la Ley General de Sociedades; des se refiere al caso del directorio facultativo de las sociedades anónimas :<2 cerradas, en las que, ante la ausencia de directorio, el gerente general asume también las funciones de aquél.

Por otro lado, el artículo 188 de la Ley General de Sociedades es la norma, que establece las atribuciones de los gerentes. Sin embargo, conviene hacer la precisión de que es la sociedad la encargada de decidir qué funciones encargará a su gerente o gerentes. En este sentido, existe la plena posibilidad de que la sociedad otorgue al gerente las funciones que crea convenientes, caso contrario, se presume que posee las que establece el artículo bajo análisis. En este sentido, la sola designación del gerente general por el directorio en el acto constitutivo sin la mención expresa de sus facultades, implica que dicho funcionario tiene las atribuciones del artículo 188 de la Ley General de Sociedades. Queda claro que si es el directorio el que designa a los gerentes, no podrá otorgarles facultades que excedan a las del propio directorio; asimismo, si es la junta general, no podrá otorgar facultades reservadas a ella misma o al directorio.

Es decir, el referido artículo 188 constituye una norma dispositiva, pudiendo consignarse las atribuciones de cualquier gerente en el estatuto, en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior. Como hemos dicho, el artículo 188 admite pacto en contrario, constituyendo por lo tanto una presunción iuris tantum.

Toda sociedad anónima debe tener al menos un gerente general, cuyas facultades mínimas, salvo disposición distinta de la sociedad, son las siguientes: (i) celebración y ejecución de actos ordinarios dentro del objeto social, lo cual viene siendo una facultad indispensable en el desarrollo de toda sociedad; (ii) representación procesal de la sociedad; (iii) ser secretario en las juntas generales de accionistas y en las sesiones de directorio, con voz pero sin voto; y, (iv) la emisión de constancias y certificaciones de libros y registros de la sociedad.

Del mismo modo, es relevante no perder de vista lo señalado en el artículo 190 de la Ley General de Sociedades, que si bien no establece funciones y atribuciones, lo que hace es delimitar hasta dónde alcanza la responsabilidad del gerente. A partir de esta norma, es posible determinar qué otras funciones se espera que ejerza el gerente. Así por ejemplo, el gerente debe controlar el empleo adecuado de los activos de la sociedad, la autorización de toda operación efectuada, así como su registro. El gerente debe, igualmente, revelar cualquier irregularidad que observe en las actividades sociales, y facilitar a los accionistas los documentos, mociones, proyectos, balances y en general toda la documentación prevista en los artículos 130 y 224 de la misma Ley General de Sociedades.

2. La representación procesal

Dentro de las facultades conferidas al gerente general, una de las más saltantes y particulares es la de representación procesal, detallada en el artículo 14 de la Ley General de Sociedades. Dicha norma señala en su último párrafo lo siguiente: "El

gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto". A este punto volveremos más adelante.

El artículo bajo análisis establece como regla imperativa que el apoderamiento de los representantes adquiere eficacia jurídica desde el momento en que éstos manifiestan tácita o expresamente su aceptación, con lo cual se guarda coherencia con lo dispuesto por el artículo 141 del Código Civil acerca de la manifestación de voluntad.

La sociedad a su vez tiene la obligación de inscribir el apoderamiento, su revocación, modificación, renuncia o sustitución en el registro. Sin embargo, sostiene Enrique Elías que "la obligación de inscribir no supone un requisito de eficacia del apoderamiento ni de su aceptación. En efecto, el tercer párrafo del artículo 16 de la ley permite que cualquier persona pueda ampararse en los actos y acuerdos adoptados por la sociedad, que deben inscribirse, aun cuando tal inscripción no se haya producido)". Si esto es así, es decir, si la inscripción no producirá ningún efecto sobre el nombramiento y, por otro lado, si cualquier tercero puede invocar los actos y acuerdos societarios no inscritos, debemos concluir entonces que la norma se está refiriendo simplemente a que para que los actos de la sociedad resulten oponibles frente a terceros, deben ser necesariamente publicados lo cual no es sino una manifestación concreta del artículo 2012 del Código Civil, que contempla el principio de publicidad.

Ahora bien, concordamos con Elías cuando afirma que "la sola inscripción de los poderes otorgados por una sociedad no exime al tercero de su deber de verificar si los poderes fueron otorgados o delegados por el órgano social competente para tales efectos. Esta afirmación guarda armonía con el artículo 12 de la Ley General de Sociedades, según el cual la sociedad queda obligada por los actos celebrados por sus representantes dentro de las facultades que se les haya conferido, aunque tales actos excedan el objeto social. Por ende, cualquier tercero debe verificar que la persona que actuó en representación de la sociedad tenía suficientes facultades para celebrar el acto jurídico. Y esto último, evidentemente, se aprecia a partir de la competencia del órgano que otorgó las facultades, como del alcance de las facultades mismas concedidas.

Volvamos ahora al último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Sociedades. Dicha norma recoge una disposición contenida en la Ley N° 26539, conforme a la cual los gerentes y administradores gozan de las facultades especiales y generales de representación mencionadas en el Código Procesal Civil, por el solo mérito de su nombramiento.

Al respecto, el artículo 74 del Código Procesal Civil contiene las facultades generales, legitimando al representante para intervenir en un proceso y realizar todos los actos del mismo, con excepción de aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado. Por otro lado, la norma que

recoge las facultades especiales de representación es el artículo 75 del mismo cuerpo legal, y dentro de éstas se encuentran todos los actos dispositivos de" derechos sustantivos, así como la posibilidad de demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas, sustituir o delegar la representación procesal y demás actos que exprese la ley.

Estas facultades se rigen, además, por el principio de literalidad (el cual emana del propio artículo 75), de manera que "no se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente". Pues bien, hemos visto que para el caso de los gerentes y administradores, la Ley General de Sociedades establece una regla distinta, por cuanto parte de la presunción opuesta, es decir, se presume que el gerente o el administrador -según sea el caso- goza de las facultades generales y especiales, salvo disposición estatutaria en contrario.

Como vemos, estamos frente a dos normas, el Código Procesal Civil y la Ley General de Sociedades, que regulan en este caso el mismo supuesto (como son las facultades conferidas a los representantes) de manera contradictoria. A partir de aquí no sería extraño sostener que por el principio de especialidad de la norma, debería prevalecer la contenida en el Código Procesal Civil. Sin embargo, nosotros consideramos que las normas contempladas en la Ley General de Sociedades son adecuadas al disponer que su sola designación otorga al gerente general todas las facultades establecidas en los artículos 74 Y 75 del Código Procesal Civil, por cuanto de otro modo sería muy sencillo (y esto ha sucedido en varias oportunidades) aducir la representación insuficiente del gerente general, con la finalidad de evitar la responsabilidad de la sociedad. Lo mismo ha sucedido de manera inversa, cuando -por ejemplo- el juez desconocía las facultades de representación procesal del gerente general por no aparecer sus facultades del texto expreso del poder otorgado a su favor, lo que le impedía a la sociedad poder defenderse adecuadamente.

Nuestra jurisprudencia por su parte, viene entendiendo que no existe ningún conflicto en este caso, dando así aplicación efectiva al artículo 14 de la Ley General de Sociedades, y entendiéndolo como una excepción al artículo 75 del Código Procesal Civil.

III. RESPONSABILIDAD DEL GERENTE GENERAL

De manera general, podemos decir que la figura de la responsabilidad civil consiste en trasladar la carga del daño del victimario a la víctima. El daño no desaparece, sino que se traslada de una persona a otra. Cuando dicho traslado no sea eficiente, la carga del daño se mantendrá en la víctima (8). Esto quiere decir que no todo daño debe ser indemnizado, sino solo aquellos que valgan la pena.

Para poder determinar cuándo es eficiente el traslado de la carga del daño, debemos analizar si se está cumpliendo con el objetivo de la responsabilidad civil. De acuerdo con Calabresi, los sistemas de responsabilidad buscan reducir cuatro tipos de costos:

i) Costos primarios: Son aquellos costos originados directamente del acto dañino. Así, un ejemplo de ello es el siguiente: el gerente general de una empresa, actuando negligentemente le causa daños a la sociedad por 100. En ese caso, los costos primarios son 100.

El principal objetivo de los sistemas de responsabilidad civil es el de reducir este tipo de costos. Y es en virtud de ello que principalmente se traslada la carga del daño. El sistema legal traslada la carga del daño de la víctima al victimario, porque considera que el victimario está en mejor posición de evitar que el daño se produzca. En ese sentido, si el victimario es responsable, y el sistema traslada en él la carga del daño, éste se verá incentivado a evitar que el daño ocurra. Cabe mencionar que esto último ocurrirá si el daño producido es mayor al beneficio obtenido por el victimario, ya que en caso contrario, aun cuando la carga del daño se le traslade al victimario, éste obtendrá un beneficio mayor, por lo que de todas maneras el daño se producirá.

En este punto surge una primera cuestión, que para el caso del gerente general será analizada con mayor detalle en las siguientes páginas, y es la referida al tipo de responsabilidad que resulta más eficiente con el objetivo de reducir los llamados costos primarios para las sociedades en caso de daños causados por actos del gerente general.

ii) Costos secundarios: Este segundo tipo de costos, siguiendo la clasificación esbozada por Guido Calabresi y adoptada por Fernando de Trazegnies, está referida a la compensación de la víctima. Si una persona con muchos ingresos sufre la carga del daño, el costo será menor a que si una persona con pocos ingresos sufriera la carga del daño. Así, en caso de que una persona tuviera un millón de soles, y tuviera que pagar 100 soles por el daño que causó, no sería lo mismo a que una segunda persona tuviera mil soles, y tuviera que pagar los mismos 100 soles. Por tal motivo, la mejor forma de reducir los costos secundarios es distribuyendo el daño entre la mayor cantidad de personas (a través de los sistemas de seguros), o que la persona con el mayor patrimonio sufra la carga del daño.

iii) Costos terciarios: Son los costos administrativos tales como abogados, jueces, peritos entre otros. Un buen sistema de responsabilidad civil debe buscar que los costos en los que incurre el sistema al momento de trasladar la carga del daño, sean los menores posibles.

Esto último lo explica claramente Alfredo Bullard: "Se requiere de un sistema administrativo, normalmente de un aparato judicial, para atribuir responsabilidad al causante. Hay que contratar abogados, mantener un sistema de jueces, actuar pruebas, perder tiempo, trabar embargos e incurrir en muchos gastos y costos

adicionales, para lograr que el costo del daño se transfiera de la víctima al responsable'(9).

De esta forma, solo en tanto se logren reducir los costos antes mencionados, deberán existir los sistemas de responsabilidad.

En el caso de la responsabilidad del gerente general, los llamados costos primarios se ven reducidos ya que la carga del daño recae sobre la persona que mejor puede evitar que ocurra el acto lesivo. Se generan los incentivos necesarios en el gerente general para que éste tome las precauciones necesarias, y así evitar que el acto dañino ocurra. Sin embargo, no debemos buscar que el gerente general prevea todos los actos lesivos, ya que descuidaría la administración de la empresa. Se debe buscar un equilibrio, el punto "eficiente", donde el gerente general está preocupado por darle la mayor rentabilidad posible a las inversiones hechas por los accionistas, y cuidando de no cometer actos lesivos. Un típico ejemplo es el gerente general en una institución pública, donde está cuidando que Auditoría Interna o Contraloría vaya a plantear reparos a su gestión por no haber seguido al pie de la letra una directiva ineficiente y poco óptima (10). En estos casos el gerente general pierde la visión y misión de la entidad que administra. Respecto a los costos secundarios. al existir responsabilidad en el gerente general, se generan incentivos para que éste contrate un seguro, de modo que la carga del daño se ve distribuida.

Sobre los costos terciarios, no es muy claro que el sistema contenido en la Ley General de Sociedades logre reducirlos, ya que, como veremos, es necesario incurrir en una serie de gastos para obtener la indemnización correspondiente. Pasemos ahora a analizar de manera muy general cuáles son básicamente los dos sistemas de responsabilidad civil.

En primer término tenemos a la responsabilidad objetiva. En estos casos, la premisa es que quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. No es necesario que el victimario haya incurrido en negligencia. Por el solo hecho de causar el daño debe repararlo.

Por otro lado, tenemos el sistema de responsabilidad subjetiva. En este caso, la premisa es que quien causa un daño a otro está en la obligación de indemnizarlo solo si el victimario ha tenido culpa al causar el daño. En el caso del gerente general, la Ley General de Sociedades ha optado por un sistema de responsabilidad subjetiva, estableciendo la regla de la culpa para cuatro -supuestos distintos:-

Dependiendo de qué sistema adopte la norma legal, se podrán reducir de mejor o peor manera los costos antes mencionados. Así, a manera de ejemplo, los sistemas de responsabilidad objetiva reducen de mejor manera los costos terciarios (administrativos) que los sistemas de responsabilidad subjetiva, ya que en los primeros no es necesario probar la culpa o negligencia.

Para el caso de la responsabilidad del gerente general, existe un objetivo más, que se suma a los mencionados anteriormente. Éste es el de la fiscalización, el de controlar la gestión de la empresa. Así lo establece Fernando Sánchez Calero al comentar la Ley de Sociedades Anónimas española: "Se ha hecho notar, justamente, que la responsabilidad de los administradores, tras la función de mecanismo de reparación de un daño que está implícito en toda exigencia de responsabilidad, late también el objetivo de control de la gestión de quienes, a través del órgano administrativo, pueden llegar a concentrar un importante poder de decisión, buscando un equilibrio entre poder y responsabilidad"(11).

Si bien en la legislación española no se recoge la figura del gerente general, el concepto antes mencionado es perfectamente aplicable a la mencionada figura. En este orden de ideas, al imputarle responsabilidad al administrador, se busca fiscalizar la gestión del día a día de la empresa, ya sea que esta fiscalización se haga efectiva a través del directorio, o por medio de los accionistas. En ambos casos se busca la buena gestión de la empresa.

Ahora bien, se debe buscar el punto intermedio, aquel equilibrio que se encuentra en controlar al gerente general, y permitirle desenvolverse de la forma más conveniente para el beneficio de todos los accionistas. Así, en caso se genere mucha responsabilidad al gerente general, lo único que se va ~ lograr es que éste se preocupe más por ser inmune a ella antes que por el bienestar de la sociedad, como es el caso de las entidades públicas antes comentado. Mientras que si se le da mucha libertad, puede terminar perjudicando los intereses de la sociedad y terceros, en beneficio propio.

1. Responsabilidad del gerente general en la Ley General de Sociedades

La Ley General de Sociedades ha establecido en el artículo 190, el sistema de responsabilidad que se debe aplicar al gerente general. En el primer párrafo del artículo 190 se señala lo siguiente: "El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave".

Primero que nada, debemos delimitar el alcance del artículo. La responsabilidad del gerente general está referida a los daños que se ocasionen dentro de la gestión del administrador. Es decir, el referido artículo está destinado a que se reparen los daños producidos por el gerente general en el ejercicio de sus funciones.

Un segundo elemento que debemos tomar en cuenta es el referido al sujeto pasivo del daño. Tal como lo establece la norma, no hay limitación alguna para establecer el sujeto pasivo. La norma no solo protege a la sociedad o a los accionistas, sino a cualquier tercero en general. No solo se busca fiscalizar la gestión del administrador, protegiendo a la sociedad y sus accionistas, sino que se

busca evitar que ocurra cualquier acción dañosa, sea o no perjudicial para la sociedad.

Asimismo, al considerarse al gerente general como una persona experta en su puesto, que tiene los mayores conocimientos del funcionamiento de la empresa y que es, a su vez, quien ejecuta, o por orden de quien ejecuta, los actos necesarios para llevar a cabo el objeto social, es quien está en mejor posición para evitar que ese daño pueda ocurrir. Por tal motivo, el gerente general es quien debe sufrir la carga del daño de modo que tenga los incentivos necesarios para tomar las precauciones debidas y evitar que el daño vuelva a ocurrir.

La Ley General de Sociedades en su artículo 190 ha establecido un sistema de responsabilidad subjetiva. El gerente general no será responsable salvo que tenga culpa. Y el artículo establece que el gerente general será culpable si concurre alguno de los siguientes elementos:

- (i) abuso de sus facultades
- (ii) incumplimiento de sus obligaciones
- (iii) dolo
- (iv) negligencia grave

Así, la regla es que el gerente general no responde por ningún tipo de daño, salvo que incurra en culpa, es decir, que concurren alguno de los elementos mencionados en el párrafo anterior.

Así, la ley establece que el Gerente General responderá -en términos generales- por los daños que ocasione en casos de incumplimiento de sus obligaciones. Ahora, para que esto último funcione, es necesario que se detalle cuáles son las obligaciones del gerente general. Por tal motivo, el artículo 190 hace un listado de las obligaciones que debe cumplir el gerente general, y que en caso de incumplimiento, responderá por el daño que cause. En estos casos, basta que se pruebe el daño causado y la obligación incumplida para que se obligue al gerente general a que responda por los daños.

Siguiendo con lo dicho en el párrafo anterior, creemos necesario hacer un breve análisis de cada una de las obligaciones del gerente general establecidas en el artículo 190:

a) El gerente general será responsable por la existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante. Esta obligación, en lo que respecta a la veracidad, está referida además a todos los libros que la empresa lleve, sin limitación a los establecidos por la norma.

La norma ha puesto como punto de referencia al ordenado comerciante. El gran problema radica en determinar quién es el ordenado comerciante. Este problema adquiere gran importancia si tomamos en cuenta que en el supuesto que se demande al gerente general por incumplir la obligación mencionada, quien deberá establecer cuáles son los registros que debe llevar el ordenado comerciante es el

juez o un tribunal arbitral en caso se hubiere pactado en el estatuto una cláusula arbitral para las controversias entre los funcionarios y la sociedad. Es decir, el juez o árbitro, por un., momento, deberá convertirse en el famoso "ordenado comerciante-, Y determinar qué registro debió o no llevar el gerente general. Será el juez o árbitro -quien probablemente de administración y comercio no tengan mayor conocimiento- el encargado de establecer qué registros debe llevar el ordenado comerciante. Por otro lado, hasta a las empresas más minuciosas y rigurosas en el cumplimiento de las normas se les puede pasar la excesiva normatividad administrativa que emiten las innumerables autoridades administrativas.

b) El gerente general debe establecer y mantener una estructura de control interno diseñada para supervisar el uso de los activos de la sociedad, las operaciones que se efectúen y el registro de las mismas.

c) El gerente general está obligado a que toda la información que proporcione al directorio y la junta general sea veraz. Asimismo, será responsable por ocultar las irregularidades que encuentre en las actividades de la sociedad. Esta obligación es fundamental para la eficiente fiscalización que pueda ejercer tanto el directorio como la junta general. En este sentido el gerente general debe cumplir con informar sobre cualquier irregularidad que pueda tener efectos negativos en los aspectos administrativos y económicos de la sociedad.

d) El gerente general responde por la conservación de los fondos sociales a nombre de la sociedad y el empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad. Ambas obligaciones están referidas al adecuado uso de los activos de la sociedad, por cuanto los accionistas han realizado una inversión con el objeto de obtener una renta. Para ello han confiado los recursos y activos de la sociedad al gerente general y éste no puede apartarse del objeto social sin incurrir en responsabilidad.

Además, respecto a la responsabilidad que se le imputa al gerente general por el empleo de activos de la sociedad en actividades distintas al objeto social de la empresa, cabe mencionar que ésta no desaparecerá si contara con la expresa aprobación del directorio o de la junta general, ya que en virtud del artículo 194 de la Ley General de Sociedades, es nulo todo acuerdo destinado a absolver en forma ante lada de responsabilidad al gerente.

e) El gerente general está obligado a velar por la veracidad de las constancias y certificados que expida respecto al contenido de los libros y registros de la sociedad, así como por la veracidad de la información contenida en los balances, estados financieros y estado de pérdidas y ganancias de la empresa.

f) El gerente general está obligado de proveer a los accionistas de la información necesaria para participar en la junta general de accionistas. La información a ser proporcionada dependerá de la agenda de cada junta. Asimismo, dicha información deberá estar al alcance de los accionistas desde la fecha en que se convoca a junta.

Esta obligación resulta elemental para que los accionistas puedan decidir en la junta de accionistas lo mejor para sus inversiones. Sin embargo, consideramos necesario comentar más sobre esta obligación.

En la práctica sucede que el accionista llega a la junta de accionistas y le gerencia no tiene ni siquiera los documentos completos. Por otro lado, los documentos presentados no sustentan el acuerdo que se pretende tomar.

Por todo ello, resulta indispensable que el derecho de información de los accionistas y la obligación del gerente general de dar la información correcta y oportuna es imprescindible para la buena marcha de la sociedad.

g) El gerente general está obligado en términos generales al cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general y el directorio.

Este último supuesto podría dar la impresión de contradecir a otros como por ejemplo aquel que le imputa responsabilidad al gerente general por el empleo de recursos sociales en negocios distintos al objeto de la sociedad, así como el de llevar los libros que correspondan de acuerdo a la ley. Porque si la junta general de accionistas decidiera llevar acabo cierta actividad no comprendida en su objeto social, y para ello encomendara al gerente general determinadas obligaciones, este último se encontraría ante una encrucijada: (i) por un lado tiene que cumplir con los acuerdos de junta general y (ii) por otro lado, el gerente general es responsable por el empleo de recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad.

Para el caso mencionado anteriormente, vale la pena citar el artículo 191 de la Ley General de Sociedades: "Artículo 191.- Responsabilidad solidaria con los directores. El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participen en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general".

En el ejemplo que estamos analizando, el artículo recién citado no sería de aplicación por cuanto el artículo 191 está pensado en el supuesto de que el gerente general y algunos miembros del directorio actúan de forma, conjunta. Pero de ninguna manera se refiere al caso en que el gerente general actúa de forma conjunta con acuerdo del directorio o de la junta general como órganos colegiados.

Finalmente, debemos analizar a qué se refiere la norma cuando hace mención al abuso de facultades. Al respecto, Enrique Elias Laroza dice:

"Los casos típicos de abuso de facultades son la toma de acuerdos que exceden el objeto social, el uso de recursos de la sociedad en beneficio propio, directo o indirecto, y la utilización indebida del cargo en detrimento de la sociedad"(12).

Por otro lado, el artículo 191 establece que el gerente general será responsable por los daños que ocasione en el ejercicio de su cargo, siempre y cuando haya dolo o negligencia grave.

Tal como lo establece Elías Laroza, el concepto de dolo debe ser considerado en su más amplia acepción. Incluye la acción y la omisión, principal e incidente, directo y eventual(13).

Un poco más difícil es establecer en qué casos el gerente general se encuentra en negligencia grave. ¿Cómo establecer el límite que divide a la negligencia leve de la negligencia grave? La forma comúnmente adoptada es recurrir a un modelo de referencia: el "ordenado comerciante", aun cuando en la realidad esta persona no exista ni nadie lo conozca. Pero lo peligroso en este punto es, repitiendo lo dicho anteriormente, que quien determinará cuáles son los parámetros del ordenado o debido comerciante(14) es el juez o árbitro cuando reciba la demanda por indemnización de daños y perjuicios en contra del gerente general. Estamos poniendo en manos del juez o del árbitro la responsabilidad de determinar cuáles son las características de este famoso pero incierto comerciante. A partir de este hecho, surge la pregunta si el juez, en especial el juez peruano, una persona que probablemente solo haya hecho estudios de Derecho y no de comercio y administración, está capacitado para ponerse en la mente del ordenado comerciante y determinar cuáles son las acciones que esta persona hubiera adoptado en el caso que le compete.

Una segunda objeción nace de ¿por qué el legislador ha optado por la negligencia grave y no por la negligencia leve? Esto resulta relevante si tomamos en cuenta que el gerente general debería ser una persona conocedora del giro del negocio, del funcionamiento de la empresa, debería contar con los conocimientos suficientes para sacar adelante una determinada actividad. Entonces, si partimos de la premisa de que estamos ante una persona medianamente calificada, ¿por qué ponemos la barrera de la responsabilidad tan alta?

Para ello es necesario analizar el concepto de negligencia leve según el artículo 1320 del Código Civil, que establece que "actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar".

Por supuesto el gerente general debe ser responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad si por cualquier acción u omisión de éste se le causa un daño. En efecto, el aceptar el cargo de gerente general implica aceptar que se encuentra preparado profesionalmente para llevar a cabo el desarrollo del objeto social. Por ello, el gerente general tiene que ser responsable por omitir la diligencia ordinaria en cualquier acto que cause un perjuicio a la sociedad por un acto u omisión suyo, caso contrario, nunca debió aceptar el cargo y rechazar cualquier responsabilidad.

Finalmente, parte de la doctrina establece que el gerente general debería ser responsable por cualquier daño que ocasione. Que se le aplique un sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, esto ocasionaría que el gerente general tome tantas precauciones en su gestión que se terminaría perjudicando a la sociedad, como en el caso de las entidades públicas, donde pierden la visión del

negocio y se preocupan en no realizar actos, inclusive, en beneficio de la sociedad o entidad que administran, por temor a ser denunciados.

Sin embargo, es interesante mencionar el tratamiento otorgado por el Código Civil en lo que se refiere a la responsabilidad de los profesionales en la prestación de servicios. En este sentido, el artículo 1762 del Código Civil señala lo siguiente: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable". Por tanto, podríamos concluir que siendo el gerente general un profesional con cierta educación y especialidad en la labor a desarrollar, resulta también razonable que solo responda por los daños causados por dolo o culpa inexcusable. Además el gerente general debe tener un margen de error, que es la culpa leve, porque de lo contrario solo se estaría preocupando, como los gerentes de empresas públicas, de cumplir con todas las formalidades para cada caso y no rentabilizar la inversión de sus accionistas o ver el negocio futuro para la sociedad.

2. Acción de responsabilidad

La Ley General de Sociedades en el artículo 189, establece que son aplicables al gerente general las reglas de responsabilidad contenidas para los directores. En ese sentido, la acción de responsabilidad en contra del gerente general puede ser ejercida al amparo de dos supuestos.

El primero de ellos es el establecido en el artículo 181 de la Ley General de Sociedades, y es el referido a la pretensión social de la responsabilidad. Dicha norma busca proteger el interés de la sociedad, y por ende, como regla general, debe ser ejercida por la sociedad misma. En este sentido, Fernando Sánchez Calero señala que "esta acción tiene como presupuesto que el daño se haya causado a la sociedad y tiende, por tanto, a la defensa de los intereses sociales"(15).

Al respecto, cabe mencionar que lo que el artículo en cuestión protege es el interés de la sociedad, y no el interés individual. Como bien señala Enrique Elías, "jamás pueden confundirse la pretensión social con la pretensión individual (16), ya que si bien es cierto que realmente un perjuicio a la sociedad es un perjuicio a sus accionistas(17), en virtud a la ficción jurídica de distinguir a la sociedad de sus accionistas, se establece que el perjuicio a la sociedad no implica un perjuicio a sus accionistas.

El segundo supuesto es el contenido en el artículo 182 de la Ley General de Sociedades, que se refiere a la acción individual de responsabilidad. El artículo en cuestión hace referencia al daño que hubiere sufrido un tercero, sea éste accionista o no.

Lo que resulta importante señalar es que el daño debe haber sido causado por el gerente general y no por la sociedad. En este sentido, Enrique Elías señala el siguiente ejemplo, cuando hace referencia a la acción de responsabilidad individual en el caso del directorio: "Hay que excluir, en primer lugar, los daños que son imputables a la sociedad misma, aun cuando se originen en acuerdos del directorio. En efecto, no es daño directo de uno o más directores, en contra de accionistas o terceros, que el mismo directorio decida, por ejemplo, no cumplir con una obligación contraída por la sociedad frente a esas personas, cualquiera sea la razón o fundamento de esa decisión del directorio (18).

Asimismo, resulta conveniente señalar la diferencia que existe entre una y otra acción. Como bien señalan Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría, "mientras que la acción social busca el resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio de la sociedad, los daños que la conducta incorrecta o negligente de los administradores provoque directamente en el patrimonio de socios o de terceros han de exigirse a través de la acción individual (19) .

Finalmente, debemos decir que la demanda por indemnización de daños y perjuicios emanada de la responsabilidad civil en la que haya incurrido el gerente general, debe ser presentada dentro de los dos (2) años de producido el daño, ya que el artículo 197 de la Ley General de Sociedades establece que la responsabilidad civil del gerente general caduca a los dos (2) años.

IV. GOBIERNO CORPORATIVO Y EL GERENTE GENERAL

1. ¿En qué consiste el Gobierno Corporativo?

De manera general, se puede afirmar que la noción de Gobierno Corporativo viene constituida por aquellas normas destinadas a regular la adecuada conducción y administración de las sociedades. Sin embargo, conviene precisar qué reglas sobre el Gobierno Corporativo se han dado desde que existen las sociedades, y como muestra de ello se encuentran las diferentes legislaciones societarias; lo que ha ocurrido en los últimos tiempos, en cambio, responde directamente a la percepción de que las prácticas de buen gobierno tienen un impacto directo y significativo en el valor de las sociedades, impulsando su solidez y eficacia.

Tal y como señala Manuel Olivencia Ruiz, presidente de la comisión especial que se encargó del estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades en España, la denominación original Corporate Governance "denota algo más que 'gobernación corporativa', como pudiera deducirse de su traducción literal; la expresión ha pasado a denominar un movimiento, una tendencia innovadora que postula la reforma del modo en que se dirigen y controlan las sociedades cotizadas en bolsa... Como toda reforma, se caracteriza por la voluntad o intención de corregir errores, subsanar defectos, suplir vacíos para evitar riesgos, cambiar a mejor (20)".

Este fenómeno reciente del Gobierno Corporativo, nacido en los países del common law, no comprende únicamente a las normas jurídicas en sentido estricto, sino también a las reglas adoptadas en forma de recomendaciones por parte de las sociedades, o promovidas por entidades como las bolsas de valores, o las asociaciones representativas de las sociedades. Por ello, en opinión de muchos, es este carácter espontáneo y autorregulador el que fortalece las garantías de cumplimiento y respeto a dichas pautas.

En el Perú, la asociación Procapitales con la colaboración de la Bolsa de Valores de Lima, señalan en su Decálogo de Gobierno Corporativo que en un sentido más amplio, el Gobierno Corporativo incluye también a aquellos factores externos a la empresa que influyen sobre el gobierno de ésta, "tales como la liquidez y la eficiencia de los mercados de valores, la actuación de los bancos y otros acreedores, el rol de los organismos reguladores y supervisores, la presión de los trabajadores y de los distintos grupos de interés, etc. En este contexto, las prácticas de buen gobierno comprenden el conjunto de normas jurídicas, reglas de conducta e instituciones en general que fomentan la administración transparente y eficiente de las sociedades, en beneficio de sus accionistas y, en consecuencia, de la economía en general (21)".

El movimiento de reforma que venimos exponiendo no ha tenido cabida únicamente en el common law, pues ha sabido expandirse a los sistemas del civil law, tanto a nivel europeo como americano. Así pues, el fenómeno de la globalización de los mercados impone a las sociedades (mayoritariamente a las cotizadas, pero también a las sociedades no cotizadas y familiares, en lo que sea pertinente) la necesidad de homogeneizar criterios básicos de estructura y funcionamiento. Es así como "la vieja tendencia del Derecho Mercantil a la universalidad se acelera en un mundo global, más impulsada por los protagonistas del mercado que por los legisladores(22)".

2. Función del gerente general en el Gobierno Corporativo

De una visión general de los principales códigos de Gobierno Corporativo a escala internacional, podemos concluir que el tema de la gerencia general no constituye el centro de la atención. Más bien, podemos afirmar con certeza que entre los aspectos abordados con mayor énfasis se encuentran el de las atribuciones, conformación y responsabilidades del consejo de administración, la revelación de información, las auditorías y las facultades y derechos de los accionistas.

Como muestra de lo anteriormente expuesto se puede citar al Código de Mejores Prácticas de México, al Código de la Mejor Práctica (Informe Cadbury) de Inglaterra, o al Código de Buen Gobierno de España (Informe Olivencia). En estos códigos no se hace mención a alguna función particularmente relevante de la gerencia general en lo que respecta al Gobierno Corporativo, por cuanto se

considera que los órganos societarios directamente involucrados son el directorio (denominado "consejo de administración") y la junta general de accionistas.

Sin embargo, en el caso peruano, la situación es distinta. Han sido dos los proyectos realizados como producto del esfuerzo por plasmar códigos éticos de gobierno societario. Así, en noviembre de 2001 el Centro de Estudios de Mercados de Capitales y Financiero (MC&F) publicó el proyecto para discusión y comentario de un Código de Buen Gobierno Corporativo para Empresas Emisoras de Valores. Por otro lado, la Asociación Procapitales y la Bolsa de Valores de Lima han emitido un Decálogo de Gobierno Corporativo en diciembre del mismo año. Si bien ambos proyectos han sido ya objeto de unificación de criterios, es interesante recoger las opiniones vertidas en torno al rol que cumple la gerencia en el Gobierno Corporativo.

El Código del MC&F abordaba el tema de la gerencia de una manera tangencial, al analizar el tipo de relaciones que debía mantener ésta con el presidente del directorio. En ese sentido, era partidario de una clara delimitación entre las atribuciones y responsabilidades del presidente del directorio y del gerente general, delimitación que debía estar contenida en el estatuto o en el reglamento interno de la sociedad. En esta misma dirección, ponía en claro la importancia de procurar separar ambos cargos, o reducir los riesgos de la concentración del poder si es que el presidente del directorio ostenta a su vez el cargo de gerente general. Igual criterio debería seguirse respecto de otros cargos gerenciales.

El Código de Procapitales contiene un tratamiento más extenso en lo referente a la gerencia, recomendando entre otras cosas que ésta sea ocupada por una persona natural y no por una persona jurídica y, de preferencia, que sea parte del directorio por ser el vínculo entre éste y la gerencia. Asimismo, el Código de Procapitales refiere que la gerencia tiene la función de ser portavoz de la sociedad para con terceros, y debe resguardar la revelación oportuna de información a los interesados.

Además, y en coincidencia con lo señalado en el Código de MC&F, se hace mención al claro respeto que debe mantener el gerente general hacia los roles de los gerentes de división, poniendo en evidencia una vez más la trascendencia que tiene para la sociedad una delimitación efectiva de las funciones de sus órganos, de manera que se erradique el principio según el cual quien puede lo más, puede lo menos. Recomienda también el Código de Procapitales, por lo anteriormente expuesto, que no coexistan gerente general y presidente ejecutivo porque se superponen funciones ejecutivas que no resultan convenientes para el beneficio de todos los relacionados con la sociedad.

Dedicándose al tema del directorio, señala que es función de éste el definir con la alta gerencia las metas de la sociedad y los medios para alcanzarlas, lo cual resulta de interés por cuanto normalmente se suele asignar dicha misión de manera exclusiva al directorio. La gerencia debe mostrar de igual manera los mismos principios de responsabilidad, manejo de conflictos y rendición de cuentas que tiene el directorio.

3. Deberes del gerente en torno al Gobierno Corporativo, recogidos legislativamente

Luego de haber analizado someramente algunas de las consideraciones sobre todo a nivel nacional, en lo referente a la función del gerente general dentro del Gobierno Corporativo, daremos ahora una visión a-m que dispone la legislación (concretamente, la española y la peruana) en torno al mismo tema. Es importante comentar la experiencia española en la medida en que se tenga en cuenta la trascendencia que adquiere su legislación dentro de nuestra tradición jurídica, así como la relevancia del Código Olivencia en el camino del Gobierno Corporativo. En tal sentido, la Ley de Sociedades Anónimas española dedica un artículo a reseñar los deberes de los administradores en general, disponiendo simplemente que su cargo debe ser desempeñado "con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal", y más concretamente, imponiéndoles el deber de "guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones". Tales principios son reiterados por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se añade la prohibición de que los administradores compitan con la sociedad en el mismo género de actividad en uno complementario o análogo, salvó autorización expresa de la sociedad.

Resulta entonces que se atribuyen a los administradores los deberes de diligencia y lealtad. En cuanto al primero de ellos, hay que destacar que no existe un concreto modelo de conducta que permita delimitarlo con exactitud. Sin embargo, estamos con Ralmón Segura cuando comenta que "habrá que empezar por admitir que el administrador tiene el deber de adquirir los conocimientos mínimos necesarios para poder desarrollar su función correctamente" (23). Agrega además el deber de administrar en beneficio de todos los accionistas, o dicho en otras palabras, la idea es crear mayor valor para los accionistas.

Ahora bien, al hablar de conceptos como el de "ordenado empresario" y representante leal, se trata de nociones sin un significado concreto, por lo que su contenido debe ser establecido con arreglo al interés social, al género de actividad de la sociedad y a su objeto social.

Por otro lado, "el deber de lealtad impone a los administradores la obligación de no hacer prevalecer su propio interés personal sobre el interés social... La jurisprudencia norteamericana ha configurado como supuestos constitutivos de infracción del deber de lealtad, aquellos en que los administradores utilizan o se aprovechan del cargo que ostentan, de los bienes que integran el patrimonio social ° de la información que posee la sociedad, con el objeto de obtener algún beneficio personal" (24).

La Ley de Sociedades Limitadas española dispone expresamente que "el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación

de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores, requerirán acuerdo de la junta general": Sin embargo, no es pacífico en la práctica española que se pueda aplicar esta regulación a las sociedades anónimas por analogía, en vista de que su ley no dispone nada al respecto.

En el caso de nuestra Ley General de Sociedades, el artículo 179 contiene una norma semejante para los directores, aplicable a los gerentes y apoderados de la sociedad, por remisión expresa del artículo 192. El citado artículo 179 señala que el director solo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre las operaciones que realiza normalmente la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. Este último requisito no es exigible cuando se trata de que la sociedad le otorgue créditos, préstamos o garantías. Cuando cualquiera de los contratos mencionados anteriormente no reúna las características descritas, podrá ser celebrad9 con el acuerdo de al menos dos tercios de los miembros del directorio.

Esta norma es aplicable a directores de empresas vinculadas e incluso a algunos parientes de los directores, que se encuentran expresamente señalados. Los directores son responsables solidarios por cualquier infracción de lo establecido en el artículo.

Como vemos, el artículo 179 de nuestra Ley General de Sociedades, que guarda alguna semejanza con la norma pertinente de la Ley de Sociedades Limitadas española, resulta aplicable también a los gerentes y puede ser considerada como parte del deber de lealtad, aunque debe ser leído en concordancia con el artículo 180 de la Ley General de Sociedades, que está dedicado a normar directamente el conflicto de intereses. Sin embargo, esta última norma es aplicable únicamente a los directores y no a los gerentes, razón por la cual éstos sólo se rigen por la expresión del deber de lealtad recogida en el artículo 179.

Sin embargo, en el Perú los principios de lealtad y el de conflicto de intereses, que necesariamente deben existir en el gerente general, no se encuentran arraigados en la cultura de la mayoría de los peruanos, sino por el contrario en la minoría de ellos. Y el no respeto a dichas normas éticas en muchos casos causa un daño irreparable en el desarrollo de la sociedades que se distraen de su objeto social.

Al concluir este artículo fue publicada la Ley Sarbanes-Oxley, el30 de julio de 2002, donde se dictan ciertas reglas en pos de la transparencia del mercado de las empresas que cotizan en las bolsas de los Estados Unidos de América. Sobre el particular resulta interesante citar ciertos supuestos establecidos por la ley que podrían ser aplicables a las empresas como un aspecto a considerar en las buenas prácticas corporativas. En este sentido, la Ley Sarbanes Oxley señala que se encuentran prohibidos los préstamos personales por parte de las empresas a los directores y gerentes generales a efectos de que éstos no tengan un conflicto de intereses en ningún momento sobre la modalidad o forma de pago, es decir ni siquiera con opciones de acciones como forma de pago. Asimismo, en nuestra opinión muy acertadamente, el gerente general o el gerente de finanzas se encuentran obligados a devolver cualquier bono, participación en las utilidades o

incentivo otorgado por la sociedad en caso tuviera que corregir sus estados financieros como consecuencia de cualquier conducta dolosa o al no haber registrado o haber ocultado operaciones de los estados financieros.

Asimismo, se prohíbe a los funcionarios de alta jerarquía vender las acciones obtenidas de la sociedad en momentos en que ésta se encuentre en una mala situación financiera o cualquier otro problema que afecte la cotización de sus acciones. Las sociedades cotizadas deben tener un código de ética que defina estándares razonables para promover la honestidad y las conductas éticas en los reportes que las empresas tienen que presentar tanto, a los accionistas como a terceros. Por este motivo, los altos directivos tienen que preparar y presentar declaraciones juradas que certifiquen la veracidad de sus cifras.

Somos de la opinión que esta ley recientemente promulgada va a traer muchos cambios no solo en los aspectos relativos a las buenas prácticas corporativas sino también en el manejo que han tenido las sociedades no solo en Estados Unidos sino alrededor del mundo, considerando que esta Ley Sarbanes-Oxley también se aplica a empresas que tienen domicilio fuera de los Estados Unidos porque cotizan en el mercado de Nueva York, por lo que tienen que cumplir con las mencionadas reglas.

ANALISIS JURIDICO DEL "CONTROL" EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Daniel ECHAIZ MORENO

A mi maestro Oswaldo HundJkopf Eusebio,
como nuestro de aprecio y gratitud.

I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: MODERNA MANIFESTACIÓN CORPORATIVA

Los grupos de sociedades constituyen una clara manifestación de las tendencias modernas en el mundo empresarial. Responden a la firme necesidad de hacer frente a las exigencias impuestas por el mercado donde la demanda es creciente, la globalización derrumba las fronteras y el tráfico mercantil se torna cada vez más fluido. En aquel escenario, es menester que el empresariado asuma el postulado "adoptar-adaptar" (esto es, adoptar medidas para adaptarse al cambio) y, en dicho contexto, la concentración empresarial emerge como el mecanismo idóneo para el crecimiento corporativo; dentro de sus diversas modalidades, son los grupos de sociedades los que actualmente gozan de un protagonismo inusitado en Europa Comunitaria y Estados Unidos, haciéndose extensiva esa trascendencia a los países americanos.

Antes de proseguir en nuestro ensayo jurídico, debemos hacer una atinencia que juzgamos necesaria. En otras ocasiones, analizando los diferentes nomen juris adjudicados a la figura sub-examine, hemos tomado partido por grupos de empresas por considerar que refleja su auténtica esencia (la agrupación de dos o más organizaciones destinadas a la actividad empresarial), lo que no sucede con otras denominaciones que solamente apuntan a la sociedad (grupos societarios, grupos de sociedades y sociedades imbricadas), aluden a la agrupación de empresarios cuando quienes se agrupan son las empresas (grupos de empresarios, grupos empresarios y agrupamientos empresarios), son amplias y ambiguas (empresas vinculadas económicamente) o denotan un enfoque eminentemente desde la economía (conjuntos económicos y grupos económicos). Pues bien, en esta oportunidad y atendiendo a la temática abordada en la presente obra nos hemos impuesto centrar nuestro análisis en el tema del control en la política empresarial de los grupos de sociedades.

Resulta menester que empecemos definiendo al instituto grupal que constituye el marco general del asunto que nos convoca. Así, diremos que el grupo de sociedades es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más sociedades jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo

ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas. Sobre lo acotado, cabe efectuar dos precisiones conceptuales: (i) que la naturaleza multiarticulada se vislumbra en las diversas modalidades que puede adoptar un grupo de sociedades y (ii) que el interés grupal se encuentra por encima de los intereses de cada miembro del grupo, sin importar que éste detente la calidad de dominante o dominado.

II. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Podemos sintetizar este tópico señalando que son tres las características de los grupos de sociedades: la autonomía jurídica, la dirección unificada y la relación de dominación-dependencia.

1. La autonomía jurídica

La autonomía jurídica importa la existencia de una pluralidad de sociedades independientes. Por lo tanto, cada sociedad continúa siendo un sujeto de derecho individualizado; en tal sentido, conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, personal administrativo (directores o gerentes), cartera de clientes, cuentas bancarias y la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente les corresponda (como el ser mutuataria, arrendadora o comodataria), además de las obligaciones contraídas (bien sean contractuales, laborales, fiscales, societarias o de otra índole).

Debe comprenderse que este atributo de los grupos de sociedades se expresa mediante dos palabras coligadas: autonomía jurídica; no se trata de simple autonomía (concepto per se amplio), sino de una clase específica de ella. Estamos, en verdad, ante una autonomía jurídica y no económica, formal y no real, de derecho y no de hecho, normativa y no empresarial. Y así, precisamente, lo entiende José Girón Tena cuando en el dictado de su cátedra universitaria pronuncia: "Se habla de uniones de empresas... porque éstas conservan su individualidad, es decir, una independencia por lo menos formal, aunque... la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida"(1); en sede peruana, Tula Sánchez Domínguez enumera entre los rasgos de los grupos los niveles de autonomía jurídica y no económica(2).

La referida autonomía jurídica puede ser materia de flexibilización. En tal orden de ideas, la sociedad dominante podrá disponer que todas las empresas integrantes del grupo modifiquen su denominación para que introduzcan cierta palabra que las identifique como parte de aquel grupo societario o podría darse el caso de que las empresas pertenecientes al grupo compartiesen a la mayoría de los gerentes o que, ante la mala situación económica de uno de los miembros, otra de las sociedades del grupo acudiese en su "rescate" y asumiese sus deudas o parte de ellas. Todo esto es posible porque estamos ante una autonomía jurídica, pero no empresarial. Y ello tiene que ser así porque el mundo de las empresas no soporta trabas; por el contrario, es ágil y fluido. Ejemplo de lo primero hallamos en el Complejo Ransa (perteneciente al Grupo Romero) donde varias de sus empresas

comparten en su denominación el vocablo "Ransa"; así tenemos: Ransa Comercial, Ransa Archivos, Ransa Terminal de Almacenamiento y Ransa Transportes, entre otras.

Siguiendo a Alonso Morales Acosta, quien fuera miembro del jurado calificador cuando sustentamos nuestra tesis profesional, expresaremos que la autonomía jurídica se concretiza en dos niveles de la empresa: externo e interno⁽³⁾, los mismos que, en buena cuenta, denotan las relaciones "con la empresa" y "en la empresa", respectivamente.

El nivel externo atañe a las relaciones establecidas entre la sociedad y los socios, los trabajadores, los acreedores, los clientes y el Estado. Es el ejercicio del aparente actuar con total independencia; la empresa se muestra al exterior como una organización de naturaleza individual, desvinculada de otras; es uno de los efectos positivos que se infieren de la autonomía jurídica. Aquí, los titulares de la sociedad integrante del grupo reflejan el goce de los tres atributos esenciales de todo empresario: poder de gestión, participación en las utilidades y asunción de riesgos, aunque en los hechos sea distinto.

Sin embargo, es en el nivel interno donde se vislumbra con claridad el carácter relativo de la autonomía o, más bien, que ésta es solamente jurídica pero no empresarial. Implica el dominio ejercido por determinado sujeto (dominio extra-societario o intra-grupal) y que se materializa en el poder de gestión, en la participación en las utilidades y la asunción de riesgos, generalmente mediante la dación de directrices enmarcadas dentro de la política empresarial del grupo.

2. La dirección unificada

La dirección unificada es otra característica tipificante de los grupos de sociedades que consiste en la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a la sociedad, rigiéndose para tal efecto por el principio del interés grupal. Es transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la sociedad que normalmente incumbe a sus titulares hacia un tercero (que puede ser, incluso, ajeno a dicha sociedad) y que tiene la calidad de sujeto dominante.

Uno de los principales problemas que debe afrontar la dirección unificada es el concerniente a los parámetros para su determinación, es decir, si se le debe concebir en sentido restringido o en sentido amplio.

De acuerdo al primer supuesto, la dirección unificada se lleva a cabo sobre la totalidad de las actividades de la sociedad dominada, sin dejarle el más mínimo margen de capacidad decisoria; es una suerte de reglamentarismo a ultranza que trata de prever todo tipo de situaciones, lo cual muchas veces es difícil de realizar a cabalidad. En referencia al sentido amplio, se postula que sería conveniente regular solo las cuestiones más importantes relativas a la actuación conjunta, para que sean las sociedades integrantes del grupo las que dispongan las medidas de ejecución pertinentes.

Por nuestra parte, nos adscribimos a esta última postura que bien podríamos denominar de libertad restringida para las sociedades dominadas y que deviene en más viable para su consecución; de más está decir que el sujeto dominante se encuentra facultado para intervenir en la ejecución de las directrices generales que él dispuso.

Elemento importante a destacar dentro de la dirección unificada es el interés grupal, concepto que debe ser diferenciado de los intereses que venimos en llamar individual, empresarial y particular. El interés grupal (propósito marco de la dirección unificada) guarda distancia de los tres conceptos antes mencionados, refiriéndose exclusivamente a los grupos de sociedades. Según aquel, en todo grupo existe una motivación por encima incluso de sus propios miembros considerados aisladamente, que busca el "bienestar empresarial" de dicho grupo de sociedades concebido como entidad autónoma.

La prevalencia del interés grupal sobre el interés de cada sociedad (el interés empresarial) se justifica en razón de que la totalidad de las sociedades del grupo trabajan para el fortalecimiento, crecimiento y liderazgo de ese grupo del cual son integrantes. Es una especie de solidaridad empresarial en beneficio común °, dicho de otro modo, todos para uno y uno para todos donde ese uno es el grupo de sociedades. Empero, hay una cuestión que no debe olvidarse: el intérprete del interés grupal (quién lo determina) es el sujeto dominante; no obstante y como acertadamente indica Héctor José Miguens, "el interés de este sujeto dominante también está sometido jerárquicamente al interés del grupo porque, a pesar de ser dominante, también es una parte de él"(4).

3. La relación de dominación-dependencia

Autorizado exponente de la doctrina española(S) ha reconocido que la relación de dominación-dependencia ocupa un sitio importante dentro de la temática de los grupos de sociedades. En el ámbito académico (especialmente europeo), esta característica ha sido aludida consuetudinariamente con la frase "influencia dominante"; al respecto, narra Sergio Le Pera que "la primera utilización del término "influencia dominante"... proviene de la Cámara de los Lores inglesa cuando, en el curso de la Primera Guerra Mundial, decidió que por propiedad enemiga debía entenderse no solo la que pertenecía a enemigos..., sino también la de sociedades que estuviesen bajo la influencia dominante de personas que, a su vez, debían ser calificadas de enemigos"(6).

Desde nuestra perspectiva, la relación de dominación-dependencia entraña cinco elementos que van apareciendo sucesivamente, pero que se mantienen en el tiempo; ellos son: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. De la interacción de estos factores tenemos que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una sociedad genera para el primero el control y, para la segunda, la dependencia.

La dominación se manifiesta a través de mecanismos, los cuales pueden ser internos y externos. Esa dominación tendrá que revestir particular intensidad a efectos de que pueda influir decisivamente en la organización interna de una sociedad. Pero, además, deberá extenderse en el tiempo, puesto que una dominación efímera (así sea intensa) no posibilitará incidir efectivamente en la conducción de una sociedad, al no haberse logrado el control (punto máximo al cual se aspira dentro de este contexto y que es la forma de ejercer la dominación). La contrapartida obvia del control obtenido es la dependencia de la sociedad ahora subordinada.

III. LA DOMINACIÓN Y EL CONTROL

Ardua controversia (quizás, exagerada) ha propiciado la aparente multiacepción semántica del término control, inclusive, el francés Michel Vanhaecke ha llegado a decir que su definición debe provenir de la casuística y no de la doctrina(7). La discusión parece surgir de la similitud (para algunos) o diferencia (para otros) entre los conceptos dominación y control. Por nuestra parte, adelantamos que nos adscribimos a la segunda postura.

Lo dicho es claramente graficable. Imaginemos que la sociedad A adquiere el noventa por ciento de las acciones de la sociedad B. Realizada esta operación mercantil se habrá producido la dominación de la sociedad A sobre la sociedad S, pero no se ha ejercido aún ninguna influencia en la administración de esta última. Sin embargo, cuando la sociedad A decida que la sociedad S debe fusionarse con otra integrante del grupo, habrá alcanzado el control; la sociedad A pasará de ser dominante a controlante y la sociedad B de ser dominada a controlada.

Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos colegir preliminarmente que la dominación es la capacidad que tiene un sujeto (persona natural o jurídica) para ejercer influencia sobre una sociedad, imponiéndole conductas empresariales aun en contra de su voluntad (entendiendo por "voluntad" lo decidido por los titulares de la sociedad), mientras que el control es el ejercicio concreto (la materialización) de esa capacidad.

1"- LA NOCIÓN EMPRESARIAL DEL CONTROL

Para su correcta delimitación conceptual, el control debe ser enfocado desde la perspectiva empresarial. Así, Tula Sánchez Domínguez sostiene que en los grupos de sociedades suele darse que "el conjunto de todas las unidades operativas empresariales que forman parte del sistema son controladas y dirigidas desde un solo centro de decisión, denominado 'empresa matriz', la cual ejercita un poder estratégico de centralización del manejo, control y dirección empresarial de todo el sistema operativo..."(8J. En ese mismo orden de ideas, Susana Mercado Neumann apunta que "el control es la capacidad de inferir, directa o indirectamente, de manera determinante en las decisiones de una empresa"(9J. Finalmente, Juan Antonio Sagardoy explica que, dentro de la caracterización

jurídica de la institución grupal, destaca el poder de dirección único, lo cual implica que el grupo de sociedades "se erige [como] un centro de decisión externa que impide que cada empresa individual [entiéndase: sociedad] tenga capacidad decisoria propia, limitándose ésta solo a los aspectos ejecutivos y secundarios"(10).

No está de más hacer referencia a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (más conocida como la NIC 27) titulada Estados Financieros Consolidados y Contabilización de Inversiones en Subsidiarias, la cual expresamente atribuye el siguiente significado al término control: "Es el poder para gobernar las políticas financieras y de operación de una empresa con el fin de obtener beneficios de sus actividades" (art. 6).

Caso aparte lo constituye la legislación, puesto que si bien ésta ha sido renuente en la mayoría de las veces a pronunciarse normativamente sobre los grupos de sociedades, cuando lo efectúa ha considerado como eje central de su estructura al control. En este orden de ideas, en sede peruana pueden encontrarse algunos ejemplos dentro de nuestro disperso tratamiento legislativo en esta materia.

La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico¹¹) entiende que "la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa" es un acto que supone concentración empresarial (art. 2). Por su parte, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico¹², en un plausible intento por acercarse al tema de los grupos de sociedades, define al control como "la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica" (art. 5 segundo párrafo).

En el Anteproyecto de la Ley General de la Empresa¹³), cuando el legislador pretende definir al grupo empresarial, establece que en éste existirá unidad de propósito y dirección "cuando la existencia y actividades de todos los empresarios persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto o actividad de cada una de ellas" (art. 89 segundo párrafo). Dicha redacción, que se conservó en una posterior versión, demuestra los alcances del control de la política empresarial, relacionándolo tácitamente con el principio del interés grupal.

Posteriormente, se aprobaron las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico¹⁴) donde se estipula con un texto algo redundante que "se denomina control a la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica" (norma 4.2). Por su parte, el Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico¹⁵) indica lo que entiende por grupo económico tomando como referencia el control que se ejerce cuando menos sobre una persona jurídica (art. 2 inciso h), criterio que es prácticamente repetido en el Reglamento de la Clasificación, Valorización y

Provisiones de las Inversiones de las Empresas del Sistema Financiero¹⁶) (art. 2 inciso n).

Hace relativamente poco tiempo se expidieron las nuevas Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico¹⁷J, dispositivo jurídico en el cual, con mejor redacción respecto a su antecesor, se manifiesta que "se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica" (art. 9 primer párrafo).

Podemos colegir, entonces, de las anteriores conceptualizaciones que el control es el poder que detenta el sujeto dominante que permite impartir la dirección unificada, interpretar el interés grupal y dirigir la política empresarial del grupo de sociedades.

V. LAS MANIFESTACIONES EMPRESARIALES DEL CONTROL

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se manifiesta empresarialmente el control en los grupos de sociedades, seguidamente explicaremos el control interno (de derecho y de hecho) y el control externo (de derecho y de hecho), así como el control directo e indirecto.

1. El control interno

El control interno es aquel que nace en el seno de la propia sociedad, es decir, de la vinculación entre el sujeto dominante y la sociedad dominada, cabiendo dos manifestaciones de él: de derecho y de hecho.

a. El control interno de derecho

Estamos ante el control accionario o participacional, dependiendo del modelo societario adoptado; es la influencia que se ejerce en razón de la titularidad de la sociedad dominada. Así, el Diccionario Espasa Economía y Negocios prescribe que la relación de dominio queda establecida porque la empresa matriz ejerce un control de derecho [en tanto] posee la mayoría de las acciones con derecho a voto o puede designar o cesar a la mayoría de los administradores⁽⁸⁾. Adoptando una postura contraria en sus cimientos a lo anteriormente expresado, Susana Mercado Neumann consigna en su propuesta legislativa que existirá control de hecho cuando se posean acciones, participaciones o alícuotas por cualquier título que otorguen los votos suficientes para formar la voluntad social⁽¹⁹⁾.

El control interno de derecho permite que se arribe a él por medio de tres vías esenciales, cuales son las siguientes: el control absoluto (cuando se posea el cien por ciento de las acciones o participaciones de la sociedad controlada), el control mayoritario (cuando se posea más del cincuenta por ciento y menos del cien por ciento de las mismas) y el control minoritario (cuando se posea menos del cincuenta por ciento de las acciones o participaciones de una sociedad y se celebre un pacto de sindicación de voto que conlleve al control de ella). Como quiera que la legislación societaria peruana vigente regula a las acciones con

derecho a voto y sin derecho a él, debe entenderse que aquí nos estamos refiriendo a las primeras.

Respecto a lo explicado y situándonos dentro del contexto jurídico peruano, cabe anotar que no sería factible el control absoluto en los grupos de sociedades porque la normatividad de la materia exige la pluralidad de socios (20) y la titularidad de uno de ellos con el cien por ciento no lo permite. Sin embargo, esta es la regla general, cabiendo excepciones a la pluralidad de socios, tal es el caso de la sociedad de propósito especial (en procesos de titulización de activos y regulada por la legislación bursátil) (21), así como las subsidiarias de empresas del sistema financiero y de seguros (22).

Es de precisar, además, que una de las formas de conseguir el control interno de derecho es mediante la escisión. En efecto, a través de la escisión por división o por segregación, una sociedad se fracciona conservando o no su existencia y el titular mayoritario o titulares minoritarios sindicados de la sociedad escindida adquieren la calidad de sujetos dominantes de las empresas resultantes. La excepción a esta consecuencia se presenta en la escisión (por división o por segregación) en que los bloques patrimoniales son transferidos a sociedades ya existentes, puesto que el titular mayoritario podría no serlo ahora, aunque a veces caben los pactos de sindicación de voto.

La normatividad peruana que ha transitado por el tema de los grupos de sociedades ha subsumido ciertamente el criterio del control interno de derecho. Ello puede apreciarse en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico (23), puesto que ahí se presume *juris tantum* que existe control "cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones... se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica" o "cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica se puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio" (art. 5 incisos a y b). El mismo criterio es recogido en las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico (24), dispositivo legal en el cual se alude al control directo e indirecto para referirse a este tópico (art. 9 segundo y tercer párrafos).

Y, en el Derecho Comparado, la tendencia es semejante. La Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile (25) prescribe que "es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del cincuenta por ciento de su capital con derecho a voto... o pueda elegir o designar... a la mayoría de sus directores o administradores" (art. 86). Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay (26) estipula que "se considerarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias..., se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades" (art. 49 primer párrafo). Asimismo, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México (27) sostiene que la sociedad controladora "será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por

ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo" (art. 15 segundo párrafo). Finalmente, la Directiva relativa a las Cuentas Consolidadas de la legislación europea(28) explica tácitamente que habrá grupo de sociedades cuando una sociedad matriz tiene la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de una sociedad filial o cuando tiene el derecho de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de una sociedad filial y es, al mismo tiempo, accionista o asociada de esta sociedad filial (art. 1 inciso 1 acápites a y b).

Antes de proseguir, dejamos constancia de que el control interno de derecho se relaciona estrechamente a la institución empresarial anglosajona de la holding company, aspecto que por razones de propedéutica reservamos para más adelante(29).

b. El control interno de hecho

El control interno de hecho se da a través de dos mecanismos que bien podríamos llamar control relativo y control administrativo, siendo ambos muy comunes en las denominadas sociedades de accionariado difundido, es decir, en aquellas empresas organizadas societariamente y que cuentan con gran número de titulares.

Cuando en una sociedad impera el fenómeno del ausentismo existe amplio margen de probabilidades para que surja el control relativo. Para comprender ello, debemos empezar recordando que es recurrente distinguir en toda sociedad de grandes dimensiones entre los socios de mando (con ánimo de permanencia y dispuestos a dirigir la marcha social) y los socios especuladores (cuyo propósito no es involucrarse en la dirección de la sociedad, sino obtener el plus de diferencia al revender sus acciones). Pues bien, estos últimos se mantienen generalmente al margen de la gestión empresarial (por decisión propia) y, consecuentemente, son ausentes a las juntas que se celebran. Llegado a este punto, podrá inferirse con facilidad por quiénes será aprovechado dicho ausentismo; en efecto, muchos de los socios de tenencia minoritaria adquirirán posición mayoritaria entre los votantes y, por ende, el control necesario.

En cuanto al control administrativo, éste se refiere a aquel que reposa en manos de los órganos encargados de la administración de la sociedad, esto es, directores, gerentes y demás ejecutivos. Sucede que, debido al cuantioso número de socios, resulta complicado adoptar acuerdos en temas fundamentales e, incluso, es prácticamente imposible celebrar un pacto de sindicación de voto, ya que hay múltiples opiniones en los más disímiles sentidos(30). De lo sostenido se generan dos posibles consecuencias: que lo decidido por los órganos administrativos sea casi siempre aprobado por la junta de socios, puesto que es difícil arribar a otra solución (se piensa que no hay alternativa viable y que la marcha de la sociedad no debe detenerse) o que los socios no se pongan de acuerdo inclusive para discutir la remoción de los directores o gerentes(31).

Cabe otra manifestación del control administrativo que no está necesariamente ligada a las denominadas sociedades de accionariado difundido y se presenta cuando los órganos encargados de la administración son comunes a dos o más empresas. Este supuesto se encuentra estrechamente ligado al control interno de derecho, en tanto se materializará generalmente cuando el sujeto dominante tiene la facultad de nombrar o remover a la mayoría de los miembros del directorio o a los gerentes, criterio que usualmente ha sido recogido por la legislación.

Alonso Morales Acosta comenta que hay un fenómeno que se viene produciendo en Europa y que se conoce como control bancario, el cual consiste en el encargo de confianza que los bancos reciben de sus clientes (accionistas especuladores) para representarlos(32). Al respecto, opinamos que el supuesto es válido para toda representación de titulares de una sociedad, sin importar que el representante sea una entidad bancaria, otro titular, uno de los directores, uno de los gerentes o cualquier persona; por lo demás, lo subsumimos dentro del control relativo, considerando que el efecto práctico potencial resulta siendo el mismo: alguien con tenencia minoritaria (o sin tenencia) puede conseguir acaparar la mayoría de las acciones con voto, originándose ello de una situación de hecho.

2. El control externo

La génesis del control externo es eminentemente contractual y aquí, como en el anteriormente tratado control interno, caben dos vertientes: de derecho y de hecho.

a. El control externo de derecho

El control externo de derecho surge de la celebración de un contrato cuya finalidad principal, intrínseca o ex profesa es la dominación y el consecuente control, lo que hemos venido en denominar como contrato de dominación grupal. Al respecto, Julio Otaegui ha manifestado: "Hay grupo contractual de derecho cuando entre las sociedades integrantes se ha celebrado un contrato cuya causa-fin... es la constitución del grupo"(33).

En efecto, el vínculo contractual genera la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento, mediante cláusulas, de un comportamiento subordinado que la sociedad dominada deberá observar y acatar respecto al sujeto dominante. Así es la opinión de Sergio Le Pera cuando señala que "por el 'contrato de dominación' la empresa dominante tiene el derecho de impartir directivas al directorio de la sociedad en lo que a la conducción de la misma se refiere"(34), Sobre el particular, es contundente el siguiente texto en tono reflexivo: "La integración de la actividad económica, en cuanto manifestación de crecimiento, muchas veces se instrumentaliza a través de convenios de complementación que (tras un marco de aparente igualdad jurídica) instrumentan una relación hegemónica de una de las partes que se plasma por lo convenido en las distintas cláusulas pactadas"(35),

Sistematizando lo sostenido en los párrafos precedentes, nosotros entendemos que el contrato de dominación grupal³⁶) es aquel acuerdo de voluntades que rige el funcionamiento de un grupo de sociedades y mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad de impartir la dirección unificada del grupo, mientras que las sociedades dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aun cuando sean contrarias a su interés empresarial. La naturaleza jurídica de la institución sub-examine genera un vínculo contractual que estatuye una jerarquización dentro de las uniones de empresas con relaciones de subordinación, es decir (y en términos más explícitos), dentro de los grupos de sociedades.

El contrato de dominación grupal, plasmación del control externo de derecho, será celebrado entre dos partes: de un lado, el sujeto dominante y, de otro lado, las sociedades dominadas. El sujeto dominante será la persona natural, el conjunto de personas naturales o la persona jurídica que imparte la dirección unificada. Por su parte, las sociedades dominadas serán todas aquellas sobre las cuales el sujeto dominante ejerce alguna clase de dominación y consecuente control, bien sea accionario, participacional, administrativo, relativo o netamente contractual.

Algunas muestras existen en la legislación extranjera respecto al control externo de derecho, las que expondremos seguidamente. La Ley de Sociedades Anónimas de Alemania³⁷) regula al contrato de dominación dentro de los contratos de empresa, en materia de empresas vinculadas; según dicho texto legal, por aquel contrato la sociedad dominante tiene el derecho de impartir instrucciones al directorio de la sociedad dominada en lo que a la conducción de la misma se refiere, cabiendo la posibilidad de dictar directivas desventajosas para la sociedad pero que satisfagan el interés grupal.

Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales de Francia³⁸) consagra el denominado contrato de afiliación, de escaso desarrollo legislativo. Asimismo, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México³⁹) prevé que la sociedad controladora y cada una de las entidades financieras de un grupo suscriban un convenio de responsabilidades como mecanismo de protección de los bienes del público (art. 28). Hace poco tiempo, en España se dictó la Ley sobre Derechos de Información y Consulta de los Trabajadores en las Empresas y Grupos de Empresas de Dimensión Comunitaria (40) donde se legisla el acuerdo que deberán suscribir la Dirección Central y la Comisión Negociadora y, aunque su naturaleza no coincide con la del contrato de dominación grupal, busca satisfacer el derecho a la información de plana laboral mediante el establecimiento de pautas que atañen a la organización del grupo de sociedades {art. 12),

En sede peruana, el contrato de dominación grupal aún permanece como una figura contractual atípica; sin embargo, existe una propuesta legislativa que pretende superar esta situación⁴¹) y, por nuestra parte, hace algún tiempo ya venimos postulando que es necesario contemplar jurídicamente a dicho contrato dentro de una legislación integral sobre los grupos de empresas⁴²).

b. El control externo de hecho

En el control externo de hecho estamos ante la celebración de un contrato donde el control no es su propósito principal, sino un efecto secundario y derivado que aparece en la relación entre las partes. Usualmente, la doctrina ha coincidido en señalar qué figuras contractuales son más asequibles a esta situación; nosotros comentaremos brevemente el suministro, la concesión mercantil, la licencia de marca y la franquicia, dejando a salvo que estos contratos solo son algunos entre muchos otros que generan control externo de hecho.

Si el suministrante cuenta con un solo cliente (atendiendo a su obligación contractualmente contraída), su permanencia en el mercado estará condicionada a la demanda, esto es, los requerimientos del suministrado. Imaginemos que una granja y una avícola celebran un contrato de suministro con pacto de exclusividad a favor del suministrado; no sería de extrañar que en una oportunidad se necesiten cien aves y, en otra ocasión, solamente veinte aves.

Igual sucederá ante la celebración de un contrato de concesión mercantil donde se pacte la cláusula de exclusiva a favor del concedente, ya que éste impartirá instrucciones respecto a las condiciones de venta, publicidad, precio de venta, ofertas, garantía, servicio post-venta y demás aspectos, de manera que el concesionario termina subordinado.

Respecto a la licencia de marca, la vigente Ley de Propiedad Industrial/(43) del Perú estipula que "el licenciante responde ante los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios licenciados como si fuese el productor o prestador de éstos" (art. 167); por lo tanto, es lógico pensar que aquel realizará una labor de control y monitoreo, de modo tal que el licenciatario debe acatar las instrucciones impartidas ya que de lo contrario pierde la licencia, quedando sus productos o servicios "sin marca".

Por su parte, la franquicia es un contrato mediante el cual el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a realizar actividades de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes de identificación (como signos distintivos, lemas comerciales, etc.), recibiendo en contraprestación un derecho de ingreso (pago inicial) y las regalías correspondientes. Resulta clara la supervisión que ejercita el franquiciante, lo que se traduce en una relación de dominación-dependencia y ello se explica ante el total desprendimiento que llega, incluso (y lo cual es muy riesgoso), al secreto industrial, no siendo menos importante la "imagen de la marca". En este sentido, se afirma que "el contrato de franquicia supone una pérdida de parte de independencia del franquiciado, derivada del control que ejerce el franquiciador [entiéndase: franquiciante] respecto a la aplicación de los métodos de gestión y venta y del desarrollo de la contabilidad"(44).

El control externo de hecho ha sido enfocado acertadamente en la legislación peruana que tangencialmente se pronuncia sobre los grupos de sociedades, cuando menos en tres dispositivos. En primer lugar, el Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada(45) estima que la "celebración de contratos

o convenios de cooperación o referidos a servicios de asistencia técnica, transferencia de tecnología y/o explotación de patentes, marcas y nombres comerciales" constituyen hechos de importancia que influyen decisivamente en la gestión del emisor (art. 5 inciso b). En segundo término, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁴⁶) considera que "la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de... cualquier contrato o figura jurídica..., incluyendo la celebración de contratos de asociación joint venture, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión..." implica concentración empresarial (art. 2). Finalmente, las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁴⁷) califican como control directo a aquel que se ejerce a través de "contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio" (art. 9 segundo párrafo).

3. El control directo e indirecto

Además de todo lo analizado hasta esta parte, existe el control directo e indirecto que, por nuestra parte, consideramos aplicable a cada uno de los rubros anteriores, es decir, al control interno de derecho (accionario o participacional), al control interno de hecho (relativo y administrativo), al control externo de derecho y al control externo de hecho.

Los dos supuestos son de entendimiento muy lógico: si el sujeto A controla a la sociedad B, entonces el sujeto A controla directamente a la sociedad B; y si el sujeto A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad C, entonces el sujeto A controla indirectamente a la sociedad C. Este último caso recibe también el nombre de "control escalonado" porque comprende, a su vez, dos tipos de control: directo e indirecto. Y lo dicho puede apreciarse en un ejemplo concreto relativamente reciente: la empresa Grupo México adquirió más del ochenta por ciento de las acciones de la estadounidense Asarco y ésta, a su vez, es titular de más del cincuenta y cuatro por ciento de las acciones de Southern Perú; por lo tanto, aquí tenemos que ahora: (i) Grupo México controla directamente a la empresa Asarco, (ii) Asarco controla directamente a Southern Perú y (iii) Grupo México controla indirectamente a Southern Perú.

Cabe precisar que la reciente Ley General de Sociedades (48) de Perú incorpora una figura jurídica que ha sido calificada como innovativa, a la cual denomina control indirecto de acciones (art. 105); sin embargo, ello no se condice con la esencia de la institución porque ahí está regulándose, en realidad, al grupo de sociedades circular, aspecto sobre el cual nos pronunciaremos más adelante⁽⁴⁹⁾.

VI. LOS INSTRUMENTOS EMPRESARIALES DEL CONTROL

El control en la política empresarial de los grupos de sociedades se vale, en ciertas ocasiones, de algunos instrumentos que la propia organización corporativa ofrece, tal es el caso de la empresa holding y de la subsidiaria, figuras

íntimamente ligadas y que deben diferenciarse respecto a la sucursal. Seguidamente, analizaremos con cierto rigor académico la primera de las nombradas y haremos un somero repaso por las otras dos mencionadas.

1. La empresa holding

En vista de que nos enfrentamos a una figura jurídico-empresarial ampliamente conocida por su denominación en idioma inglés (que, por cierto, goza de unánime aceptación), es menester detenerlos brevemente en su etimología. Así podemos apreciar que el vocablo holding proviene del verbo to hold que significa tenencia, propiedad o posesión; por ende y en sentido lato, se le identifica con la tenencia de acciones de otra empresa (50).

La enjundiosa Enciclopedia Jurídica Omeba arriba a la siguiente definición: "Sociedad cuyo capital se integra con acciones de otras sociedades, respecto de las cuales la holding es cabeza de grupo. Esta sociedad ejerce generalmente sobre las filiales o subsidiarias la dirección económica y financiera..."(51). Con acierto, el Diccionario de Derecho Privado explica que es una "sociedad que se dedica a la adquisición y conservación... de participaciones en empresas extrañas, con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas"(52). En semejante orden de ideas, el profesor peruano Ernesto Pinto-Bazurco Rittler manifiesta que estamos ante "una compañía que controla una o más compañías, normalmente manteniendo una mayoría de las acciones de esas compañías subsidiarias", agregando que "una holding company se ocupa del control y no de la inversión y realiza funciones financieras, administrativas o de mercadeo para varias de sus subsidiarias"(53).

A efectos de ahondar en la exposición, el Diccionario de Derecho Empresarial sostiene como semántica de la figura sub-examine lo siguiente: "También denominada sociedad matriz, sociedad madre, sociedad cabeza de grupo o sociedad dominante, es la sociedad que, en un grupo o agrupamiento de sociedades, ostenta el control económico sobre las demás, denominadas sociedades hijas o filiales. (...) la holding es, en realidad, un depósito de fondos dedicado a controlar otras empresas"(54). Y, con el rigor académico que le caracteriza, Saúl Argeri indica que "es la empresa que, controlando mediante la posesión de la mayoría del paquete accionario a muchas sociedades de capital y, por ende, dominándolas, encadena sus actividades con el objeto de dominar el mercado, integrar alguna o varias de sus secciones de producción no explotadas o sustituyéndola por razones económicas propias a otra de las empresas y racionaliza su funcionamiento..."(55).

De los textos anteriormente glosados, podemos inferir que la empresa holding (también llamada empresa madre, principal, matriz, incorporante, dominante, controlante, cabeza de grupo e, inclusive, tenedora(56)) constituye un instrumento idóneo para conseguir el control dentro de un grupo de sociedades. Nótese que su objeto social será la tenencia de acciones o participaciones en otras sociedades (en aras de establecer una política corporativa unitaria y ejercitar la dirección

unificada(57)), mas no el realizar inversiones con otros fines; aunque esto último debe enfocarse sutilmente porque hay quienes vienen diferenciando entre la empresa holding propiamente dicha (la simple tenedora de acciones o participaciones) y la empresa holding mixta (la que combina dicha tenencia con otras actividades económicas).

Muchas son las ventajas que ofrece la institución analizada; por nuestra parte, reseñaremos tres de ellas: (i) disminuye el riesgo del negocio, puesto que el inversionista distribuye su capital en distintas sociedades, lo cual posibilitará que compense potenciales pérdidas sufridas por alguna de las integrantes del grupo con los beneficios patrimoniales obtenidos por otras; (ii) permite conseguir el control de diversas sociedades con un capital comparativamente reducido, ya que le basta detentar más del cincuenta por ciento de la titularidad o, incluso, menos porcentaje en sociedades de accionariado difundido; y (iii) el control empresarial se ejerce en un marco de directrices concentradas y de funciones descentralizadas, en tanto las sociedades dominadas continúan siendo autónomas jurídicamente, aun cuando pertenecen al grupo de sociedades.

En la legislación se aprecian algunos pronunciamientos normativos dispersos sobre la empresa holding. Así, la Federal Public Utility Act de Estados Unidos(58) obligó a las empresas holding que actuaban en el sector de los servicios públicos a inscribirse en un Registro, sujetándolos al control de la Comisión de Valores y Cambios. Por su parte, la Companies Act de Inglaterra (59) califica como holding a la sociedad que ejerce control sobre empresas subsidiarias mediante una participación de más del cincuenta por ciento del capital accionario o disponiendo la elección del consejo de administración. Y, en sede peruana, las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico (60) definen con acierto a la empresa controladora o holding como la "persona jurídica cuya actividad principal es la tenencia de acciones o participaciones en el capital social de otras personas jurídicas, sobre las cuales ejerce control" (art. 2 inciso c), criterio que es recogido en los mismos términos por el Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos (61) (art. 2 inciso e).

2. La subsidiaria

A nuestro parecer, es plausible la definición brindada por el Diccionario Jurídico Espasa, cuando estipula: "La constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participaciones se distribuye a otra sociedad (madre). Forma típica de formación de grupo de empresas, en que manteniéndose la independencia jurídica se produce una unidad de dirección económica. (...). En sentido amplio, puede considerarse sociedad filial no solo la que se constituye por la sociedad madre, sino incluso aquella ya en funcionamiento en la que otra sociedad acaba teniendo participación significativa"(62),

La existencia de una empresa holding implica necesariamente la existencia de cuando menos una subsidiaria; aquí también la terminología es amplia y suele denominarse a ésta como empresa hija, filial, secundaria, incorporada, dominada

o controlada. Su rasgo más característico es la autonomía jurídica(63), de manera que la subsidiaria "posee... nombre, organización, administración, responsabilidad, personalidad y patrimonio propio, distinto del de la casa matriz"(64); empero, esa independencia se desvanece en el aspecto económico y empresarial, puesto que se encuentra enmarcada dentro de la política grupal unitaria.

3. La sucursal

Con propósito didáctico, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía caracteriza a la sucursal como el "establecimiento que, situado en distinto lugar que la central de la cual depende, desempeña las mismas funciones que ésta", añadiendo que "no tiene patrimonio ni personalidad propios y lleva el nombre de la empresa principal"(65). Desde una perspectiva más integral, también se ha indicado que estamos ante una "unidad empresarial cuya manifestación práctica mercantil se realiza porque su giro, su dirección y administración, su vida jurídica y su patrimonio dependen y forman parte integrante de la casa matriz"(65).

En suma, es fácilmente deducible que la..sucursal es una mera extensión de la sociedad principal, por lo cual carece de todo atributo que normalmente se confiere a las personas jurídicas (tales como: denominación, objeto, personalidad jurídica, etc.) al no constituir un sujeto de derecho distinto del cual depende jurídica y económicamente. Por tanto, no es equiparable a la subsidiaria, en tanto ésta siempre presupone la existencia de un grupo de sociedades, mientras que la sucursal es ajena a tal situación empresarial.

La actual Ley General de Sociedades peruana(67), a diferencia de su antecesora, ha brindado una definición legal expresa de la sucursal, prescribiendo 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 aquélla "carece de personería jurídica independiente de su principal" (art. 396).

VII. EL CONTROL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES CIRCULARES

En anteriores oportunidades nos hemos pronunciado ampliamente acerca de la compleja clasificación que pueden adoptar los grupos de sociedades; pues bien, atendiendo a la estructura del grupo, éste puede ser participacional, contractual y personal y, a su vez, el primero de los nombrados comprende tres variantes: radial, piramidalycircular. Este último será materia de comentario en las líneas siguientes.

El grupo participacional circular implica que una sociedad participa en el capital de otra, ésta hace lo mismo respecto a una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última sociedad participa en el capital de la primera; de más está decir que las participaciones referidas son en porcentajes necesarios como para asegurar el control.

En este orden de ideas, el capital social se vuelve algo ficticio, puesto que se pasa circulando dentro de un camino iterativo de nunca acabar; con razón ha llegado a decirse que es la modalidad participacional más peligrosa. Téngase en cuenta que la figura jurídica del capital social cumple primordial y casi exclusivamente una función de garantía; por ende, cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el Derecho tiende a proteger.

Pero eso no es todo; existe una seria implicancia que ya hemos advertido en referencia al contrato de dominación grupal. Apréciase que en este negocio jurídico las partes deberán estar plenamente identificadas, es decir, habrá que saber con certeza quién es el sujeto dominante y quiénes son las sociedades dominadas. Pues bien, sucede que en los grupos de sociedades circulares tales circunstancias se desconocen y, por ende, tampoco podrá saberse quién ejerce la dirección unificada, quién imparte las directrices y quién interpreta el interés grupal.

Atendiendo a estas razones tan determinantes, varias legislaciones extranjeras han prohibido la existencia del grupo de sociedades circular, tema al que usualmente aluden como participaciones recíprocas. Veamos algunos casos.

La Ley de Sociedades Comerciales de Francia(68) estipula: "Una sociedad por acciones no puede poseer acciones de otra sociedad si ésta detenta una fracción de su capital superior al diez por ciento" (art. 358). Por su parte, la Ley de Sociedades Anónimas de España(69) regula la adquisición originaria de acciones propias en los siguientes términos: "En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante" (art. 74 inciso 1).

Asimismo, la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina(70) es tajante al afirmar que "es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas..." (art. 32), criterio que es recogido con texto prácticamente semejante por la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay(71) (art. 52).

En cuanto a la Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile(72), ésta manifiesta, por un lado, que "las sociedades filiales y coligadas de una sociedad anónima no podrán tener participación recíproca en sus respectivos capitales, ni en el capital de la matriz o de la coligante..." (art. 88) y, por otro lado, que "las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa" (art. 121).

La normatividad societaria peruana en esta materia es un caso particular. En principio, debemos señalar que legisla el supuesto analizado del grupo de sociedades circular, permitiendo su existencia, pero incorrectamente lo denomina como control indirecto de acciones (art. 105). Tal título es inapropiado porque (atendiendo a una interpretación literal del articulado) no estamos ante el control indirecto (que se da cuando, por ejemplo, la sociedad A controla a la sociedad B y

esta sociedad B controla a la sociedad C, por lo que la sociedad A controla "indirectamente" a la sociedad C), sino ante dos relaciones de control directo (la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad A).

Esta situación parece haber sido advertida durante los debates de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades, puesto que en la sesión de fecha 26 de marzo de 1997 (y a propósito del Anteproyecto0C73) publicado a inicios de aquel mes, cuyo arto 105 es idéntico al actual) se acordó "revisar la redacción del artículo 105, a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones"(74) (el subrayado es nuestro); sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes ProyectosC75) y, finalmente, en la propia ley.

Empero, esta discusión, aunque no es bizantina, tiene un valor meramente académico porque la misma norma societaria ha señalado que los títulos son solamente indicativos y "no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal"(7E). 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 sociedades; consideramos que las soluciones viables son otras, cuya explicación detallada obviamente rebasa los alcances naturales de este trabajo, por lo que solo nos limitamos a señalarlas: (i) la prohibición del grupo de sociedades circular, (ii) el ejercicio del derecho de separación y (iii) la percepción de un dividendo garantizado.

VIII. LA RESPONSABILIDAD POR EL CONTROL

La responsabilidad por el control en la política empresarial de los grupos de sociedades configura un tópico jurídico ciertamente complejo, de manera que transitar por él no está exento de generar controversia. En vista de que su desarrollo supone un amplio tratamiento, lo que difícilmente podrá efectuarse en este ensayo jurídico (más aún, cuando ya hemos superado el espacio inicialmente requerido), solamente ofreceremos alguna aproximación al tema.

El control implica, como reiteradamente se ha explicado a lo largo de estas líneas, que el sujeto dominante ejerza determinada influencia sobre las sociedades dominadas, impartiendo directrices aun en contra de los intereses propios de estas sociedades. Sin embargo, dicho control no significa que el sujeto dominante adopte las decisiones a su libre albedrío, sin fundamento empresarial lógico, sino por el contrario que se constriña estrictamente a la satisfacción del interés grupal, motivación superior que conduce los destinos de un grupo de sociedades y que prevalece sobre el interés que detenta cada miembro de él.

En este escenario, la duda que ha surgido es respecto a qué implicancias tiene ese control en circunstancias negativas, es decir, qué sucede cuando se ejerce el control (bien sea en aras del interés grupal o no) y se acarrearán perjuicios para la sociedad dominada. Ilustrando lo mencionado, nos preguntaremos cuál será el

efecto jurídico cuando el sujeto dominante dispone que determinada sociedad dominada desplace su patrimonio hacia otra integrante del grupo y, por tal motivo, aquélla no puede cumplir con honrar sus deudas impagas o cuando el consumidor recibe un producto defectuoso que es resultado de la acción conjunta de varias sociedades conformantes de un grupo. Los problemas más álgidos se presentan respecto a la extensión de la quiebra(77) y tienen su expresión original en el famoso caso Barcelona Traction(78).

El mecanismo usual para solucionar la utilización inadecuada del control (es decir, cuando éste se ha ejercido abusivamente) es el allanamiento de la personalidad jurídica, opción que debe aplicarse cautelosamente y no de modo indiscriminado atendiendo a sus serias implicancias que atañen la responsabilidad extensiva o solidaria. Por ello, hemos afirmado que la también denominada teoría de la penetrabilidad "es una solución legal a problemas donde se haya cometido abuso de las formas de organización de personas jurídicas, pero que posee una naturaleza especial y extraordinaria que solo justifica su aplicación si es que el juzgador observa estrictamente el principio de subsidiariedad y, además, existen los suficientes elementos de juicio que permitan vislumbrar la existencia de una vinculación empresarial subordinada"(79).

La responsabilidad por el control ha sido abordada normativamente por la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina(80) cuando esgrime: "El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar..." (art. 54 ab initio). Igual sucede con la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México(81), la misma que estipula: "La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades [refiriéndose a las entidades financieras controladas]" (art. 28, inciso 11 ab initio).

IX. A MANERA DE REFLEXIÓN: EL CONTROL EN EL CONTEXTO EMPRESARIAL

El control empresarial(82) supone una redefinición del mundo corporativo. Coordina perfectamente con la tendencia imperante de expansión económica, globalización de mercados y crecimiento de los negocios. Es fiel expresión de la estrecha vinculación entre Derecho y Economía, demostrando que la concentración empresarial es un auténtico abanico de posibilidades.

Resulta inaudito catalogar al control dentro de un grupo de sociedades como algo negativo per se que debe proscribirse. Todo depende de la utilización que se le confiera, es decir, será correcto mientras se le dé un uso sin abusos(83). Así lo viene entendiendo, felizmente, la jurisprudencia extranjera, tal como se aprecia (a modo de ejemplo) en dos fallos argentinos que sostienen: "La sola existencia de una relación de control... no es motivo que autorice por sí mismo a extender la responsabilidad de la controlada; ello así, puesto que lo que el Derecho no admite y sanciona es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, su utilización conforme con la finalidad querida por la Ley y sin desnaturalización del

instituto"(84) y, en sentido semejante: "Las situaciones de control en cualquier entidad societaria... no constituyen, en sí mismas, conductas ilícitas o reprobadas por el ordenamiento jurídico, sino antes bien permitidas por éste, siendo usuales en las prácticas comerciales y societarias' (85).

EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

Manuel Alberto TORRES CARRASCO

I. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACCIONISTAS: RADIOGRAFÍA DE SU SITUACIÓN ACTUAL

1. Definición y finalidad

Aunque no se encuentre mencionado expresamente en el artículo 95 de la Ley General de Sociedades(1) (precepto que enumera los derechos de los accionistas con derecho a voto), no cabe duda que el impugnar un acuerdo de junta es uno de los más valiosos derechos con que cuentan los socios para defender sus intereses dentro de una sociedad(2).

En efecto, que se pueda discutir y revocar un acuerdo adoptado en una junta es uno de los más importantes mecanismos ex-post de control de la voluntad social. Por ello, pese a la seguramente involuntaria omisión del referido artículo 95, fluye en forma evidente a lo largo del texto de la Ley General de Sociedades que corresponde a los socios el libre ejercicio de este derecho de impugnación, vital para el buen desenvolvimiento de las sociedades(3).

y es que gracias a este derecho los socios se encuentran facultados a cuestionar un acuerdo que, presumiblemente, es ilegal, infringe el estatuto o es contrario a los fines mismos de la sociedad. De esta manera, los accionistas se encuentran en la posibilidad de cautelar que la formación y contenido de la voluntad social se enmarque dentro de los cánones legales y/o estatutarios preestablecidos, así como que la decisión tomada en conjunto no lesione indebidamente sus legítimos intereses particulares.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de impugnación es una fuente constante de conflictos y roces entre las minorías y las mayorías. Es por eso que se ha afirmado que la impugnación de acuerdos sociales es la materia más conflictiva del Derecho de Sociedades(.), por lo que en este estudio a la par de describir los alcances de su regulación en la ley societaria peruana, intentaremos revisar cuales son las razones que justifican la permanencia de dichas normas. Empecemos.

2, El derecho de impugnación como una expresión de los derechos políticos del socio

El hecho de que sean titulares de un número determinado de acciones o participaciones convierte a los socios en los únicos que pueden decidir el destino y suerte de la sociedad. Para que esto sea posible, los socios deben estar

premunidos de diversos derechos (reconocidos legal y estatutariamente) que les permita materializar su "dominio" sobre la sociedad.

En ese sentido, tradicionalmente se ha señalado que los derechos que ostentan los socios pueden clasificarse en dos grandes grupos:

I. los derechos económicos, entre los que destacan el derecho a participar en las utilidades de la sociedad, el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación, etc.; y,

II. los derechos políticos, entre los cuales podemos incluir al derecho de asistir y votar en las juntas, al derecho de información y al derecho de impugnación, entre otros.

Sin embargo, debe tenerse presente que esta distinción es meramente académica, pues, como ya se ha advertido en la doctrina comercial, los derechos políticos tienen por finalidad asegurar el interés económico de los accionistas y, por lo tanto, ambos derechos resultan ser complementarios (5).

Efectivamente, los derechos políticos tienen por finalidad permitir a los socios el goce y defensa de los derechos económicos. Así, por ejemplo, cuando el socio acude a una junta y vota a favor de la adopción de un acuerdo (ya sea que éste tenga por finalidad aprobar la distribución de dividendos, para decidir por la remoción de los gerentes, aprobar la realización de una actividad comercial o adquirir una maquinaria) lo hace por que en el fondo dicho acuerdo le retribuirá una ventaja económica directa o indirecta, inmediata o futura.

En esa línea de pensamiento, el desaparecido tratadista nacional Enrique Elías Laroza, refiriéndose a los derechos políticos, ha sostenido muy didácticamente que "en la medida en que el accionista persigue un rendimiento efectivo de su capital, necesita los mecanismos que le aseguren que la actividad social está efectivamente encaminada a obtener beneficios económicos adecuados. En otras palabras, el objetivo del accionista podría ser obstaculizado o impedido si no tiene injerencia alguna en la gestión social. De nada serviría asegurar los derechos patrimoniales si el accionista no puede controlar la adopción de las decisiones orientadas a una eficiente conducción de los negocios sociales"(6) .

Con el derecho de impugnación sucede lo mismo, esto es, siendo una de las expresiones o manifestaciones del haz de derechos políticos de los socios, también tiene por finalidad la defensa de los derechos económicos.

Pero vayamos por partes. El derecho de impugnación, en principio, es un derecho político en la medida que, mediante su ejercicio, el socio expresa su disconformidad con la adopción de determinado acuerdo y solicita su inmediata revocación a efectos de que no despliegue los efectos deseados por los demás socios. Es decir, el socio impugnante discrepa abiertamente de la decisión adoptada en la junta, por lo que es una manifestación política de negación de la legalidad o validez del acuerdo.

Pero también tiene por finalidad la defensa de un interés económico, porque de lo contrario ningún accionista invertiría tiempo, trámites, dinero en contratar a un buen abogado y demás gastos colaterales para conseguir que en las instancias judiciales se revoque el acuerdo.

En otras palabras, si no existe una finalidad económica, el acuerdo no será impugnado; si no existe interés económico mellado, por modesto que éste sea, nadie, absolutamente nadie se daría la molestia de impugnar el acuerdo.

3. Expresiones del derecho de impugnación

Ahora bien, ¿de qué manera los socios pueden ejercer este derecho de impugnación? Según nuestra legislación societaria, los socios cuentan con dos pretensiones procesales para estos efectos:

i. la acción de impugnación propiamente dicha, prevista en los artículos 1390 a 1490 de la Ley General de Sociedades; y,

ii. la acción de nulidad, prevista en el arto 1500 del referido cuerpo de leyes.

Esto es, para utilizar términos más afines al derecho procesal, el derecho de acción de los socios para recurrir al órgano jurisdiccional a fin de resolver el conflicto de intereses generado entre él (en su condición de accionista) y la sociedad por la adopción de un determinado acuerdo, puede materializarse a través de dos pretensiones procesales: la llamada acción (léase, pretensión) de impugnación de acuerdos societarios y la llamada acción (pretensión) de nulidad de acuerdos societarios(7).

4. Imposibilidad de recurrir a otros mecanismos de impugnación

Sobre las pretensiones arriba mencionadas volveremos más adelante, pero antes queremos dar cuenta de algo que nos parece muy importante y que otorgan una relevancia peculiar al estudio del derecho de impugnación.

Nos estamos refiriendo al hecho de que por mandato expreso del artículo 151 de la Ley General de Sociedades, en sede judicial no será procedente otra pretensión tendente a impugnar los acuerdos de junta que no fuese alguna de estas dos antes referidas, o sea la acción de impugnación propiamente dicha o la acción de nulidad.

Esto significa que si el pacto social o el estatuto hubiesen previsto a favor de los accionistas otro mecanismo de impugnación de los acuerdos de junta, éste no podría ser ejercido frente a los tribunales, inclusive si la totalidad de accionistas en junta universal decidieran "diseñar" un nuevo procedimiento de impugnación.

La misma suerte correrían las disposiciones del estatuto que establezcan para interponer la acción de nulidad o de impugnación, requisitos o exigencias distintas a las previstas por nuestra actual legislación, ya sean menores o mayores, pues éstas no deberán ser apreciadas por el órgano jurisdiccional, quien deberá considerarlas como no puestas en el estatuto social.

De igual manera, somos de la opinión que lo dispuesto en el referido artículo 151 convertiría en ineficaz cualquier pacto parasocietario que establezca la obligación de los socios de cumplir algún requisito previo o distinto de los contemplados en la ley para ejercer el derecho de impugnación de los acuerdos societarios, incluso si dicho pacto ha sido comunicado a la sociedad de acuerdo a lo previsto en el artículo 8(8) y al inciso b del artículo 55(9) de nuestra Ley General de Sociedades. Sin embargo, lo que sí sería posible es que en el estatuto (o en un convenio parasocietario) se establezca una cláusula que establezca la obligación de dirimir cualquier conflicto de intereses en la vía arbitral. De esta manera, la acción de impugnación (o la nulidad) de un acuerdo societario tendría que tramitarse en sede arbitral y no ante 105 magistrados del Poder Judicial.

Igualmente, en virtud de dicha cláusula cualquier discrepancia que surja entre un tercero y la sociedad deberá ser resuelta mediante un arbitraje, pues en virtud del principio de publicidad registral(10), el tercero no podría alegar que desconocía el contenido de la escritura pública de constitución de la sociedad o, de ser el caso, el contenido del pacto societario inscrito.

II. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN, UN CAMINO DE ESPINAS

1. Supuestos de impugnación

Habíamos dicho que los socios cuentan con dos pretensiones procesales para impugnar los acuerdos de junta. La primera la llamada acción de impugnación y la segunda la denominada acción de nulidad.

De estas dos, tal vez la acción de impugnación sea la que resulte más conocida por los justiciables, debido a su mayor uso y, claro, porque se encuentra mejor regulada en nuestro cuerpo de leyes societario.

Mediante esta acción de impugnación, los accionistas de una sociedad de capitales (y solamente ellos, como luego veremos) pueden impugnar judicialmente la validez de los acuerdos que incurran en alguna de estas situaciones previstas en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades (11):

a. Un acuerdo cuyo contenido sea contrario a la Ley General de Sociedades

Esto es que el acuerdo pretenda infringir alguna disposición imperativa de dicha norma.

Así, podrán ser impugnados, por ser absolutamente ilegales, aquellos acuerdos que, por ejemplo, establezcan que un determinado socio minoritario no recibirá los dividendos que legítimamente le correspondan durante cinco ejercicios económicos consecutivos o que aprueban la emisión de acciones sin que se haya pagado el 25% de su valor nominal (infringiendo los artículos 95 y 84 de la Ley General de Sociedades, respectivamente).

Ahora bien, cabe señalar que el socio impugnante puede dirigirse contra todos los acuerdos adoptados en una junta en particular, cualquiera sea su número, o solamente contra alguno de éstos. Obviamente si el socio impugna varios acuerdos deberá demostrar una por una las causales de nulidad incurridas.

b. Un acuerdo cuyo contenido sea contrario o entre en conflicto con las estipulaciones del pacto social o del estatuto

Esto es, que evidentemente colisione con alguna o varias disposiciones del estatuto y/o del pacto social.

Así, por ejemplo, si el estatuto establece en favor de los socios fundadores una mayor participación en las utilidades de la empresa de lo que corresponda a otros socios (12), un acuerdo posterior de la junta de socios no podría privarles de este beneficio si es que previamente no se ha modificado el estatuto (con la votación calificada y formalidades correspondientes) a fin de eliminar este trato preferencial.

En consecuencia, de adoptarse este acuerdo de supresión de los beneficios de los fundadores sin que se haya modificado el estatuto, estos socios fundadores podrían impugnarlo a fin de obtener su revocación y declaración de ineficacia en sede judicial.

c. Un acuerdo cuyo contenido lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios

En otras palabras, se podrá impugnar aquellos acuerdos cuando por el jeso de los votos se pretende vulnerar los intereses de la sociedad, al favorecerse a las mayorías en desmedro de las minorías.

Comentando esta causal, Elías Laroza explica que estos acuerdos no se caracterizan por lesionar o vulnerar directamente ninguna disposición legal o estatutaria, sino que entrañan un beneficio en favor de uno o más accionistas en detrimento de los intereses sociales. Además, el mencionado autor nos ilustra con el siguiente ejemplo: la transferencia de los activos de la sociedad a los accionistas o grupos vinculados con éstos a precios irrisorios o en condiciones inferiores a las que normalmente presenta el mercado(13).

En estos supuestos, qué duda cabe que pese a que el acuerdo haya sido adoptado de acuerdo a las formalidades establecidas (quórum, votaciones, publicaciones, etc.), el interés de la sociedad de mantener su patrimonio en un valor constante se puede ver profundamente afectado. Por ello, se faculta a los socios minoritarios a impugnar este acuerdo y obtener su revocación judicial.

Sin embargo, ¿qué debemos entender estrictamente por "acuerdo con contenido lesivo"? Pedro Ávila Navarro, formulándose esta misma pregunta, ha señalado que el concepto de acuerdo lesivo utilizado por la Ley General de Sociedades Anónimas española (fuente directa de nuestra legislación peruana), es bastante impreciso y, es en último término, de apreciación judicial, pues será el juez quien tendrá que decidir en cada caso si se ha lesionado los intereses de los socios(14).

En ese sentido, dicho autor refiere que la doctrina jurisprudencial de su país ha establecido que no es necesaria que la lesión sea inmediata y presente, pues también puede tratarse de una lesión futura. En ese sentido, se cita la S. 19.02.91 que literalmente habla de un "peligro potencial de daño". Igualmente, se hace referencia a la S. 12.05.68 que establece que no necesariamente tiene que ser inmediato el beneficio de uno o varios accionistas o de terceros provocado por el acuerdo que es lesivo a los intereses de otros accionistas.

d. Un acuerdo cuyo contenido incurra en alguna causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil

Lo primero que debemos preguntarnos cuando se revisa el alcance de esta causal, es qué quiso expresar el artículo 139 de la Ley General de Sociedades al señalar que se puede impugnar los acuerdos que incurran en alguna "causal de anulabilidad prevista en la Ley" (el resaltado es nuestro). ¿Se estará refiriendo solamente a una causal de anulabilidad prevista en la Ley General de Sociedades o ha utilizado el término "ley" en un sentido más amplio, esto es, como sinónimo de ordenamiento jurídico?

Si consideramos correcta la primera opción, entonces, bajo esta causal solo se podrán impugnar aquellos acuerdos que incurran en un supuesto de anulabilidad previsto únicamente en la Ley General de Sociedades (además, por supuesto, de alguna causal contemplada en el Código Civil). Si, por el contrario, nos hacemos partidarios de la segunda opción, el acuerdo que haya incurrido en algún supuesto de anulabilidad previsto en cualquier norma positiva sin distinción podrá ser objeto de impugnación.

Por dos razones, nosotros somos de la opinión de que se ha optado por usar el término "Ley" como diminutivo de Ley General de Sociedades. Primero, porque si se hubiera utilizado como sinónimo de ordenamiento jurídico en general, no hubiese sido necesario citar a continuación al Código Civil, pues éste código obviamente forma parte del ordenamiento jurídico y hubiera sido redundante hacer mención expresa a dicho código. Y, segundo, porque el texto del mismo artículo 139 distingue el término "Ley" (así, con mayúsculas) de "ley": "Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley (los resaltados son nuestros).

Bajo esta premisa, queda claro que los acuerdos que pueden ser impugnados utilizando esta causal son aquellos que incurran en algún supuesto de anulabilidad previsto en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil.

2. Supuestos de impugnación en caso de socios titulares de acciones sin derecho a voto

Tratándose de socios titulares de acciones sin derecho a voto(15), el artículo 140 de la Ley General de Sociedades es claro en señalar que la impugnación sólo

puede ser interpuesta respecto de aquellos acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones.

Como se recordará, los titulares de acciones sin derecho a voto ostentan los siguientes derechos especiales:

- a) Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación con la preferencia que se indica en el artículo 97(16);
- b) Ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad;
- c) Impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos;
- d) Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto; y,
- e) En caso de aumento de capital, a suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto.
- f) En caso de aumento de capital, a suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital.
- g) En caso de aumento de capital, a suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto.
- h) En caso de aumento de capital, a suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los literales anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

Ahora bien, el inciso 3 del artículo 96 de la Ley General de Sociedades establece que la acción sin derecho a voto confiere a su titular el derecho de impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos antes descritos (así como alguno otro que se haya previsto en el estatuto). Esto podría suceder en el caso de que un acuerdo de junta pretenda suspender por un año el derecho a percibir el dividendo preferencial que se haya establecido en el estatuto en favor de esta clase de accionistas.

Obviamente que si la junta de accionistas decide modificar el estatuto, contando para ello con el quórum y mayorías requeridas, a fin de eliminar algún beneficio estatutario de los titulares de este tipo de acciones, el acuerdo será válido y no procederá con éxito alguna impugnación que promuevan estos socios, siempre que dicha modificación no infrinja alguna disposición legal imperativa y/o pretenda desconocer algún beneficio previsto en la Ley General de Sociedades.

3. Vías procedimentales

a. Dos vías procedimentales

En principio, la impugnación de un acuerdo societario que incurra en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades antes señalados deberá tramitarse en la vía procedimental abreviada, prevista en los artículos 486 y 494 del Código Procesal Civil.

Sin embargo, la impugnación que se sustente en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitará en la vía procedimental sumarísima, prevista en los artículos 546 al 559 del referido código adjetivo.

Es válido preguntarse las razones por las cuales nuestra ley societaria optó por diferenciar la vía procedimental aplicable a uno y otro caso.

La respuesta más obvia parece ser que cuando la pretensión se basa en defectos de convocatoria o falta de quórum, la materia probandi es escasa y no se requiere de una etapa probatoria excesiva y complicada, como suele ocurrir en los procesos abreviados, en donde el debate, discusión y prueba de la existencia de las causales previstas en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades encuentran un lugar adecuado(17),

Sin embargo, nosotros podríamos agregar un segundo elemento que no tiene mayor ambición de complementar al anterior. Si se revisa con cuidado el artículo 139 de nuestra ley societaria, podemos advertir que cada uno de los cuatro supuestos de impugnación previstos tienen su razón de ser en el contenido del acuerdo. O sea, no se discute cómo se llegó a adoptar el acuerdo, sino el contenido del acuerdo en sí. Obviamente, en este último caso se requiere una discusión y debate mayor que permita a las partes en conflicto exponer sus pareceres sobre la validez o ilegalidad del acuerdo, lo que no se puede lograr con creces en los procesos sumarísimos.

b. Defectos de convocatoria y de quórum Para que proceda la impugnación por la vía procedimental sumarísima,
¿qué debemos entender por defectos de convocatoria o de quórum?

En primer lugar, estaremos ante un defecto de convocatoria cuando, por ejemplo, el aviso de convocatoria de la junta general obligatoria anual hubiese sido publicado con una anticipación menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración, o cuando dicho aviso no ha señalado el lugar, el día y la hora de celebración de la junta, o habiendo especificado estos datos se ha obviado indicar los diversos asuntos a tratar. En suma, estaremos frente a un defecto de convocatoria cuando no se observen las formalidades previstas en el artículo 116 de la Ley General de Sociedades(18).

Y, en segundo lugar, estaremos frente a un defecto de quórum en las siguientes oportunidades:

a) Cuando el acuerdo ha sido adoptado en una junta que no reunió, en primer convocatoria, al menos los dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto; o,

b) Cuando, en segunda convocatoria, el acuerdo fue adoptado en una junta que no tuvo concurrencia igual o mayor a tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto;

Cuando el acuerdo no se adoptó con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

En estos casos que en principio no demandan mayor trámite que verificar las actas y/o las publicaciones, será procedente como ya hemos dicho que se impugne el acuerdo a través de la vía procedimental sumarísima.

4. Legitimidad para obrar

a. Legitimidad pasiva

La única que tiene legitimidad pasiva en un proceso de impugnación de acuerdo de junta es la sociedad, por lo que su lugar en este tipo de procesos siempre va a ser la de parte demandada.

En ese sentido, la sociedad nunca podrá tener legitimidad activa, pues resultaría ilógico y un despropósito que la sociedad impugne los acuerdos adoptados por la mayoría social.

b. Legitimidad activa

Por su parte, los únicos que pueden interponer la acción de impugnación son los socios. Ni los administradores (obviamente, que no sean a la vez socios) ni los terceros (ya sea que tengan intereses económicos con la sociedad) se encuentran facultados para interponer una acción de impugnación. Sin embargo, los administradores y los terceros cuentan con la acción de nulidad para discutir la validez de un acuerdo de junta, lo que será materia de análisis más adelante.

En ese sentido, siguiendo el pensamiento de Ávila Navarro, deberá negarse legitimación al accionista que deje de serlo antes o durante la impugnación. Asimismo, no se puede admitir la impugnación de quien adquiere el status de socio después de adoptado el acuerdo cuestionado(19).

Ahora bien, no basta con poseer la condición de accionista para interponer una demanda de impugnación de acuerdos de junta, pues para que el socio se encuentre totalmente legitimado debe encontrarse en alguna de estas tres situaciones, conforme establece el artículo 140 de la Ley General de Sociedades:

a) Haber asistido a la junta y hecho constar en el acta su oposición al acuerdo;
b) . - Haber estado ausente en la junta al momento de tomarse el acuerdo; o, c)
Haber sido ilegítimamente privado de emitir su voto.

Si se reflexiona un poco acerca de lo que significa que el socio reúna alguna de estas condiciones se pueden empezar a clarificar las razones por las cuales denominamos este subcapítulo como "La acción de impugnación, un camino de espinas".

Veamos, si el socio asistió a la junta, debe manifestar su disconformidad con el contenido del acuerdo y verificar que en el acta que se elabore con ocasión de la realización de la junta se exprese fehacientemente dicho desacuerdo.

En otras palabras, nuestra ley societaria exige al socio que votó por una posición que no fue la mayoritaria, a tomar inmediatamente, esto es, en el mismo momento de realización de la junta, la decisión de impugnar del acuerdo y hacer constar su oposición a éste en el acta(20). En consecuencia, una vez elaborada el acta sin que se haya anotado la oposición, el socio asistente a la junta habrá perdido la oportunidad de impugnar el acuerdo.

Claro que lo mejor sería retirarse de la junta cuando sea previsible que la mayoría va a votar de una manera distinta a la que el socio considerada adecuada, pues si no se encuentra presente en la junta al momento de tomarse el acuerdo podrá impugnarlo sin haber reunido el requisito antes mencionado, esto es, no necesitará que conste en el acta su oposición del acuerdo. En otras palabras, el mensaje de la Ley General de Sociedades parece ser "si estás seguro que vas a perder en las votaciones, mejor es retirarte de la sesión". De esta manera se podrá impugnar el acuerdo sin que sea necesario que el socio se haya opuesto a él. Igualmente, en el supuesto de que el socio sea privado de manera ilegítima de expresar su voto, también se encontrará en la facultad de impugnar el acuerdo sin necesidad de haberse sentado en acta su disconformidad.

5. Plazos de caducidad

Pero, por si fuera poco, además de estas exigencias el accionista debe franquear unos inclementes plazos de caducidad. Estos plazos son los siguientes:

- i. interponer su demanda a los dos meses de la fecha de la adopción del acuerdo si es que concurrió a la junta; o
- ii. interponer su demanda a los tres meses si no concurrió a ella; o, en su defecto,
- iii. tratándose de acuerdos inscribibles, interponer su demanda dentro del mes siguiente de la inscripción.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta algunos elementos que creemos resultan ser de enorme relevancia práctica al momento de impugnar un acuerdo.

En primer lugar, los dos primeros plazos de caducidad (de dos y tres meses, respectivamente), se aplican cuando se traten de acuerdos no inscribibles; mientras que el último plazo solo se refiere a los acuerdos sujetos a inscripción.

Así, de tratarse de un acuerdo que por ejemplo dispone la contratación de nuevos funcionarios de la empresa o la compra de nuevas maquinarias, el socio que piense impugnar por alguna causal estos acuerdos deberá presentar su demanda en un plazo no mayor de dos meses de la adopción del acuerdo (si es que concurrió a la junta) o de tres meses (si no concurrió a ella).

En segundo lugar, cuando estamos frente a acuerdos inscribibles, debe tenerse muy en claro que el socio podrá impugnar el acuerdo al día siguiente de la adopción del mismo y no esperar a que éste se inscriba. En efecto, el artículo 142 lo que hace es señalar un plazo de caducidad (hasta el mes siguiente al de la inscripción), pero no dice nada sobre el término inicial del plazo, por lo que el socio puede impugnarlo antes de que se efectúe su registro. Así, el socio que pretenda impugnar un acuerdo que, por ejemplo, dispone la modificación del estatuto podrá hacerla a partir del día siguiente de adoptado el acuerdo y no esperar a que éste se inscriba.

Y, en tercer lugar, creemos que el socio que no impugnó un acuerdo inscrito dentro del plazo de caducidad establecido por el mencionado artículo 142, no podrá alegar después de vencido dicho plazo que no tuvo conocimiento de la inscripción del acuerdo; pues, en virtud del ya antes referido principio de publicidad registral contenido en el artículo 2012 del Código Civil nacional, nadie puede alegar desconocimiento de las inscripciones registrales.

Por otro lado, ¿cómo debe realizarse el cómputo del plazo de caducidad? Esto es, si el acuerdo se adoptó el 14 de abril, ¿hasta que día podrá presentar la demanda de impugnación el socio que no asistió a la junta que dispuso este acuerdo? ¿hasta el 14 de julio o hasta el 15 de julio?

Pues bien, a diferencia de lo que sucede en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, en la Ley General de Sociedades no existe una disposición expresa que indique cómo debe realizarse el cómputo de los plazos⁽²¹⁾, por lo que corresponde aplicar las normas del derecho común. Por lo que, . tomando en cuenta lo previsto en el artículo 183 del Código Civil⁽²²⁾, debemos concluir que los plazos de caducidad previstos en el artículo 142 de la Ley General de Sociedades se cumplen en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial.

Así, en el ejemplo antes propuesto, el plazo de caducidad vencerá indefectiblemente el 14 de julio, salvo que éste día sea inhábil, en cuyo caso el plazo vencerá el primer día hábil siguiente.

6. Improcedencia de la acción de impugnación

De otro lado y de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 139 de la Ley General de Sociedades, no procederá la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

Resulta lógico que cuando la junta general revoque o sustituya el acuerdo materia de impugnación, el juez deba disponer la conclusión del proceso y su consecuente archivamiento, cualquiera que sea su estado, pues habría ocurrido lo que se

denomina en la ciencia procesal como sustracción de la materia. Esto es, el proceso sería inútil debido a que el conflicto de intereses ha desaparecido.

Para ello, bastará que la sociedad acredite ante el órgano jurisdiccional, mediante documento de fecha cierta, que el acuerdo ha sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto, según corresponda.

Sobre el particular, también sería saludable que mediante una reforma legislativa (o en todo caso nuestros jueces en mérito de su labor de llenar o suplir los vacíos de la ley) se establezca que cuando sea evidente que el error o defecto es subsanable, se otorgue a la sociedad un plazo razonable para que puedan corregir el error advertido, tal como establece el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española (23). De tal manera de que al admitirse la demanda de impugnación de acuerdo societario, el juez otorgue un plazo (que podría ser de treinta días, a fin de que se pueda realizar la convocatoria respectiva) a efectos de que la sociedad demandada pueda subsanar el acuerdo.

7. Intervención coadyuvante de accionistas en el proceso

Como ya hemos referido, en un proceso de impugnación de un acuerdo societario la parte demandante es, obviamente, el socio impugnante; mientras que la parte demandada es la sociedad. Pues, bien, el o los socios que hayan votado a favor del acuerdo materia de impugnación pueden incorporarse a dicho proceso como terceros a través de la intervención coadyuvante a favor de la sociedad.

Como se recordará, la intervención coadyuvante es aquella figura procesal, prevista en el artículo 97 del Código Procesal Civil (24), que permite que un tercero ingrese a un proceso siempre que tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida.

La finalidad de su intervención, que incluso puede admitirse durante el trámite en segunda instancia, es la de coadyuvar o colaborar a la parte Con la cual tenga una relación jurídica sustancial.

En ese sentido, los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado pueden intervenir a su costa en el proceso a fin de coadyuvar a la sociedad en la defensa de la validez del acuerdo.

Por supuesto que el socio coadyuvante no podrá realizar actos procesales que estén en oposición a los intereses de la sociedad o que impliquen disposición del derecho discutido, pero sí estará facultado para realizar cualquier otro acto procesal que le permita colaborar con la defensa de la validez del acuerdo tales como alegatos, informes orales, ofrecer medios probatorios, etc.

8. Intransmisibilidad de las acciones del socio impugnante

Otro de los requisitos impuestos por nuestra legislación societaria a los accionistas que impugnan un acuerdo de junta es el previsto en el artículo 144 de la Ley General de Sociedades (25), precepto que establece que, mientras dure el proceso judicial respectivo, estos socios impugnantes deberán mantener la condición de socios, para lo cual se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

En ese sentido, durante el proceso los socios no podrán transferir todo o parte de su paquete accionario, pues de lo contrario perderían legitimidad para obrar en el proceso judicial de impugnación. Y, lo que resulta más grave, si solo un socio ha impugnado el acuerdo, el hecho de que transfiera una de sus acciones implicaría la conclusión del proceso de impugnación.

Comentando dicho dispositivo, el reconocido tratadista Ricardo Beaumont afirma que éste ha sido un paso adelante de la norma contenida en el artículo 145 de la antigua Ley General de Sociedades(26).

y de hecho lo es, pues el que los socios impugnantes tuvieran que depositar previamente las acciones en una institución de crédito -tal como exigía la derogada norma societaria-, era una obligación explicable y razonable solamente para el caso de las acciones al portador pero no para el caso de las acciones nominativas, pues la única forma que tiene el tenedor de un título valor al portador de acreditar su condición es manteniendo su posesión. Y, como quiera que las acciones al portador fueron prohibidas en virtud de la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 774, Ley del Impuesto a la Renta(27), la exigencia del artículo 145 de la antigua Ley General de Sociedades perdió toda justificación.

Sin embargo, el artículo 144 de la vigente norma societaria no deja de ser particularmente criticable. En efecto, al sancionar al socio que transfiere parte de su participación social con la pérdida de la legitimidad para obrar en el proceso de impugnación, dicho artículo resulta ser un precepto ineficiente y inadecuado al devenir del mercado y al libre flujo de los capitales.

Esto es, ¿cuál es la razón que podría justificar que un socio que ha impugnado un acuerdo de junta y transfiere alguna de sus acciones deba ser apartado del proceso de impugnación? Si el socio tiene 20 acciones, ¿acaso no podría transferir una de ellas y mantener el mismo interés por impugnar el acuerdo?

Beaumont, anticipándose a las críticas, ha respondido a esta observación de la siguiente manera: "Es posible que alguien ponga en duda la validez del porqué la transferencia 'parcial' también produce la extinción de la acción de impugnación, y eventualmente considere incorrecta esta norma. Se preguntará, por ejemplo, si el accionista impugnante posee el 30% del capital social y transfiere un 10%, por qué esta transmisión parcial va a extinguir respecto de él, el proceso de impugnación. La respuesta es que la impugnación se planteó con la voluntad unitaria del 30% que no es divisible en varias o numerosas voluntades, tales como y dentro de ellas, algunas para enajenar, otras para dar en prenda, unas terceras para dar en

usufructo y las últimas para continuar la impugnación La voluntad expresadas con la totalidad de las acciones, es una: con las que impugnó debe continuar, sin fraccionamiento ni cortapisas. Por cierto, nada quita ni agrega la adquisición de un mayor número de acciones, en el intervalo"(28).

Pero, en verdad ¿resulta coherente hablar de una "voluntad unitaria" que debe permanecer incólume cuando a la par nada imposibilita que esta "voluntad" crezca al permitirse al socio que sí pueda adquirir nuevas acciones? ¿Es sensato pensar que si del 30 % de la participación social del accionista, éste transfiere el 0,5% ya no va a tener la misma "voluntad" de impugnar un acuerdo? Considero que la respuesta en ambos casos es negativa.

Claro, resulta sensato que se exija a los accionistas impugnantes a mantener su condición de tal durante el proceso (por lo que es lógico que si transfieren toda su participación social se extinga el proceso respecto de él); sin embargo, prohibirles que transfieran una parte de sus acciones es una norma anacrónica e ineficiente para el tráfico mercantil actual. Piénsese en un accionista de una sociedad anónima abierta (inversionista, por naturaleza) que, habiendo impugnado un acuerdo y teniendo enorme interés en que éste se revoque, no pueda transferir parte de sus acciones por un buen tiempo debido a que nuestro Poder Judicial, como siempre, es lento en resolver el proceso de impugnación.

Por todo ello, consideramos que el artículo 144 de la Ley General de Sociedades requiere una inmediata y urgente reforma en la parte que dispone que la transferencia voluntaria parcial de las acciones de propiedad del accionista demandante extingue, respecto de dicho socio, el proceso de impugnación.

9. Medidas cautelares

a. Suspensión del acuerdo impugnado Conforme al artículo 145 de la Ley General de Sociedades, el juez que conoce (o conocerá) del proceso de impugnación, podrá dictar a pedido de parte medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado, de tal modo que el acuerdo no podrá surtir efectos hasta que se dicte sentencia.

Estamos, pues, frente a un supuesto de medida cautelar de no innovar, prevista en el artículo 687 del Código Procesal Civil (29), y como tal afecta provisionalmente la vigencia del acuerdo, por lo que su procedencia al ser excepcional debe ser merituada exhaustivamente por el juez.

Asimismo, el pedido de suspensión del acuerdo tienen que hacerla un número de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito. Y, como toda medida cautelar, el juez debe disponer que los solicitantes presten una contracautela suficiente que sirva de garantía para resarcir los posibles daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

Obviamente que los peticionantes deben exponer con claridad los fundamentos de su pretensión cautelar, a fin de acreditar ante el juez la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. El pedido puede ser interpuesto antes de iniciado un proceso o durante la tramitación de éste, siempre que los peticionantes demuestren que la medida esté destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

b. Anotación de la demanda

Otra medida cautelar que pueden solicitar los accionistas impugnantes es la de anotación de la demanda en Registros Públicos. Dicha anotación se inscribe en el rubro d, otras inscripciones, de la ficha registral (o partida electrónica) del Registro de Personas Jurídicas en donde se haya inscrito la sociedad demandada.

A diferencia de la medida cautelar de suspensión del acuerdo, la anotación de la demanda no afecta la vigencia y eficacia del acuerdo impugnado sino que tiene por finalidad simplemente eliminar la buena fe registral de un tercero que celebre algún acto jurídico con la sociedad. Esto es, el acuerdo se ejecutará pero el tercero que contrate con la sociedad lo hará a sabiendas que existe en trámite un proceso de impugnación de un acuerdo de junta, por lo que los efectos de la sentencia que recaiga en dicho proceso podrían alcanzarle.

En ese sentido, el profesor Oswaldo Hundskopf afirma que "Dicha anotación preventiva de la demanda, en el proceso de impugnación, constituye una medida cautelar, la cual no altera o afecta el normal desenvolvimiento de la sociedad. Sin embargo dicha anotación cumple con la función de debilitar la buena fe registral, evitando de esa manera que los terceros aleguen buena fe, a efectos de no verse perjudicados por las consecuencias materiales de la sentencia definitiva que deje sin efecto el acuerdo impugnado"(30).

Esta anotación de la demanda en Registros Públicos es provisional, por lo que recién cuando quede firme la resolución que declare fundada la demanda de impugnación se inscribirá la suspensión definitiva del acuerdo impugnado.

Por el contrario, en caso de que la demanda sea desestimada por sentencia firme, o cuando el demandante se haya desistido, conciliado, transado o cuando se haya producido el abandono del proceso, la anotación preventiva de la demanda se cancelará a solicitud de la sociedad.

10. Efectos de la sentencia

Como se puede apreciar del texto del artículo 148 de la Ley General de Sociedades(31), lo que se resuelve en la sentencia que ponga fin al proceso de impugnación afectará a todos los accionistas mas no así a los terceros de buena fe que hayan contratado con la sociedad con posterioridad de la adopción del acuerdo impugnado. Por ello, la única forma de asegurar la eficacia frente a

éstos es la anotación-preventiva de la demanda, medida cautelar comentada anteriormente.

Efectivamente, de declararse fundada la demanda se dejará sin efecto el acuerdo impugnado y se declarará su nulidad (nulidad ex tunc). En ese sentido, para los accionistas y para aquellos terceros que no estén premunidos de la buena fe, los efectos de la sentencia se retrotraerán al momento de la adopción del acuerdo.

Al contrario, la sentencia no afectará en nada los contratos que hayan celebrado los terceros de buena fe con la sociedad en base al acuerdo impugnado. En palabras de Hundskopf Exebio, para los terceros de buena fe -se declarará la invalidez del acuerdo pero se respetará su eficacia de los derechos adquiridos, ello en estricto respeto al principio de seguridad jurídica"(32).

Por otro lado, la sentencia que declara fundada la demanda se limitará a la declaración de nulidad y, en su caso, a ordenar la cancelación de las inscripciones correspondientes.

Obviamente, el juez no puede establecer en la sentencia cuál debe ser el contenido correcto del acuerdo, pues la junta de accionistas es la única legitimada para adoptar el o los acuerdos que procedan como consecuencia de la declaración judicial de nulidad del acuerdo impugnado.

11. Reflexiones

Luego de haber revisado los innumerables requisitos para que sea procedente la acción de impugnación, cabe preguntarse por qué nuestra legislación societaria ha establecido requisitos tan severos para que un accionista pueda interponer la acción de impugnación.

La mayor parte de la doctrina responde a esta interrogante argumentando que si bien es cierto que debe permitirse a los accionistas la facultad de impugnar un acuerdo societario como una manera de control extra-junta de las decisiones adoptadas por las mayorías, también es cierto que permitir libre y anárquicamente los cuestionamientos de dichas decisiones no haría sino entorpecer la constante y dinámica marcha de las actividades negociales de la sociedad, afectando la circulación de los capitales y la seguridad jurídica de las operaciones comerciales efectuadas con terceros con arreglo a dichos acuerdos.

Por ello -se señala- resulta prudente encontrar un mesurado equilibrio entre el derecho de impugnación de los socios y el normal desarrollo de las actividades económicas de las empresas. En esa línea de pensamiento, Tomás Pelayo Muñoz ha señalado que el ejercicio del derecho de impugnación "debe matizarse con el principio de mantenimiento de los acuerdos sociales, en clara protección al tráfico mercantil"(33).

Seguramente este criterio mayoritario de los tratadistas estuvo en la mente de nuestros legisladores, quienes obedeciendo dicho dictado plasmaron en la Ley General de Sociedades que el ejercicio de la acción de impugnación debía tener

como presupuesto que el accionista reúna los requerimientos anteriormente referidos, de tal manera que, de no reunirlos, sería inviable impugnar un acuerdo de junta mediante esta pretensión procesal.

III. LA ACCIÓN DE NULIDAD: UN CAMINO DE ROSAS

1. Requisitos y presupuestos de la acción de nulidad

Al comentar todo lo relacionado con la acción de impugnación hemos visto que nuestros legisladores, frente a la disyuntiva de optar por un derecho irrestricto de los accionistas de impugnar un acuerdo societario o permitir la rápida marcha de las actividades negociales de la sociedad, optaron por privilegiar esta última opción, pues se entendió que de otra manera se afectaría la libre circulación de los capitales y la seguridad jurídica de las operaciones comerciales efectuadas con terceros.

Por ello, como hemos visto, se plasmó en el texto de la Ley General de Sociedades un sinnúmero de requisitos (haber hecho constancia de su disconformidad en el acta, impugnar en dos o tres meses de adoptado el acuerdo, no transferir parte de sus acciones, etc.), para que los socios puedan ejercer la llamada acción de impugnación.

No obstante lo anterior, el olvido o quizá el descuido permitió que a nuestros legisladores se les escapara la llamada acción de nulidad en el artículo 150 de la Ley General de Sociedades(34), la misma que permite impugnar un acuerdo de junta sin necesidad de cumplir estos excesivos requisitos.

En efecto, en contrapartida a lo difícil que resulta cumplir con los requisitos para interponer la acción de impugnación, la acción de nulidad de acuerdo de junta de accionistas no presenta mayores exigencias.

Así, dicho artículo establece que la acción de nulidad puede ser ejercida por cualquier persona que tenga legítimo interés (léase, administradores, un tercero ajeno a la sociedad e incluso los mismos accionistas) para invalidar judicialmente, vía proceso de conocimiento, los acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil.

Esto es, mediante esta pretensión procesal cualquier tercero o accionista (sin necesidad de haber concurrido a la junta y dejar constancia de su oposición, o haberse encontrado ausente, etc.), podrá solicitar la declaración judicial de nulidad del acuerdo de junta de accionistas, sin más requerimientos que el demostrar su legítimo interés en que éste se revoque, así como interponer la acción en el plazo de un año contado desde su adopción (35).

2. Interpretando los artículos 139 Y 150 de la Ley General de Sociedades

A la altura de este comentario, no le resulta al menos cuestionable el hecho de que -así como sucedía en la antigua Ley General de Sociedades-, la vigente LGS establezca dos alternativas procesales paralelas y, al mismo tiempo, tan disímiles en sus requisitos y presupuestos para impugnar un mismo acuerdo de junta(36).

Nuestra doctrina nacional no ha sido ajena a este problema. Así, por ejemplo, Elías advirtiendo esto ha afirmado que las causal es para ejercitar alguna de estas dos pretensiones son distintas(37).

Para este connotado y recordado autor, la diferencia entre las causales de nulidad contenidas en el artículo 150 de la Ley General de Sociedades y las causales de impugnación previstas en el artículo 139, es que estas últimas, a diferencias de las primeras, tienen una marcada orientación societaria, en el sentido de encontrarse estructuradas como medios de resolución de un conflicto intrasocietario, esto es, vinculado a la sociedad y a sus accionistas, en los que ningún tercero tienen legítimo interés.

Sin embargo, si se observa con más detenimiento el contenido de ambos artículos, podemos llegar a disentir de la opinión de este destacado jurista. En efecto, cuando el referido artículo 150 hace referencia a que la llamada "acción de nulidad" puede interponerse contra acuerdos que incurran en alguna de las causal es de nulidad prevista en la Ley General de Sociedades o en el Código Civil, se está abriendo una enorme puerta (diríamos mejor, forado) para que todo acuerdo sancionado como nulo por el artículo 38 de la Ley General de Sociedades(38) (que en suma contiene los mismos supuestos que los previstos en el artículo 139) pueda ser objeto tanto de la acción de nulidad como de la acción de impugnación. Esto es, que todo acuerdo contrario a la Ley General de Sociedades pueda ser cuestionado vía acción de impugnación o vía acción de nulidad.

Por citar un ejemplo, si en junta se adopta un acuerdo que colisiona con una disposición del estatuto, cualquier accionista podría interponer la acción de impugnación, ya que esto lo prevé expresamente el artículo 139 de la Ley General de Sociedades; pero, también el socio podrá discutir la validez de este acuerdo vía acción de nulidad, porque el artículo 150 lo faculta a interponer esta pretensión cuando el acuerdo incurre en una causal de nulidad establecida en la Ley General de Sociedades, lo que sucede con los acuerdos que violen el estatuto social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de dicho cuerpo de leyes.

Lo mismo podríamos decir de aquellos acuerdos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios, o que violen el pacto social o sean contrarios a las leyes que interesan al orden público.

Por ello nos parece totalmente contradictorio que si, en aras de la libre circulación de los capitales y la seguridad jurídica, se ha tomado partido por restringir la posibilidad de los accionistas para discutir los acuerdos de junta mediante la llamada acción de impugnación, imponiendo una serie de requisitos tan exigentes

en los artículos 139 y 140 de la Ley General de Sociedades; luego, a sólo diez artículos más adelante, se abra la posibilidad para que no únicamente los accionistas, sino cualquier tercero con legítimo interés, pueda dirigirse contra el mismo acuerdo vía la flexible acción de nulidad, la misma que adicional mente tiene un mayor plazo de caducidad que el de la acción de impugnación.

Es decir, por un lado se restringe enormemente las posibilidades de impugnar un acuerdo y, por otro lado, se olvidan estas previsiones con la acción de nulidad.

A la única solución coherente que podemos llegar para armar este rompecabezas normativo es que el diseño legislativo de la Ley General de Sociedades tuvo como propósito que el accionista impugnante que reúna los requisitos de los artículos 139 y 140 obtenga, mediante el ejercicio de la acción de impugnación, el beneficio de una tramitación más rápida y expeditiva en el Poder Judicial (vía procedimental abreviada o sumarísima) que la prevista para la acción de nulidad (vía procedimental de conocimiento) (39).

Sin embargo, el problema subsiste porque mediante el ejercicio de una acción de nulidad (cuyo plazo de caducidad es de un año) se pueden paralizar los efectos del acuerdo impugnado, con el consecuente perjuicio de inmovilizar la actividad comercial de la empresa por mucho más tiempo que el aconsejable, posibilidad que precisamente se quiso amenguar al establecerse los ya comentados requisitos de procedibilidad de la acción de impugnación.

3. Algunas sugerencias

Por dichas razones creemos que se hace urgente una reforma en nuestra legislación societaria que apunte a un tratamiento más coherente y que esté plenamente acorde con la idea de no sacrificar el normal desenvolvimiento de las actividades comerciales de las sociedades en aras de proteger en exceso el derecho de impugnación de los accionistas.

En ese sentido, creemos que una buena alternativa sería eliminar de nuestra Ley General de Sociedades la llamada acción de nulidad de acuerdos societarios, conservando únicamente la acción de impugnación como la ruta por la cual los socios puedan cuestionar la validez de los acuerdos de junta; mientras que los terceros podrían ejercer un derecho de oposición, tal como se encuentra previsto para el caso de reducción de capital (artículo 219 de la Ley General de Sociedades).

Otra opción sería reservar a los terceros la acción de nulidad (obviamente equiparándose el plazo de caducidad de ésta acción a los previstos para la acción de impugnación). De esta manera se evitaría que los socios puedan ejercer dos pretensiones procesales para el mismo fin: la impugnación de un acuerdo de junta. Además, sería aconsejable que nuestra doctrina o, mejor aun, nuestra judicatura, construya una teoría propia de la nulidad y anulabilidad de los actos societarios,

que se distinga de la generalidad de actos jurídicos, a fin de que sirva de soporte para edificar una coherente teoría de la impugnación de los acuerdos societarios. España, país que solemos tomar como fuente de nuestras aspiraciones codificadoras, ha sentado un interesante precedente al respecto. Efectivamente, en el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española, Decreto Legislativo 1564/1989, luego de enumerarse en qué casos procede impugnar un acuerdo de junta, se establece que entre estos serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley de Sociedades Anónimas española; mientras que los demás acuerdos como los contrarios al estatuto) serán anulables.

Asimismo, dicho texto normativo señala en su artículo 117 que "para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo", mientras que "para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores". Consideramos que una solución tan inteligente como la prevista en la ley societaria española no resulta nada inadecuada para nuestra realidad, máxime si nuestra Ley General de Sociedades está inspirada en mucho por aquélla. No obstante ello, a la par de no desechar que se proponga otra alternativa, nos permitiríamos sugerir que no debemos sentarnos a esperar por una solución legislativa que probablemente nunca llegue. Tal vez nuestra judicatura, mediante una sistemática y correcta interpretación, pueda tomar la palabra.

(1) Ley General de Sociedades:

"Artículo 95'.- La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:

1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;
2. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;
3. Fiscalizar en la forma establecida en la LGS y el estatuto, la gestión de los negocios sociales;
4. Ser preferido. con las excepciones y en la forma prevista en esta LGS. para:
 - a) La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y
 - b) La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y.
5. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la LGS y en el estatuto'.

(2) A diferencia de lo que sucede en nuestra legislación nacional, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas española, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, establece expresamente en su artículo 48 que el accionista tendrá, como mínimo, el derechos de impugnar los acuerdos sociales.

(3) Lo curioso es que inmediatamente a continuación el artículo 96 de la Ley General de Sociedades si señala expresamente que los titulares de acciones sin derecho a voto tienen el derecho de impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos.

(4) Hemos utilizado esta afirmación de Ávila Navarro, expresada en alusión a la realidad española, porque bien puede aplicarse para el caso peruano. Ver: ÁVILA NAVARRO, Pedro. "La Sociedad Anónima" Tomo 11. Junta general. Administración. Modificación de estatutos. Aumento y reducción de capital. Bosch. Casa Editorial, SA Barcelona, 1997. Pág. fin.

(5) Así, por ejemplo se ha afirmado con toda razón que: "Los derechos del accionista denominados políticos, tiene como fin que el accionista (i) pueda participar en la decisión sobre la inversión de los recursos aportados a la sociedad; (ii) pueda atacar las decisiones de inversión de sus recursos que sean contrarias a las normas legales y estas establecidas; y, (iii) que cuente con información suficiente y oportuna para decidir sobre el destino de los recursos aportados. Facultades todas, de evidente esencia económica... Todos los derechos que la acción confiere a su titular son derechos previstos para defender el interés económico del accionista..." (DÍAZ BEDREGAL, Álvaro. "La indivisibilidad de la acción. Una visión funcional". Ius et Ventas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2002. Pág. 184).

(6) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades comentada". Fascículo segundo (artículos W 50 al N° 106). Editora Normas Legales S.A. Trujillo, 1998. Pág. 194.

(7) Para evitar confusiones, en el presente trabajo utilizaremos la expresión "acción de impugnación" para referirnos expresamente a una de las dos pretensiones procesales (la otra es la "acción de nulidad"), < previstas en nuestra legislación societaria para que un accionista pueda oponerse judicialmente a la validez de un acuerdo de junta de socios; mientras que utilizaremos el término "derecho de impugnación" o simplemente "impugnación" para referirnos en forma genérica al derecho de acción, inherente a los socios, en su condición de tales, por el cual estos pueden oponerse judicialmente a dicho acuerdo mismo que puede ejercitarse mediante la referida "acción (o pretensión) de impugnación" y la "acción (o pretensión) de nulidad",

(8) Ley General de Sociedades:

"Artículo 5." Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron".

(9) Ley General de Sociedades:

"Artículo 55".- El estatuto contiene obligatoriamente: (...)

b. Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad.

Los convenios a que se refiere el literal b. anterior que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto".

(10) Código Civil:

"Art. 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

(11) ley General de Sociedades:

°Artículo 139".- 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. los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero' de buena fe".

(12) Como se debe recordar, los accionistas que fundaron la sociedad pueden reservarse algún beneficio mayor, generalmente económico, que los coloque en una mejor situación que los demás accionistas. Este beneficio se encuentra previsto en el artículo 72 de la ley General de Sociedades de la siguiente manera: "Independientemente de su calidad de accionistas, los fundadores pueden reservarse derechos especiales de diverso contenido económico, los que deben constar en el estatuto. Cuando se trate de participación en las utilidades o de cualquier derecho sobre éstas, los beneficios no pueden exceder, en conjunto, de la décima parte de la utilidad distribuida anual que aparezca de los estados financieros de los primeros cinco años, en un periodo máximo de diez años contados a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad".

(13) ELÍAS LAROZA. Enrique. Op. cit. Fascículo tercero (artículos N° 107 al N° 160). Pág. 295-296.

(14) ÁVILA NAVARRO, Pedro. Op. cit. Pág. 609.

(15) Como se recordará, las sociedades anónimas pueden crear una o varias clases de acciones sin derecho a voto, las mismas que confieren a sus titulares un derecho económico preferente a través de un dividendo preferencial. En contrapartida, dichas acciones no se computan para determinar el quórum de las juntas generales.

(16) Ley General de Sociedades:

"Artículo 97".- Las acciones sin derecho a voto dan a sus titulares el derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto.

Existiendo utilidades distribuibles, la sociedad está obligada al reparto del dividendo preferencial a que se refiere el párrafo anterior.

En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones'.

(17) De esta opinión son: ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. Fascículo tercero (artículos N° 107 al N° 160). Pág. 299: "Este se tramita como proceso sumarisimo, debido a que las pretensiones no requieren de una etapa probatoria larga y complicada: el juez solo debe analizar la convocatoria a la junta y el quórum de la misma"; y, BEAUMONT CALLI RGOS. Ricardo. "Comentarios a la nueva Ley

General de Sociedades". Gaceta Jurídica SA Segunda edición, Lima. 2000. Pág. 337: "la probanza es relativamente sencilla, se trata de cotejar los estatutos sociales con los avisos en los diarios, libro de registro y transferencia de acciones actas y cosas similares. Con un proceso sumárisimo es suficiente".

(18) Ley General de Sociedades:

"Artículo 116".- Requisitos de la convocatoria

El aviso de convocatoria de la junta general obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, salvo aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores. la anticipación de la publicación será no menor de tres días; y

El aviso de convocatoria especifica el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. Puede constar asimismo en el aviso el lugar, día y hora en que, si así procediera. se reunirá la junta general en segunda convocatoria. Dicha segunda reunión debe celebrarse no menos de tres ni más de diez días después de la primera.

La junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos permitidos por la ley".

(19) ÁVILA NAVARRO. Pedro. Op. cit Págs. 612-613. Este autor cita lasjurisprudencias españolas S. 02.07.75 y la S. 24.10.67 que han considerado que carecen de legitimación los accionistas que hayan entrado en la sociedad con posterioridad a la celebración de la junta. Nosotros compartimos ese criterio para el caso peruano, debido a la similitud de nuestras normas con las españolas. No obstante. el socio que pretenda impugnar un acuerdo adoptado con anterioridad a su incorporación como socio podrá utilizar la acción de nulidad, tal como lo podría hacer un tercero con legítimo interés.

(20) Para Ávila un criterio que compartimos plenamente- la exigencia de que se formule oposición y que esto se haga constar en acta tiene la enorme ventaja de dar seguridad a los acuerdos sociales. De tal manera que si los accionistas no se han opuesto, la sociedad ya no tiene que temer acciones de impugnación. Sin embargo, como a&ma Ávila, dicha exigencia parece excesivamente formalista, sobre todo si se tiene en cuenta que se dirige a unos accionistas normalmente legos en Derecho y que no siempre contarán con asesoramiento legal en el momento de la junta. Por ello, sugiere el mencionado autor que los abogados deben cuidar especialmente de advertir previamente de este extremo a las personas a quienes asesoren en materia mercantil. ÁVILA NAVARRO, Pedro. Op. cit. Pág. 615.

(21) Así, en el artículo 144 de la vigente Ley de Títulos Valores, ley N° 27287 del 19 de junio del 2000, se señala que el cómputo de los plazos de vencimiento fijados en meses, años u otras formas permitidas por la ley se determinará según las normas del derecho común. En cambio, nuestro Código Procesal Civil establece en su artículo 147 que el plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación; y que no se consideran para el cómputo los días inhábiles.

(22) Código Civil:

'Artículo 183".- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.

3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.

4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento,

5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente',

(23) Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre de 1989:

"Art 115.- Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada",

(24) Código Procesal Civil:

"Artículo 97",- Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella,

Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido",

(25) Ley General de Sociedades:

"Artículo 144'.- El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación".

(26) Texto Único Concordado de la derogada Ley General de Sociedades, Decreto Supremo N° 003~US: "Artículo 145.- El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general, debe depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, la que quedará obligada a mantener el depósito hasta la conclusión del juicio.

El depositario expedirá la respectiva constancia del depósito, tanto para acompañarla a la demanda como para que el accionista ejercite sus derechos".

(27) Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo N° 744 del 31/12/1993:

'Primera Disposición Transitoria y Final.- Está prohibido emitir acciones al portador.

Los notarios bajo responsabilidad no podrán elevar a Escritura Pública ninguna constitución de sociedad ni modificación de estatutos sociales que no establezcan la emisión de acciones nominativas".

(28) BEAUMONT CALLIRGOS. Ricardo. Op. cit. Pág. 347.

(29) Código Procesal Civil:

"Artículo 687".- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda. en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley".

(30) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva ley General de Sociedades y su ejercicio a través de acciones judiciales". En: Derecho Comercial. Tomo 111. Temas Societarios. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Urna. Lima, 2000. Pág. 70.

(31) Ley General de Sociedades:

. Artículo 148". La sentencia que declare fundada la impugnación producirá efectos frente a la sociedad y todos los accionistas, pero no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscrito debe inscribirse en el Registro".

(32) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "La junta general de accionistas y la configuración de la voluntad. En: Derecho Comercial. Tomo IV. Temas Societarios. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2003. Pág. 63.

(33) PELAYO MUÑOZ, Tomás. "Las acciones: derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones". Monografías mercantiles N° 4. Editorial CISS, S.A. Pág. 31.

(34) Ley General de Sociedades:

-Artículo 150". Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento,

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo-

(35) la anterior legislación societaria peruana no preveía un plazo para la acción de nulidad de acuerdo de junta de accionistas, por ello para llenar ese vacío debía acudir a lo previsto en el Código Civil. A diferencia de ello, nuestra vigente Ley General de Sociedades establece un plazo de caducidad para solicitar la nulidad del acuerdo de junta de accionistas, el mismo que es de un año contado desde la adopción del acuerdo.

(36) Existen opiniones que consideran que los accionistas sólo se encuentran facultados para interponer acciones de impugnación y no de nulidad de un acuerdo de junta. Otros, en cambio, sostienen que la acción de nulidad también puede ser ejercida por los accionistas (Ver: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva LGS General de Sociedades y su ejercicio a través de acciones judiciales". En: Op. cit. Pág. 76). Elías, sin afirmarlo expresamente, parece inclinado a esta tesis (Ver: ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano". Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2000. Pág. 325). Por nuestra parte, nos adscribimos totalmente a la tesis expuesta por Hundskopf. A pesar que en el artículo 150° LGS no se señala expresamente que los accionistas se encuentran facultados para ejercitar esta acción, cuando se establece en forma genérica que dicha acción puede ser interpuesta por "cualquier persona que tenga legítimo interés" no cabe duda que también, y sobre todo, se incluye a los accionistas.

(37) ELIAS LAROZA, Enrique. Op. cil. Pág. 325.

(38) Ley General de Sociedades:

"Art 38".- Son nulos 105 acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34', 35' Y 36', salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35' cuando esta LGS señale expresamente un plazo más corto de caducidad".

(39) Piénsese además en el distintivo retardo de nuestro aparato administrador de justicia sobre todo si se trata de un proceso de conocimiento.

IMPUGNACION y NULIDAD DE ACUERDOS SOCIETARIOS

Jorge VEGA VELASCO

1. INTRODUCCIÓN

En el desenvolvimiento habitual de la marcha societaria confluyen una serie de intereses que involucran no solo a los accionistas de la sociedad, sino también a terceras personas e incluso al Estado. Ello debido al conjunto de relaciones jurídicas de orden patrimonial que las sociedades anónimas desarrollan en el mercado y que trascienden la esfera privada de las mismas.

Por tal motivo, la formación de la voluntad social, que como se sabe es distinta e independiente de la voluntad de los accionistas, debe ser regulada por un marco normativo que permita, o que al menos trate, que los diversos intereses en juego no sean perjudicados por actos contrarios al orden jurídico imperante. El marco normativo al que nos referimos no es otro que aquél integrado por los estatutos sociales de la compañía, la Ley General de Sociedades (en adelante la Ley) y la normatividad civil cuando corresponda, el cual deberá ser respetado a efectos de que los acuerdos adoptados por la junta general de accionistas sean válidos.

En el Derecho de Sociedades la herramienta destinada a la cautela de la voluntad social se encuentra expresada a través del derecho de impugnación, que permite a aquellos sujetos de derecho que se vean perjudicados por la transgresión del marco normativo acotado en el párrafo que antecede, solicitar al Estado la debida tutela de sus intereses y los de la sociedad a fin de que la voluntad social sea emitida válidamente.

Siendo un punto medular en el desenvolvimiento de las sociedades, y en especial de las sociedades anónimas, el desarrollo jurídico del derecho de impugnación debe brindar la coherencia, practicidad y sobre todo garantía necesarias para la protección adecuada de los intereses de todos los involucrados en el devenir societario.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar las ventajas, desventajas, particularidades e incongruencias del articulado en la Ley que trata sobre los diversos temas derivados de la impugnación y nulidad de acuerdos societarios a efectos de proporcionar algunas pautas sobre sus alcances y contenido. Para ello, nos apoyaremos en la doctrina nacional y la experiencia propia, así como también en el análisis comparado de la normativa precedente y la legislación española, las que han ejercido influencia notable en la construcción teórica definitoria del esquema societario actual en el Perú y cuyo análisis brindará sin duda un matiz adicional al propósito último de la presente obra, cual es, brindar un nuevo aporte al desarrollo del derecho societario en nuestro país.

II. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIETARIOS

En sentido genérico, el derecho de impugnación de acuerdos societarios representa el derecho subjetivo de todo accionista y de cualquier tercero con legítimo interés, en algunos casos, de solicitar se declare la invalidez, por ende ineficacia, de los acuerdos adoptados por la junta general de accionistas en razón a un defecto sustancial en su contenido o formulación.

En palabras de Enrique Elías Laroza, el derecho de impugnación se vincula con los derechos políticos del accionista, ya que así como tiene derecho a participar en la voluntad de la sociedad mediante la emisión del voto, también tiene derecho a velar porque dichas decisiones se ajusten a lo previsto en la Ley y el pacto social y no lesionen los intereses de la sociedad en beneficio exclusivo de algunos socios(1).

Al respecto, Manuel Broseta Pont (2) acota que aun cuando la junta general es el órgano soberano de la sociedad, ello no quiere decir que su poder sea o pueda ser omnímodo, acordando por mayoría de capital lo que estime por conveniente. Por el contrario, la junta general debe acomodar su funcionamiento y sus acuerdos al respeto de lo que establecen la Ley y los estatutos que constituyen las bases esenciales de la sociedad. Mas, como quiera que pese a la existencia de estos límites la experiencia demuestra que las juntas generales los infringen con cierta frecuencia, es por lo que las leyes de sociedades anónimas establecen siempre para este supuesto el régimen de impugnación de acuerdos sociales, el cual constituye la pieza cardinal de las garantías a favor de los socios minoritarios, del interés de la sociedad y de la legalidad de sus acuerdos y, al mismo tiempo, es un límite bastante eficaz para frenar la tendencia al abuso del poder que caracteriza a todas las mayorías.

La Ley desarrolla el derecho de impugnación de acuerdos adoptados en juntas generales de accionistas de sociedades anónimas en los artículos 139 a 151, otorgando un tratamiento diferente al mismo dependiendo del grado de afectación que genera el acuerdo viciado. Surge así la distinción, cuyas particularidades serán comentadas más adelante, entre la impugnación de acuerdos y la acción de nulidad para los mismos.

En nuestra opinión, el fundamento para establecer una diferencia entre la impugnación y la nulidad de los acuerdos de juntas generales de accionistas, radica en la naturaleza del vicio o defecto del que adolecen los mismos en relación al nivel de influencia que posteriormente desencadenen tales acuerdos. Esto es, si los acuerdos se encuentran vinculados exclusivamente al desarrollo interno de la sociedad generando consecuencias para un grupo determinado de sujetos, llámese los accionistas, éstos serán los únicos interesados y, por ende, legitimados para impugnarlos. Por otro lado, si los vicios, así como los acuerdos que los contienen determinan consecuencias que trascienden los intereses de los accionistas, el ordenamiento jurídico prevé la acción de nulidad en favor de aquéllos que tengan un interés legítimo en contradecirlos.

Lo que antecede constituye en nuestro concepto la explicación del por qué se ha establecido una diferenciación entre la impugnación y la nulidad de los acuerdos. La diferencia no es formal, sino esencial, y ésta debería traer como consecuencia lógica que los plazos de caducidad para su ejercicio, los procesos en los cuales se sustancian, la legitimación activa y, por cierto, las causal es para cada una de ellas, deban ser diferentes(3).

III. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

1. Causal es

"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. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la Ley ...(4)"

La primera variante del derecho de impugnación (la impugnación de acuerdos) se encuentra establecida en los artículos 139 a 149 de la Ley. El primer párrafo del artículo 139 señala expresamente los supuestos en los cuales cabe la posibilidad de impugnar un acuerdo adoptado por la junta general de accionistas de una sociedad anónima.

Así, podrán impugnarse los acuerdos que sean contrarios a la Ley, tales como aquéllos adoptados por una junta de accionistas celebrada con defectos de convocatoria o instalada sin la concurrencia mínima de accionistas, acuerdos adoptados sin observar la mayoría calificada de votos, el reparto de dividendos ficticios, la creación de acciones en cartera que representen más del 20% del número total de acciones emitidas, entre otros muchos.

De igual modo, podrán impugnarse los acuerdos que sean contrarios a los estatutos sociales o al pacto social, toda vez que siendo estas normas aquellas que han establecido las partes en uso de su autonomía privada, cabe válida y lógicamente la sanción de nulidad para los acuerdos que transgredan las mismas. Resaltamos el hecho que la sociedad puede modificar previamente a la junta general o incluso durante ella, la disposición estatutaria que se encuentra en conflicto con el acuerdo que se pretende adoptar y así evitar la generación de acuerdos viciados.

La sociedad es un ente autónomo a los accionistas que la conforman, por ende, aunque a veces puedan coincidir, los intereses de éstos difieren del interés social. Ricardo Beaumont Callirgos (5) concibe a este último no como un interés predeterminado y desvinculado al de los socios, sino que en su formación -tal como se presenta en la realidad- se parte de los intereses personales, distintos o contradictorios de los socios, los que se armonizarán en lo posible en base al

principio mayoritario que rige en la adopción de decisiones en las juntas generales, teniendo como parámetros principales al objeto social, y a lo dispuesto por la ley y el estatuto. Así las cosas, cuando las decisiones de la junta no respetan este interés social, y aun cuando las mismas puedan estar acordes a lo que dictaminan las normas establecidas en la Ley y en el estatuto social, serán pasibles de impugnación en caso beneficien directa o indirectamente los intereses de uno o más accionistas. Estos acuerdos configuran el tradicional abuso de las mayorías sobre las minorías. Caso típico, la transferencia de activos en condiciones extremadamente favorables a favor de personajes ligados a los accionistas que adoptaron el acuerdo, en detrimento de los intereses de la sociedad y de los demás socios.

Finalmente, serán impugnables los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad previstas en la Ley y en el Código Civil.

La impugnación de acuerdos contenida en nuestra Ley tiene como antecedente legislativo directo el artículo 143 de la Ley de Sociedades Mercantiles, Ley N° 16123 del año 1966 (en adelante la antigua Ley), el cual señalaba tres clases de acuerdos sociales que podían ser objeto de impugnación:

"Podrán ser impugnados los acuerdos de la junta general que sean contrarios a la ley, se opongan al estatuto o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad ..." (6)

Aun cuando la antigua Ley no lo señalaba expresamente, la doctrina se encargó de establecer las pautas para una distinción entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Ulises Montoya Manfredi afirma que tan saludable criterio, refiriéndose a la simplificación realizada por el Código Civil de 1936 al considerar solo dos categorías de actos imperfectos: actos nulos -con nulidad absoluta- y actos anulables -con nulidad relativa- ha inspirado la Ley de Sociedades Mercantiles, que lo ha adoptado, reservando el ejercicio de las acciones de nulidad para los acuerdos contrarios a la ley y los de anulabilidad para los contrarios a los intereses de la sociedad (7).

No obstante lo acotado, cabía la posibilidad de que dichos acuerdos, vale decir, aquellos contrarios a la ley, a los estatutos sociales o que beneficien a los accionistas en contra del interés social, incurriesen en las causales de nulidad contenidas en el Código Civil de 1936, con lo cual variaba la aplicación de los diferentes institutos procesales para el asunto en cuestión. Dicha situación será comentada más adelante.

Al ser aplicado el tema de la nulidad y anulabilidad al espectro de las relaciones societarias, tuvo que recurrirse directamente a las consecuencias establecidas en la normatividad civil para los diversos supuestos, toda vez que la antigua Ley no efectuaba referencia alguna al respecto.

Una primera diferencia en el marco jurídico aplicable a la impugnación de acuerdos entre la antigua Ley y el actual texto normativo lo constituye la especificación del concepto "ley". Así, mientras en la antigua Ley la referencia a

dicho concepto en el artículo 143 implicaba no solo a aquélla sino también al conjunto de leyes que formaba parte del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 139 de la Ley señala expresamente que serán pasibles de impugnación solo los acuerdos contrarios a ésta. Ello determina un cambio radical en la gama de supuestos susceptibles de impugnación, así como la génesis de fundamentos concretos sobre el porqué debe existir una diferenciación entre la impugnación de acuerdos y la acción de nulidad para los mismos.

Efectivamente, en cuanto a la primera consecuencia resulta lógico que el cúmulo de supuestos disminuya toda vez que la legislación societaria está diseñada solo para un ámbito determinado de las relaciones privadas, mientras que la referencia a la legislación en su conjunto, como lo hace la antigua Ley, abarca la totalidad de ámbitos, los cuales se entrecruzan la mayor de las veces con el devenir societario, pero desarrollando situaciones diferentes y especiales. Esto determina que los acuerdos que transgredan la normatividad en general requieren ser tratados con consecuencias de diferente grado que aquellos acuerdos que violentan solamente la Ley.

En cuanto a la segunda consecuencia, el hecho que la antigua Ley haya utilizado el concepto "Ley" para referirse a la legislación en general, implicaba que las impugnaciones de aquellos acuerdos contrarios al orden público y a las buenas costumbres, por citar un ejemplo de infracción a principios jurídicos universales, estaban guiados por las reglas sobre legitimidad activa, vías procesales y plazos de caducidad propias del ejercicio de la "acción de nulidad" contenida en el artículo 152 de la antigua Ley. Dichas consecuencias eran adecuadas toda vez que ante la transgresión de diversas normas imperativas resultaba insuficiente el procedimiento señalado para las causal es del artículo 143 de la antigua Ley. Sin embargo, la situación descrita, que se apoyaba más en la doctrina y la jurisprudencia que en el texto legal, denotaba que resultaba necesaria una diferenciación legislativa, bien sea fundada por cuestiones de técnica jurídica o por un mayor acercamiento al entendimiento general, entre las causal es y las consecuencias procesales para la impugnación de acuerdos y la acción de nulidad para los mismos, diferenciación que dio un paso adelante con la Ley, en la cual la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas solo será viable para los acuerdos que sean contrarios a la Ley, siguiendo, además, el procedimiento establecido para la impugnación de acuerdos contenido en los artículos 140 a 149. No obstante lo acotado, en rigor, la primera modificación referida al cepto ULey" consignado en la antigua Ley, llegó por intermedio de la Segunda Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil, que estableció que podían ser impugnados los acuerdos de junta general que sean contrarios a esta Ley (refiriéndose a la antigua Ley). Dicha modificación, al igual que otras que vinieron bajo el brazo del texto normativo procesal, generaron diversos vacíos que fueron cautelados adecuadamente, en la mayoría de los casos, con la dación de la Ley.

Una segunda diferencia entre el articulado de la Ley y la antigua Ley referida a las causal es de impugnación de acuerdos, lo encontramos en la utilización de las

frases "... acuerdos ... contrarios a la ley..." (antigua Ley) y "... acuerdos ... cuyo contenido sea contrario a esta ley..." (Ley).

Resulta claro que el enunciado establecido por la antigua Ley abarcaba no solo el contenido de los acuerdos sino también el marco en el cual se formulaban. Así, eran impugnables los acuerdos que incumplían los requisitos formales para la constitución y regular funcionamiento de la junta general, aquellos derivados de una inválida formación de la voluntad social y, claro está, los acuerdos cuyo contenido iba en contra de los preceptos establecidos en la antigua Ley y en el ordenamiento jurídico imperante.

La redacción del artículo 139 de la Ley pareciera omitir como causal es para el ejercicio de la impugnación, aquellos acuerdos que en su formulación transgredan la Ley, dejando el camino únicamente a los acuerdos cuyo contenido sea contrario a ésta. Esta singular forma de redacción ha generado, que algunos juristas interpreten que efectivamente el artículo 139 de la Ley no contempla como causales para la impugnación aquellas que se sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum y que es solo en virtud al artículo 143 de la Ley(8) que estas causales pueden considerarse como pasibles de impugnación. Considerar esto implicaría que los diversos institutos procesales contenidos en los artículos 140 y siguientes no serían aplicables para dichas causales, puesto que literalmente se encuentran previstos solo para las causales del artículo 139 de la Ley.

El surgimiento de esta especial circunstancia tiene su origen en la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 768, Código Procesal Civil, que incorporó un segundo párrafo al artículo 152 de la antigua Ley, estableciendo que la impugnación que se sustente en defecto de convocatoria o falta de quórum se tramitaría a través del proceso sumarísimo, con lo cual se añadió una tercera vía procesal a la impugnación de acuerdos (entendiéndola en sentido genérico) de juntas generales de accionistas. Sin embargo, esta necesaria incorporación fue realizada sin un adecuado correlato legislativo, es decir, no se especificaron las condiciones del nuevo cambio, con lo cual no se sabía a ciencia cierta si las impugnaciones por dichas causal es seguirían bajo el esquema del procedimiento para las causales del artículo 143 de la antigua Ley o si por el contrario se configuraba un nuevo escenario procesal para ellas. Fueron, nuevamente, la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de interpretar la aplicación de las nuevas modificaciones.

Así, Oswaldo Hundskopf (9) señalaba que respecto a las causales de impugnación previstas en la modificación contenida en el segundo párrafo del artículo 152, éstas no solo han estado contenidas en el artículo 143 de la antigua Ley, en tanto que la convocatoria defectuosa y la falta de quórum implican, indiscutiblemente, violación a la misma y al estatuto social, sino que además continuaban estando. Asimismo, que la modificación del artículo 152 de la antigua Ley tenía por único objetivo concederle un beneficio procesal al accionista demandante, consistente en que su pretensión se tramite bajo el procedimiento más simple, rápido y

sencillo que prevé el Código Procesal Civil, cual es el proceso sumarísimo. Ello en virtud de que la temática de dichas causales no requiere para su esclarecimiento de un proceso amplio. Sin embargo, continúa, en modo alguno significa que las causales consagradas en el segundo párrafo del artículo 152 no estén incorporadas o subsumidas en las genéricas previstas por el artículo 143 de la antigua Ley.

Debemos destacar que la interpretación que se podía brindar al amparo de la antigua Ley, resultaba más viable por el hecho de que ésta señalaba que podían ser impugnados los acuerdos "contrarios" a la misma, mientras que lo establecido por la Ley, acuerdos "cuyo contenido sea contrario" a ésta, resulta siendo la principal causa del surgimiento de la doble interpretación.

Empero, somos de la opinión que las causales para la impugnación de acuerdos contenidas en el artículo 139 de la Ley, comprenden los defectos de convocatoria y las faltas de quórum, vale decir, en virtud de dicho artículo se pueden impugnar los acuerdos de juntas de accionistas que se opongan en general a la Ley y a los estatutos sociales. Los fundamentos los encontramos en los antecedentes legislativos revisados en párrafos precedentes que señalan categóricamente que podrán ser impugnados los acuerdos contrarios a ley y al estatuto. Pero, principalmente, nos basamos en una interpretación ratio legis de la norma en cuestión aunada a la interpretación sistemática del marco jurídico aplicable a la impugnación de acuerdos, lo que nos lleva a concluir que el artículo 139 de la Ley permite que los acuerdos que, en general, sean contrarios a la Ley y al estatuto social puedan ser impugnados, incluyendo aquellos que presenten defectos de convocatoria o falta de quórum. No por otra razón, el referido artículo lleva por título de una manera tan pedagógica, aun cuando sabemos que el mismo es solo referencial, "acuerdos impugnables".

De igual modo, toda la construcción legislativa alrededor de los acuerdos impugnables, llámese legitimación activa, caducidad de la acción, entre otros, está referida únicamente a las causales del artículo 139, por lo que, considerar que los defectos de convocatoria o la falta de quórum configuran supuestos diferentes a los contenidos en dicho artículo implicaría aislar a los mismos en el esquema de la impugnación de acuerdos, lo que no resiste el más breve análisis. Más bien resulta lógico interpretar, como lo señaló Oswaldo Hundskopf y se colige de la esencia del artículo 143 de la Ley, que el legislador al consignar los supuestos del artículo 143 de dicho texto normativo ha querido otorgar una facilidad procesal al accionista, toda vez que su impugnación se sustentaría en supuestos contrarios a la Ley o al estatuto social pero que revisten connotaciones más sencillas y dinámicas que requieren de una mayor celeridad en el aspecto procesal.

De otro lado, una gran diferencia en el marco jurídico aplicable a las causales para la impugnación de acuerdos entre la antigua Ley y la actual norma societaria lo constituye la utilización de los conceptos de nulidad y anulabilidad. Así, mientras al amparo de la antigua Ley los acuerdos contrarios a las leyes eran considerados acuerdos nulos, en tanto que los contrarios a los estatutos sociales y al interés

social en beneficio directo de uno o más accionistas se consideraban acuerdos anulables, la orientación interpretativa que persigue la Ley se aleja de la aplicación de dichas figuras jurídicas permitiendo que las consecuencias que se persiguen con la impugnación de acuerdos se fundamenten en consideraciones de orden práctico.

Efectivamente, bajo el marco de la antigua Ley la aplicación de las consecuencias previstas en el Código Civil para la nulidad y anulabilidad a los acuerdos impugnados, determinó una serie de supuestos contradictorios en el esquema legal societario.

El hecho que a los acuerdos contrarios a la leyes (acuerdos nulos) les fuese aplicado el régimen previsto para los acuerdos que incurrían en causal de nulidad contenida en el Código Civil, implicaba que no hubiese un orden sistemático en el articulado de la antigua Ley, toda vez que aun cuando el régimen para los acuerdos contrarios a las leyes debía estar sujeto a los artículos 144 y siguientes, y por consiguiente sujeto a un régimen especial, lo estaba al artículo 152. Esto desencadenaba que las vías procesales, la legitimación activa y otras aplicaciones procesales variasen para ellos. La razón que servía de sustento para esta situación, que se presentaba en la práctica, era que al no pronunciarse la antigua Ley sobre las consecuencias que debía generar la nulidad societaria, éstas debían ser, sin dudar, las de la nulidad civil, las mismas que estaban contenidas directa o indirectamente en el artículo 152.

Siguiendo el camino interpretativo trazado por la antigua Ley, que estimamos no solo violentaba la sistemática de su articulado, como vimos en el párrafo anterior, sino que generaba contrasentidos jurídicos por tratar de imponer el espectro civil a determinados esquemas propios del ámbito societario, encontramos que las consecuencias de los acuerdos contrarios al estatuto y aquellos que lesionaban el interés social en beneficio de uno o más accionistas (acuerdos anulables) debían estar ligadas a las consecuencias propias de la anulabilidad civil. Considerando que bajo los Códigos Civiles de 1936 y 1984, ambos aplicables durante la vigencia de la antigua Ley, los actos anulables podían y pueden ser confirmados, los acuerdos societarios anulables también podían ser confirmados por acuerdos adoptados válidamente.

Esto llegó a ser sostenido por un grupo respetable de la doctrina peruana y algunos fallos judiciales lo establecieron igualmente así, amparados ambos en la aplicación constante que se hizo de los conceptos de nulidad y anulabilidad aplicados al ámbito de las sociedades. Incluso en una interpretación errónea del último párrafo del artículo 144 (10) de la antigua Ley, que en nuestra opinión no permitía la confirmación del acuerdo sino simplemente la sustitución, vale decir, la junta de accionistas se reunía nuevamente para adoptar un acuerdo diferente a aquél impugnado, cuya diferencia principal, que duda cabe, era el hecho de que su adopción no era contraria al estatuto o al interés social, y que permitía que los accionistas impugnantes viesan desaparecidas las condiciones que motivaron su

demanda. De ningún modo significaba que el acuerdo impugnado podía ser sometido a votación por la misma junta que lo aprobó inicialmente a fin de decidir su completa validez. Ello sería totalmente absurdo.

La manera como se ha estructurado el articulado en la Ley, aunado a las interpretaciones brindadas en su Exposición de Motivos, alejan el problema de la aplicación de la nulidad y anulabilidad civiles a la impugnación de acuerdos societarios. Así, la Ley determina un sistema específico para aquellos acuerdos que incurran en las causales contenidas en el artículo 139 derivados del incumplimiento de lo prescrito por el artículo 150. Cada sistema posee sus particularidades, desde el punto de vista societario y procesal, fundadas en el grado de afectación que puedan generar dichos acuerdos en la colectividad. Así, el sistema diseñado para los acuerdos que incurran en las causales del artículo 139 de la Ley está dirigido a cautelar las relaciones internas de la sociedad, por ende, el corre lato procesal para la solución de los conflictos es más dinámico que en el caso de la impugnación de acuerdos al amparo del artículo 150 de la Ley, cuyo sistema está orientado a la cautela de intereses que trascienden la esfera de la sociedad. En ambos casos la consecuencia jurídica para tales acuerdos será la sanción de nulidad pero el desarrollo que brinda la Ley al respecto es de carácter societario y no civil conforme será explicado más adelante.

El tema de la impugnación de acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en el Código Civil también ha variado en ambos textos societarios. Así, en la antigua Ley el articulado no efectuaba mención alguna a dicho supuesto, por lo cual, surgieron diversas interpretaciones al respecto. Algunos consideraban que siendo la nulidad establecida en el Código Civil de 1936 absoluta o relativa, debía entenderse la referencia efectuada por el artículo 152(11) de la antigua Ley a ambas, vale decir, tanto a la nulidad como a la anulabilidad. No obstante, otro grupo señalaba que la causal de anulabilidad estaba contenida en el artículo 143 de la antigua Ley, toda vez que los acuerdos que adolecían de la misma eran contrarios a la ley (en sentido genérico).

Entre los que compartían esta última interpretación se encontraba Ulises Montoya Manfredi(12), "quien señalaba sobre dicho punto: "... el artículo 1123 del Código Civil enumera los casos de nulidad absoluta, que puede ser solicitada por los que tengan interés, por el Ministerio Público, si le tocase intervenir, y aún declarada de oficio por el juez, si resulta manifiesta (artículo 1124). Pero, también el acto jurídico puede anularse por los motivos expresados en el artículo 1125, solo a petición de las partes en cuyo beneficio la hubiese establecido la ley. Los efectos de la nulidad solo rigen desde el día en que queda ejecutoriada la sentencia que los invalida. El Código Civil diferencia los dos supuestos enunciados, refiriéndose en un caso a la nulidad y en otro a la anulabilidad. Aplicando un sentido gramatical a la norma del artículo 152 de la antigua Ley, habrá que concluir que solo se refiere a las acciones de nulidad. Si se presentara el caso de las demás nulidades habrá que considerarlas como insumidas dentro de lo que el artículo 143 considera como acuerdos contrarios a la ley, dando a esta expresión un sentido amplio, no limitado a la ley de sociedades mercantiles ..."

Sin perjuicio de las interpretaciones teóricas brindadas por ambos grupos, en la práctica los acuerdos que incurrieran en causal de anulabilidad contenida en el Código Civil se enmarcaban en el procedimiento establecido para el artículo 152 de la antigua Ley, ya que aun si se considerase que la causal de anulabilidad estuviese contenida en las causales del artículo 143 como acuerdo contrario a la ley, éstos devenían en acuerdos nulos y, por ende, sujetos a los lineamientos procesales previstos para las causales del artículo 152.

La aplicación que brinda la Ley respecto a la impugnación de acuerdos por causal de anulabilidad contenida en el Código Civil pareciera aclarar el supuesto. Efectivamente, sitúa a dicha causal en el artículo 139 dejando a un lado la posibilidad de la interpretación histórica que la ubicaría al amparo de lo dispuesto para la acción de nulidad.

No obstante, nos queda la duda en relación a la forma como se redacta la norma para dicha causal, así como la conveniencia de su ubicación en el marco del artículo 139 sobre causal es para la impugnación de acuerdos. Al respecto, coincidimos con lo señalado por Enrique Elías Laroza, quien manifiesta que en cuanto a la forma como el artículo 139 se refiere a los acuerdos anulables existen dos posibles interpretaciones. La primera consiste en que estos acuerdos reciben el mismo tratamiento que los demás mencionados en dicho artículo, y, consecuentemente, la impugnación se sujeta a los mismos plazos y a los mismos requisitos procesales que las otras allí señaladas. La segunda interpretación nos llevaría a pensar que los casos de anulabilidad reciben un tratamiento distinto al de las otras causales previstas en el artículo 139.

Asimismo, el reconocido jurista acota que es preciso tener en cuenta que las causales de anulabilidad pueden ser numerosas y tomar distintas formas. Además, el interés de cuestionar un acuerdo anulable puede trascender al de los accionistas, que son los únicos legitimados para impugnar un acuerdo por las causales del artículo 139, tal como señala el artículo 140 de la Ley (de análisis posterior). Por ejemplo, si el acuerdo societario constituye una simulación que afecta el interés de terceros, que es un caso de anulabilidad según el inciso 3 del artículo 221 del Código Civil, de acuerdo al artículo 193 del mismo texto normativo dicho tercero está legitimado para solicitar la nulidad del acto, basado en la causal de anulabilidad. Luego, en este caso, no hay coherencia lógica al limitar la legitimidad activa a los accionistas.

Consideramos, al igual que Elías Laroza, que la inclusión de las causales de anulabilidad en el primer párrafo del artículo 139 de la Ley no tiene una adecuada sistematicidad, y más bien las mismas debieron incluirse en el artículo 150 de la actual norma societaria por las razones que serán comentadas más adelante en el análisis de dicho artículo, siendo la principal que en el caso de los acuerdos que incurran en dichos supuestos existen personas diferentes a los accionistas que poseen un legítimo interés en contradecirlos.

La legislación española, fuente inspiradora tradicional de nuestro esquema legal societario, ha regulado de manera directa el tema de la impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas, primero en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y actualmente con la Ley de Sociedades Anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo de 22 de diciembre de 1989.

Los tres grandes supuestos sobre los que se asienta el régimen español de impugnación lo constituyen:

a) Los acuerdos que sean contrarios a la ley, estipulándose, además, que dichos acuerdos son considerados nulos. La doctrina y jurisprudencia españolas son unánimes en afirmar que el término ley debe ser entendido en el sentido amplio de la palabra, por lo que en este primer supuesto se incluye a los acuerdos contrarios a la ley societaria como a aquéllos contrarios a los preceptos legales establecidos en el ordenamiento jurídico en general.

b) Los acuerdos adoptados en oposición a lo establecido por los estatutos de la sociedad. Dichos acuerdos merecen la sanción de anulabilidad, conforme lo reglamentado en el sistema de la ley española.

c) El tercer supuesto lo configura el acuerdo que se adopta lesionando los intereses de la sociedad, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. Igualmente sancionado con anulabilidad.

Nótese la extrema similitud con lo establecido por el articulado nacional respectivo, sobretodo en el aspecto formal. Sin embargo, se presentan cuestiones de fondo que marcan diferencias en lo regulado por ambas legislaciones.

Efectivamente, el espectro civil de las figuras jurídicas de la nulidad y anulabilidad se encuentra enraizado en el esquema societario español. Tan es así, que el primer supuesto está sancionado con el efecto propio de la nulidad, esto es, la inexistencia del acuerdo y de los efectos jurídicos generados por el mismo. Asimismo, los demás supuestos merecen la sanción de anulabilidad, por lo que son existentes hasta que no se declare judicialmente su invalidez.

Como explicamos en forma precedente, el Derecho de Sociedades nacional ha dejado de lado la utilización de las figuras de la nulidad y anulabilidad para la determinación de las consecuencias que genera un acuerdo viciado, no obstante mantener la esencia del concepto de nulidad del acto jurídico como sanción para los diversos supuestos de impugnación contenidos en la Ley; vale decir, la inexistencia del acuerdo cuya impugnación sea declarada fundada.

No podemos dejar de comentar el hecho de las semejanzas más cercanas que ostentaba la antigua Ley con el texto normativo español, sobretodo en el aspecto referido a la nulidad y anulabilidad, lo que no resulta extraño considerando la fuente legislativa común, esto es, la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951.

2. Legitimación activa de la impugnación de acuerdos

"La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior (refiriéndose al artículo 139 de la Ley) puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto.

En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación solo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones"(13).

La legitimidad para obrar es un concepto procesal vinculado a la posibilidad de que una persona pueda intervenir en un proceso judicial bien sea como demandante, en cuyo caso se denominará legitimidad activa, o como demandado, situación que configura la legitimidad pasiva.

Así, para el ejercicio de la impugnación de acuerdos bajo las causales contenidas en el artículo 139 de la Ley, solo se encuentran legitimados activamente determinados accionistas. Ello guarda relación con la naturaleza "netamente societaria" de los conflictos que se puedan suscitar ante la transgresión de dichas causal es, que involucran solamente a los accionistas de la sociedad. No obstante, la Ley restringe aún más las posibilidades de fungir como impugnante de tales acuerdos.

Un primer grupo lo constituye aquellos accionistas que hubiesen hecho constar en el acta de la junta en la cual se adoptó el acuerdo impugnado su oposición al mismo, consignando expresamente y por escrito su voluntad. No basta la oposición en forma oral o la abstención de voto. Inclusive, tal y como lo sostiene adecuadamente Oswaldo Hundskopf al comentar el artículo correspondiente en la antigua Ley, carece de legitimación el accionista que votó afirmativamente para la adopción del acuerdo y que posteriormente haya hecho constar su oposición al mismo ya sea por carta simple o por conducto notarial.(14)

Asimismo, los accionistas ilegítimamente privados de emitir su voto se encuentran facultados procesalmente para impugnar el acuerdo. Coincidimos con lo señalado por Enrique Elías Laroza(15) respecto a la posibilidad de interpretar, contrario sensu, que de no encontrarse el accionista ilegítimamente privado de la emisión de su voto sino que dicha privación se fundamenta en razones legítimas (por ejemplo por encontrarse atrasado en el pago del dividendo pasivo), el accionista no ostenta legitimación activa para accionar.

También se encuentran legitimados los accionistas ausentes, que implica, interpretación aceptada unánimemente por la doctrina nacional, ausencia justificada o no a la junta en la cual se adoptó el acuerdo o en el momento de adopción del mismo por las razones que fueran.

Caso aparte lo constituye la posibilidad de que los accionistas sin derecho a voto puedan impugnar los acuerdos de la junta general. En el desarrollo del presente trabajo habíamos manifestado que el derecho de impugnación era un correlato necesario del ejercicio del derecho de voto, toda vez que al tener los accionistas la

facultad de formar la voluntad social resultaba lógico que estuviesen premunidos de derechos para cautelar su correcta formación.

No obstante, y más allá de que exista el precepto legal que ampara tal supuesto(16), debemos precisar que la creación de acciones sin derecho a voto responde a una necesidad de la vida contemporánea de permitir el ingreso a la sociedad de personas que buscan una finalidad meramente inversionista y que no desean involucrarse en el manejo de la misma. Por lo tanto, la voluntad de pérdida del derecho político más importante del accionista a cambio de derechos especiales, justifica a nuestro entender la tutela que proporciona el ordenamiento jurídico para la cautela de dichos derechos. Así las cosas, los titulares de acciones sin derecho a voto se encuentran facultados para impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos, y siendo aquéllas una clase especial de acciones, resultará de aplicación lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 88 de la Ley (17).

Finalmente, y aun cuando no se menciona expresamente en el artículo 140 de la Ley, el usufructuario y el acreedor prendario de acciones se encuentran legitimados para impugnar acuerdos en los casos en que, por aplicación del pacto en contrario señalado en los artículos 107 Y 109 de la Ley, se les hubiera concedido el derecho a voto.

La legitimación activa para la impugnación de acuerdos contenida en nuestra Ley tiene como antecedente legislativo directo el artículo 144 de la antigua Ley, el cual señalaba lo siguiente:

"Las acciones de impugnación pueden ser interpuestas por los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto ..."

Una primera diferencia del artículo en cuestión con el 140 de la Ley, radica en la omisión que efectuaba aquél respecto de las causales de impugnación sobre las cuales se encontraban legitimados tales accionistas, por lo cual, en principio, el supuesto de legitimación se extendía taxativamente a las causal es contenidas en los artículos 143 y 152. Sin embargo, la aplicación de la legislación comparada y una interpretación ratio legis del artículo 152 permitieron concluir que la legitimación activa contenida en el artículo 144 de la antigua Ley se encontraba referida exclusivamente a las causales del artículo 143 de dicha norma. Cabe precisar que el artículo 140 de la Ley deja zanjada la problemática aludida al establecer expresamente que serán las causal es del artículo 139 de este texto legal las que sean objeto de la legitimación activa del artículo 140 de la Ley.

La antigua Ley no contemplaba el supuesto de las acciones sin derecho a voto. En virtud de la Ley NQ 26356 del 16 de setiembre de 1994 se crearon éstas, adicionándose, además, un párrafo al artículo 143 de la antigua Ley mediante el cual se estableció que en los casos de los accionistas sin derecho a voto, la impugnación solo procedía respecto de acuerdos sociales que afectasen sus

privilegios. La Ley regula de manera efectiva el marco de las acciones sin derecho a voto, precisando, a diferencia de las anteriores normas, que la impugnación procede en los casos de acuerdos que afecten los derechos, en general, de los accionistas que ostenten tales acciones.

. Tema ligado indiscutiblemente a la legitimación activa de los accionistas para la impugnación de acuerdos es aquel referido a la prueba de la condición de accionista del impugnante. Fue objeto de ardoroso debate, antes de la entrada en vigencia de la Ley, la regulación contenida en el artículo 145 de la antigua Ley que exigía que el accionista que impugnase acuerdos de la junta general debía depositar los títulos de sus acciones en una institución de crédito, siendo ésta depositaria de las mismas hasta la conclusión del proceso. La institución expedía una constancia del depósito que iba acompañada a la demanda y que servía, además, para que el accionista ejercite sus derechos como tal durante el desarrollo del proceso.

Esta regulación contenida en el artículo acotado resultaba pertinente bajo el esquema original de acciones nominativas y al portador que preveía la antigua Ley, toda vez que su depósito impedía la transferencia de las mismas. Sin embargo, al prohibirse la emisión de acciones al portador el contenido del artículo 145 de la antigua Ley carecía de fundamento, en razón a que la condición de accionista fluía directamente de la inscripción en el libro de registro de acciones, otorgando a la tenencia del certificado un valor probatorio secundario.

No obstante lo referido, durante años se mantuvo el depósito de acciones como requisito procesal para la impugnación de acuerdos, hecho que motivó comentarios pertinentes al respecto, como el efectuado por Oswaldo Hundskopf Exebio(18), quien señalaba que el artículo 145 de la antigua Ley era uno de los varios de esta norma en los que se reconocía un excesivo valor a la acción como título, confundiendo el concepto y significado de acción con su título representativo, siendo que entre ambos existen notorias e importantes diferencias por lo que no debía requerirse la presentación de los títulos para el ejercicio de los derechos del accionista. Caso contrario, se estaba suspeniendo un asunto de fondo, cual era el cuestionamiento de un acuerdo contrario a la ley, opuesto al estatuto o lesivo a la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, al cumplimiento de un requisito formal. Ello ocasionaba, por ejemplo, que en los supuestos de falta de emisión, extravío, deterioro o sustracción de los títulos representativos, un accionista se encontraba imposibilitado teóricamente de impugnar los acuerdos correspondientes.

La Ley establece en su artículo 144 que el accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. Asimismo, señala expresamente que la transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del impugnante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

La Ley adopta el sistema de acciones nominativas como único tipo de acciones que pueden ser emitidas. Igualmente, confiere a la inscripción de la titularidad de las mismas en la matrícula de acciones la presunción de propiedad. En consecuencia, el titular de acciones que ostente dicha calidad en el libro de matrícula de una compañía, queda legitimado para el ejercicio de los derechos, y la exigibilidad de las obligaciones, establecidas en la Ley y en los estatutos respectivos. Lo acotado, sin perjuicio de las controversias que pudieran generarse por la probanza de la condición de accionista por medios diferentes al registro referido.

Así las cosas, el contenido del artículo 144 de la Ley enlaza adecuadamente con la sistemática establecida en la misma, dejando en claro que la matrícula de acciones será la piedra angular sobre la cual girará la probanza de la condición de accionista del demandante durante el proceso, así como de las posibles transferencias que extinguirían el mismo.

La legislación española incorpora el tema de la legitimación activa en el esquema de la nulidad y anulabilidad. Así, a efectos de la impugnación de acuerdos nulos, poseen capacidad para demandar los accionistas, incluso aquellos que votaron a favor del acuerdo impugnado; los administradores, directores y gerentes de la sociedad; y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Para la impugnación de acuerdos anulables, se encuentran legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en el acta su oposición al acuerdo; los accionistas ausentes; los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto; y los administradores de la sociedad.

Nótese que en el ordenamiento español son considerados acuerdos nulos aquellos que transgreden la ley, lo que incluye a la Ley de Sociedades Anónimas, los mismos que pueden ser impugnados inclusive por accionistas que votaron a favor de dicho acuerdo. Ello constituye un hecho singular y diferenciador con la legislación peruana en la cual solo pueden impugnar acuerdos violatorios de la norma societaria específica los accionistas que votaron en contra del acuerdo, los ausentes y los ilegítimamente privados de emitir su voto, mas nunca aquéllos que coadyuvaron a la adopción del mismo.

Igualmente, el hecho de que en el ordenamiento español se entienda por ley tanto la Ley de Sociedades Anónimas como las demás leyes, determina que el marco de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos que transgredan la norma societaria principal sea más amplio que en el ordenamiento nacional, puesto que se encuentran legitimados para demandar los administradores y los terceros con legítimo interés.

Lo regulado por la legislación española encuentra sentido en razón a su estructura, ya que debemos tomar en cuenta, como se explicó anteriormente, que el tema de la legitimación activa está ligado al esquema de nulidad y anulabilidad, con profundas connotaciones civiles, que gobierna el sistema español. Efectivamente, al castigar con nulidad todos aquellos acuerdos contrarios a la ley, se ha determinado que los mismos generan un grado sumo de afectación, por lo

que la amplitud en la capacidad para impugnarlos es un corollario lógico de dicha opción legislativa.

Por otro lado, la diferencia principal sobre legitimidad activa para la impugnación de acuerdos de junta general entre la Ley de Sociedades Anónimas española y la Ley, radica en que la primera otorga capacidad procesal para actuar como demandantes a los administradores de la sociedad, bien sea contra acuerdos nulos o anulables. Rafael Jiménez de Parga señala, analizando la norma española, que dicha posición es correcta y coherente con la calificación jurídica elaborada por la doctrina legal y científica referida al hecho que los administradores actúan en defensa de los intereses de la sociedad, por lo que no podrían quedar privados del derecho de impugnar acuerdos que consideran nulos o anulables(19).

La Ley restringe la legitimación activa para la impugnación de acuerdos a determinados accionistas y solo permite a los administradores impugnar los mismos cuando se trate de los supuestos del artículo 150 mediante la acción de nulidad.

3. Caducidad de la acción para la impugnación de acuerdos

"La impugnación a que se refiere el artículo 139 caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción"(20)

Estimamos que los plazos de caducidad establecidos por la Ley para la impugnación de acuerdos son adecuados, ya que resulta necesario a efectos de lograr el equilibrio de los intereses en juego, que los plazos para impugnar brinden posibilidades reales de satisfacción a todos los interesados. Es así, que los accionistas cuentan con un plazo prudencial para accionar cuando consideren que sus derechos son conculcados, a partir de un mínimo de diligencia que les permitiría conocer el desarrollo de la sociedad, o informarse respecto de las consecuencias que se derivan de determinados acuerdos. Del mismo modo, la sociedad y los terceros encuentran en la brevedad de estos plazos la seguridad y celeridad que exige el tráfico mercantil, ya que resulta a todas luces perjudicial que durante un período prolongado se mantenga la expectativa de la impugnación de acuerdos sociales.

Coincidimos con Enrique Elías Laroza(21) cuando señala que la brevedad de los plazos fijados por la Ley para la impugnación de acuerdos guarda relación con la necesidad de brindar seguridad al tráfico mercantil, permitiendo que los acuerdos societarios no puedan ser contestados por las causales contempladas en el artículo 139 de la Ley luego del transcurso de los plazos señalados por el artículo 142 de la misma.

No obstante lo acotado, el texto del artículo en cuestión no resulta el mejor, toda vez que da lugar a diversas interpretaciones que esterilizan la esencia del mismo. Efectivamente, se podría entender que el artículo 142 de la Ley establece una separación absoluta entre acuerdos no inscribibles e inscribibles, señalando como plazo de caducidad de impugnación para estos últimos el mes siguiente de su inscripción registral, sin importar si hubiese transcurrido más de dos o tres meses desde la adopción de los mismos.

Somos de la opinión, de que el artículo 142 de la Ley señala como plazos máximos para el ejercicio de la impugnación de acuerdos los períodos de dos y tres meses establecidos para los accionistas que concurrieron a la junta y para aquellos que no lo hicieron, respectivamente. Así las cosas, en concordancia con el concepto de legitimación activa, los accionistas que votaron en contra del acuerdo y los ¡legítimamente privados de emitir su voto podrán impugnar los acuerdos de la junta dentro de los dos meses de adoptados los mismos; y los accionistas ausentes a la reunión podrán hacerlo dentro de los tres meses siguientes. Cuando el referido artículo señala que tratándose desacuerdos inscribibles la acción para impugnar caduca transcurrido un mes desde la inscripción del mismo, lo que pretende es establecer un plazo de caducidad especial dentro de los anteriores; esto es, por ejemplo, sin importar si el accionista concurrió o no a la junta, si el acuerdo se hubiese inscrito a las dos semanas de adoptado se constituye un nuevo plazo de caducidad para impugnarlo (el mes siguiente de dicha inscripción), que sustituye a los plazos de dos o tres meses que regula el artículo bajo análisis.

En ese orden de ideas, los plazos de caducidad para la impugnación de acuerdos podrán ser menores a dos o tres meses para el caso de los acuerdos inscribibles. Esto guarda relación con el principio de publicidad registral que impera en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que se entiende que incluso los accionistas ausentes se encuentran en capacidad de conocer el desarrollo de la empresa a través de los Registros Públicos.

Asimismo, aun cuando puede ocurrir que los acuerdos inscribibles no hayan sido inscritos (o lo hayan sido) con posterioridad a los dos o tres meses para el caso de los acuerdos adoptados, estos períodos se constituyen en plazos de caducidad absolutos, transcurridos los cuales no cabe la impugnación de acuerdos. Caso contrario, podrían generarse situaciones anómalas en las que acuerdos inscribibles pero no inscritos puedan ser impugnados luego de años de su adopción, lo que no resiste el más leve análisis.

El antecedente legislativo directo del artículo- 142 de la Ley lo encontramos en el artículo 145 de la antigua Ley que señalaba que las acciones de impugnación debían ejercitarse en el plazo de treinta días (modificado posteriormente a sesenta días) a partir de la fecha del acuerdo, y si éste fuese inscrito en el Registro, la impugnación podía realizarse dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

La antigua Ley no contemplaba distinciones en relación a la asistencia del accionista impugnante a la junta estableciendo un plazo único de caducidad para el ejercicio de la acción. A diferencia de la Ley, permitía que pudiesen impugnarse acuerdos durante el mes siguiente de inscritos éstos, sin importar el tiempo transcurrido desde su adopción. Respecto de las diferencias entre lo regulado por la antigua Ley y la actual en lo relativo a los plazos de caducidad Ricardo Beaumont Callirgos señala que el artículo 142 de la Ley está encaminado a procurar mayor atención, cuidado y diligencia por parte del accionista y por ende, establece una mayor rigurosidad que el artículo 144 de la Antigua Ley (22).

El tema de la caducidad de la impugnación de acuerdos resulta más amplio Y profundo en el marco de la legislación española. Aparece nuevamente la distinción entre acuerdos nulos y anulables, premunidos de connotaciones civiles comentadas en su oportunidad, distinción no solo criticada desde nuestro punto de vista en el presente trabajo y no acogida en la Ley, sino también objeto de no pocas controversias en el país ibérico.

La acción de impugnación de los acuerdos nulos caduca en el plazo de un año, salvo cuando se trate de acuerdos contrarios al orden público carentes de plazo de caducidad para impugnarlos, y en el caso de los acuerdos anulables la acción caducará a los cuarenta días. El cómputo de los plazos se realiza desde la adopción del acuerdo y, si éstos fuesen inscribibles, desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Así, en el ordenamiento español los acuerdos violatorios de la ley, incluida la Ley de Sociedades Anónimas, pueden ser impugnados hasta un año después de su adopción. Regulación que difiere totalmente de la nuestra, toda vez que al amparo del artículo 142 los acuerdos contrarios a la Ley solo pueden ser impugnados dentro de un plazo máximo de tres meses desde que fueron adoptados.

La similitud legislativa y doctrinal la encontramos en el plazo de caducidad establecido para los acuerdos anulables, el que encuentra parecido con el plazo señalado para las causal es del artículo 139 de la Ley, ya que aun cuando difieren en el número de días, en esencia persiguen lo mismo; esto es, la posibilidad real de conocimiento para el accionista del acuerdo transgresor y la seguridad del desarrollo comercial societario de no verse interrumpido por impugnaciones potenciales.

Figura especial en el ordenamiento jurídico español la constituye la omisión de plazo de caducidad para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, cuando éstos por tratarse de acuerdos nulos deberían seguir la suerte de los demás casos; vale decir, un plazo de caducidad único de un año. Opción legislativa que deriva en un tema espinoso, cual es, la determinación del alcance de aquellos acuerdos que, por su causa o contenido, resultan contrarios al orden público, tema que también lo encontramos en nuestro ordenamiento y que aun cuando transita por linderos civiles y constitucionales que podrían aportar

soluciones al respecto, resulta claro que el concepto de orden público constituye una idea de difícil concretización, mas no abstracta, y siempre ligada a la realidad social de cada momento. La labor interpretativa en la práctica de caso a caso puede ir conformando un derecho especial, necesario para ir perfilando en cada momento y en cada supuesto las motivaciones de los acuerdos (reflejados en sus causas) y la manifestación externa de los mismos (reflejados en sus contenidos), que deberá tomar en cuenta el contexto y entorno socioeconómico y la realidad de la propia empresa afectada por el acuerdo adoptado.

Conforme se verá más adelante, la Ley engloba el supuesto de acuerdos contrarios al orden público bajo el marco de la acción de nulidad, estableciendo un plazo de caducidad absoluto de un año. Esto implica una notable diferencia con el contexto español, ya que determina que la valoración efectuada por nuestros legisladores sobre el supuesto en cuestión ha sido practicada considerando que la afectación no resulta tan grave como para omitir un plazo de caducidad para tal supuesto. La doctrina española considera que al afectar el acuerdo directamente a la sociedad trasgrediendo el límite natural de la autonomía privada éste merece una situación especial de impugnación.

Consideramos que el supuesto es único y por demás especial, por lo que acogemos las opiniones de la doctrina española en la defensa de la singularidad del mismo. Sin embargo, no coincidimos en el hecho de otorgar el carácter de imprescriptible a la acción de impugnación, toda vez que bastaría un plazo prudencial para que un acuerdo que afectase leve o gravemente a la sociedad pueda ser impugnado adecuadamente. Así las cosas, el plazo de diez años establecido en nuestro Código Civil, que por cierto era el utilizado al amparo de la antigua Ley, nos parece que sería el indicado para el caso de acuerdos contrarios al orden público.

4. Vías procesales para la impugnación de acuerdos

"La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo ..." (23).

Como ya se ha comentado anteriormente, la razón por la cual la Ley otorga vías procesales diferentes a los supuestos del artículo 139 radica en la complejidad procesal que se deriva de los mismos. Así, las impugnaciones que se sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo, toda vez que la probanza de los hechos es sencilla acorde con el carácter expeditivo del proceso referido. Las impugnaciones basadas en los demás supuestos del artículo 139 se tramitarán bajo el marco del proceso abreviado, cuyo esquema procedimental es más amplio que el anterior.

5. Efectos de la sentencia

Desde un punto de vista pragmático, tanto la Impugnación de acuerdos, como la acción de nulidad para los mismos, persiguen que se declare que determinados

acuerdos de las juntas generales carecen de eficacia jurídica; vale decir, que nunca produjeron efectos jurídicos en razón a un defecto sustancial en su contenido o formulación.

Es en ese sentido como deben entenderse las consecuencias de una resolución judicial que declara la nulidad de los acuerdos, sea que la acción haya sido iniciada en base a las causal es de los artículos 13 ó 150 de la Ley, indistintamente. Dichos acuerdos se entenderán por nunca adoptados, dado que la declaración de nulidad tiene efectos ex tune; esto es, se retrotraen al momento en que se produjo el acuerdo, dejando a salvo, por cierto, los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, como consecuencia de la ejecución de los mismos. Considerados como la excepción a las consecuencias extintivas de la nulidad de los acuerdos, Uría, Menéndez y Muñoz efectúan un comentario respecto al sustento de la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, señalando que la ley busca la tutela de éstos sobre la base del estado de confianza que despierta el acuerdo cuando no revela externamente el vicio del que adolece o, si se quiere, en su apariencia jurídica de acuerdo válido/24).

IV. ACCIÓN DE NULIDAD

"Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo".

El artículo 150 de la Ley acotado en forma precedente regula las causales, la legitimación activa, el plazo de caducidad y la vía procesal correspondientes a la acción de nulidad, que constituye la segunda variante del derecho de impugnación de acuerdos societarios.

La acción de nulidad podrá ser interpuesta contra los acuerdos de la junta general que sean contrarios a normas imperativas.

El concepto de "norma imperativa" señalado en la Ley atraviesa el ordenamiento jurídico en su totalidad, toda vez que se trata de un concepto matriz que se desenvuelve en los diversos ámbitos del Derecho. Aníbal Torres Vásquez señala lo siguiente al respecto: "... no solo existen normas dispositivas que dejan a los sujetos en la alternativa de someterse a lo que ellas determinan, o bien regular ellos mismos sus actos particulares de manera distinta al contenido de la norma, sino que abundan las llamadas normas imperativas o de ius cogens que los sujetos no pueden modificar en sus actos particulares"(25).

Así, el artículo 150 de la Ley permite el ejercicio de la acción de nulidad en los casos de acuerdos de la junta general que transgredan las normas imperativas existentes en el ordenamiento jurídico en general. La excepción viene dada por los acuerdos que violenten las normas imperativas contenidas en la Ley, toda vez que éste constituye un supuesto señalado en el artículo 139 de dicho texto legal, lo que significa que tales acuerdos deberán ser opuestos mediante el procedimiento establecido para la impugnación de acuerdos.

También serán pasibles de acción de nulidad, aun cuando no se encuentran literalmente señalados en el artículo bajo análisis, los acuerdos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, desde que estos conceptos se encuentran ligados al de "normas imperativas" y constituyen pilares de la vida en sociedad, por lo que su transgresión ha sido y es sancionada con la nulidad del acto violatorio en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

En nuestro caso, encontramos dos caminos interpretativos por los cuales se puede ejercer la acción de nulidad para los acuerdos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, el primero en virtud a lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley cuando señala como una de las posibilidades para su ejercicio la adopción de acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en la misma Ley. Así, en concordancia con el artículo 38 del cuerpo normativo acotado, que trata sobre la nulidad de acuerdos societarios en términos generales, serán nulos los acuerdos adoptados que sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, al señalar el artículo 150 de la Ley que procede la acción de nulidad contra los acuerdos que incurran en causales de nulidad previstas en el Código Civil, debemos remitirnos al inciso 8 del artículo 219 y al artículo V del Título Preliminar de dicha norma, los cuales prescriben que será nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, lo que significa que serán pasibles de acción de nulidad los acuerdos de la junta general de accionistas que transgredan dicho supuesto.

Conforme se ha mencionado en el párrafo que antecede, también serán causal es para el ejercicio de la referida acción los acuerdos que incurran en los supuestos de nulidad contenidos en el Código Civil y la Ley. Nótese la marcada orientación civil que se desprende del artículo 150, desde que trata sobre una acción de nulidad y engloba casi en su totalidad los supuestos sancionables per se con dicha figura jurídica, lo que no podría ser de otro modo puesto que el artículo 150 de la Ley configura la típica norma que se establece en las diferentes leyes del sistema jurídico para tratar el tema de la nulidad y sus efectos particulares, en este caso dentro del marco de la legislación societaria (específicamente bajo el espectro de las juntas generales de accionistas).

Cabe precisar, que un acuerdo societario, más allá de los mecanismos particulares empleados en su formación, no deja de ser un acto jurídico y, por tanto, susceptible de someterse a las normas sobre nulidad. La doctrina es unánime al señalar que todo acto nulo es pasible de impugnación en razón a los

vicios de 105 que adolece, y que la consecuencia lógica de la declaración judicial de nulidad es que el acto nunca haya existido.

No obstante lo referido, se debe considerar que la nulidad contenida en el artículo 150 de la Ley difiere en no pocos aspectos de la nulidad civil. Efectivamente, bajo el marco de lo establecido por la Ley, la acción de nulidad prevista en el artículo 150 de la misma caduca al año de adopción del acuerdo respectivo, lo que implica la extinción del derecho a impugnar y la acción para el ejercicio de dicha impugnación. Por otro lado, el Código Civil establece en su artículo 2001, inciso 1, que la acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los diez años, plazo que empieza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción.

Otra diferencia la encontramos en el hecho que la legislación civil dispone la nulidad de todo tipo de acto jurídico cuando éste incurre en las causales previstas por el Código Civil, en tanto, la nulidad prevista en el artículo 150 de la Leyes aplicable solo a los supuestos contenidos en dicho artículo, esto es, no todos 105 acuerdos de la junta general serán pasibles de acción de nulidad, sino solo aquellos señalados por el artículo 150 de la Ley.

Las diferencias acotadas, entre otras, surgen debido a las características especiales del entorno societario, el cual posee una estructura más dinámica que las relaciones interpersonales y que gira en torno al concepto del tráfico mercantil el cual demanda la existencia de reglas propias destinadas a la debida cautela de 105 diferentes intereses en juego. Estas diferencias aunque resultan más visibles en el esquema de la impugnación de acuerdos, también se plasman en el previsto para la acción de nulidad.

Así las cosas, podemos hablar de una nulidad societaria, con características especiales ajenas a la nulidad civil, que se adecua al espectro de las sociedades y que permite que la Ley regule de manera efectiva el mismo, alejando el fantasma absorbente del entorno civilista.

La legitimidad activa para interponer la acción de nulidad es más amplia que la prevista para la impugnación de acuerdos. En efecto, el derecho corresponde a cualquier persona que tenga legítimo interés para plantear la misma.

El concepto de legítimo interés se sustenta en que un acuerdo adoptado por la junta general resulta transgrediendo los derechos de alguna persona, tenga ésta relación o no con la sociedad, siempre que la violación se origine en alguno de los supuestos previstos por el artículo 150 de la Ley. Por lo tanto, se encuentran legitimados para interponer acción de nulidad los accionistas, directores y administradores de la sociedad, los terceros con legítimo interés económico o moral, entre otros.

La acción de nulidad tiene un plazo de caducidad de un año desde la adopción del acuerdo respectivo y se sustanciará en el proceso de conocimiento. La Ley regula con acertada lógica una diferenciación en los procesos, guardando concordancia

con los fundamentos generales sobre las diferencias entre impugnación de acuerdos y acción de nulidad. De esta forma, las razones por las que se impugna en virtud del artículo 139 requieren y merecen un tratamiento más expeditivo en su resolución, al estar vinculados estrechamente al desenvolvimiento de la sociedad. Caso contrario ocurre con las causales contenidas en el artículo 150 dado que el asunto controvertido reviste una mayor gravedad, mayor complejidad en su probanza, determinando así que se requiera de un proceso más amplio, como es el de conocimiento.

El antecedente legislativo directo del artículo 150 de la Ley lo constituye el artículo 152 de la antigua Ley, que disponía que las acciones de nulidad de los acuerdos por las causales señaladas en el Código Civil (1936) quedaban sometidas a las disposiciones de dicho Código.

Conforme se ha analizado a lo largo del presente trabajo, la antigua Ley establecía un marco de naturaleza civil para el desarrollo de las impugnaciones, que se plasmaba de manera específica en su artículo 152.

La comparación legislativa al amparo de la ley española la encontramos de manera singular, toda vez que debe recordarse que bajo dicho ordenamiento serán impugnables los acuerdos nulos y anulables, a diferencia del nuestro que ordena el marco práctico del derecho de impugnación en acuerdos pasibles de impugnación propiamente dicha y de acción de nulidad. Así las cosas, lo dispuesto por el artículo 150 de la Ley se encuentra conexo con lo regulado por la ley española en cuanto a impugnación de acuerdos nulos, desde que ésta abarca los acuerdos contrarios a la ley en general.

Conforme se puede observar en los párrafos anteriores y en el esquema general del presente trabajo, la terminología procesal utilizada en la ley denota ambigüedades injustificables que se hacen más notorias en el análisis de su artículo 150 referido a la acción de nulidad.

Así, como bien sabemos, la acción, en su acepción procesal, es un derecho subjetivo, público, abstracto y autónomo que constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional y que en el plano objetivo se concretiza en la demanda. Por ello, en palabras de Juan Monroy Gálvez (26), referirse a una "acción de nulidad" o a una "acción impugnatoria" significa retroceder procesalmente unos dos mil años. Aún más, el hecho que la palabra "acción" represente para el derecho societario un concepto de la mayor trascendencia (27), determina que no debió ser utilizado para referirse a otro concepto o situación. El tema reviste la mayor importancia desde que el error se reitera en otros pasajes del texto legal en los cuales el concepto "acción" es utilizado para significar acepciones diferentes lo que genera un uso deficitario de dicha categoría jurídica.

Asimismo, el uso del término "impugnación" se encuentra presente a lo largo de la Ley sin que dicha temática tan importante obedezca a un determinado criterio. Observamos que se utiliza la palabra "impugnación" para referirse a la posibilidad

de reclamo en los casos del artículo 139, No obstante debe entenderse que tal "impugnación" como manifestación de voluntad destinada a contradecir, refutar o combatir algo, implica también que su utilización es viable para los supuestos normados por el artículo 150 de la ley, toda vez que la impugnación puede partir desde cualquier sujeto legitimado por ambos esquemas; esto es, desde el marco de la impugnación de acuerdos o de la acción de nulidad.

Resulta una cuestión deseable desde una óptica de técnica legislativa el que los conceptos, procesales o no, ostenten su verdadero y adecuado significado, en razón a que la elaboración de una norma sustantiva del carácter de la Ley así lo justifica.

(1) ELIAS LAROZA. Enñque. "la ley General de Sociedades". Tomo 1, Editora Normas legales. Trujillo- . Perú, 2000. pág. 306.

(2) BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Tomo 1, Editoñal Tenos S.A., Madñid, 1994. págs. 294 Y 295.

(3) VEGA VELASCO, Jorge. "Impugnación y Nulidad de acuerdos de las Juntas Generales de Accionistas en las Sociedades Anónimas" en Revista lus Et Praxis. Universidad de Lima, 2001, Pág. 83.

(4) Primer párrafo del Artículo 1399 de la ley.

(5) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la Ley General de Sociedades". Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pág. 333.

(6) Primer párrafo del artículo 143. de la Antigua Ley.

(7) MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles", Imprenta de la Uni. versidad Mayor de San Marcos, Lima, 1967, pág. 262.

(8) "La Impugnación se tramita por el procedimiento abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el procedimiento sumarísimo.."

(9) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Ob. cit., pág. 74.

(10) "... la sentencia no podrá anular el acuerdo cuando éste haya sido sustituido por otro, adoPtado de conformidad con la ley y el estatuto.'

(11) Las impugnaciones fundadas en las causales de nulidad que establece el Código Civil, quedan sometidas a dicho Código y se sustanciarán en juicio ordinario'

(12) MONTOYA MANFREDI, Ulises. Ob. cit, pág. 267.

(13) Artículo 140 de la Ley

(14) HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. Ob. cit., pág. 74.

(15) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit., pág. 308.

(16) Artículo 96", inciso 3 de la Ley

(17) 'La eliminación de cualquier ctase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las

acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por Junta Especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos y acciones se modifiquen".

(18) HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. Op. cit., pág. 71.

- (19) JIMENEZ DE PARGA, Rafael. "La Impugnación de los Acuerdos Sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima" En "Estudios sobre la Ley de Sociedades Anónimas en homenaje a Manuel Broseta Ponr, Madrid, pág. 1808.
- (20) Artículo 142. de la Ley.
- (21) ELIAS LAROZA, Enrique. Op. cit, pág. 377.
- (22) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, Op. cit, pág. 335.
- (23) Artículo 143" de la Ley.
- (24) URIA y Otros. .Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles.. Editorial Civitas, Madrid, 1992. Tomo V. pág, 343.
- (25) TORRES VASQUEZ, Aníbal. "Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho", Editorial Temis S.A., Bogotá, 2001, pág. 299.
- (26) MONROY GALVEZ. Juan. "El Proceso en la nueva Ley General de Sociedades" en Revista Ius Et Veritas No. 16. Año 1998, Pontificia Universidad Católica del Perú. pág. 14.
- (27) Art. 82" de la Ley.- "Las acciones representan partes alicuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a voto..."

LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN EL REGISTRO DE SOCIEDADES ACTOS INSCRIBIBLES, CONSTITUCIÓN y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD

Jorge Luis GONZALES LOLI

I. LA INSCRIPCIÓN COMO FORMA DE ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES

El artículo 6 de la Ley General de Sociedades establece que la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad está dada por su inscripción en el Registro. A ella se refiere Elías Laroza(1) como "la formalidad más importante del proceso de fundación de la sociedad y, además, es un requisito constitutivo del derecho de la sociedad a la personalidad jurídica. En efecto esta última solo puede adquirirse mediante la inscripción en el Registro (...). La inscripción completa el proceso de publicidad que la ley exige para toda sociedad, iniciado con el otorgamiento de la escritura pública. Por otra parte, la inscripción como acto indispensable para la formación del negocio jurídico, sustituye al antiguo y farragoso de la autorización estatal para la constitución de sociedades (especialmente las sociedades anónimas), que era necesario en países europeos tales como Francia, España e Inglaterra".

Resulta conveniente precisar que la inscripción del comerciante en un Registro tiene su origen en la matrícula de gremios existente en la Edad Media. La finalidad de esta matrícula era de "carácter interno y externo: a efectos internos se trataba de saber quiénes eran las personas que iban a gozar de los beneficios del gremio, ya efectos externos de que todo el mundo supiera que aquellas personas, allí matriculadas, fabricaban sus productos de acuerdo con las normas de calidad establecidas por el gremio"(2). Obviamente, si bien esta matrícula de gremios es el antecedente del Registro Mercantil, su finalidad era distinta, pues se encontraba destinada a reconocer privilegios a quienes los integraban, a diferencia de nuestro Registro de Sociedades que es más bien, un mecanismo de publicidad destinado a producir certidumbre y seguridad en el tráfico comercial, protegiendo al tercero que se relaciona con la sociedad.

En este mismo sentido se pronuncia Broseta Pont(3), cuando refiriéndose a la finalidad del actual Registro Mercantil expresa que: "esta masiva actitud crea la ineludible necesidad de que el empresario mismo, sus fundamentales circunstancias personales y jurídicas, los datos objetivos de su actividad económica (su clase, domicilio, auxiliares que con los que la realizan), así como cualesquiera otras circunstancias que sean relevantes para la explotación de su actividad (p. ej. la emisión de obligaciones o declaración en quiebra), puedan ser en cualquier momento conocidas por terceros que con él se han relacionado, por los que deseen hacerlo o incluso por el Estado, o sus servicios o dependencias públicas (...). La publicidad así concebida debe ser una obligación que se impone al empresario mercantil, cuyo contenido debe alcanzar todo lo que pueda

directamente interesar a los terceros o al Estado mismo, y cuya finalidad fundamental es dotar de seguridad al tráfico y proteger a quienes se relacionan o pueden relacionarse con aquel sujeto de la actividad económica".

De este modo, la inscripción registral como requisito para la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad encuentra su fundamento en la seguridad jurídica de los terceros y ya no en una situación de privilegio del comerciante o de la sociedad. Por igual razón, diversos actos posteriores al constitutivo, deben ser obligatoriamente inscritos en el Registro para surtir efectos frente a terceros. En tal sentido, resulta conveniente analizar la relación existente entre seguridad jurídica e inscripción registral.

II. SEGURIDAD JURIDICA E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La palabra seguridad, según Vásquez Bote(4), deriva etimológicamente del vocablo latino securus, significando sin cuidado, sin temor, indiferente; adjetivo compuesto del prefijo se y del sustantivo cura (ae) en su acepción de cuidado, manejo; esto es como autocuidado, automanejo. Seguridad es equivalente a la actividad realizada con propio control, hecha exclusión de sucesos imponderables estimados casi como inexistentes. Presupone, por lo tanto, una certeza acerca de la que se considera excluido cualquier riesgo.

La seguridad constituye uno de los fines generales del Derecho. De Ángel Yagüez(5) refiriéndose a ella sostiene que: "Al hablar de seguridad nos referimos, en un sentido amplio, a la garantía de paz social, expresión que desde el punto de vista de los miembros de la comunidad puede entenderse como su conciencia o certeza de que la solución de los conflictos no puede producirse a través del empleo de la violencia y de que el derecho no puede desconocer (la existencia de situaciones de hechos revestidas de una tal apariencia de solidez y rectitud, que su destrucción u olvido solo podrían acarrear efectos nocivos para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales".

El concepto de seguridad jurídica ha dado lugar a la distinción entre la llamada seguridad estática y seguridad dinámica. La seguridad estática está destinada a proteger al derecho habiente o titular del derecho frente a las turbaciones o ataques de terceros, que se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad. En cambio la seguridad dinámica o de tráfico procura brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, aspecto este último que se proyecta en dos vertientes: protección de los acreedores del enajenante, que pueden ver burlada la garantía de este crédito con enajenaciones fraudulentas; y protección a los adquirentes, que no deben estar expuestos a la sorpresa de que el bien que se les transmite se encuentre gravado, embargado o simplemente no pertenezca al transferente. El carácter antitético de estos tipos de seguridad ha sido puesto de manifiesto por Ehrenberg(6), al señalar que: "La seguridad de los derechos exige que no se pueda producir una modificación desfavorable de las relaciones patrimoniales de una persona sin que concurra su voluntad. La

seguridad del tráfico, por su parte, exige que una modificación favorable en las relaciones patrimoniales de una persona, no puede quedar sin efecto para ella por circunstancias que ignora. (...) Seguridad jurídica y seguridad del tráfico son, por consiguiente, hasta un cierto grado, conceptos contrapuestos, de modo que cada uno de ellos solo puede ser alcanzado a costa del otro, y cada caso en el que entran en colisión supone para el legislador un grave problema".

Ahora bien, según García Herguedas, el concepto de seguridad jurídica es relativo: para unos países será la existencia de jueces y que no se produzca indefensión. Ésta es la seguridad jurídica mínima. Pero en los pueblos evolucionados jurídica y culturalmente, la seguridad jurídica es algo más que el Derecho al juicio, en la discusión civil entre las partes. Es el derecho de los particulares para acceder a instituciones de legitimación de sus actos, contratos y adquisiciones, en cuyo ámbito adquieren garantía legal

Por todo ello, un sistema adecuado de organización del tráfico patrimonial deberá proporcionar derechos fácilmente identificables y verificables, cuyo intercambio no se encuentre sujeto a excesivas incertidumbres jurídicas, y que sean objeto de una delimitación lo suficientemente precisa para que puedan ser protegidos eficazmente contra las intromisiones de otros. Justamente, con tal finalidad, es que surgen los Registros Públicos en general, tal como señalan Schafer y Ott (7): "Como ejemplo de disposiciones legales de protección de la confianza, hay que mencionar, sobre todo, el Registro de la Propiedad, citando también al Registro Mercantil, al de Asociaciones, el de Bienes Matrimoniales y el de Buques, pues todos ellos ofrecen seguridad y agilidad al tráfico negocial, y en último lugar, protección a la confianza, siendo la configuración muy diferente en cada caso concreto, pues depende de que la inscripción sea constitutiva, conduciendo entonces a una absoluta protección del tráfico, o solo sea válida para los que actúan de buena fe, de que su publicación sea decisiva, como es la del Registro de la Propiedad. Estas instituciones conducen a una exoneración de costos de información para el tráfico jurídico".

Consecuentemente, el Registro Mercantil es un mecanismo de publicidad al servicio de la seguridad jurídica del tráfico. Proporciona la información relevante y con efectos jurídicos respecto a terceros, pues como señala Esturillo(8): "el Registro Mercantil, si en sus orígenes pudiera dar motivos para calificársele como administrativo, es lo cierto que en su concepción actual presenta todas las características de uno jurídico. No se limita a la simple publicación de datos, sino que sus inscripciones se hallan dotadas de los importantes efectos que dimanar de principios básicos tan fundamentales como los de la legitimación, fe pública y oponibilidad con respecto a terceros de buena fe (...)". En el mismo sentido expresa Pau Pedrón(9) que: "el Registro Mercantil tiene por finalidad el proporcionar seguridad jurídica al tráfico mercantil mediante la atribución de veracidad a los actos y contrato que publica".

III. DEL REGISTRO MERCANTIL AL REGISTRO DE SOCIEDADES

En nuestra legislación nacional el Registro Mercantil fue creado por el Código de Comercio de 1902, aun parcialmente vigente, comprendiendo los libros de comerciantes, sociedades y buques. Luego, desde la vigencia del Código Civil de 1936, se eliminó de su contenido al Registro de Buques, que más bien pasó a formar parte del Registro de Propiedad Inmueble. Fue objeto de tres reglamentos (1902, 1936 Y 1969), que rigieron sus actividades y funcionamiento, siendo relevante destacar que el Reglamento aprobado por Acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema del 15 de mayo de 1969, incorporó un tercer libro destinado a la inscripción de Poderes Especiales de Sociedades que no contaban con sucursales en el país y cuyos poderes no implicaran la práctica habitual del comercio. De esta manera, hasta la vigencia de la Ley N° 26366, el Registro Mercantil se encontraba integrado por los libros de comerciantes, sociedades y poderes especiales, siendo también inscribibles en él, por disposición del Decreto Ley N° 21621, las empresas individuales de responsabilidad limitada. Ni la Ley de Sociedades Mercantiles ni la abrogada Ley General de Sociedades establecieron especiales regulaciones sobre el citado Registro.

Al entrar en vigencia la Ley N° 26366 de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, el artículo 2 de la citada norma legal estableció la existencia, dentro del Registro de Personas Jurídicas del Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Mercantiles y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada; e incorporando el Registro de Comerciantes dentro de los que conforman el Registro de Personas Naturales. Ello no varió significativamente con la vigencia de la Ley General de Sociedades N° 26887, la cual solo dedica, específicamente, cinco artículos al Registro, limitándose en su artículo 433 a enunciar que toda mención en ella efectuada al "Registro" debía entenderse referida al Registro de Personas Jurídicas, en sus Libros de Sociedades Mercantiles y de Sociedades Civiles, según correspondiese a la clase de sociedad a que se aluda.

En este sentido, desde la vigencia de la actual Ley General de Sociedades (1 de enero de 1998) resultaba evidente la carencia de una regulación reglamentaria de los aspectos vinculados con la actividad registral societaria, habida cuenta de que el Reglamento del Registro Mercantil vigente desde el año 1969, además de referirse a las disposiciones de la abrogada Ley de Sociedades Mercantiles, había quedado evidentemente obsoleto ante los grandes cambios de organización y funciones experimentados por el Sistema Nacional de los Registros Públicos, sobre todo a partir del año 1995. Es en este contexto que, mediante la Resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP/SN publicada el 27 de julio del 2001, se aprobó el Reglamento del Registro de Sociedades (a partir de ahora "RRS"), el mismo que entró en vigor, conforme a su Séptima Disposición Transitoria, el 1 de setiembre del 2002. Nótese que el citado Reglamento adopta, correctamente, la denominación de "Registro de Sociedades", que si bien no existe ni en la Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos ni en la Ley General de Sociedades, es la que mejor se

condice con su contenido, en la medida en que se desarrollan exclusivamente los actos inscribibles relacionados con dicha clase de personas jurídicas.

No existe ya, por tanto, el Registro Mercantil, sino solamente el Registro de Sociedades, en el cual se inscriben, en armonía con el artículo 1 del RRS: a) Las sociedades constituidas en el país y sus sucursales; b) Las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero; y c) Los poderes otorgados por sociedades constituidas o sucursales establecidas en el extranjero. Consecuentemente ha quedado derogado, desde la vigencia del RRS, además del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema el 15 de mayo de 1969 (excepto en lo referido al Libro de Comerciantes que actualmente integra el Registro de Personas Naturales). Asimismo, se han derogado las normas sobre la inscripción de reorganización de sociedades constituidas en el extranjero aprobadas por Resolución N° 103-98-SUNARP del 01-07-1998; las normas sobre inscripción de poderes otorgados por sociedades extranjeras que no tienen su domicilio en el país aprobadas por Resolución N° 1882000-SUNARP/SN del 26-08-2000 y las disposiciones contenidas en el Reglamento de las Inscripciones, referidas a las sociedades civiles (arts. 129 al 131).

Beaumont Callirgos (10), quien fue miembro de la comisión elaboradora del Proyecto de Reglamento del Registro de Sociedades, resume el contenido del citado RRS expresando que: "Tiene un título preliminar con seis normas que incluyen los principios registrales, regulando en particular los de especialidad, fe pública registral y tracto sucesivo, así como tratando el asunto de los títulos que dan mérito a la inscripción. En cuanto a las reglas aplicables a todas las sociedades, se precisan los actos inscribibles y los no inscribibles, las excepciones al principio de tracto sucesivo, el alcance de la responsabilidad del registrador, las anotaciones preventivas, el contenido de los asientos, el índice de sociedades y la reserva de preferencia registral, el objeto social, el cambio de domicilio y la efectividad de la entrega de los aportes incluido el de cónyuges. Al abordar el tema de la sociedad anónima, se regula el capítulo de la junta general de accionistas, la junta universal, la lista de asistentes y las clases de acciones. En cuanto al directorio, la calificación del registrador, la constancia de convocatoria y el quórum del directorio, las resoluciones tomadas fuera de sesión y las sesiones no presenciales. Se regula también la modificación del estatuto, el aumento de capital, el contenido del acta y la capitalización de créditos. Por su parte, hay un capítulo especial para la sociedad anónima cerrada y otro para la sociedad anónima abierta. Se dicta la normatividad conveniente para las otras formas societarias. Y en cuanto a las normas complementarias, el reglamento fija estipulaciones muy precisas en lo tocante a la transformación, a la fusión y a la escisión. Por último, el reglamento trata el tema de la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero, así como en general, los capítulos de disolución, liquidación y extinción, para concluir con los poderes otorgados por sociedades constituidas o sucursales establecidas en el extranjero".

Obviamente, la sola vigencia del RRS, que viene a constituir una reglamentación actualizada con la legislación societaria vigente, es un importante avance, sin perjuicio de los diversos errores y omisiones e imperfecciones que contiene. No obstante ello, consideramos, compartiendo la opinión de González Barrón (11), que dicho reglamento tiene un gravísimo error conceptual que lo vicia desde su nacimiento: su aprobación mediante resolución de superintendente nacional de los Registros Públicos. Al igual que hemos comentado respecto al Reglamento General de los Registros Públicos (12), no se encuentra dentro de las facultades de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos la de reglamentar disposiciones legales. Y es que se ha pretendido amparar la promulgación tanto del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos como la del Reglamento del Registro de Sociedades, en lo establecido en el artículo 18 inciso b) de la Ley N° 26366, que textualmente se refiere a la atribución del Directorio de la SUNARP para "dictar las normas registrales requeridas para la eficacia y seguridad de la función registral". Dicha atribución se refiere a normas organizativas internas del Sistema Nacional de los Registros Públicos, pero no a aquellas que reglamentan disposiciones legales (como el Código Civil o la Ley General de Sociedades), que en armonía con el inciso 8) del artículo 118 de la Constitución Política de 1993, deben sancionarse mediante Decreto Supremo. Esta situación resta trascendencia jurídica a las diversas normas contenidas en el RRS, pudiendo hacer que la aplicabilidad de sus preceptos, sobre todo en caso de controversias en sede jurisdiccional, sea ignorada o cuando menos cuestionada, por el defecto existente en su aprobación.

IV. ACTOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE SOCIEDADES

Obviamente, no todos los actos que realiza una sociedad tienen naturaleza inscribible. Al registro y a los terceros que contratan con la sociedad solo les interesa conocer aquellas situaciones jurídicas relevantes de la persona jurídica, que por tal razón, merecen gozar de los efectos sustantivos que determina la inscripción registral. En especial merecen acogida registral aquellos actos referidos a la responsabilidad de la misma sociedad y de quienes actúan en su representación. Esto es reconocido por Pau Pedrón(13) cuando señala que: "El Registro Mercantil ha pasado a ser un registro de responsabilidad (un Hattungsregister, como ha puesto en relieve la doctrina alemana), de ahí que su fundamento resida básicamente en publicar las limitaciones de la responsabilidad, además de otras cuestiones íntimamente ligadas a ella: quién es el sujeto afectado por esa responsabilidad, quienes son las personas que, con su actuación, pueden poner en juego esa responsabilidad. Por eso puede decirse que la publicidad registral versa sobre tres cuestiones: el régimen de responsabilidad, la identificación del empresario y su representación".

Nuestro Registro de Sociedades, atendiendo a que solo deben acceder al registro aquellos actos de relevancia para la existencia de la persona jurídica en su relación con terceros, ha optado por el sistema de "numerus clausus", al establecerse (art. 3 del RRS) un catálogo de actos inscribibles en el mismo.

Concordamos con esta opción adoptada por la nueva reglamentación, puesto que, como señalan numerosos autores, uno de los peligros de admitir el ingreso a la publicidad registral sería el de la "inabarcabilidad" de su contenido, permitiendo la existencia de un sinnúmero de asientos registrales, que, además de carecer de interés alguno para terceros interesados en contratar con la sociedad, solo complicarían la búsqueda de datos en las partidas registrales, plagadas de asientos inútiles e intrascendentes. Téngase presente que en la Ley General de Sociedades (a partir de ahora "LGS") no existe norma alguna referida a los actos que deberían ser materia de inscripción, limitándose en forma totalmente carente de sistemática alguna, a enunciar de manera dispersa la posibilidad de la inscripción registral de algunos actos societarios.

A esta posibilidad de acceder a la publicidad registral es que se refiere, también, el artículo 32 inciso b) del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante "NRGRP") cuando expresa como obligación del registrador la de "Verificar (...) la naturaleza inscribible del acto o contrato que, contenido en el título, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción". Así por ejemplo, la aprobación de un balance general de una sociedad anónima. Si bien de suma trascendencia para la vida de dicha persona jurídica, carecerá de mérito para acceder a la publicidad registrar, siendo un acto no inscribible en el Registro de Sociedades; mientras que el aumento de capital adoptado en la misma junta general de aprobación del balance, al acordarse la capitalización de utilidades resultantes del mismo, sí podrá acceder al Registro de Sociedades, pues resulta relevante para terceros conocer el nuevo capital social que determina los límites de responsabilidad frente a terceros.

El análisis del artículo 3 del RRS nos permite observar que no existen mayores novedades en el mismo, determinando como inscribibles los siguientes actos:

- a) El pacto social que incluye el estatuto y sus modificaciones.
- b) Las resoluciones judiciales o arbitrales sobre la validez del pacto social inscrito; asimismo, las que se refieran a sus modificaciones o a los acuerdos o decisiones societarias inscribibles.
- c) El nombramiento de los administradores, liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, su revocación, renuncia, modificación o sustitución de los mismos; los poderes, así como su modificación y, en su caso, su aceptación expresa. La revocación de sus facultades, la sustitución, delegación y reasunción de las mismas.
- d) La delegación de las facultades y atribuciones de los órganos sociales.
- e) La emisión de obligaciones, sus condiciones y sus modificaciones, así como los acuerdos de la asamblea de obligacionistas que sean relevantes con relación a la emisión, su ejecución u otros aspectos de la misma. Las resoluciones judiciales o arbitrales que se refieren a la emisión de obligaciones de una sociedad y los aspectos referidos tanto a ella como a los acuerdos inscritos de la asamblea de obligacionistas.
- f) Las resoluciones judiciales o arbitral es que afecten las participaciones sociales.
- g) La fusión, escisión, transformación y otras formas de reorganización de sociedades.

- h) La disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción de las sociedades.
- i) Los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad, siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas.
- j) Los convenios que versen sobre participaciones o derechos que correspondan a los socios de sociedades distintas de las anónimas.
- k) El establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculado a éstas; y,
- l) En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales o cuya inscripción prevean las leyes o el RGS.

El antecedente de este artículo del RRS es el artículo 25 del abrogado Reglamento del Registro Mercantil, cuyos términos eran, principalmente, similares. Se agrega una cláusula general, no existente en la reglamentación abrogada, constituida por "los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales", que permite el acceso al Registro de actos distintos de los enunciados en los literales anteriores, pero que de alguna manera modifiquen situaciones ya publicitadas registralmente. Es evidente que este inciso se ha tomado del apartado 11 del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil Español, cuyos términos reproduce casi literalmente.

Destacable es, también, que se haya considerado expresamente la posibilidad de la inscripción de los "convenios societarios" entre socios. Recordemos que a los mismos se refiere el artículo 55 de la LGS como susceptibles de ser contenidos por el estatuto de la sociedad. Esta disposición debe ser obviamente concordada con el artículo 8 de la misma ley, que se refiere a la validez ante la sociedad de "los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados". Ahora bien, si PARA LA SOCIEDAD bastará que dichos convenios le sean comunicados, no ocurrirá lo mismo frente a terceros ajenos a ella, para los cuales será indispensable su previo registro que los dote de oponibilidad. En este mismo sentido se pronuncia HUNDSKOPF EXEBIO(14) cuando señala que: "Una de las más importantes innovaciones en la nueva Ley General de Sociedades es, en nuestra opinión, la aceptación y reconocimiento por parte de las sociedades, de los convenios celebrados entre socios, o entre éstos y terceros. En efecto, la nueva ley reconoce plena validez a los convenios suscritos entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que sean debidamente comunicados a la sociedad y registrados por ésta, siendo exigibles en todo cuanto les sea concerniente, con lo cual nuestro ordenamiento se ha equiparado con las modernas legislaciones europeas".

Obviamente, cuando dichos convenios se refieran a temas vinculados sobre las acciones como p.ej.. limitaciones a su transferencia, el registro en que deberán inscribirse dichos convenios pactados conforme al artículo 101 de la Ley General de Sociedades, no será el Registro de Sociedades, sino la Matrícula de Acciones de la misma Sociedad. Por ello, en el artículo bajo comentario del RRS. se hace la distinción expresa respecto a los convenios referidos a dicha clase de títulos valores. Por lo demás, en el literal b) del artículo 4 del RAS se alude

expresamente al carácter no inscribible de "la transferencia de acciones u obligaciones emitidas por la sociedad; los canjes y desdoblamientos de acciones u obligaciones; la constitución, modificación o extinción de derechos o gravámenes sobre las mismas, ni las medidas cautelares o sentencias que se refieran a las acciones u obligaciones", cuya inscripción debe efectuarse en la matrícula a que se contrae el artículo 92 de la LGS.

Finalmente, cabe indicar que la relación de "actos no inscribibles" que contiene el artículo 4 del RRS, tiene carácter meramente enunciativo, siendo su finalidad poner de manifiesto aquellos actos que generan mayor confusión a los interesados respecto a la posibilidad de su inscripción en el Registro de Sociedades. Es claro que los tres supuestos contenidos en este artículo son meros ejemplos, entre otros muchos más, pues la regla general es el carácter limitado de los actos inscribibles y no lo contrario.

V. PRINCIPIOS REGISTRALES APLICABLES AL REGISTRO DE SOCIEDADES

Los principios registrales, dentro del sistema español, surgen de los denominados "principios hipotecarios" referidos al Registro de la Propiedad, que es el de mayor antigüedad y desarrollo en sus instituciones. Estos principios son caracterizados por García García (15) como "las notas o caracteres o rasgos básicos del sistema". En nuestro Derecho Registral, los principios registrales se encuentran previstos en el Código Civil (arts. 2010 a 2017 del C.C.), que si bien en principio se encuentran destinados a todos los registros jurídicos, están fundamentalmente diseñados para su aplicación en el Registro de la Propiedad Inmueble, no siendo pacífica ni sencilla su adaptación a los Registros de Personas Jurídicas y, en especial, el de Sociedades.

El RRS opta por reconocer la aplicación de los principios registrales contenidos en el Código Civil y también desarrollados por el Título Preliminar del NRGRP, al establecer una mera remisión a ellos en el artículo 11 de su Título Preliminar. Sin embargo, al considerar necesario dictar regulaciones especiales aplicables al Registro de Sociedades, establece en los artículos III, IV, V Y VI de su Título Preliminar, normas respecto a los Principios de Especialidad, Fe Pública Registral, Tracto Sucesivo y Titulación Auténtica. Ello implica que la remisión se refiere a los principios de publicidad material, publicidad formal, rogación, legalidad, legitimación, prioridad de rango y prioridad excluyente. Con esta regulación, por primera vez se consagra en disposición normativa, la plena aplicación de los Principios Registrales al Registro de Sociedades, pues ni la Ley General de Sociedades ni el abrogado Reglamento del Registro Mercantil regulaban nada al respecto. Antes, su utilización en el Registro Mercantil era una de las consecuencias de lo preceptuado en el artículo 2009 del Código Civil, respecto a la aplicación de las normas del Código sustantivo a los demás registros regulados por leyes especiales.

En el presente trabajo solo vamos a proceder a comentar aquellos Principios Registrales especialmente regulados por el RRS. Respecto a los demás,

atendiendo a razones de la extensión del presente artículo, nos permitimos sugerir al lector la lectura de nuestra obra referida al Reglamento General de los Registros Públicos (16). Cabe indicar que también el procedimiento de inscripción en el Registro de Sociedades encuentra su regulación en el mismo Reglamento General de los Registros Públicos, limitándose el RRS a establecer requisitos especiales para la inscripción de los distintos actos referidos a dicho registro, pero sin incluir un procedimiento distinto del establecido en la reglamentación general.

Los principios registrales a los cuales el RRS ha hecho simple remisión, tienen la siguiente formulación en el Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos:

a) Publicidad material: "El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo" (art. I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el art. 2012 del Código Civil).

b) Publicidad formal: "El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo registral. El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la formación contenida en el archivo registral, salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro" (art. 11 del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el art. 2012 del Código Civil).

c) Principio de rogación: "Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario, la rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa. Se presume que el presentante del título actúa en representación de los sujetos legitimados para solicitar la inscripción" (art. III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el art. 2010 del Código Civil).

d) Principio de legalidad: "Los registradores califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción. La calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquél, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción.

La calificación comprende también la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho. Se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y, complementariamente, de los antecedentes que obran en

el Registro" (art. V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el arto 2010 del Código Civil).

e) Principio de legitimación: "Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez" (art. VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el arto 2013 del Código Civil).

f) Principio de prioridad de rango: "Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de éstos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación (art. IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el arto 2016 del Código Civil).

g) Principio de prioridad excluyente: "No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igualo anterior fecha" (art. X del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos concordante con el arto 2017 del Código Civil).

VI. EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Dentro de los principios registrales recogidos en nuestra legislación, se encuentra el Principio de Tracto Sucesivo o Continuo, cuya formulación normativa está prevista en el artículo 2015 del Código Civil de 1984, bajo el siguiente texto: "Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane". Puede apreciarse que, a diferencia del artículo 1045 del Código Civil derogado (17), no restringe su aplicación a los casos de transmisión o gravamen, ni la inscripción previa tiene que referirse al dominio o propiedad. Esta nueva formulación legislativa ha llevado a diversos autores, como Guevara Manrique (18), a afirmar que dada la amplitud de la redacción del artículo 2015 del C.C., el Principio de Tracto Sucesivo no se orienta exclusivamente al Registro de la Propiedad Inmueble, sino que resulta de observancia en otros Registros como el de Mandatos, Testamentos, Mercantil, entre otros. Empero esta afirmación, en principio aceptable, no resulta exacta en todos los casos, como demostraremos en los puntos siguientes, puesto que no debe confundirse tracto sucesivo con la necesidad de la inscripción del acto previo.

Roca Sastre señala que el principio de tracto sucesivo o de continuidad registral consiste en "procurar que el historial jurídico de cada finca inmatriculada, respecto de los sucesivos titulares registrales que hayan adquirido el dominio o derechos reales sobre la misma, figure con plena continuidad ininterrumpida en su encadenamiento de adquisiciones sucesivas, cronológicamente eslabonadas las unas con las otras, de modo que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y que el titular registral actual sea el transferente de mañana"(19).

El Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos enuncia este principio registral en el artículo VI de su Título Preliminar de la siguiente manera: "Ninguna inscripción, salvo la primera, se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión salvo disposición en contrario". Se nota, inmediatamente, que se agrega a la formulación establecida por el artículo 2015 del Código Civil, la expresión "o el acto previo adecuado para su extensión". Ello obedece a que, como señalamos precedentemente, si bien la amplitud de la formulación del artículo 2015 del C.C. permite sostener que el Principio de Tracto Sucesivo puede aplicarse a todos los Registros Jurídicos de competencia de la SUNARP, no es menos cierto que el Principio de Tracto Sucesivo, aun eliminadas las referencias del ordenamiento civil abrogado ("enajenación", "dominio", etc.), nació diseñado para el Registro de Propiedad Inmueble, por lo que su "adaptación" a los Registros de Personas (Registro de Sociedades, Registro de Personas Jurídicas, Registro de Sucesiones Intestadas, etc.), no puede realizarse en forma mecánica, sin analizar la verdadera naturaleza de los actos inscribibles. Y si en verdad nos encontramos frente a la "inscripción del derecho de donde emana" o, más bien, ante casos de "inscripción del acto previo necesario o adecuado para su extensión".

Al respecto, precisa Esturillo López (20) que "este principio nació dentro del campo inmobiliario registral, como consecuencia lógica de su denominación. Pensamos que, gramaticalmente, la palabra tracto significa espacio que media entre dos lugares' y la de sucesivo, el hecho de que una 'cosa siga a la otra'. Solo en el Registro de la Propiedad, que tiene por objeto la inscripción de bienes, podría darse esa concatenación sucesiva de actos relacionados' con una misma cosa, al contrario de lo que sucede en el Registro Mercantil propiamente dicho, que por tener como materia inscribible, hechos, actos y relaciones jurídicas, no puede producirse aquella con el mismo significado y naturaleza-. Continúa dicho autor precisando que "la previa inscripción es un requisito indispensable exigido por la mecánica propia de la llevanza del Registro Mercantil por el sistema de hojas personales. Es obvio que de no constar con primera inscripción del sujeto al que la hoja se refiere, se crearían situaciones anómalas y monstruosas. Pero, sobre todo, estimamos que la previa inscripción de los sujetos, así como la de los actos principales que se modifican o extinguen por otros posteriores, o la de los administradores o apoderados, son exigencias todas ellas impuestas por la necesaria conexión que debe existir entre un acto y la situación jurídica en que se apoya (...). Luego, es indudable que la exigencia de previa inscripción en todos los casos contemplados en nuestra normatividad vigente en materia registral viene determinada por la necesidad de conexionar el acto que se pretende inscribir con el sujeto que según el registro debe realizarlo o con aquel otro acto inscrito que se trata de modificar o extinguir. En suma, son supuestos de legitimación y no de tracto sucesivo, aunque externamente aparezca en los libros del Registro una inscripción como antecedente previo de la otra. Entre éstas existe, efectivamente, concatenación de asientos, pero no el encadenamiento de transmisiones de carácter real, que es lo propio del principio de tracto sucesivo rectamente entendido".

De ello se desprende que el NRGRP, en el afán de establecer normas aplicables a todos los Registros Jurídicos, ha incluido dentro de la definición de tracto sucesivo, la de inscripción de acto previo, entendiéndose que si bien existirá conexión entre un acto con otro anterior inscrito, no se exige que el derecho de uno emane del otro. Así, p.ej., en la constitución de una sociedad se establecen los límites de actuación de los diversos órganos societarios, a la que deberán adecuarse los actos que ellos efectúen y pretendan inscribir, pero no podrá sostenerse que el derecho de éstos emana del acto constitutivo.

En el mismo sentido se orienta el artículo V del Título Preliminar del Reglamento del Registro de Sociedades, que, aunque continúa utilizando la denominación de tracto sucesivo, en su redacción recoge más bien la exigencia de la inscripción del acto previo necesario o adecuado para la extensión de la nueva inscripción, lo que concuerda, casi textualmente, con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del NRGRP. Su formulación es la siguiente: "Salvo las excepciones previstas en las leyes o en este reglamento, para extender una inscripción se requiere que esté inscrito o se inscriba el acto previo necesario o adecuado para su extensión".

Otra precisión establecida por el RRS es la eventual existencia de excepciones al principio de tracto sucesivo o inscripción de acto previo. Estas excepciones no se refieren, obviamente, a la primera inscripción de la sociedad, sino a supuestos particulares en que por disposiciones especiales, respecto a una partida registral ya abierta con anterioridad, no será necesaria la inscripción del acto previo aparentemente adecuado para permitir la nueva inscripción. Así, p. ej., el artículo 5 del RRS establece como "excepciones al Principio de Tracto Sucesivo", la inexigibilidad de la inscripción de los acuerdos o decisiones societarias registrables, para la inscripción de las resoluciones judiciales referidas a dichos acuerdos (p.ej. impugnación de acuerdos, nulidad de los mismos, etc.). De igual modo, para la inscripción de resoluciones judiciales o arbitrales que afecten las participaciones sociales tampoco será necesaria la previa inscripción de los acuerdos o decisiones correspondientes que han dado lugar a las mencionadas resoluciones.

Cabe mencionar que si bien es saludable que se hayan precisado estas "excepciones", a fin de cautelar más adecuadamente la exactitud y efectos sustantivos que emanan de la publicidad registral, consideramos que en estricto, no constituyen excepciones al tracto sucesivo o a la inscripción del acto previo, puesto que en nuestro criterio, nunca debió haberse exigido la previa inscripción del acto o acuerdo materia de impugnación judicial, habida cuenta que la publicidad negativa que emana, por ejemplo, de la anotación de demanda de impugnación de un acuerdo de junta general de accionistas, no requiere (ni es presupuesto necesario o adecuado) para su extensión que el acuerdo se encuentre registrado. Inclusive, una interpretación más adecuada del artículo 86 del recientemente abrogado Reglamento del Registro Mercantil hubiera permitido constatar que no se exigía expresamente que para extender las anotaciones

preventivas de impugnación de acuerdos societarios, el acuerdo se encontrase previamente inscrito.

Otra manifestación del requisito de inscripción de acto previo en el RRS se encuentra contenido en el artículo 48 del citado reglamento. En el mismo se establece que "os acuerdos adoptados en junta general con participación de acciones representadas en certificados provisionales o en anotaciones provisionales en cuenta, solo se podrán inscribir después de haberse inscrito el aumento de capital que originó la emisión de tales acciones". Ello implica que hasta que se inscriba el correspondiente aumento de capital, lo que recién permite la emisión de los certificados definitivos de acciones, en armonía con el artículo 87 de la LGS, no podrán inscribirse los acuerdos que se adopten en función de una nueva participación accionaria derivada de un aumento de capital aun no registrado. Sin embargo, es conveniente señalar que la inscripción del aumento de capital puede efectuarse conjuntamente, es decir en el mismo título que el que contiene los acuerdos correspondientes, no debiendo entenderse literalmente el término "previa inscripción". Así lo ha entendido el Tribunal Registral de la ORLC, en la Resolución N° 039-2000-ORLC/TR de 17 de febrero del 2000.

VII. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El Principio de Especialidad es llamado también Principio de Determinación. Como manifiesta García García (21) "este principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. A éste solo deben acceder situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial." Continúa indicando que "la necesidad de determinación de situaciones y relaciones jurídicas inscribibles se predica respecto a la finca, al titular, al derecho real y al acto jurídico, todo lo cual constituye un conjunto de manifestaciones del principio de especialidad o determinación." Es decir es un haz de situaciones que deben ser publicitadas del modo más adecuado para que tanto el propio registro como el tercero puedan utilizar la información y derechos en ella generada para la satisfacción de sus intereses. El mismo autor nos precisa las distintas manifestaciones del Principio de Especialidad, señalando que en relación con la finca, se aplica el sistema de folio real, mediante el cual se asigna a cada finca un historial separado, en la cual se señalarán los derechos y actos reales relativos a la finca. En cuanto al titular registral, el principio de especialidad se manifiesta en la necesidad de determinación del mismo con todas sus circunstancias. Con referencia a la especialidad en relación con el acto jurídico, manifiesta que es una necesidad de que conste con claridad en el documento la clase de acto realizado.

Como puede apreciarse de las nociones del Principio de Especialidad o Determinación enunciadas precedentemente, tanto el artículo IV del Título Preliminar del NRGRP como el artículo III del Título Preliminar del RRS, no regulan todos los aspectos doctrinalmente considerados como manifestaciones del mismo, sino que solo se orientan a regular el elemento (bien o persona) en función

del cual se organizarán las partidas registrales. La exigencia de la expresión de la "causa" que da origen al acto o derecho inscrito se encuentra prevista en el artículo 46 del NRGRP, mientras que los requisitos generales que deben constar en los asientos registrales, encuentran su regulación en el artículo 50 del NRGRP y en los diferentes reglamentos específicos aplicables a cada uno de los registros conformantes del Sistema Nacional.

A diferencia de otros Principios Registrales, el Principio de Especialidad o Determinación no se encuentra previsto en el Código Civil, por lo que, hasta la vigencia del NRGRP, se encontraba disperso en las normas específicas de cada registro, en sus distintas manifestaciones de folio real o personal (Reglamento de las Inscripciones, Ampliación del Reglamento de las Inscripciones, Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, Reglamento del Registro de Testamentos, etc.). No existía, entonces, una regla general aplicable a todos los Registros Jurídicos.

. Por esta razón, el NRGRP ha establecido una regla general en el sentido de que cada bien o persona jurídica determinará la apertura de una partida registral, lo que corresponde a los dos principales sistemas existentes: el folio real y el folio personal. Obviamente, las inscripciones posteriores a la inmatriculación del bien o persona jurídica deberán practicarse en la misma partida registral donde se extendió la primera inscripción.

La formulación del mencionado principio para el Registro de Sociedades, contenida en el artículo III del Título Preliminar del RRS, establece que: "Por cada sociedad o sucursal se abrirá una partida registral en la que se extenderá su primera inscripción, que será la del pacto social o la decisión de establecer una sucursal, respectivamente, así como los actos inscribibles posteriores relativos a cada una. Para la inscripción del primer poder otorgado por una sociedad constituida o sucursal establecida en el extranjero se abrirá una partida registral, en la que se inscribirán todos los poderes y demás actos que los modifiquen o extingan".

Es indudable que nuestro RRS ha optado por el sistema de folio personal, en el cual es la persona jurídica societaria la que determina la apertura de una partida registral, en la cual deben inscribirse todos los actos de la misma, a diferencia del sistema utilizado en el Registro de la Propiedad Inmueble, en el que se emplea el sistema de folio real, por el cual es el bien el que da origen a la apertura de una partida registral específica. El artículo 2 del abrogado Reglamento del Registro Mercantil de 1969 también consagraba dicho sistema ("Por cada comerciante o sociedad se abrirá una hoja especial..") sin efectuar precisión alguna respecto al caso de las sucursales o poderes de sociedades constituidas en el extranjero, que también determinan la existencia de una partida diferente, sin que pueda exigirse la previa inscripción de la constitución de la sociedad.

Nótese que se ha utilizado el término "partida registral" y no ficha u hoja, puesto que el artículo 6 del NRGRP ha establecido esta denominación como concepto

unitario para todos los casos. La partida registral es la unidad de registro, conformada por los asientos de inscripción organizados sobre la base de la determinación del bien o de la persona susceptible de inscripción; y, excepcionalmente, en función de otro elemento previsto en disposiciones especiales. Como también puede apreciarse, la definición de partida registral prescinde por completo de la referencia a libros y folios que contenía el Reglamento de las Inscripciones o a fichas movibles que se encontraba prevista en la Ampliación del Reglamento de las Inscripciones. Esto en razón de que actualmente las oficinas registrales han reemplazado el soporte físico de las inscripciones por medios informáticos de almacenamiento magnético, constando los asientos de inscripción en discos ópticos u otros sistemas de almacenamiento de datos, con especiales condiciones de seguridad. Al respecto, a través de la Resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos N° 124-97SUNARP de fecha 15 de agosto de 1997, se autorizó la sustitución de los asientos extendidos por medios físicos, por el sistema de microarchivos denominados "asientos electrónicos" generados mediante la captura de huella digital de los registradores, al que comúnmente se conoce como Sistema de Información Registral, sistema que fue inicialmente aplicado por la Oficina Registral de Lima y Callao; y que, actualmente, de conformidad con la Resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos N° 096-2001-SUNARP/ SN de fecha 6 de abril del 2001 se ha implementado en todas las oficinas registrales a nivel nacional.

Para efectos de clarificar el concepto de "partida registral", resulta necesario precisar el desarrollo de las distintas técnicas de inscripción utilizadas por el registro hasta la actualidad. La partida registral se encuentra compuesta de diversos asientos, referidos a los diversos actos jurídicos inscribibles, los cuales, si el primer asiento es de alguna antigüedad, pueden haberse extendido en uno o más folios de un tomo (técnica original adoptada por el registro desde su creación) o bien en fichas (sistema adoptado por la Ampliación del Reglamento de las Inscripciones expedido en el año de 1970) y no a través de asientos electrónicos que recién vienen aplicándose desde 1997 en la Oficina Registral de Lima y Callao, y en algunas otras oficinas registrales a nivel nacional. Sin embargo, sin importar la técnica de inscripción que se utilice en los asientos posteriores al primero, todos estos (bien extendidos en nuevas fajas del mismo tomo, en ficha o en partida electrónica) constituyen una continuidad de los actos referidos al mismo bien o persona (Sistema de Folio Real o Personal de acuerdo con el Registro específico al que corresponda la partida).

VIII. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL y EL TERCERO REGISTRAL SOCIETARIO

El Principio de Fe Pública Registral se encuentra regulado por el artículo 2014 del Código Civil, el cual encuentra su antecedente directo en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria Española. Este principio, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Código Civil, "protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de

quien aparece en el Registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición, que se fundamenta en causas no inscritas antes". A diferencia del Principio de Legitimación, que solo brinda una protección provisional y por tanto susceptible de declaración de invalidez ante el órgano jurisdiccional, el Principio de Fe Pública Registral confiere una garantía de seguridad jurídica plena a quien, bajo la fe que emana del Registro, adquiere un derecho. De este modo, el tercero registral no será afectado por los vicios que pudieran tener los asientos registrales, pues la aplicación de este principio determinará que su derecho sea inatacable y no susceptible de ser privado de eficacia, aun en sede jurisdiccional.

Entrando directamente al análisis de este principio, debemos precisar los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento civil vigente para que éste resulte aplicable, que son los siguientes:

- a) Debe existir un acto o derecho inscrito que contenga una causa de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución, que publicita la existencia de facultades dispositivas para el transferente de un derecho.
- b) Un tercero, respecto a la relación jurídica que da lugar al acto o derecho inscrito, adquiere un derecho mediante un acto plenamente válido.
- c) La adquisición del tercero se efectúa a título oneroso.
- d) No deben constar en el Registro las causas que determinen la invalidez o ineficacia del acto o derecho inscrito.
- e) El tercero debe proceder con buena fe.
- f) El tercero debe inscribir su derecho en el Registro correspondiente.

Claro es que estos requisitos planteados por el artículo 2014 del Código Civil se encuentran dirigidos al tercero registral que adquiere un derecho en un registro de bienes (inmuebles o muebles registrables), no encontrándose diseñado para su aplicación directa al Registro de Sociedades, en el cual, excepto el caso de las participaciones en las sociedades distintas de las anónimas, no se inscriben titularidades dominiales, sino situaciones jurídicas relevantes, que otorgan oponibilidad a las mismas y determinan imputaciones y límites de responsabilidad. En este sentido, en el artículo 8 del Reglamento del Registro Mercantil Español se establece una modalidad especial del Principio de Fe Pública, bajo la formulación siguiente: "la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho. Se entenderán adquiridos conforme a Derecho, los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro". En nuestro ordenamiento nacional vigente, el artículo IV del Título Preliminar del RRS ha efectuado la adaptación del Principio de Fe Pública Registral al Registro de Sociedades, precisando que: A La inexactitud o invalidez de los asientos de inscripción del registro no perjudicará al tercero que de buena fe hubiera celebrado actos jurídicos sobre la base de los mismos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales".

Como apunta Esturillo, este tercero del Registro de Sociedades es diferente al tercero de los Registros de Bienes, puesto que "Indudablemente, su concepto no puede coincidir con el que tiene dentro del campo inmobiliario, en el que, después

de una copiosa literatura defensora de las más diversas interpretaciones, se llegó a clarificar el problema, considerando como tal al adquirente considerado fuera de su condición de parte frente a un determinado contenido registra/. Se trata, por tanto, de un tercer adquirente considerado frente al contrato, anulado y resuelto, y del que fue parte el transmitente y no aquel. (. . .) Para nosotros, el tercero de buena fe, al que se refiere el arto 20.2 del C. de C. y 8.1 del RRM no tendrá necesidad de inscribir su derecho en el RM para gozar la protección que tales preceptos le brindan. Ni tampoco será exigible que el derecho concretamente adquirido por el mismo se halle previamente inscrito a nombre del sujeto que lo transfiere. El registro se lleva por personas y no por bienes, por cuanto que éstos no se inscriben. Estimamos, pues, que el aludido tercero es toda persona que ha entrado en relación jurídica con alguno de los sujetos inscritos y que, confiado en lo que publica el RM, sobre él realiza un acto o contrato cualquiera afectan te a sus intereses, aunque éste, por las razones dichas, no sea inscribible"(22).

Personalmente, consideramos saludable e importante que el RRS haya "adaptado" el Principio de Fe Pública Registral al Registro de Sociedades, lo que permitirá proteger a aquellos que realizan actos no inscribibles con dicha clase de personas jurídicas (p. ej. un contrato de obra), a los efectos de que no sean perjudicados por causas de inexactitud registrar (entendida en sentido amplio como originada por la invalidez, ineficacia o error en lo publicitado). Sin embargo, no puede dejar de observarse que no existe a nivel legislativo (ni en la Ley General de Sociedades ni en el Código Civil u otra norma con jerarquía de ley) el precepto normativo que habría sido "reglamentado" por el Reglamento del Registro de Sociedades. Ello, en nuestro concepto, podría originar un cuestionamiento de su aplicación a nivel jurisdiccional, en la medida en que las causas de nulidad se encuentran establecidas por la Ley General de Sociedades y el Código Civil, siendo discutible que a nivel reglamentario puedan establecerse excepciones al efecto de "arrastré" de la declaración de nulidad de diversos actos inscritos, respecto a los celebrados sobre la base de los mismos. Esto, obviamente, correspondía a una reforma legislativa, que podría darse tanto a nivel del Código Civil como en la propia Ley General de Sociedades, en la que ya existen disposiciones que protegen a los terceros, pero solo respecto a determinados supuestos (nulidad del pacto social o del estatuto)(23).

Consecuentemente, este nuevo tercero societario se diferencia del previsto en el artículo 2014 del Código Civil en lo siguiente:

- a) El acto celebrado entre la sociedad y el tercero no requiere ser a título oneroso para merecer la protección de la fe pública registra!. Alternativa adoptada por el RRS que consideramos errónea, puesto que no guarda armonía con el principio general establecido por el Código Civil, que solo protege al tercero que actúa a título oneroso, sin que exista fundamento alguno para otorgarse mayor protección.
- b) El acto celebrado entre la sociedad y el tercero no requiere (por regla general) ser inscrito. Sin embargo, resulta evidente que cuando el mismo se refiera a la adquisición de un derecho sobre un bien inscrito en un registro de bienes (p.ej. compraventa de un inmueble o un vehículo automotor), el tercero adquirente

deberá proceder a su inscripción, a los efectos de acogerse al principio de fe pública registral regulado por el artículo 2014 del Código Civil.

Respecto a los demás elementos integrantes del principio de fe pública registral, sí resultan aplicables los demás requisitos antes mencionados referidos a la necesidad de la validez del acto celebrado por el tercero, la buena fe con que éste proceda y la falta de constancia de las causales de inexactitud en el registro.

Para presentar un ejemplo respecto a la aplicación práctica de este principio registral incorporado en el RRS, podríamos enunciar el caso de una sociedad que se obliga frente a un banco, como fiadora solidaria de una operación de endeudamiento otorgado a favor de una empresa vinculada a ella. El contrato es suscrito por el gerente general de la sociedad que otorga la fianza, cuyo nombramiento figura inscrito y vigente en el Registro de Sociedades. Posteriormente, se declara judicialmente la nulidad de la junta general de accionistas en la que fue designado el gerente general de dicha sociedad, por defectos existentes en su convocatoria. Ello, aplicando estrictas categorías de nulidad civil, implicaría que el gerente general que concertó dicha operación con la entidad bancaria, dado el efecto retroactivo de la declaración de nulidad, nunca hubiera tenido facultades para otorgar fianza en representación de la sociedad frente a la entidad del sistema financiero, por lo que, de no existir la protección al tercero registra! societario, la sociedad fiadora podría alegar que dicho acto jurídico no la obliga contra el banco. Bajo este supuesto, la entidad del sistema financiero podría ampararse en el hecho de que si bien el nombramiento del gerente general adolecía de causales de nulidad, dicho vicio no puede perjudicarlo, por haberse encontrado dicho nombramiento inscrito y vigente a la fecha de la celebración del contrato, amparándose en el principio de fe pública registral previsto en el artículo IV del Título Preliminar del RRS.

Sin embargo, en el mismo ejemplo a que se refiere el párrafo precedente, si es el contrato mismo (fianza solidaria) celebrado por el tercero (banco) con la sociedad, el que presentase una causal de nulidad, no resultaría aplicable la protección del principio registral bajo comentario, habida cuenta que no es el acto jurídico celebrado por el tercero que contrata con la sociedad el que debe encontrarse sujeto a hechos que determinen su invalidez o inexactitud, sino que más bien el acto celebrado por el tercero debe ser VÁLIDO mientras que los asientos registrales sobre la base de los cuales contrató el tercero son los que pueden presentar causas de inexactitud o invalidez.

Resulta innecesario referimos a las causas que pueden determinar la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución de los actos inscritos en la partida de la sociedad a partir de los cuales contrata el tercero, toda vez que la regulación de dichos supuestos se encuentra en la legislación sustantiva pertinente (civil, societaria, etc.) siendo más bien recogidos por nuestro sistema registral. Empero, quizás sea necesario precisar que dentro de la formulación de "nulidad", también debería considerarse comprendida la "falsedad" del título causal de la inscripción anterior a la del tercero, bien sea ésta total o parcial, incluyéndose, también, la suplantación de las partes contratantes. Asimismo, la privación de los efectos del

título precedente podría originarse en supuesto de nulidad del asiento (nulidad formal) prevista en el artículo 94 inciso c) del NRGRP o en un error en los asientos registrales (art. 90 del NRGRP). Al respecto, García García expresa que: "La tercera de las ideas-clave o ideas-fuerza del artículo 34, es la existencia de una inexactitud registral (...). Ahora bien, se trata de una inexactitud derivada solamente de "nulidad o resolución del título precedente al del tercero ('anule o resuelva' dice el arto 34 LH), a las cuales puede equiparse la inexactitud derivada de nulidad de la inscripción previa a la del tercero, por defectos de forma (arto 31 LH) o por errores de la misma (arto 220 LH), o a la falsedad del título previo al del tercero [(arto 40.d) LH]"(24).

Respecto al momento en que puede ser declarada la invalidez o ineficacia del título anterior al del tercero, algún autor nacional, tomando fundamentalmente los comentarios de Lacruz Berdejo respecto al artículo 34 de la LH, ha precisado lo siguiente: "Como puede apreciarse de una lectura detenida de la norma, la protección del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, se encuentra subordinada a que inscriba su derecho, AUNQUE DESPUÉS se anule, rescinda o resuelva el título del transferente. Pero, ¿qué ocurre si ANTES que el tercero inscriba, el título del transferente ya ha sido anulado? De una interpretación literal debemos concluir que en este último caso, el tercero no se encontrará garantizado por la fe pública registral, ya que el artículo 2014 solo protege cuando la nulidad (u otra causal que decreta la ineficacia del acto jurídico) ha sido posterior a la inscripción del tercero, y por ello utiliza los términos "aunque después" (...). Por otro lado, esta interpretación también permitiría sostener que el principio de fe pública registral no alcanza a las causales de nulidad absoluta ya que esta categoría radical de invalidez opera ipso jure, y la declaración judicial de nulidad solo tiene eficacia declarativa; por lo cual el tercer adquirente nunca podría invocar que la anulación se ha producido después"(25).

Dicha interpretación literal (que el mismo autor después intenta dejar atrás mediante una aplicación conjunta de otros principios registrales) sin dejar de ser interesante, no ha sido mantenida por el mismo Lacruz Berdejo, como apunta García García al indicar que: "Buena prueba de que el propio Lacruz no estaba convencido de su opinión, es que en la última edición de su Derecho Registra/Inmobiliario no solo ha prescindido de dar esas opiniones que vertía en la edición de 1968, sino que incluso cita una jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que en el artículo 34 se comprende no solo la anulabilidad sino también la nulidad absoluta"(26). En nuestra opinión, el adecuado sentido del término "después se anule, rescinda o resuelva" utilizado por nuestro Código Civil, se refiere no a la fecha en que se produce tal declaración (inclusive cuando legalmente opere de pleno derecho), sino al momento en que se inscribe tal circunstancia en el registro respectivo, pues solo lo que se encuentra inscrito perjudica al tercero (art. I del T.P. del NRGRP). La redacción del Principio de Fe Pública Registral prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del NRGRP y en el artículo IV del Título Preliminar del RRS prescinde de la utilización del término "después", precisamente a los efectos de evitar interpretaciones como la antes mencionada.

Un tema más difícil es el referido a la buena fe del tercero. Algunos autores (27) la dividen en buena fe "subjetiva" (desconocer la inexactitud del Registro) y buena fe objetiva ("que en el Registro no consten las causas de inexactitud"). En nuestro criterio, dicha división es artificiosa, pues la buena fe exigida al tercero no es más que una: la que deriva del desconocimiento de la inexactitud registral, siendo que la inexistencia registral de las causas de inexactitud, es solo un elemento que servirá como presunción juris tantum para aliviar la carga de la prueba respecto a la existencia de dicha buena fe. La buena fe que se exige al tercero no implica una verificación de la exactitud del contenido de las inscripciones, ni una creencia especial respecto a ella, sino, simplemente, el desconocimiento de las causas que motivan su inexactitud. De ello, siguiendo a García García (28), pueden establecerse las siguientes características de la buena fe exigida al tercero registral:

a) La buena fe, contrario sensu del párrafo segundo del artículo 2014 del Código Civil (equivalente al párrafo segundo del artículo 34 de la LH), es un estado de desconocimiento de la inexactitud del Registro y no el de una creencia.

b) La buena fe no exige más diligencia al adquirente, que la resultante del Registro. No pueden exigirse constataciones distintas de la verificación del contenido de los asientos registrales. Al respecto, debe tenerse en cuenta que al referirse a "asientos registrales", se alude a los que hay en todos los Registros Jurídicos existentes en nuestro Sistema Nacional.

c) La mala fe debe ser demostrada, pues el solo hecho de no constar las causas de inexactitud en el registro, determinará la aplicación de la presunción de buena fe a que se contrae el segundo párrafo del artículo 2014 del Código Civil. En este sentido expresa la Exposición de Motivos del C. C.: "El tipo de conocimiento que debe tener el adquirente de la inexactitud registral a efectos de señalar su mala fe, debe ser un conocimiento perfecto, directo, probado de un modo concluyente, por mérito de actos realizados por el mismo adquirente o de hechos que forzosamente deben ser conocidos por él, o dicho de otro modo, cuya ignorancia no es posible sustentar".

Finalmente, en relación con lo que propiamente debe entenderse respecto a que las "causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales", ésta viene a ser la más importante precisión que contiene tanto el artículo IV del Título Preliminar del RRS como el artículo VIII del Título Preliminar de NRGRP. Durante mucho tiempo se discutió si el contenido de los títulos archivados podía enervar la buena fe del tercero.

Al respecto, la Exposición Oficial de Motivos del Código Civil no era concluyente, limitándose a plantear el problema y a resumir las distintas posiciones existentes en los siguientes términos: "¿Este principio (fe pública registral) otorga su protección en relación a lo que aparece de los asientos de inscripción, o de lo que se expresa en los títulos que provocan dichos asientos? (...) La respuesta en cuestión la podemos ensayar en dos niveles. Primero, el jurisprudencial y segundo el puramente legalista. (...) La diferencia entre inscripción y asiento ha sido aceptada por parte de nuestra jurisprudencia cuando señala que "el tercero no es

amparado, porque la nulidad aparece de los mismos documentos que sirvieron para la inscripción" (ejecutoria del 7 de junio de 1917). (...) Dichas decisiones judiciales distinguen entre título y asiento y exigen para amparar al tercero y aplicar el principio de fe pública registral, que su adquisición provenga de títulos válidos pero además inscritos y no solo de asientos que no exhiban la causal de nulidad. (...) Cabe señalar, por otro lado, que limitar la aplicación del principio de fe pública registral al solo contenido del asiento, tendría lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos. Sucede, sin embargo, que tenemos acceso también a los libros, títulos archivados, índices y demás documentos, lo cual puede permitir que la publicidad y sus distintas manifestaciones puedan extenderse al concepto más general del término inscripción, esto es, a todo lo que tiene acogida en el Registro y no solo al término restringido del asiento (...). Concluyendo, parte de la jurisprudencia nos puede llevar a señalar que el principio de fe pública registral se extiende al título representado por el asiento y no solo al asiento mismo (...). Pero si intentamos una respuesta puramente legalista, tenemos que concluir que el Código Civil de 1984 al igual que el Código del 36, permite la vigencia del artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (29) y por lo tanto, aceptando lo ordenado por este artículo, bien puede concluirse que el principio se aplica respecto del contenido solo del asiento.(...) Creemos en todo caso que el problema está planteado, y que cualquiera que sea la decisión legislativa que se adopte deberá tener en cuenta el nivel de eficacia de los Registros Públicos y la necesidad y posibilidad de otorgar las garantías más amplias a quienes busquen su amparo".

La opción adoptada tanto por el RRS como por el NRGRP ha sido la de delimitar exclusivamente las causas de inexactitud, que pueden enervar la buena fe del tercero adquirente, al contenido de los "asientos registrales", descartando toda posibilidad de admitir el mismo valor respecto de los títulos archivados. Adicionalmente, debe expresarse que no hubiera sido admisible la validación de los datos de los títulos archivados en contra de la publicidad de los asientos de inscripción. En este contexto, refiriéndonos a la eficacia del título archivado frente al asiento de inscripción, consideramos que no admitir el valor solo complementario de los citados títulos hubiera implicado establecer un nuevo elemento de inseguridad jurídica, en cuanto cada interesado, sin importar la calificación ya efectuada por el registrador, debería efectuar su propia calificación de los títulos archivados para establecer si no existen vicios que pudieran afectar la seguridad de su adquisición.

La forma más frecuente en la que las causas de la inexactitud constarán en el Registro, será a través de las anotaciones preventivas (especialmente las de medidas cautelares de anotación de demanda), que desvirtuarán la presunción de inexactitud y validez del contenido de las inscripciones. En otros casos, la causal que determinaría la invalidez o ineficacia del contenido de las inscripciones, debe constar claramente de los mismos asientos registrales, para enervar la buena fe del tercero.

Concluimos los comentarios respecto a este importante principio registral incorporado a la actividad societaria, reiterando la necesidad de que el mismo sea consagrado mediante una norma con jerarquía de ley, en una próxima reforma de la Ley General de Sociedades. La importancia del mismo amerita que la protección al tercero societario sea verdaderamente efectiva y no se encuentre sujeta a cuestionamientos por el nivel de la norma que consagra la aplicación del Principio de Fe Pública Registral para el Registro de Sociedades. Téngase presente que existen normas en la Ley General de Sociedades respecto a validez de los actos celebrados por representantes para negocios u operaciones no comprendidas dentro del objeto social (art. 12 de la LGS) o en relación a la carencia de efectos, frente a terceros, de la sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o el estatuto (art. 37 de la LGS), que protegen la contratación del tercero en supuestos puntuales y de escasa incidencia, por lo que con mayor razón debería encontrarse en la citada Ley General el principio de fe pública registral societaria, cuya protección integral al tercero, p.ej., englobaría dentro de sus alcances a lo previsto en el citado artículo 37 de la LGS.

IX. FORMALIDAD DE LOS TITULOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE SOCIEDADES

El artículo 2010 del Código Civil establece el denominado principio de titulación auténtica o documentación pública, cuyo texto vigente (de acuerdo con la Segunda Disposición Final de la Ley NQ 26741), es el siguiente: "La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario". De acuerdo con la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil: "Dichos instrumentos son de tres tipos, dependiendo de la naturaleza de la función de quien los expida:

Instrumento público notarial, como los partes notariales.

Instrumento público judicial, como los partes judiciales y las copias certificadas de actuados judiciales.

Instrumento público administrativo, como las resoluciones administrativas con carácter de cosa juzgada, y las copias certificadas de las partidas de los registros del estado civil.

Cualquiera de estos instrumentos son los requeridos para la inscripción correspondiente, salvo disposición contraria, la misma que no tiene necesariamente que ser una ley, exigencia que sí contenía el Código derogado".

Entonces, este Principio de Titulación Auténtica no es diferente del que normalmente se ha denominado de Instrumentación Pública, como una clase de principio que constituye requisito de la extensión de los asientos de inscripción. El término "titulación auténtica" es frecuentemente utilizado por los comentaristas de la legislación hipotecaria española, habida cuenta que constituye la expresión empleada por el artículo 3 de la LH(30) Sin embargo, documento público o documento auténtico tienen el mismo significado registral, pues como acertadamente precisa Roca Sastre(31): "la única diferencia es que el primero alude más al origen o formalización pública y el segundo se refiere más al

resultado de hacer fe o autenticidad; pero, en el fondo, son conceptos análogos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros así lo entiende. No obstante, en el Código Civil e incluso en la ley de enjuiciamiento civil se emplea prevalentemente el concepto de documento público, el cual goza de más modernidad".

A este principio se refiere Manzano Solano, expresando que: "No basta, sin embargo, cualquier título o documento, sino que, además, ha de ser documento público y auténtico. Ésta sería la segunda nota básica del procedimiento registral en nuestro sistema: principio de documentación pública frente al principio de documentación privada. Es insuficiente, pues, que los documentos que contengan derechos inscribibles estén solamente suscritos por los interesados; precisa que en su creación haya intervenido una persona dotada por el Estado de facultades legales para conferirles carácter de públicos y auténticos"(32).

Sin embargo, este principio registral contempla la posibilidad, expresamente prevista en el artículo 2010 del C.C., que una disposición en contrario pueda permitir que las inscripciones se efectúen sobre la base de instrumentos privados. Estos supuestos excepcionales no tienen que emanar de disposición con jerarquía de ley, sino que inclusive puede tratarse de normas de rango inferior. En ese sentido, el artículo VI del Título Preliminar del RRS establece la siguiente redacción respecto a los títulos que dan mérito a la inscripción en el Registro de Sociedades: "La inscripción se efectuará en mérito de documento público, de resolución arbitral o de documento privado en los casos expresamente previstos. Pueden realizarse inscripciones en virtud de documentos otorgados en el extranjero siempre que contengan actos o derechos inscribibles conforme a ley peruana; se presentarán en idioma española traducidos a éste y legalizados, conforme a las normas sobre la materia".

Al respecto, partiendo de la definición que en sentido negativo contiene el artículo 236 del Código Procesal Civil, se considera instrumento privado a aquel que carece de las características de un documento público, precisando que la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público. Consecuente con ello, los instrumentos notariales extraprotocolares, como las actas y certificaciones previstas en los artículos 94 y 95 de la Ley del Notariado, **NO CONSTITUYEN PROPIAMENTE INSTRUMENTOS PÚBLICOS** para los efectos de la inscripción y el cumplimiento de la exigencia de titulación auténtica, aunque, de manera errónea, la Ley del Notariado denomine a su capítulo III de su Título II: "De los instrumentos públicos extraprotocolares".

Las copias certificadas de las actas de diversos acuerdos societarios, para los que no se encuentra establecida la formalidad de escritura pública, pueden inscribirse en virtud de las copias certificadas notarialmente del acta respectiva, tal como establece el artículo 46 de la LGS concordante con el artículo 6 del RRS. En este caso, la copia certificada tampoco constituye un instrumento público, en la medida en que el notario solo se limita, conforme al artículo 104 de la Ley del Notariado (33), a certificar la transcripción, pero no asume responsabilidad ni da fe del

contenido del libro o acta, ni de la firma, identidad, capacidad o representación de quienes aparecen suscribiendo el acta respectiva.

Cabe indicar que la transcripción podrá ser a través de cualquier medio, ya sea mecanografiado, impreso o fotocopiado, tal como reconoce expresamente el artículo 6 del RGS, que pone fin a algunas (erróneas) interpretaciones registrales en el sentido de que el término "transcripción" empleado por la Ley del Notariado descartaba el uso del fotocopiado, criterio éste absurdo, en la medida en que la transcripción no se configuraba porque la copia era producto de una nueva digitación de los datos, sino por su identidad con el acta original, que obviamente se encuentra aun más garantizada con el fotocopiado de la misma.

De esta manera, las inscripciones en el RRS se practicarán bien a través de instrumentos públicos (tales como la escritura pública, sentencia judicial o resolución administrativa) o en virtud de instrumentos privados como, principalmente, las copias certificadas notarialmente de las actas de los diversos órganos societarios, respecto a aquellos acuerdos para los cuales la normatividad vigente no exige el otorgamiento de escritura pública. Para citar algunos ejemplos en que la LGS exige expresamente el otorgamiento de escritura pública para la inscripción de dichos actos tenemos los siguientes: pacto social y el estatuto así como sus modificaciones (art. 5 de la LGS), aumento de capital (art. 201 de la LGS), reducción de capital (art. 215 de la LGS), transferencia de participaciones en la sociedad colectiva (art. 271 de la LGS), transferencia de participaciones en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 291 in fine de la LGS), usufructo y prenda de participaciones en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 292 de la LGS); exclusión de socio en la sociedad comercial de responsabilidad limitada (art. 293 de la LGS); emisión de obligaciones (art. 308 de la LGS), constitución de sindicato de obligacionistas (art. 318 de la LGS), transformación de sociedades (art. 336 de la LGS), fusión de sociedades (art. 357 de la LGS), escisión de sociedades (art. 381 de la LGS), entre otros. Para la presentación en el Registro de estos instrumentos públicos notariales, serán de aplicación las previsiones establecidas por la Sección Quinta de la Ley del Notariado (Decreto Ley N° 26002) que regula la expedición de los traslados de los mismos. Así, el artículo 82 de dicha ley establece que el notario podrá expedir testimonio, boleta y partes a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función.

Respecto a las inscripciones que se practican en virtud de instrumentos privados, entre otras tenemos: la reserva de preferencia registral (solicitud conforme al artículo 20 del RRS); nombramiento de administradores, liquidadores y demás representantes de sociedades y el otorgamiento de poderes de éstas, así como su revocación, renuncia, modificación o sustitución (copia certificada notarialmente de la parte pertinente del acta conforme al artículo 14 de la LGS), establecimiento y cancelación de sucursales (copia certificada notarialmente del acta de acuerdo con los artículos 398 y 402 de la LGS), acuerdo de disolución (copia certificada notarialmente del acta como exige el artículo 412 de la LGS) y de extinción (solicitud con firma legalizada de los liquidadores en aplicación conjunta del

artículo 421 de la LGS y el artículo 161 del RRS). Obviamente, si la sociedad así lo desea, dichos acuerdos también podrán constar en escritura pública, en la que se inserte la parte pertinente del acta que contenga el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente, tal como reconoce para el caso de nombramientos y poderes, el artículo 31 del RRS.

En cuanto atañe al segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del RRS, referido a la posibilidad de inscripción de documentos otorgados en el extranjero, dicha norma es concordante, teniendo similar formulación, con el primer párrafo del artículo II del NRGRP, conteniendo los siguientes elementos:

a) La necesidad de que los actos o derechos sean considerados inscribibles por la ley peruana, sin importar si la ley correspondiente al lugar de otorgamiento del documento establezca o no tal calidad.

b) La necesidad de que los documentos otorgados en el extranjero se encuentren traducidos a idioma castellano que cuenten con la legalización pertinente.

Cabe mencionar que cuando el citado artículo del RRS se refiere a "legalizaciones", no alude a legalizaciones notariales, sino a la certificación de las facultades con que actúan los diversos funcionarios que autentican o certifican los documentos otorgados en el extranjero. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 582 del Reglamento Consular, en el sentido de que "los documentos públicos extendidos en el extranjero, para surtir efectos en el Perú, deben estar legalizados por los funcionarios consulares". Concuero con ello, el artículo 584 del mismo Reglamento, que establece que la competencia para reconocer firmas corresponde al jefe de la Oficina o Sección Consular, respecto a aquellas de las autoridades oficiales de la jurisdicción consular; de los funcionarios extranjeros nombrados o acreditados en la localidad; de las autoridades judiciales y notarios de la sede consular cuando les sean conocidas; y de los particulares cuando son escritas en su presencia, previa verificación de los firmantes.

De este modo, p. ej., tratándose de una escritura extendida ante notario norteamericano, será normal que la firma del notario y la comprobación de la vigencia de sus facultades, sean certificadas por un funcionario de la Secretaría de Estado de los Estados Unidos. Luego, la firma del funcionario de la Secretaría de Estado es legalizada por el cónsul peruano; y, finalmente, la firma del cónsul peruano será legalizada por un funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, encargado de las legalizaciones de documentos provenientes del exterior. En otros supuestos, cuando la escritura sea extendida en el extranjero, ante cónsul peruano, solamente se requerirá la legalización de la firma del cónsul, por el funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Los supuestos pueden ser diversos, y diversos los funcionarios de los países extranjeros, dentro de su especial organización interna, que deberán certificar las firmas pertinentes y acreditar la vigencia de las facultades del notario que certifique el acto o contrato. Sin embargo, lo que permitirá establecer la legalidad

de la cadena de legalizaciones es la firma del cónsul del Perú en el país respectivo.

Respecto a la naturaleza inscribible de los actos, atendiendo a que no se pueden conceder derechos mayores a los actos o derechos extranjeros que a los formalizados en el territorio nacional, será exclusivamente la legislación peruana la que determinará la naturaleza de inscribible o no de los mismos, sin que para tal aspecto sea relevante si son inscribibles en el país donde se formalizaron. De modo tal, no podrá alegarse que según la ley del país extranjero el acto es inscribible, siendo únicamente aplicable la ley peruana que establece los actos y derechos inscribibles. En el caso del Registro de Sociedades, deberá verificarse que el acto se encuentre específicamente comprendido dentro de los establecidos en el artículo 3 de RRS.

X. REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD

El artículo 14 de la LGS establece que el nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, así como el otorgamiento de poderes por ésta, surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes. Dicha redacción legislativa no deja lugar a dudas de que no es la inscripción registral la que determina la existencia de la representación, no obstante lo cual, el segundo párrafo del mismo artículo 14 de la LGS establece que dichos actos deben ser materia de inscripción. Obviamente, si bien la inscripción de la representación aludida no es requisito para su ejercicio, la falta de registro de la misma impedirá que el tercero que contrata con el representante de la sociedad pueda encontrar protección en el principio de fe pública registral, entre otras consecuencias que se derivan de los efectos sustantivos de la inscripción registral.

Ahora bien, la inscripción de los actos mencionados en el párrafo precedente deberá efectuarse exclusivamente en la partida registral de la sociedad o su sucursal, tal como establece el artículo 32 del RRS, que expresamente contiene la prohibición de su inscripción en oficinas registrales diferentes. No es aplicable, por tanto, la norma establecida en el artículo 2037 del Código Civil referida a mandatos o poderes para la representación de personas naturales, respecto a los cuales sí se exige la inscripción en el lugar "donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación". Consecuentemente, si la sociedad se constituyó e inscribió en el Registro de Sociedades de Lima, no será necesaria la inscripción de sus representantes en ningún Registro de Sociedades de otra Oficina Registral, aunque dicha representación tenga que ser ejercida en localidad diferente, p. ej, para inscribir una compraventa celebrada por un representante de la sociedad, respecto a un inmueble ubicado en Cajamarca. Sobre este aspecto, se ha expedido la Directiva N° 0082001-SUNARP/SN, aprobada por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 255-2001-SUNARP/SN de 10 de octubre del 2001, en la que se precisa que cuando se solicite la inscripción de un acto en el que interviene una persona jurídica inscrita en una Oficina Registral distinta, cuyo órgano o representante se basa en un poder

inscrito en la partida de la persona jurídica, el Registrador verificará los alcances del poder y su vigencia, teniendo en cuenta aquella partida. Consecuentemente, el solicitante deberá presentar un certificado de vigencia de poder expedido por la Oficina Registral donde se encuentra inscrita la sociedad, sin exigir ninguna inscripción adicional. Ello, obviamente, hasta que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos culmine el proceso de interconexión entre sus Oficinas Registrales, concluido el cual el Registrador tendrá acceso directo, mediante conexión informática, a todas las partidas existentes en cualquier Oficina Registral.

Comentario especial merece la lamentable falta de disposiciones en el RRS que consagren la representación orgánica en materia societaria. Uría(34) pone de manifiesto la importación de los órganos de administración cuando expresa que: "la sociedad anónima, para su vida de relación interna y externa, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros. El órgano de administración es necesario y permanente: necesario, tanto para constituir la sociedad como para su ulterior funcionamiento (...). Y, permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines sociales; que no puede sufrir solución de continuidad. En el mismo sentido se pronuncia Ruíz de Velazco (35), cuando señala que: "el órgano de administración es el centro alrededor del cual gira toda la actividad de la sociedad anónima".

Los órganos de administración de una sociedad no ejercen una representación especial, limitada textualmente a los alcances de una ritual literalidad. Así, es importante tener en cuenta lo expresado por Espinoza (36) cuando señala que: "Se debe distinguir, como ya señaláramos en otra sede, la representación orgánica que corresponde a los directivos de la persona jurídica y en la cual los poderes se confieren al cargo (u órgano), por ejemplo, al gerente, al director o al presidente del consejo directivo, de la representación voluntaria, en la cual se confiere el poder a una persona, independientemente de su relación con dicha persona jurídica".

Un supuesto típico donde se aprecia la diferencia entre la representación voluntaria y la representación orgánica es el referido a los actos de disposición y gravamen de los bienes de la sociedad anónima. Como es sabido, conforme al artículo 172 de la Ley General de Sociedades, el directorio de las Sociedades Anónimas tiene las "facultades de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general". ¿Ello es suficiente para que el directorio, sin que conste expresamente dicha facultad en los estatutos sociales y sin autorización de la junta general de accionistas, pueda efectuar actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad?

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Registral de Lima y Callao postularon una interpretación de las facultades del directorio sobre la base de la (incorrecta) aplicación supletoria de los artículos 156 y 167 del Código Civil (37). Así, en la Resolución N° 080-96-0RLC/TR de 01-03-96 se consideró que:

a) Si bien el estatuto reconocía al directorio la facultad de celebrar todo tipo de contratos, esa generalidad "contradice el mandato de especificidad contenido en los artículos 156 y 167 del Código Civil".

b) Es necesario que los estatutos reconozcan expresamente al directorio la facultad de disposición de los bienes sociales.

Estas afirmaciones eran obviamente inexactas, puesto que las facultades del Directorio no emanan de una representación orgánica, en la que la persona jurídica no es un incapaz (sujeto a representantes legales), sino que expresa su voluntad a través de sus órganos, en el marco de las facultades legales y estatutarias para ellos establecidas. Por el contrario, en el caso del Directorio, tanto la derogada como la vigente Ley General de Sociedades le reconocen las más amplias facultades, pues es el órgano de gestión y representación permanente de la sociedad anónima, siendo más bien que solo debería encontrarse fuera de su competencia, aquello expresamente reservado por la ley o el estatuto, a la junta general de accionistas.

Lamentablemente, la existencia de esta resolución originó la errónea exigencia de las instancias de calificación registral, en el sentido de que los poderes de disposición y gravamen del Directorio debían constar de manera literal, expresa e indubitable en el estatuto social, no admitiéndose su existencia en vía de interpretación del artículo 172 de la LGS.

Un segundo enfoque, más cercano a la adecuada calificación de las facultades de gravamen y disposición del Directorio, se encuentra plasmado en la Resolución N° 481-98-ORLC/TR de 30 de diciembre de 1998, en la que se desecha la aplicación supletoria del Código Civil, postulando, más bien, que la interpretación del artículo 172 de la LGS permite concluir que el Directorio, si bien tiene facultades de gestión y representación legal necesarias para la administración de la sociedad, solo puede ejercer las mismas dentro del objeto social estatutariamente establecido. Bajo esta línea interpretativa, el Directorio de una Sociedad Anónima dedicada a la actividad inmobiliaria, sí tendría facultades de disposición y gravamen de bienes inmuebles (por estar comprendidas estas actividades en su objeto social), pero carecería de las mismas facultades para la disposición o gravamen de sus vehículos automotores, en la medida en que la compraventa de los mismos no se encuentra considerada dentro de su objeto social.

Es relevante lo vertido en el octavo considerando de dicha resolución, pues si bien en los considerandos precedentes se efectúa una correcta interpretación de las amplias facultades con que cuenta el Directorio, dejando atrás la cómoda exigencia de literalidad expresa, se concluye inexactamente en una afirmación limitativa de sus facultades al afirmar que: "si bien el Directorio podría adoptar decisiones referidas a actos de administración de carácter extraordinario, con las salvedades establecidas en la ley y el estatuto, también es cierto que tales facultades no pueden adquirir carácter ordinario, como si fueran parte del objeto social, dado que implicarían una modificación de éste sin guardar las formalidades

legales; en este sentido, no resulta factible que el Directorio de Santander Sociedad Agente de Bolsa incluya dentro de su régimen de poderes que otorga a sus directores y terceros, actos de disposición y gravamen con carácter ordinario y sin especificación alguna de las limitaciones legales".

Como puede apreciarse, esta resolución constituye un avance respecto al criterio anterior, pero omite considerar el hecho de que el objeto social de una sociedad, conforme al artículo 11 de la LGS, comprende también los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social. Así, una empresa dedicada a la actividad inmobiliaria, para los efectos de la construcción de inmuebles, requiere adquirir y obviamente renovar (vía venta y nueva adquisición) vehículos como camiones, volquetes, camionetas, etc., siendo actos que, si bien no se encuentran comprendidos dentro de su objeto social, coadyuvan a su realización. En sentido contrario, es evidente que una sociedad dedicada a la compraventa de vehículos, requiere para la realización de sus actividades un local administrativo y diversos inmuebles para la exhibición y comercialización de las unidades inmobiliarias, lo que, no siendo su objeto social, permite realizarlo. Para el Tribunal Registral, cualquier actividad que no se encontrase evidentemente enunciada en su objeto social, no podía ser complementaria a la realización del mismo, lo que limitaba de manera innecesaria e ilógica el ámbito de las facultades de disposición y gravamen del directorio.

Afortunadamente, en reciente jurisprudencia de observancia obligatoria, constituida por la Resolución del Tribunal NQ 240-2001-0RLC/TR de 18 de enero del 2002 (publicada en el Diario Oficial El Peruano edición del 4 de febrero del 2002) se arriba a la siguiente conclusión: "Excepto los asuntos que la ley o el estatuto atribuyen a la junta general u otro órgano o excluyan de la competencia del directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos de administración y disposición".

Como puede verse, tal afirmación nos lleva a las siguientes consecuencias prácticas:

a) No es necesario que en el estatuto se faculte expresamente al directorio para efectuar actos de disposición o gravamen. Basta que no se reserve dicha facultad a la junta general, para los efectos que el directorio pueda realizar tales actos.

b) Las facultades del directorio, para actos de disposición o gravamen, no se encuentran limitadas a aquellas operaciones y actividades expresamente comprendidas dentro del objeto social. En tal sentido, bastará al registrador que el directorio considere que el otorgamiento de facultades de disposición o gravamen, coadyuve a la realización de los fines de la sociedad anónima, para los efectos que puedan ejercer dichos actos u otorgar poderes a otros órganos societarios o inclusive a terceros. La evaluación de dicha conexión o complementariedad con el objeto social (art. 11 de la LGS) no corresponde al registrador sino al mismo directorio, por lo que no puede ser materia de calificación registral.

c) Obviamente, el directorio no tendrá facultades para los actos de disposición o gravamen que legalmente son atribuidos a la junta general. Así, por ejemplo, los supuestos previstos en los artículos 77 y 115 inciso 5) de la LGS, referidos a las adquisiciones a título oneroso de bienes cuyo importe exceda el 10% del capital pagado, efectuadas dentro de los seis meses de la constitución de la sociedad; o, a la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad. En estos casos, la LGS exige la aprobación o el acuerdo de la junta general de accionistas, por lo que, en principio, el directorio carece de facultades para su ejercicio u otorgamiento a terceros.

d) A diferencia del directorio, si bien el gerente no requiere facultades específicas respecto a los actos de disposición o gravamen, éste sí debe restringir dichas facultades a los actos o contratos ordinarios correspondientes al objeto social. Vale decir, que para evaluar las facultades del gerente, dado que solo está autorizado para "celebrar y ejecutar los contratos ordinarios correspondientes al objeto social", conforme al artículo 188 de la LGS, sí será necesario revisar que los actos de disposición o gravamen que efectúe, se encuentren expresamente comprendidos dentro de las operaciones o negocios lícitos descritos detalladamente en el objeto social.

e) Consecuentemente, los registradores, en la calificación de los títulos en los que se evalúe el alcance de las facultades de disposición o gravamen del directorio, **NO DEBERÁN EXIGIR QUE ELLAS CONSTEN EXPRESAMENTE EN EL ESTATUTO NI MENOS QUE SEAN VINCULADAS CON EL OBJETO SOCIAL.**

Son interesantes los argumentos vertidos por el Tribunal Registral para sustentar la modificación del criterio interpretativo que es objeto de comentario, siendo importante la distinción que se efectúa entre el término "administración de la sociedad" con "actos de administración". En una sociedad anónima, la administración de la misma es efectuada (con distintas competencias y amplitud de facultades), por la junta general de accionistas, el directorio y el gerente general. Esta administración de la sociedad no se encuentra limitada a los denominados "actos de administración", sino que incluye los "actos de disposición", con distintos niveles. En tal sentido, salvo disposición legal o estatutaria en contrario, la administración de la sociedad atribuida al directorio comprende las facultades de administración o disposición de los bienes de la sociedad anónima. Concordamos con dicha distinción, que abandona la errónea asimilación terminológica de los actos de administración civil, con la "administración societaria", que debe interpretarse con el sentido orgánico que es coherente con la existencia y el desarrollo mismo de la sociedad.

Por todo ello, es sumamente desafortunada la redacción del artículo 33 del RRS que exige que en los asientos de inscripción deban consignarse las facultades que importen actos de disposición o gravamen, así como las condiciones de su ejercicio, siempre que consten en el título y tal como están expresadas en él. Una norma de esta clase, además de innecesaria, vuelve a acercarnos a la falsa idea

de la necesidad de que dicho tipo de facultades conste literal, expresa e indubitadamente en los títulos que dan lugar a la inscripción respectiva, lo que si bien podría aplicarse a las representaciones especiales no es compatible con la naturaleza de la representación orgánica, tal como ha reconocido la jurisprudencia registral. Cualquier clase de "enumeración" respecto a facultades de representación orgánica no solo es irrelevante sino perjudicial, pues como señala Pau Pedrón(38): "No tiene relevancia que el acto concreto cuya naturaleza se discute (si es o no neutro) figure entre las facultades de los administradores; porque, como advierte la R. Cit. de 1990, 'la enumeración de las facultades en la escritura resulta de todo punto innecesaria, toda vez que no añade nada. Si las actividades están cubiertas por el objeto social [por el fin común podría leerse], el apoderamiento [la resolución emplea este término en sentido amplio, porque se trataba de un administrador] para realizar tales actividades con independencia de su consignación [...]. El Reglamento del Registro Mercantil del 19 de julio de 1996 ha acogido esta doctrina, aunque con cierta timidez, disponiendo en sus artículos 124, 4 Y 185, 6 que 'No podrá inscribirse en el Registro Mercantil la enumeración de las facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos'. El nuevo Reglamento debería haber ido más allá, y haber prohibido incluso que las facultades se enumerasen en los estatutos". En este sentido, esperamos que el referido artículo 33 del RRS sea derogado en una próxima reforma de dicha reglamentación, sustituyéndolo más bien por disposiciones que regulen de manera específica la representación orgánica, recogiendo las recientes tendencias jurisprudenciales antes comentadas.

(1) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano". Editorial Normas Legales SACo Trujillo - Perú. Edición 2001. Págs. 20-21.

(2) RUIZ DE VELASCO, Adolfo. "Manual de Derecho Mercantil". Ediciones Deusto S.A. Bilbao - España, 1992. Pág. 137.

(3) BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Editorial Tecnos S.A. Décima Edición. Madrid-España, 1994. Pág. 170.

(4) VÁSQUEZ BOTE, E. "Seguridad y certeza en las relaciones jurídicas inmobiliarias". En: Revista Notarial Argentina. N9862. Pág. 903.

(5) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. "Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registrar". Universidad de Deusto. Bilbao, 1982. Pág. 13.

(6) Citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. "Elementos de Derecho Civil 111: Derecho Registrallnmobiliario". José María Bosch Editor. 2ª edición refundida. Barcelona, 1984. Reimpresión 1991. Pág. 12.

(7) BERND SHCAFER, Hans y OTT, Claus. "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil". Editorial Tecnos. Madrid, 1986. Pág. 332.

(8) ESTURILLO IÓPEZ, Antonio. "Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación Mercantil Societaria". Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992. Pág. 40.

(9) PAU PEDRÓN, Antonio. 'Curso de Práctica Registral'. Universidad de Comillas. Madrid, 1995. Pág. 186.

(10) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "Nuevo Reglamento de Registro de Sociedades". En: Legal Express.

- Publicación mensual de Gaceta Jurídica S.A. Año 1. N° 8. Agosto del 2001. Pág. 3.
- (11) GONZALEZ BARRÓN, Gunther. "Tratado de Derecho Registral Mercantil - Registro de Sociedades". Jurista Editores. Lima, Perú, 2001. Págs. 38-39. ..
- (12) Permitasenos remitimos a lo vertido en nuestra obra "Comentarios al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos". Gaceta Jurídica S.A. 1ª edición. Lima, Perú, 2002. Pág. 669.
- (13) PAU PEDRÓN, Antonio. Op. cil. Pág. 186.
- (14) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Derecho Comercial - Temas Societarios". Tomo 111. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. 1ª edición. Lima - Perú, 2000. Pág. 164.
- (15) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario". Editorial Civitas SA Tomo 1. Madrid, 1988. Pág. 534.
- (16) GONZALES LOLI, Jorge Luis. "Comentarios al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos \ Gaceta Jurídica SA 1ª edición. Lima - Perú, 2002.
- (17) Artículo 1045 del Código Civil de 1936.
"Ninguna inscripción, salvo la primera de dominio, se hará sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana la transmisión o gravamen",
- (18) GUEVARA MANRIQUE, Rubén. "Derecho Registral", Ediciones FECAT. 4ª edición. Lima, 1990. Pág. 54.
- (19) ROCA SASTRE, Ramón y ROCA SASTRE MUNCUNIL, Luis. "Derecho Hipotecario", 8ª edición. Casa Editorial Bosch. Tomo 11. Barcelona, 1996. Pág. 87,
- (20) ESTURILLO LÓPEZ, Antonio. "Estudio sobre la legislación sobre el Registro Mercantil - Práctica de la Legislación Mercantil Societaria". Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992. Págs. 307, 316-317.
- (21) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario". Editorial Civitas SA Tomo 1. Madrid, 1988. Pág. 552.
- (22) ESTURILLO LÓPEZ. Antonio. Op. cil. Págs. 274-275.
- (23) Artículo 37 de la LGS .- Terceros de buena fe
"La sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o del estatuto no surte efectos frente a los terceros de buena fe".
- (24) GARCÍA GARCÍA, José Luis. "Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario". Editorial Civitas S.A. Tomo 11. Madrid, 1993. Pág. 236.
- (25) GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther Hernán. "8 Principio de Fe Pública Registral: Una necesaria aclaración". En: Temas de Derecho Registral. Ediciones Legales. 1ª edición. Setiembre - 2000. Págs. 138, 140.
- (26) , GARCÍA GARCÍA. Op. cil. Tomo 11. Págs. 232-233.
- (27) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIROS, Carlos. "Exégesis del Código Civil Peruano de 1984". Tomo X. Registros Públicos. Gaceta Jurídica. 1ª edición. Lima, 2001. Págs. 146-148.
- (28) GARCÍA GARCÍA. Op. cit. Tomo 11. Págs. 299 y ss.
- (29) Se refiere al derogado Reglamento General de los Registros Públicos de 1968.
- (30) Artículo 3 de la Ley Hipotecaria Española

"Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos." (El resaltado es nuestro).

(31) Citado por ESTURILLO LÓPEZ, Antonio. "Estudio de la Legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de Legislación Mercantil Societaria". Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992. Pág. 202.

(32) MANZANO SOLANO, Antonio. "Derecho Registral Inmobiliario: Para iniciación y uso de universitarios".

Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1992. Vol. 11. Pág. 439.

(33) Artículo 104 de la Ley del Notariado.- El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción

literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido.

(36.) URÍA, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Vigésimoprimera edición.

Madrid. 1994. Págs. 337-338. (35) Ruíz DE VELAZCO, Adolfo. Op. cit. Pág. 288.

(36) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de las Personas". Editorial Huallaga. 3ª edición. Lima. Perú, octubre, 2001. Págs. 423-424.

(37) Artículo 156 del Código Civil.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes. se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Artículo 167 del Código Civil.- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1.- Disponer de ellos o gravarlos (...)

(38) PAU PEDRÓN, Antonio. "La capacidad en los negocios sobre inmuebles". Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. Págs. 64-65.

LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO
Javier GARCIA LOCATELLI

I. GENERALIDADES

Según refiere Verón(1). la organización de la sociedad anónima se relaciona con el modo en que ésta se manifiesta en la vida jurídica. Es por ello que la junta general de accionistas, como órgano de la sociedad anónima, resulta indispensable para la realización de su objeto social, y la disposición de derechos y adquisición de obligaciones que tengan que ver con los fines establecidos en el pacto social y estatuto.

Así pues, la junta general de accionistas debe establecer las directrices de la política económica y de la actividad jurídica de la empresa, pero no del gobierno de la sociedad, en vista de que no ejerce funciones ejecutivas de forma permanente. No obstante lo expuesto anteriormente, no se puede desconocer el carácter fundamental de la junta general de accionistas en el desempeño y desarrollo del objeto social, y sus plenas facultades y atribuciones en ese sentido, constituyendo así el órgano supremo de toda sociedad anónima.

Sobre el particular resulta oportuno citar lo expuesto por Joaquín Garrigues(2) en su tratado de Derecho Mercantil, respecto del funcionamiento de las sociedades. En efecto, el referido tratadista plantea una distinción entre los órganos de representación, a los cuales confía la ejecución de los negocios en curso; los órganos de vigilancia, encargados de examinar la gestión de los primeros; y los órganos deliberantes, en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social, a la que están sometidos los demás órganos, los cuales dependen, en su nombramiento, actuación y revocación de este órgano soberano en la vida interna de la sociedad.

Obviamente, entre estos últimos se encuentra la junta general de accionistas, en vista de que su participación en la marcha de la sociedad es obligatoria y se encuentra prevista específicamente en la Ley General de Sociedades, a efectos de que cuando menos una vez al año se reúna para discutir sobre la gestión social del último ejercicio.

Sin embargo, la participación de las juntas generales en la adopción de decisiones trascendentales de sociedades anónimas se ve reducida en compañías de accionariado difundido como las sociedades anónimas abiertas, en las que ostenta gran poder el Directorio, como encargado de su administración. Un fenómeno totalmente opuesto se observa en la marcha de las sociedades anónimas cerradas de carácter familiar, o en aquellas que resaltan el carácter personalista y el vínculo

que mantienen los accionistas, en cuyos casos éstos comúnmente participan en la gestión.

II. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

1. Concepto y características esenciales

Según manifestáramos anteriormente, la junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad, y se encuentra conformada por los titulares de acciones representativas del capital social, ya sean personas naturales o jurídicas, en cuyo seno se tratan, deliberan y resuelven aquellos asuntos que señala la ley o que se establecen en el estatuto.

Como bien refiere Carlos Gago, Luis Marío Gonzales y José Alberto de Lía(3), no toda reunión de accionistas constituye una asamblea, debiendo entenderse que para que ella exista, debe haber sido convocada conforme a ley, ya los estatutos, para resolver las cuestiones previstas por éstos o los asuntos indicados en la agenda.

En su calidad de autoridad jerárquica suprema, aprueba o desaprueba la gestión social, elige a los integrantes del directorio, acuerda el destino a darse a las utilidades y resuelve aquellos otros asuntos de trascendencia para la sociedad.

Atendiendo a lo expuesto por Angel Rojo (4), ya la naturaleza jurídica de la sociedad anónima, y específicamente a la de sus órganos, al constituir la junta general de accionistas un órgano supremo e indispensable para la marcha de la sociedad, pero no permanente ni ejecutivo, requiere de otros órganos para aplicar e implementar sus decisiones, por lo que se debe distinguir su rol, del desempeñado por los demás representantes de la sociedad, quienes por efecto de la ley o la voluntad de la representada, suplen la limitación de la capacidad para obrar de éstas.

Cabe señalar que el derecho comparado contempla sin excepción al órgano bajo comentario, como base de toda sociedad anónima; diferenciándose únicamente el vocablo utilizado por sus legislaciones. En países de lengua francesa, italiana y portuguesa y algunos hispanoamericanos se le denomina "asamblea general", pero en España y otros países de lengua castellana se denomina "junta general", nombrándose por su parte, "meeting": en países como Inglaterra y Estados Unidos, regulados por el Common Law.

Conforme lo dispone el artículo 111 de la LGS, por ser un órgano colegiado, los accionistas constituidos en junta general, debidamente convocada y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece la ley, los asuntos propios de su competencia. Por ser una sociedad de estructura capitalista, cada acción da derecho a un voto, tomándose los acuerdos por mayoría de votos, y una vez adoptados éstos, son obligatorios por cuanto configuran la voluntad social,

sometiendo inclusive a los disidentes ya los que no hubieren participado en la reunión.

En cuanto a las principales características esenciales de la junta general de accionistas, se entiende que la misma constituye un órgano necesario para la existencia de la sociedad, que se reunirá cuando la ley o el estatuto así lo requieran, cuando la convoque el directorio o cuando de manera convencional, accedan a hacerlo mediante la instalación de una junta general universal.

Al haber aceptado como premisa que la junta general de accionistas constituye un órgano de la sociedad anónima, debemos tomar en cuenta las consecuencias derivadas de tal condición, desarrolladas por Víctor Verón (5), según lo detallado a continuación(6):

- a) El sujeto titular de los derechos y obligaciones es la sociedad y no la junta, por lo tanto, la capacidad de obrar compete a la sociedad misma.
- b) Mientras los contratantes responden con todo su patrimonio por las obligaciones asumidas en cualquier contrato(7), el voto emitido en la Junta no obliga a las accionistas personalmente, ya que obran como órgano social.
- c) La voluntad social la define el órgano y no los accionistas individualmente considerados, lo que implica que incluso si los accionistas que no concurren a la junta o los disidentes, son más en número y en representación de acciones que los órganos que concurren, queda como voluntad social la que resulte de lo votado y decidido por estos últimos.
- d) Sea cual fuere el número de accionistas que votaron en la decisión aprobada por la junta, otra reunión puede dejarla sin efecto, sin que para ello sea preciso que concurren aquellos mismos accionistas ni que se repitan el mismo quórum y mayoría.
- e) Constituida la junta con el quórum legal o estatutario requerido, los accionistas ausentes no cuentan, ya que es el órgano el que actúa.
- f) En cuanto órgano, opera exclusivamente con efectos internos, en el sentido de carecer de facultades de representación hacia el exterior, y sus decisiones se ejecutan normalmente a través de los administradores.
- g) Las decisiones de la junta en cuanto órgano son supremas en sí mismas, ya que no necesitan de la aprobación o confirmación por otro órgano social para que surjan en plenitud sus efectos.
- h) La junta como órgano es independiente de la administración, ya que puede funcionar válidamente incluso si aquélla transitoriamente no existe, en tanto que no es concebible una sociedad anónima sin accionistas, y por lo tanto, sin posibilidad de celebrar juntas.
- i) Limitación del poder de las juntas. La junta encuentra en el ejercicio de sus funciones, limitaciones tales como la obligación de observar las normas imperativas y respetar aquellas establecidas en protección de terceros y de accionistas, no cuenta con poderes omnímodos, ya que su poder se restringe también por leyes imperativas de orden público, por las buenas costumbres y, en su caso, por el estatuto social, es decir, que a menos que se trate de

modificaciones del acto constitutivo, no debe excederse de la natural competencia fijada por la ley, el acto constitutivo y el estatuto social.

j) Se requiere para la validez de las juntas, de capacidad genérica y específica, consentimiento no viciado de los participantes, por error, violencia, dolo, decisión inspirada por el interés social, causa lícita, convocatoria regular, reunión, deliberación, votación y acta.

2. Clases de juntas

La actual Ley General de Sociedades ha eliminado la distinción tradicional entre junta general ordinaria y extraordinaria que había prevalecido en nuestra legislación desde la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 del año 1966.

Al efecto, la Comisión Redactora que tuvo a su cargo la elaboración del proyecto de ley, consideró necesaria la eliminación de esa distinción, dado que ella estaba fundamentalmente referida a la época en que se realizaba la junta general ordinaria, es decir, al final del ejercicio, o en aquellas otras oportunidades que estuviesen previstas en el estatuto; en cambio, la junta extraordinaria era aquella que se realizaba en cualquier época del año, sea por iniciativa del directorio, o por solicitud de un grupo de accionistas que representase, cuando menos, el 20% del capital pagado.

Considerando que ambas son en el fondo una misma institución, que requiere de la participación de los mismos miembros, la nueva legislación se refiere únicamente a la junta general de accionistas, contemplando una única excepción en el artículo 114, que alude a la realización de la llamada junta obligatoria anual. Como se sabe, ésta es la que se realiza una vez al año con motivo del cierre del ejercicio económico, a efectos de que se delibere sobre la gestión social, el balance, y los resultados económicos expresados en los estados financieros del ejercicio anterior, la distribución de utilidades, si las hubiere, la elección del directorio y la retribución a otorgarse a sus miembros, la designación de los auditores externos y cualquier otro asunto que le sea propio o que se haya consignado en la convocatoria, pero que en nada difiere de la naturaleza jurídica de las demás juntas generales.

Asimismo, debemos precisar que el estatuto puede prever la realización obligatoria de otras juntas generales de accionistas, que tendrán esa misma exigibilidad, al haber otorgado esta licencia el artículo 113 de la ley.

Es por ello que, según lo expuesto, el solo hecho que la referida reunión deba realizarse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, no resulta relevante ni justifica la creación de categorías jurídicas distintas en la institución estudiada.

Ahora bien, de otro lado, los otros asuntos que la anterior ley sometía a la decisión de la junta general extraordinaria, están ahora considerados como de competencia

de cualquier junta general de accionistas válidamente instalada, al haberse eliminado la distinción entre las juntas ordinarias y extraordinarias, correspondiendo al órgano supremo societario pronunciarse, en la oportunidad en que se le hubiere convocado, sobre la remoción de los directores, la modificación del estatuto, el aumento o reducción del capital, la emisión de obligaciones, la realización de investigaciones y auditorías especiales, la transformación, la fusión, escisión, reorganización, y disolución y liquidación de la sociedad, etc.

3. Convocatoria

Por no ser la junta general un órgano permanente, los accionistas deben ser convocados a una sesión de junta general a través de un aviso en el cual se especifiquen el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar, pudiendo constar asimismo en el aviso, el lugar, día y hora en los que si así procediera, se reunirá la junta en segunda convocatoria. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 de la ley, entre la primera y segunda reunión deben mediar no menos de tres ni más de diez días.

Lo normal es que la convocatoria se haga por iniciativa del directorio en razón a que este último órgano social tiene a su cargo la administración y gestión de la sociedad y por tanto conoce de cerca la problemática de la misma, lo que le permite identificar los problemas que se susciten y, en los casos en que se necesite, por el nivel de competencia, requerir de una decisión de la junta general para lo cual hace la convocatoria respectiva.

No obstante lo expuesto, el artículo 117 de la LGS establece que también es posible que uno o más accionistas que representen no menos del 20% de las acciones suscritas con derecho a voto, soliciten notarialmente la celebración de la junta general, en cuyo caso el directorio debe publicar el aviso de la convocatoria dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la solicitud, el que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar, debiendo celebrarse la junta dentro del plazo de 15 días de la fecha de publicación de la convocatoria.

Si fuere el caso que la mencionada solicitud fuese denegada, o transcurriesen más de 15 días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso. En el caso de que el juez ampare la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá, y el notario que dará fe de los acuerdos.

También prevé la ley una convocatoria judicial a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, en los casos en que la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto, no se convoquen dentro del plazo y para sus fines, o en ellas no se traten los asuntos que correspondan, en cuyo caso será convocada por el juez del domicilio social, por el proceso no contencioso.

4. Forma y plazos

Tratándose de junta obligatoria anual, el aviso de convocatoria debe ser publicado con una anticipación no menor de 10 (diez) días al de la fecha fijada para su celebración; y en los demás casos, la anticipación de la publicación será no menor de tres días. Adviértase al respecto que para ciertos casos específicos como el acuerdo de fusión o escisión, la anticipación de la publicación es de diez días.

5. Junta universal y especial

Se entiende por junta universal aquella en la cual están presentes accionistas o personas que representan la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se propongan tratar, en cuyo caso, la junta general se entiende convocada y válidamente constituida sin necesidad de convocatoria previa.

De otro lado, se entiende por junta especial aquella que se celebra con la participación de accionistas titulares de una clase determinada de acciones, cuando puedan preverse futuros acuerdos de la junta general que puedan afectar los derechos particulares de dicha clase de acciones. Para estos casos, la junta especial será como una junta previa, en la que participarán únicamente los titulares de acciones de la clase afectada, para adoptar la posición que llevarán a la junta general, aplicándose las reglas generales que rigen para el órgano supremo de la sociedad sobre convocatoria, quórum y acuerdos.

6. Sesiones

a. Derecho de concurrencia y representación Tienen derecho a concurrir a la junta, los titulares de acciones con derecho a voto que figuren inscritas a su nombre, en la matrícula de acciones con una anticipación no menor de dos días al de la celebración de la junta general. En el caso de una sociedad anónima abierta, conforme al artículo 256 de la ley, la anticipación con que deben estar inscritas las acciones es de 10 días.

Ahora bien, no es obligatoria la asistencia a junta general, razón por la cual, conforme al artículo 122, cualquier accionista con derecho a participar en ella, puede hacerse representar por otra persona, pudiendo el estatuto limitar esta facultad, reservando la representación a favor de otro accionista, o de un director o gerente.

Este artículo precisamente le permite a las sociedades familiares impedir que terceros no accionistas conozcan el manejo interno de la sociedad.

En cuanto a la formalidad de la representación, ésta debe constar por escrito y con carácter especial para cada junta general, siendo suficiente una carta poder simple. Es posible también que los poderes se otorguen de manera permanente por escritura pública.

En cualquier caso, los poderes deben ser presentados ante la sociedad con una anticipación no menor de 24 horas a la hora fijada a la celebración de la junta general.

Asimismo la representación ante la junta general es revocable en el sentido de que la asistencia personal a la junta, del accionista representado, producirá la revocación del poder conferido tratándose de poder simple, y dejará en suspenso el otorgado por escritura pública, salvo tratándose de poderes irrevocables.

b. Lista de asistentes

Con la nueva ley, toda sesión de junta general debe ser debidamente planificada de forma tal que se sepa con antelación quiénes son las personas que asistirán físicamente a la misma. Al efecto, el artículo 123 señala que antes de la instalación de una junta general, se debe elaborar una lista de asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y el número de acciones propias o ajenas con que concurren, agrupándolas por clases si las hubiere.

De esta manera, una vez elaborada la lista, se debe conocer perfectamente cuántas acciones representa cada persona concurrente a la junta y el porcentaje que agrupa respecto del total de las mismas, o respecto del capital social, indicando cuando fuere el caso el porcentaje respecto de cada una de las clases de acciones que las hubiere. Como veremos posteriormente, la elaboración de la lista de asistentes cobra singular importancia en los casos en los que se requiera utilizar el sistema de voto acumulativo para la elección del directorio.

7. Normas sobre el quórum y la configuración de la voluntad social

En cuanto al quórum de las juntas, éste es el porcentaje mínimo de acciones que tienen que estar presentes o representadas para que se pueda instalar la sesión. Con la ley anterior el quórum siempre se computó sobre la base del "capital pagado", lo cual complicaba la adopción de acuerdos cuando de un lado existían acciones íntegramente suscritas y pagadas, y de otro lado acciones pagadas en diferentes proporciones, en cuyo caso el cómputo se tenía que hacer no considerando las acciones de la junta, sino estableciendo el importe pagado de cada acción, con lo cual ello se reflejaba en el voto, discriminándose indebidamente a los accionistas que se habían acogido a una facilidad de la ley y que sin haber incurrido en mora, aún debían los saldos de las acciones parcialmente desembolsadas. Es pertinente señalar que a dichos saldos deudores se les denomina en la ley como "dividendos pasivos".

En la nueva ley se ha rectificado este criterio y se ha establecido que lo que se computan son las acciones suscritas con derecho a voto, con prescindencia de los montos pagados por ellas, en razón a que, si la propia sociedad ha otorgado a sus accionistas facilidades para el pago del valor que corresponde a las acciones y el titular se encuentra al día en los pagos acordados, no existe ninguna razón por la cual se tenga que efectuar el cómputo sobre la base del capital pagado. Se trata, pues, de una rectificación saludable respecto del anterior criterio que, además, simplificará la celebración de las juntas, ya que todas las acciones suscritas con derecho a voto generan los mismos derechos para sus titulares.

Diferente es el caso del accionista moroso, vale decir, de aquél que al vencimiento del plazo máximo establecido en el pacto social o por la junta general, no ha cumplido con cancelar los dividendos pasivos, en cuyo caso las sanciones establecidas en el artículo 79 de la LGS son muy severas según-se detalla a continuación:

. Perderá el derecho de voto y del derecho de suscripción preferente. Sus acciones no se computarán para el quórum, ni para las votaciones.

. Los dividendos que le correspondan se aplicarán a amortizar o cancelar los dividendos pasivos.

Específicamente en el caso de sociedades anónimas, la nueva ley distingue con absoluta claridad asuntos que son trascendentales en la vida de una sociedad en los cuales se requiere de quórum y de mayoría calificada, de aquellos otros asuntos no trascendentales, que requieren de quórum simple y de mayoría no calificada.

Desarrollando el concepto anterior, el artículo 126, remitiéndose expresamente a los casos de los incisos 2, 3, 4, 5 Y 7 del artículo 115, exige que para que la junta se reúna en primera convocatoria deben estar presentes o representados accionistas que constituyan $\frac{2}{3}$ de las acciones suscritas con derecho a voto, es decir el 66.66% del total de las acciones con voto, y en segunda convocatoria, exige la concurrencia de al menos $\frac{3}{5}$ partes de tales acciones, es decir el 60%, pero esta norma sobre el quórum está acompañada además de una norma adicional concurrente y complementaria contenida en el artículo 127, la cual establece que para la adopción de acuerdos trascendentales, se requiere que éste cuente con el voto favorable de un número de acciones que represente cuando menos la mayoría absoluta del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

En el caso de acuerdos no trascendentales se exige un quórum simple, lo que representa que la junta general queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando se encuentren representadas cuando menos el 50% del total de las acciones suscritas con derecho a voto, y en segunda convocatoria será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

Es importante señalar al respecto que, tratándose del quórum y de la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos, a través del estatuto se pueden establecer porcentajes mayores a los señalados anteriormente, pero nunca inferiores.

Otra innovación interesante de la nueva Ley General de Sociedades es la que se refiere al cómputo del quórum, el cual ahora, de conformidad al artículo 124, se establece al inicio de cada junta, de forma tal que una vez comprobado éste, el presidente declara instalada la junta. Esta norma evita tener que computar el quórum cada vez que se tengan que votar algunos de los temas de la agenda, lo cual en la práctica ha facilitado la adopción de acuerdos, ya que el quórum se computa una sola vez, al inicio, y si con posterioridad a ello los accionistas se retiran de la junta, es bajo su responsabilidad.

Asimismo, el mencionado artículo establece que en las juntas generales convocadas para tratar asuntos que conforme a la ley o al estatuto requieren concurrencias distintas, cuando un accionista así lo señale expresamente y deje constancia al momento de formularse la lista de asistentes, a su solicitud, sus acciones no serán computadas para establecer el quórum requerido para tratar alguno o algunos de los asuntos trascendentales que requieren de quórum y mayoría calificada.

Adicionalmente, sobre el quórum, también se ha incluido como innovación en la ley que en los casos de accionistas que ingresen a la junta después de haberse instalado y después de haberse formulado la lista de asistentes, sus acciones no se computarán para establecer el quórum, pero sí se podrá respecto de ellas, ejercer el derecho de voto.

Respecto de los asuntos propios de la competencia de la junta, Francesco Galgano⁽⁵⁾ manifiesta que la sociedad anónima, al momento de adoptar acuerdos a través de la junta general, no debe actuar para realizar el interés egoísta de los socios, o la aspiración al beneficio de los capitalistas que podrían manejar dicho órgano, sino que debe actuar para realizar un interés que trasciende al de los socios, y que consiste en el interés de la eficiencia productiva de la empresa, siguiendo los principios siguientes:

- La dirección de la empresa debe ser sustraída, en la medida de lo posible, de los socios, dado que éstos, por su disposición natural, están dominados por intenciones egoístas de ganancia.
- La dirección de la empresa debe ser confiada a un órgano de administración que sea lo más independiente posible de los socios, y por consiguiente, capaz de evaluar autónomamente las exigencias de la empresa (consejo de administración, mesa directiva o directorio).

En este orden de ideas, consideramos que no debe confundirse el carácter soberano de dicho órgano con la potestad omnímoda para decidir válidamente en toda clase de asuntos y cuestiones. La soberanía de la junta está delimitada por la órbita de su propia competencia, y así lo manifiesta la mayor parte de las posiciones doctrinarias existentes. En efecto, la discusión radica en la estructura organizativa de toda sociedad anónima, que en principio, y a nuestro entender, permite un equilibrado reparto del poder entre la junta general de accionistas y el directorio. No obstante lo expuesto, ello no debe entenderse de modo alguno como un acto por el cual la junta renuncia a atribuciones que le han sido conferidas por la ley o el estatuto social, sino a la justificada especialización de sus funciones, en virtud a su carácter no permanente y a las facultades propias del órgano de la administración, que en nuestra legislación se denomina directorio.

8. Derecho de información

El artículo 130 de la nueva Ley General de Sociedades consagra el derecho de información del accionista en las sociedades anónimas, señalando a la letra lo siguiente:

"Artículo 130 desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.

Los accionistas pueden solicitar con anterioridad a la junta general o durante el curso de la misma los informes o aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en la convocatoria y el directorio estará obligado a proporcionárselos, salvo en los casos en que juzgue que la difusión de los datos solicitados perjudique el interés social. Esta excepción no procede cuando la solicitud sea formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto".

Similar regla, con algunas modificaciones y mejoras en la redacción, estaba contenida en el artículo 132 de la anterior Ley General de Sociedades.

El derecho de información se encuentra vinculado con el de voto, y se refiere a la posibilidad de que, antes de asistir a las deliberaciones y emitir su voto en la junta general, el accionista cuente con los elementos de juicio suficientes.

Es por ello que se establece con carácter imperativo la obligación para la sociedad de poner a disposición de los accionistas los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta a celebrarse desde el día de la publicación de la convocatoria; es decir, en las sociedades anónimas ordinarias, diez días antes de la reunión para el caso de la junta obligatoria anual o de las demás previstas en el estatuto, y tres días tratándose de otras juntas. En el caso de la sociedad anónima abierta, la información debe ser puesta a disposición de los accionistas, veinticinco días antes de la celebración de la junta.

La norma bajo comentario tiene por objeto proteger a los accionistas minoritarios, quienes podrían verse afectados por maniobras poco transparentes de quienes detentan el control de la sociedad.

Nótese que en el segundo párrafo del artículo analizado se establece una excepción a la obligación del directorio de entregar información a los accionistas que la soliciten; y es cuando a criterio del propio directorio, la publicidad de la información solicitada puede perjudicar los intereses de la sociedad. Sin embargo, en caso de que la solicitud sea efectuada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, la excepción antes mencionada no procede.

Asimismo debe precisarse que el derecho de información de los accionistas no es irrestricto, sino que debe ejercerse de buena fe y con la intención de contar con mayores elementos de juicio para participar en las juntas. Hacemos esta salvedad porque la posesión de cierta información por parte de accionistas inescrupulosos

obtenida en virtud del derecho aquí comentado, podría poner en peligro a la sociedad, e incluso servir para revelar secretos industriales o comerciales a sociedades competidoras. Corresponde al directorio de las sociedades anónimas analizar, en cada caso concreto, la procedencia de entregar la información solicitada por los accionistas.

9. Derecho de aplazamiento

El derecho a solicitar el aplazamiento de la junta general, estrechamente relacionado con el derecho de información del accionista, se consagra en el artículo 131 de la Ley General de Sociedades, que a continuación transcribimos: "A solicitud de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, la junta general se aplazará por una sola vez, por no menos de tres ni más de cinco días y sin necesidad de nueva convocatoria, para deliberar y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados. Cualquiera que sea el número de reuniones en que eventualmente se divida una junta, se la considera como una sola, y se levantará un acta única. En los casos contemplados en este artículo es de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 124".

Sin bien es cierto que la norma comentada es similar, en el fondo, a su antecesora, contenida en el artículo 136 de la Ley General de Sociedades anterior, presenta algunos cambios e innovaciones.

En primer lugar, la norma anterior otorgaba la posibilidad de solicitar el aplazamiento de la junta a accionistas que representen la tercera parte del capital pagado en la junta; actualmente se habla del veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, siguiendo la tónica empleada en la redacción de la nueva ley.

Asimismo, la nueva norma concede un plazo más amplio para efectuar la solicitud de aplazamiento que el contemplado en la norma anterior, que era solo de tres días.

El hecho de considerar a la junta como una sola y levantar un acta única independientemente del número de sesiones en que ésta pueda dividirse, constituye una novedad de la nueva ley. Lo mismo sucede con la aplicación a los casos contemplados en este artículo de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 124 de la misma ley, según el cual el quórum se computa y establece al inicio de cada junta; una vez comprobado el quórum, el presidente la declara instalada.

Definitivamente, ésta ha sido la manera más sana que ha encontrado la ley para salvar la eventualidad de que los accionistas asistan insuficientemente informados a la junta y, por consiguiente, sin los elementos de juicio necesarios para decidir sobre su voto. Así, a través del aplazamiento de la junta, los accionistas que invoquen la falta o insuficiencia de información, pueden exigir a los administradores que les proporcionen los datos que requieren.

De hecho, al exigirse una proporción mínima del capital social para poder aplazar la junta, se entiende que lo que se pretende es la protección de la minoría. Sin embargo, sobre la base del principio del que puede lo más, puede lo menos, la mayoría podría solicitar el aplazamiento de la junta, convirtiendo este recurso en una maniobra malintencionada. Por ello, la mayoría deberá probar que el aplazamiento solicitado tiene como finalidad obtener mayor información respecto de los puntos a discutir en la junta.

Otro aspecto importante a destacar es que, de la redacción del artículo 131, se deduce que el aplazamiento de la deliberación y votación se referirá a los asuntos específicos respecto de los cuales los accionistas no se encuentran debidamente informados; sobre las demás mociones y asuntos, la junta 10. Actas, libros y copias certificadas

Uno de los aspectos formales al que con frecuencia se presta poca atención, es el referido a las actas de las sociedades en general, y en el caso de las sociedades anónimas, a las actas de las juntas generales y del directorio. Ocurre muy a menudo que quienes incursionan en la actividad empresarial suelen cumplir con los trámites formales para la constitución de la sociedad, pero luego de ello, unas veces por falta de tiempo y otras por desconocimiento, descuidan las formalidades que tienen que ver con su funcionamiento.

Cada una de las actas de los libros respectivos constituye instrumento en el que se plasma de manera precisa la marcha de la sociedad, pues en ella consta la voluntad social. En tal sentido, servirá como importante medio de prueba de lo acontecido al interior de la sociedad durante toda su existencia, y como base para el ejercicio de los derechos de los socios, y para supervisar y acreditar los acuerdos relacionados con el devenir de la sociedad.

Respecto de la junta general, el artículo 134 de la ley señala que los acuerdos adoptados en ellas deben constar en actas que expresen un resumen de lo acontecido en la reunión. A nuestro modo de ver, esta precisión es importante toda vez que antes las actas prácticamente transcribían textualmente el desarrollo de la junta, las intervenciones de los accionistas y los demás hechos acaecidos en la junta, todo lo cual ahora es innecesario ya que lo primordial es el texto de los acuerdos en sí mismos. Tales actas pueden presentarse en un libro especialmente abierto debidamente legalizado, en hojas sueltas o en cualquier otra forma que permita la ley.

Además de constar en el acta, el lugar, fecha y hora en que se realizó la junta, debe indicarse si se celebró en primera, segunda o tercera convocatoria, el nombre de los accionistas presentes o de sus representantes, el número y clases de acciones de las que son titulares, el nombre de quienes actuaron como presidente y secretario, los detalles sobre los avisos de convocatoria y la forma y resultado de las votaciones.

Todos los demás detalles respecto a la metodología para la aprobación del acta están señalados en el artículo 135 de la ley, debiéndose destacar lo siguiente:

a) Que cualquier accionista concurrente a la junta está facultado a solicitar que quede constancia en el acta el sentido de su voto y la sustentación del mismo, lo cual es muy importante en los casos en los que se deseara ejercitar el derecho de separación regulado por el artículo 200, o el derecho de impugnación de los acuerdos.

b) Que las actas tienen fuerza legal desde su aprobación.

Si fuere el caso de que si por alguna circunstancia no se puede asentar el acta en el libro o en hojas sueltas, conforme al artículo 136 ella se extenderá y firmará por todos los accionistas concurrentes, en un documento especial que se adherirá o transcribirá al libro o a las hojas sueltas, cuando éstos se encuentren disponibles.

Un derecho especial que tienen los accionistas es el contenido en el artículo 137 de la ley, por el cual aunque no hubiesen asistido a la junta pueden solicitar copia certificada del acta correspondiente, o de la parte específica que señale, en cuyo caso el gerente general de la sociedad está obligado a extenderla bajo su firma y responsabilidad en un plazo no mayor de 5 días contado a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

Es importante señalar al respecto que en caso de incumplimiento en la entrega, el accionista puede recurrir al juez del domicilio de la sociedad por la vía del proceso no contencioso, a fin de que ésta exhiba el acta respectiva con la finalidad de que el secretario del juzgado expida la copia certificada, para su entrega al accionista solicitante.

III. EL ROL DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS FRENTE A LAS PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

A propósito del debate que se viene gestando en el derecho comparado, específicamente en países de tradición jurídica anglosajona y otros miembros de la comunidad europea, entre ellos y como referencia más cercana, España; respecto de las posibles modificaciones de su reciente Ley de Sociedades Anónimas, y las prácticas de autorregulación aplicables a las sociedades anónimas, a través de la adopción de directrices distintas de las legislativas para la conducción de sus sociedades, y la reciente discusión suscitada en nuestro medio respecto de las prácticas de buen gobierno corporativo, revisaremos a continuación de forma sucinta, los aspectos más relevantes previstos en la doctrina sobre las referidas medidas de autorregulación, así como el papel que juega la junta general de accionistas en su aplicación.

En primer lugar, debe precisarse que las prácticas de mejor gobierno o códigos de buen gobierno corporativo se plantearon inicialmente en países de mayor desarrollo económico, en respuesta a los vacíos jurídicos encontrados en sus legislaciones particulares respecto de determinados aspectos relevantes para la conducción de las sociedades anónimas. Estos asuntos, inicialmente previstos como posibles modificaciones legislativas, al haberse gestado con el objeto de establecer reglas de orden económico, financiero y promocional a la inversión, han

sido incorporados o planteados como mecanismos voluntarios recomendados usualmente por los llamados "stakeholders"(9), para dotar de mayor seguridad y transparencia a las actividades que desarrollan las sociedades de forma interna, respecto de aquellas prácticas que generan consecuencias externas y/o que afectan a los mencionados stakeholders como nuevos grupos de interés.

Según mencionáramos anteriormente, las prácticas de buen gobierno corporativo, al suplir inicialmente vacíos normativos propios de cada legislación, preliminarmente incorporaron elementos característicos de cada país, acordes con su estadio económico y desarrollo normativo. En tal sentido, algunos esfuerzos de autorregulación, tales como los Principios de la OCDE(10) para el Gobierno de las Sociedades, constituyen un claro ejemplo de normas marco establecidas principalmente para proteger los derechos de los accionistas y para recalcar las obligaciones de sus órganos de dirección, sin entrar a desarrollar los requerimientos de los grupos de interés exógenos, principalmente representados por los stakeholders.

Hoy por hoy, por efecto de la globalización, los esfuerzos de autorregulación en otros casos vienen incorporando recomendaciones principalmente dirigidas a los consejos de administración o consejos directivos (directorios en nuestro medio), para lograr un funcionamiento eficaz y participativo de las sociedades mediante el suministro a los mercados, de información rápida, precisa y fiable sobre la estructura del accionariado, las reglas de gobierno, a las operaciones vinculadas o de autocartera, etc. Ejemplo de ello constituye el Código Olivencia, dirigido a sociedades españolas que cotizan en el mercado de valores y que presentan en la composición de su capital social un porcentaje mayoritario de acciones de libre circulación.

Comentando los modelos de regulación, Cándido Paz-Ares(11) sostiene que un sistema de gobierno solo puede ser consistente si dispone de antemano de un objetivo claro y preciso a alcanzar. En nuestra tradición jurídica (12), ese objetivo que proporciona las pautas a las que deben sujetarse los distintos órganos de la sociedad en ejercicio de sus funciones, se conoce bajo el nombre de interés social.

La concepción tradicional de la regulación y derecho societario, que inicialmente cautelaba en primer término el interés social, como una suerte de interés autónomo de la empresa en el que se congeniarían y sintetizarían los intereses no siempre convergentes de los distintos grupos que en ella participan (accionistas, trabajadores, proveedores, clientes, comunidad local, intereses públicos, etc), se funda en una visión institucional; la misma que es completamente distinta de la visión contractual del interés social, que toma en cuenta las relaciones que tienen lugar en la empresa, identificando a este interés de la compañía como el interés de los accionistas.

A nuestro modo de ver, tomando algunos de los elementos de la visión contractual del interés social, a efectos de establecer mecanismos de autorregulación

apropiados, se debe entender al interés social como aquel objetivo encaminado a la maximización del valor de la inversión de los accionistas, conciliando y limitando éste con los intereses de los stakeholders para el cumplimiento de las normas legales vigentes, el respeto de la buena fe contractual, y la aplicación de reglas éticas apropiadas para la conducción de los negocios.

En tal sentido, en el modelo de supervisión se identificaría como órgano encargado del control de las prácticas de buen gobierno corporativo al directorio de las sociedades anónimas; no obstante ello, existen dudas respecto de la eficacia de dicho sistema monista o unitario, al haberse cuestionado el hecho de que en este sistema, el consejo de administración o directorio asuma simultáneamente funciones de gestión social y supervisión.

De otro lado, encontramos planteamientos que apuestan por un modelo dualista (13), mediante la separación de las funciones de gestión y vigilancia en distintos órganos, los cuales desconocen las ventajas derivadas del modelo de supervisión. En este orden de ideas consideramos que mediante la aplicación de este último sistema, pueden válidamente establecerse comités de control internos conformados con algunos de los representantes del directorio, siempre que la composición del referido órgano permita asegurar su independencia, a partir de su composición heterogénea y organización representativa de los conflictos de intereses connaturales a cada sociedad.

Ahora bien, aun cuando a lo largo del presente capítulo nos hemos referido básicamente al papel del directorio en la aplicación de las prácticas de buen gobierno corporativo, no debemos desconocer el rol que juega la Junta General de Accionistas en dichos mecanismos de autorregulación.

En efecto, a nuestro entender, la junta general de accionistas de las sociedades que apliquen mecanismos de buen gobierno corporativo, se encontrará principalmente encargada de adoptar los siguientes acuerdos:

a) La aprobación de las prácticas de buen gobierno corporativo, sobre la base del análisis de su realidad societaria, y como consecuencia del absoluto acuerdo de voluntades de la mayoría de sus miembros. Consideramos que al contener aspectos trascendentales para la gestión y control societario, debería adaptarse el referido acuerdo con la participación y voto de la mayoría calificada correspondiente.

b) Elegir a los miembros de sus respectivos directorios a partir de reglas estrictas incorporadas en los estatutos sociales, o en los códigos de buen gobierno corporativo correspondientes, a fin de cautelar la independencia e integración heterocompositiva de sus representantes.

En este orden de ideas, si bien en principio los accionistas o los grupos mayoritarios de éstos, en función de sus intereses particulares, buscarán verse representados en el consejo directivo por miembros que respondan directamente a sus requerimientos, deberán abdicar a dicha posibilidad o al menos mediatizar

tales expectativas, observando estrictas reglas para la separación del control de la sociedad por parte de los propietarios de ésta(14).

c) De forma conjunta a las responsabilidades del directorio, como órgano de supervisión para la aplicación de las reglas de buen gobierno corporativo, deberán asumir una función de vigilancia, ejercida en la junta general obligatoria que revise la situación financiera de la sociedad al cierre del ejercicio, respecto de la actuación de su directorio en la implementación de las reglas adoptadas en dichos códigos de autorregulación.

Adoptar los acuerdos que sean acordes con el interés social que dispongan sus órganos administrativos, que permitan la maximización de los beneficios de sus accionistas, cautelando los intereses de los stakeholders, protegidos por las reglas de buen gobierno corporativo.

d) Finalmente, según manifestáramos anteriormente, a efectos de aplicar un modelo de autorregulación en nuestro medio, debemos definir previamente los objetivos de las recomendaciones o prácticas de buen gobierno corporativo que regularán nuestras sociedades, para luego determinar los grupos societarios a los que se les aplicarán dichas reglas en función de características similares respecto de su participación en el mercado, y según la importancia de sus actividades frente a los stakeholders nacionales.

(1) VERÓN, Alberto Victor. 'Sociedades comerciales'. Edijorial Astrea. Tomo 111. Buenos Aires, 1986. Pág. 233.

(2) GARRIGUES, Joaquín. "Curro de Derecho Mercantil". Editorial Porrúa SA México, 1981. Pág. 473.

(3) GAGO, Carlos Bernardo; GONZALES, Luis Mano y DE IÍA, José Alberto. .Sociedades por Acciones. Estudio Teórico-Práctico.. Tomo 1. Rubinzal y Culzori S.C.C. Santa Fe, 1980. Pág. 176

(4) ROJO, Ángel. "la representación en el Derecho Mercantil". Véase en Curso de Derecho Mercantil!

(5) URÍA, Rodriga y MENÉNDEZ, Aurelio. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1999. Págs. 207 a la 240.

(6) VERÓN, Alberto Victor. Op. cit. Págs. 678 a la 670.

Al desarrollar dichas condiciones se deberá tener en cuenta que para fines didácticos se ha variado la denominación .asamblea", establecida pcr la legislación argentina, por "junta general".

(7) En el presente caso, la sociedad actúa como contratante, por ejemplo, al celebrar con algún tercero un acuerdo contractual, previamente aprobado por la junta, y responderá con su patrimonio social.

(8) GALGANO, Francesco. "Desplazamiento del Poder en las Sociedades Anónimas Europeas.. Véase en~

Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995. Págs. 65 y ss."1~:.

(9) Inversionistas institucionales tales como los Fondos Mutuos de Inversión, instituciones financieras, Admi

nistradoras de Fondos de Pensiones, compañías de seguros, trabajadores, acreedores, etc. (10) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (11) PAZ-ARES, Cándido. "La ley, el mercado y el gobierno de las sociedades". Véase en IUS ET VERITAS.

Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Año XII, N° 24. Junio de 2002. Págs. 140 y ss.

(12) Refiriéndose a la tradicional visión española del derecho societario, aplicable a nuestra particular realidad

jurídica por haber servido de fuente a nuestra legislación.

(13) Principalmente en Alemania, al encargarse las funciones de control en los denominados consejos de vigilancia, de forma similar a la prevista en nuestra anterior Ley de Sociedades Anónimas. Las desventajas observadas en dichos sistemas de cogesOOOn, han sido resaltadas por Federico San Sebastián Aechoso. Véase el artículo "Reflexiones sobre Gobierno Comparativo Comparado" en Revista de Derecho Ban. caria y Bursátil. N° 70, 1998. En dicho trabajo se resaltan básicamente las siguientes desventajas: 1) Hace más lento el proceso de toma de decisiones; 2) Presenta riesgos en lo que respecta al mantenimiento de la confidencialidad.

(14) Entendiéndose por éstos a los accionistas, como socios inversores de cada sociedad.

LA MODIFICACION DEL ESTATUTO, EL AUMENTO Y LA REDUCCION DEL CAPITAL EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Julio SALAS SÁNCHEZ

Este artículo es un homenaje a Enrique Elías Laroza, amigo desde el principio y mi socio en el estudio por más de 27 años. De él recibí las primeras enseñanzas del Derecho de Sociedades en los ya lejanos, pero siempre presentes, días de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue, luego, asesor de mi tesis de bachiller en esa misma materia. Aunque en esta obra, varios señalarán sus cualidades personales y profesionales, permítanme resaltar una de ellas, de la que he sido testigo permanente: su ilimitada generosidad en la entrega de lo personal y de lo profesional. Entrega que solo es posible en quien reconoce el inmenso valor de la amistad. Así y más fue Quique a quien, aunque le quedaron tantos sueños por realizar, al terminar irremediamente su presencia entre nosotros siempre se le recordará por haber cumplido generosamente con su deber de amigo.

LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO SOCIAL

I. IMPORTANCIA DEL ESTATUTO SOCIAL Y LA POSIBILIDAD DE MODIFICARLO

De manera unánime, la doctrina y las legislaciones societarias reconocen al pacto social y al estatuto social como los instrumentos fundamentales que rigen la vida de la sociedad. Para Joaquín Garrigues, los estatutos de la sociedad son la: " ...norma constitucional de la sociedad que rige su vida interna en todo aquello que no constituya Derecho legal coactivo (1).

A ese marco se agrega ahora en nuestro país la figura de los convenios entre los socios y entre éstos y terceros, que son válidos ante la sociedad y le son exigibles cuando son debidamente comunicados(2).

Nuestra legislación, a lo largo del tiempo, ha reconocido tal importancia. La sola lectura del artículo 55 que establece el contenido mínimo obligatorio del estatuto, permite apreciar la importancia que tiene para la sociedad anónima. La LGS cuida ese aspecto cuando, ampliando el ámbito de la normativa anterior, dispone que toda forma societaria por ella regulada debe tener un estatuto social; cuando exige que su modificación derive de un acuerdo de la junta general de accionistas(3) adoptado con requisitos y formalidades especiales; que conste en escritura pública y se inscriba en el respectivo registro público. El citado artículo 8 dispone la preeminencia del pacto social y del estatuto sobre el convenio entre los socios o entre éstos y terceros, si hubiera contradicción entre éstos y aquéllos,

constituyendo así un límite taxativo a la libre voluntad de las partes. Finalmente, el artículo 38 dispone en su segundo párrafo que "son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias subordinando así la voluntad soberana de la Junta a los referidos instrumentos.

El estatuto social nace de la voluntad de los socios fundadores y, ciertamente, tiene una vocación de permanencia pero de ello no debe concluirse que sea inmodificable durante la vida de la sociedad. Una razón elemental para admitir la posibilidad de modificar el estatuto es que las circunstancias (económicas, sociales, fiscales o de cualquier otro orden) existentes al momento de la redacción del estatuto original pueden haber cambiado, generando la necesidad o conveniencia de modificarlo para que la sociedad se adapte a esa nueva realidad y, de manera más eficiente, pueda afrontarla.

En este sentido, es también unánime la posición de la doctrina y de la legislación comparada actuales, de admitir la posibilidad de reformar el estatuto por acuerdo de la Junta, previo cumplimiento de los requisitos legal y estatutariamente establecidos. Siendo la Junta el órgano máximo de la sociedad, es suficiente que ella manifieste la voluntad de la sociedad en el sentido de modificar el estatuto, para que se produzca el efecto deseado. Se supera así la antigua tesis contractualista de las sociedades en general y de la anónima en particular, conforme a la cual si la sociedad era un contrato, sus estipulaciones solo podían ser modificadas por acuerdo de todos los socios. A este respecto, el profesor español Jesús Quijano señala:

"En la actualidad, la disponibilidad del contenido estatutario para la propia sociedad... se entiende correctamente como una consecuencia de la autonomía de la persona jurídica que se ejerce tanto en el momento fundacional, configurando su estructura inicialmente, como con ocasión de modificaciones posteriores para adaptar esa estructura a circunstancias cambiantes.

Se ha pasado así de aquella inicial reserva a posibilitar modificaciones sin que concurriera el consentimiento unánime de todos los fundadores o todos los accionistas a considerar la modificación como efecto de un normal acuerdo corporativo adoptado por la mayoría que, en la estructura orgánica de la sociedad sancionada por la ley, hace valer su voluntad como decisión de la propia sociedad siempre que concurren determinados requisitos. De modo que el núcleo básico de cuestiones que suscita la modificación no es ya el de la posibilidad o licitud sino el de los requisitos con que el acuerdo debe ser adoptado y el de los límites para su completa eficacia en ciertos supuestos' (4).

Jesús Rubio afirma lo siguiente:

"Pero desde el extremo de la intangibilidad de los estatutos se puede cruzar al contrario. Admitido que modificar las cláusulas (del estatuto) no es novar un contrato, sino perfeccionar un organismo' -como ya en 1904 decía Thaller-

adaptarlo, en suma; a las nuevas situaciones del tráfico y al interés de las partes, queda abierta la posibilidad ilimitada a la junta general para cualquier alteración. Se pasaba así de la afirmación absoluta de la voluntad de cada socio a su negación absoluta en cuanto no formaba parte de cada mayoría, permitiendo a ésta desconocer todo derecho a la minoría '(5).

En este entendido, la modificación estatutaria no supone ni genera la resolución del "contrato de sociedad", puesto que no es un contrato ni, menos, la terminación de las relaciones jurídicas entre la sociedad y sus socios (salvo el supuesto de la terminación del vínculo por el ejercicio del derecho de separación, que en realidad es una consecuencia del acuerdo mismo de modificación), de las relaciones entre éstos o, finalmente, las de la sociedad frente a los terceros.

Sin perjuicio de la eventual nulidad del acuerdo de modificación cuando se cumplan los supuestos legales señalados por el artículo 38, de la también eventual impugnación del acuerdo en los casos del artículo 139, si el acuerdo de modificación es válido, los socios solo podrán resistirlo ejerciendo el derecho de separación que la ley les concede.

Para encuadrar debidamente el tema de la posibilidad de modificar el estatuto social, que es también una manera de reconocer la importancia que debe reconocérsele, es pertinente citar nuevamente al profesor Quijano, quien afirma: "La preocupación de la protección de los intereses del accionista o de la minoría frente al ejercicio abusivo de la facultad de modificar por la mayoría no se sustancia ya en definir un ámbito material inmodificable sino en someter la modificación a requisitos y límites que cumplen la función de garantía para tales intereses (6).

II. LA NUEVA ESTRUCTURA LEGISLATIVA SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO

Conviene destacar, en este punto, el cambio aparentemente formal de la normativa vigente respecto a la LGS anterior. Ésta incluía bajo un único título el régimen legal al que se sujetaban tanto la modificación estatutaria misma, como el aumento y la reducción del capital. Ello obedecía a la consideración generalizada de que la primera era una cuestión preliminar o introductoria que podía incluirse dentro del tratamiento legal de las más frecuentes operaciones de aumento y reducción del capital. Con esta estructura legal se minimizó, al menos formalmente, al régimen legal que debía atribuirse a la modificación, a pesar de que el artículo 208 de la anterior LGS sancionaba con nulidad al acuerdo modificador que no observara sus previsiones.

La nueva LGS, en cambio, trata la modificación estatutaria en un Título separado de los que regulan el aumento y la reducción del capital. Como se ha señalado, el cambio es solo aparentemente formal, pues con él se quiere destacar, de una parte, la importancia que tiene o debe tener la modificación estatutaria misma y, además, se afirma la consideración de que el régimen de la reforma del estatuto

es uno de carácter general, de contenido imperativo y mínimo(7). Es general en el sentido de que se aplica a toda modificación estatutaria, siendo a la vez complementario del régimen especial o particular que corresponda a otros supuestos, como el del aumento o la reducción del capital. Es imperativo pues no cabe duda de que sus disposiciones constituyen presupuestos de validez del acuerdo de modificar el estatuto. Es, finalmente, mínimo en la medida que la LGS admite que el propio estatuto señale requisitos adicionales que, igualmente, tienen la finalidad de garantizar los intereses del accionista individual o los de la minoría accionaría.

III. CONCEPTO DE LA MODIFICACIÓN ESTATUTARIA

Si está admitido que no existe cláusula estatutaria que tenga el carácter de inmodificable y nuestra LGS no establece precisión o distinción alguna respecto a lo que debe considerarse una modificación del estatuto, debe concluirse que cualquier acuerdo destinado a introducir alteraciones al fondo o a la forma del estatuto, debe ser considerado como una modificación del estatuto. Por tanto, para su validez, dicho acuerdo deberá cumplir los requisitos mínimos señalados por la ley y, en su caso, los requisitos adicionales previstos por el propio estatuto. Para llegar a esta conclusión es necesario tener claro el concepto de lo que debe entenderse por modificación estatutaria. Como cuestión básica, para Jesús Quijano (8) deben determinarse "los presupuestos" que hacen propiamente aplicable el régimen general de la modificación, de manera que, sostiene, no se trata de "una cuestión meramente abstracta": Siempre según el mismo autor: "En primer lugar deben quedar excluidas ciertas modificaciones irrelevantes en la sociedad anónima que no implican variación objetiva en su estructura, organización y funcionamiento, sino que son consecuencia de la aplicación de mecanismos ordinarios de un tipo societario suficientemente institucionalizado. Es el caso de los cambios de personas, socios o administradores, incluso si se trata de los que figuran en la escritura de constitución de la sociedad.

En el otro extremo, no deben considerarse "stricto sensu" modificaciones estatutarias... aquellas alteraciones de tal envergadura que afectan la estructura global de la sociedad, categoría en la que entran fenómenos como la fusión, escisión, transformación, etc... (los que constituyen) supuestos diferenciados, con régimen jurídico propio, en los que el objetivo es la reestructuración o reorganización de la sociedad y no tanto la modificación de algún aspecto... ':

A los supuestos anteriores de modificaciones estructurales, cabe agregar aquellos que signifiquen la modificación o supresión de los elementos fundamentales de la sociedad anónima: sociedad de capitales, por acciones y de responsabilidad limitada, los que resultan ser nulos por su naturaleza. Los relativos a la transformación, fusión, escisión, no resultan ser tales, pero generan el derecho de separación del accionista.

Entre ambos extremos (el de las modificaciones irrelevantes y el de las estructurales) queda delimitado, según Quijano, un "terreno intermedio" de aplicación del régimen general de la modificación estatutaria.

"Pero -continúa- sucede que en este marco se sitúan aún supuestos de muy variada naturaleza que ofrecen amplias posibilidades de clasificación: hay modificaciones estatutarias que añaden, suprimen o simplemente cambian... de mera redacción y modificaciones sustanciales o de fondo... meramente interpretativas del significado de cláusulas que permanecen... inducidas por la previa variación, por ejemplo, de un texto legal recogido en una cláusula estatutaria... explícitas, formalmente adoptadas, y puede haberlas implícitas o tácitas, derivadas del desconocimiento 'de hecho', más o menos prolongado como conducta en contrario, de una cláusula que permanece formalmente inmodificada; hay modificaciones permanentes, de vigencia indefinida y modificaciones temporales o transitorias que pretenden valer durante un plazo incorporando en su redacción el término previsto; hay, en fin, modificaciones sistematizables en función del aspecto concreto o contenido estatutario al que afectan (capital, objeto, órganos sociales, acciones, derechos, etc.). La casuística es prácticamente inagotable, y ello hace más aconsejable fijar algún criterio no solo con fines de delimitación sino también, conviene recordarlo, con trascendencia para establecer el ámbito de aplicación del régimen general".

Frente a esta virtualmente inacabable relación de supuestos, Garrigues y Uría concluyen sobre el concepto de la reforma estatutaria:

"Lo que a nuestro intento interesa destacar es que no cabe hacer distinción entre contenido y redacción de los estatutos desde el punto de vista de la reforma estatutaria, distinción que, por otro lado, no es fácil establecer con claridad. En resumen, toda alteración de los estatutos, ya afecte a su fondo, ya afecte solamente a su redacción, tiene el concepto legal de modificación estatutaria y queda sometida a la observancia de los requisitos que impone la ley...(9).

A su vez y en el mismo sentido, Girón Tena señala:

"Toda alteración en la forma o en el contenido ha de entenderse en nuestro Derecho que cae bajo el concepto de modificación...(10).

Éste es el sentido que debe atribuirse al artículo 198 cuando en sus párrafos primero y segundo no se refiere a una o más de las distintas posibilidades de reforma estatutaria que señala la doctrina y, antes bien, precisa con toda claridad que "para cualquier" modificación estatutaria será necesario cumplir con los requisitos formales que la norma establece.

IV. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA MODIFICAR EL ESTATUTO Y SUS LÍMITES

El artículo 198 señala inequívocamente a la junta general de accionistas como el órgano competente para acordar la modificación. En su último párrafo hay un

agregado inexistente en la LGS anterior: "Con los mismos requisitos la Junta general puede acordar delegar en el directorio o en la gerencia(11) la facultad de modificar determinados artículos en términos y circunstancias expresamente señaladas".

Como se aprecia, la LGS admite dos posibles órganos competentes para acordar la reforma estatutaria: uno por naturaleza y otro por delegación. Corresponde entonces analizar ambos supuestos en las líneas siguientes.

1. La junta general de accionistas como órgano competente

Es igualmente claro y admitido que el carácter de "órgano supremo" que la LGS asigna a la Junta(12) no significa que ella tenga facultades ilimitadas. La Junta tiene que reconocer la existencia de ciertos límites más allá de los cuales cualquier acuerdo que adopte carece de validez, aun cuando haya sido adoptado por la mayoría legal o estatutariamente establecida.

El jurista español Eduardo Polo señala, en referencia al artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, de redacción similar a nuestro artículo 111 : "La ley, en efecto, ha dispuesto de una serie de límites que tratan no sólo de asegurar la corrección en el ejercicio de su poder por la mayoría (validez material y regularidad formal de sus acuerdos) e impedir sus abusos (respeto de los intereses sociales), sino también proteger de una manera más directa los intereses de todos los socios, estableciendo una serie de excepciones al principio de sumisión del accionista al principio mayoritario' (13).

2. El principio mayoritario

El artículo 111 recoge el principio rector de la forma en que debe manifestarse la voluntad social: el principio de la mayoría, sin el cual no sería posible que la Junta adopte acuerdos ni, por tanto, que la sociedad manifieste su voluntad. Al recogerlo, queda desechado el principio de la unanimidad en las sociedades de capital, de las que el modelo típico es la sociedad anónima.

Respecto de la unanimidad, no se trata solo de reconocer la imposibilidad de obtenerla para la toma de decisiones, especialmente en las sociedades de amplia difusión de su accionariado, lo que en última instancia es una cuestión práctica, sino fundamentalmente de evitar que el interés de la sociedad quede subordinado a la voluntad de unos cuantos accionistas. Admitir que solo pueda llegarse a acuerdo en la Junta con el voto unánime es institucionalizar un peligrosísimo derecho de veto a favor de las minorías accionarias que, ciertamente, llevaría a la parálisis de la sociedad, con las graves consecuencias que de ello se desprende. En este sentido se pronuncian separadamente Manuel de la Cámara y María Teresa de Gispert Pastor:

"..el interés común no puede quedar a las expensas de un pequeño grupo disidente... La sociedad descansa sobre unos presupuestos que son distintos de los de los contratos de intercambio. El buen funcionamiento de la sociedad... no puede quedar condicionado por la necesidad de obtener en cada caso la aquiescencia de todos los socios. En trance de elegir, la mayoría es la encargada de interpretar y defender el interés social o interés del grupo, ya tal efecto se la reputa como la "melior pars"... La atribución a la mayoría de facultades decisorias... obedece a la consideración de que no es aconsejable subordinar a la unanimidad el gobierno del grupo. Esta consideración también es extensible a las clásicas sociedades personalistas... (en las que) cada socio compromete íntegramente su patrimonio... pero tal consideración carece de valor cuando se trata de sociedades en las que los socios exponen solamente su aportación (14).

"En las sociedades de capitales... la ley de la mayoría ha desplazado definitivamente en todos los ordenamientos positivos a la ley de la unanimidad, por la sencilla razón de que se considera que aquélla es el instrumento funcional más eficaz para interpretar y tutelar el interés social de una entidad, cuya naturaleza institucional absorbe y desdibuja su naturaleza contractual. Y esa ley de la mayoría, que constituye un principio in derogable, es la que rige también, lógicamente en tema de modificación de estatutos, de tal manera que hay que tener claro que no puede quedar estatutariamente eliminada, mediante una cláusula que subordine la modificación al consenso unánime de todos los socios, ya que ello vulneraría uno de los principios ordenadores del tipo social (15).

Señalada así la necesaria subordinación del órgano supremo de la sociedad al principio mayoritario, debe agregarse que éste tampoco es absoluto. En efecto, existen acuerdos que carecen de validez con prescindencia de que se hayan adoptado respetando el principio de la mayoría.

Interesa destacar el segundo párrafo del artículo 38, conforme al cual "son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias". Esta disposición adquiere una especial importancia en el tema que es materia de este artículo, la modificación del estatuto. Limita la supremacía de la Junta al interior de la sociedad. Si la LGS ha establecido normas rigurosas para que el acuerdo de modificación sea válido, no cabía dejar a la voluntad de la Junta adoptar acuerdos que virtualmente implicaran una modificación estatutaria, sin modificar previamente el estatuto, cumpliendo todos los requisitos de forma y de fondo necesarios para ese efecto.

La norma citada tiene por finalidad cautelar los intereses de los accionistas y de los terceros que se vinculan con la sociedad y, en ese sentido, obliga a la sociedad a cumplir con requisitos de publicidad previos (la debida convocatoria) y posteriores (generales para todo acuerdo modificatorio como la escritura pública y la inscripción registral y particulares para los supuestos previstos en el artículo 200 y en otras normas de la LGS, que generan el derecho de separación del

accionista). A partir del artículo 38, un acuerdo de la Junta que implique una virtual, tácita, implícita o sobreentendida modificación estatutaria adoptado sin cumplir los requisitos del artículo 198 es sancionado con nulidad: Para su validez se requiere que la modificación sea expresa. En este sentido se pronuncia Enrique Elías:

"Los acuerdos en conflicto con el pacto social son nulos, así sean adoptados con las mayorías requeridas por ley, o incluso por unanimidad a funcionamiento de una sociedad debe adecuarse en todo momento a las disposiciones de su estatuto, pues ello es lo que otorga seguridad a socios y terceros. Nada impide que la sociedad modifique previamente su pacto social, si sigue los procedimientos y formalidades previstos para ello, pero no puede adoptar un acuerdo contrario a una disposición estatutaria si antes no la ha modificado. Tal modificación puede darse con anterioridad, o también en la misma Junta en la que se desea adoptar el acuerdo que se encontraba en conflicto con el pacto social (16).

En este mismo contexto, es decir el de la resignación del principio mayoritario, debe situarse el acuerdo que imponga "nuevas obligaciones de carácter económico" al accionista, sin su consentimiento expreso, bien sea en la propia Junta o, posteriormente, de manera indubitable(17).

Aun cuando el interés de la sociedad así lo exija, la Junta se haya convocado e instalado con los requisitos necesarios y se cuente con la mayoría exigida por la ley o el estatuto para modificar el estatuto, el acuerdo de la Junta no confiere a la sociedad capacidad legal alguna para imponer y exigir a los accionistas nuevas obligaciones de carácter económico, pues ello constituiría, una intolerable injerencia de la sociedad en el patrimonio personal e individual de cada uno de ellos. De esta manera, la imposición de obligaciones a uno O más o a todos los accionistas, solo tendrá efectos vinculantes entre éstos y la sociedad, cuando aquéllos las acepten expresamente. Según Enrique Elías:

"Esto tiene una doble vertiente: por un lado, el accionista no responde a título personal por las deudas de la sociedad. Esta última si responde con todos los bienes que pueda tener, pero no sus accionistas. Por otro lado, el accionista, por el mismo principio, no está obligado a aportar a la sociedad otra cosa que el monto convenido para el pago y liberación de sus acciones y cualquier otra suma o aporte que él mismo acepte entregar... Ésta es una disposición que... mejora sustancialmente el texto del primer párrafo del artículo 209 de la Ley anterior, que se refería, ambigualmente, solo a 'obligaciones' y no a obligaciones económicas, que es lo que corresponde'(18).

La expresión "nuevas obligaciones de carácter económico" que contiene la norma que comentamos, solo puede entenderse referida a la imposición de una obligación de los accionistas de efectuar nuevas aportaciones al capital social.

No se refiere a la obligación de pago de los dividendos pasivos, desde que en tal caso se trata de una obligación previa y expresamente asumida por cada accionista a título individual, con carácter vinculante entre él y la sociedad.

Tampoco puede referirse a las denominadas "prestaciones accesorias"; reguladas por el artículo 75, pues estas obligaciones, igualmente, se han creado y surten efectos válidos y exigibles entre las partes (la sociedad y el accionista) con el consentimiento expreso de cada accionista al suscribir el pacto social o, previa o simultáneamente, con el acuerdo de la Junta o, finalmente, con el mismo consentimiento, cuando se trata de su modificación.

Igualmente quedan excluidas las "obligaciones adicionales al pago de la acción a que se refieren los artículos 86 y 102. Su creación en el acto constitutivo o en virtud del acuerdo de aumento de capital, exige que quienes van a suscribir las acciones con obligaciones "...a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación" presten su consentimiento expreso a asumirlas.

Finalmente, el principio mayoritario no resulta ser suficiente para dotar de validez un acuerdo de la junta general de accionistas que afecte los derechos particulares de una clase de acciones. Como se sabe, en cualquiera de los supuestos señalados por los artículos 88 y 132 se exige la previa aprobación por la junta especial de la clase de acciones afectada. Ello por cuanto los titulares de las acciones de la clase de que se trate, han efectuado sus aportaciones en las condiciones establecidas por el respectivo aumento de capital(19), por lo que siempre será requerido el consentimiento previo de dichos titulares para modificar esas condiciones que, además, están establecidas en el estatuto. Cabe precisar que, al interior de la Junta especial, regirá plenamente el principio mayoritario. Debe reiterarse entonces que el primer párrafo del artículo 199 solo puede entenderse referido a los casos en que la Junta, aun con el voto de la mayoría, decide "imponer" a los accionistas la obligación de efectuar nuevos aportes al capital. Podrá acordar válidamente un determinado aumento a ser cubierto con nuevas aportaciones, pero no podrá obligar a los socios a concurrir a él, pues es facultad de éstos hacerlo, a través del correspondiente derecho de suscripción preferente.

3. La teoría de las "bases esenciales" de la sociedad y la de "los derechos individuales" de los accionistas. La consecuencia de su incorporación en la LGS

Ha sido permanente la preocupación doctrinaria de encontrar y definir los límites al poder de la Junta. Para solucionarla se han expuesto dos tendencias tradicionales: la teoría francesa de "las bases esenciales" de la sociedad, elaborada a partir de la concepción contractualista de la sociedad y de criterios jurisprudenciales, y la teoría alemana de "los derechos individuales del accionista". La primera considera que ninguna modificación estatutaria puede acordarse cuando ella altera determinados aspectos que fueron la razón determinante del accionista para integrarse a la sociedad y consintiera en adquirir esa calidad efectuando el respectivo aporte. Bajo la concepción de la sociedad contrato, todas las cláusulas del estatuto resultaban entonces inmodificables pues, para cualquier reforma se requería el voto favorable de todas las partes involucradas o

participantes en el contrato de sociedad. Corresponde a la jurisprudencia francesa el mérito de haber decantado progresivamente el concepto de "base esencial" y de haber determinado, caso por caso, los supuestos que debían considerarse como tales y, consecuentemente, aquellos para los que la unanimidad era requerida.

La teoría alemana entiende que la Junta, aun en su calidad de órgano supremo de la sociedad, no puede, ni siquiera con el voto favorable de la respectiva mayoría, afectar los derechos mínimos que la ley concede al accionista, que adquieren así el carácter de inderogables. Sobre la base de dicha teoría, la Junta carece de competencia para modificar el estatuto, cuando el acuerdo lesiona los derechos individuales de los accionistas.

En la actualidad, la discusión sobre la competencia o el límite de la Junta respecto a si una determinada decisión contraviene la doctrina de las bases esenciales de la sociedad o afecta los derechos individuales de los accionistas, carece de interés, en la medida que la propia ley ha incorporado los supuestos a los que esas doctrinas se referían y, por ello, un acuerdo con los alcances correspondientes, significa una infracción a la ley. Quizá el mejor ejemplo del abandono de la teoría de las bases esenciales y de la admisión de la posibilidad de modificación de cualquier disposición del estatuto, sea el reconocimiento legal de la facultad de la Junta de modificar el objeto social, elemento ciertamente determinante para que una persona decida ingresar a la sociedad en calidad de accionista. Para Garrigues, la ley española de sociedades anónimas de 1951:

"...ha querido borrar cualquier reminiscencia de la doctrina contractualista de la sociedad anónima, a cuyo calor nació el concepto de 'bases esenciales'. Ese concepto encierra una alusión a la voluntad presunta de los accionistas. Supone que el accionista entra en la sociedad teniendo presentes unas determinadas condiciones jurídicas (bases) que constituyen, por tanto, el presupuesto del consentimiento del accionista. Sin este consentimiento tales bases no podrán ser modificadas. En definitiva, la doctrina de las bases esenciales se identifica con la de los derechos individuales del accionista. Pues bien, desde el momento en que esos derechos del accionista han sido recogidos y sancionados por la ley, la doctrina de las bases esenciales queda vacía de contenido. La contradicción a las bases significará, sencillamente, violación de la ley. De esta suerte se elimina un concepto impreciso cuya interpretación por los Tribunales sería siempre peligrosa. Si repasamos la lista de bases esenciales en los autores franceses observaremos que los derechos del accionista que merecen aquel calificativo están incorporados a la ley, y han sido agrupados en este comentario' (20).

El planteamiento de Garrigues está recogido por la LGS actual y lo fue también por la precedente. La doctrina de las bases esenciales en la que, según Garrigues, está comprendida la de los derechos individuales del accionista, resulta incluida en el artículo 200 y en todos los supuestos allí señalados se genera, como única posibilidad de resistencia, el derecho de separarse de la sociedad, por los sujetos legitimados para ello frente a la decisión mayoritaria.

A modo de conclusión sobre este particular, reproducimos la siguiente opinión de Gispert:

"En definitiva, el ordenamiento legal de la sociedad anónima ha permitido superar tanto la vieja concepción de que los límites de la potestad de la Junta en sede de modificación estatutaria residían en el respeto a las llamadas 'bases esenciales de la sociedad', como la más moderna relativa a los denominados derechos individuales del accionista'. Hoy el poder de la mayoría en esta materia debe ser encuadrado en el marco general del régimen jurídico que, centrado en torno a la tipificación de esta clase de sociedad, cumple una función tuitiva del interés social y, con distinta intensidad, de los derechos corporativos de los socios, tanto de carácter individual como de minorías, así como de los intereses extracorporativos de terceros' (21).

4. "La ley" como límite a la capacidad de la junta

Las leyes, evidentemente, un límite ineludible a la soberanía de la Junta. A este respecto, debe señalarse que el artículo 38 sanciona con nulidad los acuerdos societarios "contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres", sea que pretendan o no modificar el estatuto, aspecto que no requiere desarrollo.

Pero no solamente esas leyes limitan la capacidad de la Junta respecto de la modificación estatutaria, sino que tal capacidad también está limitada cuando se trata de acuerdos "cuyo contenido sea contrario a 'esta' ley": o que "incurran en causales de anulabilidad previstas en la ley o en el Código Civil" los que resultan impugnables(22); finalmente, aquellos que pueden ser invalidados mediante la respectiva acción de nulidad por ser "contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil (23). Excede el ámbito de este artículo el análisis de cada una de esas disposiciones, pero no obstante es necesario precisar que, en todos estos casos, la posibilidad de resistir el acuerdo por el accionista se amplía para incluir posibles acciones de impugnación o de nulidad, según corresponda.

Además de tales limitaciones que en modo general y con carácter absoluto se establecen para todos los acuerdos de la Junta, modifiquen o no el estatuto, el artículo 200 establece limitaciones de carácter relativo a la competencia de la Junta. En todos estos casos, estamos frente a acuerdos

"...que no impiden llevar a cabo la modificación estatutaria acordada, pero que, sin embargo, se hallan provistos de ciertas normas de protección para los accionistas disidentes... Las repercusiones sociales de la entrada en juego de estas medidas tuitivas... en los supuestos previstos por la ley puede (n) afectar de manera muy desfavorable los intereses de la sociedad en tanto ésta se verá obligada a reducir su capital... (24).

No se trata entonces propiamente de impedir la adopción válida del acuerdo de reformar el estatuto y ejecutarlo, sino de admitir y regular el efecto "posterior" que

puede causar tal acuerdo: el ejercicio del derecho de separación del accionista disidente, del ausente, del ilegítimamente privado de emitir su voto y del titular de acciones sin derecho a voto.

En este entendido, pasamos a analizar cada uno de los supuestos recogidos por el artículo 200.

5. El cambio del objeto social

El primero de ellos es el del "cambio del objeto social". Si, para adoptar una posición consistente, tomamos como punto de inicio para el análisis, el concepto de "modificación de estatuto" referida en el numeral 3 anterior, en el sentido de que cualquier modificación de forma o de fondo del estatuto está sometida a las rigurosas reglas legalmente establecidas, tendrá que concluirse que cualquier modificación de fondo o de forma del artículo relativo al objeto social es susceptible de generar el derecho de separación.

La expresión "cambio" del objeto social que la LGS ha mantenido trayéndola del artículo 210 de la anterior LGS, que fue tomada a su vez(25) de la Ley Española de Sociedades de 1951, ha sido materia de ardua discusión doctrinaria. María Teresa Gispert señala que la ley española de 1989, buscando dotar de mayor precisión al supuesto de hecho generador del derecho de receso del accionista, reemplazó la expresión "cambio" por la de "sustitución del objeto social":

"Porque debemos recordar que la antigua expresión suscitaba el problema de reconocer cuándo podía hablarse de un verdadero cambio del objeto social, como presupuesto funcional del ejercicio del derecho de separación. Y en este sentido, la doctrina, partiendo del principio de determinación del objeto... que distinguía entre su cambio y la ampliación de las actividades sociales, venía considerando que hay verdadero cambio de objeto en el supuesto de sustitución completa o sustancial de unas actividades por otras, pero no en caso de que se produzca una simple restricción o adición de las mismas (26).

Entre nosotros, el problema señalado no ha encontrado solución en la LGS. y resulta necesario encontrarla, pues la vaguedad de la expresión "cambio" puede ser fuente de problemas para la sociedad, al enfrentarla innecesariamente al riesgo de tener que disponer de parte de su patrimonio para amortizar las acciones de los accionistas legitimados para ejercer el derecho de separación, cuando la Junta adopta la decisión de modificar el objeto social en aspectos realmente intrascendentes. En estas circunstancias, la separación podría, incluso, generar el abuso de ese derecho por algunos accionistas quienes, ante la indefinición legal, encuentran el camino adecuado para separarse de la sociedad.

6. El traslado de sede al extranjero

Como señala Enrique Elías:

"La causal tiene como fundamento el que se torna sumamente difícil para el accionista ejercitar sus derechos de concurrencia, participación y fiscalización de la sociedad, cuando ella se traslada al extranjero (27) .

El domicilio social es una de las menciones que, obligatoriamente, deben señalarse en el estatuto(28) y por él debe entenderse "e/lugar, señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración (29). A su vez, el artículo 29 del Reglamento del Registro de Sociedades precisa que, para efectos registrales, por "lugar" debe entenderse "una ciudad ubicada en territorio peruano, precisándose la provincia y departamento a que dicha ciudad corresponde".

En este contexto, deben quedar excluidos de la posibilidad de ejercer el derecho de separación los siguientes supuestos de modificación estatutaria:

. El cambio de "sede" social, concepto distinto al de "domicilio social debiendo entenderse por sede el lugar específico en el que la sociedad desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración. En el poco probable supuesto de que la sede social, impropriamente, hubiera sido específicamente señalada en el estatuto, sea trasladada al extranjero, la sociedad continuará estando domiciliada en territorio peruano y en este domicilio los accionistas podrán hacer valer sus derechos frente a la sociedad o respecto de ella, si se tratara de emplazarla judicialmente o en la vía arbitral.

. El caso del último párrafo del artículo 20, conforme al cual " la sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país". Obsérvese que para que una sociedad deje de ser considerada domiciliada en el Perú, la LGS exige que, conjuntamente, se cumplan los dos requisitos señalados, esto es el desarrollo de su objeto en el extranjero y la fijación de su domicilio fuera del país. Por ello, no sería suficiente que el acuerdo de modificación estatutaria decida que la sociedad desarrolle su objeto en el exterior para que surja el derecho de receso del accionista, pues será necesario que también se acuerde que la sociedad tenga "domicilio" fuera del país. La razón es la misma que la señalada anteriormente: la sociedad sigue estando, al menos formalmente, domiciliada en el Perú, lugar donde los accionistas pueden ejercer sus derechos o emplazar a la sociedad.

No obstante la conclusión anterior y comprendiendo el caso contrario en que la sociedad decide desarrollar íntegramente su objeto social en el extranjero, sin variar su domicilio nacional, parece oportuno recordar el último párrafo del artículo 200 que dispone: "Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio". En ambos casos, la decisión de la Junta, ciertamente, hará más gravoso para el accionista no solo el ejercicio del derecho de receso, sino en general el ejercicio de todos sus derechos. Dejamos planteado el tema señalando que, en nuestra opinión, por aplicación de la norma indicada, resultaría procedente el ejercicio del derecho de separación.

7. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes

Cuando una persona adquiere acciones emitidas por una sociedad en cuyo estatuto no hay restricción alguna a su transmisión, es consciente de que en cualquier momento puede transferirlas. A su vez, el accionista de una sociedad en la que existen restricciones, sabe que no es posible transferirlas sin cumplir los requisitos establecidos, cuya finalidad es mantener las acciones dentro del grupo de personas que la integran, limitando el acceso a terceros. En cualquiera de estos casos, el acuerdo de la Junta que las impone o que modifica las existentes, afecta sustancialmente una de las razones que lo llevaron a hacerlo.

El texto del inciso que se analiza no es del todo apropiado al establecer el ámbito de aplicación del derecho de separación: la "creación" y la "modificación" de limitaciones a la transferencia de acciones. El acuerdo de la Junta que las "crea" genera el derecho de separación. El que las "modifica", también. Si se plantea el caso de la "eliminación" tendría que concluirse, a partir de una interpretación literal, que la eliminación no queda" comprendida en el supuesto legalmente establecido, pues no es lo mismo "eliminar" que "modificar". No puede descartarse, sin embargo, que se sostenga con fundamento y posibilidad de éxito que el acuerdo de la Junta que elimine las limitaciones estatutarias a las transferencias de acciones, es también susceptible de generar el derecho de separación, pues posibilita el ingreso de terceros, que es, precisamente, lo que se quiso evitar cuando se decidió imponerlas, con la indudable finalidad de que las acciones se mantuvieran dentro de un determinado grupo de accionistas. Hubiera sido pues conveniente que el inciso se refiriera también, de modo expreso, a la "eliminación" como causal del ejercicio del derecho de separación.

Desde otra perspectiva, es claro que la expresión "modificación" tiene que entenderse en su sentido amplio, comprendiendo también a las modificaciones meramente formales, aun las más intrascendentes. Debe tenerse presente esta circunstancia al acordarse la modificación estatutaria de las limitaciones a la transferencia de acciones pues, en cualquier caso, se genera el riesgo de que la sociedad quede obligada a usar los recursos sociales para devolver la prorrata de participación en el patrimonio neto a los accionistas que hagan uso del derecho de receso.

Debe precisarse, de otro lado, que el inciso bajo análisis comprende todos los supuestos que la doctrina reconoce como "cláusulas restrictivas a la libre transferencia de las acciones". Es decir, comprende tanto a las cláusulas de conocimiento, tanteo o preferencia, como a las de consentimiento. A ellas se refiere, indudablemente, el artículo 101. Pero esta norma también comprende otras "limitaciones y prohibiciones", a las que conviene referirse:

. Las limitaciones establecidas en los convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. La circunstancia

de que tales convenios hayan sido puestos en conocimiento de la sociedad, no puede significar que su modificación O eliminación genere para el "disconforme"(30) el derecho a separarse de la sociedad. Se trata en estos casos de convenios que son obligatorios entre quienes los suscribieron y que solo son exigibles a la sociedad "en todo cuanto le sea concerniente". No le concierne a la sociedad la modificación o eliminación de una cláusula limitativa de la transferencia de acciones contenida en un convenio societario, por más que le haya sido debidamente comunicado. Ello es un asunto que solo "conciernen" a los contratantes, que no se origina en el acuerdo de la Junta y que, por esa razón, no puede generar la obligación de devolver el aporte al accionista de que se trate.

. Se plantea la cuestión de la posibilidad del ejercicio del derecho de separación cuando la modificación del estatuto importe establecer limitaciones al "gravamen o a la afectación" de acciones. A partir de una interpretación literal, si el inciso 3 del artículo 200 se refiere taxativamente a las "limitaciones a la transmisibilidad o la modificación de las existentes", como presupuesto legal para que se genere el derecho de separación, sus efectos no pueden ser extendidos al acuerdo de la Junta que establezca o modifique impedimentos o restricciones para gravarlas o a afectarlas, pues la transferencia es un concepto distinto a los de gravamen o afectación.

Sin embargo, es necesario remontarse a la razón de ser de la figura para buscar una solución apropiada. Las limitaciones a la transferencia de las acciones se imponen estatutariamente con la finalidad señalada de impedir el ingreso de terceros, manteniendo las acciones dentro del grupo accionario que decide incorporarlas, haciéndolas obligatorias a todos los accionistas, conforme lo prevé el artículo 111.

En este contexto, debe considerarse que algunos casos de gravamen o afectación de acciones llevan implícita la posibilidad de pérdida de la propiedad de las acciones, a través del mecanismo de enajenación forzosa de las acciones a favor de un tercero. Consecuentemente, como quiera que donde existe la misma razón existe también el mismo derecho, parece necesario concluir que el acuerdo de la Junta que limita las posibilidades de gravar o afectar acciones es generador del derecho de separación cuando el acto de gravamen o de afectación lleve implícita la posibilidad de pérdida de la propiedad de las mismas por su titular.

Igual razonamiento puede seguirse en los casos de cesión de los derechos políticos, señaladamente el de voto. Si se trata de evitar la participación de terceros en la sociedad, sea en la propiedad o en el manejo de la misma, admitir que se pueda ceder el derecho mencionado es afectar la esencia de la figura. En este caso, el interés social prima sobre el individual. No obstante, aunque parezca un contrasentido, el acuerdo es generador del riesgo de uso de los recursos sociales para cancelar al accionista disconforme su prorrata de participación en el patrimonio neto.

8. El derecho de separación en "los demás casos que lo establezcan la ley o el estatuto"

El legislador, sin embargo, no asume que los supuestos de los tres primeros incisos son los únicos en los que puede operar el derecho de separación. En este sentido, el inciso 4 admite la separación en los demás casos previstos en '1a ley o el estatuto': Respecto de los primeros, o sea los supuestos señalados en la ley, en la LGS se encuentran los siguientes:

Aunque puedan encontrarse razones para considerar que no se trata del derecho de separación de un "accionista" que todavía no tiene plenamente tal calidad, pues la sociedad aún no se ha constituido, el artículo 63 permite que el suscriptor que no acepte la modificación del programa de fundación, se separe de la sociedad.

El supuesto del artículo 76, conforme al cual el socio que ha hecho aportes no dinerarios, puede separarse "del pacto social": cuando la revisión del valor de ese aporte demuestra que el valor asignado es inferior en 20%.

El artículo 244 que permite la separación del accionista de una sociedad anónima cerrada cuando "no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente". Estrictamente, ambos casos están comprendidos en el inciso 3 del artículo 200, no obstante lo cual el legislador ha considerado conveniente reiterarlo como regla propia de las sociedades anónimas cerradas.

El artículo 262 que permite la separación de los accionistas "que no votaron a favor del acuerdo"(31) de excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones u obligaciones que la sociedad tiene inscritas en dicho registro y ello determina que la sociedad pierda la calidad de sociedad anónima abierta y que deba adaptarse a otra "forma"(32) de sociedad anónima.

El artículo 338 que permite la separación en la transformación de la sociedad.

El artículo 356 en el caso de fusión de la sociedad.

El artículo 385 para la escisión y, finalmente,

El derecho de separación que se reconoce al accionista de la sociedad irregular en el artículo 427, cuando la Junta no acceda a regularizar o disolver la sociedad que tiene esa calidad.

En cuanto a los segundos, es decir los casos en que procede el ejercicio del derecho de separación por haber sido señalados expresamente por el estatuto, la casuística puede ser interminable pues depende de la voluntad de los accionistas, fundadores o no, establecer la o las circunstancias en que puede ejercerse tal derecho. El inciso que se analiza parece ser una reminiscencia de la teoría de las bases esenciales, surgida a su vez de la consideración de que la sociedad es un contrato o, alternativamente, como la inserción en el esquema de la sociedad anónima de aspectos propios de las sociedades de personas. Puede suceder, en un caso evidentemente extremo, que los socios dispongan en el estatuto que la modificación de cualquiera de sus cláusulas (y no solo de las establecidas en el

artículo 200) permite la separación del accionista disconforme. °, también en el extremo, que procede la separación cuando la Junta acuerda incluir en el estatuto nuevos casos en los que se admite el ejercicio del derecho de separación. La motivación de cualquiera de esas cláusulas siempre será la misma: el grupo inicial o el grupo actual de accionistas que decide que en esa sociedad no debe admitirse el ingreso de terceros.

Sobre el particular, nosotros consideramos que esta posibilidad debe ser eliminada en una modificación posterior de la LGS. Primero, por cuanto significa la inserción, en grado extremo, de rasgos típicos de las sociedades de personas en la sociedad anónima, típica sociedad de capitales, rasgos que pueden admitirse a título de excepción y sin distorsionar la esencia fundamental de la anónima. En segundo lugar, por cuanto constituye en sí misma una fuente de posibles abusos por los accionistas de sus derechos en perjuicio de la sociedad al enfrentarla al riesgo de tener que aplicar los recursos sociales para cancelarles la respectiva prorrata de participación en el patrimonio neto que es de todos los accionistas; y finalmente, porque significa, más directa que indirectamente, la readmisión del principio de la unanimidad en las votaciones de la Junta.

9. La delegación de la facultad de modificar el estatuto en el órgano de administración

El último párrafo del artículo 198 señala: "Con los mismos requisitos la junta general puede acordar delegar en el directorio o la gerencia la facultad de modificar determinados artículos en términos y condiciones expresamente señaladas".

La norma ha superado la discusión doctrinaria respecto a la posibilidad de que la Junta delegue en el directorio o en la gerencia (33) la reforma estatutaria.

En muchas oportunidades, la modificación estatutaria puede revestir dificultades o inconveniencias de diversa índole que aconsejan la delegación en el órgano administrador, dentro de los parámetros y límites que la Junta disponga. No debe entenderse la norma en el sentido de que solo admite la delegación una mera facultad de redacción. Es más amplia y, en ese sentido, la delegación puede comprender la definición de los límites que correspondan al sentido ya la intención declarada de la Junta.

En otras palabras, desde que la norma no distingue entre unas y otras, sea que se trate de modificaciones sustanciales o meramente formales, la delegación es posible y válida, siempre que haya sido acordada cumpliendo los requisitos formales del artículo 198. Es válida incluso cuando se trata de los acuerdos que originan el derecho de separación del accionista, previstos en el artículo 200.

La facultad de delegar no es, empero, irrestricta. La LGS exige que al acordar la delegación, la Junta precise los artículos del estatuto que serán materia de la reforma, así como los "términos y circunstancias" en que podrá hacerse uso de la facultad delegada, expresión que incluye la redacción misma del artículo

respectivo. A su vez, en el ejercicio de esta facultad, el delegado debe respetar esos límites, asumiendo las respectivas responsabilidades frente a la sociedad en los términos señalados por los artículos 177 y 189, según se trate del Directorio o de la gerencia,"

De otro lado, conviene revisar con más detalle la expresión "con los mismos requisitos" que contiene el último párrafo del artículo 198. Si se revisan, tales requisitos, surge la duda respecto al inciso 1 conforme al cual es necesario "expresar en la convocatoria de la junta general, con claridad y precisión, ", los asuntos cuya modificación se someterá a la Junta': La cuestión es determinar si debe expresarse en la convocatoria a la Junta, que se someterá a su decisión la delegación en el órgano administrador.

No queda duda de que si se trata de modificar uno o más artículos determinados, tal circunstancia debe expresarse con claridad y precisión en la convocatoria. Pero, ¿será válido el acuerdo de delegación cuando la Junta delibera pero no toma la decisión precisa sobre tal modificación y, antes bien, sin haber sido expresamente considerado en la convocatoria decide delegar la facultad en el órgano administrador? Nos inclinamos por una respuesta positiva.

De una parte, es claro y está expresamente previsto que no es posible que la Junta trate asuntos distintos a los señalados en la convocatoria (34), lo que llevaría a concluir que si la delegación no está prevista como tema de agenda de la Junta no podría deliberar sobre ella ni, por tanto, adoptar un acuerdo.

Sin embargo, consideramos que no se infringe el requisito de claridad y precisión exigido por el artículo 198, cuando se trata de un asunto directamente relacionado con el que es materia de la convocatoria. No debe considerarse a ésta como un límite inderogable a la facultad y competencia de la Junta. Sí lo es, en cambio, cuando la Junta delibera y decide sobre un tema completamente distinto al que es materia de la convocatoria pero no, repetimos, cuando se trata de un tema directamente relacionado. Tal es, en nuestra opinión, el correcto sentido del último párrafo del artículo 116. Si no fuera así, la Junta podría quedar maniatada a una convocatoria de literalidad insuficiente causada, en la mayoría de los casos, inadvertidamente. Ello generaría, a su vez, el despropósito de tener que efectuar una nueva convocatoria y una nueva Junta, para tratar un tema directamente relacionado con otro que ya fue materia de decisión en una Junta anterior.

El tema ha quedado definido por el artículo 44 del Reglamento del Registro de Sociedades (35), en adelante el Reglamento, que establece: "El registrador no debe inscribir acuerdos sobre asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria o que no se deriven directamente de éstos, salvo en los casos expresamente previstos en la ley". Esta disposición deriva de varios casos resueltos por el Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, que, revocando la observación del registrador, ordenó la inscripción registral de acuerdos correspondientes a asuntos no consignados en la convocatoria, tales como: (i) la modificación del artículo estatutario correspondiente al capital, adoptado en la Junta que decidió aumentar el capital; (ii) la designación de

representantes para suscribir los documentos públicos y privados necesarios para inscribir acuerdos adoptados en la misma Junta; (iii) el ejercicio de la facultad delegada en el directorio para fijar los términos y condiciones de un aumento de capital cuyo monto había sido determinado en la Junta que fue convocada para decidir el aumento, pero no para delegar sus facultades en el directorio. El tribunal revocó la decisión del registrador y ordenó la inscripción, basándose precisamente en el criterio de tratarse de temas directamente relacionados entre sí. Específicamente, en este último caso el sustento del tribunal fue el siguiente:

"Que, en ese sentido, resulta ser que el acuerdo de delegación de facultades en el directorio fue una consecuencia del acuerdo de aumento de capital adoptado por la junta general, no pudiendo en vía de interpretación del art 208 inciso 1 de la LGS (36) exigirse que la agenda deba contener todas las posibilidades que puedan derivarse de cada asunto, ni los especiales detalles del tema, sus modalidades y consecuencias, bastando con que los acuerdos quepan sustancialmente en los términos de la convocatoria (Garrigues) (37).

Por las consideraciones anteriores, debe concluirse que es válido el acuerdo de la Junta (convocada expresamente para modificar uno o más artículos estatutarios) que delega en el órgano administrador la facultad de hacerla aun cuando esto último no hubiera sido expresamente consignado en la convocatoria.

10. El derecho de separación de los socios en el proceso de insolvencia(38)

De conformidad con el artículo 200, si la junta de accionistas aprueba el cambio del objeto social, el traslado del domicilio al extranjero, la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o modifica las existentes, el accionista afectado con tal decisión podrá ejercer su derecho de separación de la sociedad observando las formalidades fijadas en el citado dispositivo legal. El derecho de separación también resultará aplicable en los demás casos previstos en la ley o en el estatuto.

En cualesquiera de los casos antes indicados, el ejercicio oportuno y legítimo del derecho de separación determina el reembolso de las acciones de titularidad del accionista afectado conforme al valor que acuerden el accionista y la sociedad o, a falta de acuerdo, según los criterios de valorización fijados en la norma antes mencionada. Para estos fines, la ley ha señalado que la sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo perentorio, incluyendo los intereses compensatorios y moratorios que correspondan. Si el reembolso invocado por el accionista que ejerció el derecho de separación conlleva un riesgo de estabilidad en la sociedad o si ésta no se encuentra en posibilidad de efectuarlo, los plazos y forma de pago de las acciones sujetas a reembolso serán determinados judicialmente.

Puede advertirse que la disposición antes indicada no ha previsto, en el caso específico de las sociedades declaradas en insolvencia por incapacidad para

afrontar el pago de sus obligaciones, cuáles serán las consecuencia derivadas del ejercicio del derecho de separación por un accionista contrario a alguna de las decisiones establecidas en el artículo 200, que sea adoptada por la respectiva junta de acreedores. En ese sentido, no se ha dispuesto si la adopción del acuerdo cuestionado determinará que la sociedad se vea obligada a reembolsar, dentro del plazo de ley, el valor de las acciones del socio separado o si, por el contrario, la pretensión económica del derecho de separación quedará supeditada a la previa cancelación de las obligaciones comprendidas en el proceso de insolvencia de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 48 del Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley de Reestructuración Patrimonial, la junta de acreedores asume la competencia de la junta de accionistas en todo lo referente a la administración de la sociedad, pudiendo, en consecuencia, tomar cualesquiera de las acciones referidas en el artículo 200.

Aun cuando el derecho de separación del accionista se generaría en virtud de las decisiones que tome la junta de acreedores sobre los temas antes indicados, creemos que ante dicha hipótesis no resultarían aplicables los procedimientos establecidos en la legislación societaria orientados al pago del valor de las acciones de titularidad del accionista que ejerce el derecho de separación, pues implicaría la contravención de normas de orden público referidas a la prelación de pagos que debe observar toda sociedad declarada en insolvencia.

Así, conforme al artículo 78 del citado T.U.O., solamente cuando se haya pagado la totalidad de los créditos adeudados a los acreedores reconocidos en el proceso de insolvencia, el liquidador respectivo entregará a los accionistas de la sociedad insolvente las sumas remanentes que correspondan. En tanto exista deuda concursal pendiente de cancelación, conforme a la citada norma, los accionistas no pueden ejercer pretensión de cobro contra la sociedad, incluyendo el supuesto del ejercicio del derecho de separación previsto en el artículo 200.

Si bien algunos consideran necesaria la modificación del artículo 200 con el propósito de establecer expresamente que el derecho de separación en las sociedades insolventes no generará la obligación de reembolso del valor de las acciones, sino hasta que se haya cancelado la totalidad de la deuda concursal, consideramos que lo previsto en el artículo 78 del T.U.O. constituye fundamento suficiente para subordinar el pago al accionista del crédito derivado del derecho de separación al pago integral de las obligaciones comprendidas en el proceso de insolvencia. No obstante ello, sí creemos que es necesario precisar que lo señalado en la citada norma concursal también será de aplicación durante los procesos de reestructuración patrimonial, pues el artículo 78 en mención está contenido en la regulación referida a la liquidación de las sociedades insolventes.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DENOMINACIONES SOCIALES, LOS NOMBRES COMERCIALES Y LAS MARCAS

José BARREDA ZEGARRA

Establecía la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123(1) que el contrato social debía expresar la denominación o la razón social de la empresa a ser constituida, consignando el artículo 71, segundo párrafo (referido a la Sociedad Anónima), que la sociedad anónima a constituirse no podía adoptar una denominación igual a la de otra sociedad preexistente, facultándose a los afectados a iniciar una acción para obtener la modificación de la denominación social, de conformidad con el procedimiento señalado para los incidentes. La ley no contenía disposición similar a la del artículo 71 para los otros tipos de sociedades pero, por extensión, los Tribunales de Justicia hacían extensivo tal precepto cuando se adoptara por una empresa una razón social igual a la de otra preexistente.

A pesar de que el artículo 71 de la Ley General de Sociedad prohibía la adopción de una razón social igual a la otra preexistente, los Tribunales desarrollaron jurisprudencia admitiendo demandas de modificación de razón social cuando éstas estaban fundamentadas en derechos de propiedad industrial (marcas de productos o servicios previamente registrados en el Perú) en reconocimiento a derechos de denominación social o razón social similar de empresas constituidas en el Perú o de empresas con razón social idéntica o similar constituidas en países con los cuales el Perú tenía celebrados convenios de protección a los derechos de propiedad industrial y de nombre comercial(2). Así, la Corte expresamente declaró que "asiste igual derecho la situación de la demandada (sic) aun cuando no se trate de una empresa constituida en el país".

La nueva Ley General de Sociedades(3) tiene, frente al tema, una aproximación distinta. Ha definido, lo que es correcto, lo que es la denominación o razón social, distinguiendo la una de la otra, estableciendo la necesidad de que toda sociedad que se organice de acuerdo a la ley tenga una denominación o razón social, cuidando de proteger derechos de terceros para accionar contra quien, indebidamente, adopta una denominación completa o abreviada o una razón social semejante a otra preexistente o que contenga "signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derecho de autor", prohibiendo al mismo tiempo la inscripción de una sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente.

Este breve estudio pretende, más que analizar la disposición del artículo 9 de la nueva Ley General de Sociedades sobre lo que constituye una denominación o razón social, hacer unas breves anotaciones respecto de los alcances de los

derechos que tienen los titulares de signos distintivos protegidos por la Ley de Propiedad Industrial o elementos protegidos por derechos de autor, incluyendo aquellos que derivan de nombres comerciales no registrados, de nombres comerciales o denominaciones sociales de empresas no registradas o constituidas en el extranjero.

I. DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL. NOMBRE ABREVIADO

Es reconocido que la doctrina distingue los conceptos de "denominación social" y "razón social" y sobre tal distinción no existe cuestionamiento alguno. Para la ley, la denominación social es aquella que le queda asignada a las sociedades de responsabilidad limitada en tanto que la razón social es aquella que le queda asignada a las sociedades de responsabilidad ilimitada. En ambos casos, el nombre que la sociedad adopte tiene por propósito exclusivo individualizarla, distinguirla de las demás sociedades que existen en el mercado y, a partir de tal identificación, lograr la identificación y responsabilidad en algunos casos que los accionistas, los socios o los directivos pudieran tener por las deudas sociales o por estar en la obligación de asumir las responsabilidades generadas por la sociedad. Ballón(4) menciona que la denominación puede ser subjetiva u objetiva, la denominación subjetiva estando identificada con el concepto de razón social en tanto queda integrada con el nombre de los socios o de alguno de ellos, mientras que la denominación objetiva hace referencia a las actividades económicas incluidas en el objeto social o, inclusive, la denominación llamada de fantasía. Así, las sociedades de responsabilidad limitada pueden tener una denominación objetiva o una denominación subjetiva, pero las sociedades de responsabilidad ilimitada tienen siempre una denominación subjetiva, independientemente de la forma de organización empresarial que se haya adoptado. En tal sentido, la doctrina acepta que no es usual que en una denominación subjetiva aparezca, además, referencia a la actividad económica que constituye el objeto social.

En todo caso, de una correcta lectura del artículo 9 de la ley resulta claro que para la adopción de una denominación social no se establecen parámetros ni limitación alguna, pudiendo adoptarse cualquier denominación que los fundadores de la sociedad tengan por bien elegir para que distinga a la sociedad en su actividad mercantil. Tampoco existe, dentro del marco de la ley, parámetro ni limitación en cuanto a la adopción de una razón social salvo que debe necesariamente incluir el nombre de todos o uno de los socios que la compongan, pudiéndose agregar un nombre de fantasía o nombres evocativos sobre la actividad económica a que se dedicará la sociedad. Al mismo tiempo, la sociedad de responsabilidad limitada puede adoptar una denominación abreviada (lo que no le está permitido a una sociedad de responsabilidad ilimitada que se identifica bajo razón social) con libertad total, siempre que tal abreviación fluya de la actividad completa. A título de ejemplo, una sociedad bajo la denominación social de Cámara de Agricultores S.A. puede adoptar la forma abreviada de Camagri S.A. pero no la de Deere S.A. En todo caso, el único parámetro que establece la ley es que (i) no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igualo

semejante a la de otra sociedad preexistente, (ii) no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones públicas, y (iii) no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor.

Queda a salvo, en el primer y tercer caso, el derecho de los socios fundadores de demostrar legitimidad para adoptar la denominación o razón social. De conformidad con la ley, si se intenta adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente, recae en el registrador la obligación de observar la inscripción de dicha sociedad, no pudiendo el registrador observar la inscripción de una sociedad con denominación completa o abreviada o razón social parecida o semejante a la de otra sociedad preexistente. En este caso, al igual que en los casos de adopción de denominación o razón social que contenga signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, procede el registro de la sociedad con cargo a que los afectados demanden la modificación de la denominación social o razón social por el proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

Una primera distinción que hay que hacer en el artículo 9 respecto de su antecedente legislativo el que en la Ley N° 16123, solo se prohibía la adopción de una denominación social igual a la de otra sociedad preexistente. El texto del artículo 9 de la actual ley establece que la prohibición alcanza a cualquier nombre, igualo semejante, de manera que se amplía considerablemente el nivel de protección. Por supuesto, la pregunta que surge es si los niveles de semejanza a que se refiere el artículo 9 de la Ley General obedecen a criterios idénticos o similares a los criterios de semejanza, similitud o confusión que la doctrina y legislación han adoptado para la propiedad industrial.

La nueva Ley General de Sociedades, al ampliar los niveles de protección concediendo facultades a los titulares de derechos de propiedad industrial o a los titulares de elementos protegidos bajo la norma de derechos de autor a accionar contra entidades que hayan adoptado como denominación o razón social un nombre idéntico o similar, ha reconocido la necesidad de prestar atención a la forzosa relación entre denominaciones sociales, nombres comerciales, rótulos de establecimientos y marcas, todos ellos signos distintivos de obligatorio empleo (además de constante o permanente) en la actividad mercantil. Como hemos mencionado, una interpretación literal del artículo 71 de la Ley General N° 16123 no permitía accionar contra quien hubiese adoptado una denominación semejante a la de otra sociedad preexistente y tampoco permitía accionar contra quien hubiese adoptado como denominación social un signo que resultara ser idéntico o semejante a un elemento de propiedad industrial o elemento protegido bajo las normas de derechos de autor. Solo el desarrollo jurisprudencial por los tribunales permitió, en limitadas circunstancias, extender los niveles de protección a que se refería el artículo 71 de dicha ley.

Las disposiciones que contiene la nueva Ley General de Sociedades responden a naturales observaciones por agentes económicos que, a mérito de una restrictiva redacción de la Ley N° 16123, quedaban expuestos a una violación de sus derechos de propiedad industrial 11.

BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACION PROPIEDAD INDUSTRIAL. DECISIÓN 4 COMUNIDAD ANDINA.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina(5) consigna como elementos de propiedad industrial, de interés para estos comentarios, a las marcas (tanto de productos como de servicios, las marcas colectivas y las marcas de certificación), al nombre comercial, a los rótulos o enseñas y a las indicaciones geográficas, en tanto que la Decisión 351 de la Comunidad Andina(6) consigna las diversas obras y creaciones que son objeto de protección bajo la norma del derecho de autor.(7) En líneas generales, pocas pueden ser las circunstancias donde las normas de derechos de autor sean aplicables para determinar mejores derechos sobre una denominación social o razón social. En este breve trabajo, no nos extenderemos sobre la forma en que se regulan jurídicamente los signos distintivos ni los derechos de autor sino solo haremos una breve referencia en cuanto a la vinculación de estos signos con los derechos sobre la denominación social y la razón social a efectos de establecer en qué circunstancias los unos prevalecen sobre los otros.

La experiencia ha indicado que entre las denominaciones o razones sociales, marcas, nombres comerciales y rótulos, existen cada vez mayores coincidencias. En algunos casos, determinadas sociedades están constituidas bajo una denominación social o razón social donde, intencionadamente, se ha optado por un nombre o denominación que resulta ser idéntico o similar a uno notoriamente conocido, de origen extranjero; en otros casos, se han adoptado como denominación o razón social signos que son idénticos o similares a marcas debidamente registradas y, a veces, consideradas como marcas notorias. Por último, no son pocas las oportunidades en que se han adoptado, como denominación o razón social, nombres que resultan ser similares o idénticos a unas marcas, actuándose sin embargo de buena fe. En cualquier circunstancia, quedamos obligados a hacer referencia a que las disposiciones de la Ley General de Sociedades no establecen distinción alguna respecto a las consecuencias que derivan de la adopción de una denominación social o razón social por buena o mala fe, quedando ambas sancionadas de igual manera.

No existe ninguna duda de que el titular de un elemento de propiedad industrial, como marca, nombre comercial o rótulo, queda grandemente afectado si una sociedad accede al Registro Mercantil bajo una denominación social. La razón social idéntica o semejante. Resulta más preocupante cuando esa sociedad, bajo dicho nombre, desarrolla una actividad económica u objeto social comercializando productos o servicios idénticos o complementarios a aquellos productos y servicios que están identificados por el elemento de propiedad industrial y donde, por el aprovechamiento de dicha denominación o razón social, se deriva en beneficio de la sociedad un aprovechamiento indebido -y a veces fraudulento- de la reputación

ajena. Las posibilidades de que se adopte una denominación o razón social idéntica o similar a la de una marca previamente registrada por tercero se acrecientan cuando, en la práctica, se procede a registrar la constitución de una sociedad sin que el registrador o los fundadores previamente confronten si el nombre adoptado importa o afecta un derecho sobre un elemento de propiedad industrial registrado o protegido. El conflicto entre una denominación social o razón social y una marca, nombre comercial o rótulo, nace por la inexistencia de un mecanismo que regule los derechos de los unos frente a los otros, dejando al titular de un elemento de propiedad industrial la decisión de si inicia o no una acción para el cambio o modificación de dicho nombre, si se entera de ello. Pero igualmente se puede dar la circunstancia inversa, es decir, cuando la inscripción prioritaria es la de la denominación social y la razón social y la marca o rótulo se inscribe con posterioridad en el Registro de la Propiedad Industrial o el uso sobre un nombre comercial se inicia con posterioridad a la adopción de la denominación. Las soluciones, al amparo de un uso o derecho sobre una denominación o sobre un elemento de propiedad industrial, son distintas en función de la inscripción prioritaria.

III. DE LA FORMA COMO SE ADQUIEREN DERECHOS SOBRE LOS ELEMENTOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

De conformidad con la doctrina y la legislación, los derechos de propiedad industrial se adquieren, usualmente, por el registro. Así, en el caso de las marcas -tanto de productos como de servicios, colectivas o de certificación-, el derecho de uso exclusivo se adquiere por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente (8). Pero los derechos sobre un nombre comercial, entendido éste por el nombre que identifica un establecimiento donde se lleva a cabo una actividad económica, se adquieren por su primer uso en el comercio y terminan cuando cesa el uso del nombre o cesan las actividades de la empresa o del establecimiento que lo usa(9). Finalmente los derechos sobre los rótulos o de las enseñas se rigen de conformidad con las normas y disposiciones relativas al nombre comercial donde, por tanto >y el derecho adquiere por su primer uso en el comercio.

Fluye de lo anterior que, para efectos de exigir respeto de los derechos de propiedad industrial -referidos a las marcas-, debe existir previamente un registro, donde tal registro constituye alguna forma de publicidad. Cualquier persona que pudiera estar interesada en adoptar un signo, como marca, para distinguir determinados productos y servicios, tiene siempre la posibilidad de verificar previamente a la adopción del signo como marca si este signo ha sido adoptado por tercero para distinguir productos o servicios similares. En el caso del nombre comercial, sin embargo, la situación es distinta. Al ser el registro optativo, y nacer el derecho a partir del uso del nombre comercial, no existe una publicidad o forma certera de investigar si existe un derecho previo sobre un nombre comercial. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han determinado que los derechos sobre un nombre comercial no registrado están, salvo casos excepcionales, circunscritos al

área o territorio de influencia de ese nombre comercial. Se reconoce, como excepción, la necesidad de proteger los nombres comerciales notoriamente conocidos cuando, en virtud de poder causarse al titular un daño económico o comercial injusto, se prohíbe la adopción de un nombre comercial idéntico o similar aun cuando el uso de dicho nombre comercial se dé en una región distinta al uso del nombre comercial notoriamente conocido.

Como primera conclusión podremos afirmar que los derechos sobre elementos de propiedad industrial pueden ejercerse de manera distinta y podrán tener efectos distintos frente a la adopción por un tercero de una denominación o razón social igualo semejante, y las propuestas aparecerán en los siguientes párrafos de este breve estudio.

IV. LA PRELACIÓN DE LA MARCA RESPECTO DE LA DENOMINACIÓN SOCIAL O RAZÓN SOCIAL

La Ley General de Sociedades, en su artículo 9, reconoce los derechos de un titular de un elemento de propiedad industrial o de un titular de un elemento protegido bajo la Ley de Derechos de Autor frente a la sociedad que pudiera haber adoptado una denominación completa o abreviada o razón social que contenga signos distintivos o derechos de autor protegidos por las disposiciones antes mencionadas. La ley, en su texto, no ha consignado la preferencia o la naturaleza de acción que una sociedad titular de una denominación social o razón social pudiera tener respecto de un tercero que, con posterioridad a la constitución de tal sociedad, adoptara como signo distintivo la denominación o razón social. Se tratarán, a continuación, solo los aspectos vinculados con la acción que el titular de un elemento de propiedad industrial o de derechos de autor pueda tener contra la sociedad que adopta, como denominación social o razón social, uno que contenga tal elemento protegido.

Nótese que el artículo 9 de la ley, al consignar que no puede adoptarse una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga signos distintivos o derechos de autor, no ha limitado la acción en favor de aquella persona o institución que tenga derechos sobre signos iguales. En rigor, al establecer que la acción de modificación de la denominación o razón social le cabe a aquella persona cuyo signo está contenido en una denominación o razón social, se reconocen las siguientes posibilidades:

1. Que la denominación social, completa o abreviada, o la razón social sea idéntica a la de un signo distintivo protegido.
2. Que la denominación social, completa o abreviada, y la razón social incorporen, como parte integrante de tal denominación social o razón social, el signo distintivo protegido al que se le agreguen, además, algunos otros elementos que coadyuven a establecer una identidad.

3. Que la denominación social o razón social sea similar al signo distintivo o derecho de autor.

Nótese, además, que la ley ha establecido la prohibición de adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga signos distintivos protegidos por los derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por los derechos de autor, obviando hacer referencia a que los signos deben estar registrados. Para el caso de los derechos de autor, donde los derechos nacen por su adopción y no por su registro, la utilización de la palabra "protegidos" coincide plenamente con la naturaleza de la protección que se les da a estos derechos donde el registro no es constitutivo sino solo declarativo de la existencia de un derecho. Pero la utilización de la palabra "protegidos", en lugar de "registrados" cuando se trata de signos distintivos, permite que, en determinadas circunstancias, el titular de un signo distintivo no registrado pudiera accionar contra una sociedad que ha adoptado como denominación social completa o abreviada o como razón social uno idéntico o uno que contenga tal signo distintivo protegido.

Caso 1.- Una sociedad o persona natural tiene derechos registrales sobre un signo distintivo, KOLKA, para distinguir productos de vestir. El titular de la marca KOLKA, además, utiliza tal signo respecto de ropa o vestimenta para hombres, mujeres y niños, y comercializa productos bajo esa marca a nivel nacional. Una sociedad adopta como denominación social la de Kolka SACo e incorpora, dentro de su objeto social, las actividades de comercialización de todo tipo de prendas y productos textiles. En esta circunstancia, el titular del signo distintivo KOLKA tendrá derecho de acción contra la sociedad a efectos de que ésta modifique su denominación social, en tanto que existe una identidad entre el signo distintivo y la denominación social adoptada y existe una identidad respecto de los productos identificados por el signo distintivo y el objeto social a que se dedicará la sociedad constituida.

Caso 2.- Una empresa o persona natural es titular de la marca KOLKA para distinguir productos de vestir. El titular de la marca KOLKA, además, utiliza tal signo respecto de ropa o vestimenta para hombres, mujeres y niños, y comercializa productos bajo esa marca a nivel nacional. Una sociedad adopta como denominación social la de Kolka S.A.C. y detalla., como objeto social, la fabricación y comercialización de artículos de ferretería, maquinaria manual e industrial. En esta situación y si aplicamos los conceptos de confusión a que se refiere la Decisión 486 de la Comunidad Andina, y, en particular, los derechos que tal norma le confiere al titular de una marca para accionar contra un tercero que opta por un signo idéntico o similar para productos o servicios idénticos o similares, tendríamos que concluir que, a pesar de la identidad entre el signo distintivo y la denominación social, no le cabría al titular de ese signo distintivo acción alguna frente a la sociedad ni podría exigirle la adopción de una denominación social no confundible. Es necesario precisar que la doctrina, al momento de analizar el concepto de confusión para prevenir el registro de signos distintivos, establece que, en adición a la identidad o semejanza entre los signos, deben tratarse de los mismos productos o servicios o productos o servicios

respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación. En el caso comentado no habría la posibilidad de asociar los productos de ferretería o la maquinaria con la vestimenta, y no habría la posibilidad de causar un riesgo de confusión entre el consumidor potencial de uno u otro producto.

Caso 3.- Una empresa o persona natural es titular de la marca KELKO para distinguir productos de vestir. El titular de la marca KELKO, además, utiliza tal signo respecto de ropa o vestimenta para hombres, mujeres y niños, y comercializa productos bajo esa marca a nivel nacional. Una sociedad se constituye adoptando como denominación social la de Inversiones y Desarrollos Empresariales Kelko Power S.A.C., señalando como objeto social el de fabricación y comercialización de todo tipo de prendas de vestir y artículos textiles en general, incluyendo tejidos, telas, hilos e hilados. A diferencia de los casos 1 y 2 donde existe una identidad entre el signo distintivo y la denominación social, en este caso la sociedad constituida incorpora o contiene en su integridad el signo distintivo, habiéndole agregado fonemas tipo descriptivo (Inversiones y Desarrollos Empresariales) y un elemento distintivo (Power) con el objeto de crear una denominación social que, en lo posible, se aleje en cuanto a similitud del signo distintivo registrado. En este caso, estamos frente a una situación donde la marca registrada y protegida distingue productos textiles y especialmente ropa y vestimenta, y la sociedad tendrá como objeto social la fabricación y comercialización de esos productos además de otros productos textiles. La ley, al establecer que no puede organizarse una sociedad adoptando como denominación social una que contenga el signo distintivo, sancionaría la constitución de la empresa bajo el nombre de Inversiones y Desarrollos Empresariales Kelko Power SAC. en tanto contiene el signo distintivo KELKO, siempre que, analizando los conceptos de confusión aplicables para la Ley de Marcas, se determine que KELKO y KELKO POWER (los dos únicos elementos distintivos de la denominación social) no resultan ser confundibles. La acción de cambio de denominación social procedería si, dentro del proceso, se presentan argumentos que convencerían a la autoridad de la existencia de un riesgo potencial de confusión entre el consumidor de un producto y el consumidor de los productos que fabrique y comercialice la sociedad constituida adoptando como denominación el signo registrado por la marca.

Caso 4.- Una sociedad es titular de la marca KELKO para distinguir vestimenta. El titular de la marca KELKO, además, utiliza tal signo respecto de ropa o vestimenta para hombres, mujeres y niños, y comercializa productos bajo esa marca a nivel nacional. Se constituye una sociedad bajo la denominación social de Inversiones y Desarrollos Empresariales Kelko Power S.A.C., señalándose como objeto social el de fabricación y comercialización de artículos de ferretería, máquinas industriales y vehículos para uso industrial y minero. En esta situación y si aplicamos los conceptos de confusión a que se refiere la Decisión 486 de la Comunidad Andina, y, en particular, los derechos que tal norma le confiere al titular de una marca para accionar contra un tercero que opta por un signo idéntico o similar para productos o servicios idénticos o similares, tendríamos que concluir que, a pesar de constituirse la sociedad bajo la denominación social que incorpora o contiene el

signo distintivo, no le cabría al titular de ese signo distintivo acción alguna frente a la sociedad ni podría exigirle la adopción de una denominación social no confundible. Es necesario precisar que la doctrina, al momento de analizar el concepto de confusión para prevenir el registro de signos distintivos, establece que, en adición a la identidad o semejanza entre los signos, deben tratarse de los mismos productos o servicios o productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación. En el caso comentado no habría la posibilidad de asociar los productos de ferretería o la maquinaria con la vestimenta y no habría la posibilidad de causar un riesgo de confusión entre el consumidor potencial de uno u otro producto.

Caso 5.- Una sociedad es titular de la marca KELKO para distinguir vestimenta. Se constituye una sociedad bajo el nombre Kelko SAC. o bajo el nombre Inversiones y Desarrollos Empresariales Kelko Power SAC., señalando como objeto social la fabricación Y comercialización de artículos de ferretería, máquinas industriales y vehículos para uso industrial y minero. Dos años después de la constitución de esta sociedad, los accionistas modifican los estatutos sociales, en particular, el artículo pertinente al objeto social. y amplían el mismo a efectos de realizar actividades de importación, promoción, publicidad y comercialización de todo tipo de artículos textiles. Se publica en el Diario Oficial El Peruano, y en otro de mayor publicación, una nota sobre la modificación del objeto social con los datos de inscripción dos años y seis meses después de la fecha en que tal sociedad quedara constituida. Cabe preguntarse si, en esta circunstancia al titular del signo distintivo le cabe formular la acción de modificación de la denominación social a tenor del artículo 9 de la ley.

Nótese que en esta circunstancia, la acción para requerir la modificación de la denominación social o razón social debe plantearse necesariamente dentro del plazo de caducidad contado a partir de la fecha en que se constituye la sociedad bajo la denominación social o razón social cuestionada. Pero la ley, en el artículo 9, no ha consignado la posibilidad de objetar una denominación social completa o abreviada o una razón social idéntica a un signo distintivo o que englobe un signo distintivo protegido cuando la posibilidad de confusión surge a partir de la ampliación del objeto social y ha transcurrido ya el plazo dentro del cual dicho tercero pudiere haber demandado la modificación de la denominación o razón social, si es que se hubiese incorporado dentro del objeto social un propósito que sea confundible con las actividades que desarrolla el titular del signo. Nótese que el artículo 49 establece el plazo de caducidad para atender las pretensiones de cualquier tercero contra la sociedad por todo acto que esté vinculado con la ley dentro de dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

Podría argüirse que el dispositivo del artículo 9 sanciona la adopción de una denominación social o razón social idéntica o que contenga un signo distintivo protegido a fin de permitir la acción de cambio de la denominación a quien acredite mejor derecho si la acción se inicia dentro de los dos años de adoptada la denominación social, ajeno al objeto de la sociedad y ajeno a que exista

vinculación entre el objeto social y los productos o servicios que distingue la marca, de tal manera que si no se plantea la acción dentro de dicho periodo, no cabe con posterioridad el inicio de la misma aun cuando la posibilidad de confusión ocurra solo a partir de la modificación del estatuto a partir de la enmienda del objeto social. Pero también podría argüirse que, en el caso de haberse constituido una sociedad bajo un signo distintivo protegido, al haberse producido el cambio del objeto social, debería reconocerse en favor del tercero afectado la acción de la modificación de la denominación social cuando, al ampliarse el objeto social consignado en los estatutos bajo la denominación social ya adoptada con prioridad, se genere posibilidad de confusión entre los productos de uno y las actividades de otro. El texto de la ley, sin embargo, no permitiría el inicio de tales acciones aun cuando el fundamento de la ley tiene, por propósito, no solo proteger a quien es titular de un signo distintivo protegido sino, al mismo tiempo, evitar las posibles confusiones frente al consumidor.

Caso 6- Una sociedad es titular de la marca MCDONALD'S para distinguir servicios de restaurantes y productos comestibles. La marca ha sido considerada por las autoridades nacionales competentes en Perú y en otros países de la Comunidad Andina, así como en otros territorios, como una marca notoriamente conocida. Con posterioridad, al constituirse una sociedad, se le consigna como denominación social la de McDonald's S.A.C. y se consigna como objeto social el de comercialización de todo tipo de productos de carácter industrial incluyendo motores, partes y piezas, bombas y vehículos de uso industrial y de uso minero. En el caso de marcas notoriamente conocidas, la Decisión 486 establece que el titular de aquella tiene el derecho de formular oposición a que terceros puedan adoptar como marca o usar en el comercio signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción del signo notoriamente conocido, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo cuando su uso fuese susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con ese tercero o con sus productos o servicios; un aprovechamiento injusto del prestigio del signo; o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial publicitado. La normativa, además, establece que un signo distintivo notoriamente conocido será protegido contra su uso no autorizado, constituyendo uso no autorizado el uso del mismo, en su totalidad o en una parte esencial, en relación con establecimientos, actividades, productos o servicios idénticos o similares a los que aplique. En la medida en que el propósito de una denominación social es el de identificar a la sociedad que tendrá actividad mercantil, no habría duda alguna que el titular de una marca notoriamente conocida puede, respecto de la sociedad constituida con una denominación social idéntica al signo notoriamente conocido, accionar por el cambio de la denominación social correspondiente.

V. LA PRELACIÓN DEL NOMBRE COMERCIAL FRENTE A LA DENOMINACIÓN SOCIAL

Como se ha mencionado en acápite anterior, a diferencia de los derechos sobre signos distintivos que nacen a partir de la inscripción como marca ante la oficina nacional competente, los derechos sobre el nombre comercial nacen a partir de su adopción en uso, constituyendo un registro una declaración sobre reconocimiento de la existencia de tal derecho y, excepcionalmente, carácter publicitario de la existencia de tal derecho a nivel nacional. El registro, igualmente, podría servir para efectos que el titular del nombre comercial invoque protección a nivel nacional frente a la protección que podría invocar a partir solo del uso, que sería limitado al ámbito territorial donde se realizan las actividades. En fundón de estas diferencias, se analizan los casos siguientes:

Caso 7.- Juan Pérez SA se ha constituido con el propósito de realizar actividades de importación, promoción, publicidad y comercialización de todo tipo de productos de abarrotes incluyendo licores, consignándose en el objeto social que, para el propósito de conducir las actividades, se abrirán tantos locales como sean necesarios, en cualquier ciudad de la República, estableciéndose que, para propósitos de la conducción de las actividades, cada local tendrá un nombre comercial específico. En ese orden de cosas, se abre en la ciudad de Lima el primer establecimiento comercial, en el Cono Norte, el que se identifica bajo el nombre de "Los Cuatro Cachorros". Las actividades se inician en enero de 1960. A consecuencia del éxito comercial obtenido en este primer establecimiento, se abre luego un segundo establecimiento comercial, bajo el mismo nombre, en el Cono Sur, en el año 1970. En el año 1976 se abre un establecimiento comercial, igualmente bajo el nombre "Los Cuatro Cachorros", en la Provincia Constitucional del Callao. A la fecha, solo existen tres locales comerciales bajo el mismo nombre, conducidos por la misma empresa. De tiempo en tiempo y en función de su estrategia de comercialización, se publican avisos en un diario de mayor circulación conteniendo las ofertas que la sociedad hace a sus clientes a través de sus tres locales comerciales. De acuerdo a la ley, los derechos sobre el nombre comercial "Los Cuatro Cachorros" se reconocen a partir de la fecha en que se abrió el primer establecimiento comercial. No habiendo el titular solicitado registro del nombre comercial "Los Cuatro Cachorros", se entiende que estos derechos están circunscritos al espacio territorial donde se realizan las actividades específicas.

Se constituye en noviembre del año 2001 una sociedad bajo el nombre de "Los Cuatro Cachorros SAC." en la ciudad de Arequipa, consignándose en el objeto social la facultad de comercializar todo tipo de bienes y servicios, sin limitación alguna. La sociedad inicia sus actividades mercantiles al tiempo en que se suscribe la escritura pública correspondiente y así se consigna en el contrato social. ¿Puede la titular del nombre comercial "Los Cuatro Cachorros" iniciar alguna acción de modificación de denominación social contra la empresa en Arequipa?

Conforme se ha mencionado en acápite anterior, los derechos al nombre comercial nacen con el uso, pero el reconocimiento de estos derechos queda de alguna manera circunscrito a la región o territorio donde se realizan las actividades económicas salvo que se acredite que existe un nivel de notoriedad o de

reconocimiento amplio de la existencia de estas actividades comerciales. En el supuesto mencionado, a la empresa titular del nombre comercial "Los Cuatro Cachorros" no le asistiría ningún derecho para demandar por el cambio o modificación de la denominación social de la sociedad constituida en Arequipa en tanto que los derechos al nombre comercial estarían circunscritos a la provincia de Lima o Callao. Sin embargo, podría intentarse una demanda a efectos de que la sociedad constituida en Arequipa quede limitada territorialmente al ejercicio de sus actividades económicas, de manera que no pueda realizarlas dentro de la provincia de Lima o Callao donde se reconocen derechos en favor de la sociedad titular del nombre comercial.

Caso 8.- Juan Pérez SA se ha constituido con el propósito de realizar actividades de importación, promoción, publicidad y comercialización de todo, tipo de productos de abarrotes incluyendo licores, consignándose en el objeto social que, para el propósito de conducir las actividades, se abrirán tantos locales como sean necesarios, en cualquier ciudad de la República, estableciéndose que, para propósitos de la conducción de las actividades, cada local tendrá un nombre comercial específico. Se registra el nombre comercial ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI el 4 de enero de 1996, reconociéndose como fecha de primer uso en enero de 1960.

Se constituye en noviembre del año 2001 una sociedad bajo el nombre de "Los Cuatro Cachorros S.A.C." en la ciudad de Arequipa, consignándose en el objeto social la facultad de comercializar todo tipo de bienes y servicios, sin limitación alguna. La sociedad inicia sus actividades mercantiles al tiempo en que se suscribe la escritura pública correspondiente y así se consigna en el contrato social. ¿Puede la titular del nombre comercial "Los Cuatro Cachorros" iniciar alguna acción de modificación de denominación social contra la empresa en Arequipa?

Conforme se ha mencionado en acápite anterior, los derechos al nombre comercial nacen con el uso pero el reconocimiento de estos derechos queda de alguna manera circunscrito a la región o territorio donde se realizan las actividades económicas salvo que se acredite que existe un nivel de notoriedad o de reconocimiento amplio de la existencia de estas actividades comerciales y salvo que exista un derecho registral donde la protección tendría alcance nacional en ciertas circunstancias.

De conformidad con este planteamiento, le asistirían a la entidad titular del nombre comercial "Los Cuatro Cachorros" derechos para accionar por la modificación de la denominación social de la sociedad constituida en Arequipa en la medida en que, de conformidad con la Ley de Propiedad Industrial, al haberse concedido un derecho registral por "Los Cuatro Cachorros", la extensión de la protección tiene alcance nacional aun cuando las actividades económicas, a la fecha del registro, hayan estado circunscritas a la ciudad de Lima.

Como será fácil apreciar, la problemática que venimos desarrollando no se da solo en el Perú. En rigor, éste es un problema que la doctrina ha reconocido como existente en la gran mayoría de los países. Ya en 1954, el Tribunal Supremo de España (10), mandó cancelar en el Registro Mercantil la inscripción de la porción OM dentro de la denominación social de Laboratorios OM S.A., reconociendo que la actora. Sociedad Española de Farmacia S.A., era titular de la marca registrada CM para productos químico-farmacéuticos, declarando que "es consecuencia ineludible del reconocimiento a la aclara del derecho y pleno dominio de la marca OM y por cuanto se la condena a que se lo reconozca así, absteniéndose de seguir empleando la misma denominación en el nombre comercial, sin que por ello se invada la esfera del derecho de la personalidad, pues no se la priva ni ataca su existencia... a excepción del monograma qua debe desaparecer".

El derecho mercantil, al menos en el Perú, hasta el dictado de la Ley General de Sociedades, estaba circunscrito a la protección de las denominaciones sociales idénticas o sustancialmente idénticas a las denominaciones sociales de empresas que estaban ya constituidas y registradas en el Registro General de Sociedades. Los Tribunales del Perú, en excepcionales casos, ampliaron esta protección a los casos de denominaciones sociales parecidas de empresas previamente constituidas y, en caso excepcional, a la protección de marca notoria. La aproximación de la nueva Ley General de Sociedades busca que los fundadores de una sociedad adopten precauciones necesarias o cuando menos recomendables: que la razón social o denominación social completa o abreviada que sea elegida para identificar una empresa, no provoque el error o la confusión de los consumidores, dirigida además a evitar que exista una apropiación del prestigio que puede ser reconocido a un signo distintivo anterior y, finalmente, evitar se incurra en el abuso del derecho. El sistema legal peruano reconoce el principio de la publicidad de los actos inscritos en el Registro Mercantil, la adopción de denominaciones sociales o razones sociales para empresas previamente constituidas, o de signos protegidos bajo la Ley de Propiedad Industrial en la Oficina de Signos Distintivos que puede identificar todas las marcas registradas y el ámbito de productos o servicios a distinguirse por cada marca, así como detallar los nombres comerciales registrados- permiten a los fundadores de una empresa adoptar las medidas de cautela necesarias para evitar una observación a una denominación social o, si éste hubiere comenzado a usarse, los daños que pueden derivar de verse obligados a prescindir de una denominación social que pudiese estar consolidada.

Hay que reconocer el fundamento de la ley en evitar que una sociedad ostente una denominación social o razón social que coincida, por identidad, con un nombre comercial o con un elemento de propiedad industrial previamente registrado y además usado. Más aún, resulta de suma importancia adoptar las medidas correspondientes para evitar que una sociedad adopte una denominación social o razón social constituida a partir de una expresión de fantasía, es decir, denominaciones o nombres que no están constituidos por denominaciones objetivas sino por expresiones creadas, inexistentes en cualquier idioma. La denominación de fantasía está siempre opuesta a los nombres de personas físicas

o denominaciones objetivas utilizadas para describir la naturaleza de la conducta empresarial. Ejemplos clásicos de nombres de fantasía son EXXON y KODAK. En ese sentido, es preciso puntualizar que la decisión del legislador de distinguir entre la irregistrabilidad de una denominación social o razón social idéntica a la de otra preexistente respecto a la posibilidad de cuestionamiento de la inscripción de una sociedad bajo una denominación social o razón social de existir derechos preferentes de terceros es loable. Es de interés de la sociedad e interés de los consumidores el evitar que existan en el mercado y conduzcan actividades mercantiles empresas que se identifiquen bajo la misma denominación o razón social. Es prudente que sean los titulares de derechos de propiedad intelectual o las sociedades constituidas bajo una denominación o razón social parecida a otra que se constituye con posterioridad quienes analicen la posibilidad de accionar contra la inscripción de una sociedad que pudiere vulnerar sus derechos, decisión que ha de tomar en cuenta el ramo de negocios al que las empresas se destinan pues, cuando los ramos de negocios son distintos, ni el titular del derecho ni mucho menos los consumidores sufren perjuicio alguno.

(1) El mismo texto estaba consignado en el Decreto Supremo N° 003-85-JUS de 14 de enero de 1985.

(2) Ejemplo clásico está constituido por la sentencia dictada por la Corte Superior el 23 de abril de 1999, declarando fundada una acción de modificación de razón social planteada por Chanel SA contra Pierre Chanel E.I.R.L., donde la Corte reconociera los derechos sobre la marca CHANEL y derechos sobre el nombre comercial CHANEL de empresa constituida en Francia, país con el cual el Perú tiene celebrado un tratado de protección de los derechos de propiedad industrial incluyendo los de nombre comercial.

(3) N° 26887, en vigencia desde el 1° de enero de 1998.

(4) BALLÓN ESPEJO, José. "La Protección de la Denominación o Razón Social y la Reserva de Preferencia Registra", publicado en Revista Jurídica del Perú, año LI NQ 21, abril 2001, página 151.

(5) Aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 14 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 600 del 19 de setiembre de 2000, y con vigencia el 1° de diciembre de 2000.

(6) Aprobado por el Sexagésimo Primer Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena el 17 de diciembre de 1993.

(7) Sin perjuicio de lo cual, son aplicables en el Perú las normas del Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor; el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado por Resolución Legislativa N° 23979; y, de manera general, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - ADPIC, incorporado a la legislación mediante Resolución Legislativa N° 26407.

(8) Consta así del artículo 154 sobre el registro de las marcas y de los artículos 184 y 189 en lo referido a las marcas colectivas y marcas de certificación.

(9) Fluye ello del artículo 191 de la Decisión 486.

(10) Caso OM - acción iniciada por la Sociedad Española de Farmacia S.A. contra Laboratorios OM S.A.

EL OBJETO SOCIAL, ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LOS " ACTOS ULTRA VIRES "

Norbert LIND PETROVIC

I. OBJETO SOCIAL (1)

1. Concepto

Todos los autores, nacionales o extranjeros, coinciden en resaltar la importancia que tiene el objeto social desde el acto mismo de constitución de las sociedades y durante su vigencia. Importancia que se visualiza en nuestra ley por cuanto el cambio del objeto social es uno de los pocos casos que autorizan al socio a separarse de la sociedad(2).

Conforme a nuestra legislación el objeto social debe estar indicado en el estatuto social, lo cual se explica por cuanto, tal como lo veremos, el objeto social es un elemento esencial de toda forma societaria.

Nos dice Enrique Elías que "la determinación del objeto social es uno de los requerimientos más importantes para una sociedad. El fin social es la razón misma por la que la sociedad se constituye"(3); en tanto que Oswaldo Hundskopf nos manifiesta "que son los socios fundadores quienes delimitan y definen el objeto social, cuando convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una determinada actividad económica, la que viene a constituir el fin propio de la sociedad"(4).

Queda claro, entonces, que el objeto social está conformado por las actividades (actos les denominan otros autores) que la sociedad deberá realizar para el logro del fin común que propugnan y anhelan los socios. Nos indica A. Brunetli que" el objeto de la sociedad consiste en aquel conjunto de operaciones que ésta se propone realizar para ejercer en común una actividad económica"(5). Halperin nos aclara que no debe confundirse objeto con actividad: el objeto está determinado por la categoría de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad; la actividad, en cambio es el ejercicio efectivo de actos que realiza la sociedad en funcionamiento.

Hemos señalado que el objeto social es la actividad económica a través de la cual la sociedad busca desarrollarse durante su existencia y, si deseamos precisar algunos de sus rasgos más importantes, podremos decir que son los fundadores quienes libremente determinan cuál habrá de ser el objeto social teniendo como única limitación el que sus actividades o aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social, no sean contrarios a la ley ni a la moral.

Expone Manuel Broseta Pont que: "(El objeto social) constituye una garantía fundamental para la propia sociedad, para los socios e incluso para los terceros que con ella se relacionan. Para la sociedad, porque el objeto delimita la esfera de su propia actividad en la que debe invertir su patrimonio; ...para los socios el objeto social es un elemento esencial pleonástico de garantías, porque, en primer lugar, es elemento objetivo que siendo destino y concreción de su voluntad, centro de imputación de su consentimiento delimita la vinculación inherente a sus declaraciones de voluntad en el momento constitutivo, y, fundamentalmente, porque al delimitar las facultades y la competencia de los órganos sociales, les garantiza que el patrimonio social no será invertido o desviado hacia los actos o negocios 'extravagantes' al objeto social. Finalmente, el objeto social es relevante para los terceros, porque el objeto social inscrito fea procura un criterio para delimitar las facultades de los órganos que representan a la sociedad, y, por ende, les manifiesta los actos o negocios que sin extralimitar sus facultades pueden, sin riesgos de ineficacia, estipular con los administradores" (6).

Los doctores Alfredo Ferrero Diez Canseco y Armando Lema Hanke(7) comparten estos criterios manifestando que la importancia del objeto social se sustenta en los siguientes argumentos:

1. El objeto social delimita la actividad de la sociedad.
2. El objeto social ayuda en la determinación de lo que es el interés social.
3. Delimita la competencia de los órganos sociales, siendo incluso un freno a la competencia de la junta general. Como algunos distinguidos juristas destacan, es el objeto social un límite natural a la omnipotencia de la mayoría.
4. Fija los límites a las facultades de los representantes de la sociedad, ya que no podrán actuar más allá o en contra del mismo.
5. Tiene una función delimitadora que es útil para definir la esfera de actividades en la que se invertirá el patrimonio social.

El jurista Pedro Flores Polo señala que la "legislación argentina por ejemplo considera al objeto social como un 'requisito propio del contrato de sociedad', exigiendo su designación con 'precisión y determinación', persistiendo en una política que se conecta con un complejo de derechos tutelables. Horacio Fargosi hace especial referencia al tema de diferenciar el objeto social, aprehendido en la pureza de su contenido, y la del objeto del contrato. Sostiene Fargosi, que no debe confundirse el objeto social, que es un fin, y que se pone como medio para la obtención de los fines perseguidos por los socios con la 'causa del contrato', ni con los fines buscados por aquellos; es decir, que cumple una función instrumental respecto del elemento teleológico tenido en cuenta por los socios, de dividirse los beneficios" (8).

Dentro de este orden de ideas y siempre citando a Fargosi, describe las funciones del objeto social señalando que "1) delimita la actividad de la sociedad; 2) esta delimitación sirve para precisar en qué negocios cabe invertir el patrimonio social; 3) enmarca la competencia del obrar de los órganos 4) fija las facultades de los representantes, y 5) permite definir el interés social".

Podemos concluir esta parte afirmando con Heliodoro Sánchez Rus: "La función básica del objeto social, exigida por la naturaleza del tipo social en cualquier sistema legislativo, se desenvuelve en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad, y se concreta en la necesidad de una precisa determinación estatutaria, en la insistencia de un régimen especialmente riguroso para la modificación del objeto social, en la responsabilidad de los administradores en caso de extralimitación y en la tipificación de la imposibilidad de conseguir el fin social como causal de disolución de la compañía(9).

2. Descripción de las actividades del objeto social

La determinación de las actividades comprendidas en el objeto social aparece claramente definida en el artículo 11 de la LGS que se analiza, el cual nos dice que la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

Se indica en doctrina (tal como lo señala Merie) que el objeto social debe ser determinado; no puede ser vago pero tampoco demasiado rígido, pues ello podría conducir a la disolución de la sociedad causada por la imposibilidad de cumplimiento del objeto. Prosigue este autor señalando que, generalmente, los estatutos contienen una larga enumeración de operaciones que la sociedad puede cumplir, con la prevención de que el ente podrá realizar todas las operaciones financieras, industriales y comerciales que se vinculen directa o indirectamente con sus actividades específicas: de este modo respeta el principio de especialidad del objeto social.

Dice Rafael Barreiro que corresponde señalar que los requisitos de precisión y determinación del objeto social se incorporan como estipulación esencial del contrato constitutivo para todos los tipos societarios y requieren que el objeto sea enunciado con claridad y exactitud, definiéndolo en términos que excluyan la ambigüedad y fijen los límites (10).

Sin embargo, el mismo autor nos agrega que no debe confundirse la exigencia legal con la descripción minuciosa de la totalidad de los actos que se proyectan cumplir. Ello resulta una tarea inútil e irrealizable. Basta la enumeración de categoría de actos. Asimismo, debe entenderse habilitado el órgano de representación para la realización de todos los negocios jurídicos que, sean actos finales o instrumentales, tiendan a facilitar o preparar el cumplimiento del objeto, con la limitación, ciertamente razonable, de su encuadre dentro de aquel.

Entre los autores nacionales Ricardo Beaumont comparando los textos legales referidos al objeto social de la derogada Ley General de Sociedades con las disposiciones de la LGS indica "que el artículo bajo comentario (11 de la LGS) ya no exige claridad y precisión de los negocios y operaciones que constituyen el fin

u objeto social. Ahora hace referencia solo a una descripción detallada de ellos, o sea que es menos riguroso, pero algo más, refiere que los actos relacionados con tales negocios y operaciones que coadyuven a la realización de sus fines, también se consideran incluidos, aunque no estuviesen expresamente indicados en el pacto o estatuto"(11).

Enrique Elías discrepa de alguna manera de la posición expuesta al expresar que" no debemos olvidar que la ley exige que la descripción del objeto social sea debidamente detallada. Pueden ser muchos los negocios u operaciones de la sociedad, pero deben responder a una 'descripción detallada'. No debe olvidarse que la precisión, aunque no sea estricta, del objeto social, es una garantía fundamental para los socios, que puedan ejercitar su derecho de separación ante cualquier cambio del fin social. Si la descripción del mismo no es clara, se vuelve confusa la determinación de lo que significa o no un cambio de objeto"(12).

¿Objeto social único? Nosotros compartimos la línea de los autores que manifiestan que el objeto social no es necesariamente único. Desde el momento en que la ley se refiere a "negocios y operaciones lícitos", implica que la sociedad puede dedicarse a diversidad de actividades, incluidos los actos relacionados con el objeto social "que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o estatuto"(13).

3. Características

El objeto social a tenor de lo dispuesto en la LGS debe tener las siguientes características: preciso y determinado, posible y lícito.

a. Preciso y determinado

Como hemos comentado ampliamente, el objeto de la sociedad debe ser preciso y determinado para posibilitar que se conozcan con certeza las diversas actividades que puede abarcar la empresa. Nuestra ley, a través de su artículo 11, resulta clara sobre este aspecto, lo cual nos releva de mayores comentarios.

b. Posible

Para la doctrina la imposibilidad es considerada como causa de nulidad del contrato cuando el objeto de actividad prevista no es seguramente realizable. La imposibilidad sobrevenida es causa de disolución. Señala F.H. Mascheroni que el objeto debe ser posible de hecho, pues las actividades a realizar deben ser fácticamente ejecutables, y de derecho, pues se descarta el objeto prohibido en razón del tipo de actividades (14).

Nos explica Ulises Montoya M. que el objeto fijado en el pacto social debe ser de cumplimiento o realización posible (art. 140 inc. 2 CC)(15). Explica que la sociedad será nula si al momento de la constitución el objeto resulta imposible de ejecutarse. Agrega este autor que si la imposibilidad de lograr el objeto social es

sobreviniente, posterior al contrato, entonces la sociedad se disuelve (art. 407 Inc. 2 LGS)(16).

Sobre este tema nos parece interesante exponer la opinión del ilustre jurista Max Arias Schreiber, para quien la redacción del inciso segundo del artículo 140 del Código Civil es poco feliz, señalando lo siguiente: "Por nuestro lado, coincidiendo en parte con lo expresado por Lohmann, aclaramos que si el objeto del acto jurídico está inevitablemente referido a la relación jurídica, a esta última solo se le puede exigir que sea lícita, pero no física o jurídicamente posible, por lo que expresamos nuestro desacuerdo con el inciso segundo del artículo 140, así como con el inciso tercero del artículo 219, en cuanto declara que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible, ya que, (...), lo físico y jurídicamente imposible no tiene vinculación de ninguna especie con la relación jurídica, que es, según quedó dicho, el objeto del acto jurídico"(17).

c. Lícito

En cuanto a la licitud, Manara advierte que deben ser lícitas las operaciones que los socios se proponen realizar en común, poniendo en obra el fondo común o el capital social a tal fin constituido. Cuando se dice que el objeto de la sociedad debe ser lícito, como principio no puede por menos que entenderse que debe ser lícito todo extremo del elemento objetivo del contrato de sociedad. La ilicitud del objeto lleva anexa la nulidad absoluta del contrato.

Para Ulises Montoya Manfredi la ilicitud del objeto social produce la nulidad del pacto social. El artículo 33 de la LGS señala que el pacto social será declarado nulo cuando el objeto de la sociedad recaiga en una actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (cfrs. artículo V del T.P. del CC.). Es más, el artículo 410 de la LGS autoriza al Poder Ejecutivo a disolver aquellas sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (18).

Refiriéndose a la ilicitud Enrique Elías es claro: se desprende también del enunciado bajo análisis que el objeto social puede tener todas las variantes que deseen los socios. El objeto social no es obligatoriamente único. Puede ser múltiple, desde que la ley alude a "negocios y operaciones". Tiene una sola cortapisa: debe tratarse de actividades lícitas(19). (El subrayado es nuestro).

4. Actividades que no puede realizar una sociedad

El último párrafo del artículo 11 de la Ley General de Sociedades establece que "la sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades públicas".

Este precepto fija un límite a la libertad del *affectio societatis*, en la medida en que permite al Estado -mediante sus facultades legislativas- destinar determinados rubros o giros sociales a un grupo exclusivo de empresas.

Así, podemos citar a manera de ejemplo a las Sociedades Agentes de Bolsa, cuya legislación, salvo algunas excepciones, restringe su práctica solo a empresas ligadas al sistema financiero.

Lo cierto es que, como toda ley limitativa de derechos, el último párrafo del artículo 11° de la Ley General de Sociedades ha sido objeto de críticas por parte de algunos juristas nacionales, quienes a la luz de un mercado cada vez más abierto y competitivo sostienen que limitaciones como la contenida en el precepto bajo comentario van perdiendo vigencia.

En palabras de Enrique Elías Laroza: "Se trata de un principio general que la ley ha deseado recalcar. Sin embargo, procede comentar que, en un mundo que busca la eficiencia a través del mercado y la competencia, estas exclusividades se vuelven cada día menos frecuentes"(20).

5. En resumen

Hemos visto hasta aquí que el objeto de la sociedad consiste en el conjunto de operaciones que ésta se propone realizar para ejercer en común una determinada actividad económica, con la única restricción de que las actividades que lo integran no vayan en contra de la ley, la moral o las buenas costumbres.

También hemos destacado que constituye una garantía fundamental para la propia sociedad, para los socios e incluso para los terceros que con ella se relacionan. En cuanto a los terceros, por cuanto como se afirma en doctrina el objeto social inscrito les procura un criterio para delimitar las facultades de los órganos que representan a la sociedad, y, por ende les manifiesta los actos o negocios que sin extralimitar sus facultades pueden, sin riesgos de ineficacia, estipular con los administradores

El objeto social restringe, pues, la capacidad de actuación de los representantes de la sociedad al imponerles límites a sus facultades, puesto que no deberán actuar en contra de las estipulaciones fijadas en el objeto. Como bien se ha dicho, el objeto social sirve para precisar en qué negocios cabe invertir el patrimonio social: enmarca la competencia del obrar de los órganos, fija las facultades de los representantes y permite definir el interés social.

También hemos tratado que conforme al artículo 11 de la LGS la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social, incluyendo los actos relacionados con el mismo que coadyuvan a la realización de sus fines.

Hemos analizado el tema del contenido del objeto social y podemos concluir como lo hacen los autores nacionales y extranjeros señalando con Rafael Barreriro que los requisitos de precisión y determinación del objeto social se incorporan como estipulación esencial del contrato constitutivo para todos los tipos societarios y requiere que el objeto sea enunciado con claridad y exactitud, definiéndolo en

términos que excluyen la ambigüedad y fijen los límites. O como indica Enrique Elías pueden ser muchos los negocios u operaciones de la sociedad, pero deben responder a una "descripción detallada. No debe olvidarse que la precisión, aunque no sea estricta, del objeto social, es una garantía fundamental para los socios, que puedan ejercitar su derecho de separación ante cualquier cambio del fin social"(21).

En lo que corresponde a sus características indicamos que, conforme a la LGS, el objeto social debe ser preciso y determinado, posible y lícito.

Finalmente, en esta parte de nuestro capítulo hemos hecho referencia al último párrafo del artículo 11 de la Ley General de Sociedades que establece que "la sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades públicas".

II. LOS ACTOS ULTRA VIRES. ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES(22)

1. Los actos ultra vires. La doctrina en el Derecho Anglosajón. El debate peruano

Hemos manifestado reiteradamente que el objeto social cumple una función de garantía para la propia sociedad, para los socios e incluso para los terceros que con ella se relacionan. Esta función de garantía consiste en que los administradores o socios que actúan a nombre de la sociedad no deben celebrar con terceros actos jurídicos (23) que no estén contemplados dentro del objeto social.

¿Qué sucede, empero, si se transgrede esta limitación? Nos encontramos frente a los actos que la doctrina denomina o reconoce como "ultra vires", cuya fuente u origen se ubica en el Derecho Anglosajón (24).

Corresponde ahora ocuparnos de este tema, por cuanto está íntimamente vinculado a los alcances de la representación de los socios o administradores de la sociedad y su responsabilidad en caso de obligar a la sociedad en actos jurídicos o contratos que contradicen o infringen el objeto social. Para ello es importante rescatar el concepto que recoge el Derecho Anglosajón cuando se refiere a estos actos ejecutados por una sociedad que son contrarios a su objeto social y los efectos que de ellos se derivan para la sociedad y los terceros contratantes. En el fondo, como es de verse más adelante, el tema en debate entre los autores se centra en la nulidad o anulabilidad de los actos ultra vires.

Para el Derecho Anglosajón se consideran nulos los actos de la sociedad que exceden del objeto social. Sin embargo, esta teoría ha venido cayendo en desuso con el transcurso del tiempo y las legislaciones contemporáneas han venido excluyendo la aplicación de esta radical doctrina, cosa que también ha sucedido en el Perú, a pesar de que en algún momento, bastante reciente como también se verá más adelante, algunos connotados juristas respaldaron la teoría anglosajona

en materia de los actos lesivos al objeto social y convinieron en que dichos actos ultra vires son nulos.

Como señala Cabanellas esta doctrina "tuvo creciente difusión hasta mediados del siglo pasado; a partir de entonces comenzó a decaer y hoy nada -o casi nada- queda de ella en los países que en su momento la asumieron con mayor entusiasmo"(25).

Con esta breve introducción al tema, pasemos a la doctrina sobre esta materia:

La doctrina del ultra vires, expone Guillermo Cabanellas, ha sido desarrollada en el derecho anglo-norteamericano para determinar la esfera de los hechos imputables a las personas jurídicas.

Nos ilustra F.H. Mascheroni: "En el ejercicio de la representación legal, sus titulares pueden celebrar con terceros actos jurídicos o contratos no encuadrados en el objeto de la sociedad representada. Son los denominados actos ultra vires. Según esta tradicional posición doctrinaria, con raíces en el derecho anglosajón, los actos cumplidos por los representantes sociales son válidos en tanto y en cuanto respondan al cumplimiento del objeto social y no excedan el contenido de éste. Los actos que no observan tales requisitos (...) -son actos ultra vires, considerados nulos por esta teoría"(26).

Los actos ultra vires son, entonces, aquellos actos notoriamente extraños al objeto social realizados por la sociedad ya sea por acuerdo de los socios o por su representante; no surtiendo por su propia naturaleza efectos jurídicos ya que tales actos ultra vires son nulos.

La rígida doctrina anglosajona, tal como lo expone Enrique Elías, "considera nulos, para todos sus efectos legales, los actos de una sociedad que exceden el objeto social o no sean cercanamente derivados del mismo. Como resultado, la sociedad no responde por ninguno de los efectos del acto nulo y los accionistas no tendrían facultad para convalidar o ratificar a posteriori dichas operaciones ni sus consecuencias"(27).

En palabras de Calambres, citado por Guillermo Cabanellas "...[los actos ultra vires] pueden caracterizarse en su aplicación más amplia diciendo que la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no solo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insanablemente nulos, aun cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime"(28).

Carlos Gilberto Villegas manifiesta siguiendo a Calambres que "la actividad indicada en el acto constitutivo representa un límite, no solo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando

como consecuencia que los actos extraños al objeto social son insalvablemente nulos, aun cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios"(29).

A fines del primer quinquenio de 1990 se suscitó una interesante confrontación jurídica respecto a la nulidad o anulabilidad de los actos ultra vires en el Perú a la luz de las normas de la derogada Ley General de Sociedades, vigente en la época. Esta importante contienda que se enriqueció con el aporte de distinguidos juristas y abogados tuvo como ejes de las posiciones en debate a los doctores Fernando de Trazegnies y a Enrique Elías Laroza respectivamente.(30) El primero de los nombrados expresaba que los actos ultra vires en las sociedades peruanas son nulos; en tanto que Enrique Elías defendió la tesis de que la teoría anglosajona no era (es) de aplicación en el Perú.

Nos parece oportuno e interesante rescatar los principales argumentos expuestos por una y otra parte.

Fernando de Trazegnies expresaba:

"(la) protección legal contra los actos ultra vires se apoya fundamentalmente en la determinación del objeto social como un marco dentro del cual deben darse las actividades y del cual los administradores no se pueden salir: realizar actos que exceden el objeto social es actuar más allá de la fuerza o capacidad de tales administradores y, por tanto, incurrir en un acto ultra vires.

A diferencia de otras legislaciones (como es el caso de la argentina) que se refieren a actos 'notoriamente extraños' a su objeto social, nuestra ley ha suprimido toda calificación que pudiera eventualmente amparar un exceso de los administradores sobre la finalidad dispuesta por el estatuto: los directores no pueden adoptar decisiones simplemente contrarias o ajenas al objeto social porque serían ultra vires.

Ahora bien, las decisiones ultra vires no solo pueden ser impugnadas a fin que no tengan valor frente a terceros debido a que el acto es nulo (el subrayado es nuestro). sino que, además, su adopción da lugar obviamente a una responsabilidad personal de los directores por los daños y perjuicios causados.

Este tipo de actos, dice Zamenfeld, son de imposible ratificación pues se trata de actividad que la sociedad está incapacitada de desplegar. Ni aun la junta general puede adoptar esa clase de decisiones: son ultra vires para la sociedad que está incapacitada de celebrarlo; el objeto social veda su realización.

Un acuerdo ultra vires, hemos dicho, es aquel que excede las fuerzas o capacidad del órgano para adoptarlo: el límite mayor de capacidad de todo órgano social (porque es el límite de la sociedad misma) está constituido por su objeto social. Dicho de otra manera, el objeto social establecido en el Estatuto (con la precisión y claridad requeridos por la ley) establece el marco de posibilidad jurídica o licitud dentro del cual pueden actuar los órganos sociales.

Por consiguiente los acuerdos ultra vires son nulos por cuanto incurren en la causal prevista en el inciso 32 del artículo 219 del Código Civil. El contenido mismo de su objeto está fuera del marco jurídico de la sociedad y es por tanto imposible...

El principio que preside todo el régimen jurídico de la nulidad consiste en que, cuando un acto es nulo, es inexistente, y un acto inexistente no puede dar lugar a efectos de ningún tipo".

Detengámonos ahora para exponer la posición adoptada en ese entonces por Enrique Elías, quien rebatía los puntos de vista de la otra parte sobre la base de estos principios:

"En primer lugar, porque la teoría ultra vires es inaplicable en el ámbito de las sociedades anónimas peruanas, donde los efectos de una operación ajena al objeto social no son similares a los reconocidos en la jurisprudencia inglesa. En segundo lugar, porque en nuestro derecho es la Junta General de Accionistas la encargada de interpretar si los Directores se excedieron o no en su representación y si originaron o no daños al patrimonio social, de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de Sociedades (31) (los accionistas sólo pueden hacerlo si reúnen, por lo menos, un tercio de las acciones representativas del capital social.) En tercer lugar, porque en el derecho latino la decisión sobre si un acto representa o no un cambio de objeto, como dice Vivante, 'es una interpretación del contrato social que debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto de sus cláusulas y de la primitiva intención de los contratantes'. En cuarto lugar, porque la rígida y limitativa formulación del objeto social, propio del derecho anglosajón, se sustituye en nuestro medio por un sistema de texto enunciativo, el que, como expresa Halperin, 'debe interpretarse en el sentido que le otorga el hombre corriente de los negocios'. Y, finalmente, porque la teoría ultra vires como destaca Miguel A. Sasot en su obra Sociedades Anónimas, ha ido perdiendo adeptos en el derecho inglés y se propugna su abandono, como forma de terminar con la confusión que la misma ha creado entre el 'objeto social' y los 'poderes de la sociedad'. O sea los actos que la sociedad puede y debe realizar para cumplir su objeto.

Esto último es un argumento definitivo para descartar la aplicación de los efectos rígidos de la teoría ultra vires en nuestro medio. De acuerdo a nuestro ordenamiento legal vigente, si un funcionario de una sociedad, con poderes suficientes, solicita un crédito facultado por su directorio, que a su vez está autorizado por el estatuto para contratarlos, nada obliga al acreedor a verificar si el crédito, o las garantías otorgadas, representan 'actos ultra vires'. Esto sería extender las obligaciones de fiscalización de un acreedor a extremos que nuestra ley no contempla, ni expresa ni tácitamente".

En torno al tema que estamos tratando debemos distinguir dos aspectos de forma clara: ¿cómo o quién determina si un acto es o no contrario al objeto social?, y supuesto de haberse producido un acto ultra vires ¿cuáles son los efectos de dicho acto?

Contestando ambas interrogantes a la luz de la legislación peruana, comenta Elías: "Ahora bien si para determinar si un acto es o no ajeno al objeto nuestro sistema legal es mucho más elástico, cuando se trata de los efectos del acto ultra vires nuestra ley se aparta radicalmente del sistema anglosajón. Es inadmisibile que la nulidad de un acto ultra vires realizado por una sociedad afecte a un tercero de buena fe que contrató con representantes debidamente facultados por la sociedad"(32).

Ricardo Beaumont C. en coincidencia con Elías expresa "No han faltado distinguidos juristas que han elevado su voz de alerta a darles cabida a los actos ultra vires en el caso de las sociedades anónimas peruanas. Refieren, en primer lugar, que se trata de una institución que proviene del derecho anglosajón, y que los efectos de una operación ajena al objeto social no son similares a los reconocidos en la jurisprudencia inglesa. En segundo lugar, que en el derecho peruano es la junta general la encargada de interpretar si los directores se excedieron o no en su representación y si originaron o no daños al patrimonio social (...). Por último como destaca Miguel A. Sasot la teoría ultra vires ha ido perdiendo adeptos en el derecho inglés y se propugna su abandono, como forma de terminar con la confusión que la misma ha creado entre el objeto social y los poderes de la sociedad o sea los actos que la sociedad puede y debe realizar para cumplir su objeto"(33).

2. Alcances de la representación de los administradores. Órganos de la sociedad.

Actos ultra vires: efectos frente a terceros. La buena fe.

En palabras de Jesús Rubio las sociedades mercantiles como personas jurídicas, dependen de la voluntad y actividad de las personas físicas que con una u otra naturaleza las integran(34).

Tal como lo refiere Walter Frisch P., "los límites de la capacidad jurídica de una persona moral (Jurídica) dependen de los límites legales o fijados por los estatutos para la competencia de los órganos de la misma persona moral. Capacidad de ejercicio y capacidad de las personas morales son siempre idénticas, dado que las personas morales solamente pueden actuar por medio de sus órganos". Termina diciendo "La limitación de la capacidad de la sociedad anónima por medio de ultra vires se efectúa, por lo tanto, a través de las limitaciones a la capacidad de sus órganos"(35).

F.H. Mascheroni citando a Salvador R. Perrotta explica que "como se ha señalado acertadamente, la representación legal es la proyección externa de la sociedad. Se ha agregado que, en ejercicio de dicha representación, el órgano administrador es la sociedad misma". Esto implica, agrega Mascheróni.

que quien contrata con el representante legal, lo está haciendo con la sociedad representada. En otras palabras, la representación legal es un medio o instrumento técnico implementado por la ley para posibilitar la relación de la persona jurídica con terceros(36).

Jean Guyenot de forma didáctica nos explica que "siempre son las personas físicas que administran la sociedad y administran su patrimonio. Ellos forman los órganos de la sociedad (...).La calificación de 'órganos' expresa una especie de realidad biológica, como si los dirigentes formasen un cuerpo con la sociedad, de tal modo que no son ni sus encargados, ni sus mandatarios sino sus representantes, que actúan en virtud de los poderes y dentro de los límites que les confieren los estatutos sociales"(37).

Para Heliodoro Sánchez Rus los administradores son "un órgano de existencia necesaria al que la ley encomienda la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, función ajena, en principio, a la competencia de la junta". Agrega también este autor que el poder de representación de los administradores se "extiende, como mínimo, a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, noción que alude al ámbito de las actividades propias de la sociedad anónima de que se trate, y, por tanto, resulta equivalente al concepto de objeto social". Dentro de la tesis que expone Sánchez Rus se concluye que las facultades de los administradores son "ilimitadas" dentro del marco del objeto social: no tienen, sin embargo, facultad para ejecutar actos extraños al objeto social(38).

Joaquín Garrigues refiriéndose a los Órganos de la sociedad específica: "A la doble exigencia de capital social y estatutos se une la necesidad de órganos que actúen en la consecución del fin social. Al menos es esencial la existencia de un órgano que opere la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros. Junto a ese órgano esencial se regulan en los códigos y en los estatutos de las sociedades otros encargados, sea de la gestión interna (deliberación de los asuntos que interesan a la sociedad), sea de la vigilancia de los órganos ejecutivos. Queda así apuntada la clasificación doctrinal: órganos de representación, a los cuales se confía la ejecución de los negocios en curso; órganos de vigilancia, los cuales aparecen como sobreordenados a los primeros para examinar su gestión; y órganos deliberantes en los que se manifiesta la voluntad colectiva o social, a la que están sometidos todos los demás órganos, los cuales dependen, en su nombramiento, actuación y revocación, de este órgano soberano en la vida interna de la sociedad"(39).

Cabanellas como se ha dicho señala que el objeto societario establece un marco dentro del cual deben desenvolverse los órganos societarios en cuanto actúan como tales. "Por una parte, los órganos societarios deben actuar en forma de atender el interés societario, que consistirá normalmente en la obtención de beneficios a ser repartidos entre los socios. En segundo lugar, los órganos societarios tienen distintas funciones: unos son órganos de gobierno, otros de administración, otros de representación y finalmente otros de control"(40).

Tal como lo señala Mascheroni, en el ejercicio de la representación legal, sus titulares pueden celebrar con terceros actos jurídicos o contratos no encuadrados en el objeto de la sociedad representada. Son los denominados actos ultra vires. Bajo nuestra legislación los artículos 12 y 13 de la LGS, en palabras de Elías, se

refieren al principal tema que se deriva del objeto social: la actitud que deben observar los terceros al contratar con la sociedad, su situación frente a los actos ultra vires y la forma como se dilucidan, en el interior de la sociedad, las responsabilidades correspondientes a dichos actos que exceden del objeto social.

A su vez Fernando de Trazegnies recalca que un acuerdo ultra vires es aquel que excede las fuerzas o capacidad del órgano para adoptarlo: el límite mayor de capacidad de todo órgano social (porque es el límite de la sociedad misma) está constituido por su objeto social. Dicho de otra manera, el objeto social establecido en el Estatuto (con la precisión y claridad requerida por la ley) establece el marco de posibilidad jurídica o licitud dentro del cual pueden actuar los órganos societarios.

Siendo la regla que los representantes obligan a la sociedad por todos los actos que hayan celebrado a nombre de ella y siendo que algunos de estos actos podrían ser interpretados como contrarios a lo normado por el objeto social (ultra vires), surge la pregunta respecto a qué sucede en este último caso y cuál es la situación de los terceros que han contratado con la sociedad.

En armonía con las tendencias modernas en materia de actos ultra vires, lo que busca y propugna nuestra legislación es la protección de los terceros de buena fe. Bien hace Beaumont al expresar que es "obvio que los terceros de buena fe no pueden perjudicarse por actos de representantes de la sociedad, con quienes contratan, y respecto de los cuales (actos o contratos), aquellos han abusado o se han excedido, al pactar sobre tópicos ajenos o marginales al objeto social"(41). Coincide este enfoque con la afirmación de Mascheroni cuando este último expone que la protección de los derechos de los terceros de buena fe, privan sobre la rigidez de la doctrina ultra vires. Esta solución, que tiende a resguardar a los terceros de buena fe, se basa en la teoría germánica de la apariencia y considera a las sociedades mercantiles dotadas de una capacidad general que les permite realizar todos los actos jurídicos compatibles con su naturaleza, aun cuando no estén previstos en el objeto.

Nuestro ordenamiento jurídico es muy preciso cuando aclara que quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella (42), Por tanto, el tercero que contrata con la sociedad solo tiene una obligación que cumplir para demostrar que ha actuado de buena fe: verificar si los representantes de la sociedad que contrataron a nombre de ésta estaban premunidos de poderes suficientes, otorgados por los órganos correspondientes de la sociedad. Como dice Elías: "Allí termina la obligación del tercero. Verificados los poderes, si éstos son conformes, el tercero sabe, terminantemente, que la sociedad queda obligada"(43).

Reafirma este concepto Beaumont explicando que al tercero de buena fe que contrata con la sociedad, aunque fuese concertación ultra vires, le bastará acreditar que él celebró un contrato con un representante de la sociedad inscrito en el Registro.

La simple lectura del artículo 12 de la LGS corrobora lo expresado cuando en su primer párrafo literalmente dice: "La Sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social". (El subrayado es nuestro). Vemos, pues, cómo nuestra legislación protege al tercero de buena fe. Más aún, excluye toda posibilidad, como dice Elías, de oponer en su contra la nulidad de un acto ultra vires.

Vale la pena agregar que esta posición encuentra también apoyo doctrinario en el principio según el cual nadie puede actuar contra los propios actos. Ennecerus citado por Elías: " A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o según la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choca contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"(44).

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 12 señala que serán los socios o administradores, según sea el caso, quienes deberán responder frente a la sociedad por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad "como consecuencia de acuerdos adoptado con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles".

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas (Ley General de Sociedades).

(1) LGS Artículo 11.- Objeto Social.

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

(2) La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

LGS Artículo 200.- Derecho de Separación del Accionista.

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la Sociedad: 1. El cambio del objeto social;" (...)

(3) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades Comentada". Ed Normas Legales. Trujillo, 1998. (4) HUNDSKOPF, Oswaldo. "Estudios Societarios y Ley General de Sociedades". Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1999.

LGS Artículo 1.- La sociedad.

"Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas".

(5) BRUNETTI, Antonio. "Tratado de Derecho de las Sociedades". Ed. Uteha, Buenos Aires, 1960.

(6) BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983. FERRERO (7) DIEZ-CANSECO, Alfredo. "La Administración en las Sociedades Anónimas". Edición privada de circulación restringida. Lima, 1995.

(8) FLORES POLO, Pedro. "Comentamos a la Ley General de Sociedades. Estudio Analítico". Cámara de Comercio de Lima. Lima, 1998.

(9) SÁNCHEZ RUS, Heliodoro. "Registrador de la Propiedad y Mercantil (España) Objeto Social y Poder de Representación en la Sociedad Anónima".

LGS Artículo 11.- Objeto social.

La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción constituye su objeto social... (el subrayado es nuestro)

LGS Artículo 200.- Derecho de separación del accionista.

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad: 1. El cambio del objeto social;... (el subrayado es nuestro).

LGS Artículo 12.- Alcances de la representación.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a contratantes terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

LGS Artículo 407.- Causas de disolución.

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

2. Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un periodo prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo.

(10) BARREIRO, Rafael. "Meditaciones acerca del objeto social". En: Societario.com, ©2000.

(11) BEAUMONT, Ricardo. "Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades". Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1998.

(12) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit.

(13) Vid. LGS, artículo 11.

(14) MASCHERONI, F.H. "Sociedades Anónimas". Ed. Universidad. Buenos Aires, 1987. (15) MONTOYA, Ulises. "Derecho Comercial. Tomo I. Ed. Grijley. Lima, 199B.

C.C. Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1. - Agente capaz. 2. - Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. (El subrayado es nuestro) Código Civil del Perú.

(16) LGS Artículo 407.- Causas de disolución. La sociedad se disuelve por las siguientes causas: (...) 2.

Conclusión de su objeto, no realización de su objeto durante un periodo prolongado O imposibilidad manifiesta de realizarlo; (...)

(17) ARIAS-SCHREIBER, Max. "Luces y Sombras del Código Civil". Ed. Studium. Lima 1991.

(18) MONTTOYA, Ulises. Ob. cit.

LGS Artículo 33.- Nulidad del Pacto Social. Una vez inscrita la escritura pública de constitución la nulidad del pacto social solo puede ser declarada: ... 2.' Por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 410 de la LGS.

LGS Artículo 410.- Disolución a Solicitud del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo mediante Resolución Suprema expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La Corte Suprema resuelve, en ambas instancias, la disolución o subsistencia de la sociedad.

Orden Público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico.

C.C. Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

C.C. Artículo 140 3.- Fin lícito.

(19) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit

(20) ELÍAS LAROZA Enrique. Ob. cit

(21) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit

(22) LGS Artículo 12.- Alcances de la Representación.

La Sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que ex1ralimiten su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social.

LGS Artículo 13.- Actos que no obligan a la sociedad.

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

(23) La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores en negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social." (A tenor del artículo 11 de nuestra LGS).

(24) Ultra vires. Unauthorized; beyond the scope of power allowed or granted by a corporate charter or by law< the officer was liable forthe firm's ultra vires actions> BLACK'S LAW DICTIONARY -seventh edition. Para Fernando de Trazegnies "desde la perspectiva del Derecho de Sociedades, un acto es ultra vires cuando está más allá del alcance de los poderes de una sociedad, definida por sus estatutos o por las leyes".

(25) CABANELLAS, Guillermo. "Derecho Societario: Parte General". Vol. 4. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1996.

(26) MASCHERONI, F.H. Ob. cit.

- (27) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit.
- (28) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit.
- (29) VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Derecho de las Sociedades Comerciales". Buenos Aires, 1988.
- (30) Tómesese en cuenta que la anterior Ley General de Sociedades no incluía un artículo como el 122 de la actual ley, norma esta última que, como se verá más adelante, regula los efectos y las responsabilidades que se puedan derivar de los actos ultra vires. (31) Debe recordarse que la referencia es a la derogada Ley General de Sociedades.
- (32) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cit
- (33) BEAUMONT, Ricardo. Ob. cit.
- (34) RUBIO, Jesús. "Sociedades Anónimas. Ed. Derecho Financiero. Madrid, 1974. (35) FRISCH, Walter Philipp. "La Sociedad Anónima Mexicana". 1979.
- (36) MASCHERONI, F.H. Ob. cit.
- (37) GUYENOT, Jean. "Curso de Derecho Comercial". Ed. Ejea, Buenos Aires. 1975.
- (38) SÁNCHEZ RUS, Heliodoro. Ob. cit.
- (39) GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil. Ed. Themis. Bogotá, 1987.
- (40) CABANELLAS, Guillermo. Ob. cit.
- (41) BEAUMONT, Ricardo. Ob. cit.
- (42) Vid. LGS artículo 13.
- (43) ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. cit.
- (44) ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit

LA EMISION DE OBLIGACIONES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Rolando CASTELLARES AGUILAR

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL CAPITAL INICIAL

En la ejecución de todo proyecto empresarial o societario, se requiere del concurso de una serie de elementos y recursos que hagan posible su logro. Desde los estudios de mercado, la determinación de segmentos de posicionamiento, estudios de factibilidad, proyectos de inversión, recursos materiales, recursos humanos y demás recursos o medios de producción de bienes y servicios, mercadeo, líneas y redes de distribución, entre otras labores previas que toda empresa requiere. Sin embargo, ningún proyecto empresarial sería posible de ser llevado a cabo, si además de los elementos y recursos antes señalados, no se cuenta con recursos financieros, a lo que restrictivamente se le denomina capital o fondo dinerario.

Por ello, nadie puede negar la importancia que tienen los recursos financieros o capital fresco en la ejecución de todo proyecto empresarial, para dar inicio, mantener o ampliar toda iniciativa o actividad empresarial. ¿Cómo conseguirlos? Es la interrogante que todo empresario debe responder y solucionar cada vez que inicia o amplía sus negocios; pues existen diversas fuentes Y formas de lograr ese financiamiento, cuando los propios no existen o no son suficientes.

En tales casos, cuando los recursos financieros propios son insuficientes la primera fuente de financiamiento que debe analizarse es la posibilidad de recurrir al concurso de otras personas, que apreciando las bondades y defectos, los pro y contra, las expectativas según las proyecciones y presupuestos de cada proyecto, es decir, las posibilidades de éxito o fracaso de la iniciativa o proyecto empresarial, a lo que se denomina riesgos del negocio, riesgo de la inversión o riesgo de mercado, deciden aportar este elemento o factor fundamental que viene a ser el capital fresco o financiamiento, convirtiéndose así I estos terceros inversionistas en partes directamente interesadas e integrantes del negocio, esto es, en socios de la empresa.

Como sabemos, los proyectos empresariales de gran envergadura, que requieren de grandes capitales, no son posibles de ser desarrollados o ejecutados con recursos correspondientes exclusivamente a una sola persona; se necesita casi siempre del concurso y aporte de grandes sumas de dinero que usualmente no los puede hacer una ni pocas personas, sino una gran cantidad de inversionistas, a quienes no es fácil conocerlos ni ubicarlos; y, además, debe convencerseles de las bondades del proyecto y cuanto mayor sea el número de interesados en el proyecto o en la empresa, éste será más confiable y habrá requerido de mayor análisis de parte de todos ellos, que es otro elemento que explica la participación de más de una persona en los proyectos empresariales de cierta envergadura, pues aun cuando un solo inversionista pueda atender los requerimientos

financieros, es mejor que el riesgo propio de todo negocio sea analizado, asumido y diversificado entre varios, por lo que se hace necesario y recomendable ejecutarlo entre varios, disminuyendo así los efectos de las eventuales pérdidas y riesgos que siempre están presentes, sea cual fuere la inversión o la empresa.

De este modo, para lograr este propósito conjunto y no individual de las empresas, por un lado, se han logrado crear ficciones como las personas jurídicas o corporaciones, sobre la base de patrimonios personales que se apartan para juntarlos con otros patrimonios igualmente aportados por terceros socios de la empresa, los que juntados conforman un gran bloque patrimonial distinto, autónomo, independiente y separado del patrimonio personal de cada uno de los aportantes, por lo que para perfeccionar tal independencia y separación plena, se le confiere (al patrimonio aportado y apartado) personería jurídica; esto es, arbitrariamente y por mandato de la ley, a dicho patrimonio perteneciente a varios, se le considera como un ente susceptible de ser titular de derechos y de asumir obligaciones, esto es, un sujeto de derechos y obligaciones, "a imagen y semejanza de una persona natural". Así, esta entelequia llamada persona jurídica es un ente que es titular de derechos y posibilidad de capacidad de goce y ejercicio, como si se tratase de una persona natural; surgiendo así las personas "jurídicas" inicialmente como sociedades y corporaciones y actualmente bajo otras diversas modalidades, que permiten inclusive separar -a una sola persona natural o persona jurídica- una parte de su patrimonio Y a ese bloque patrimonial separado darle categoría a ("jurídica"), por simple disposición y amparo de la ley. En este último caso, estamos pensando en las llamadas empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRLtda.), en las empresas unipersonales y en otras modalidades estructuradas modernas, como son las sociedades anónimas con un (1) solo accionista que inclusive nuestra legislación ya reconoce y lo permite desde hace muchos años, y estamos también pensando en empresas y sociedades constituidas solo por personas jurídicas (holdings); a los que se vienen sumando otras modalidades de inversión colectiva como los fideicomisos de titulación, fondos mutuos, fondos de inversión y otros fondos o patrimonios autónomos o separados, modalidades que constituyen verdaderos "derivados empresariales" que ya nuestra legislación nacional los admite, creándose inclusive otras fórmulas más elaboradas y sofisticadas como son los Recibos de Cartera de Valores (RCV) e instrumentos financieros derivados similares, como los llamados "fondos empresariales" en actual proyecto de elaboración y que esperamos puedan ser operados muy pronto en nuestro mercado, todos bajo la esencia y característica común de separar patrimonios, darles autonomía y finalidad exclusiva y a veces hasta personalidad jurídica a esos meros bloques patrimoniales, con el único propósito de desligar los patrimonios otorgados por sus aportantes, los que simplemente quedan como partícipes de la empresa creada y no más propietarios directos de los bienes que aportaron, los que se entienden de propiedad de la nueva persona ("jurídica") creada para ese fin, para que sea la propietaria o titular legal de los derechos de propiedad sobre tales patrimonios aportados.

II. MERCADO DIRECTO E INDIRECTO

Precisamente para atender esta necesidad de contar con considerables sumas de dinero a fin de llevar adelante proyectos empresariales que requieren usualmente de ingentes sumas de dinero, mayores a los recursos financieros que inicialmente los gestores, fundadores o promotores puedan o quieran aportar directa o individualmente, debe recurrirse a terceras personas y al mercado en general que por su lado está en busca de colocar sus capitales en proyectos viables y rentables. Así, tenemos tradicionalmente los mercados directo e indirecto de capital, por un lado; y el mercado de instrumentos de renta fija y de renta variable, por otro; es decir, el mercado de valores y el mercado bancario o crediticio que paralela y respectivamente ofrecen la posibilidad de obtener capitales o financiamiento en forma directa, especialmente como inversión/participación y crédito/deuda; o financiamiento indirecto con crédito/deuda con fondos intermediados por las entidades crediticias. En ambos mercados la oferta y demanda son de capital, de recursos financieros, de dinero; pero las condiciones y características bajo las cuales los interesados perfeccionan sus relaciones de oferta y demanda son distintas, como explicamos en seguida.

En efecto, en el llamado mercado directo, las fuerzas de oferta y demanda de capital, se concretan y perfeccionan en modo directo. No hay intermediario financiero. Quien demanda o solicita capital trata de modo directo con quien ofrece y acepta entregar capital al primero. Para que ambos (ofertante y demandante) se encuentren, puede haber y usualmente participan agentes facilitadores de ese vínculo o relación directa, pero la relación jurídica y económica se concreta solo entre quien entrega y quien recibe capital; de modo directo y personal. De ahí su denominación de mercado directo. En cambio, en el mercado indirecto, el ofertante de capital y quien lo demanda, no tienen vínculo contractual alguno entre sí. Ni siquiera se conocen, ni jamás tendrán una relación contractual entre sí respecto al crédito; pues en medio, entre ellos dos, siempre existe una tercera persona, un intermediario, a quien el ofertante de capital hace entrega del dinero que ofrece, en condiciones contractuales que el ofertante y el intermediario establezcan. En relación distinta e independiente, ese mismo intermediario, por su cuenta y riesgo, ofrece ese mismo capital al demandante final del mismo, con quien establece las condiciones para ello, no existiendo por tanto en ningún caso una relación contractual directa entre el inicial ofertante y el demandante o usuario final del capital, existiendo entre la primera operación y la segunda total independencia y separación crediticia y contractual. Por ello, a este mercado de oferta y demanda de dinero con participación de un intermediario, se le llama mercado indirecto, para distinguirlo del anterior.

Al primer mercado, o sea al mercado directo, es posible acceder a través de la invitación privada, si los inversionistas u ofertantes de capital son pocos y conocidos; pero en proyectos de mediana y gran magnitud no hay más alternativa que hacer uso de una invitación u oferta pública o invitación masiva a invertir, consiguiendo personas que cuenten con recursos financieros y estén dispuestos a asumir los riesgos propios del proyecto o del instrumento financiero ofertado,

pudiendo ser éste ya sea un instrumento de riesgo de mercado, usualmente con renta no conocida o variable (v.g. acciones comunes); o un instrumento de riesgo de contraparte o de crédito, usualmente pero no siempre con renta fija o conocida, aportando el inversionista o rentista en cualquiera de los casos el elemento faltante (capital) para llevar a cabo el proyecto empresarial. Es justamente esta modalidad de utilizar instrumentos o valores para facilitar esta participación de los inversionistas, la que ha dado el nombre a este mercado directo como mercado de valores.

Reiterando entonces, se llama mercado directo de capital, debido a que ofertante y demandante de capital establecen una relación directa y sin intermediarios que independicen la transacción; ya sea con fines de inversión y participación en el proyecto empresarial-asumiendo la copropiedad o coparticipación en la empresa- o de concesión crediticia -asumiendo la calidad de acreedor de la empresa o empresario-. En este mercado directo, los agentes que puedan facilitar tal encuentro, a quienes se les llama también, solo por esa, "intermediarios", no asumen ninguna responsabilidad, derecho ni obligación en la decisión de vincularse entre sí que adoptan las partes (demandante de capital y ofertante de capital), ni menos de sus resultados. Se limitan a eso. A facilitar el encuentro de ambas partes interesadas. Una en dar capital al demandante Y la otra en recibirlo, bajo las condiciones que ellos directamente acuerdan y que usualmente constan en los programas o prospectos de inversión o emisión de valores o en los contratos de suscripción de los respectivos instrumentos de deuda o de participación. Los intermediarios en este mercado son pues simples facilitadores del encuentro de estas dos fuerzas (demanda y oferta), no asumen riesgo alguno y son ajenos a las consecuencias o resultados de esa inversión. Toda su participación se limita a eso. A lograr esa conexión o relación directa entre ofertante y demandante de capital. Quien entrega el capital al demandante es el ofertante y quien lo recibe de éste es el demandante, generándose una relación obligacional solamente entre ambos, sin que el facilitador o intermediario asuma obligación o responsabilidad alguna en la inversión o proyecto financiado.

Por su lado, en el mercado indirecto de capital, demandantes y ofertantes no tienen ninguna relación o vínculo contractual. No es necesario que tengan tal relación directa o personal. El flujo de los capitales de los ofertantes llega a los demandantes de dinero, siempre a través de los intermediarios, por lo que a diferencia del mercado directo, donde el capital se logra con la sola participación del ofertante y demandante, a veces con ayuda del agente facilitador de dicho encuentro, en el mercado indirecto ese flujo de capital pasa siempre desde el ofertante al intermediario y luego en relación totalmente autónoma, distinta e independiente a esta primera relación, desde el intermediario al demandante.

Así, resulta sumamente clara la diferencia de la operatividad de cada uno de estos dos mercados, por lo que en el mercado indirecto el ofertante se limita a entregar sus recursos al intermediario, en trato directo con éste y circunscribiéndose su vínculo contractual con dicho intermediario. Una vez realizada tal entrega y primera operación, donde el vínculo contractual y obligacional es solamente entre

ofertante de capital e intermediario, éste, que es quien recibe ese capital y que en realidad no es el demandante final del mismo, lo recibe con el solo propósito de entregarlo por su cuenta y riesgo al demandante final o verdadero necesitado de capital, también en relación autónoma, separada y distinta respecto a la primera operación. Así, se genera un mercado de capital en el que quien ofrece se limita a entregarlo al intermediario y quien demanda se limita a recurrir a ese intermediario, sin que tenga ninguna importancia quién es el ofertante original ni el demandante final, careciendo de toda importancia para ambos (ofertante y demandante) quién es quién, pues entre ambos no existe ninguna relación directa ni vínculo obligacional de uno frente al otro, dado que en medio está siempre el intermediario que opera por separado con ambos. Es el típico caso del mercado bancario, donde los ofertantes de capital, llamados también ahorristas, depositantes o ahorradores, entregan su dinero al banco, que capta esos fondos o ahorros del público con el propósito de entregarlos después a los demandantes, quienes a su vez recurren al banco intermediario para ese fin. Se genera así una relación entre banco y unos y otros de distinto orden y naturaleza, pues en un caso el banco asume deuda (frente a los ahorristas) al recibir fondos dinerarios con la obligación de devolverlos con sus intereses; y, por otro lado, actúa como acreedor (frente a los demandantes de dinero), al colocar esos mismos fondos captados entre estos demandantes de capital, denominándose por esa razón a la primera de las operaciones (a recibir capital del público) operación pasiva; mientras que a la segunda (a la colocación de capital a los demandantes) operación activa, en clara alusión a la calidad que asume el banco intermediario como deudor (pasivo) y como acreedor (activo) de los fondos objeto de su intermediación, en uno y otro caso.

III. INVERSIÓN DE RENTA FIJA Y RENTA VARIABLE

Para el tema que nos proponemos abordar, dejemos de lado el mercado indirecto o bancario o llamado también financiero, y refirámonos al mercado directo o de valores o llamado también mercado de capitales, precisando que existen diversos alcances o acepciones que suelen darse a esta última denominación (mercado de capitales) en la literatura internacional y legislación comparada, ya sea como mercado de valores o mercado directo; o como el mercado que comprende al mercado directo e indirecto. Nosotros lo utilizaremos en su acepción limitada al mercado directo o de valores. En el mercado de valores que, como acabamos de señalar, es uno de relación directa, la mejor forma de concretar las relaciones directas entre ofertantes y demandantes de capital es a través de instrumentos financieros y especial o principalmente mediante la emisión/suscripción/colocación de valores en título o como anotación en cuenta. De ahí la denominación de mercado de valores. Esta demanda/oferta directa mediante valores y/o otros instrumentos financieros similares, puede referirse a valores de renta fija o predeterminada desde un inicio, o valores de renta variable e impredecible, o sujeta a álea o desconocida al inicio de la inversión.

Es ésta una clasificación tradicional, que vincula las inversiones hechas a título de participante o copropietario o integrante de la empresa financiada, con rentas variables y aleatorias, sujetas al resultado de la gestión empresarial y resultado periódico (utilidades) de la empresa que no puede ser conocido a priori, ni ser siempre igual sino siempre variable en el tiempo, sujeto a múltiples factores; mientras que las inversiones a título de acreedor, sin asumir la calidad de partícipe del proyecto empresarial, que entregan o facilitan capital contra el pago de un interés compensatorio fijado en una tasa predeterminada, hace conocida la renta que generará la operación desde un inicio; de lo que loma la denominación de renta fija.

Sin embargo, esta clásica agrupación, cada vez tiene menos aplicación; pues en los últimos años, cada vez es mayor el número de ofertas y demandas de valores e instrumentos estructurados y derivados, que combinan el resultado de las ganancias o rentas. Así, tenemos tradicionales instrumentos de inversión como son las acciones, que pueden asegurar una renta determinada o renta mínima, cada vez que se logren utilidades obviamente, pudiendo inclusive acumular tales rentas mínimas anuales para la oportunidad en que se logren dichas utilidades, lo que los asemeja a los instrumentos de renta fija; y, por su lado, es cada vez más común emitir instrumentos de deuda, como pueden ser los bonos, que no reconozcan interés alguno al tenedor o que lo hagan en forma totalmente aleatoria, tales son los casos -respectivamente- de los llamados bonos "cupón cero", es decir, sin intereses a pagar por el emisor, y los bonos cuyos intereses se determinarán solo en el momento de su pago, al estar sujetos a índices, canastas o rentabilidades promedio de otros instrumentos, con lo que se convierten en instrumentos y valores de renta variable.

Pero lo sustancial es que, efectivamente, aún podemos seguir distinguiendo estos instrumentos de inversión en instrumentos de renta fija y variable, sin poder ya sostener que determinados valores (de deuda) son de renta fija y que otros (de participación) son de renta variable, conforme hasta hace algunos años se solía identificar como tales a los bonos y a las acciones, por ejemplo. Ahora habrá que determinar en cada caso si es o no de renta fija, variable o de rendimiento aleatorio o estructurado.

IV. VALORES DE OFERTAS PÚBLICA Y PRIVADA

Otra distinción que se hace de los valores e instrumentos que son objeto de negociación en el mercado directo o de valores, es según la amplitud de su oferta. Los emisores de estos valores, a veces, suelen ofrecerlos a determinadas y limitadas personas. Muchas veces esta limitación y restricción en la oferta provienen de la misma ley, o normas estatutarias, o de las condiciones de su emisión. Así, en el caso de las acciones o de las obligaciones convertibles, su colocación puede restringirse exclusivamente a determinadas personas, que así tienen derechos de preferencia en tal adquisición de valores que sean objeto de nuevas ofertas. Otras veces, en cambio, las ofertas se hacen al público en general

de modo indefinido, sin limitación alguna ni observar preferencias a favor de quienes ya son inversionistas.

Así, tenemos las ofertas privadas y las ofertas públicas. Son justamente estas últimas las que tienen singular importancia para el mercado, para los inversionistas y, por ende, para el Estado, cuya labor de fomentar y garantizar el ahorro y la inversión, le obliga a proteger a los inversionistas, fijando reglas y exigencias mínimas para dichas ofertas públicas que no son sino modos de captar fondos del público. Básicamente tales exigencias están dirigidas a informar suficiente y adecuadamente a los inversionistas a quienes va dirigida la oferta de valores, de las características de los instrumentos ofertados y de los derechos subyacentes que éstos representan, a fin de que al adoptar o tomar su decisión, lo hagan con pleno conocimiento de los riesgos que asumen (decisión informada).

De eso se trata, de proteger al inversionista, en el sentido de que éste sea consciente de la decisión que está adoptando. Que sepa del grado de riesgo y de las expectativas de las ganancias o pérdidas que pueda tener. Es lo que se denomina una "decisión informada". Por tanto, la protección al inversionista en el mercado directo no consiste en asegurarle una rentabilidad, ni disminuir riesgos o incrementar sus ganancias, sino de proveerle de información adecuada y dejar que sea él quien decida asumir o no los riesgos que tal inversión signifique, con la debida información. Lo que el Estado, la ley y la autoridad de control exigen es una adecuada transparencia, una información suficiente y adecuada; para lo cual se cuenta con una serie de medidas que van desde la misma existencia y razón de ser de la CONASEV, hasta la presentación de información detallada de la situación patrimonial, financiera, económica y administrativa de quien formula la oferta (el emisor de valores), prospectos informativos, el registro público inmediato de informaciones y de hechos de importancia, constitución de garantías especiales, supervisión interna y externa a través de auditorías, participación de representantes de inversionistas y otros mecanismos; todo lo cual tiene como finalidad última brindar información oportuna, uniforme y no discriminada a los inversionistas y al mercado.

Así, toda colocación u oferta de valores que se lance en modo público, debe estar sometida a estas reglas; pues son los ahorros del público los que de modo directo se persigue captar, y los destinatarios de tales ofertas deben contar con información suficiente y adecuada para tomar sus decisiones de ahorro-inversión y hacer del mercado uno que sea confiable y transparente.

Sin embargo, la ley no puede llegar al extremo de proteger del mismo modo a cualquier inversionista o a todos los inversionistas de este mercado directo; pues existen inversionistas profesionales o institucionales, que han hecho de la inversión su profesión y actividad propia, por lo que ellos conocen y saben analizar y determinar los riesgos propios de los negocios y empresas vinculados a las inversiones o valores que adquieran. Estamos refiriéndonos a los bancos, financieras, compañías de seguros, AFPs, SABs, sociedades administradoras de fondos mutuos y fondos de inversión y entidades similares que cuentan con una

serie de elementos que facilitan la evaluación de sus inversiones, por conocer profesionalmente ese mercado y ser expertos en evaluar dichas inversiones. Bajo el mismo criterio, quien realiza inversiones por montos significativos, que en el caso del Perú se ha fijado en S/. 250,000 por cada instrumento o valor, sujeto a reajuste anual con el IPPM (índice de Precios al Por Mayor) con base de enero de 1996 (1 era. Disposición Final, D.Leg. N° 861), no requiere de protección especial; por lo que estas grandes inversiones han sido más bien asimiladas a las ofertas privadas. Y es que las ofertas públicas, en aplicación del artículo 87 de nuestra actual Constitución Política (1993), deben sujetarse a normas exigentes en materia de información, por lo que son dichas ofertas públicas las que se encuentran reguladas en la llamada Ley del Mercado de Valores, aprobada por el Decreto Legislativo N° 861 (T.U.O. según D.S. N° 093-2002-EF), y son esas ofertas más no las privadas las que son objeto de control y supervisión por parte de la CONASEV. y es que inversionistas profesionales o por sumas considerablemente altas, o inversionistas en oferta privada, no requieren de la misma protección del Estado que los inversionistas medianos y pequeños y por oferta pública.

Así, la Ley del Mercado de Valores citada, en su artículo 4, dispone que es oferta pública de valores mobiliarios, la invitación adecuadamente difundida que es dirigida al público en general, o a determinado segmento de éste, para realizar cualquier acto jurídico, referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios. Mientras que oferta privada, señala la misma ley, es toda oferta que no tenga los caracteres antes indicados. Tal sería, por ejemplo, la suscripción simultánea de acciones (suscripción que se da en el acto de constituirse una S.A.); la suscripción de acciones por aumento de capital por quienes ya son accionistas, es otro ejemplo de esta clase de suscripciones privadas que no requieren de protección especial por parte del Estado.

V. VALORES NEGOCIABLES EN MECANISMOS CENTRALIZADOS DE NEGOCIACIÓN Y FUERA DE ELLOS (OTC)

El lugar de encuentro de dos fuerzas, una que es la de demanda y otra que es la de la oferta, que tenga por objeto un bien o un servicio determinado, se denomina "mercado". Cuando el objeto de esa oferta y demanda son valores, estamos ante el "mercado de valores". Este mercado, como cualquier otro, puede tener un ámbito internacional, nacional, regional, local o específico o puntual. En estos últimos casos, de oferta y demanda local o puntual, las transferencias y adquisiciones de valores pueden hacerse dentro de mecanismos o mercados ordenados, regulados, con normas y prácticas especiales y propias. A dichos mercados o lugares de encuentro físico de ambas fuerzas se les denomina bolsas o, más genéricamente, mecanismos centralizados de negociación (MCN). En nuestra plaza tenemos o tuvimos bolsas como la de valores en Lima y Arequipa, bolsa de productos en Lima, y otros mecanismos centralizados como la Mesa de Negociaciones de la Bolsa de Valores de Lima o la Mesa de Negociación del Banco Central de Reserva y el reciente MIENM

Mercado de Instrumentos de Emisión No Masiva que opera adscrito a la Bolsa de Valores de Lima.

Las negociaciones hechas dentro de estos mecanismos centralizados se caracterizan por ser más ordenadas, sistematizadas, estandarizadas y seguras; con información suficiente y adecuada del valor y del emisor, por lo que evidencian precios o cotizaciones de mercado en forma transparente, que facilitan la venta de valores en el mercado secundario, lo que le da justamente liquidez a dichos valores, que es la característica y fin último de los mercados de segunda negociación, que confiere a los inversionistas gran ventaja respecto a los tenedores de valores que no tienen este mercado de negociación secundaria o de liquidez.

Así, tenemos valores que cotizan o se negocian en estos mercados centralizados, de modo informado, con gran liquidez; mientras que otros valores, al no cumplir ciertas condiciones de información o no haberse registrado en estas bolsas o MCN, se suelen negociar fuera de ellos, siempre con dificultad, por lo que no tienen liquidez ni una adecuada información que ayude a tomar una decisión adecuada, tornándose a invertir en tales valores en negocios o decisiones riesgosas e ilíquidas respecto a los valores que sí cuentan con estos mercados centralizados como son las Bolsas y otros mercados ordenados o sistematizados.

Ahora bien, los valores que se negocian en las bolsas y en otros MCN, no tienen que negociarse exclusivamente en o a través de dichos mercados, pueden también negociarse fuera de ellos (OTC, over the counter). En el Perú, ya desde hace varios años que se ha logrado eliminar el llamado "cautiverio de la bolsa", régimen que hasta los primeros años de los 90 obligaba necesaria y exclusivamente a negociar un valor registrado en bolsa, a través de la misma bolsa, no siendo posible negociarlo por otra bolsa o fuera de ella; salvo casos muy excepcionales como anticipas de legítima, separación de patrimonios y casos similares en los que se admitía prescindir de su transferencia bursátil. La legislación vigente no contiene más tal exigencia y limitación, siendo suficiente que en las negociaciones y transferencias fuera de bolsa participe, a modo de fedatario, una Sociedad Agente de Bolsa (SAB), con la única finalidad de registrar el precio transado e informar de ello a la bolsa, en la que se registra a modo informativo tal precio fuera de bolsa, sin que afecte de modo alguno la cotización que tenga el valor mobiliario en las operaciones hechas a través de la Rueda de Bolsa.

VI. VALORES MOBILIARIOS

Con alguna frecuencia apreciamos confusiones entre los conceptos de título valor, valor negociable, valor mobiliario y valor electrónico o con anotación en cuenta. Al respecto, en la doctrina donde igualmente encontramos también conceptos contradictorios, casi en modo uniforme se entiende por "título valor" al valor, bien o

derecho patrimonial, que esté representado en un documento, título o soporte papel o soporte materializado, tangible o susceptible de ser apreciado por los sentidos humanos. Este término (título valor) tiene un alcance amplio que, en la legislación nacional, constituye el género; pues cuando la característica de un título valor es que su emisión se haga en forma masiva o en serie, esto es, en grandes o considerables cantidades, en el que unos valores son homogéneos o iguales a los otros, representando todo ese grupo de valores los mismos u homogéneos derechos y obligaciones, estamos ante títulos valores que son valores mobiliarios. Así, en nuestra opinión, este concepto o grupo especial de títulos valores denominados valores mobiliarios, deviene en una especie del género "título valor", en una clase especial de estos últimos. Dicho de otro modo, los valores mobiliarios son una clase especial de títulos valores, cuya característica es su emisión masiva, serial y representando derechos homogéneos: No basta pues la significativa cantidad de valores emitidos, sino también la necesaria homogeneidad que debe existir entre todos ellos. Así, los valores mobiliarios nunca se emiten en forma individual. O sea, una emisión de un solo título valor aun de valor muy elevado; ni la de varios miles de títulos en la misma oportunidad, donde cada uno de ellos represente derechos distintos, calificará como valor mobiliario. No es pues solamente la gran cantidad de valores que conforman la emisión lo que caracteriza a los valores mobiliarios, sino que además de dicha emisión masiva, los valores emitidos en masa deben representar o contener los mismos u homogéneos derechos patrimoniales, por lo que precisamente se les agrupa en series o clases. Tal sería el caso de la emisión de un millón o mil o cien acciones comunes en oportunidad de constituir o incrementar el capital de una sociedad anónima. Todas las acciones comunes representan los mismos derechos, por lo que carece de toda importancia ser el titular de cualquiera de ellas. De la Acción N° 1 o de la Acción N° 47, o N° 1,066 o de cualquier otra. Esta igualdad de derechos u homogeneidad entre los valores, lo hace fungible, es decir, sustituible por cualquier otro valor de su misma emisión o serie, facilitando su negociación en masa.

Respecto a la masividad de su emisión, nuestra legislación, y específicamente el Reglamento de Oferta Pública Primaria aprobado por la Resolución CONASEV N° 141-98-EF/94.10, en su artículo 5.b), ha dispuesto que se cumple con el requisito de la emisión en masa de los valores mobiliarios, cuando el emisor hubiera emitido por lo menos once valores (más de diez), en forma simultánea o sucesiva como parte de la misma operación financiera. Así, en el Perú, emisiones de hasta diez valores, aun cuando tuvieran o representasen los mismos derechos y sean homogéneos entre sí, no constituirían legalmente "valores mobiliarios"; lo que no significa que no sean títulos valores.

En cuanto a los valores con anotación en cuenta, con los que igualmente se suele confundir a los valores mobiliarios, tal denominación (anotación en cuenta) corresponde a una distinción más bien referida al soporte del valor. Así como frente a los valores mobiliarios tenemos a los valores individuales, que a diferencia de aquéllos cada título valor representa derechos distintos unos de otros, aun cuando se hubieren emitido en forma masiva o en el mismo acto (tal sería el caso

de 100 letras de cambio emitidas en el mismo acto por una misma operación crediticia que las origina, pagadera en 100 cuotas, no las convierte por ese solo hecho de la pluralidad de la emisión en valores mobiliarios. porque cada cambial representa derechos distintos sea por su monto o sus fechas de vencimiento diversas que dista o impide toda homogeneidad entre ellas); en el caso de los valores con anotación en cuenta, lo que se tiene presente es el soporte. Tendremos así los valores en título (en soporte papel o materializado) y los valores en anotación en cuenta o electrónicos o desmaterializados, como se suele también llamarlos. Esta distinción pues obedece y se explica sólomente por el soporte utilizado, con posibilidad de que en un momento el mismo valor que conste en título, luego se convierta en un valor con anotación en cuenta, o a la inversa (la ley peruana admite en ciertos casos la llamada "re-materialización", como valor que fue desmaterializado -de valor en título pasó a valor con anotación en cuenta- y luego recuperar su original soporte papel). De este modo, podemos y en efecto contamos con valores mobiliarios que constan en soporte papel (que serían los valores mobiliarios como títulos valores) o en soporte electrónico o anotación en cuenta o valores desmaterializados (que serían los valores mobiliarios con anotación en cuenta).

Las eventuales confusiones entre los valores desmaterializados y los valores mobiliarios tienen su origen en que en la legislación peruana (como en la mayoría de la legislación comparada también), hasta hace poco, solo se admitía la desmaterialización de los valores mobiliarios y, además, solo de ciertos valores mobiliarios, de los nominativos. Hasta hace muy poco, no teníamos la posibilidad de representar en cuenta o desmaterializar valores que no fuesen nominativos. Y esto debido a que los valores nominativos son susceptibles de ser registrados y dado que su transferencia se perfecciona y formaliza a través de la cesión de derechos, modalidad que obliga a poner en conocimiento del obligado principal de tal transferencia, los principios que rigen para ese efecto y para la constitución de gravámenes u otros derechos y cargas, son los mismos que rigen dentro del Derecho Registral, lo que llevó a facilitar tal desmaterialización y sustitución del papel por el registro o anotación en cuenta, registro que se hace ante una tercera persona o entidad o institución encargada de ello que, en el caso peruano, viene a ser la Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ICLV), existiendo una en actual actividad, bajo la denominación de CAVALI S.A.

Es obvio por demás que los valores al portador no son posibles de ser desmaterializados; pues la posesión y la representación tangible y física es imprescindible en un valor de esa naturaleza, al reputarse en esa clase de valores (al portador) como su titular, a quien lo "porta" o lo posee; y la posesión siempre es material y física, por lo que si un valor al portador pretendiese ser desmaterializado, tendría que convertirse previamente en un valor nominativo; pues la anotación en cuenta conlleva el registro del nombre de su titular, con lo que se vinculan los derechos que representa con una determinada persona y no con una persona indefinida como es en uno que es al portador, del que solo su legítimo poseedor físico es su titular. Esta realidad es recogida por la Ley de

Títulos Valores (art. 267.4) que dispone que las obligaciones que se registren como anotación en cuenta en una ICLV, deben ser siempre nominativas.

Ahora, como la mayor parte de los valores mobiliarios son nominativos (hay también valores mobiliarios al portador y muy excepcionalmente nos encontramos con valores mobiliarios a la orden), la identificación con los valores desmaterializados ha devenido casi natural e inmediata. Sin embargo, estimamos que tal identificación o confusión es inadecuada; pues como acabamos de señalar, la desmaterialización o anotación en cuenta tiene que ver con la forma de representación o soporte empleado, pudiendo por tanto utilizarse el soporte papel o materializado o el electrónico o con anotación en cuenta o desmaterializado para representar un valor mobiliario. Así, un bono, un papel comercial, una acción o un certificado de participación de fondo mutuo o de inversión, pueden indistintamente estar representados sea en título o mediante anotación en cuenta. Hasta la fecha, aún es posible encontrar valores de la misma serie o clase emitidos por un mismo emisor, que constan en soporte papel, unos, y anotación en cuenta, otros. Sin embargo, la Bolsa de Valores de Lima, desde ya hace algunos años, para ordenar esta situación, tiene dispuesto que antes de su negociación en rueda, los valores inscritos o registrados en dicha bolsa deben desmaterializarse, conforme al artículo 218 de la LMV (Ley del Mercado de Valores), lo que se cumple estrictamente desde el lunes 7 de diciembre de 1998. En el comunicado que al efecto publicó en los diversos medios de prensa, la BVL (Bolsa de Valores de Lima) señala -entre otros beneficios- que con esta medida se "...busca brindar mecanismos adicionales de seguridad a los distintos intervinientes del mercado, principalmente en lo que se refiere a los riesgos vinculados con la liquidación de las operaciones, ya que se busca proteger a los titulares de los valores de situaciones como robos, extravíos y falsificación de títulos, además de permitir una mayor agilidad en la realización de las operaciones".

Como ya hemos mencionado en líneas anteriores, hasta hace poco existía una restricción legal para desmaterializar solamente los valores que fuesen nominativos, lo que era explicable por la ya también señalada razón de facilidad del registro de un titular determinado. Pero ante los últimos adelantos de la tecnología electrónica y de la telemática en general, mediante la reciente Ley NQ 27649, que ha entrado a regir desde el 24 de marzo de 2002, que modifica la LMV, cuyo Texto Único Ordenado se ha aprobado por D.S: N° 093-2002-EF, se ha abierto la posibilidad de desmaterializar también los valores a la orden, los que son similares a los valores nominativos en materia de identificación del titular del derecho representado en el valor, al poder identificar en todo momento a una determinada persona (tenedor o endosatario) como su titular legítimo. En efecto, como podemos apreciar de los actuales textos de los artículos 110 Y 223 de la LMV, es posible que en el Perú puedan crearse valores a la orden, de emisión no masiva, esto es, valores que no son mobiliarios, por medios electrónicos o con anotación en cuenta. Por tanto, en resumen, la legislación peruana admite la emisión o creación de cualquier clase de valor, sea en título (soporte papel o materializado) o mediante anotación en cuenta (desmaterializado). Sea que el valor fuere nominativo, a la orden, o al portador; con la precisión importante de

que en este último caso, deberá convertirse previamente el título al portador en nominativo, tal como señala expresamente la Ley NQ 27287, Ley de Títulos Valores (art. 267.4).

y es que la actual-tecnología electrónica permite por demás lograr la negociación de los valores a la orden utilizando medios electrónicos, y prescindiendo del papel y/o del manipuleo físico del título valor; posibilidad ésta que introdujo la nueva LTV, Ley N° 27287, que incorporó en la legislación peruana el llamado pacto de truncamiento, que precisamente evita la manipulación física o material de los títulos valores, "truncando" o deteniendo en un lugar o etapa del proceso de cobranza del documento físico; y, a partir de ese truncamiento o depósito o paralización del valor, se prosigue su negociación y cobranza únicamente por medios electrónicos (a lo que nosotros lo llamamos "endoso electrónico"), con posibilidad de obtener inclusive la constancia de la falta de pago, en su caso, siempre por medios electrónicos (a lo que llamamos "protesto electrónico"), prescindiendo de su entrega física, pero sin interrumpir su trámite de cobranza ni afectar las responsabilidades cambiarias de los "endosantes electrónicos", con los mismos efectos que un endoso físico o material que conste en el mismo título valor. En relación a este punto, desde hace varias décadas en el Perú también ya se logró sustituir la "entrega física" que requiere la prenda, por la "entrega jurídica". Similar situación se logra con los endosas electrónicos dentro de cobranzas de títulos valores a través de instituciones del sistema financiero que tengan el pacto de truncamiento, sistema que ya está en marcha entre las empresas bancarias del país actualmente, con participación de las ESEC (Empresa de Servicio de Canje Electrónico) y el BCR (Banco Central de Reserva del Perú), como banco de compensación o de reembolso.

Así, no ha sido difícil para el legislador que actualizó la Ley del Mercado de Valores, disponer y abrir el camino para recurrir al uso de la tecnología en la creación, "emisión" y transferencia de valores a la orden, por medios electrónicos o desmaterializados. La norma comentada señala lo siguiente:

Artículo 110, Decreto Legislativo N° 861, modificado por el artículo 17 de la Ley N° 27649:

"Artículo 110.- Son mecanismos centralizados de negociación regulados por esta Ley aquellos que reúnen o interconectan simultáneamente a varios compradores y vendedores con el objeto de negociar valores, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva.

La negociación de valores que se efectúe en rueda de bolsa y en los demás mecanismos centralizados bajo los respectivos reglamentos y con observancia de los requisitos de información y transparencia, constituye oferta pública".

Artículo 223, Decreto Legislativo N° 861, modificado por el artículo 61 de la Ley N° 27649:

"Artículo 223. - Las instituciones de compensación y liquidación de valores son sociedades anónimas que tienen por objeto principal el registro, custodia, compensación y liquidación de valores, e instrumentos derivados autorizados por CONASEV; así como instrumentos de emisión no masiva".

Esta posibilidad no solo de "truncar" títulos valores y lograr su negociación electrónica, sino inclusive de crear y emitir como valor con anotación en cuenta que ya permite nuestra legislación, posibilita el uso de instrumentos de emisión no masiva como pueden ser las letras de cambio, pagarés, facturas conformadas o las facturas cambiarias que no tardarán en crearse, o el TCHN (título de crédito hipotecario negociables) (ver arto 245.5, Ley N° 27287, agregado mediante Ley N° 27640) Y demás valores (no mobiliarios) individuales A la Orden, en el comercio electrónico que, del mismo modo que en los tradicionales negocios, pueda transarse al crédito utilizando estos valores electrónicos individuales; con potestad de lograr sus descuentos o cesiones en factoring virtual o electrónico, como ya se viene haciendo actualmente en el sector bancario peruano, con uso de mecanismos de truncamiento. Y es que en el comercio electrónico o ciberespacio debería poder transarse bajo los mismos mecanismos y utilizando las mismas facilidades crediticias que en el comercio tradicional o no virtual. Si en éste pueden concederse créditos con uso de títulos valores, en el comercio virtual o electrónico debería ser posible no solamente usar la firma electrónica o digital, sino también valores individuales, electrónicos o desmaterializados, recurriendo a la participación de las ILCV, como CAVALI SA, para los fines de su registro y control electrónico, con las mismas o mejores seguridades que los valores en papel, al recurrirse al uso de la firma electrónica y digital.

Así, dejamos claramente separados los conceptos de título valor (valor en título o en papel, o valor tangible o materializado), el de valor electrónico (desmaterializado, intangible o con anotación en cuenta), que se distinguen solo por el soporte empleado en cada caso, siendo posible que el mismo valor tenga cualquiera de estos soportes, por lo que al convertirse en especies, el género vendría a ser "valores negociables", denominación esta que nos permitimos proponer en oportunidad de elaborarse la Ley de Títulos Valores, pero se prefirió seguir utilizando esta última, dejando para más adelante nuestra propuesta; pues estimamos que esta denominación de "valores negociables. es más amplia y cabal para comprender a ambas clases de valores (en título o con anotación en cuenta; mobiliarios o individuales; representativos de créditos, deudas, pagos, participación, o patrimonios diversos, o cualquier otra especie de valor). Por ello, el término "valor negociable" es más amplio que el de "título valor" y comprende todas estas formas y modalidades de soporte que antes no existían, lo que nos lleva a insistir y ser firmes en nuestra propuesta.

VII. OBLIGACIONES: BONOS Y PAPELES COMERCIALES

Veamos a continuación el tema principal de estas notas: la emisión de obligaciones, como una forma de endeudamiento masivo y modalidad o fuente de financiamiento directo con ahorros del público y su tratamiento legal en el Perú.

Cuando el o los empresarios requieren de mayor capital para el inicio o ampliación de su negocio, pero sin compartir la propiedad o las utilidades de su empresa, o

cuando terceros inversionistas no desean realizar su inversión en ese negocio, no recurrirán por cierto a la emisión de acciones y aumento de capital incorporando y compartiendo en ese caso con nuevos socios o copropietarios del negocio. Del mismo modo, este camino de aumentar el capital social no será viable si los propios inversionistas que ya son socios no están dispuestos a incrementar sus aportaciones, sea porque tienen un límite en su capacidad de inversión o porque no desean tomar más riesgo incrementando su participación en el accionariado o capital social de una sociedad o patrimonio empresarial. Por tanto, en estas situaciones en las que la alternativa del aumento de capital y de participación en el negocio no resulta viable, la única opción es el financiamiento o logro de capital a través de endeudamiento.

Para ese efecto se cuenta con dos fórmulas en el mercado de capitales y en el mercado financiero; es decir, se tiene el mercado directo o indirecto a los que nos hemos referido al inicio de este artículo. Quien requiere de capital, deberá pues tener que endeudarse sea con una empresa del sistema financiero de la que en vía de préstamo o mutuo dinerario obtendrá los recursos que necesita, lo que es la alternativa más frecuente, al ser ésta (prestar apoyo crediticio y colocar fondos) la finalidad u objeto social de estas empresas bancarias, de crédito o de intermediación financiera; o, en su lugar, recurrir al mercado de capitales, al mercado extrabancario, en forma directa y prescindiendo de la intermediación de los bancos, en este caso mediante la emisión de obligaciones y su colocación en el mercado de valores. Éstas son pues las dos grandes fuentes de lograr financiamiento con crédito o endeudamiento: dentro y fuera del sistema financiero o bancario. En ambos casos, la parte demandante de capital logra su objetivo de contar con liquidez (que es en lo que se resume el financiamiento crediticio), asumiendo la calidad de deudor frente a la parte que ofrece dicho capital, que acepta asumir la calidad de acreedor, entregándole el capital requerido por un plazo determinado.

La obligación, término que proviene del latín "ob" (delante o por causa de) y "ligare" (atar o sujetar), tiene un sentido de ligadura o nexo que justamente se genera entre el acreedor y el deudor. En toda relación obligacional encontraremos una parte (deudor) que asume una obligación a favor o provecho de la otra parte (acreedor). En su sentido restringida la obligación está referida al valor que representa o contiene dicha relación de deuda! acreencia, es decir, al instrumento o título valor que sirve para hacer viable, representar o formalizar el derecho crediticio del tomador del título valor o del endeudamiento dinerario de quien se obliga a pagar una suma de dinero (deuda) representada por ese instrumento, según las condiciones acordadas al efecto, en modo masivo.

Siendo una de sus características la masificación del endeudamiento, nuestra legislación (art. 263, Ley N° 27287 o Ley de Títulos Valores) señala que las obligaciones son instrumentos o títulos valores que representan o incorporan una alícuota o alicuanta de un "crédito masivo" que terceros acreedores convienen en conceder al emisor de dichas obligaciones. Así, en este proceso de endeudamiento o logro de liquidez con deuda (recordemos que podemos lograr

liquidez sin asumir deuda, por ejemplo, cuando se opta por emitir acciones que no son un instrumento de deuda; o cuando un patrimonio o activo no-líquido se cede o transfiere en factoring o en fideicomiso de titulización, o cesión de derechos, entre otras modalidades de financiamiento sin deuda) en el que los inversionistas aceptan convertirse en acreedores, no es necesario que ellos se conozcan entre sí o que concierten la concesión crediticia de modo individual y personal, limitándose a aceptar la invitación de convertirse en acreedor del deudor que requiere de dicho financiamiento, según el prospecto de emisión. Solo luego y una vez que tenga éxito tal invitación a convertirse en acreedor que les hace el deudor que formula tal oferta, dichos inversionistas conformarán una junta y recién tendrán oportunidad de reunirse y conocerse entre sí y adoptar acuerdos relacionados con su acreencia global. Entre tanto, aun cuando ellos no hubieren aceptado ser acreedores, ni acordado designar como su representante, ya existirá una tercera persona que los representa. Este tercero es el llamado "representante de los obligacionistas", que hasta antes del Dec. Leg. N° 861, LMV, era denominado en el Perú como "fideicomisario", término este inapropiado para este caso y que hoy se ha reservado correctamente solo para quien es el beneficiario de un fideicomiso. Debido a ello, a que existe un representante que actúa aun antes de haber sido designado, el representante de los obligacionistas debe ser posteriormente ratificado por quienes aceptaron convertirse en acreedores del deudor que emite las obligaciones. En el Perú, esta ratificación debe hacerse una vez que se hubiere colocado el 50% de la emisión respectiva (art. 320, LGS), con potestad de sustituirlo en esa o posterior ocasión, por simple acuerdo que en junta de obligacionistas se adopte.

Cada vez mayor número de empresas vienen prefiriendo endeudarse en forma directa y mediante la emisión de obligaciones con colocación mediante oferta pública, cuando la magnitud o monto de sus requerimientos financieros es de cierta consideración, recurriendo al crédito bancario solamente para cubrir sus necesidades urgentes, menores y de corto plazo. La asunción de deudas de mayor importe y/o de plazos largos o inclusive cortos, resulta más ventajoso hacerlo a través del endeudamiento directo y del mercado de valores, es decir, mediante la emisión de obligaciones, recurriendo en todo caso a los servicios bancarios solamente para la estructuración o asesoría financiera de estos procesos de emisión/endeudamiento y el logro de seguridad en conseguirlo mediante su colocación entre los inversionistas interesados; pues es mejor confiar esta labor (conseguir capital) a una entidad especializada en esos quehaceres, pagando por ello una comisión conocida desde un inicio, antes que pretender hacerla con los elementos y recursos internos que no están familiarizados ni preparados para esta labor, poniendo en riesgo el éxito de la oferta de endeudamiento.

En el Perú, en los últimos años, aun con la crisis de la que no podemos todavía salir, ha venido creciendo la opción de hacer uso del mercado directo y del mercado de valores para conseguir capital fresco. A continuación podemos apreciar un cuadro que confirma lo antes señalado:

A pesar de que se aprecia que el mercado peruano es uno que hace uso intensivo del crédito bancario, lo importante es notar que en los últimos años cada vez más las empresas recurren al mercado directo, esto es, al mercado de valores, para captar los fondos que requieren en sustitución del tradicional crédito bancario, que sin duda no será más la única ni necesariamente la más importante si logra desarrollarse el mercado de valores nacional.

y es que recurrir al mercado de valores representa para el demandante de capital un costo financiero menor, al no haber intermediarios, más aún en un mercado crediticio como el peruano con altos costos de intermediación. Así, por ejemplo, en la fecha de escribir estas notas, la tasa pasiva promedio en el Perú era de 3.12% (TIPMN) Y 1.09% (TIPMEX), mientras que la tasa activa promedio, de 21.25% (TAMN) Y 9.30% (TAMEX), por lo que la captación directa de fondos a través del mercado de valores siempre será ventajosa para ambas partes (acreedor y deudor), al situarse muy probablemente en medio de las tasas antes citadas. Así, si la tasa de interés en una emisión en moneda nacional-se situase entre 3.12 y 21.25, digamos en 8.5%, resultará sumamente atractiva para quien ofrece capital pues, en lugar de recibir solo 3.12% de un depósito bancario recibirá 8.5%; mientras aquel que demanda capital, en lugar de pagar una tasa activa de 21.25% pagará solamente 8.5%. Ambos ganan.

Sin embargo, estas ventajas comparativas en cuanto a los costos financieros que el mercado directo tiene respecto al mercado bancario, no las tiene respecto a los costos operativos y de estructuración, los que requieren siempre de la intervención de asesores financieros, estructuradores de la emisión, colocadores de la emisión, underwriters y otros partícipes, lo que hace que una emisión por monto no considerable sea inviable a través de este mercado de valores. Por ello, no es usual recurrir al mercado directo por necesidades financieras menores a unos US\$ 5 millones, que son las emisiones de bonos más pequeñas que hemos conocido en el Perú, siendo mejor hacerla por importes mayores a esta suma. Así, el Estado peruano, mediante D.S. N° 0072002-EF, dentro del marco de endeudamiento público y solo para el año 2002, tiene previsto emitir bonos por la suma de S/. 1,800 millones; y grandes empresas privadas del medio han acordado programas de emisión anuales del orden de los US\$ 200 millones. En el caso de papeles comerciales, los montos de las emisiones suelen ser más bien menores al de los bonos, pero siempre son de importe de cierta significación.

Precisamente se señala como limitante para que medianas y pequeñas empresas hagan uso del mercado de valores en la captación por oferta pública de fondos, tales costos de estructuración de la emisión; recomendando que podría lograrse el acceso de estas empresas más bien en forma sindicada. o mediante mecanismos de emisores de segundo piso, como son las emisiones en procesos de titulización, lo que inclusive diversificaría el riesgo para los inversionistas. Sin embargo, para otros, esto dificultaría la calificación del instrumento Y haría aún más complicada su administración y pago, al depender éste de la capacidad de una pluralidad de deudores, que no tienen la misma capacidad y muchas veces es muy difícil reunirlos en un proyecto de endeudamiento.

A continuación, pasamos a comentar las normas más importantes en materia de obligaciones en la Ley del Mercado de Valores, en la Ley General de Sociedades, en la Ley General del Sistema Financiero y en la Ley de Títulos Valores.

1. Las obligaciones en la Ley del Mercado de Valores (Dec. Leg. N° 861)

La Ley del Mercado de Valores -LMV- (Dec. Leg. N° 861) cuyo T.U.O. (Texto Único Ordenado) ha sido aprobado mediante D.S. N° 093-2002-EF, contiene importantes disposiciones en relación a las obligaciones que son objeto de oferta pública. Dentro de estas disposiciones podemos destacar las que siguen:

a. Definición de bonos e instrumentos de corto plazo (papeles comerciales)

Esta Ley hace una importante distinción entre las obligaciones de corto y largo plazo, disponiendo que aquellas que tienen plazo de vencimiento mayor a un (1) año, solo se pueden emitir como bonos; salvo que el emisor sea una empresa del sistema financiero, en cuyo caso se sujeta a la ley de su sector (Ley N° 26702).

Esta es una buena pauta, que ayuda a distinguir a las obligaciones de largo plazo (más de un año) de las Obligaciones de corto plazo (hasta un año como máximo), las que según la LTV (Ley de Títulos Valores) tienen como denominación específica la de papeles comerciales (commercial papers). Estos últimos valores no pueden superar de este corto plazo (1 año), aun con las prórrogas o renovaciones que se acuerden, lo que impide utilizar papeles comerciales para emisiones que superen de un año, para lo cual debe hacerse uso de los bonos, que tienen mayores exigencias y formalidades para su colocación entre el público. Así, las obligaciones de hasta un año de plazo constituyen instrumentos de corto plazo y se emiten bajo la modalidad de papeles comerciales; mientras que las obligaciones de plazo mayor a un año, se emiten bajo la modalidad de bonos. Obviamente, las obligaciones sin plazo de vencimiento (perpetuas) se emiten solo como bonos.

Originalmente, la LMV permitía utilizar como instrumento de corto plazo a las letras de cambio y pagarés, a pesar de tratarse de títulos valores individuales y no masivos, lo que generaba confusiones respecto a los mismos títulos no emitidos como valor mobiliario. Así, por ejemplo, un valor mobiliario no requiere ser protestado, sin que para ello sea necesario incluir la cláusula de no protesto, por estar calificado legalmente como título ejecutivo. En cambio, los valores no masivos o individuales requieren y deben ser protestados para mantener y hacer valer la acción cambiaria, salvo que se haya pactado expresamente y en el mismo documento, prescindir de dicho protesto. Esta norma original de la LMV generaba serios problemas frente a un pagaré o a una letra de cambio que formaba parte de una emisión masiva, al no poder ser distinguido de otras letras o pagarés de emisión individual. Por ello, encontramos acertado que mediante la nueva LTV se haya modificado esta posibilidad de usar letras y pagarés como valores mobiliarios, quebrando su naturaleza individual; precisando que no es más posible usar letras de cambio o pagarés como obligaciones o valores mobiliarios de corto plazo; debiendo necesariamente utilizarse papeles comerciales u otros

instrumentos que la CONASEV cree, igual confusión se generaba en letras de cambio o pagarés emitidos de modo individual en cantidad significativa, sin constituir valor mobiliario, por tanto sin necesidad de contratos, escrituras públicas de emisión, ni representantes de los tenedores, ni obligación de inscribir en el RPMV (Registro Público del Mercado de Valores). Estas confusiones han generado inclusive acotaciones tributarias a algunos inversionistas que tomaron pagarés emitidos como valores mobiliarios, los que según la Ley del Impuesto a la Renta gozan de exoneración sobre sus intereses, pero no los intereses que genere un pagaré individual. Desde la vigencia de la nueva LTV, estas posibles confusiones no se presentarán más.

b. Valores en título y valores con anotación en cuenta

La primera norma legal que en el Perú introdujo la clasificación de los valores en título (o soporte papel) y los valores con anotación en cuenta (o soporte electrónico o desmaterializado), fue la LMV, creando además las ICLV (Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores), como sociedades anónimas cuyo único objeto social es registrar estos valores, prescindiendo del tradicional soporte papel o tangible y sustituyendo por anotaciones en cuenta, bajo principios registrales.

Las obligaciones pueden ser creadas y emitidas como valores en título o con anotación en cuenta, indistintamente, manteniendo y confiriendo en arosos casos exactamente los mismos derechos y obligaciones. Al respecto, el artículo 80 de la LMV, refiriéndose a los valores mobiliarios, señala que: "Los valores pueden ser representados por anotaciones en cuenta o por medio de títulos, independientemente de que se trate de valores objeto de oferta pública o privada". Agrega que: "Cualquiera fuera su forma de representación confieren los mismos derechos y obligaciones a sus titulares", lo que nos releva de mayores comentarios.

c. Representante de obligacionista

Toda emisión de bonos que fuese colocada por oferta pública debe tener un representante de los futuros obligacionistas. Éste es un tema siempre objeto de comentarios y discusiones controvertidas, al no admitir algunos que exista un representante de personas indefinidas, o que el representado no haya convenido en designarlo como tal. Y es eso lo que ocurre con este representante de obligacionistas, que aun antes de dar inicio a la colocación de los valores, acepta representar los intereses de los futuros acreedores. Por ello, dichos representados, una vez realizada la colocación de los bonos, deben ratificar a este representante. Como ya hemos mencionado antes, según el artículo 320 de la LGS, tal ratificación o sustitución del indicado representante debe hacerse en junta especial al efecto convocada, una vez que se haya logrado colocar el 50% de la emisión. Entre tanto, se trata de un representante de los acreedores, pero designado por el deudor.

Ahora, este representante no puede ser cualquier persona, debe tener ciertas condiciones de fiabilidad en la labor que se le asigna. En el Perú solo pueden desempeñarse como tales las empresas bancarias, financieras y las SABs, no pudiendo ser el mismo emisor ni entidades a él vinculadas. Esto, como búsqueda de la transparencia y medida que evita el conflicto de intereses; pues el representante de los acreedores y encargado de velar por sus intereses, no puede ser el mismo deudor, ni una persona vinculada a éste.

d. Garantías

La emisión de obligaciones puede o no contar con garantías específicas; pues la norma general es que se encuentre respaldada con todo el patrimonio del emisor. Es más, como señala el artículo 305 de la LGS, el monto de la emisión de las obligaciones no puede superar el patrimonio neto del emisor, salvo que se constituyan garantías específicas, ° que su importe se destine a solventar el precio de bienes cuya adquisición o construcción se hubiese contratado de antemano, o que la ley permita exceder este límite, como ocurre con las empresas del sistema financiero, las que no están obligadas a respaldar de modo específico sus emisiones (art. 232, último párrafo, Ley N° 26702), aun cuando supere el monto de su patrimonio neto.

En el caso de tener que constituir garantías específicas, podrá recurrirse a la carta fianza bancaria, depósito bancario, certificado bancario depositado ante una institución financiera del país, póliza de caución y otras garantías que establezca la CONASEV, como pueden ser prendas, hipotecas o fideicomisos [ver arto 3.c), R. CONASEV NQ 141-98-EF/94.10].

Igualmente en este caso, aún encontramos a quienes hacen reparos a este anticipado y unilateral modo de constituir garantías, al no concebir -por el principio de accesoriedad de las garantías- que pueda establecerse una garantía de ese modo (unilateral) y a favor de acreedores aún inexistentes ni deuda aún no asumida; pues estas garantías de las obligaciones aseguran el cumplimiento de las obligaciones del emisor, especialmente el pago de la deuda, a favor de acreedores que aún no existen. Es por ello que la norma señala que para los fines de su inscripción, no es necesario individualizar a los acreedores, siendo suficiente consignar el nombre del representante de los obligacionistas.

Al respecto, las corrientes jurídicas tradicionales conciben a las garantías como actos jurídicos accesorios, por lo que se explica la resistencia a admitir que una garantía pueda perfeccionarse aun antes de la existencia de la obligación principal; pero esta posición ya viene siendo revisada y superada largamente, al admitirse la posibilidad de perfeccionar y lograr la existencia jurídica de una garantía para respaldar deudas futuras, eventuales, o sujetas a condición, por lo que no se requiere la intervención del acreedor y puede constituirse en forma unilateral con la sola intervención del constituyente, quien como propietario del bien afectado en garantía puede establecer un gravamen sobre éste, sin que sea

necesario que un tercero (acreedor) tenga necesariamente que intervenir para ello; todo lo que nos lleva a cambiar de actitud respecto a las garantías y calificarlas no más como actos accesorios sino más bien complementarios al crédito; pues si fuese absoluta y realmente accesorio, no podría admitirse en ningún caso su existencia sin la previa existencia del principal; y esa situación no siempre se da en el caso de las garantías. Esta constitución unilateral de las garantías fue un tema muy discutido entre los académicos europeos del siglo XIX y superado desde entonces. En España se permitió expresamente mediante el artículo 141 de la Ley Hipotecaria de 1861 que admite las hipotecas unilaterales. Desde entonces se admite la constitución unilateral de las garantías, justamente en respaldo de la emisión de obligaciones, las que pueden ser inclusive al portador, casos estos en los que será siempre difícil determinar al acreedor beneficiario de la garantía y menos lograr su intervención para aceptar dicha garantía de su acreencia.

Nuestro Código Civil recoge esta corriente y posición, en su artículo 1108 que señala lo siguiente: "La escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, consignará, además de las circunstancias propias de la constitución de hipoteca, las relativas al número y valor de los títulos que se emitan y que garanticen la hipoteca; la serie o series a que correspondan; la fecha o fechas de la emisión; el plazo y forma en que deben ser amortizados; la designación de un fideicomisario; y las demás que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos". Como es fácil apreciar, este numeral a pesar de que corresponde a la legislación del reciente siglo pasado (1984), requiere de una urgente actualización; pues ahora no solo son los títulos los que pueden representar a los valores. Tampoco los títulos son transmisibles solo por endoso o al portador; y los fideicomisarios no son más los representantes de los obligacionistas, entre algunos de los ajustes urgentes que requiere esta norma.

e. Bonos convertibles

La LMV contiene una referencia especial a los bonos convertibles, que tienen como característica especial que sus tenedores pueden convertirse en accionistas o partícipes del emisor, esto es, sustituir su calidad de acreedores por la de socios de la empresa o partícipes en el capital social del deudor, de darse las condiciones que se hayan establecido en el contrato de emisión de dichos instrumentos convertibles, procediendo en ese caso el aumento de capital respectivo, sin que opere el derecho de preferencia en la suscripción de acciones o participaciones de parte de los demás accionistas o socios del emisor, quienes tienen la posibilidad de ejercer ese derecho preferente, en el momento de suscribirse esta clase de obligaciones convertibles.

Si los obligacionistas acuerdan tal conversión de su acreencia, los administradores del emisor deben entregarles las acciones (o participaciones) dentro del plazo de tres meses de comunicada tal decisión. Para inscribir el aumento de capital es suficiente una declaración que haga el administrador, con firma legalizada, en

cuyo mérito procede su inscripción en el registro público. Esto es, en este caso, el aumento de capital no requiere de escritura pública, en aplicación del artículo 2010 del Código Civil.

f. Rendimiento de las obligaciones

Siempre con el ánimo de estandarizar conceptos y buscar una mayor transparencia de los instrumentos que se negocian en el mercado de valores, la CONASEV tuvo el acierto de expedir la Resolución N° 016-2000-EF/94.1 O, que dispone que la rentabilidad ofrecida bajo la modalidad de intereses, en el caso de las obligaciones, debe estar calculada sobre la base del año de 360 días. Igualmente, contiene reglas prácticas y claras con relación a plazos establecidos por meses, el cómputo de intereses que debe hacerse por mes vencido, por períodos de 30 días por cada mes, calculado con un mínimo de 8 decimales; el pago en moneda nacional de obligaciones en moneda extranjera que, rompiendo la regla que contiene la Resolución Cambiaria BCR N° 00791-EF/90 que reglamenta el artículo 1237 del C.C., señala que debe utilizarse el tipo de cambio venta registrado por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) al cierre de las operaciones del día hábil anterior a la fecha de vencimiento o redención que, en realidad, es el tipo de cambio venta publicado el día del pago, pero que corresponde al día anterior al vencimiento que para el derecho común es el que debe aplicarse en estos casos; regla especial esta que, sin embargo, puede generar algún problema, al no estar bien definido por la legislación peruana lo que debe entenderse por "día hábil". Las normas nacionales se limitan a señalar los días "feriados" y regulan lo que debe entenderse por días "laborables", concepto este muy distinto a día "hábil" y "no. hábil" y al calendario o natural.

Otra norma de estandarización que contiene esta resolución de CONASEV es que el emisor debe tener los fondos disponibles para el pago, a más tardar a las 12:00 horas del día de vencimiento o redención; lo que nos lleva a concluir que la mora en los valores de deuda que sean objeto de oferta pública, se produce pasadas las 12:00 horas y no, como ocurre con las demás deudas y obligaciones, pasado el día de vencimiento o rescate (esto es, las 24:00 horas).

Estas medidas de estandarización de los intereses y otros derechos crediticios que otorgan los valores, son acertadas; pues así es posible que los inversionistas aprecien con suma facilidad la rentabilidad de los instrumentos de deuda que se oferten en el mercado, comparando muy fácilmente la rentabilidad de los instrumentos que se ofertan, que así han quedado sujetos a las mismas reglas de juego y pautas uniformes para todos. Hasta antes de esta disposición, los emisores ofertaban estos rendimientos calculando las tasas de interés sobre distintas bases, lo que confundía a los inversionistas; pues una tasa de interés de 8% anual sobre la base de 365 días, por ejemplo, es menor que la misma tasa sobre la base de 360 días.

2. Las obligaciones en la Ley General del Sistema Financiero (Ley N° 26702)

Las empresas del sistema financiero, además de las tradicionales formas de captar fondos (ahorros) del público con las que cuentan, como son los depósitos en sus diversas modalidades (a plazo fijo, ahorros, a la vista), hacen uso intensivo de la emisión de valores de deuda e instrumentos financieros para lograr el mismo propósito, que es captar ahorros del público para su posterior colocación a otro sector del mismo público necesitado o demandante de dichos recursos.

Así, las obligaciones constituyen un instrumento de uso muy frecuente y común dentro del sistema financiero, por lo que la ley de la materia -actualmente la Ley N° 26702- contiene algunas normas de interés que en seguida pasamos a comentar.

a. Aprobaciones o autorizaciones previas de ciertos bonos

Mientras que para la emisión de todo instrumento masivo o serial (valores mobiliarios) de captación de ahorros del público, no se requiere más que la decisión del órgano de dirección respectivo y opinión favorable de la SBS, en el caso de bonos convertibles, y de bonos subordinados se requiere además del acuerdo de la junta de accionistas. Y es que en estos dos últimos casos, pueden afectarse los derechos de preferencia de los accionistas, por lo que deben ser ellos quienes establezcan las condiciones de dichas emisiones que pueden convertirse en aportes al capital y modificar la estructura accionaria. La ley permite que la junta de accionistas delegue en el directorio acordar tales emisiones, lo que no hace perder el control a la junta en esa clase de decisiones, las que puede adoptar directa o indirectamente.

Las emisiones de estos valores mobiliarios por parte de empresas del sistema financiero, aun cuando fueren objeto de oferta pública, no tienen que seguir el mismo trámite de las emisiones similares hechas por empresas ajenas al sistema financiero, trámites que se siguen ante la CONASEV, por el solo mérito de la opinión favorable de la SBS, su registro o inscripción en el RPMV opera en forma casi automática, siendo necesario presentar únicamente la documentación e información concerniente a la emisión a los que se refiere el artículo 18 de la LMV. Esta norma y ese trato distinto respecto a las emisiones hechas por personas ajenas al sistema financiero se explican debido a que, a diferencia de estas últimas, las empresas que pertenecen al sistema financiero son entes ya autorizados a captar libre y públicamente fondos del público, por lo que imponerles las mismas exigencias que a las personas que no tienen tal autorización para captar recursos del público, resultaba inadecuado. Al respecto, solemos hacer la misma comparación que existe entre un policía y un particular que portan armas. A ambos no pueden imponerse las mismas exigencias para ello; pues el policía, por el solo hecho de serlo, no requiere licencia para portar armas. Ha sido formado para eso y es un profesional en su manejo. En cambio el particular requiere de entrenamiento y exámenes especiales y licencia para llevar armas. Del mismo modo, un banco u otra empresa del sistema financiero tienen licencia o

autorización para captar fondos públicamente. Es su profesión o giro social, por lo que no debe sometérselos a las mismas exigencias que a emisores ajenos al sistema financiero para captar fondos con uso de valores mobiliarios.

b. Bonos subordinados

Como un mecanismo de fortalecer el patrimonio de las empresas del sistema financiero, se crearon los llamados bonos subordinados, llamados así porque sus tenedores están subordinados -en caso de insolvencia o liquidación- a todos los demás acreedores del emisor. Esto es, en el orden de prelación de acreedores del emisor, son los últimos. Esta característica y la posibilidad de que las acreencias que representan puedan ser convertidas en capital en casos de extrema necesidad de capital, por tanto de ser bonos convertibles por disposición de la ley, hacen que pueda computarse como parte del llamado "patrimonio efectivo" de la empresa del sistema financiero emisora, con lo que logra incrementar su capacidad de apalancamiento, aun cuando se trata de deudas y no de capital o activo de la empresa.

Estos bonos subordinados tienen, en resumen, las siguientes características:

No cuentan con garantías específicas.

No es posible pagarlos en modo adelantado, ni son objeto de rescate o sorteo antes de su vencimiento, salvo su capitalización anticipada.

De ser el caso, se aplican a cubrir las pérdidas luego de haberse aplicado el total del patrimonio contable con ese fin, a simple decisión de la SBS.

Se valorizan al precio de su colocación.

Los bonos subordinados perpetuos o no redimibles se computan como parte del patrimonio efectivo del emisor, por su monto total. Estos bonos no son amortizables, generan una rentabilidad periódica (intereses). Por su lado, los bonos subordinados redimibles o con plazo de vencimiento, se computan para los fines del patrimonio efectivo solo hasta el equivalente al 50% del patrimonio contable, siempre que su plazo de vencimiento mínimo original sea superior a 5 años, excluyendo el importe de los bonos o de sus cuotas que venzan en el curso de los 5 años inmediatos siguientes.

El régimen de estos bonos subordinados que vienen siendo emitidos por las empresas del sistema financiero nacional, así como de las obligaciones subordinadas, además de la Ley General del Sistema Financiero, están especialmente regulados por la Resolución SBS N° 234-99. Además de estas normas especiales, son también de aplicación a los bonos subordinados, las disposiciones generales que en materia de obligaciones contiene la Ley General de Sociedades -LGS-, Ley N° 26887, norma que se aplica en forma supletoria a los bonos subordinados, tal como lo señala expresamente el artículo 332 de dicha ley (LGS).

Al respecto, el artículo 330 de la citada LGS contiene los casos de rescate de obligaciones con la finalidad de amortizarlas, situación y posibilidad que es negada

expresamente en el caso especial de los bonos subordinados, en los que como acabamos de anotar, la ley especial (LGSF N° 26702) señala de ellas que resulten exigibles, se extinguen por consolidación, que no es posible pagar en forma adelantada, ni procede su rescate por sorteo.

Sin embargo, la misma LGS contiene la posibilidad de adquirir las obligaciones "sin amortización". En efecto, el artículo 331 faculta al emisor de cualquier obligación, a adquirirlas, sin amortizarlas, siendo suficiente que el directorio del banco emisor así lo acuerde, con cargo a recolocarlas nuevamente, "...dentro del término más conveniente-. Agrega que en estos casos de readquisición de obligaciones de propia emisión, quedan en suspenso los derechos que les correspondan; mientras que los intereses y demás créditos derivados de ellos que resulten exigibles se extinguen por consolidación.

Como podemos apreciar, en el caso de readquisición de bonos, la ley no señala mayores condiciones ni exigencias que las indicadas en el párrafo anterior; a diferencia de la readquisición de acciones de propia emisión sin amortización, para fines de mantenerlas en cartera que permite el artículo 104.4 de la LGS, el cual señala que tal readquisición de acciones en cartera procede solo por un plazo máximo de dos (2) años y por un monto no mayor al 10% del capital suscrito.

Condicionamiento ni límite similar no encontramos para el caso de las obligaciones en la LGS. Tampoco existe prohibición expresa o especial para readquirir bonos subordinados, sin amortización, en la ley de la materia; la misma que sí contiene una prohibición expresa para que un banco u otra empresa del sistema financiero asuma algún compromiso de recomprar de sus propios Certificados de Depósito de que trata el artículo 221.9 de la indicada Ley NQ 26702. Además, en el caso concreto de los bonos subordinados, la prohibición consiste en (i) pagar en forma adelantada, y en (ii) rescatarlos por sorteo. Por tanto, readquirirlos sin amortizarlos conforme al artículo 331 de la Ley N° 26887, resulta legalmente admisible y posible.

En tal virtud, en nuestra opinión, no existe impedimento legal alguno para que un banco emisor de bonos subordinados redimibles readquiera dichos bonos de su propia emisión, bajo condición de NO AMORTIZARLO y además de recolocarlos nuevamente, dentro del término más conveniente.

c. Instrumentos y bonos hipotecarios

Una de las actividades que desde antiguo realizan las empresas del sistema financiero, es la financiación con garantías hipotecarias que, hasta la fecha, en nuestra legislación se limita a la afectación de inmuebles. En otras legislaciones o mercados, al haber logrado superar y sustituir las clasificaciones de los bienes en muebles e inmuebles (proveniente desde el Derecho Romano) por la distinción de bienes inscribibles y no inscribibles, es posible constituir hipotecas sobre muebles inscribibles (hipoteca mobiliaria) o inmuebles (hipotecas inmobiliarias, dentro de la que destaca la hipoteca predial) indistintamente, quedando la prenda solamente

para los bienes no susceptibles de inscripción, en las que por ende se requiere la entrega física para constituir un derecho real de garantía o la inscripción del contrato (no del bien) de prenda.

En el pasado se crearon bancos especializados en esta clase de créditos con garantía hipotecaria, labor que actualmente la ley permite hacer a cualquier empresa del sistema financiero de banca múltiple. Dentro de esa concepción de crédito hipotecario. a lo largo de la historia se han creado diversos instrumentos financieros hipotecarios, entre los que destacan las cédulas hipotecarias y los bonos hipotecarios, instrumentos y sistemas basados en la labor de intermediación de la banca con colocaciones hechas con respaldo global y masivo de hipotecas. Esto es, el producto de las captaciones de ahorros a través de estos instrumentos hipotecarios, es colocado en créditos necesariamente con garantía hipotecaria, en modo tal que la globalidad de la emisión se encuentra respaldada con la totalidad de las hipotecas que sustentan las colocaciones realizadas bajo la modalidad de crédito hipotecario.

Este sistema se mantiene en la actual Ley General del Sistema Financiero peruano, y en su artículo 235 se señala que las hipotecas que pesen sobre los inmuebles que sean financiados con la emisión de instrumentos hipotecarios, serán incluidas en un registro separado y sirven exclusivamente de garantía de dichos instrumentos hipotecarios y no de otras acreencias de la misma empresa acreedora. Es decir, se establece una regla de garantía exclusiva en beneficio de los tenedores de dichos instrumentos hipotecarios (obligacionistas), de modo tal que "...el conjunto de los gravámenes hipotecarios (...) respalda por ministerio de la ley, al conjunto de los instrumentos hipotecarios que emita la empresa-del sistema financiero, sin que sea necesario el otorgamiento de escritura pública para afectar dichos gravámenes a favor de tales instrumentos". Si un deudor hipotecario paga, esos recursos recuperados pueden ser destinados a conceder otro crédito igualmente hipotecario, o de lo contrario, con esos fondos deben rescatarse los instrumentos hipotecarios correspondientes a la deuda prepagada. Siempre bajo ese mismo principio, la norma agrega que en caso de intervención o liquidación de la empresa emisora de estos instrumentos hipotecarios, "...las obligaciones que sustentan los instrumentos hipotecarios, así como las correspondientes colocaciones y sus garantías hipotecarias, serán transferidas a otra empresa del sistema financiero, previa autorización de la Superintendencia, siendo excluidos de la masa".

Concordante con esta norma, el artículo 118.3 de la misma Ley General del Sistema Financiero señala que en los procesos de liquidación de una empresa del sistema financiero, se excluyen de la masa "...las colocaciones hipotecarias, las obligaciones representadas por letras, cédulas y demás instrumentos hipotecarios (...), los cuales serán transferidos a otra empresa del sistema financiero mediante cesión de derechos o, en su defecto, a través de un fideicomiso".

La SBS, mediante Resolución NQ 1081-99, ha regulado este sistema y especialmente los bonos hipotecarios, disponiendo que éstos son valores

mobiliarios que confieren a sus titulares derechos crediticios que se encuentran respaldados por créditos con garantía hipotecaria existentes o futuras, y donde los recursos captados son destinados exclusivamente al financiamiento de la adquisición, construcción y/o mejoramiento de inmuebles. Mayores detalles de estos bonos hipotecarios están contenidos en la antes citada resolución, basado en el principio de la globalidad de la garantía hipotecaria que respalda la globalidad de la emisión.

3. Las obligaciones en la Ley General de Sociedades (LGS)

a. Inadecuada ubicación del régimen de las obligaciones en la LGS

La nueva LGS -Ley N° 26887- que se ocupa del régimen aplicable a las diversas formas societarias, señalando las normas generales aplicables a todas ellas (Libro I), a las S.A. (Libro II), a las demás formas societarias (Libro III) ya los contratos asociativos (Libro V), se ocupa de la emisión de obligaciones en un libro aparte (en el Libro IV), e inexplicablemente junto a la reorganización de las sociedades y como "norma complementaria", dejando clara evidencia de que se trata de un tema ajeno a dicha Ley.

No dudamos que, en efecto, esta sección conformada por 29 artículos (arts. 304 al 332) resulta una parte extraña al contexto de la LGS; pues en nuestra opinión, el lugar adecuado para regular las obligaciones no es la Ley General de Sociedades sino la Ley del Mercado de Valores y/o la Ley de Títulos Valores, conforme pasamos a sustentar.

Debemos recordar de que la derogada LGS contenía similar regulación en 24 artículos (arts. 226 al 249), dentro de su Sección Cuarta, que se ocupaba de las S.A. Es decir, la emisión de obligaciones estaba considerada como un mecanismo de endeudamiento exclusivo y propio solo de las S.A., lo que se explicaba porque hace 37 años (1966), no se contaba con una Ley del Mercado de Valores y entonces la llamada Ley de Títulos Valores N° 16587, que es su coetánea (1967), se ocupaba solo de cuatro títulos valores; por lo que bajo tal realidad, se explica la incorporación de la emisión de las obligaciones en la sección de las S.A., lo que por muchos años impidió que otras personas organizadas bajo otras formas societarias y demás personas jurídicas o naturales, recurran a esta forma directa de financiamiento con acreedores masivos, a través del mercado de valores, como alternativa al tradicional financiamiento bancario.

Fue solo mediante normas recientes y, en especial, mediante normas tributarias, que se varió tal régimen de identificar la emisión de obligaciones con las S.A., haciéndolo extensiva la posibilidad de emitir estos valores a cualquier persona jurídica, por lo que se explica que la nueva LGS la haya extraído del libro dedicado a dicha modalidad societaria (S.A.), pero manteniéndose dentro de su cuerpo como norma complementaria, en lugar de haberlo remitido a la Ley del Mercado de Valores -LMV- (Dec. Leg. N° 861), que ya possibilitaba expresamente que las obligaciones sean emitidas por cualquier persona jurídica (la LMV es anterior a la

LGS). Así pues, no siendo más la emisión de obligaciones facultad o patrimonio exclusivo de las sociedades y menos de las S.A., concluimos que la LGS no es el lugar o norma más apropiada para la regulación de la emisión de obligaciones.

b. Imperfecciones superadas y por superar Además de esta desubicación de la regulación en materia de emisión de obligaciones, explicable -pero no justificable-, quizá solo por el hecho de que las mayores emisiones son efectuadas por las organizaciones societarias, especialmente por la S.A., apreciamos algunas contradicciones que contiene la . LGS respecto a otras disposiciones que se ocupan del mismo tema, como las que señalamos en seguida:

b.1. Prelación del crédito de los obligacionistas

La nueva LGS señala que no hay prelación entre las distintas emisiones o series de obligaciones del mismo emisor, en razón de la fecha de su emisión o colocación, salvo que ello se pacte en favor de alguna emisión o serie, en cuyo caso es necesario que la asamblea de acreedores de las emisiones precedentes presten su consentimiento. Agregaba que esto no afectaría la preferencia que tiene cada emisión, respecto a sus propias garantías y, por otro lado, que la preferencia de los obligacionistas respecto a los demás acreedores se regiría por las normas de la materia que determinen su preferencia (art. 309, LGS, en su texto original).

Este cambio que se introdujo respecto al régimen anterior fue muy preocupante; pues según el anterior régimen (art. 229 de la anterior LGS), "la fecha de cada emisión determina la prelación entre ellas, salvo el derecho preferente de cada emisión respecto a sus propias garantías". Por su lado, en forma concordante con este último texto, el artículo 24 del Dec. Leg. N° 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, señalaba que la preferencia de los créditos sin garantía se determinaba "según su antigüedad"; por lo que no encontrábamos explicación para esta norma distinta y cambio que introdujo la nueva LGS, que venía ya generando serios problemas en el 'mercado. Así, bajo el régimen originalmente previsto por la nueva LGS, sí hay una Emisión (A), sin garantías específicas de marzo del 98; luego un crédito bancario, sin garantías de marzo del 99 (8); más otra Emisión (C), sin garantías de marzo del 2000:

. Si se interpretara que A se equipara a C, entonces A pierde antigüedad y se perjudica frente a 8 y C, beneficiándose solo B.

. Si fuese C el que se equipara a A, entonces C gana antigüedad y se beneficia en perjuicio de A, pero no respecto a 8 según el último párrafo de la citada norma, que dispone que en ese caso rige la ley de la materia, o sea. que prima la antigüedad. Así, esta regla de la LGS solo sería aplicable si entre emisión y emisión no hay otras acreencias distintas de ellas, lo que dista de la realidad.

En la práctica y en el ejemplo señalado, el inversionista e adquiere las obligaciones a sabiendas que es el tercero en prioridad y el inversionista A conecedor de que es el primero. Por ello, estimamos que fue un acierto que se haya logrado modificar este numeral de la nueva LGS, mediante la Tercera Disposición Modificatoria de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, retornando al régimen anterior, por lo que desde el 17 de octubre de 2000, la regla es que "...la

fecha de cada emisión y series de obligaciones de un mismo emisor, determinará la prestación entre ellas, salvo que ella sea expresamente pactada a favor de alguna emisión o serie en particular...", para lo que es necesario que los obligacionistas precedentes presten su consentimiento; todo ello sin afectar las garantías específicas de cada emisión.

Al respecta, luego de haberse logrado dar esta solución al problema generado, con posterioridad a la Ley de Títulos Valores, se ha expedido la nueva Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809 que ha sustituido a la Ley de Reestructuración Patrimonial (Dec.Leg. N° 845). Dicha nueva Ley Concursal en su artículo 42 contiene un nuevo sistema o régimen de preferencia de acreencias, eliminando el criterio de la antigüedad e imponiendo el sistema de la prorrata, en directa proporción a la acreencia; criterio que debería ser concordado y armonizado con este artículo 309 de la LGS que contiene el criterio de la antigüedad para la preferencia de las acreencias del mismo rango en el caso de tenedores de las obligaciones; lo que significa modificar este numeral de la LGS; pues los temas sobre preferencia de acreencia no tienen importancia sino ante el concurso de acreedores, por lo que en tales situaciones deberían primar las normas que contiene la Ley Concursal; aun cuando haya quienes sostengan que el artículo 42 de dicha Ley N° 27809 es aplicable solamente en la etapa de liquidación, por lo que la regla actual de la preferencia de los tenedores de obligaciones sobre la base de la antigüedad sigue vigente y es aplicable en todos los casos en los que no exista un proceso liquidatorio del emisor, posición que puede ser válida. Ante eso, lo más aconsejable es revisar este artículo 309 de la LGS nuevamente y adecuar su texto concordándolo con la nueva Ley General del Sistema Concursal.

De no hacerla, además de la incoherencia de las normas y problemas que se generen en el futuro, se tendrá también otro grave problema que es la determinación de, las preferencias respecto a las emisiones hechas antes de la vigencia de la nueva Ley General del Sistema Concursal, sobre las que podría sostenerse que las reglas sobre preferencias en la LGS no se aplican por no ser ésta la vigente en el momento del concurso de acreedores y fecha de establecimiento de tales preferencias; a lo que válidamente podría contradecirse señalando que la ley aplicable debe ser más bien la que contiene la LGS por ser la vigente en oportunidad de su emisión, la que no puede ser variada en forma retroactiva por ley posterior, posición que está además sustentada en lo dispuesto por la 7ma. Disposición Transitoria de la LGS y en la propia Constitución (art. 62). Lamentablemente la nueva Ley General del Sistema Concursal nada señala al respecto; por el contrario, bajo un criterio opuesto al que actualmente tiene el artículo 309 de la LGS, dispone que "los créditos correspondientes al segundo, cuarto y quinto orden, se pagan al interior de cada orden de preferencia a prorrata entre todos los créditos reconocidos del respectivo orden. Deberá entenderse por prorrata la distribución proporcional al porcentaje que representan los créditos dentro del total de deudas de un orden de preferencia" (art. 88.4, de la Ley General del Sistema Concursal); con lo que se sustituirá el criterio de la

antigüedad de la acreencia, lo que como reiteramos- obliga a revisar este artículo 309 de la LGS.

Éstas son las frecuentes inconsistencias y contradicciones en las que suelen incurrir nuestros legisladores, que modifican leyes con suma frecuencia, sin medir sus repercusiones y afectos en otras, convirtiendo nuestro régimen legal en una verdadera "jungla legal" e inestable, como en alguna otra oportunidad hemos calificado a la legislación peruana.

b.2. Las obligaciones nominativas o al portador (art. 313, LGS) Esta norma contradice los argumentos esgrimidos para prohibir la emisión de acciones al portador (art.51), al admitir que puedan emitirse indistintamente obligaciones nominativas o al portador; más aún cuando las obligaciones pueden ser convertibles en acciones, o ser perpetuas y/o estructuradas, de modo tal que resulten instrumentos muy similares a las acciones, aun tratándose de instrumentos de deuda. Las razones esgrimidas para primero suspender (D.S. N° 067-68-HC) Y luego prohibir (nueva LGS) la emisión de acciones al portador en el Perú, fueron de orden tributario y también de lucha contra el lavado o legitimación de activos. Se sostenía que los dividendos generados a favor de los accionistas al portador, eran de muy difícil fiscalización, al desconocerse quién los hacía efectivos. Este argumento, sin embargo, carece de mayor sustento, pues desde hace seis ejercicios, en el Perú, los dividendos no son más renta gravada (desde al E.G. 2003 se ha gravado nuevamente como renta de segunda categoría, con la tasa especial y única de 4.1 "lo). Son (o eran) rentas inafectas para quien los recibe, por lo que no tenía más sentido preocuparse de tal supuesta o posible evasión tributaria. Al recordarles esto a los legisladores, ellos contestaron que bien podría disponerse en el futuro mediante otra ley, que esos dividendos sí estén gravados, lo que de alguna forma se hizo realidad a partir del presente ejercicio 2003, desde cuando toda distribución de utilidades en efectivo (tales son los dividendos) está gravada con la tasa del 4.1 % como impuesto adicional, con algunas excepciones. Asr, en un régimen y en un país con total falta de estabilidad legal, algo de razón tienen quienes esperaban que los dividendos sean nuevamente gravados. Y decimos que tienen algo pero no toda la razón, debido a que existen otros mecanismos para la fiscalización tributaria; pues estamos convencidos de que el evasor lo hará siempre aun en un régimen exclusivo de acciones nominativas, por lo que no debe imputarse a los instrumentos al portador la comisión de actos reñidos con la ley. No es prohibiendo su emisión que evitaremos actos ilegales o delincuenciales. Este mismo argumento sirva para contradecir a quienes sostienen que los títulos valores al portador facilitan la legitimación de activos y el lavado de dinero, al concebir estos instrumentos como anónimos, cuando en nuestra opinión el hecho de ser al portador simplemente significa que a quien lo posee debe reconocérsele como su legítimo titular y que para transferirlo no tiene que cumplirse con otra formalidad que con su entrega física, esto es, confiere una forma o modo de transferencia muy sencillo. Por ello, en la nueva Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287) se introdujo una norma que señala que quien ejercite cualquier derecho representado por un título valor al portador, debe identificarse necesariamente. Así, quien asiste a una junta de

accionistas, de bonistas, o quien cobra los dividendos o las comisiones, o los intereses, o quien solicita la ineficacia judicial o la suspensión del pago (stop payment) de un valor al portador, debe y tiene que identificarse, sea en el mismo título o en documento aparte, precisándose que si lo hace en el mismo documento, no asumirá ninguna responsabilidad cambiaria. Este sistema evita que delincuentes hagan uso de títulos valores al portador para ocultar su identidad o los actos ilegales que realice o se sirvan de ellos para legitimarlos, al obligárseles a actuar con transparencia y saber quién está detrás de cada operación o transacción. Sin embargo, aún hay quienes confunden a estos valores al portador, con documentos anónimos, lo que jamás ha sido el propósito de las leyes ni de estos instrumentos. Si a esta medida, que ya contiene la Ley N° 27287 en su artículo 25, agregásemos la tipificación como delito de la práctica denominada prestanombre (interpósita persona o testafarro), los argumentos de origen tributario y de lavado de activos que se esgrimen a este respecto, carecerán de todo sustento y resultarán salvadas todas las objeciones que se señalan en contra de estos títulos valores al portador.

b.3. Mérito ejecutivo de las obligaciones

Las obligaciones en certificado o título tienen "mérito ejecutivo" (o sea aparejan ejecución sin requerir de protesto). Las obligaciones en anotación en cuenta se rigen por la ley de la materia; así lo señala el artículo 313, de la LGS. Por su lado, la LMV -Ley del Mercado de Valores- (art. 81) señalaba que los valores de oferta pública que representen deuda constituyen "títulos de ejecución", sin que se requiera de protesto. Y tratándose de anotaciones en cuenta, la calidad de título de ejecución recae en el Certificado de Titularidad que expida la Institución de Compensación y Liquidación de Valores-ICLV.

Al respecto, según el artículo 688 del CPC, el proceso de ejecución se promueve solo en mérito a (i) Título ejecutivo y (ii) Título de ejecución. Los documentos a los que la ley les da mérito ejecutivo, son títulos ejecutivos (art. 693 CPC). Por tanto, lo que para la LGS es un título ejecutivo, para la LMV era un título de ejecución, contradicción que debió y se logró corregir. En efecto, en la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, conscientes de esta contradicción entre la LMV y la LGS, se procedió a tal corrección, pero por una lamentable confusión se agregó una palabra de más, como puede apreciarse de la modificación del citado artículo 81 de la LGS que contiene la Segunda Disposición.

"Modificatoria a la Ley N° 27287, que señala que "...los valores mobiliarios representativos de deuda (...) constituyen títulos valores ejecutivos...", cuando lo correcto debió ser mencionar solo que son"... títulos ejecutivos". Felizmente la misma ley (de títulos valores) en su artículo 84 precisa que para el ejercicio de las acciones cambiarias de las acciones, obligaciones y demás valores mobiliarios no se requiere del protesto, siendo suficiente que se haya vencido el plazo o resulte exigible la obligación que represente; agregándose además en el artículo 255.6 que "...Los valores mobiliarios (sin excepción) constituyen títulos ejecutivos conforme a la ley procesal, sin que se requiera de su protesto para el ejercicio de las acciones derivadas de ellos".

Aun más, el nuevo texto del Inc.1 del artículo 693 del CPC agrega que todo título valor tiene mérito ejecutivo, si (i) está protestado, o (ii) cuenta con la formalidad sustitutoria del protesto, (iii) o la ley de la materia dispone que se prescinda del protesto o formalidad sustitutoria. Así, el error mecanográfico antes indicado, contenido en el actual texto del artículo 81, LGS, queda subsanado y no ha generado mayor inconveniente, aun cuando debería en algún momento lograrse su modificación, eliminando la palabra "valor" que está demás.

b.4. Depósito de prospectos de emisión en los Registros Públicos La indicación de las condiciones de la emisión puede estar resumida en el Título, siempre que se indique que en forma completa aparece en el Prospecto, el que debe ser depositado en el Registro Público (RR.PP.) y en la CONASEV, antes de ponerlo en circulación. Así lo dispone el artículo 314, de la LGS. Por otro lado, el depósito del prospecto de la emisión de obligaciones debe anotarse en la partida de la sociedad emisora (art. 434, LGS). Exigencias estas que resultan, a nuestro juicio, ociosas y duplican la que ya se hace en el RPMV (Registro Público del Mercado de Valores) de la CONASEV. El depósito de Prospectos en los RR.PP. (SUNARP) que contenía la anterior LGS, se explicaba porque no existía entonces (1966) el registro especial de valores que hoy tenemos en la CONASEV (desde 1992), en el que todo emisor de valores para su oferta pública debe inscribirlos obligatoriamente.

Por otro lado, la nueva LGS no señala cuál será el procedimiento para el depósito de prospectos en el RR.PP. Según el CC (art. 2010), toda inscripción en los RR.PP. requiere de la formalidad de la escritura pública, salvo ley que disponga lo contrario; con lo que la LGS estableció una formalidad onerosa e innecesaria de registrar estos prospectos ante los RR.PP. de la SUNARP, el que tendría que hacerse, según dicha norma, mediante escritura pública.

Ante ello, en la nueva Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287), se logró incorporar una precisión, señalando que dicho depósito del prospecto ante los RRPP, y su anotación en la partida de la sociedad emisora al que hacen referencia los artículos 314 y 434 de la LGS, eran voluntarios, si el prospecto se había depositado en el RPMV de la CONASEV. Por tanto, esta norma que contiene la LGS será de observancia obligatoria, solamente para las emisiones de obligación con colocación privada (en las que sin embargo no existen prospectos); pues dado que las colocaciones por oferta pública de valores deben necesariamente ser inscritas ante el RPMV y depositar en ella el prospecto, será siempre facultativo hacer lo propio ante los RR.PP.

b.5. Obligaciones convertibles

Las SA y SeCpA pueden emitir obligaciones convertibles en acciones, con derecho a voto o sin él; es lo que señala el artículo 315, de la LGS. Si ello es así, por qué no permitir la constitución sucesiva de SeCpA, en la parte de los socios capitalistas, lo que se niega expresamente en el artículo 3 de la LGS. Del mismo modo, si toda persona jurídica puede emitir obligaciones, por qué no permitir la capitalización de dicha deuda representada por las obligaciones por parte de

sociedades y personas jurídicas distintas que no emiten acciones. Por qué limitar la conversión de obligaciones (deuda) solo en acciones, esto es, solo de obligaciones emitidas por SA y SeCpA, lo que era explicable en el anterior régimen cuando solo las SA podían ser las emisoras de obligaciones, pero no ahora cuando la emisión de obligaciones no es más patrimonio exclusivo de las SA.

Al respecto, el artículo 268 de la Ley de Títulos Valores salva esta situación, permitiendo que las obligaciones emitidas por cualquier persona jurídica puedan ser convertidas no solo en acciones, sino en Participaciones. Esto es, una SCRLtda., o una sociedad colectiva o en comandita, o cualquier otra persona jurídica, aun aquellas no regidas por la LGS pueden emitir obligaciones convertibles. Es así que se permite que una EIRLtda. o una cooperativa puedan ser emisoras de obligaciones convertibles, en cuyo caso (de convertirse), la emisora se adecuará o transformará a la forma societaria o modalidad empresarial correspondiente, si dicha conversión obliga a ello. Tal sería el caso de una EIRLtda. que admite un solo titular, que tendría que convertirse en una persona jurídica con multitud de socios; o el caso de una SAC que admite como máximo 20 accionistas, que tendría que convertirse en una SA ordinaria o en una SAA, en los casos de conversión de las obligaciones que haya emitido.

b.6. Gastos de emisión de obligaciones

Los gastos normales del sindicato de obligacionistas corren a cargo del emisor y no deben exceder del 2% de los intereses anuales devengados por las obligaciones emitidas, salvo pacto distinto; según dispone el artículo 319, de la LGS.

Al respecto, cabe preguntarse qué se entiende por "gastos normales"; y los gastos anormales o extraordinarios quién debe asumirlos, si se entendiera que el emisor solo se hace cargo de los primeros. Asimismo, cómo se determinará el porcentaje señalado en las emisiones que no generan intereses, tales como los bonos estructurados, bonos cupón cero, obligaciones sujetas a índices, etc.

Ahora bien, no todas las obligaciones emitidas se colocan en el mercado en el plazo autorizado por la CONASEV (9 meses prorrogables a 9 más, arto 61 LMV) y sabemos que solo las obligaciones colocadas devengan intereses, las que serán las únicas que servirán para determinar este porcentaje de 2%. Por ello, ante esta disposición que no ha tenido en cuenta estas situaciones de obligaciones estructuradas que recientemente vienen siendo las más empleadas y frecuentes, lo recomendable será optar por la excepción; o sea, pactar los posibles gastos que generará la emisión, sin vincularlos a los intereses anuales devengados.

b.7. El representante de obligacionistas

La LGS (art. 306) no impide que el representante de obligacionistas sea una persona vinculada al emisor, lo que no está permitido por el artículo 87 de la LMV, que establece tal prohibición que personas vinculadas al emisor sea designada por éste como representante de obligacionistas. Al haberse expedido la LGS en fecha posterior a la LMV, podría interpretarse que tal prohibición que esta última contiene, no existe más, en virtud de la derogatoria tácita a que se refiere el

artículo 1, del Título Preliminar del Código Civil. Si se considera que no ha operado tal derogatoria, tendríamos que concluir que la limitación que contiene la LMV solo opera para las obligaciones que sean objeto de oferta pública, mientras que en las ofertas privadas, bien podría actuar como representante de los obligacionistas una persona vinculada al emisor; lo que estimamos debe definirse con claridad.

Con relación a este representante de obligacionistas, innecesariamente se repiten sus funciones en los artículos 325 de la LGS, cuando ya lo están en el artículo 92 de la LMV, lo que justamente abona en favor de la tesis de la derogatoria tácita antes indicada; pues tendríamos dos normas que regulan la misma materia (art. 1, C.C.). Esta regulación por partida doble (LMV y LGS) lo único que genera son contradicciones y desorientación para el mercado, lo que debió haberse evitado. Por otro lado, según la LMV, el representante de obligacionistas se requiere solo si se trata de bonos (obligaciones de plazo mayor a un año); mientras que la LGS lo establece para toda emisión de ellas; es decir, inclusive para los papeles comerciales y otros instrumentos de corto plazo, contradicción que debe igualmente corregirse.

b.8. Plazo de recolocación de obligaciones readquiridas:

Además del rescate (que es la readquisición de Obligaciones para amortizarlas), el emisor puede readquirirlas, sin amortizarlas, bajo condición de recolocarlas "dentro del término más conveniente". Entre tanto, los derechos que corresponden a esas obligaciones quedan en suspenso y los intereses y demás créditos se extinguen por consolidación (art. 331, LGS).

Cabe preguntarse al respecto, ¿cuánto tiempo es el que se considera "más conveniente"? Se entiende para el emisor. ¿Puede ser este lapso indefinido si se demuestra que ello es el más conveniente? Apreciamos además que no hay límite en el monto de esta recompra. En cambio, para el caso de adquisición de acciones por el mismo emisor, se ha fijado como tope el 10% y por un máximo de 2 años de plazo (art. 104.4., LGS), tratamiento con el que no se guarda concordancia, dejándose el plazo y monto de las readquisiciones de las obligaciones a libre determinación del emisor; lo que no creemos que sea lo más conveniente; pues ambas readquisiciones (de acciones y obligaciones) deberían someterse a las mismas reglas.

b.9. Obligaciones sujetas a leyes especiales

Las emisiones de obligaciones sujetas a régimen especial se rigen por la LGS solo en forma supletoria (art. 332). No hay duda de que las emisiones hechas por las empresas sujetas a la Ley General del Sistema Financiero se rigen en forma supletoria por la LGS; pero nos preguntamos si las emisiones conforme a la LMV son de régimen especial también, al estimarse que el régimen ordinario sería el previsto en esta LGS. Como sabemos, la LMV hace frecuentes remisiones a la LGS. Por lo que de haber diferencias entre la LGS y la LMV, y las hay varias, ¿cuál primará en materia de emisión de obligaciones? Dudas e interrogantes para las que no encontramos solución precisa. Ayuda sin embargo para ello el hecho

de que la LMV es de especial aplicación para las emisiones mediante oferta pública, por lo que en esos casos primará sobre la LGS.

Éstas son algunas de las preocupaciones que nos llevan a proponer que lo más acertado sería excluir de la LGS esta Primera Sección del Libro IV, concordarlo con las disposiciones que sobre la misma materia contiene la LMV e incluir el régimen y proceso de la emisión de obligaciones en la nueva Ley de Títulos Valores, uniformando y ordenando así nuestra legislación en esta importante materia.

4. Las obligaciones en la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287)

Las evidentes contradicciones que podemos apreciar en las diversas normas legales que tratan simultánea y repetitivamente las obligaciones, han sido superadas en gran medida por la LTV que, en la medida de sus limitaciones, al regular solamente los aspectos cambiarios de los valores, han tratado de armonizar la legislación nacional en materia de valores en título y en anotación en cuenta.

En seguida resumimos algunos aspectos de especial importancia que la LTV contiene en materia de obligaciones.

a. Crédito colectivo

La nueva LTV así como la anterior sustituida por ésta (Ley N2 16587), Y como la mayoría de la legislación comparada, no definen a ninguno de los títulos valores. Se limitan a señalar sus características y sus requisitos formales. Un tanto rompiendo con esta regla el artículo 263 señala que la obligación representa una alícuota o alicuanta de un crédito colectivo concedido a favor del emisor, quien mediante la emisión de las Obligaciones reconoce adeudara sus tenedores. En efecto, se trata de eso, de una forma de endeudamiento con una pluralidad indefinida y cambiante de acreedores-tomadores, que aceptan la oferta hecha por el emisor de convertirse en su deudor, lográndose así una suerte de crédito sindicado de parte de una masa indefinida de acreedores, quienes aceptan tal oferta de endeudamiento en diversas proporciones respecto al monto total de la deuda, dividida en partes iguales (alícuota) o de modo fraccionado (aliquanta).

b. Obligaciones al portador y nominativas Las obligaciones, dada su naturaleza masiva o serial de su emisión, en principio pueden ser solamente al portador o nominativas. Es decir, no es usual que se emitan obligaciones a la orden. Tal forma de obligaciones será la excepción, en todo caso. Es el caso de algunas obligaciones que son emitidas por las empresas del sistema financiero, como el pagaré bancario (art. 273.4). o el certificado de depósito negociable (art. 274.4), debiendo entenderse ello como excepción a esta regla.

c. Rentabilidad fija o variable

Tradicionalmente, las obligaciones como instrumentos de deuda que son, se consideran como valores que generan intereses, a una tasa preestablecida. por lo que por esa razón -como ya hemos señalado líneas arriba- se les solía denominar instrumentos de "renta fija". Sin embargo, como ya hemos indicado también, esta única forma de fijar el rendimiento ha venido siendo variado en los últimos tiempos, prefiriendo los emisores como los inversionistas no establecer una tasa única y fija por todo el plazo de la obligación que, de tratarse de bonos, inclusive tienen plazos largos y superiores al año, lapso en el que pueden generarse variaciones de los costos financieros que afecten los intereses de los acreedores o del deudor. Así, una tasa fija de 8% al año determinado para una emisión de obligaciones cuyo plazo fuese de 10 años resulta muy riesgoso para ambas partes; pues si en ese plazo se incrementan las tasas y costos financieros, esas obligaciones no tendrán la misma demanda iniciar afectando su liquidez en el mercado secundario, al existir otros instrumentos y emisores que estarán ofreciendo tasas mayores a 8%, debiendo enajenarlas bajo la par para equiparar las tasas del mercado. Por el contrario, si la tasa fija inicialmente acordada disminuye en el mercado, constituirá un costo elevado para el emisor, quien de no haberse protegido con derivados financieros podría hasta incurrir en incumplimientos o moras. En tales casos, los valores serán muy apetecidos en el mercado secundario, dependiente del grado de cumplimiento del emisor. Es muy posible que esos valores cuyas tasas fijas de interés resultan altas posteriormente, se negociarán en el mercado sobre la par. Es lo que viene ocurriendo actualmente, por ejemplo, con las LH (Letras Hipotecarias) que se emitieron en su momento por 10, 15 Y 20 años, a tasas fijas de 10% en dólares, tasa esta que era la del mercado en los años 1995 y 1996; pero al disminuir ostensiblemente en los años 2000, 2001 Y 2002, sus tenedores las retienen por ser instrumentos de óptima rentabilidad y seguridad y muy pocas LH se negocian en el mercado secundario, y si se hace, es a precios por encima de la par, para lograr equiparar las tasas y costos del mercado actual.

Teniendo en cuenta esta realidad, en la LTV (art. 263.3) se dispone que las obligaciones pueden estar o no sujetos a reajuste, a índices de actualización constante u otros reajustes (esto en cuanto al capital); consistiendo su rentabilidad en intereses u otros beneficios, como índices, ganancias de capital, reajustes, referencias a rentabilidad estructurada o la combinación de todas ellas, según se determine en el contrato de emisión; las que para todos los fines de ley (especialmente de orden tributario) se asimilarán a los intereses, salvo disposición distinta de la ley.

Como puede apreciarse, la LTV confiere pues total libertad para establecer la rentabilidad de las obligaciones, siendo posible que se fije por ejemplo una tasa mínima (3% al año) y además se señale que el emisor pagará la misma proporción del promedio de los dividendos que distribuyan las empresas A, B y C; o el promedio de las tasas de interés pasiva de los bancos D, E y F, el que resulte mayor. Así, las obligaciones no necesariamente serán instrumentos de renta fija, sino que pueden convertirse en valores de renta variable y aleatoria. Es más, podrían ofertarse obligaciones sin intereses ni ganancias, en las que el emisor

asume solamente la obligación de pagar el capital o monto señalado literalmente en ellas. Obviamente en estos casos, de las llamadas "obligaciones o bonos cupón cero", la rentabilidad para el tomador se genera y logra al inicio, sea en la colocación primaria o en su negociación secundaria, al negociarse dichos valores por debajo de la par. Al colocarse o venderse un bono cuyo monto a pagar es de 100 en 90, hay una rentabilidad nominal de 10 y real de 11.11 % para el tomador. Para los fines de la ley, salvo que exista norma que disponga expresamente lo contrario, esas ganancias constituyen "intereses".

d. Bonos, papeles comerciales y otras obligaciones

La distinción clara iniciada por la LMV entre obligaciones de largo y corto plazo, señalando que las primeras solo pueden emitirse bajo la modalidad de bonos, llamando genéricamente instrumentos de corto plazo a las segundas, a las que se permitía emitirse como letras y pagarés generando serias confusiones en el mercado, ha sido corregida por la L TV, la misma que precisa mejor este distinguo y establece que los bonos son obligaciones de largo plazo (más de un año), mientras que los papeles comerciales son las obligaciones de corto plazo.

Sin embargo, con acierto, no incurre en una rigidez al respecto, facultando a la CONASEV a autorizar y crear la emisiones de otras obligaciones con otras denominaciones, tanto de largo como de corto plazo, estableciendo sus condiciones y características especiales, norma esta (art. 264.3) que concuerda con otra que contiene la misma facultad de crear nuevos títulos valores que tiene además de la CONASEV, la SBS (art. 276). Es decir, la LTV contiene una flexibilidad que permite superar cualquier limitación que podría generarse en el futuro, por las necesidades del mercado, permitiendo crear nuevas clases o modalidades de obligaciones, lo que es saludable y acertado. Lo que sí se rescata es la importancia de identificar la clase de la obligación, sea ésta de largo o corto plazo, como reza el artículo 265.1.a; pues las exigencias para cada una, especialmente cuando son objeto de oferta pública, son distintas.

Igualmente, teniendo presente que las empresas del sistema financiero tienen como una de sus actividades principales la captación de fondos del público, debe conferírseles amplia libertad para lograr ese objetivo que precisamente fomenta e incentiva el ahorro del público. Por ello, los diversos instrumentos de captación de fondos que utilicen estas empresas de intermediación financiera, se rigen por la ley de la materia, las disposiciones especiales que pueda expedir la SBS, siendo la LTV de aplicación supletoria.

e. Matrícula de obligaciones

Desde antes, la legislación peruana tiene prevista la existencia de un Libro Registro y Transferencia de Acciones. La LGS anterior, así como la actual, lo exigen, permitiéndose inclusive llevar ese registro en medios electrónicos o . a través de las ILCV. Sin embargo, no se tenía previsto lo mismo para las Obligaciones, las que tienen la misma importancia y necesidad de registro que las acciones, tanto de sus transferencias y/o derechos, cargas y gravámenes que puedan constituirse.

Por esa razón, la L TV tiene el acierto de crear por primera vez el registro o matrícula de obligaciones, en forma similar a la matrícula de acciones, en la que se anotará cada emisión y serie de obligaciones, sus transferencias, canjes, transferencias de valor en título a valor en anotación en cuenta, la constitución de gravámenes, derechos y demás anotaciones necesarias. Para un mejor control, ya no como obligatorio como es para el emisor, el representante de los obligacionistas puede también llevar copia de esa matrícula.

Del mismo modo que lo previsto para la matrícula de acciones por la LGS, se ha dispuesto que esta matrícula de obligaciones pueda llevarse en libros u hojas sueltas legalizadas, medios electrónicos o cualquier otra forma permitida por la ley, agregando algo muy importante. Y es que en el caso de obligaciones desmaterializadas, pueda prescindirse de esa matrícula llevada por el emisor, y ser sustituida por los registros de la ICLV, primando respecto a cualquier otro registro las anotaciones que haga dicha ICLV, medida que evita que en tales casos de obligaciones con anotación en cuenta, se tenga que llevar como registro principal el libro del emisor en lugar del registro de la ICLV que en realidad es el que debe primar sobre cualquier otro.

Sería recomendable dar este mismo tratamiento a la matrícula de acciones.

f. Obligaciones al portador

La LTV regula de modo especial las obligaciones al portador, bajo el nuevo criterio de que estos títulos al portador no significan anonimato, ni han sido estructurados para esconder operaciones ilícitas. Nosotros sostenemos que los títulos valores al portador tienen como toda virtud o ventaja, solamente la de facilitar su transferencia. Es ése su único fin. La simple entrega perfecciona su transmisión y la simple tenencia lícita su titularidad. Por tanto, quien ejercite los derechos que representa un título transmisible por simple entrega, debe identificarse para probar su tenencia legítima. Ni las leyes ni los títulos valores están al servicio ni son vías de facilitación de actos delincuenciales o ilegales. Los títulos valores al portador no constituyen instrumentos para proteger con el anonimato a delincuentes, sino para facilitar actos lícitos que hagan las personas honestas. Si partimos de este último criterio que es el que sostenemos, no debe haber resistencia en que el titular del derecho exigido se identifique. Por ello, el gran cambio que se ha dado en esta materia llevará a revisar algunos conceptos y medidas equivocadas, como prohibir las acciones al portador por consideraciones tributarias o de lavado de activos, lo que con la nueva LTV ya no cabe.

En el caso de las obligaciones, tanto la LMV como la LTV señalan como principio que pueden ser nominativas o al portador. Si son al portador, en la matrícula de obligaciones se anotará solamente información referida al título mismo (Nº, serie, emisión) más información sobre su primer tomador y de quienes ejerciten los derechos que representa (como las personas que cobran intereses, otras rentas, amortizaciones, o el capital, a quien pida su ineficacia judicial, a quien participa en junta, etc.), como mera información para los fines de la legitimidad de quienes hubieren ejercitado tales derechos. Ello, precisa la ley (art. 267.2), no convierte al

título en nominativo (el que tiene otra forma de transferencia y ejercicio de derechos), ni que esa persona sea su actual tenedor o titular; pues lo será solo su último poseedor. Por ello, agrega que las anotaciones de gravámenes en la matrícula de esta clase de obligaciones no procederán si no están acompañadas necesariamente del título (físico) mismo.

Finalmente, no es posible que las obligaciones u otros valores al portador tengan representación mediante anotación en cuenta; pues para ello será necesario que la obligación al portador se convierta en nominativa. Esto, como es fácil saber, debido a que el valor al portador necesaria e imprescindible requiere de la posesión o tenencia tangible, física o materializada, lo que justamente no existe en el caso de los valores "desmaterializados" o con anotación en cuenta.

g. Obligaciones y bonos públicos

Con relación a estas obligaciones de emisores que sean entidades públicas, que en los últimos años vienen emitiéndose por montos significativos, como parte de la política de endeudamiento público, interno y externo, la LTV se limita a señalar que sus disposiciones tienen aplicación supletoria sobre tales obligaciones; pues los bonos del Tesoro y otras obligaciones que emitan el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales, así como organismos públicos autorizados para ello, se regirán de modo especial y principal por las disposiciones legales que autoricen tales emisiones.

Es del caso señalar que solo para el año 2002 (art. 17, Ley N° 27575), por parte del Gobierno Central, se ha dispuesto la emisión de bonos hasta por S/. 2,000,000,000,00 (dos mil millones y 00/1 00 nuevos soles), parte de la cual ya se viene colocando actualmente en el mercado local e internacional, inclusive como bonos con anotación en cuenta (D.S. N° 07-2002-EF), lo que constituye un salto a la modernización de estas emisiones de obligaciones públicas y fomentará el mercado primario y secundario de valores nacionales.

VIII. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS OBLIGACIONES Y DISTORSIONES EN EL MERCADO DE VALORES

Otro de los aspectos de suma importancia en la emisión y negociación de las obligaciones, viene a ser el tratamiento tributario que actualmente tenemos, el que debe revisarse y concordarse con las normas antes comentadas (LMV, LGS, LTV, LGSF), pues en muchos casos se generan distorsiones que afectan su colocación y negociación en el mercado.

Existiendo diversos temas puntuales que merecen nuestros comentarios y sugerencias de perfeccionamiento, especialmente en materia del Impuesto a la Renta y del IGV; y estando actualmente en revisión los mismos, además de un proyecto de ley en discusión en el Congreso de la República que modificaría este tratamiento a partir del ejercicio gravable de 2004, preferimos reservar este tema para una próxima nota y comentarios del nuevo texto de la ley que regirá a partir del EG 2004, una vez que contemos con el nuevo marco y plazos o fechas de las

exoneraciones que terminaban el año 2006 y que posiblemente se eliminen antes del año 2006, según el proyecto en discusión.

Encontrándose todos esos cambios aún por definirse, preferimos no comentarlos para no inducir a error y hacerla en una próxima publicación que el IPDM o Gaceta Jurídica lleven a cabo.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

De los comentarios que anteceden, podemos concluir en que:

1. Las obligaciones constituyen una forma muy ventajosa de endeudamiento directo, especialmente por montos significativos, con beneficios tanto para el deudor como para los acreedores, constituyendo una buena alternativa al tradicional crédito bancario -por un lado- y al depósito bancario por otro lado-; generando además un mercado secundario de valores que desarrolla el mercado de valores y bursátil que no se logra solo con la intermediación en el mercado bancario.

2. El tratamiento legal en el Perú aún sigue desordenado; pues leyes como la LGS, LGSF, LMV y LTV las regulan en forma especial y simultáneamente, generando contradicciones. Aun cuando la LTV se ha preocupado por salvar muchas de estas contradicciones, al ser su objeto la regulación del instrumento mismo y de sus formalidades cambiarias, quedan aspectos contradictorios que merecen superarlas. Las notas que anteceden son por demás elocuentes y claras al respecto. Por lo que nuestra propuesta de excluir la regulación de las obligaciones de la LGS, por no ser un instrumento financiero exclusivo de las sociedades mercantiles que es lo que regula dicha ley, tiene sentido y cobra cada vez más fuerza. Su lugar debería ser la LMV y LTV, cuidando en comprender tanto a las obligaciones con colocación por oferta pública como privada.

3. Debe igualmente revisarse el tratamiento tributario que hemos referido reservar para otra oportunidad, el que en lugar de incentivar esta forma ventajosa de financiamiento barato, genera distorsiones y costos indebidos.

4. Debe procurarse crear instrumentos de endeudamiento directo y a través del mercado de valores y uso de MCN especiales, posibilitando el acceso de medianas y pequeñas empresas, como alternativa al crédito bancario.

Debería promocionarse la creación de instrumentos de deuda estructurados o derivados, como aquellos ya previstos en los artículos 255.5 y 276.2 de la LTV y Décimo Sexta Disposición Final de la LMV, haciendo falta para ello solo la decisión de la SBS y la CONASEV, que hasta la fecha no se animan a regular su aplicación práctica.

Finalmente, debería eliminarse toda distorsión que se genera con la imposición de tributos antitécnicos, creando hechos impositivos solo en caso de que haya sustento económico, procurando equiparar este tratamiento en ambos mercados (directo e

indirecto) para evitar elusiones o distorsiones en el mercado de capitales y financiero.

EL ROL DE LA OPA EN EL GOBIERNO CORPORATIVO(*) MITOS Y REALIDADES

Ricardo POSTIGO BAZÁN

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1932 BERLE Y MEANS descubrieron los rasgos dominantes de la Corporación Moderna(1) -esto es de la sociedad cotizada en bolsa de valores-, catalogando a ésta como una sociedad con gran dispersión del accionariado, de propiedad de varios accionistas y controlada de modo casi absoluto por sus administradores, seguramente no imaginaron que, durante varias generaciones, su tesis fijó la imagen de la corporación moderna como aquella dirigida por administradores profesionales que no rendían cuenta alguna a los accionistas. Inclusive, varios años después, el desarrollo del campo de las finanzas corporativas se ha sustentado en la teoría de la separación de la gestión y la propiedad de BERLE y MEANS, como se evidencia claramente de las contribuciones efectuadas por JENSEN y MECKLING(2) por ejemplo.

Lo que sin duda, BERLE y MEANS nunca imaginaron hacia 1932, es que su tesis estaría describiendo un fenómeno propio del mundo del common law (sobre todo en los Estados Unidos y el Reino Unido) y bastante ajeno a los países pertenecientes a los sistemas del Derecho civil. En efecto, hace algunos años, ya diversos estudios demostraron que las firmas norteamericanas

denotaban un modesto grado de concentración en su accionariado y que otros países ricos como Alemania, Japón e Italia mostraban una clara concentración en éste(3). Estas investigaciones demuestran además que, en muchos países, las corporaciones tienen accionistas que concentran una gran parte del accionariado, pero también que estos accionistas se encuentran activos en el gobierno corporativo, en contraste con la teoría propugnada por BERLE y MEANS.

Ello se desprende de los hallazgos del seminal trabajo de LA PORTA Y otros, el cual confirma la percepción antes descrita en el sentido de que la dispersión del accionariado es un fenómeno poco común. En síntesis, sobre la base de las 10 más grandes empresas no financieras cotizadas en las 26 economías más grandes del mundo, dicho estudio encuentra que: (i) poco menos del 10% tienen efectivamente accionariado difundido; (ii) 30% son controladas por grupos familiares; (iii) 18% eran controladas por el Estado; y, (iv) los diversos indicadores del estudio caen en diferentes categorías que no comprenden el accionariado difundido(4).

La separación de la gestión y propiedad sobre la base de la dispersión del accionariado deja de ser entonces el rasgo dominante sobre el cual se estructuran los mecanismos de protección de los accionistas frente a los administradores, en el marco del gobierno corporativo. El presupuesto ha cambiado, al menos para efectos de los países pertenecientes al sistema del Derecho civil: no se trata ahora de proteger al accionista frente al administrador sino de proteger al accionista

minoritario frente al mayoritario. La pregunta es entonces ¿cómo puede el gobierno corporativo proteger a los accionistas minoritarios?

En nuestro medio, la copia sistemática de modelos foráneos ha sido la regla que ha orientado la labor de nuestro legislador, cuyo análisis habitual parece no considerar que las normas, estándares, entidades reguladoras e instituciones judiciales pueden tanto incentivar como desincentivar al sector privado para utilizar activos eficientemente y actuar en interés de los inversionistas y acreedores y, consecuentemente, en beneficio de la economía nacional.

Probablemente ello explique por qué nuestro legislador ha impuesto un régimen obligatorio de Oferta Pública de Adquisición (OPA) para el caso de transferencias de participaciones accionarias no menores al 25% del capital social de sociedades listadas en bolsa. Aparentemente, el legislador ha identificado correctamente la necesidad de proteger al accionista minoritario pero parece no haber evaluado si la OPA es un mecanismo de tutela efectiva frente a potenciales abusos por parte del accionista mayoritario. Así, tras haber asumido que la OPA obligatoria es una medida capaz de desarrollar el mercado de valores peruano -tornándolo más grande y líquido-, al brindar protección efectiva a los inversionistas, nuestro legislador cree haber dotado al accionista minoritario de fiscalización externa y de liquidez para salir de la empresa.

Pero las buenas intenciones no son suficientes. Una percepción tan simple del problema y la adopción de un régimen obligatorio de OPA sobre la base de tal percepción, no ha sino de generar elevados costos que de una u otra forma exceden los beneficios de dicho sistema. El legislador ha debido antes de identificar qué tipo de protección requiere el accionista minoritario en un contexto en el que el accionariado se encuentra concentrado antes de imponer un régimen de tan radical naturaleza.

Este trabajo, tratará de determinar qué premisas debió analizar nuestro legislador antes de imponer una obligación que restringe radicalmente la forma de transferir las participaciones de control de los accionistas de sociedades listadas en bolsa de valores, evaluando el efecto de la opción de la OPA obligatoria, tratando finalmente de determinar qué tipo de protección es la realmente requerida por los accionistas minoritarios y por los inversionistas en general, en un contexto caracterizado por la presencia de accionariado concentrado.

II. MERCADO DE CONTROL Y OPAS

1 - El gobierno de las sociedades anónimas

a. La separación de la gestión y la propiedad de la empresa y los costos de agencia

Esencialmente la tesis de BERLE Y MEANS se traduce en que los accionistas concentran la titularidad de la empresa y los administradores el control efectivo de

ésta, como consecuencia de haberse producido una economía de escala y un crecimiento en la firma. Los accionistas de la empresa delegan la gestión de ésta a personas especialmente contratadas para dicho fin, constituyéndose entre ambos una relación de agencia(S) que implica per se un conflicto entre los administradores (directores y plana ejecutiva de la empresa) -quienes toman decisiones sobre bienes ajenos- y los accionistas -quienes sufren las consecuencias de tales decisiones en términos financieros-.

La separación de la gestión y la propiedad subyace en la dispersión del capital social entre una gran cantidad de accionistas, de modo que ninguno puede por sí mismo supervisar la dirección de la empresa. De esta manera aun cuando en teoría los accionistas son propietarios de la compañía, son demasiados para ejercer control fáctico sobre los administradores. La plana ejecutiva manejará la compañía como considere pertinente sin tener participación alguna en el capital. La situación fáctica es que los accionistas se tornan en simples inversores, dejando de ser los dueños efectivos de la empresa.

Cuando se acentúa el esquema de especialización de propiedad y control en su grado máximo, se origina un conflicto de intereses toda vez que "(...) los administradores toman decisiones sobre bienes ajenos, desapareciendo la salvaguardia que proporciona la propiedad"(6). Ello, conduciría a decisiones óptimas desde el punto de vista de los directivos, pero in eficientes en términos del valor de la empresa. Esto es lo que se denomina en la literatura económica como "costo de agencia". Se desprende entonces la existencia de un evidente conflicto que debe ser resuelto a fin de que la especialización de las funciones de accionistas y administradores en este tipo de empresas pueda ser aprovechada al máximo, sin que los costos del conflicto de intereses antes aludido, excedan los beneficios derivados del mismo.

Tal como afirma SALINAS, dicho costo se deriva principalmente del hecho de que los agentes -léase, los directores y la plana ejecutiva de la empresa- "tienen normalmente una función de utilidad distinta a la de los propietarios y, en la medida que no es fácil -o resulta muy costoso- para éstos conocer con certeza cuál es el comportamiento real de los agentes. éstos tienen incentivos para maximizar sus propios beneficios en lugar de los intereses de los propietarios"(7).

b. El papel del Gobierno Corporativo

El primer antecedente de gobierno corporativo puede remontarse a SERLE y MEANS, quienes encontraron que las sociedades anónimas bursátiles eran instituciones sociales y económicas que debían tener claros estándares de rendición de cuentas a nivel público y social. Su planteamiento, por supuesto, se basó en que la economía norteamericana estaba predominantemente dominada por oligarquías industriales y administradores profesionales, razón por la cual dichas empresas deberían ser controladas por el gobierno en interés del público inversionista. Dicha visión, combinada con la Depresión y el denominado New Deal, derivó en la imposición de reglas nuevas y estrictas en cuanto a la

comercialización en las bolsas de valores. Las compañías fueron obligadas a divulgar información con relación a las compensaciones de los ejecutivos y otra información financiera, creándose asimismo, la Securities and Exchange Commission (SEC) para garantizar un adecuado enforcement de la nueva regulación.

El gobierno corporativo está referido al conjunto de reglas e incentivos por los que la gestión de la empresa es dirigida y controlada por los administradores con la finalidad de maximizar el valor a largo plazo de ésta y dar mayores ganancias a los accionistas, tomando en consideración los intereses de todos los accionistas de la compañía -mayoritarios y minoritarios-. Un buen gobierno corporativo complementado por un buen clima de negocios, puede reforzar la inversión privada, el desempeño corporativo y el crecimiento económico(8).

Se desprende, entonces, una clara función de mitigar costos de agencia para incentivar mayor inversión en las corporaciones. Esta práctica ha sido desarrollada por los mercados de valores de los países del common law, sobre todo en el caso de los Estados Unidos, donde existen sociedades con un elevado grado de dispersión en su accionariado y donde la inversión a gran escala solo ha podido consolidarse mediante el desarrollo gradual de políticas que protejan a los accionistas en varios planos: frente a la plana de administradores.

Pero, ¿cómo puede lograrse esta protección en diferentes planos? ¿qué mecanismos facilitan dicha protección? y, en buena cuenta, ¿qué determina un buen o mal gobierno corporativo? La respuesta no es nada sencilla. La calidad del gobierno corporativo puede derivar de una serie de mecanismos e incentivos internos y externos. Se trata de un sistema en el que diferentes partes cumplen diferentes funciones que se complementan en un todo orgánico, cuya alta o baja calidad depende del funcionamiento adecuado o inadecuado del conjunto de elementos que lo componen.

La influencia de los incentivos internos y externos ataca la confrontación existente entre los accionistas y los administradores. Sin embargo, en la medida que la naturaleza de las relaciones corporativas es bastante compleja, la estructura de incentivos creados para dotarla de un mejor gobierno termina siendo igualo más compleja aún. Así, se debe considerar que una sociedad es influenciada por el clima económico imperante, el nivel de competitividad y las instituciones creadas para apoyar el desarrollo del sector privado.

En tal sentido cada tipo de incentivo cumple un papel determinado en el gobierno de la sociedad. Así tenemos:

(a) Los mecanismos internos, que están orientados a la supervisión directa por parte de los propios accionistas. Tal estructura de incentivos busca que los administradores usen los recursos de manera eficiente para maximizar ganancias y el valor de la compañía en provecho de los accionistas de ésta. Pero su efectividad depende del conjunto de los países, sus estándares en materia de accountability, el capital social y tipo de accionariado, los derechos de los accionistas, leyes de sociedades y leyes de sistemas concursales, así como el alcance de capacidad institucional de apoyo para su ejecutabilidad (reguladores, cortes y asesoría profesional). Sobre este punto nos extenderemos en la parte final de este trabajo de modo solo ilustrativo, toda vez que el análisis que sobre

esta materia puede realizarse es, sin duda, bastante extenso y escapa a los alcances del mismo.

Lamentablemente esta estructura no resulta ser suficiente para el gobierno de la sociedad ya que los accionistas no tienen incentivos para ejecutar dichos mecanismos -claro está, dependiendo del tipo de inversionista-. Esto último se desprende del hecho de que cada accionista solo percibiría una parte ínfima de los beneficios resultantes -lo cual depende, sin embargo, del tipo de mecanismo involucrado-. Es decir existiría un problema de acción colectiva.

(b) Mecanismos de supervisión institucional, los cuales se valen de la actividad de empresas más o menos especializadas en la supervisión de este tipo de sociedades (inversionistas institucionales). Aquí se emplean los mecanismos del punto a) anterior, tratando de dotar a la empresa de un eficiente sistema de gobierno, mediante la constitución de grupos de empresas con relaciones internas de carácter estrecho. En el modelo organizativo, los accionistas -que pueden ser bancos u otros inversionistas institucionales- tienen un rol de supervisión activa y un peso de negociación notablemente mayor al inversionista común.

(c) Mecanismos externos o de supervisión por el mercado, los cuales se fundamentan en la premisa básica de que la separación entre la gestión y propiedad de la empresa, permite la especialización en la obtención de capital (a través del financiamiento provisto por accionistas y acreedores) y así el uso eficiente de recursos. Externamente, el mecanismo disciplinario para las empresas que compiten en una economía de mercado, está dado por la competencia en los mercados la producción de bienes y servicios, la actividad financiera y los mercados de trabajo.

c. El papel de los incentivos externos en el Gobierno Corporativo

Los incentivos externos, generalmente determinados por el clima económico para el desarrollo de negocios y del mercado, tienen una clara influencia en la gestión empresarial. Pero ¿cómo es que los administradores son motivados a emplear sus energías para lograr productividad e innovación, en lugar de rentabilidad en propio beneficio y detrimento de los accionistas? El principal mecanismo disciplinario es la competencia, la cual es respaldada por varios "salvavidas" legales (leáse leyes, códigos o cuerpos regulatorios).

Lo anterior se traduce en lo siguiente:

(a) Competitividad financiera y del mercado de capitales. Ello requiere planas gerenciales corporativas para balancear dos diferentes tipos de interés: la competencia por valores representativos de capital, los induce a mantener e incrementar, de ser posible, el valor de dichos valores, mientras que la competencia por financiamiento apalancado (deuda) los induce a mantener los ratios deuda-capital y ciertos niveles de flujo de caja(9). Adicionalmente, se requiere regulaciones preventivas para que la competencia entre bancos nos lleve a tomar riesgos excesivos con los activos de los depositantes.

(b) Competitividad en los mercados productivo y laboral. Esto incentiva la eficiencia, innovación y bienestar del consumidor. En los mercados productivos, la

competencia garantiza que las empresas generen renta proveniente, no de prácticas monopólicas ilegales, sino de la producción de bienes de buena calidad y bajo costo en comparación con los productos rivales. En el mercado de ejecutivos y trabajadores calificados, la competencia asegura que las compañías ofrezcan oportunidades e incentivos para atraer planas ejecutivas de primer nivel.

(c) Competitividad en el mercado de control corporativo, el cual disciplina a los administradores para que maximicen el valor del accionista. Los administradores que no lo hacen se exponen al riesgo de una toma de control (takeover), mediante una OPA, ya perder su trabajo cuando los inversionistas perciben una potencial mayor ganancia en los activos de la compañía.

(d) Obligaciones legales que aseguren que las compañías competidoras estén limitadas por un estándar común de protección de accionistas, consumidores, trabajadores e inclusive competidores abusivos(10).

Se incluyen en estos dispositivos, las leyes de valores, mercado de valores y también las relativas al ámbito del derecho de la competencia. Las obligaciones legales deben contener ciertos derechos de los accionistas cuando los directivos o gerentes no representen sus intereses.

(e) Procedimientos concursales, los cuales son el último castigo para un pobre desempeño gerencial. Donde estos procedimientos no funcionan, debido a malas regulaciones legales y débil apoyo institucional (leáse enforcement), los malos administradores pueden enfrentar menos sanciones por llevar a la empresa a un estado de insolvencia, y los accionistas y acreedores serán más precavidos y los costos de obtención de capital, mayores.

2. El papel del mercado de control

Como ha sido referido anteriormente, se pretende que gran parte de la supervisión externa de las sociedades sea realizada por el mercado de control. Este concepto tiene por protagonistas a las sociedades que cotizan en bolsa y refiere la existencia de un mercado activo de compra y venta de participaciones accionarias significativas (generalmente, dependiendo de la legislación y del tipo de estructura del accionariado, para alcanzar más del 20% del capital social de la empresa).

El mercado de control entra en juego cuando los directivos de una empresa que cotiza en bolsa no maximizan los recursos captados de los accionistas, debiendo, en este caso, ponerse en marcha un sistema para sustituir a los gestores ineficientes por un equipo nuevo que, aplicando, mejores técnicas de gestión, maximice los resultados(11).

Es claro que el derecho societario siempre ofrece un mecanismo de sustitución. Así, los accionistas siempre pueden destituir a los administradores o directivos de la sociedad. Pero esta forma de proceder es desconocida en grandes sociedades cotizadas, donde claramente existe un desinterés político por parte de los accionistas, y donde un voto de desconfianza al equipo gestor, sería algo inaudito.

Como se desprende de lo expuesto en párrafos precedentes, el mercado de control tiene una importante función económica: permite la realización de operaciones que reordenan y reorganizan las estructuras corporativas y la progresiva adaptación de éstas a formas y tamaños rentables y eficientes(12).

En este sentido, si la gestión de una sociedad cotizada en bolsa no es eficiente se produciría lo siguiente:

(a) La gestión deficiente se reflejaría en la cotización de la sociedad y, consecuentemente, el precio de las acciones caería en bolsa (o, en todo caso, no reflejaría el valor real de la compañía).

(b) Algún grupo o sociedad tendría incentivos para intentar tomar el control de la sociedad mal gestionada en ese mismo estado, con la finalidad de obtener una ganancia a través de un cambio de gestión y la consiguiente reorientación de la política de administración social.

- (c) Como propósito, dicho grupo lanzaría una Oferta Pública de Adquisición (OPA), mediante la cual ofrece directamente a los accionistas la compra de sus acciones, pagándoles una prima por encima de la cotización bursátil previa(13).

(d) Si la OPA tiene éxito, el grupo tomaría el control de la sociedad, destituiría a la plana administradora ineficiente, se elegiría a sí mismo como administrador y pasaría a gestionar los activos empresariales con mayor acierto.

Se sigue con claridad que la OPA es una de las principales herramientas para el desarrollo del mercado de control. Mediante la OPA, los directivos de una "sociedad adquirente" se dirigen a los accionistas de una "sociedad objetivo", ofreciéndoles comprar sus acciones a un precio mayor al de su última cotización bursátil con la finalidad de adquirir el control de la empresa.

Es claro, entonces, que el mercado de control propicia la integración y combinación de empresas y que la OPA es una de las principales alternativas para ello, aunque también puede recurrirse a mecanismos con efectos similares, tales como la fusión y la escisión. Sin embargo, dichos mecanismos societarios solo pueden ser activados y dirigidos por los directivos o administradores, en uso de sus facultades de gestión, mientras que las OPAs remiten la decisión directa de la operación al propio accionista, sin participación o mediación alguna de los administradores.

3. La regulación de la OPA en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, la regulación de las OPAs se ha orientado en tres direcciones:

a. Modelo de OPA obligatoria

El paradigma del modelo obligatorio es, sin duda, el modelo inglés. No solo por ser, juntamente con los Estados Unidos, uno de los países donde las OPAs han alcanzado su mayor desarrollo e, indudablemente, el mercado de control europeo más activo, sino por las peculiaridades de la estructura regulatoria sobre la que descansa dicho modelo. Así, el sistema de Mandatory Bids, es consagrado por el décimo principio general del City Code on Take-overs and Mergers, un código de carácter privado, de libre adopción por las empresas participantes en el mercado financiero londinense.

El modelo inglés descansa en la premisa de brindar igualdad de trato a todos los accionistas en el propio proceso de adquisición, evitando que el oferente efectúe prácticas de discriminación entre los accionistas(14). Básicamente, el sistema

pretende materializar dicha meta a través de una doble vía: "de un lado, obligando al adquirente a extender a todos los accionistas las mismas condiciones de compra que aplicó para hacerse con una participación significativa, con el objeto de evitar que la prima de control pueda recaer de forma exclusiva sobre los accionistas de mayor entidad; de otro, reconociendo a los accionistas minoritarios la posibilidad de abandonar la sociedad afectada cuando se produzca un cambio de control, ante el previsible cambio de rumbo que en sí política gestora puede aportar el nuevo accionista minoritario"!!5}.

Sobre la base de la experiencia inglesa, gran parte de los países europeos han adoptado esquemas de obligatoriedad similares en lo que refiere a la transferencia de participaciones accionarias significativas. El más claro ejemplo es el francés, el cual, a través de la Ley de 2 de agosto de 1989 sobre "seguridad y transparencia del mercado financiero" y del Reglamento General del Conseil des bourses de valeurs relativo a las ofertas públicas de adquisición, establece que, será obligatorio formular una OPA cuando se pretenda adquirir una tercera parte del capital o de los derechos de voto de una sociedad cotizada y cuando, en cualquier caso, se llegue a poseer la mayoría absoluta del capital social o de los derechos de voto de una sociedad cotizada(16).

Otro ordenamiento que consagra la obligatoriedad de la OPA, es el ordenamiento belga, a través de la Ley del 2 de marzo de 1989. La peculiaridad de dicho sistema, sin embargo, radica en el condicionamiento de la obligación de formular la OPA no a la superación de un determinado umbral o porcentaje de participación en el capital social de la sociedad cotizada, el cual de por sí es considerado por el legislador como un indicativo de control asociado a la necesidad de formular una OPA, sino a la obtención del control mediante el pago de un precio superior al precio de mercado en el momento de adquisición(17).

De igual forma, Italia ha consagrado un modelo de OPA obligatoria medi ante la Ley del 18 de febrero de 1992 sobre "disciplina de ofertas públicas de venta, suscripción, adquisición y permuta de títulos". Al igual que en el ordenamiento belga, la obligación de formular una OPA está conectada a un factor ajeno a la superación de un umbral o porcentaje de participación en el capital social determinados. En tal sentido, la formulación de una OPA nacerá cuando se obtenga control de la sociedad cotizada, de manera que la participación adquirida permite disponer de la mayoría de los derechos de voto en las juntas de accionistas o que permite ejercitar una influencia dominante en éstas'laJ.

Finalmente, cabe mencionar como antecedente directo de la experiencia regulatoria peruana en esta materia, al modelo español, el cual, bajo las premisas antes descritas, ha consagrado un sistema de OPA obligatoria mediante la promulgación de la Ley del Mercado de Valores del 28 de julio de 1988 yel Real Decreto 1197/1991 .

b. Modelo de OPA voluntaria

El modelo de OPA voluntaria de los Estados Unidos responde al sistema implantado por el Williams Act de 1968, la que constituye la normativa federal de OPAs en dicho país. Este sistema se estructura bajo la premisa clave de que no existe obligación alguna de los particulares de formular una OPA para adquirir participaciones significativas del capital de sociedades cotizadas o para efectuar

adquisiciones de control que conlleven el pago de una prima a los tenedores de las participaciones significativas.

En efecto, el modelo voluntario se ha estructurado bajo la estricta separación de las tomas de control realizadas a través de una OPA y de las operaciones realizadas bajo procedimientos distintos, tales como adquisiciones sucesivas en bolsa o venta directa de participaciones significativas. De esta manera, "quien pretenda adquirir el control de una sociedad a través de una OPA deberá cumplir, con anterioridad a su formulación, con estrictos deberes de revelación de información con la finalidad de que los destinatarios de la oferta puedan adoptar una decisión pausada, reflexiva y libre de presiones externas por parte del oferente.

A diferencia del modelo obligatorio, la premisa de la igualdad de trato de los accionistas en las operaciones de cambio de control, subyacente en dicho sistema, no fue recogida por el legislador norteamericano. En el sistema norteamericano, solo se busca evitar que los accionistas a quienes se les ha formulado una OPA, decidan sobre sus valores bajo un marco de presión que pueda forzarles a tomar decisiones precipitadas y desinformadas(19). De esta forma, solo habrá igualdad de trato dentro del procedimiento mismo de la OPA.

III. LA RACIONALIDAD DEL MODELO DE OPA OBLIGATORIA EN EL PERÚ

Los artículos 68 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 4, 5 Y 6 del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores de Exclusión, aprobado por Resolución CONASEV NQ 630-197 -EF/ 94.10 (en adelante, el "Reglamento de OPA"), establecen que es obligatorio formular una OPA cuando se pretenda adquirir o alcanzar el 25% o más del capital social de una sociedad listada en bolsa, a través de un solo acto o mediante una adquisición sucesiva que permita alcanzar o incrementar al menos dicho porcentaje, en un período de doce meses.

Se sigue, entonces, que tanto la obtención de una participación accionaria significativa a través de simples compras vía bolsa de valores (adquisiciones sucesivas), como las compras negociadas de paquetes accionarios determinados en una persona o grupo determinado, por definición quedan excluidas cuando lleven al adquirente a superar cualquiera de los umbrales a los que el legislador conecta la obligación de formular la OPA. Básicamente, pues, el régimen de la OPA obligatoria prohíbe la transmisión de participaciones significativas de control, ya que sus titulares no podrán transferirlas mediante negociaciones privadas, sino que se encuentran legalmente obligados a concurrir con sus acciones, en plano de igualdad con el resto de los accionistas, a la oferta pública que necesariamente deberá ser formulada por el potencial adquirente. No existe posibilidad alguna de valerse de cualquier otro procedimiento o mecanismo alternativo de adquisición, basados en criterios de simple oportunidad o conveniencia económica por la ineludible necesidad de proceder a través de una oferta pública que, por su propia naturaleza, ha de dirigirse al conjunto de los accionistas y bajo iguales condiciones.

¿Qué puede haber motivado a nuestro legislador a establecer que la adquisición de una participación significativa de acciones de una sociedad que cotiza en bolsa, obligatoriamente, debe realizarse a través de una OPA? De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento de la OPA, la obligatoriedad de la OPA pretende: (i) que todos los accionistas o titulares de acciones con derecho a voto (o de valores susceptibles de degenerar derecho a voto) reciban un tratamiento equivalente en caso de adquisición o incrementos de participación significativa en sociedades con acciones con derecho de voto inscritas en rueda de bolsa, y en el pago de la prima que con tal motivo se les ofrezca; y, (ii) asegurar la divulgación de información necesaria para que los destinatarios de la oferta puedan formular un juicio fundado respecto de la conveniencia o no de transferir sus valores.

Es claro entonces que en el Perú, la protección de los accionistas minoritarios es la premisa clave que ha determinado que el legislador establezca como obligatoria la OPA para el caso de transferencias de participaciones accionarias significativas. De esta forma, la imposición de la OPA protegería al accionista minoritario mediante el adecuado reparto de la prima de control ya través del reflejo de adecuados niveles de información respecto de la adquisición de la participación accionaria significativa. De esta manera, implícitamente el legislador ha acogido que:

(a) Los accionistas minoritarios deben participar en la prima de control en la misma proporción que los accionistas mayoritarios. Este enfoque parte de la premisa de que la prima de control es generada por la sociedad y no por unos cuantos accionistas, por lo que, corresponde a todos los accionistas a prorrata de su participación accionaria.

(b) Se debe garantizar la transparencia e integridad del mercado de valores. La OPA responde a la necesidad de garantizar la existencia de información suficiente, para que los inversionistas tomen decisiones adecuadamente informados. Esto determina que la sociedad adquirente tenga que revelar aspectos relevantes para la transacción, como por ejemplo la finalidad por la que efectúa la adquisición⁽²⁰⁾, aspecto que puede resultar vital para que los accionistas tomen la decisión de vender o conservar sus paquetes accionarios.

Note el lector cómo la adopción de un régimen obligatorio de OPAs garantiza que los accionistas minoritarios se beneficien con la prima de control ofrecida para concretar la operación. En esencia, el fundamento del modelo obligatorio radica en que la prima de control no es generada por los accionistas que detentan el control sino por la sociedad y, por tanto, debe ser repartida entre todos los accionistas. Si no existiera la obligación de formular una OPA, se estaría permitiendo que los accionistas con el control eventualmente se apropien de un bien que también corresponde a los accionistas minoritarios.

Detrás de esta opción, entonces, existe un concepto de "justicia" que el ordenamiento debe privilegiar con la finalidad de proteger al accionista minoritario. En este orden de ideas, el objetivo final que justifica esta opción, radica en implementar un sistema de protección de los derechos de los accionistas minoritarios dirigido a otorgarles liquidez a sus participaciones accionarias al momento de formularse la OPA, debido a la caída que experimenta la cotización de las acciones de la empresa luego de producida ésta; es decir, se busca implementar un sistema dirigido a otorgarles un mecanismo seguro para su salida

de la sociedad objetivo de la adquisición, asegurando la posibilidad de compra de sus acciones, dotándolas de liquidez.

Finalmente, es importante resaltar un aspecto adicional que sustentará la opción regulatoria adoptada por el legislador: como consecuencia de los niveles de protección expuestos -el reparto de la prima de control y la existencia de adecuados niveles de información-, siempre sobre la premisa de la protección al accionista minoritario frente al potencial abuso de los accionistas controladores, se incentivaría el desarrollo de un mercado de capitales más grande y eficiente.

Se sigue entonces, que el objetivo final de la obligatoriedad de las OPAs está en desarrollar un mercado de capitales más eficiente en dos sentidos: (i) en relación a la necesaria disponibilidad de información respecto de la adquisición, al ser ésta una oferta dirigida a todos los accionistas a través del mercado de valores; y, (ii) en el sentido de que la obligatoriedad de las OPAs fomente la inversión en el mercado de capitales y, como consecuencia de ello, la dispersión del accionariado, ya que los inversionistas tendrán conocimiento de que las participaciones accionarias que adquieran gozarán de liquidez al momento de producirse la adquisición, incentivándose la adquisición de acciones y el desarrollo del mercado de capitales.

Esta última idea parece haber tenido consenso a nivel latinoamericano y en una buena parte del mundo. Así, de acuerdo con CLARKE(21), Presidente de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, el impacto de la regulación de la OPA se traduciría en la generación de eficiencia y liquidez en los mercados de capitales, así como en la dispersión del control en el mercado.

VI. LA EJECUCIÓN DEL MODELO OBLIGATORIO EN EL PERÚ

1. La equivocada percepción teórica del legislador en torno a la OPA

Como ha podido apreciarse en la sección precedente, el propósito de nuestro legislador al imponer un régimen obligatorio de OPA ha sido proteger al accionista minoritario frente a un potencial abuso por parte de los accionistas mayoritarios. De esta manera, motivado solo por sus buenas intenciones, nuestro legislador optó por proteger al accionista minoritario restringiendo las transferencias de participaciones accionarias significativas al procedimiento de la OPA previsto en nuestra Ley del Mercado de Valores, sin considerar para efectos de su análisis la concentración del accionariado imperante en nuestro mercado, así como otras premisas de gran importancia.

a. La OPA es esencialmente un mecanismo de fiscalización

Al parecer nuestro legislador no ha notado que, esencialmente, la OPA es un mecanismo de fiscalización externa que solo tiene sentido en una situación en la que efectivamente existe separación de la gestión y la propiedad de una empresa. De esta manera, en su análisis regulatorio parece no haber considerado que la OPA es un mecanismo disciplinario para los directivos de una empresa por parte de las firmas competidoras.

Como ha sido señalado anteriormente, se trata de un medio adicional de fiscalización que beneficia a todos los accionistas cuando la gestión de la firma

está en manos de sus administradores y directivos. La OPA constituye un correctivo mediante el cual la plana directiva de un competidor identifica una sociedad objetivo mal administrada, pero con potencial económico, y ofrece a los accionistas comprarla a un precio generalmente mayor que el reflejado en la cotización de sus acciones en bolsa, mediante el pago de una prima de control. Se trata, pues, de un mecanismo que pretende incentivar la mejor administración de las sociedades por sus directivos.

Nótese, sin embargo, que se trata de un mecanismo de fiscalización que responde al contexto propio de la separación de la gestión y la propiedad de la empresa -la que, a su vez, solo se materializa cuando el accionariado de ésta se encuentra difundido en el mercado-, situación en la cual el accionista se desvincula de la administración y deja ésta en manos de una plana de administradores profesionales, tanto a nivel de la plana ejecutiva como del directorio.

De lo anterior se desprende que la OPA solo constituirá un verdadero mecanismo de fiscalización externa cuando exista dispersión del accionariado. En efecto, en un contexto como tal, la OPA surge como un mecanismo de control ejecutado por terceras empresas sobre los administradores, que busca cubrir la carencia de monitoreo por parte de los accionistas, quienes a pesar de ser propietarios de la empresa, no tienen manera efectiva de controlar a los administradores por sí mismos. La dispersión del accionariado ha distribuido el control en una gran cantidad de accionistas, a tal punto que para monitorear a la plana administradora deben incurrir en costos de transacción tan altos que hacen imposible una fiscalización efectiva.

En un mercado con accionariado concentrado, sin embargo, la carencia de monitoreo es un supuesto cuya verificación puede ser finalmente imposible. En primer lugar, habría que notar que al no verificarse la separación de la gestión y la propiedad, el accionista controlador -típicamente un grupo familiar-, está en capacidad de designar a la mayoría de los miembros del directorio y principales ejecutivos de la empresa. En este sentido, probablemente se designe a sí mismo como director y/o ejecutivo o a individuos vinculados a su propio entorno o a cualquier tercero. La línea de fondo es que, en cualquier supuesto, siempre ejercerá un control palpable y efectivo sobre la administración.

De lo anterior se desprende una primera interrogante: en un contexto en el que impera la concentración del accionariado, ¿cómo puede la OPA constituir un mecanismo de fiscalización externa? Aparentemente, y esto es altamente especulativo, nuestro legislador habría considerado que la OPA es la respuesta ideal para el problema implícito planteado por los mercados accionarios concentrados: el conflicto que surge entre el accionista mayoritario y el minoritario. De esta manera, si bien la OPA no es requerida por el mayoritario al tener éste un control efectivo sobre la administración de la sociedad, el accionista minoritario sí requeriría de la protección de dicha institución frente al accionista mayoritario quien administra la empresa.

¿Es esa la mejor forma de protección del accionista minoritario? ¿Es esa la forma de resolver el conflicto entre los minoritarios y mayoritarios? Aparentemente nuestro legislador ha confundido conceptos y propósitos. A nuestro entender, la evidencia teórica indica hasta ahora, en una primera y genérica aproximación, que en los mercados concentrados la OPA no sería requerida como mecanismo obligatorio de fiscalización externa. Sobre este punto, sin embargo, volveremos a pronunciamos con mayor detalle más adelante.

b. La OPA no constituye un incentivo para la inversión

Siguiendo la tesis de nuestro legislador, una de las formas mediante las cuales la OPA obligatoria protege a los accionistas minoritarios en mercados de accionariado concentrado, es la creación de liquidez para salir de la sociedad cotizada -vía venta de las acciones- al producirse la adquisición. Ello -se dice-, genera un incentivo directo para una mayor inversión en bolsa por parte de los particulares, puesto que los potenciales accionistas minoritarios tendrán un mecanismo de protección en las tomas de control. Por tanto, de acuerdo i con nuestro legislador, el modelo de OPA obligatoria incentiva el crecimiento del mercado de capitales y del mercado de control.

La premisa anterior, sin embargo, obedece a una percepción equivocada. " Ello se ve claramente reforzado por las razones económicas que sustentan la inversión bursátil. Así, cuando un inversionista adquiere acciones cotizadas lo hace tras haber pasado por un proceso económico de decisión que normalmente se basa en un criterio de diversificación de riesgos y, en consecuencia, de fragmentación de la inversión en una diversidad de valores -representativos de deuda o de capital- emitidos por distintos emisores en uno o más mercados de valores. De esta manera, el interés prioritario de los propios accionistas consiste en obtener del marco regulatorio, condiciones suficientes para garantizar las posibilidades de funcionamiento ágil y eficiente del mercado de valores con la finalidad de que éste permita acrecentar sus expectativas de rentabilidad -sobre la base de las decisiones de los propios privados-, tratando de-evitar las rigideces y obstáculos que puedan comprometer la plena operatividad de éste(22). No se trata, entonces, de que los accionistas minoritarios invierten por el hecho de que el ordenamiento consagra en su favor una prima de control, la cual pueden perder en cualquiera de sus diversas inversiones.

c. La prima de control no se origina en función de un criterio de justicia

Como se desprende de los planteamientos que justifican la racionalidad de la OPA obligatoria, la premisa básica de dicho modelo subyace en que la prima de control es generada por la sociedad y, consecuentemente, todos los accionistas de ésta tienen derecho a acceder a la prima pagada por el adquirente. Dicha percepción responde a un ideal generalizado de "justicia", el cual debe de primar en las distintas formas en que se realicen los cambios de control en las sociedades cotizadas, evitando la exclusión de los demás accionistas de la prima de control

pagada a los mayoritarios(23). Este ideal de "justicia. es el que se impone a cualquier criterio de racionalidad económica.

Lo anterior es objetado por EASTERBROOK y FISCHHELL, para quienes la prima de control corresponde al accionista controlador, de modo que mal podría obligársele a compartirla. Ello solo generaría una asignación deficiente de recursos(24).

En efecto, aparentemente nuestro legislador no se ha percatado de que el modelo de la OPA obligatoria determina la creación de beneficios económicos injustificados en favor del accionista minoritario. Se trata de externalidades positivas creadas por el ordenamiento y cuyo costo es asumido por el adquirente -si realiza la adquisición-, por los accionistas con el control -si no se realiza la adquisición- e, inclusive, por el propio accionista minoritario -al no beneficiarse con ningún cambio en los resultados obtenidos de la empresa, al no producirse la adquisición-.

Dicha concepción de justicia, encarece la adquisición de empresas al imponer legalmente una OPA para una transacción que bien pudo realizarse mediante oferta privada -en la medida que la concentración del accionariado permite identificar a quien detenta el control-; se trata de una clara imposición de barreras para la contratación y la asignación de recursos a sus usos de mayor valor. En este orden de ideas, los esfuerzos legislativos por incrementar la retribución percibida por los accionistas minoritarios de las sociedades sometidas a procesos de adquisición benefician a éstos, en la misma medida que perjudican a los potenciales adquirentes, quienes tienen que internalizar un mayor costo en los procesos de toma de control de cualquier otra sociedad cotizada debido a esta medida proteccionista. Ello termina perjudicando tanto al accionista mayoritario como al minoritario, pues finalmente no se produce adquisición alguna.

2. Efectos del modelo obligatorio

La adopción de un régimen de la OPA obligatoria -sumado a otros factores- es un elemento condicionante de la operatividad del mercado de control. Ello, en la medida que la regulación de las OPAs no es indiferente en términos económicos sino que condiciona por completo las formas de adquisición y de transmisión de participaciones accionarias significativas y, con ello, las posibilidades operativas y de desarrollo del propio mercado de control(25). De esta manera, el régimen de la OPA obligatoria puede encarecer el mercado de control generando costos de transacción entre las partes y generando costos administrativos.

a. La generación de costos de transacción Nuestro ordenamiento ha adoptado un régimen de OPA que va más allá de la simple regulación formal y procedimental de las operaciones de toma de control, que opera generando efectos económicos neutrales sin costos significativos y en beneficio de todas las partes intervinientes. Lejos de ello, el régimen obligatorio tiene efectos negativos en términos económicos y restringe radicalmente las operaciones de adquisición y de transmisión del control de las sociedades cotizadas.

Un régimen de OPA obligatoria hace más costosas las transacciones de cambio de control, limitando el intercambio de recursos y generando una situación ineficiente en términos económicos. Dichos costos se evidencian en la contratación de abogados, bancos de inversión, auditores, etc., así como en el alto costo de oportunidad en que incurre el mismo personal de la empresa(26).

Incurrir en dichos costos no es del todo malo. La ganancia que el adquirente planea obtener puede superar largamente tales costos, lo cual, sumado al hecho de que el control se encuentra disperso en el mercado, justifica ampliamente la formulación de la OPA. Existe, pues, un margen de rentabilidad para el adquirente a pesar de lo oneroso que puede resultar llevar a cabo la transacción.

Sin embargo, cabe preguntarse qué sentido tiene contratar bajo un esquema tan oneroso si es que el control está en manos de un grupo accionario identificado. ¿Por qué razón el adquirente no puede hacer una operación de transferencia privada o adquirir la empresa mediante adquisiciones sucesivas de participaciones accionarias? La justificación es la misma de siempre: la protección de los accionistas minoritarios frente a los mayoritarios, a través de la participación de aquéllos en la prima de control que ha generado la sociedad.

Lejos de proteger los intereses de los accionistas minoritarios, en contextos en los que impera el accionariado concentrado, el régimen obligatorio de OPAs perjudica el funcionamiento del mercado de control, ya de por sí inactivo, -en la medida que desincentiva adquisiciones-, sino que atenta contra los intereses de los propios accionistas quienes son los más interesados en un mayor dinamismo y operatividad en dicho mercado -hasta donde las propias limitaciones del mercado concentrado lo permitan-.

En efecto, como fue señalado anteriormente, la OPA no responde a una lógica de reparto de la prima de control, sino que constituye un medio de fiscalización externa con el que cuentan los accionistas de la sociedad objetivo frente a una mala gestión en la administración de la empresa por parte de sus administradores. En este sentido, la OPA y en general la adquisición de empresas, posibilitan una mejor gestión y administración de éstas.

La OPA como medio fiscalizador, sin embargo, se origina en una situación en que la dispersión del accionariado determina la existencia de un régimen de separación de la gestión y de la propiedad de la empresa. Es de suponer, si en un mercado concentrado se obliga a que la adquisición de sociedades cotizadas se concrete siempre a través del costoso sistema de la OPA, se originaría un mercado de control caracterizado por: (i) operaciones de adquisición innecesariamente onerosas; y, (ii) operaciones de adquisición que nunca llegarían a concretarse al arrojar costos prohibitivos.

La consecuencia inmediata es la ineficiencia. En efecto, el primer síntoma de ésta se traduce en una clara reducción de las operaciones de adquisición. Ello, a su vez, determinaría que el accionista minoritario no pueda tener la oportunidad de incrementar sus ganancias en el mediano y/o largo plazo, mediante una gestión

más productiva por parte de otro grupo controlador, evitando la asignación del negocio a sus usos de mayor valor. Queda claro, entonces, que todos los accionistas de la sociedad objetivo terminan perdiendo de uno u otro modo, debido a los costos impuestos por el modelo de la OPA obligatoria.

b. El problema del costo administrativo

El régimen de la OPA obligatoria adoptado por nuestro legislador, genera un costo administrativo elevado. En efecto los escasos recursos del Estado -en nuestro caso, un Estado del Tercer Mundo-, deberán ser obligatoriamente asignados a los diversos aspectos relativos a la completa y exitosa ejecución de dicho régimen. De esta forma, para asegurar la protección del accionista minoritario a través de la OPA obligatoria, el Estado tendrá que intervenir necesariamente destinando recursos para tal exclusivo propósito, generando además un notorio costo de oportunidad: gran parte de la inversión destinada en niveles de prevención, monitoreo y ejecución del régimen obligatorio bien pudo ser destinada a usos alternativos de mayor valor que generen, a su vez, un mayor beneficio al mercado en general. Se trataría, en suma, de un sistemático desperdicio de recursos, cuando el problema de la transferencia bien pudo ser resuelto por los particulares al existir bajos costos de transacción.

La primera manifestación del desperdicio de recursos en que incurrirá la administración con tal de ejecutar el sistema de OPA obligatoria, se deriva de la propia esencia de dicho régimen. Al ser un sistema absoluto, pretende abarcar toda transferencia de participaciones significativas de control, tanto así que el propio régimen tiene que regular en negativo, es decir, estableciendo los supuestos en que se estará exceptuado de formular una OPA (27) y recurriendo, inclusive, a cláusulas abiertas que permitan dotar de discrecionalidad al regulador o a la autoridad estatal competente para establecer supuestos de excepción que no contravengan la racionalidad del régimen obligatorio(28).

Históricamente, sobre todo cuando la coyuntura no corresponde a un modelo regulatorio determinado, los cuerpos legales de carácter absoluto han fracasado en su intención de incorporar la totalidad de supuestos originalmente pretendidos por el legislador o regulador. De esta forma el Estado ha tenido que intervenir gradualmente para llenar los vacíos dejados por el ordenamiento que han sido aprovechados por los particulares para evadir disposiciones obligatorias, por no estar contempladas expresamente en el texto del cuerpo normativo. El régimen obligatorio de OPA creado en la Ley del Mercado de Valores y en el Reglamento de OPA no es la excepción. Desde 1997, año en que se publica el texto original del Reglamento de OPA, CONASEV ha ampliado el alcance de dicha norma buscando cubrir diversos vacíos de ésta que permitían la adquisición del control de sociedades cotizadas en bolsa sin necesidad de formular una OPA.

Un claro ejemplo de esto último es el caso de las adquisiciones indirectas, donde el control de una holding que gobierna una sociedad listada en bolsa de valores será transferido a un tercero vía una adquisición directa o mediante algún

esquema de reorganización societaria(29). Originalmente, el Reglamento de OPA había previsto que en los supuestos de adquisiciones indirectas regía la regla de la "razón determinante" que motivaba la adquisición y que solo se estaría obligado a formular una OPA en el supuesto de que la adquisición de la hOlding hubiere tenido por verdadero propósito adquirir el control de la sociedad listada en bolsa de valores (art. 32 del Reglamento de OPA). Dicha regla era, sin lugar a dudas, de fácil evasión para quienes no querían formular una OPA al tomar el control de una sociedad listada, razón por la cual se optó por eliminar dicha regla y establecer que toda adquisición indirecta conllevaba la obligación de formular una OPA [Literal a) del arto 31 del Reglamento de OPA, modificado por la Resolución CONASEV N° 088-2000-EF/94.1 O].

Algo similar sucedió con las adquisiciones de control realizadas por personas que formaban parte de un grupo económico, donde no existía una obligación específica que conlleva la realización de una OPA. Pese a que se aludía a la situación particular del grupo económico para efectos del cómputo de las participaciones significativas materia de transferencia (art. 5 del Reglamento de OPA), no se establecía una obligación específica en tal sentido, lo que podría facilitar la evasión de tal norma por parte de los particulares. Ello determinó finalmente que la eONASEV creara una obligación específica que obligue a la formulación de una OPA de verificarse tal supuesto (art. 4 del Reglamento de OPA, modificado por la Resolución CONASEV N° 088-2000-EF/94.1 O).

El Reglamento de OPA también dejó de lado los casos de adquisición de control, a través de la actuación concertada de dos o más personas, aun cuando no formasen parte de un grupo económico. De esta forma, el ordenamiento no impedía que dos o más personas se pusiesen de acuerdo para efectos de adquirir, casi simultáneamente o en períodos aproximados de tiempo, participaciones que individualmente no representaban una participación significativa pero que en conjunto representaban una transferencia de control. De esta manera, la eONASEV se encargó nuevamente del problema, creando la obligación de formular una OPA cuando se adquiriera el control de manera concertada (art. 4 del Reglamento de OPA, modificado por la Resolución CONASEV N° 088-2000-EF/94.1 O).

La autoridad administrativa debe estar muy segura de haber resuelto los problemas de evasión. Sin embargo, la presencia de accionariado concentrado mantiene latente la posibilidad de evasión de las OPAs por los particulares en tanto éstos tienen el incentivo de buscar una salida menos costosa al haber identificado al accionista controlador de la sociedad. Los particulares siempre estarán en búsqueda de soluciones evasoras que no conlleven la necesidad de formular una OPA.

Un ejemplo de evasión -aunque no de un nuevo tipo de evasión-, se deriva del caso Backus & Johnston, donde aparentemente los grupos Bavaria y Cisneros habrían adquirido concertadamente una participación accionaria significativa de dicha empresa, según los términos de la denuncia formulada ante la CONASEV,

por parte del Grupo Polar en su calidad de accionista minoritario de Backus & Johnston. Aun cuando parecen existir claros indicios que llevarían a la conclusión de que los grupos Bavaria y Cisneros adquirieron concertadamente un paquete accionario significativo y que, por lo tanto, estuvieron en la obligación de formular una OPA, ante una potencial infracción al ordenamiento legal, la CONASEV ha debido intervenir monitoreando la actuación de los particulares para verificar si se ha producido dicha infracción, para lo cual ha destinado y seguirá destinando, por un largo lapso de tiempo, recursos monetarios y humanos con la finalidad de llevar a cabo la investigación que determine si es que existió o no actuación concertada por parte de los grupos empresariales antes mencionados(30).

Sin embargo ¿no hubiera sido todo más sencillo si no hubiera existido obligación de formular una OPA? ¿No hubieran Bavaria y Cisneros adquirido válidamente sus respectivas participaciones, sin que la CONASEV haya tenido que invertir tiempo y recursos en establecer si se infringió la obligación de efectuar una OPA? ¿No se estaría evitando generar un alto costo de oportunidad destinando dichos recursos a solucionar problemas de mayor gravedad que deben ser resueltos por dicha entidad? Esas son interrogantes que, honestamente, creemos que el legislador no se ha formulado anteriormente.

El costo sin embargo no queda allí. Los únicos costos en los que incurrirá el aparato administrativo no son los relativos a establecer quiénes y en qué supuestos se encuentran obligados a formular una OPA. Existe un notorio y complicado problema de sistemática regulatoria. Al tratarse de un régimen obligatorio y no voluntario, todas las adquisiciones de participaciones significativas de sociedades listadas en bolsa, en teoría deberán realizarse mediante una OPA. De esta forma habrá que realizar ajustes en el sistema que permitan que el régimen funcione sin incurrir en contradicciones y será necesario precisar situaciones excepcionales en donde no exista la obligación de efectuar una OPA -aunque siempre subsistirá la duda respecto de la existencia de otras situaciones que también merezcan ser exceptuadas-. Del mismo modo, deberán establecerse supuestos en los que serán necesario fijar consecuencias diferentes que no conlleven la típica sanción administrativa y la inmediata formulación de una OPA, sino por ejemplo, donde se otorgue la opción de formular OPA o una salida diferente, como sucede por ejemplo en el caso de las adquisiciones involuntarias [literal c) del artículo 31 del Reglamento de OPA, modificado por la Resolución CONASEV NQ 088-2000-EF/94.10].

Típicamente un sistema absoluto como el régimen de... ia tratará de ajustar todos los detalles que posibiliten, al rfeos enteorí~ plena eficacia del sistema. Sin embargo, la propia naturaleza-a,qsoluta égimen determina la existencia de una innumerable gama de detár ' '. . isiciones que no pueden ser resueltos ex-ante por el regulador, tienen o que ser resueltos ex-posten un procedimiento administrativo concreto por el órgano sancionador. Que no quede duda: la administración puede resolver las deficiencias de la regulación a través de los casos concretos. Ningún texto legal es absolutamente completo; siempre existirán vacíos legales que deberán ser precisados a través de la resolución de casos concretos.

La pregunta en este punto, sin embargo, es si el régimen elegido por el legislador era efectivamente el más adecuado, dadas las circunstancias del mercado peruano. Si bien es cierto que cualquier régimen legal es susceptible de presentar vacíos legales, es necesario considerar que el de la OPA obligatoria, en una coyuntura como la peruana, es capaz de generar demasiados vacíos legales, hasta el punto de tornar al propio sistema en impredecible y arbitrario. Una rápida y preliminar comparación entre el régimen de la OPA con el de la OPA voluntaria, permite establecer con claridad que este último descarta automáticamente la regulación excesiva y detallada a la que tiende el régimen de OPA obligatoria por cuanto aquel sistema no tiene círculo alguno que cerrar, ni adquisiciones involuntarias que diferenciar, ni excepciones que establecer; en suma no tiene obligación alguna que hacer ejecutar a los particulares, ni incentivo de evasión alguno que enfrentar por parte de éstos.

De esta manera, identificado el accionista controlador no habrá necesidad de hacer OPA para adquirir el control de una empresa y, consecuentemente, habrá menor necesidad de que el regulador destine recursos para prevenir normativamente, evasiones al régimen. Sin duda habrá vacíos legales pero, por definición, no serán tantos como los producidos naturalmente por el régimen obligatorio. El sistema es mucho más fácil de ejecutar y, consecuentemente, el costo administrativo por concepto de previsión, monitoreo y ejecución en el plano normativo sería mucho menor.

Lo anterior ilustra claramente que, en un mercado como el peruano, el régimen de OPA obligatoria es el tipo de sistema cuya plena aplicación es excesivamente costosa, en tanto siempre demandará la intervención estatal para incorporar precisiones en casos concretos y/o regular expresamente nuevos supuestos dentro del ordenamiento legal. Pero eso no es todo. Lo que genera verdadero escándalo es que, aun cuando la evidencia indica que los costos de previsión y oportunidad derivados de dicho régimen son excesivamente altos, no existe elemento alguno que justifique racionalmente su existencia. Se trata por tanto de un régimen manifiestamente ineficiente.

3. Impacto del modelo obligatorio en el mercado de control peruano

El modelo de la OPA obligatoria se desenvuelve dentro de un marco cuya principal limitación está constituida por el grado de desarrollo de nuestro mercado de capitales. Ello se desprende del reducido número de empresas que cotizan en bolsa en nuestro medio, lo cual, a su vez, constituye la principal limitación para un verdadero desarrollo del mercado de control, toda vez que, de por sí, al haber menos empresas listadas en bolsa, habrá menores posibilidades de tomas de control entre empresas y, consiguientemente, menor cantidad de OPAs.

Al margen de la limitación impuesta por el tamaño de nuestro mercado de valores -cuyo crecimiento debiera ser necesariamente incentivado-, una adecuada regulación del mercado de control debería tomar en consideración dos aspectos fundamentales:

(a) La notoria concentración del accionariado existente en el mercado de capitales peruano, lo cual se traduce en que el control de las sociedades cotizadas está en manos de uno o algunos grupos de accionistas -generalmente grupos familiares-;

y

(b) Como consecuencia de lo anterior, la ausencia de separación de la gestión y propiedad en las sociedades cotizadas, lo que conlleva que el accionista o los accionistas con el control sean quienes efectivamente administren la empresa.

Nuestro legislador parece no haber considerado estas premisas al momento de adoptar el modelo de OPA obligatoria. En efecto, la obligatoriedad se presenta en un contexto en el que no existe separación de la gestión y propiedad de la empresa y donde el control de ésta se encuentra en grupos accionarios claramente identificados, típicamente grandes grupos familiaré,§:

En un mercado concentrado, un accionista o un grupo de ellos consolida una participación accionaria que les otorga el control de la sociedad y, simultáneamente, administra los recursos de ésta con la finalidad de hacer rentable su inversión. En una situación como tal, no se necesita mecanismo de defensa alguno frente a la mala gestión de los directores, puesto que son los propios accionistas, o personas directamente monitoreadas por éstos, quienes administran la sociedad. Se trata de un típico Insider System- como podrá apreciarse en la parte final de este trabajo-, en el que la propiedad del accionaria riada supone un régimen de transferencia distinto, en función de un modo de organización también distinto.

En un contexto en el que el accionariado está concentrado en manos de un grupo de accionistas, las operaciones de toma de control presuponen, de modo general, la transferencia de participaciones accionarias previamente consolidadas y la consiguiente sustitución del accionista titular de dicha participación por el adquirente(31). Concretada la transacción, el adquirente procederá a designar como miembros de la plana administradora de la empresa a personas vinculadas directamente a él o a terceros sobre los que ejercerá un control meridianamente eficaz. El conflicto de intereses con el accionista minoritario, sin embargo, subsiste.

Ello determina que, en mercados concentrados, la OPA carezca de la función fiscalizadora que ejerce en los sistemas con accionariado difuso. La OPA no resuelve ni tiene como resolver el problema entre los accionistas mayoritarios y minoritarios. A diferencia de lo que sucede en mercados de control activos, la OPA no genera ningún efecto sobre el accionista controlador que viene gestionando mal la sociedad a través de los directivos eficazmente controlados por éste. El mercado de control tiene un alcance mediatizado en un mercado concentrado como el peruano, donde el único beneficio que podría percibir el accionista minoritario es el ingreso de un accionista mayoritario interesado en gestionar la empresa y maximizar su ganancia. Si bien el problema entre el accionista controlador y los minoritarios subsiste, ello es algo que no puede de ninguna manera ser resuelto por la OPA en un mercado concentrado, sino por mecanismos internos de monitoreo y fiscalización como podrá apreciarse más adelante.

La función fiscalizadora de la OPA en un mercado, semi.de a partir de las adquisiciones hostiles que se producen en éste. En el caso peruano, la OPA no cumple rol fiscalizador alguno, hasta el punto que, desde el año 1997, solo se ha producido una OPA hostil en nuestro medio: la de Milpo S.AA sobre Atacocha SAA., durante el año 2001. No resulta curioso el hecho de que la plana directiva de Atacocha S.A.A. haya considerado, en un momento determinado, impugnar la OPA ante la CONASEV por "no haber sido negociada con ellos" previamente. Ello

porque la cultura corporativa peruana ha internalizado la transferencia de acciones listadas en bolsa mediante OPAs, con la negociación previa con un grupo de control definido -aunque en este caso no la haya habido porque, de lo contrario, la OPA no hubiera podido realizarse-, lo cual es sin duda atípico e impensable en otras naciones, donde la adquisición hostil denota mercados de control sumamente activos. No estamos hablando, pues, de un mecanismo natural de transferencia en modo alguno -lo que sí puede decirse de los mercados de control anglosajones-. ¿Qué sentido tiene entonces un régimen obligatorio de OPA que no cumple una función de fiscalización externa? Otra interrogante dejada de lado por nuestro legislador.

El análisis efectuado en los párrafos precedentes permite concluir que el sistema obligatorio es sin duda inapropiado para un contexto caracterizado por el accionariado concentrado. De esta forma, la transferencia de las acciones de propiedad del accionista controlador a un nuevo adquirente no vulnera para nada la posición e intereses de los accionistas minoritarios, ya que la estructura del accionariado no sufre modificación radical alguna, manteniéndose el mismo nivel de concentración.

No obstante lo anterior, nuestro legislador ha adoptado un régimen de transmisión de participaciones de control consolidadas que dificulta gravemente la sustitución efectiva del grupo controlador de la empresa, limitándose la posibilidad de que el accionista minoritario se beneficie con una mejor administración de la sociedad por parte de otro grupo controlador.

La imposibilidad de transferir en bloque la participación accionaria del accionista controlador bajo condiciones libremente negociadas en un esquema de oferta privada, determina que éste acepte salir de la sociedad en caso que la OPA se formule por la totalidad del capital social, al ser éste el único mecanismo que le permite deshacerse de la totalidad de sus acciones. Ello, en la medida que nuestro ordenamiento consagra el mecanismo de la OPA parcial y el implícito mecanismo de "prorratio" que conlleva dicho sistema. Esto último representa un gasto adicional al mismo costo de efectuar una OPA, lo que se traduce en un desincentivo adicional para adquirir la empresa.

Los principales perjudicados son los propios accionistas controladores, quienes no podrán transmitir libremente sus acciones -ya que los potenciales adquirentes incurrirían en costos demasiado elevados para adquirir la empresa-, teniendo así que permanecer en la sociedad contra su voluntad. En consecuencia, el sistema de OPA obligatoria puede finalmente terminar desincentivando la salida a bolsa de numerosas empresas, por el lógico temor de los accionistas mayoritarios de no poder transferir sus participaciones accionarias en el futuro debido a que cotizan en bolsa y se sujetan a un sistema inflexible de transferencia de propiedad³²).

Por otra parte, es claro que este sistema también afecta a los propios accionistas minoritarios y al sistema económico en general, toda vez que la iliquidez que el marco legal origina a los bloques accionarios de control, determina la reducción de las adquisiciones y, consecuentemente, la no renovación de la gestión de la empresa y la administración deficiente de sus recursos, por el mismo accionista controlador. Así, pues, la rentabilidad que los accionistas minoritarios buscan percibir a través de sus participaciones accionarias, no puede ser mejorada o alcanzada debido a los costos prohibitivos de este sistema.

De lo anterior puede concluirse que el sistema imperativo de las OPAs (IO . ~~ mejora la posición de los accionistas minoritarios en las sociedades cotiza~1 sino que puede conllevar la inactividad del mercado de control, al impedir una l fluida transferencia de las participaciones de control, perjudicando de esta j manera los intereses de los propios accionistas minoritarios, que son a quie nes dicho sistema precisamente busca proteger.

4. La regulación de la OPA en un mercado con accionariado concentrado

La premisa base que el legislador debió analizar para efectos de establecer el carácter voluntario u obligatorio de la OPA, es el hecho de que el mercado de capitales peruano se caracteriza por presentar un accionariado claramente concentrado y ser bastante pequeño, no existiendo por tanto separación en la gestión y la propiedad de las sociedades cotizadas. No obstante ello, nuestro legislador copió el modelo de OPA obligatoria adoptado por el ordenamiento legal español al regular dicho instituto.

La regulación de la OPA parece haber seguido la suerte de gran parte de la legislación nacional. El legislador copió la regulación española sin analizar a fondo el contexto en el que esta institución operaba y, sin duda, no reparó en que la normativa española que establecía la obligatoriedad de las OPAs se había inspirado, a su vez, en el ordenamiento francés y que la regulación francesa, que también consagraba la obligatoriedad de la OPA, se había inspirado en el modelo británico. La OPA fue regulada en el Perú por mimetismo, excluyéndose, por tanto, cualquier posible análisis de coyuntura.

Consecuentemente, el legislador no reparó que si bien en el modelo británico las OPAs son obligatorias y se realizan por el total del accionariado, existen importantes características de coyuntura que deben ser tomadas en consideración antes de copiar un sistema de tal naturaleza. De esta forma, el City Code on Takeovers and Mergers que regula dicho mercado no es una norma y el "Panel" que lo supervisa e interpreta no es un organismo público, de modo que el infractor no puede ser objeto de ninguna sanción jurídica. El cumplimiento de sus dispositivos no obedece al temor de la sanción estatal sino al miedo frente "(...) al 'ostracismo financiero'. Únicamente la cohesión social de las entidades financieras inglesas permite que un sistema así pueda funcionar. (...) Para comprender el régimen inglés éste no puede verse aisladamente, sino que debe ponerse en relación con una de las características de la Bolsa de Londres: el mercado inglés es muy reacio a que en él coticen sociedades en las que predomina un accionista de control"(33J. Queda claro, entonces, que la obligatoriedad de este sistema radica en la dispersión del accionariado en la que subyace su actividad bursátil. Ello se evidencia claramente de las cifras consignadas en el cuadro N° 1, de donde se desprende que el promedio de la mayor participación de control de sociedades cotizadas en el Reino Unido asciende al 14.4%.

Cuadro NQ 1

Comparación de economías desarrolladas (Año 1996)

Promedio de mayor Propiedad, dé Capitaliación bUrSlím de participación accionaria Accionariado., comú~'ác<:ioi!eSnaéio"ñales

de sociedades listadas / por erj1p~lj!sas no . ,'?¿ éfniti~asy-liSiadas
(po~ntaje,accionari9) . Ji~áncier~]hé (

Francia	57.9	(680)	58	49
Alemania	55.9	(402)..	42	28
Italia	48.0	(214)	25	21
E.E.U.U.	25.4	(457)	0	114
Reino Unido	14.4	(189)	1	142

Fuente: BERNDT, MARKUS. Global Differences ü, Corporate Governance: Systems 7711'ory alld Implicatiolls for RefonllS.

Si bien la lógica del modelo imperativo de OPA del Reino Unido puede ser cuestionable(34), no puede negarse que tiene sentido si se considera el nivel de evolución de su mercado bursátil, donde existe una gran difusión del accionariado y donde la inexistencia de participaciones accionarias concentradas fuerza al adquirente a buscar el control "recogiendo" acc10nes en el mercado. En estos casos, "(oo.) cuando el paquete de control ha de formarse ex nava, es claro que todas las acciones de la sociedad afectada se presentan como bienes absolutamente fungibles y que el adquirente, en consecuencia, carece por principio de razones atendibles para discriminar dentro del propio cuerpo accionarial mediante la aplicación de condiciones de compra desiguales(...)"(35).

Es claro que no se requiere de la OPA obligatoria para cumplir efectivamente con brindar protección al accionista. Y es que la realización de la OPA definitivamente protege al accionista, pero solo cuando hay necesidad de hacerlo. Así, el porcentaje de concentración del accionariado en Francia (57.9%), hace innecesaria la obligatoriedad de la OPA, modelo que sin duda funciona en el Reino Unido, donde la sociedad objetivo típicamente no va a detentar un accionista con el control; es decir, la obligatoriedad -la cual no acarrea sanción jurídica alguna-, calza perfectamente con un sistema de accionariado difundido y no acarrea sobrecosto alguno porque las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Londres, mayoritariamente, no tienen un grupo de control definido con grandes porcentajes de concentración -en el peor escenario, un accionista mayoritario podría tener el 14.4% del accionariado de la empresa, posibilitando que se originen ofertas competidoras por el remanente de las acciones, originando el incremento del valor de la prima de control-. En un contexto como el británico, la OPA es una medida necesaria para adquirir el control.

Por otra parte, el legislador nacional tampoco parece haber considerado.

los fundamentos operativos en los que descansa un sistema como el norteamericano, donde la voluntariedad de la OPA permite obtener el control de quien efectivamente lo detente: de un determinado grupo de accionistas vía transacción privada, cuando haya concentración del accionariado, o de un grupo

indeterminado de accionistas, cuando el accionariado está difundido en el mercado. La empresa siempre tendrá la opción de proceder por la vía más adecuada, sin que ello signifique que se vulneran los derechos de los accionistas minoritarios, como podrá apreciarse posteriormente.

Resulta evidente que nuestros legisladores no tomaron en cuenta ninguno de estos aspectos; simplemente copiaron un modelo que, probablemente, creían ideal para proteger al accionista minoritario, claro está, sin reparar en el verdadero alcance de éste. Peor aún, el modelo francés, fuente del modelo obligatorio y otros esquemas proteccionistas copiados sistemáticamente por legisladores latinoamericanos, ha sido calificado como uno de los peores sistemas legales en el mundo en incentivar el desarrollo del mercado de capitales y en dotar de verdadera protección a los accionistas minoritarios(36). En este sentido, las cifras consignadas en el cuadro N° 3 de este trabajo, son más que evidentes.

Sin duda, los modelos voluntario y obligatorio despiertan curiosidad: ¿Por qué modelos de regulación opuestos funcionan tan bien en el Reino Unido y en los Estados Unidos respectivamente? ¿Por qué los mercados de control de ambas naciones son los mercados más dinámicos y activos del mundo teniendo modelos de regulación opuestos? La respuesta radica en la dispersión del accionariado de la que ambos sistemas gozan. Es probable que hacia 1968 -y esto es altamente especulativo-, al diseñarse ambos regímenes no se contara con evidencia empírica que efectivamente midiera comparativamente el grado de dispersión del accionariado en ambos mercados y que les permitiera optar por un modelo regulatorio sobre la base de cifras estadísticas concretas. Sin embargo, la dispersión del accionariado parece ser un rasgo concreto e implícito en la estructura del common law y, ciertamente, no un fenómeno reciente(37).

Bajo tal premisa, resulta claro que la opción regulatoria puede resultar irrelevante. Basta ver como la evidencia empírica actual confirma con creces el carácter excepcional de los sistemas británico y norteamericano en comparación con los del resto del mundo, donde la opción regulatoria sí es relevante. De esta forma, la obligatoriedad- puede ser en realidad una representación plasmada en los cuerpos normativos británicos de lo que efectivamente sucede en el mercado de capitales del Reino Unido; todas las transferencias de control se producirán de dicha manera. Sin embargo, salvo en los Estados Unidos, la obligatoriedad puede ser absolutamente irreal e ineficiente en el resto de países del mundo.

El grado de actividad de los mercados de control anglosajones ilustra que el control y la prima pagada para su obtención, puede que tengan distintos dueños según la estructura de propiedad sea dispersa o concentrada y, consecuentemente, que las formas de transferirlo, pagarlo y repartirlo sean distintos de acuerdo justamente a dichas estructuras.

De lo expuesto anteriormente, se infiere que una adecuada regulación de las OPAs descarta la obligatoriedad. A nuestro entender, el sistema que consagra la voluntariedad de las OPAs es el más eficiente y el más adecuado para un mercado de control casi inactivo y con un elevado grado de concentración del accionariado. Ello básicamente porque permite elegir el mecanismo bajo el cual se tendrá que producir la adquisición. De este modo, si el accionariado está difundido en el mercado, tiene sentido hacer una OPA porque no se sabe quien detenta el control y, consiguientemente, la prima de control sería producida por todos los

accionistas que decidan vender sus acciones y se repartida entre todos ellos. Si, por el contrario, el accionariado está concentrado, se podrá identificar adecuadamente a quien detenta el control y este podrá ser adquirido a través del mecanismo de la negociación privada.

v. LA PROTECCIÓN DE LOS INVERSIONISTAS

1. La convergencia de los sistemas de Gobierno Corporativo

La literatura económica ha identificado básicamente dos tipos de sistemas financieros en el mundo cuya estructura determina diferentes formas de gobierno corporativo. Dichos sistemas son: (i) el Outsider System (OS); y, (ii) el Insider System (IS).

Los ejemplos típicos del primer sistema están constituidos por los Estados Unidos y el Reino Unido, donde existe una clara dispersión del accionariado, liquidez del mercado de capitales, bajo grado de estructuras holding, y un activo mercado de control. En el IS, por el contrario, existe una gran concentración del accionariado, iliquidez del mercado de capitales y alto grado de estructuras holding. Esto último es típico de Francia, Alemania e Italia. El lector notará que el Perú reúne con claridad las características atribuibles a este segundo grupo.

El marco legal de ambos sistemas es también distinto. Mientras que los países del OS tienen estrictas regulaciones en las leyes relativas al mercado de valores y otorgan funciones supletorias a leyes de sociedades, la regulación en los países del IS suele ser bastante liberal en materia de mercado de valores y absolutamente estricta en lo referente a las leyes de sociedades, sobre todo en lo relativo a la composición del directorio, los cambios en la estructura del capital, derechos de adquisición preferente, etc.(38).

Estas diferencias son ilustradas en el cuadro NQ 2:

Cuadro N° 2

Características de los sistemas financieros

Accionariado	Grado de concentración	Atta
	Estructuras Holding	Frecuentes
Mercados	Mercado de capitales	Líquido
	Mercado de control	Inactivo
Leyes	Ley de sociedades	Estricta
	Ley del mercado de valores	liberal

Los países del OS presentan rasgos comunes, tales como las pequeñas participaciones accionarias adquiridas tanto por personas naturales como por inversionistas institucionales. En cambio pueden encontrarse diversos tipos de IS. Así, algunos sistemas presentan grupos de corporaciones vinculadas como son el keiretsu japonés, el chaebol coreano y la holding europea. Asimismo, en algunos de estos sistemas existen grandes empresas con un accionariado sumamente concentrado bajo el poder de un grupo familiar -como es el caso de Canadá, Italia y Alemania o empresas relativamente grandes controladas por una familia -como

es el caso de los países latinoamericanos. Situaciones de control familiar pueden ser encontradas en varios países en vías de desarrollo -como el Perú- pero también en Suecia e Italia. El Estado puede ser quien detente el control en las corporaciones de las economías en transición, pero también en países avanzados como Austria(39).

La evidencia empírica ha demostrado además que existen sistemáticas diferencias en la regulación legal de los derechos de los inversionistas alrededor de diversos países, las cuales se explican en el origen legal de dichos sistemas. El estudio de La Porta y otros evaluó el grado de protección del accionista minoritario contra la expropiación(40) sobre la base de 6 niveles establecidos en las leyes societarias de 49 países(41):

(a) Delegación del voto por correo, la cual hace más fácil a los accionistas minoritarios ejercer su derecho de voto.

(b) Requerimiento de los accionistas para depositar en custodia sus acciones de manera previa a la realización de la junta general de accionistas a fin de evitar la venta de las acciones durante ésta. Quienes no hayan depositado las acciones se encuentran impedidos de votar.

(c) Ejercicio del voto acumulativo, que permite a los accionistas minoritarios elegir al menos un director.

(d) Derechos que permitan a los accionistas minoritarios demandar al directorio o impugnar una decisión particular de éste que afecte directamente a los minoritarios(42).

(e) Derechos de suscripción preferente que protejan a los accionistas minoritarios ante una potencial dilución de su participación en la sociedad por parte de los accionistas mayoritarios, quienes de otra manera estarían en aptitud de emitir nuevas acciones en su favor.

(f) Derecho de convocatoria a junta general por parte de accionistas con una participación reducida en el capital social.

El referido estudio otorga el calificativo de 5 como máximo puntaje para ~valuar la protección legal de los accionistas minoritarios. El promedio obtenido por los países del common law, ascendente a 4 puntos, supera largamente ~, promedio de 2.33 puntos obtenido por los países pertenecientes a la familia francesa del Derecho civil. Existen variaciones, sin embargo, al interior de este segundo grupo. Así por ejemplo, Chile, Argentina y Brasil obtienen calificativos de 5, 4 Y 3 puntos respectivamente. En general la protección de los inversionistas en Latinoamérica -solo en el ámbito de las leyes societarias- es ligeramente más elevada que la del resto de países de la familia legal francesa pero significativamente menor a la protección efectiva consagrada en países del common law. Cabe precisar que el estudio no encuentra asociación alguna entre los niveles de protección de los accionistas minoritarios y el desarrollo económico en los países materia de estudio, pero sí suficiente evidencia respecto al tamaño de los mercados accionarios y el desarrollo del Producto Bruto Interno.

Cabe precisar en este punto que no se trata de sostener que, en términos generales, un sistema es mejor que otro(43). Se trata simplemente de sistemas diferentes que solucionan problemas de distinto modo, en función de las características imperantes en sus propios contextos, probablemente con igual efectividad. Pero lo cierto es que dicha concepción funcionaba décadas atrás

respondiendo a la coyuntura del momento, mientras que hoy en día el fenómeno de la globalización ha dado origen a una época de competitividad y gran movilidad de capitales, donde el acceso a las finanzas corporativas y la confianza del inversionista son simplemente vitales para cualquier economía. En este punto, por ejemplo, resulta muy importante evaluar el hecho de que los países del Derecho civil no han desarrollado sus mercados accionarios y de deuda en la misma medida que los países del common law, determinando por tanto una financiación externa más amplia. Esto último resulta evidente por cuanto, si bien los mercados del Derecho civil pueden tener un mercado de deuda accesible con relativa frecuencia, al ser sus mercados accionarios altamente concentrados, existe una clara limitación a una sola fuente de financiamiento por parte de estos países. Ello no solo determina la inexistencia de capital de riesgo y de ofertas públicas iniciales, sino la limitación del propio mercado de deuda, el cual será implícitamente más pequeño por el hecho de que las empresas cuentan con menor patrimonio.

Por lo antedicho, resulta evidente que, en un mundo de apertura de mercados, las economías del OS gozan de ventaja con relación a los países del IS -inclusive los países desarrollados del IS-, como puede deducirse de la evidencia empírica presentada en el cuadro N° 3.

Cuadro N° 3

Diferencias financieras y legales en 17 economías desarrolladas

	Concentración del accionariado					Diferencias legales		Índice de Mercados de capitales	
	porcentaje de					índice		casos que	
	Cálculo de					Revisión		Judicial de	
	control sobre los 3 mecanismos bursátiles más importantes:					concentración del accionariado		derechos de calificación para	
	sobre adquisiciones en las 10 firmas más grandes					preferente		adoptar	
						acuerdos		'...f...>'	
EEUU	0.12	0.5	0	0	0	71	114	23.73	
Canada	0.24	0.6	0.22	0	0	74	86	23.99	
Irlanda	0.36	0.5	0.24	0	0	N/A	49	17.75	
Italia	0.13	0.8	0.31	0	0	65	66	0.48	
Reino Unido	0.15	0.9	0.43	0	0	78	142	32.52	
Suiza	0.48	0.6	0.46	1	1	68	136	18.82	
Suecia	0.28	0.9	0.56	0	0	83	95	22.93	

Holanda	f	0.31	0.9	0.59	O	O	64	95	17.78
Noruega	e	0.31	0.9	0.59	O	1	74	36	24.71
Francia	f	0.24	1	0.62	1	1	69	38	10.11
Finlandia	e	0.34	1	0.72	O	1	77	49	25.39
Alemania	al	0.5	0.9	0.78	1	1	62	28	9.03
Dinamarca	e	0.4	1	0.78	O	1	62	41	16.78
España	f	0.5	1	0.88	1	1	64	33	4.13
Austria	al	0.51	1	0.89	1	1	54	15	7.48
Bélgica	f	0.62	0.9	0.9	1	1	61	44	8.89
Italia	f	0.6	1	0.98	1	1	62	21	4.08

Dicho contexto ha originado que a mediados de los noventa, los sistemas de gobierno corporativo hayan entrado en proceso de convergencia. De hecho, hay una clara tendencia de las empresas y mercados de valores por acceder a las ventajas del OS. En efecto, el mundo marcha a una clara competencia entre los mercados de capitales, lo cual beneficia a todos los países ya que se lograría una estandarización de los sistemas financieros, reduciéndose así los costos de agencia y, en general, los costos de transacción que limitan la competitividad de las empresas y la confianza del inversionista. Ello permitiría crecer a los mercados de capitales y marchar gradualmente hacia las cifras de actividad ostentadas por los mercados del OS. Nótese, sin embargo, que dicho proceso conlleva los perjuicios propios de todo proceso competitivo para aquellos que no se han efectivamente preparado para competir.

Dicho proceso de convergencia, sin embargo, viene siendo severamente discutido por los académicos(44). Mientras un sector sostiene que los sistemas nacionales de gobierno corporativo solo se adaptarán a la competencia global en cuanto a su "funcionalidad" y, consecuentemente, mantendrán la forma original de sus instituciones, otros sostienen que la convergencia se producirá exclusivamente en un nivel "formal", mediante la modificación del ordenamiento legal, donde la forma corporativa dominante terminará erradicando las demás formas societarias existentes (una suerte de "teoría de la supervivencia del más fuerte").

En el marco de este debate se ha estimado que, en el supuesto de que predomine la convergencia funcional ante el evidente costo que representaría implementar una convergencia de tipo formal, la funcionalidad desarrollada por las instituciones será limitada y, consecuentemente, no podrá dotar de suficiente protección a los inversionistas. En consecuencia, la competencia podría determinar que, ante la falta de protecciones legales que se puedan brindar en la mayoría de mercados nacionales del IS, algunas de las firmas de este sistema busquen amparo cotizando en bolsas de valores del OS y no en los mercados nacionales(45). Dicha manifestación podría ser la primera de las formas bajo las cuales se inicie una fuga de capitales de mercados del IS a mercados del OS. En este contexto, y dentro de un marco globalizado, las reformas nacionales y hasta regionales para afrontar el inminente proceso de convergencia parecen estar a la orden del día y el temor de perder en esta competencia, parece ser la idea subyacente a estas reformas.

A nuestro entender, como podrá apreciarse con mayor detalle en la siguiente sección del presente trabajo, la calidad de las normas sí importa para el caso de los contextos latinoamericanos. En este sentido, para afrontar el proceso de convergencia adecuadamente, existe la necesidad de entender plenamente el funcionamiento de nuestro sistema y de hacer una cantidad considerable de reformas en diversos planos (legislativo, económico institucional, etc.). Es en este punto donde debe considerarse que implementar cambios radicales en un sistema es algo que puede conllevar una buena dosis de tiempo, continuidad y paciencia. Los resultados no aparecen de un día a otro. Se requiere tiempo para implementar este tipo de reformas. La experiencia

nos enseña que las reformas precipitadas y radicales, pueden originar sistemas financieros ineficientes e inestables, como pasó en los casos ruso y checo, mientras que las reformas graduales y mensuradas han tenido claras connotaciones de éxito. Polonia es el mejor ejemplo de esto último(46).

2. Algunos problemas en el Gobierno Corporativo peruano

Es cierto que las OPA -y en general las fusiones y adquisiciones- contribuyen al desarrollo del mercado de capitales, pero en un sentido diferente al que los argumentos proteccionistas pretenden otorgarle: sí. Generan más inversión pero de manera indirecta, haciendo más eficiente la administración de las empresas y garantizando al inversionista el libre intercambio de sus acciones. Son, sin lugar a dudas, saludables para la economía pero no pueden proteger al accionista minoritario fuera de este ámbito. Su rol termina allí y no cumple función alguna respecto de los accionistas minoritarios -salvo otorgarles la posibilidad de una mejor gestión de la empresa-.

El conflicto que surge entre accionistas minoritarios y mayoritarios como consecuencia de la concentración del accionariado, no se resuelve mediante la imposición de un régimen de OPA obligatoria. La protección del accionista minoritario y de los inversionistas en general, se da primordialmente a través de medios de fiscalización internos que buscan garantizar que el accionista no será excluido de los beneficios que la firma produce y de que podrá monitorear con facilidad la labor de los directivos, evitando que éstos dirijan la firma para beneficio de sus propios intereses. Dichas protecciones internas se dan en un primer nivel y son complementadas por los medios de fiscalización externos que garantizan la posibilidad de mejorar el rendimiento de la firma(47).

Sin embargo, solo la adecuada protección de los derechos de los accionistas (mayoritarios y minoritarios) es la que puede efectivamente desarrollar un mercado de capitales eficiente, generando incentivos para invertir en él. Solo garantizando este nivel de protección, se podrá obtener un mercado de capitales con mayor liquidez y mayor dispersión en el accionariado, lo cual, a su vez, permitirá un efectivo desarrollo del mercado de control y, consiguientemente, mayor eficiencia en la gestión de las empresas.

¿Cómo podríamos estructurar mejor nuestro mercado de capitales? ¿Cómo podríamos incentivar su crecimiento? La respuesta no es nada sencilla. Existen una gran cantidad de factores que deben ser considerados para lograr dicha meta. En las líneas restantes, trataremos de definir los lineamientos básicos que

deberían seguirse para poder desarrollar un mercado de capitales eficiente y líquido, sin perjuicio de que ello sea materia de investigaciones exclusivamente enfocadas en el tema.

Pero ¿qué pretendemos lograr? El objetivo debe orientarse en proteger los derechos de los inversionistas, tanto a nivel de accionistas como de acreedores. Los beneficios de ello serían: expandir los mercados financieros, facilitar la financiación externa de nuevas empresas (lo que se traduce en un mayor número de empresas cotizando en bolsa), la destrucción gradual del accionariado concentrado y la eficiencia en la asignación de inversiones. En esa línea, entonces, ¿qué podemos hacer para lograr cumplir con estas metas?

A nuestro entender, y reiterando la necesidad de estudios especializados y detallados respecto de cada uno de estos y otros temas, una reforma en nuestro sistema debería considerar lo siguiente:

a. La necesidad de una reforma legal

Un punto de gran importancia en el desarrollo del mercado de capitales, es el rol que desempeñan las variables legales. En efecto, reciente investigación comparativa(48) ha resaltado que no es posible desarrollar un mercado de capitales sin adecuada protección legal de los inversionistas -incluyendo accionistas y acreedores-, frente a una potencial exclusión de los beneficios por parte de los accionistas con el control de la sociedad o, en su caso, por los administradores de ésta.

¿Importan las reglas legales para obtener resultados de carácter económico?
¿Puede el cambio de leyes específicas afectar instituciones de manera que puedan crear un impacto de corto plazo? ¿ Es ello particularmente efectivo para el cambio de la regulación de los mercados de valores? En principio, la respuesta a estas tres interrogantes sería no, tanto desde la perspectiva legal como la económica. La premisa básica de esta respuesta se centra en el planteamiento efectuado por COASE(49): cuando existan costos de transacción no importa la regla legal por cuanto las mismas partes encontrarán al problema soluciones por vía contractual.

Tres diferentes posiciones han surgido en torno a la posición de COASE:

(a) EASTERBROOK y FISCHER(SO) han sostenido que las sociedades listadas pueden comprometerse ellas mismas para tratar apropiadamente a los inversionistas a través de una gran variedad de mecanismos. Las leyes pueden complicar las cosas, pero los inversionistas y las sociedades siempre pueden llegar a acuerdos más eficientes. Como consecuencia de ello, los países deberían estar en aptitud de lograr acuerdos financieros de similar naturaleza y eficiencia para las sociedades listadas, de manera que el detalle de la ley no importa.

(b) BERGLOF y VON TADHEN(S1) han sostenido que los países europeos han desarrollado instituciones que permiten a las compañías encontrar formas de celebrar contratos efectivamente ejecutables con los inversionistas. La ley puede omitir o regular mal diversas situaciones, pero el proceso político y las acciones específicas de las firmas pueden generar otras formas de proveer garantías efectivas para los inversionistas. Traer las instituciones propias del mercado

norteamericano a Europa o a las economías de transición o en vías de desarrollo, no sería de mucha ayuda y hasta podría ser contraproducente. En este sentido, los arreglos pueden diferir a lo largo de los diferentes países pero en todos los casos las sociedades deberían estar en aptitud de financiar sus inversiones.

(c) Dentro del grupo de los académicos convencidos de que la calidad de la ley sí importa, existe un gran escepticismo respecto a si una reforma de la regulación legal de los mercados de valores podría tener efectos significativos. En este sentido, COFFEE(52) precisa que mientras las firmas norteamericanas se han beneficiado de las importantes ventajas concedidas por el sistema legal de los Estados Unidos, otros países no están convergiendo mediante el cambio de la normativa legal (convergencia formal), presumiblemente porque esto es difícil y poco eficiente. En cambio la convergencia se ha producido a nivel funcional, mediante la cual las firmas han elegido la adopción de los contratos que las firmas de origen norteamericano celebran con sus inversionistas para emitir ADRs por ejemplo.

Tales argumentos sin embargo, son rechazados por la data. Como ha podido apreciarse anteriormente, la reciente investigación de LA PORTA Y otros muestra que la protección legal de los inversionistas importa en diferentes formas, que las instituciones no se adaptan lo suficiente, y que el cambio de la regulación a nivel en el plano nacional puede tener un gran impacto en el desarrollo financiero. Los países con menores protecciones para los accionistas minoritarios tienen mercados accionarios pequeños y usan menos el financiamiento externo.

Al margen de las posiciones planteadas en los párrafos anteriores, es claro que cada contexto presentará una mayor o menor resistencia a una reforma legal que determinará el éxito o fracaso de ésta. Si bien COFFEE tiene razón en sostener que la gran competitividad de los mercados de capitales actualmente motiva a las sociedades listadas en países con menor protección legal a migrar en búsqueda directa de los beneficios otorgados por países con una mayor protección legal (típicamente anglosajones), lo cierto es que dicho fenómeno no implica que deba paralizarse una reforma de la estructura legal de los países pertenecientes al Derecho civil. En tal sentido, cabe hacer algunas precisiones sobre la base del contexto peruano:

(a) La idea planteada por COFFEE no incluye la totalidad de empresas a ser listadas en bolsa. Incluirá una parte (de hecho pocas empresas peruanas han emitido ADRs hasta la fecha) pero no todas. Es decir, que solo algunas empresas de la economía del tercer mundo estarán en aptitud de emitir ADRs, el resto de sociedades listadas no. Por tanto existe un primer grupo de empresas que requiere atraer inversión foránea, no solo en cuanto a instrumentos representativos de deuda sino principalmente en instrumentos representativos de capital.

(b) Existe un segundo grupo de empresas que requieren de mayor atención en economías del tercer mundo. Y es que las empresas que cotizan en bolsa en el Perú, por ejemplo, no representan la totalidad del universo de empresas. Por el contrario, representan una minoría. Una gran parte de las empresas del tercer mundo no se encuentra listada y presenta las siguientes características:

- Empresas de gran tamaño, patrimonialmente sólidas, pero no listadas.

- Medianas y pequeñas empresas, no listadas en bolsa y con necesidad de asesoría externa para el desarrollo del negocio.

El primer grupo de estas empresas son dirigidas por un grupo controlador -típicamente, un grupo familiar- que busca mantener el control de la empresa y que no está interesada en salir al mercado de capitales porque no tiene garantía alguna de que al dispensar el accionariado tendrá un control efectivo sobre la administración de la empresa. El costo de agencia se ve agravado por la no aplicación de la ley y por malas leyes constituyendo un claro desincentivo. Las otras empresas (medianas y pequeñas) no tienen idea siquiera de cómo acceder al mercado de valores en búsqueda de inversionistas, debiendo agregarse a este desconocimiento los factores relativos a la mala calidad de la ley y su no aplicación, así como el hecho de lo poco atractivas que pueden resultar éstas para los inversionistas por constituir inversiones

- de alto riesgo que no cuentan con el elemental respaldo de una administración profesional -por tal razón, el financiamiento bancario para éstas siempre será excepcional y limitado-.

Una reforma legal que mitigue costo de agencia agravado por la mala calidad de la ley -y por su no aplicación-, puede determinar que exista cierto interés para dispersar el accionariado en el empresariado nacional, por el bajo costo que podría representar la obtención de socios estratégicos en comparación con el financiamiento bancario o bursátil a través de la emisión de deuda.

Es decir, que una reforma legal (sumada a otros factores) es una condición necesaria para rescatar al universo de empresas no cotizadas -a través de la propia decisión de una empresa grande que pretende listar en bolsa o a través de la intervención de fondos de capital de riesgo que asesoren medianas y pequeñas empresas con potencial-. Si somos capaces de hacer que estas empresas salgan a cotizar es porque habremos hecho atractivo nuestro mercado, lo cual redundará también en las empresas que cotizaban previamente. El mercado entonces se habría tornado competitivo y la fuga de capitales hacia mercados foráneos sería evitada.

La línea de fondo entonces, es que la calidad de las normas legales sí importa. Si éstas protegen adecuadamente a los accionistas mayoritarios y minoritarios, entonces se genera una estructura que permite desprenderse de las participaciones accionarias representativas de control, en la medida que los accionistas con el control podrán constatar: (i) que existen suficientes garantías de que no serán excluidos por los directivos de los beneficios producidos por la firma; y, (ii) que, en vista de lo anterior y varias otras consideraciones a que se aludirá más adelante, resulta más rentable para quien detenta el control dispersar, el accionariado -en función de la liquidez que podrían obtener las acciones que se sueltan al mercado- y del propio valor y liquidez de la que gozaría su propia participación. Ello ayudaría a la separación de la gestión y la propiedad en las sociedades cotizadas. Sin embargo, este no es el único lineamiento a seguir para lograr dicho objetivo, como podrá apreciarse posteriormente.

- b. Adecuados estándares de gobierno corporativo

Estándares adecuados para el gobierno corporativo incentivan la provisión de capital en las empresas, el uso del capital de acuerdo a métodos de libre mercado

y el monitoreo del uso del capital aportado por el inversionista a nivel de las decisiones adoptadas por los órganos de la compañía.

Habiéndonos ocupado ya de los incentivos externos -en particular del mercado de control- haremos ahora referencia a los incentivos de carácter interno. En este sentido, el voto es la mejor arma del accionista para ejercer sus derechos.

Se trata aquí, de lograr un balance para otorgar a los gerentes y directores la suficiente discrecionalidad para dirigir la compañía, garantizando que no hayan interferencias indebidas y hacerlos susceptibles de rendir cuentas a los accionistas y otros tenedores de valores representativos de capital. Los grandes involucrados en este proceso son:

(a) Los Accionistas: quienes proveen capital de riesgo a cambio de la oportunidad de beneficiarse con la rentabilidad y el aumento del valor de la compañía. Están protegidos por ciertos derechos: elegir y remover directores y aprobar o desaprobar cambios fundamentales, tales como, fusiones o modificaciones en el capital social de la empresa. El interés de los accionistas se traduce en el valor del accionariado de la empresa.

(b) El Directorio: que debe representar los intereses básicos de los accionistas y otras partes interesadas. Selecciona y, de ser el caso, remueve a la plana gerencial, da instrucciones a la gerencia de la compañía y monitorea el desempeño de éste. Generalmente el directorio es responsable del planeamiento estratégico (incluyendo fusiones y adquisiciones), declarar la existencia de dividendos y establecer incentivos para la plana general. En la medida que el directorio puede estar compuesto de representantes de accionistas, de gerentes, acreedores, trabajadores, su interés puede ser mixto. Sería recomendable que, en nuestro caso, además del deber de velar por el interés social, tenga un deber fiduciario para con los accionistas. Otra opción es sustituir dicho deber de interés social por la visión norteamericana de que (los directores deben velar por incrementar el valor del accionista. Este último punto es sumamente controversial y escapa largamente a los propósitos específicos de este trabajo.

(c) La Gerencia: tiene la responsabilidad de las operaciones del día a día; se reporta al Directorio. Es responsable por la maximización de las ganancias corporativas y el valor de las acciones en poder de los accionistas. Sin embargo, a menudo toma otros objetivos (protección "ambiental", mantener su puesto de trabajo y varios otros). El interés de la Gerencia a menudo es maximizar sus salarios, beneficios y reputación profesional.

(d) Acreedores: cuyos intereses varían, pero tienen uno que es claramente reconocido: maximizar la rentabilidad del pago. Si los acreedores pueden tener una porción significativa del capital social, este interés puede balancearse con aquel por el que se busca maximizar el valor de la compañía.

Como ha sido señalado anteriormente, en la mayoría de firmas con accionariado concentrado la gestión no está separada del control. En el 69% de los casos el accionista controlador coloca en la plana ejecutiva y directiva de la empresa a personas vinculadas a éste(53). El accionista controlador (en adelante, "insider"), se puede valer de diferentes formas para fortalecer su posición y para manejar la empresa libre del monitoreo de los minoritarios.

La concentración del accionariado puede facilitar el manejo de la empresa. No es necesariamente mala. Como se estableció anteriormente, resuelve una situación

en la que el incentivo es concentrar la participación accionaria de manera que se permita incluir en ésta el control. En contextos donde se carece de efectiva protección legal, concentrar el control en la participación accionaria es lo único que permite al accionista dotar de valor económico a dichas acciones. De lo contrario invertir no tendría ningún sentido. Se trata entonces de una solución que surge ante la carencia de protecciones legales efectivas.

De esta forma, conociendo el rol que cada agente desempeña en la empresa, se deberá evitar el potencial abuso por parte de los insiders, de manera que los accionistas minoritarios y los demás inversionistas inviertan sin el temor de verse excluidos de los beneficios que podría reportar su respectiva inversión.

c. La premisa del enforcement

Si las normas no pueden cumplirse cualquier reforma legal que pueda implementarse no servirá de nada. En este sentido, debe considerarse que las mejores normas legales son aquéllas que se pueden ejecutar. No se trata de crear nuevas normas y, posteriormente, ver cómo es que éstas pueden ejecutarse, sino más bien de crear nuevas normas que puedan ejecutarse dentro de la infraestructura existente.

Como anteriormente referimos, en el plano de la protección del accionista minoritario a través de las leyes de sociedades, los países latinoamericanos superaban ligeramente a los demás países de la familia legal francesa(54). No obstante ser superior en el plano formal, el enforcement en Latinoamérica es muy inferior al del resto de países pertenecientes a la familia legal francesa.

Dicha diferencia se debe, entre otros factores, al rol que efectivamente cumple el sistema judicial en determinados países para efectos de garantizar un adecuado enforcement. En este sentido, se debe considerar la percepción que tiene el inversionista extranjero en relación al sistema judicial peruano. Así, un conocido estudio comparativo(55) calificaba la eficacia del Poder Judicial peruano, en una escala de puntuación del 1 al 10, con 4.75 puntos(56). Asimismo, en lo referente a corrupción, en una escala descendente del 10 al 1, el calificativo fue de 4.70 puntos.

Debe destacarse que dichas cifras no son para nada alentadoras. En efecto, en el primer caso, nos encontramos frente a uno de los dos puntajes más bajos en todo Latinoamérica y, en el segundo caso, el puntaje asignado coloca a nuestro país entre los cinco índices de corrupción más altos del mundo junto con Venezuela, Egipto, Nigeria e India.

Esta realidad nos debe hacer evaluar salidas alternativas. Obviamente la respuesta final pasa por mejorar el sistema judicial peruano, lo -cual incluye una plana profesional seria y especializada. Sin embargo, la realidad indica que esto no es posible en el corto plazo. Una posible salida, sería la de otorgar facultades jurisdiccionales a la CONASEV, vía reforma constitucional, con la finalidad de que las decisiones de esta entidad no sean revisadas en la actual sede jurisdiccional peruana(57). Esta alternativa, inclusive, podría resultar aplicable al sistema concursal, cuya eficiencia es vital para el desarrollo del mercado de capitales. Por supuesto que esta opción pasa por mejorar la calidad profesional del regulador,

cuyos miembros, además, deberán ser independientes y no estar dependiendo en forma alguna del poder político.

En la medida que haya un enforcement adecuado, celeridad en la revisión de impugnaciones, predictibilidad en las decisiones, etc., sumados a la oportunidad que un accionista controlador -típicamente un grupo familiar peruano detecte para generar ganancia sin concentración del accionariado, estaremos en posibilidad de iniciar la dispersión de éste en las empresas peruanas.

En este orden de ideas, discrepamos de la opinión de la burocracia peruana, la cual considera que para lograr la dispersión del accionariado se requiere simplemente de la reforma del marco legal societario y del mercado de valores(58). Dicha postura es equivocada. Si bien es cierto se necesita de reformas legales de calidad para eventualmente originar la dispersión del accionariado, si no se garantiza un enforcement adecuado no será posible lograr dicho objetivo.

Lo anterior se desprende del hecho de que, al no haber un buen enforcement, el costo de agencia se agrava por el efecto generado por la no aplicación de la ley. Por tanto, queda un claro incentivo en el accionista controlador para no profesionalizar la gerencia y dispersar en el mercado parte del accionariado. Sin embargo, esto no es todo. Por ejemplo, una economía desarrollada como la alemana no dispersa su accionariado aun cuando, en el estudio comparativo antes referido, la eficacia de su sistema judicial registra un calificativo de 9.00 y uno de corrupción de 8.93 (entre los mejores del mundo). Ello resulta ser más contundente todavía cuando comparamos el calificativo de la calidad de sus leyes (9.32) y sus estándares de rendición de cuentas (62 diferentes estándares) frente a los registrados en los mismos rubros por la economía peruana (2.50 y 38, respectivamente). Y aún así, con tales estándares de calidad, no existen incentivos de dispersión del accionariado(59).

Coincidimos con nuestra burocracia, en afirmar que el tipo de incentivos generados por la nueva economía crea en los accionistas una clara necesidad para dispersar el accionariado. Por eso, entre otros alcances, afirmábamos que se trata finalmente de un tema de oportunidad del accionista o grupo controlador. Pero dicha oportunidad, además de la evaluación financiera del empresario, no sólo se genera a partir de reformas legales, sino, entre otros factores, a partir del enforcement que nuestro sistema sea capaz de ofrecer. De lo contrario, la coyuntura obligará a las empresas peruanas a competir sin haber desarrollado el pleno de sus capacidades.

d. Autorregulación

En países con protecciones legales débiles para el inversionista, una regulación sólida de los mercados accionarios puede actuar sustituir en parte el adecuado enforcement que tendría que otorgar el Poder Judicial. El peligro principal radica en que el regulador pueda actuar de manera arbitraria y restringir la libertad de empresa. No obstante ello, Polonia provee un claro ejemplo de cómo un fuerte y sólido regulador de un mercado accionario puede crear condiciones adecuadas para el desarrollo de éste, a pesar de la existencia de un débil Poder Judicial. En todos los casos exitosos de desarrollo del mercado de capitales, la calidad de las normas legales es de vital importancia.

La pregunta es ¿quién está en mejor capacidad de dar esas normas legales: el regulador o el legislador? Evidentemente el regulador. Ante los problemas de ejecución y cumplimiento -derivados, en nuestro caso, de las obvias deficiencias del aparato judicial- la labor del regulador puede ser la mejor opción. Sin embargo, consideramos que adicionalmente, lo mejor sería implementar un mecanismo que tienda a la autorregulación (tanto a nivel del ente regulador, como de la bolsa de valores), que restrinja la intervención del regulador a solo aquellos casos en que ésta es realmente necesaria. La autorregulación podría permitir una ejecución sectorial y no centralizada y, por tanto, una supervisión de mayor calidad(60).

v. CONCLUSIÓN

¿Qué pretendía nuestro legislador al imponer un sistema obligatorio de Oferta Pública de Adquisición (OPA) para toda transacción que involucre la transferencia de participaciones accionarias superiores al 25% del capital social de sociedades listadas en bolsa? Una probable explicación es que buscaba proteger al inversionista. Lo cierto, sin embargo, al margen de las buenas intenciones de nuestro legislador, es que dicho régimen no hace sino perjudicar al propio accionista minoritario y perjudicar el desarrollo del mercado de control. Ello ha sido ampliamente ilustrado a partir de este trabajo, donde además se ha recomendado liberalizar el mercado de control y lograr la protección del accionista minoritario a través de otros mecanismos.

No cabe duda que la copia "automática" de modelos foráneos es un mal que debemos erradicar si queremos desarrollar un mercado de capitales sólido en todos los sentidos. Es necesario evaluar el impacto de las medidas que pretenden implantarse en un mercado como el peruano, caracterizado por la concentración del accionariado y por la ausencia de separación entre la gestión y la propiedad de la empresa antes de iniciar reforma alguna.

Nuestro mercado de capitales debe estar en aptitud de captar más inversionistas que permitan a nuestras empresas crecer teniendo acceso tanto a los mercados accionarios como a los mercados de deuda, permitiendo a éstas, a su vez, tornarse en empresas realmente competitivas. Se trata entonces de crear una estructura de gobierno corporativo adecuada a nuestra realidad, que responda a las características de nuestro mercado y que cuide que la interrelación entre los incentivos externos e internos no influya negativamente en la rentabilidad y productividad de las empresas.

No basta sin embargo, que el inversionista cuente con normas tuitivas que lo protejan en los planos societario y del mercado de valores, sino que pueda contar con un enforcement efectivo que le permita materializar las protecciones legales legalmente establecidas en su favor. Ese, sin duda será el reto más grande que el legislador deberá afrontar a efectos de que este objetivo no sea catalogado como una de sus tantas "buenas intenciones".

EL PATRIMONIO SOCIAL CAPITAL Y APORTES

Alonso MORALES A COSTA

I. NOCIÓN DE PATRIMONIO SOCIAL

La doctrina más autorizada define al patrimonio como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un sujeto de derecho. Así lo señalan los hermanos Mazeaud(1), cuando afirman:

"El conjunto de derechos y obligaciones de una persona se integran en su patrimonio. El patrimonio es lo que contiene esos derechos y obligaciones".

Rodrigo Uría(2), refiriéndose a la sociedad, explica que:

"El concepto técnico de un patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social".

Obsérvese que patrimonio no es solo el activo (3) ni solo el pasivo, sino ambos a la vez, esto parece contradictorio pero se explica por tratarse de dos aproximaciones a un mismo fenómeno. De dos caras de la misma moneda, pues el pasivo muestra de dónde vinieron los recursos, cuál es la fuente de financiamiento y, por tanto, a quién o quiénes se debe; mientras que el activo nos informa en qué se invirtieron dichos recursos (cuyo origen muestra el pasivo), dónde están, en qué cuentas se hallan distribuidos: caja, bancos, mercaderías, maquinarias y equipos, muebles y enseres, inmuebles, etc.

Vale decir, el pasivo permite visualizar de dónde provienen los recursos y el activo, en qué se han invertido. El de "dónde provienen" (pasivo) y el "en qué están invertidos" (activo), en realidad muestran lo mismo (aunque desde otra perspectiva), por lo cual siempre sus saldos arrojan las mismas cifras, son iguales. Entre activo y pasivo hay una relación correlativa, lo cual significa, desde el punto de vista del pasivo, que los recursos (que éste muestra) se hallan diluidos o "invertidos, en todo el activo, en forma general; de otro lado, desde el punto de vista del activo, éstos constituyen no solo bienes para explotación sino también el respaldo del pasivo, el hecho de que los recursos estén "invertidos" y no consumidos, constituye una "garantía". De tal manera que si no hay para pagar con los frutos del negocio, pues estas inversiones se transformarán en dinero y con dicha liquidez se solventará el pasivo. Como no existe una relación directa o de afectación particular entre un bien del activo y una deuda del pasivo, se entiende que todos los bienes del activo se hallan respaldando todas las deudas del pasivo.

En este sentido, López Olaciregui y Atilio Aníbal(4) señalan:

"El patrimonio es prenda (o garantía) común de los acreedores (oo.), los bienes que constituyen el elemento activo del patrimonio del deudor, sirven de garantía a las deudas que constituyen el elemento pasivo".

De ahí que cuando la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) en su artículo 31 afirma que "el patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad (...)": en realidad se está refiriendo al "patrimonio bruto"(5), vale decir, a la totalidad de activos.

En otras palabras se precisa que la sociedad como persona jurídica responde con la totalidad de sus bienes frente a sus obligaciones. En buena cuenta, sobre estos bienes recae la responsabilidad patrimonial por falta de pago.

No considero que el artículo se refiera al "patrimonio neto"(6), como tradicionalmente se ha sostenido, pues ello conduciría a dos hipótesis: una ininteligible y otra absurda en el campo jurídico.

Desarrollemos la primera hipótesis; al afirmar que se responde con el "patrimonio neto, se olvida que ésta es una cuenta ubicada en el pasivo y muestra lo Que Sé debe o corresponde a los socios, sea por efecto de sus aportes de capital o por utilidades no distribuidas (representadas bajo las cuentas de resultados acumulados, reserva legal, reservas facultativas, primas de capital, excedentes de revaluación).

Si ello es así, nos preguntamos: ¿cómo con una cuenta del pasivo "patrimonial se va a afrontar otra cuenta del pasivo que corresponde a obligaciones con terceros no socios?, ¿acaso "pasivo" con "pasivo" se paga?, ¿Ininteligible, no es cierto?

Veamos la segunda hipótesis, un poco más elaborada; "responder" con el patrimonio neto significaría que existen uno o varios bienes del activo cuyo valor es equivalente al patrimonio neto y que responden frente a las obligaciones. Ése sería el sentido correcto y cuando se dice que se responde con el patrimonio neto. Empero, si bien existe una parte del valor de los activos que se han formado gracias al patrimonio neto (aportes de capital, reservas, resultados acumulados, etc), no es correcto afirmar que solo los bienes de este origen responden frente a las deudas, pues ello excluiría a los bienes que se han obtenido con recursos de terceros ("deudas"). Definitivamente responden todos los bienes del activo, no cabe distinguir si su origen proviene de alguna cuenta del patrimonio neto (aportes de capital, reservas o utilidades no distribuidas) o, por el contrario, de un préstamo bancario, un adelanto de proveedores o impuestos que aún no se han vencido.

No imaginamos pues a un acreedor que antes de embargar tenga que identificar o investigar si ese bien que quiere afectar tiene alguna correspondencia con el patrimonio neto o con otra clase de pasivo. Situación inaceptable incluso desde una perspectiva contable, pues todos los recursos del pasivo están diluidos en todos y cada uno de los bienes del activo.

En realidad, que una sociedad tenga un mayor patrimonio neto alude más bien a su solvencia, al menor riesgo que tienen los terceros no socios de hallarse en la imposibilidad de cobrar sus créditos. En efecto, si la contabilidad es la forma ordenada Y "razonable" pero no exacta de mostrar nuestro patrimonio, siempre existirá el riesgo de que los bienes del activo no se realicen al valor de "libros", puede que se realicen a más o a menos. Esta última situación es la delicada, pues

ello significa que el valor del activo (aunque en "libros" sea igual al pasivo) va a ser realmente inferior al que teníamos registrado y que, por tanto, no podrá solventar la totalidad del pasivo. En este escenario, cabe la posibilidad de que no se pueda devolver lo aportado a los socios y quizá ni pagar todas las obligaciones a terceros. Ello dependerá de cuál ha sido la fuente de financiamiento principal de la sociedad, si los recursos de los socios (por lo cual debería haber un patrimonio neto significativo) o los recursos de terceros (que implicarían un patrimonio neto diminuto); en aquel caso ("con patrimonio neto significativo") lo más probable es que los terceros cobren lo que se les debe y en el segundo caso ("con patrimonio neto diminuto") lo más probable es que se perjudiquen sustancialmente.

En síntesis, lo que el artículo 31 de la LGS ha querido expresar es que la sociedad responde con todos los bienes (derechos corporales e incorporeales), que constan en el lado activo de su patrimonio.

De otro lado, cuando el artículo 31 de la LGS precisa: "(...) sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan" simplemente quiere decir que los socios de las sociedades personalistas responden en forma diferente, más onerosa, que los socios de las sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada. En efecto a éstos solo les es exigible efectuar sus aportes para integrar el capital social delimitando con ello el límite de su responsabilidad, no les es exigible más, ya que en este caso la "entidad" (persona jurídica) separa la responsabilidad personal de los socios de la que corresponde a la propia sociedad; mientras que en las sociedades de personas (como la sociedad civil ordinaria, colectiva, en comandita simple o por acciones) no se responde solo hasta el límite de lo aportado al fondo social, pues no existe separación de responsabilidad, todos los socios o una parte de ellos (como en las comanditarias) responden en forma ilimitada con sus propios bienes.

Ello no significa que los patrimonios estén confundidos, pues el patrimonio social es identificable y distinguible del personal que corresponde a los socios; es claro cuáles son los derechos y obligaciones que corresponden a cada sujeto (sociedad y socios), empero las disposiciones legales obligan a los socios a respaldar los compromisos de la sociedad con los bienes personales (lado activo) de su patrimonio.

En conclusión, el patrimonio social es el conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad, los bienes de su activo responden a las obligaciones que constan en su pasivo. En todas las sociedades (de personas o capitales) los socios contribuyen integrando el capital social mediante sus aportes, empero en las sociedades de personas la responsabilidad económica de los socios no solo se circunscribe al aporte social, sino también se responsabilizan por aquellas deudas que no puedan ser satisfechas dada la insuficiencia de bienes de la sociedad.

II. EL CAPITAL SOCIAL

Como ya referimos el pasivo muestra "de dónde" se han obtenido los recursos. Éstos pueden provenir de terceros o de los socios. Estos últimos, los recursos

propios (de los socios) o internos constituyen el patrimonio neto (capital social, reserva legal, reserva facultativa, utilidades, etc). En el patrimonio neto, la cuenta más importante es el capital social y con su integración se forma el patrimonio inicial de la sociedad.

En efecto, con los aportes iniciales de los socios, sean dinerarios o no dinerarios se integra el capital (primera cuenta del patrimonio en el lado del pasivo) y aparecen las primeras cuentas del activo (que corresponden a dichos aportes): caja-bancos (si los aportes fueron dinerarios), mercaderías, equipos, máquinas, muebles, enseres, terrenos, etc. (si fueron no dinerarios); cumpliéndose así la regla de igualdad entre activo (lo invertido) y pasivo (lo obtenido).

Cabe resaltar que la cuenta de capital es la única cuenta fija del balance, ya que requiere de un acuerdo de los socios para su modificación (sea Junta de Socios o de accionistas) y su posterior elevación a escritura pública, asimismo es la única cuenta que obra inscrita en el Registro Público (Registro de Personas Jurídicas, Libro de Sociedades Mercantiles o de Sociedades Civiles).

La cuenta de capital adquiere valor desde que se fija su monto y los socios asumen el compromiso de integrarlo. Para facilitar su integración y las contribuciones de los socios, mediante una ficción jurídica se divide el capital en partes iguales, alícuotas del capital social, que son representadas mediante acciones o participaciones. En las sociedades capitalistas (como la sociedad anónima o sociedad comercial de responsabilidad limitada) cada una de éstas representa el aporte mínimo, una participación en el capital social y el estatus de socio.

El proceso de integración se inicia con el compromiso de suscripción del capital social, que en buena cuenta es el compromiso de pagarlo mediante aportes. La ley precisa en el caso de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada la obligación de haber pagado por lo menos el 25% de cada acción o participación, según el caso (7). En ese sentido, cada vez que se suscriban acciones o participaciones deberá pagarse por lo menos la cuarta parte de las mismas, lo que representa, a su vez, un pago mínimo de la cuarta parte del total del capital social. El saldo por pagar de cada acción o participación (a lo más 75% del valor de cada una), viene a ser una deuda que tienen los socios con la Sociedad, se denomina dividendo pasivo y se halla en el balance como una cuenta por cobrar a los accionistas.

Si bien en el balance inicial de la sociedad aparecerá el valor del capital social por hallarse totalmente suscrito, en el activo figurará un 25% de su valor en caja-bancos o mercadería (según se pague con aportes dinerarios o no dinerarios) y una cuenta por cobrar a los accionistas correspondiente al 75% del capital social no pagado (dividendo-pasivo). De esta manera el activo y pasivo son iguales, pues el valor del capital coincide con el total de valor del activo.

La integración del capital social (suscripción y pago) nos lleva a tratar un tema más específico: el de los aportes.

III. EL APORTE

1. Problema de terminología

En general cuando se hace referencia al término aporte se usa esta palabra para referirse indistintamente al "compromiso" (de aportar), a la prestación (de dar o hacer) y al bien (como contenido de la prestación).

La doctrina así lo acredita, al respecto el doctor Enrique Elías Laroza apunta:

"Los aportes constituyen los bienes, derechos o servicios susceptibles de ser valorados económicamente que los socios se comprometen a transferir a favor de la sociedad, para la realización del fin común objeto de la misma, generándose para los socios una obligación de dar o hacer, según el caso (...)"(8)

De otro lado el doctor Ulises Montoya Manfredi señala:

"Son aportes todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato (...). En la práctica, son objetos patrimoniales que salen del patrimonio del socio y pasan a integrar el fondo social (...). El aporte es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, una obligación de dar o hacer, en otra contraprestación que el reconocimiento, por la sociedad, de que el titular tiene una parte de interés en ella" (9).

Para Francisco Ferrara:

Por aportación se entiende aquello con que cada socio contribuye a la formación del patrimonio social. No se requiere necesariamente la entrega material de los bienes, o la prestación de los servicios, inmediata, pero supone que se asume la obligación de hacerlo, porque desde ese momento nace un crédito a favor de la sociedad, de cuyo patrimonio entra a formar parte" (10).

En la Ley General de Sociedades, encontramos bajo estas tres acepciones referencias al "aporte", son ejemplos de lo mencionado los artículos 1,22, 23, 25, 26 Y el 30 que indican lo siguiente:

a. En el sentido de compromiso:

"(...) El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere solo el derecho transferido a su favor por el socio aportante". (art. 22 LGS).

En este sentido, el aporte es un título (acto jurídico) cuyo objeto es transferir no solo el derecho de propiedad de un bien (como lo es la compra venta, donación, permuta)(11), sino también otros derechos como usufructo, derechos intelectuales o créditos.

b. En el sentido de prestación:

"Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas".(art. 1 LGS).

"Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo (...)" (art. 22 segundo párrafo LGS).

En este caso el sentido es el de conducta, pues "convienen en aportar" o "se haya comprometido a aportar", significan asumir la obligación a desplegar una acción que conlleva la entrega de bienes o la ejecución de servicios. Ello en buena cuenta significa "dar" o "hacer".

Algunos consideran que también puede aludirse al aporte como la obligación, surgida de la suscripción del capital social, de entregar bienes para la integración del mismo(12).

c. En el sentido de bien:

Apreciamos la parte pertinente de los siguientes artículos:

"Aportes dinerarios.- Los aportes en dinero se desembolsan en la oportunidad y condiciones estipuladas en el pacto social (...)" (art. 23 LGS).

"Entrega de aportes no dinerarios.- La entrega de bienes inmuebles aportados a la sociedad se reputa efectuada al otorgarse la escritura pública en la que consta el aporte.

La entrega de bienes muebles aportados a la sociedad debe quedar completada a más tardar al otorgarse la escritura pública de constitución o de aumento de capital, según sea el caso" (art. 25 LGS).

"Si el pacto social admite que el socio aportante entregue como aporte títulos valores o documentos de crédito a su cargo, el aporte se considera efectuado hasta que el respectivo título o documento sea íntegramente pagado (...)" (art. 26 primer párrafo LGS).

"Pérdida del aporte antes de su entrega.- La pérdida del aporte ocurrida antes de su entrega a la sociedad produce los siguientes efectos(...)" (art. 30 LGS).

Bajo estas normas el significado del "aporte" se identifica con el de bien.

Como puede apreciarse existen por lo menos tres nociones para un mismo término, usadas indistintamente en la Ley General de Sociedades. Empero no podemos soslayar que la sociedad valora el contenido de la prestación (en qué consiste y cuán apreciable es el crédito) cuya titularidad se transfiere a la sociedad; lo cual nos obliga a estudiar dichas nociones más detenidamente con el fin de esclarecer las particularidades de su naturaleza jurídica en el entorno

empresarial y en relación con las concepciones doctrinarias más avanzadas sobre la "Teoría de los Bienes".

2. Naturaleza jurídica

Entre los compromisos que asumen los socios en virtud del contrato de sociedad está el de efectuar las prestaciones, que permiten el desarrollo del objeto social. Es menester tener presente que el objeto de toda sociedad es el hacer empresa. Vale decir, organizar los recursos de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios para el mercado.

Bien, si la explotación de la empresa es el fin de la sociedad, entonces para su organización se requiere de recursos de capital y trabajo, los cuales pueden ser obtenidos mediante contratos de cambio en el mercado o mediante el uso de formas societarias que permitan "asociar los servicios" o "asociar los recursos de capital".

En este sentido, tenemos que las prestaciones a que se comprometen los socios mediante el contrato de sociedad constituyen fundamentalmente prestaciones de "dar" o de "hacer". Vale decir, recursos de capital o de trabajo. En las sociedades personalistas se efectúan ambas clases de aportes (capital y servicios), mientras que en las sociedades capitalistas solo se efectúan aportes de capital.

Los aportes de bienes tienen un vínculo estrecho con el capital social, pues en virtud de su realización es que se obtiene un fondo de explotación (para los socios) y de garantía (para los terceros), que se denomina contablemente "capital social". Éste se traduce en bienes en el activo, que mediante su uso, transformación o cambio en el mercado generan beneficios económicos. Se origina un patrimonio empresarial integrado inicialmente por recursos aportados por los socios.

El compromiso de aportar bienes se manifiesta mediante la suscripción de acciones o participaciones que configuran el capital social, elemento esencial, a partir del cual se constituye y existe la sociedad. Cabe resaltar que este compromiso de suscripción se celebra en dos momentos: en la constitución de la sociedad y en cada aumento de capital. En cada una de estas oportunidades el socio o el tercero (que se hará socio) asumen la obligación de pagar, de integrar con su aporte el capital social. En este sentido, el título de esta obligación coincide con el contrato de sociedad (13) (que contiene un compromiso o pacto de suscripción) o con el acuerdo corporativo de aumento de capital (14) (momento en el cual el socio se adhiere o se abstiene de suscribir).

En virtud de este compromiso se asume la obligación de ejercitar una conducta (de dar o hacer) que consiste en entregar bienes o ejecutar servicios(15'.

El artículo 22 de la L.:GS incluso asume que si se da (bienes), es porque se está transfiriendo propiedad, "salvo que se estipule que se hace a otro título".

Guillermo A. Borda(16) señala:

"En principio, todas las cosas y los derechos pueden ser aportados a la sociedad: sumas de dinero u otras cosas muebles o inmuebles, créditos contra terceros, derechos de patente o invención, el nombre, la clientela, etcétera(...)".

Lo fundamental es que el compromiso de aportar y sus prestaciones otorgan derechos a la sociedad: la hacen propietaria, usufructuaria, licenciataria o acreedora de un servicio. Es decir, interesa a la sociedad que la prestación se cumpla para gozar plenamente de la titularidad del derecho transferido.

Como puede apreciarse, la concepción de bien que sugerimos es la de "derecho", pues como explica Josserand(17):

"Los derechos únicamente merecen el calificativo de bienes. Los objetos materiales no son, en sí mismos, bienes en el sentido jurídico de la palabra; no interesan al jurista sino en la medida en que se convierten en soportes de derechos: intrínsecamente son por decirlo así neutros; cada uno los contemplará en aspecto diferente, de acuerdo con su especialidad, según que sea químico, arquitecto, naturalista, economista, jurisconsulto; para éste, las cosas no existen ni tienen significado si no es por los derechos que se establecen sobre ellas o en su derredor, en ocasión determinada" (resaltado agregado).

Colin y Capitant(18) abundan sobre el particular cuando expresan:

"Esta confusión manifiesta entre dos conceptos diferentes: el de las cosas y el de los derechos que pueden existir sobre las cosas, se explica muy fácilmente. Las cosas en efecto, no son bienes, es decir, no presentan para nosotros un valor económico más que en razón de los derechos de que son objeto (...), los verdaderos bienes son, no las cosas, sino los derechos que podemos tener sobre estas cosas (derechos reales) o los que llevan indirectamente a procurárnoslos (derechos de crédito)" (resaltado agregado).

Por último el doctor Iván Humberto Jara Flórez sostiene que bienes solo son los derechos, ya sea que recaigan sobre cosas (bienes corporales) o entidades intangibles (bienes incorporeales). "Bien" es el derecho de propiedad, el derecho de uso, un derecho de usufructo, un crédito, un derecho de marca, derecho de autor o una patente. Cuando se transfiere un "bien" se está transfiriendo el "derecho" que se tiene sobre la cosa o entidad intangible. Se transfiere el "derecho de propiedad", el "derecho de uso", el "derecho de usufructo.", "derecho de crédito", etc(19).

En conclusión de lo hasta aquí expuesto se puede apreciar que el aporte en el sentido de "compromiso. es un título que permite la transferencia de una serie de derechos: derechos de propiedad, derechos de uso, derechos de usufructo, derecho de autor, derechos de patente y de crédito. No se trata de un título restringido o monista como la compraventa (que únicamente transfiere el "derecho de propiedad") o el arrendamiento (que solo transfiere el "derecho de uso");

mediante el aporte se transfiere cualquier derecho susceptible de valorización (cfr. segundo párrafo arts. 22, 27 Y 74 LGS).

Este compromiso de aportar crea un vínculo obligacional con la sociedad que se manifiesta a través de prestaciones de dar y hacer, que verificarán(20) la transferencia de los bienes (derechos) en que consisten los aportes.

Lo fundamental de este compromiso de aportar, del vínculo obligacional, sus prestaciones y derechos, es que se generan y realizan con el fin de afectarse al objeto social de la sociedad: LA EMPRESA. Vale decir, se trata de categorías jurídicas estrechamente relacionadas con la organización y expansión de dicho fenómeno económico.

3. Características del aporte

Conforme a lo ya expresado, los aportes consisten en prestaciones de "dar" o "hacer", a las cuales se comprometen los socios suscriptores del capital social con el fin primordial de permitir a la sociedad la realización de una actividad económica que podrá consistir en la producción o comercialización de bienes o en la prestación de servicios. En buena cuenta, la ejecución de estas prestaciones permitirá la transferencia de la titularidad de un derecho en favor de la sociedad, como el derecho de propiedad, uso, usufructo, derecho de una marca, de un crédito, etc. con el fin de permitir a la sociedad la explotación de su objeto social en el mercado.

En este sentido, el aporte es el instrumento fundamental por el cual se facilitan recursos a la sociedad y se produce la integración del capital social. Será requisito esencial del aporte el que sea susceptible de valorización económica, es decir, que el bien (derecho) tenga utilidad económica.

La Ley General de Sociedades al referirse en su artículo 74 al aporte en las Sociedades Anónimas, señala:

"En la Sociedad Anónima solo pueden ser objeto de aporte los bienes o derechos susceptibles de valorización económica" (art. 74).

Por tanto, serán materia de aporte todos aquellos bienes (o "derechos" que es lo mismo) que puedan generar a la sociedad una ventaja económica a través de su explotación, tal como lo establece la LGS. No será exigible ningún otro requisito(21), como por ejemplo que se trate necesariamente de bienes susceptibles de ejecución forzosa.

Por otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 27 de la LGS, en la escritura pública donde conste el aporte (ya sea de constitución de la sociedad o de aumento de capital) deberá insertarse el informe de valorización de los bienes (o "derechos") aportados, estableciéndose cuáles son los bienes o derechos objeto del aporte, el método de valorización utilizado y el respectivo valor asignado al aporte.

Al respecto, el Dr. Rodrigo Uría señala:

"(...) En la medida en que las aportaciones respaldan la cifra del capital social y reflejan el aporte patrimonial comprometido por cada socio, la aportabilidad de un activo depende únicamente de su aptitud para ser evaluado en un plano económico, sin que legalmente venga exigido ningún otro elemento añadido (como podría ser el de su posible transmisibilidad o el de la ejecutabilidad en beneficio de los acreedores)(...)"(221).

En consecuencia, cualquier socio podrá comprometerse frente a la sociedad a realizar aportes de bienes, de carácter corporal (derechos sobre muebles, inmuebles o títulos valores) o de carácter inmaterial (derechos de crédito no representados en títulos valores, titularidad de una marca, transferencia de know how o de secretos industriales, etc.) siempre y cuando puedan ser de utilidad económica para la sociedad.

Cabe mencionar que respecto a la valorización de los bienes materia del aporte, el doctor Enrique Elías Laroza (23) señala que:

Una innovación introducida por la nueva ley obliga que, además de señalar, se en la escritura pública los aportes, el valor de éstos y el criterio utilizado para su valuación, se inserte un informe que contenga el detalle de dicha operación. Este informe servirá para dar mayor certeza respecto del valor atribuido a los aportes no dinerarios, lo cual redundará en el interés de la propia sociedad y otorga seguridad a los demás accionistas y a terceros".

No debemos olvidar que lo usual será que los órganos de la sociedad verifiquen esta valorización, como sucede con el directorio, en el caso de la sociedad anónima, que la revisa dentro de los 60 días de la constitución social o del pago del aumento del capital. Si de dicha revisión se verifica que el valor de los aportes es inferior al veinte por ciento o más a la cifra establecida en la valorización insertada, el socio aportante tendrá la posibilidad de optar por:

- a) La anulación de las acciones recibidas, correspondientes a la diferencia (igual o mayor al 20 por ciento).
- b) Ejercer el derecho de separación de la sociedad, con lo cual se realizará el reembolso del aporte efectuado.
- c) Proceder al pago en dinero de la diferencia establecida.

Por otro lado, en caso de que transcurridos los 60 días antes señalados el directorio no haya realizado la revisión respectiva, cualquier socio podrá solicitar que la misma sea realizada judicialmente (art. 76 LGS).

Al respecto el doctor Enrique Elías Laroza resalta que:

"El aportante pretende obtener el mayor beneficio del bien que transfiere a la sociedad. Por tal razón la valorización de los aportes no dinerarios, que muchas veces está sujeta a factores subjetivos, debe practicarse de tal manera que refleje el valor más cercano al valor real del bien aportado al momento del aporte"(24).

Por último la LGS no exige que el referido informe sea realizado por un perito oficial, por lo cual dicho informe podrá ser presentado por personas con el adecuado conocimiento para tal efecto, como por ejemplo un ingeniero en caso de bienes inmuebles o muebles, o por una entidad financiera en caso de títulos valores.

En efecto a diferencia de lo prescrito en el artículo 38 de la Ley de Sociedades Española(25) que exige un informe pericial, nuestro legislador ha optado por no incrementar los costos de transacción, confiar en la buena fe del socio, los controles sociales y en las normas penales(26).

4. Aportes en sociedades de personas y de capitales

Estos aportes, según la estructura de la sociedad de tipo capitalista o personalista, tienen las siguientes características:

a. Sociedades de capitales

En las denominadas sociedades de capitales (o "capitalistas") los aportes consisten únicamente en bienes susceptibles de valorización económica con excepción de los servicios (art. 51 LGS). Ello porque el vínculo asociativo radica fundamentalmente en aspectos objetivos e impersonales como los recursos de capital más que en las cualidades personales de los socios. En efecto, la toma de decisiones (en juntas), la participación de beneficios, así como la asunción del riesgo resultan proporcionales al valor de estos aportes. Ello refuerza el carácter de garantía del capital social respecto de los acreedores y terceros de la sociedad, a diferencia de las sociedades de personas en los que la responsabilidad alcanza incluso a los bienes personales de los socios. En ese orden de ideas son típicas sociedades de capitales las Sociedades Anónimas y la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

Los aportes en las sociedades de capitales pueden ser:

- Dinerarias
 - Bienes respecto de cosas (derechos de propiedad, uso, usufructo, superficie, etc.) sobre bienes inmuebles o muebles(27). También denominados bienes corporales.
- Obligaciones de dar
 - Bienes respecto de entidades intangibles: derechos de propiedad

No dinerarias industrial (signos distintivos, patentes), licencias, derechos de autor, créditos (cuentas por cobrar). También denominados bienes incorporales.

b. Sociedades de personas

En este tipo de sociedad los aportes se componen no solo de los recursos de capital descritos en el punto anterior, sino también de prestaciones de hacer, que consisten en la ejecución de servicios en favor de la sociedad. Ello concede al aportante la calidad de socio.

Esta prestación puede consistir por ejemplo en la gestión administrativa, industrial o simplemente la asesoría en el proceso técnico, lo cual es considerado necesario para el funcionamiento de la empresa. Es así que en vez de obtener estos servicios de un proveedor (locador o trabajador), el aportante presta el servicio mediante una relación corporativa (28).

Este tipo de prestaciones son comunes en las Sociedades Colectivas, Sociedades en Comandita y Sociedades Civiles.

5. Prestaciones de dar

a. Dinerarias

Los aportes pueden consistir en prestaciones de dar sumas de dinero en favor de la sociedad. Con el objeto de garantizar la ejecución de dichas prestaciones y la correcta integración del capital social, la LGS exige el depósito de las sumas de dinero correspondientes a nombre de la sociedad en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional previamente al otorgamiento de la escritura pública de constitución o de aumento de capital.

La constancia del depósito en una cuenta a nombre de la sociedad se insertará en la escritura pública correspondiente (29).

b. No dinerarias

Los aportes pueden consistir en prestaciones de dar no dinerarias. Cada socio asume la obligación de transmitir en forma plena todos los atributos del derecho de que es titular (propiedad de una cosa, titularidad de un derecho de exclusiva o titularidad de un derecho de crédito) o solo algunos (solo derecho de uso o de uso y disfrute). Esta transmisión del derecho en su plenitud o en solo algunos de sus atributos se cumple a través de una serie de modos: la sola obligación de entregar (propiedad de inmuebles), la entrega misma (derechos sobre muebles y otros sobre inmuebles), el endoso más entrega (títulos valores a la orden) o la cesión de derechos (para créditos o intangibles).

En ese orden de ideas las prestaciones de dar no dinerarias pueden recaer en "bienes corporales. y "bienes incorporales".

b.1. Bienes respecto de cosas

b.1.1. Propiedad de muebles

De conformidad con nuestra legislación civil la transferencia del derecho de propiedad requiere la concurrencia de título ("compromiso de aportar" en acto de constitución o acuerdo de aumento de capital) y modo (traditio o entrega). En buena cuenta, luego de contraída la obligación (por la suscripción de acciones o participaciones) se requiere de la entrega para transferir el derecho de propiedad de los bienes muebles (30).

Al respecto Messineo (31) señala que la obligación de dar (bien cierto o incierto) no se agota en poner en posesión del bien al acreedor, por tanto el deudor debe procurar el derecho, es decir provocar la transferencia del derecho y además la entrega de la cosa.

Por tanto, el socio aportante cumplirá su prestación no solo con la manifestación de voluntad de transferir ese bien en propiedad, sino además efectuando la entrega del mencionado bien a la sociedad. La ley establece que dicha entrega deberá realizarse a más tardar al momento de otorgar la escritura pública de constitución o de aumento de capital; lo cual significa que en cualquier momento, desde que ocurrió el compromiso hasta el otorgamiento de la escritura pública puede efectuarse la entrega del aporte. Naturalmente ello obliga al registrador a corroborar que la entrega se haya producido, mediante las siguientes medidas:

a) Si el aporte es de bienes muebles no registrados, se requerirá la certificación del gerente general o del representante debidamente autorizado de haberlos recibido. En este caso, deberá indicarse la información suficiente que permita la individualización de los bienes (art. 35 inciso e) del Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N° 2002001-SUNARP/SN).

b) Si el aporte es de bienes muebles registrados (el registrador) deberá verificar previamente la inscripción de la transferencia a favor de la sociedad en el registro de propiedad respectivo.

En el caso de que dichos bienes se encuentren registrados en la misma Oficina Registral del domicilio de la sociedad, un registrador se encargará simultáneamente de calificar e inscribir dicho aporte en los distintos registros (Registro de Propiedad y Registro de Sociedades), siempre que el sistema de diario lo permita (art. 35 inciso c) del Reglamento del Registro de Sociedades).

b.1.2. Propiedad de inmuebles

El socio aportante transferirá a la sociedad el derecho de propiedad de cualquier inmueble con la sola obligación de enajenarlo, salvo que se haya pactado lo contrario(32). Sin embargo la prestación debida no queda satisfecha con la

transferencia del derecho de propiedad sobre dicho inmueble, sino que persiste en el socio aportante la obligación de entregar el bien materia de aporte a favor de la sociedad, entrega que se tendrá por efectuada a la suscripción de la escritura pública de constitución o de aumento de capital (art. 25 LGS), según el caso.

La entrega es tan importante, que aun cuando se haya verificado la transferencia de propiedad con la sola obligación de enajenar (art. 949 C.C.), en tanto 'ésta (la entrega) no se produzca, no se habrá trasladado el riesgo a la sociedad por hecho ajeno a la voluntad del deudor (como caso fortuito o fuerza mayor) de conformidad con el artículo 29 de la LGS.

Ahora, cuando el socio aportante incumple con la prestación debida dentro del plazo señalado por el estatuto o el pacto social incurre en mora; ante este hecho la LGS faculta a la Sociedad a que ésta pueda exigir el cumplimiento de dicha prestación vía proceso ejecutivo, o proceder a la enajenación de las acciones (sociedad anónima) del socio moroso por cuenta y riesgo de éste; en este último supuesto, cuando la venta no pudiera efectuarse por falta de un socio sustituto, las acciones correspondientes a los aportes incumplidos procederán a ser anuladas con la consiguiente reducción del capital social.

El registrador para comprobar la efectividad del aporte, al igual que en el caso de los bienes muebles registrados, deberá verificar la inscripción de la transferencia efectuada en favor de la sociedad, en el Registro de Propiedad de bienes inmuebles.

Por otro lado, en el caso del aporte de inmuebles no registrados bastará la indicación contenida en la escritura pública (de constitución o de aumento de capital) de que dichos bienes son transferidos a la sociedad, precisándose la información suficiente que permita su individualización (art. 35 incisos c) y d) del Reglamento del Registro de Sociedades).

b.1.3. Otros derechos reales

En este caso el socio aportante se obliga a transferir a favor de la sociedad el goce de determinados derechos sobre cosas (inmuebles o muebles) cuya propiedad conservará. Este derecho real solo podrá ser aportado en la medida en que sea susceptible de transferencia y valorización económica como uso, usufructo, etc.

Cabe agregar que aun cuando la LGS no lo prohíbe expresamente, nada impedirá aportar la titularidad de otro derecho real, distinto del uso o usufructo, como puede ser el derecho de superficie.

Es menester recordar que el derecho de superficie consiste, según lo estipulado en el artículo 1030 del Código Civil, en autorizar al superficiario (en este caso, la sociedad) a tener una edificación por encima o debajo del suelo de un predio determinado. Este derecho real tiene una duración máxima de 99 años, al cabo

del cual el propietario del suelo (socio aportante) adquiere la propiedad sobre lo construido, salvo que las partes hayan pactado lo contrario (33).

En este caso, conforme a lo establecido en el artículo 35 inciso c) del Reglamento del Registro de Sociedades. al igual que en el caso de los bienes registrados (muebles o inmuebles), el registrador deberá verificar previamente la inscripción de la transferencia del derecho real (uso, usufructo o superficie) aportado en favor de la sociedad en el registro respectivo. Sin embargo, en el caso de que cualquiera de los derechos reales transferidos se encuentren inscritos en la misma oficina registral del domicilio de la sociedad, la calificación e inscripción del aporte en ambos registros serán simultáneas.

b.1.4. Crédito representado mediante título valor

Si bien los derechos personales no tienen el carácter de intangibles, ciertos derechos patrimoniales se materializan y "cosifican" cuando son incorporados a títulos valores (en documentos de papel).

En estos casos habrá transferencia de propiedad con la sola entrega si se trata de "títulos al portador", empero será necesario también el endoso si se trata de "títulos a la orden" y, más bien, cesión de derechos si se trata de "títulos nominativos".

El socio puede obviamente obligarse al aporte de títulos valores o de crédito. La LGS especifica que si se trata de títulos valores que representan un crédito, la prestación se entenderá cumplida cuando este título valor haya sido efectivamente pagado, salvo que el obligado principal no sea el socio aportante, caso en el cual el aporte se entenderá efectuado con la respectiva transferencia del título valor o de los documentos de crédito (art. 26).

b.2. Bienes respecto a entidades intangibles

A continuación desarrollaremos determinados aspectos de algunos bienes incorporales, como derechos personales y derechos intelectuales.

b.2.1. Derechos de crédito (no representados mediante título valor)

El acreedor de un "derecho personal" puede aportar su crédito, sirviéndose para tal efecto de la "cesión de derechos" regulada en el Código Civil (arts. 1206 al 1217).

A) Cesión de derechos: Según Jorge Llambías:

"la cesión de crédito es un convenio por el cual el acreedor transmite voluntariamente sus derechos a un tercero que pasa a investir la calidad de acreedor, en sustitución de aquél"(34).

Al respecto Felipe Osterling y María Castillo Freyre señalan:

"A través de la cesión de derechos solo se transmite al cesionario la facultad o derecho de hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor cedente respecto a su deudor; es decir que solo se transmite la parte activa de la relación obligacional"(35).

En este sentido, cualquier socio podrá obligarse a transferir la titularidad de un derecho personal a la sociedad (según arto 1206 del Código Civil en adelante C.C.)(36). Por tanto, le otorgará a la sociedad la facultad de ejercer la parte activa de la relación obligacional de la misma manera en que el socio podía hacerla contra el deudor cedido. Como consecuencia del aporte la sociedad tendrá en su "activo", a favor, una cuenta por cobrar.

Para ejecutar el presente aporte bastará que, una vez asumido el compromiso de aportar, sea en el acto de constitución o en el de aumento de capital, el socio aportante (cedente) ceda sus derechos por escrito a la sociedad (cesionaria), bajo sanción de nulidad (art. 1207 C.C.), sin que sea necesario el consentimiento del deudor (art. 1206 C.C.) pudiéndose realizar incluso con la negativa de éste.

De otro lado, el socio será responsable frente a la sociedad por el valor atribuido al derecho cedido (que podría ser menor al valor contraído), sin perjuicio de garantizar la existencia del mismo, así como su exigibilidad y la solvencia del deudor tan solo en la oportunidad en que se realizó el aporte (art. 28 LGS). En este sentido la LGS, cuando se refiere al aporte vía cesión de derechos, establece una exigencia adicional (garantizar la solvencia) respecto a la regla general establecida en el artículo 1212 del C.C.

La sociedad podrá exigir al deudor, en su calidad de cesionaria, el cumplimiento de la prestación desde que éste (deudor) acepta la cesión de derechos o le es comunicada fehacientemente (art. 1215 C.C.).

Por último, el registrador público para proceder a la verificación de la entrega del aporte, vía cesión de derechos en favor de la sociedad, deberá requerir la certificación del gerente general o del representante debidamente autorizado declarando que ésta se ha producido (art. 35 inciso e) del Reglamento del Registro de Sociedades).

B) Cesión de posición contractual:

El caso de la cesión de posición contractual difiere un tanto de la "cesión de derechos", pues el socio aportante no solo transferirá el lado activo (derechos) sino también el pasivo (obligaciones), ambos derivados de una relación obligacional específica (37). El compromiso de aportar a la sociedad será asumido siempre y cuando aquella relación posea un valor patrimonial positivo (38) (para la sociedad), es decir que el valor de los derechos sea superior al de las obligaciones transferidas.

Al respecto el doctor Manuel de la Puente y Lavalle (39) señala:

"Mediante la cesión de derechos se busca la transmisión del lado activo de la relación obligacional, mientras que la cesión de posición contractual está orientada a la transmisión de toda la relación obligacional, esto es tanto el lado activo como el lado pasivo".

A diferencia de la cesión de derechos, una vez celebrado el pacto de constitución o el acuerdo de aumento de capital, deberá necesariamente existir consentimiento trilateral: de la sociedad (cesionaria), socio (cedente) y el deudor (cedido), independientemente de cuál de ellas da primero su aceptación (art. 1435 C.C.). Ahora si el (deudor) cedido dio su aceptación con anterioridad al acuerdo entre la sociedad y el socio aportante, entonces el aporte solo tendrá efectos desde que el acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta (último párrafo art. 1435 C.C.).

Por último el socio aportante garantizará la existencia y validez del contrato (del cual pasará a formar parte la sociedad) al realizarse la cesión de posición contractual, salvo pacto distinto (40). Además el deudor (cedido) podrá oponer a la sociedad (y ésta a aquél) las excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato en cuestión, mas no las fundadas en otras relaciones con el socio aportante.

En buena cuenta será necesario acudir a la figura de la "cesión de posición contractual" cuando se trate de transferir los derechos y obligaciones de un contrato (ejemplo: cobrar el precio y asumir el saneamiento del bien vendido), En la valuación deberá determinarse el mayor valor de los derechos con el fin de que el aporte tenga materialidad y permita integrar el capital social.

b.2.2. Derechos de la propiedad intelectual

"La propiedad intelectual es aquella que corresponde a los derechos intangibles; encontrándose dividida en dos grandes grupos: los derechos de autor y la propiedad industrial.

La protección de la propiedad intelectual otorga al autor, creador o inventor, los siguientes derechos:

- Ser reconocidos como únicos titulares de la creación.
 - Ser los únicos autorizados para explotar o permitir la explotación de su creación.
- Realizar todas las acciones necesarias para impedir que terceros exploten su creación sin su consentimiento.

La propiedad intelectual es fundamental ya que si no se respeta la propiedad, independientemente de qué tipo de propiedad se trate, no podemos hablar de mercado"(41).

Como puede apreciarse, dentro de los derechos que se confieren a los titulares de los derechos intangibles antes señalados, se encuentra comprendido aquel que consiste en permitir la explotación de su creación, el cual se materializa a través de relaciones jurídicas con terceros, sobre las que nos referiremos en los siguientes puntos.

b.2.2.1. Derechos de la propiedad industrial

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 884 del Código Civil, las propiedades incorpóreas se rigen por la legislación especial. En tal sentido, será de aplicación para el aporte de los bienes incorpóreos tales como las marcas de producto y de servicios, los nombres comerciales, las patentes, los modelos de utilidad, los diseños industriales, entre otros, la legislación sobre propiedad industrial; sin embargo, esto no excluye la aplicación de las normas del Código Civil en cuanto les sean aplicables, conforme a lo establecido por el inciso 6 del artículo 886 de dicho texto legal, que a la letra señala: "Son muebles: (...) Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares".

A) Cesión de derechos

En relación a la transmisión plena de la titularidad que recae sobre el derecho de marcas(42), el autor Oscar Holguín Núñez refiere:

"La cesión de una marca es la renuncia voluntaria y contractual, gratuita u onerosa que se hace del derecho vigente de propiedad o de posesión que el titular tiene por registro de la marca a favor de otra persona, para que éste goce de todos los derechos inherentes, como auténtico propietario del bien transferido(...)" (43).

En este sentido, el socio aportante podrá obligarse frente a la sociedad a realizar la transferencia plena del derecho de marca del cual es titular (en virtud al registro de la marca) en favor de la sociedad. Para el efecto, se recurrirá a la cesión de derechos, siendo el socio aportante el cedente y la sociedad (que adquiere este derecho de exclusiva) tendrá la condición de cesionaria(44).

B) Licencia de uso

Conforme a lo establecido por el artículo 166 del D. Leg. N° 823 - Ley de Propiedad Industrial: "La marca podrá ser objeto de licencia para la totalidad o parte de los productos o servicios para los cuales se registró".

Entonces, tratándose de marcas un socio podría efectuar un aporte, por el cual se obligue a la transferencia de uno de los atributos de la marca de los cuales es titular; es decir, se obligará a transferir a la sociedad el uso de la marca por un plazo determinado, siendo requisito esencial para la licencia de esta marca la inscripción en el registro respectivo (art. 168 D. Leg. N° 823).

En ese sentido, el socio aportante (licenciante) autorizará a la sociedad (licenciataria) a que ejerza el uso de la marca de la cual es titular para aplicarla en todo o en parte a los productos o servicios para los que la registró (la marca); lo cual trae consigo la responsabilidad para el socio aportante de responder frente a los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios que se distinguen con la marca objeto de licencia, como si él (licenciante) fuese el productor o prestador de éstos, respectivamente (art. 167 D. Leg. NQ 823). Vale decir que el socio aportante, titular de la marca dada en uso, deberá responder frente a los consumidores por la calidad o idoneidad de los productos o servicios que la sociedad brinde utilizando la marca concedida en uso.

Situación similar se produce en el caso de las patentes (45), en donde el socio aportante titular de la patente podrá conceder a la sociedad el derecho de uso y explotación sobre la misma, siempre y cuando se conceda mediante contrato formalizado por escrito, debiendo además registrarse ante la oficina competente del INDECOPI, sin lo cual la transmisión del uso no surtirá efectos frente a terceros (art. 73 D. Leg. N° 823).

b.2.2.2. Derechos de autor

Conforme lo anteriormente señalado, las propiedades incorporales se rigen por la legislación especial. Es así que, tratándose de los derechos de autor resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor, sin perjuicio de las normas del Código Civil que resulten aplicables (art. 886 C.C.).

Nuestra legislación sobre derechos de autor protege todas las obras del ingenio humano y su protección se obtiene de manera automática con la creación, siendo el registro meramente declarativo del derecho. Entre las obras protegidas por el Decreto Legislativo N° 822 se encuentran comprendidas las obras literarias expresadas en forma escrita a través de libros, revistas, folletos u otros escritos; las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas; las obras audiovisuales; los programas de ordenador; entre otros.

A) Cesión de derechos

"La Ley define al Autor como la persona natural que realiza la creación intelectual, presumiéndose como tal, salvo prueba en contrario, a la persona natural que aparezca indicada como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. Es, entonces, el titular originario y principal de derechos de orden moral y patrimonial exclusivos sobre su obra.

Evidentemente, cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo, el ejercicio de los derechos corresponderá a la persona natural o jurídica que la divulgue con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad y justifique su calidad de tal, caso en que quedarán a salvo los derechos ya adquiridos por terceros.

(...) El autor de una obra tiene por el solo hecho de la creación, la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en el Decreto Legislativo N° 822. Dentro de estos derechos morales podemos citar el derecho de divulgación, de paternidad, de integridad, de modificación o variación, de retiro de la obra del comercio y de acceso; mientras que el ámbito de los derechos patrimoniales comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.

- b. La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- c. La distribución al público de la obra.
- d. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- e. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión.
- f. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista anterior meramente enunciativa y no taxativa"(46).

Los derechos morales de autor son inalienables, perpetuos, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles (art. 21 D. Leg. NQ 822), en tanto que los derechos de orden patrimonial pueden transmitirse por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o transmisión mortis causa.

En este sentido, Fernando A. Busta(47) señala:

"la cesión implica la enajenación de la titularidad total o parcial de una obra por parte de su autor, pudiendo su adquirente aprovecharla económicamente pero no modificarla (...), pudiendo incluso transferirla a terceros (...)".

Portal motivo el socio aportante (cedente) podrá transferir la totalidad de los derechos de orden patrimoniales de los cuales es titular o podrá enajenar alguno de ellos (sea la reproducción de la obra; la distribución al público de la misma; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; entre otros), en favor de la sociedad (cesionaria), vía cesión de derechos.

Es menester resaltar que toda cesión entre vivos se presume realizada a título oneroso, a menos que exista pacto expreso en contrario, y revierte al cedente al extinguirse el derecho del cesionario.

Bajo este contexto, el socio aportante podrá ceder (transferir) alguno de sus derechos patrimoniales sobre una obra de su creación a favor de la sociedad. En esta cesión el socio aportante será el cedente y la sociedad (que adquirirá estos derechos patrimoniales) será la cesionaria.

8) Licencia de uso

Según lo dispuesto por el artículo 30 del D. Leg. N° 822, "el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción expresa". Entre los casos de excepción regulados por la ley se encuentra comprendida la reproducción de obras ya divulgadas lícitamente en los que no se requiere de autorización del autor, tales como la reproducción de obras para la enseñanza, para uso personal o doméstico, para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros.

El artículo 95 del D.Leg. N° 822 señala que:

"El titular de los derechos patrimoniales puede igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se regirá por las

estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos en cuanto le sean aplicables (...) debe hacerse por escrito (...)".

Por tal motivo el socio aportante (licenciante), titular de los derechos patrimoniales, podrá en este caso conceder en favor de la sociedad (licenciataria) el derecho a usar todos o algunos de los derechos de orden patrimonial (como el de reproducir la obra, distribuirla al público, traducirla, etc.) por determinado período de tiempo; licencia de uso que, además de intransferible, no será exclusiva por parte de la licenciataria (sociedad).

b.2.3. Un bien complejo: el fondo empresarial

b.2.3.1. Definición y relación con la empresa

El fondo empresarial "es el patrimonio organizado y afectado a un fin económico". En otras palabras se trata de un conjunto de relaciones jurídicas activas (bienes y derechos) y pasivas (deuda) que se traducen en derechos de propiedad, de uso, cuentas por cobrar, prestaciones de servicios, cuentas por pagar, etc.

Si el "fondo empresarial" empieza a funcionar en tanto incorpora la actividad organizadora en su confrontación con el mercado, tenemos una empresa. En efecto, la empresa es el fondo empresarial que se halla en explotación, efectuando ventas, compitiendo en el mercado, generando clientela.

En este sentido, podrán ser objeto de tráfico jurídico (transacción definitiva o temporal) tanto el fondo empresarial en funcionamiento (empresa) como aquel que no ha empezado a operar ni se ha confrontado con el mercado.

Si bien la doctrina tiende a asimilar los conceptos de "fondo de comercio": o "hacienda mercantil" con el de "fondo empresarial", creemos que existen definitivamente diferencias significativas. El "fondo de comercio" ("fondos de comercial) francés comprende los elementos objetivos e impersonales que sirven para la captación de clientela. Solo esto es transmisible dado que para el derecho francés la empresa es una organización limitada al ámbito socioeconómico, se trata de un concepto refractario al derecho(48).

La concepción del "fondo empresarial" no considera que la empresa sea un fenómeno distinto, pues basta que éste empiece a ser explotado para que sea una "empresa".

En relación a la "hacienda mercantil", el Código Civil italiano la define del modo siguiente: (art. 2555) "El conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de una empresa".

Este concepto resulta insuficiente, pues alude únicamente a "bienes". Vale decir aliado activo del patrimonio empresarial, dejando de lado el pasivo que también lo conforma.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe norma vigente alguna que establezca un concepto general del fondo empresarial; sin embargo, podemos encontrar en la parte de "Definiciones" del "Proyecto de Ley de Marco del Empresariado" (1999) (49) una que expresa que el fondo empresarial es:

"El conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios".

Ésta se complementa con la enumeración de sus elementos en el artículo 1 :

"El fondo empresarial puede estar conformado por los siguientes elementos:

- a) Los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles que forman parte del activo corriente y el activo fijo de la empresa.
- b) Las sumas de dinero
- c) Los derechos patrimoniales de propiedad intelectual y los derechos sobre otros bienes intangibles
- d) Los contratos, derechos y obligaciones relacionados con la actividad empresarial.

Los elementos del fondo empresarial conservan su individualidad. Los actos o contratos que se celebran respecto a dichos elementos se rigen por la ley de la materia, en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en esta ley"(50).

Debemos precisar entonces que el fondo empresarial es el conjunto de elementos, consistente en bienes y deudas, derechos y obligaciones ("relaciones jurídicas"), que se encuentran dispuestos u ordenados por el titular de la empresa para la explotación y ejecución de una actividad económica relacionada con la producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

En consecuencia, se puede aportar tan solo un fondo empresarial (sin funcionamiento) o una empresa ("fondo empresarial en funcionamiento").

La LGS permite el aporte del fondo empresarial al señalar en su artículo 28 lo siguiente:

"(...) si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran (...)".

b.2.3.2. Diferencia entre fondo empresarial y bloque patrimonial

Todo fondo empresarial es un bloque patrimonial, pero no todo bloque patrimonial es un fondo empresarial. A esa conclusión podemos llegar si adoptamos como concepto general del "bloque patrimonial" el que consta en la sección segunda: "Reorganización de Sociedades, Título III 'Escisión' en su artículo 369 de la LGS. Artículo 369: "Para los efectos de este título, se entiende por bloque patrimonial:

1. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida.

2. Un conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y
3. Un fondo empresarial".

En este sentido la LGS establece de forma clara y objetiva cuáles son los elementos que pueden definirse como un bloque patrimonial; concepto que si bien se desarrolla con ocasión de la "escisión" puede utilizarse de modo general. En síntesis los "bloques patrimoniales" pueden ser de tres tipos: "uno o varios activos", "uno o más activos con uno o más pasivos"(51) y el fondo empresarial.

Por tal motivo, no todo bloque patrimonial podrá ser un fondo empresarial, según lo dispuesto por la LGS, ya que éste (el fondo empresarial) es solo uno de los tres tipos de bloque patrimonial que nuestra legislación societaria recoge.

En consecuencia será un bloque patrimonial no solo "el conjunto de relaciones jurídicas activas (bienes y derechos) y pasivas (deudas) organizadas y 'dispuestas por el titular de la empresa hacia un fin económico", sino también el "activo o conjunto de activos" y "un conjunto de activo (s) y pasivo (s)" que no se encuentren organizados ni dispuestos por el titular de la empresa para la realización de una actividad económica.

b.2.3.3. Realización del aporte del fondo empresarial

Tal como señalamos anteriormente, los aportes consisten en los compromisos que los socios asumen frente a la sociedad, los mismos que se ven reflejados en prestaciones de dar o hacer. Ahora, conforme al artículo 28 de la LGS, el fondo empresarial puede ser aportado a la sociedad, constituyendo este aporte un caso particular de prestación de dar (52).

Al respecto Guillermo Cabanellas establece que:

"(...) Respecto de la transferencia del fondo de comercio, debe tener lugar antes de que se perfeccione el cumplimiento del aporte comprometido. Debe observarse que tal cumplimiento (tiene lugar) mediante los actos que correspondan según la naturaleza de cada uno de los elementos que componen el fondo de comercio: inscripción en los registros tratándose de bienes inmuebles, cesión y notificación en el caso de los créditos, etc." (53).

Por tal motivo al constituir una prestación de dar un "conjunto de elementos de capital y trabajo debidamente organizados", su ejecución no se circunscribirá a la existencia del acto jurídico de transferencia del "fondo empresarial" como unidad, sino que se perfeccionará siempre y cuando el socio aportante cumpla con formalizar la transferencia de cada uno de los elementos conformantes del fondo empresarial: entrega en el caso de cosas muebles, cesión de derechos por escrito, cesión de posición contractual (de contratos con proveedores, clientes, trabajadores; etc.), registro en caso de propiedad industrial; etc.

En ese orden de ideas, a fin de que el registrador compruebe la efectividad de la entrega del aporte en mención: "el fondo empresarial" (o de cualquier otro bloque patrimonial), se deberá corroborar lo siguiente:

"(..) la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. El bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización;

Asimismo, para la verificación de la entrega del fondo empresarial aportado, el registrador aplicará las reglas correspondientes a cada elemento empresarial (muebles, inmuebles, créditos, etc.) conformantes del fondo, señaladas en los incisos respectivos del artículo 35 del Reglamento del Registro de Sociedades.

Por último, cuando nos encontramos frente al aporte del fondo empresarial, el socio aportante estará obligado a responder por la evicción, los vicios ocultos o los hechos propios que no permitan destinarlo a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyen su valor. Obligación que no recae solo respecto del conjunto sino también en cada uno de los bienes que conforman el bloque patrimonial(55).

Es decir que si existe un vicio en alguno de los elementos organizados, conformante del fondo empresarial que no permita que cumpla con la finalidad para la cual fue adquirido o simplemente disminuya su valor, ello autoriza a la sociedad a exigir al socio aportante a que responda por aquel elemento que adolece de un vicio oculto, evicción o de hecho propio.

6. Prestaciones de hacer

a. Aportes

Los aportes de servicios son comunes en las sociedades de personas conforme se ha explicado en el punto 4.2. La interrogante doctrinaria que surge es si estos aportes podrían "capitalizarse" dado el silencio que guarda la ley sobre el particular.

En nuestro concepto nada impide que ésto se pueda hacer, la ley no lo prohíbe y las ciencias económicas no son refractarias a esta posibilidad.

Recuérdese que el requisito esencial que hay que cumplir es el de la valorización. Eso significa que todo el problema radica en que se le pueda atribuir al aporte del servicio un valor de mercado.

Si el socio va a hacer un aporte de servicios por cinco (5) años entonces habrá que determinar cuál es el valor de ese trabajo en los próximos cinco años y registrar su valor total (por los cinco años) en el activo. De este valor total se irá deduciendo periódicamente (por ejemplo mensualmente) el valor del trabajo ejecutado. Es decir, será un activo sujeto a amortización periódica.

Esta clase de activo es conocido en las ciencias contables como "cargo diferido" o "gastos pagados por adelantado".

Eduardo Rivera explica este tema del modo siguiente:

"c) Existen otros tipos de activos, que pueden ser a corto y largo plazo (y por tanto corrientes y no corrientes), tales como los cargos diferidos y los gastos pagados por adelantado.

(...)

Los gastos pagados por adelantado se refieren a desembolsos hechos por la compañía por servicios que aún no se han recibido, como por ejemplo, alquileres pagados por adelantado o seguros pagados por adelantado.

Ambos tipos de partidas de activo tienen la característica de convertirse en gasto:

- A medida que el servicio sea recibido (caso de gastos pagados por adelantado).
- A medida que transcurra el tiempo durante el cual contribuyen a generar ingresos (caso de cargos diferidos).

(...) (los gastos pagados por adelantado) son aquellos gastos pagados antes de recibir un bien o un servicio. Esto quiere decir que al pagar por adelantado, obtenemos el derecho a recibir estos bienes o servicios; por lo tanto el derecho deberá registrarse en una cuenta del activo. Llegado el momento, se recibirá el bien o servicio, el cual se irá consumiendo paulatinamente generando un gasto. Sin embargo, al llegar al final del período contable en el que se incurrió el desembolso, generalmente, éstos no se han consumido totalmente, por lo que habría períodos contables futuros en los que todavía tendremos derecho a recibirlos. En consecuencia, la parte no consumida (diferida) seguirá formando parte del activo, mientras que lo consumido (devengado) será registrado en una cuenta de gasto.

Hay distintos gastos pagados por adelantado como, por ejemplo, los seguros, los alquileres, los intereses"(56).

Como puede apreciarse el aporte de servicios corresponde a una situación análoga. Se asume el compromiso del aporte de servicios hasta por un valor determinado y al capitalizarse figurará en el activo una cuenta por cobrar de servicios. La sociedad no tendrá que hacer desembolso alguno, pues contra el compromiso de prestar servicios se reconocen "participaciones", lo cual significa que la sociedad paga (por adelantado) el servicio que debe prestarse.

En ese sentido a medida que los servicios se ejecuten se irá reduciendo (amortizando) la cuenta de servicios por cobrar que figurará como "gastos pagados por adelantado".

En el caso de sociedades de personas no se advierte ningún riesgo ni atentado contra el principio de garantía del "capital social" al ejecutarse un aporte de esta naturaleza, pues las sociedades de personas se caracterizan por el hecho de quedar los socios obligados a responder ilimitadamente respecto de las deudas sociales en caso de insuficiencia de bienes sociales.

De ahí que no exista objeción "a estos aportes al capital social, ni por el lado de su valorización, contabilización o por colisionar con algún principio del derecho societario, pues la sociedad se halla garantizada con los bienes personales de cada uno de los socios.

b. Prestaciones accesorias

Estas prestaciones a cargo del socio no son aportes debido a que no forman parte del capital social ni dan origen a la emisión de acciones o participaciones (caso de la SA y S.R.L.) por parte de la sociedad a favor del socio que realice estas prestaciones. No pueden ser en dinero y solo se originan por su inclusión en el pacto social o en el estatuto o por acuerdo de junta general con el consentimiento de los que deban prestarlas (art. 75 e inciso 2 del art. 294 LGS).

7. Formalidad

Según Messineo(57) forma es el medio o el modo con el que se pone en ser la declaración de voluntad. De conformidad con nuestra legislación la forma puede ser ad probationem cuando la ley o las partes imponen una determinada forma y no sancionan con nulidad su inobservancia, constituyendo solo un medio de prueba de la existencia del acto realizado. Será ad solemnitatem contrario sensu cuando la ley o las partes sancionan con nulidad la inobservancia de la forma requerida, reflejando así el carácter esencial de ésta como elemento constitutivo y de validez del acto jurídico que se desea celebrar.

En tal sentido Guillermo Lohmann señala (58) que las formalidades ad solemnitatem sean legales o convencionales son sustanciales y la omisión de ellas priva al negocio de validez. En cambio las formalidades ad probationem no tienen tal rigidez y normalmente consisten en documentar la declaración de voluntad, sea por instrumento privado o público.

Nuestra LGS no posee un artículo expreso que prescriba una formalidad específica para los aportes, sin embargo el acto jurídico del cual surge el compromiso de aportar y que da origen a las obligaciones de dar o hacer, como son el acto de constitución de la Sociedad o el acuerdo de aumento de capital, sí debe llegar a revestir una formalidad específica: la escritura pública.

No obstante lo mencionado, el artículo 5 de la LGS señala que la constitución de la Sociedad o el acuerdo de aumento de capital se harán por escritura pública sin sancionar su inobservancia con nulidad, por consiguiente dicho acto (constitución o acuerdo de aumento de capital) por el cual el socio se obliga a realizar el aporte tiene por ley una formalidad ad probationem. Vale decir, el acto o el acuerdo adoptado serán válidos y existentes aunque no hayan sido elevados a escritura pública. Naturalmente su representación a través de un documento público, no solo brinda mayor seguridad jurídica, sino que permite su inscripción en registros públicos. Además la inscripción, del pacto social o del aumento de capital, recién autoriza a emitir certificados definitivos de acciones (art. 87 LGS).

En este sentido y dejando claro que no se trata de una formalidad ad solemnitatem, cualquier socio o tercero podrá demandar judicialmente vía proceso sumarísimo el otorgamiento de escritura pública de aquellos acuerdos que requieran esta formalidad (art. 15 LGS).

Es más, cualquiera puede favorecerse y ampararse en estos actos aun cuando no revistan dicha formalidad. En efecto, los actos corporativos existen aun cuando consten en documento privado, ya se trate del contrato de constitución social o de las actas del acuerdo de aumento de capital. Estos documentos pueden ser acreditados por terceros en lo que les favorezca porque la formalidad es ad probationem(59).

Pero como la ley le ha impuesto una formalidad como medio de prueba y exige la inscripción del acto generador del aporte (art. 15 de la LGS), cualquier SOCIO o tercero con legítimo interés podrá demandar judicialmente, vía proceso sumarísimo, el otorgamiento de la escritura pública de aquellos acuerdos que requieran esta formalidad.

8. SANEAMIENTO

El aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado, sea con ocasión de la transferencia de una cosa, bloque patrimonial o cesión de derechos.

El doctor Manuel de la Puente y Lavalle define el saneamiento del siguiente modo: "Las obligaciones de saneamiento son aquellas que recaen en el transferente de la propiedad, la posesión o el uso de una cosa, en virtud de las cuales debe responder ante el adquirente por los perjuicios que por razón de evicción, vicio oculto de una cosa o hecho propio del transferente, le causa el no poder destinar la cosa a la finalidad de su adquisición".(60)

Conforme al artículo 28 de la LGS, el socio aportante asume la obligación de saneamiento del bien aportado, en tal sentido las clases de saneamiento que asume el socio son las siguientes:

a) Por evicción:

"Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente (en este caso la Sociedad) es privado total o parcialmente del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia" (art. 1491 Código Civil).

La sociedad tendrá en este caso el derecho de exigir al socio aportante, según lo prescrito en el artículo 1495 del Código Civil:

1. "El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido.
2. Los intereses legales desde que se produce la evicción.
3. Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.
4. Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlos.
5. Los tributos y gastos del contrato que hayan sido cargo del adquirente.

6. Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente (sociedad) no abonadas por el evicente.

7. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente (socio) incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato".

b) Por vicios ocultos:

"El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia" (art. 1503 Código Civil).

Por consiguiente, si el aportante debe asumir los "vicios ocultos" existentes al momento de la transferencia, entonces no responderá por el aporte realizado si el adquirente (los representantes o administradores de la sociedad), actuando con diligencia ordinaria, pudieron conocer este vicio de acuerdo a su aptitud personal, que puede estar vinculada al ejercicio de una profesión u oficio, o a las circunstancias en que se realiza el examen del bien(61) (art. 1504 Código Civil).

Verificados los vicios ocultos, la sociedad podrá optar por la resolución del vínculo obligacional y exigir al socio aportante el pago de los conceptos indicados en el artículo 1512 del Código Civil (62) (acción redhibitoria), o por ajustar la valorización del bien y exigir se le pague lo que el bien vale de menos más la indemnización por daños y perjuicios correspondiente (acción estimatoria contemplada en el artículo 1513 del Código Civil).

c) Por hecho propio:

"El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuya el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto" (art. 1524 Código Civil).

En este supuesto la sociedad, al igual que en la causal por vicios ocultos, podrá interponer excluyentemente bien la acción redhibitoria o la acción estimatoria mencionadas anteriormente.

Por tal motivo en caso de que el bien aportado (a la sociedad) no cumpla con la finalidad para la cual se le adquirió o resulte disminuido su valor, el socio aportante se vera en la obligación de responder frente a la sociedad, sea por aloo de una acción redhibitoria o estimatoria.

De otro lado en el caso de aportes consistentes en la cesión de derechos, el socio aportante deberá responder por el valor correspondiente al derecho cedido y además por la existencia, exigibilidad y solvencia del deudor, en la oportunidad que se realizó el aporte (art. 28 LGS).

Mientras que en el supuesto del "fondo empresarial" y otros "bloques patrimoniales" nos remitimos a lo apuntado sobre el particular.

9. Riesgo

Los artículos 29 y 30 de la LGS se refieren a los supuestos de asunción de riesgo ante la pérdida de bienes corporales(63) materia del aporte.

a. Pérdida antes de la entrega

El artículo 30 es aplicable únicamente cuando nos encontramos frente a obligaciones de dar en las cuales la ejecución de la prestación no se realiza inmediata e instantáneamente ("antes de la entrega"). Es decir en las que medie un lapso de tiempo entre el momento en que se llegó al acuerdo de realización del aporte y en el que deba ejecutarse o entregarse el bien a ser aportado.

En este sentido, en caso de que los bienes materia de aporte se pierdan, destruyan o deterioren antes de haber sido entregados a la Sociedad, deberán distinguirse los siguientes supuestos.

Si la obligación de dar consiste en bienes inciertos o determinados por el género, el socio no queda liberado frente a la sociedad, pues al tratarse de un bien genérico éste no perece, pudiendo ser reemplazado por otros bienes iguales o parecidos del mismo género.

Sin embargo en caso de una obligación de dar bienes determinados o individualizados, el socio aportante asumirá el riesgo de la pérdida del bien, puesto que se extinguirá la obligación de realizar el aporte al que se comprometió sin tener derecho a la contraprestación (acciones o participaciones) de la sociedad.

Por último si el aporte consiste en el uso o usufructo de una cosa, el aportante podrá sustituirlo por otro bien que preste a la sociedad los mismos beneficios. En este caso la sociedad queda obligada a recibirlo salvo que el bien que se perdió era el bien que la sociedad estaba dispuesta a explotar en especial.

b. Pérdida después de la entrega

Ahora, si la pérdida del bien se realiza luego que el socio aportante transfirió el derecho de propiedad del bien aportado y procedió a su entrega, será la sociedad la que sufrirá el deterioro o pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, la sociedad sufrirá el desmedro de su activo y permanecerá con la obligación de cumplir con su contraprestación: otorgar al socio aportante el número de acciones o participaciones correspondientes al aporte realizado(64).

En caso de que el aporte consista en derechos reales como el uso o usufructo respecto a una cosa, si se pierde dicho bien (luego de entregada la cosa), ambas partes sufren perjuicio económico. La sociedad pierde el derecho de uso o usufructo que viene explotando respecto de la cosa, y el socio aportante, el derecho de propiedad que recaía sobre la misma. Por tal motivo, el socio pierde el derecho a exigir la devolución del bien y la sociedad el derecho a exigir la sustitución del mismo (art. 29).

IV. CONCLUSIONES

En conclusión los aportes permiten integrar el capital social, cuenta fundamental del patrimonio social, mediante derechos (de propiedad, uso, usufructo, derechos intelectuales, obligacionales, etc.) cuya naturaleza jurídica es la de bienes. Éstos podrán ser materia de aporte en la medida en que sean susceptibles de valorización. No encontramos inconveniente en que las prestaciones de hacer se capitalicen en la medida en que se trate solo de sociedades de personas, pues ello no es posible en sociedades de capitales.

Finalmente los fondos empresariales y bloques patrimoniales son susceptibles de aporte en la medida en que para su transferencia se cumpla con los modos, requisitos y formalidades que corresponda a cada uno de los bienes singulares que los integran.

(*) Artículo elaborado con la colaboración de la doctora Maribel Castillo Wong y de la señorita Paola Montes Salgada.

(1) MAZEAUD, Henri León y Jean. "Lecciones de Derecho Civil". Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo 1. Buenos Aires, 1959. Pág. 435.

(2) URiA, Rodriga: citado por ELÍAS LAROZA, Enrique. En: Ley General de Sociedades. Editorial Normas Legales. Trujillo-Perú, sla. Pág. 77.

(3) Sin embargo el Código Civil argentino de Vélez Sársfield define al patrimonio como un conjunto de bienes (art. 2312). Lo cual genera confusión y que coloquialmente se use indistintamente el término patrimonio para referirse al conjunto de derechos y obligaciones de un sujeto, como, también, solo al conjunto de sus bienes (activo).

(4) ALTERINI, Atilio Aníbal. "Derecho Privado - Parte General". Editorial Abeledo-Perrot. 31 edición. Buenos Aires. 1980. Pág. 280.

(5) En este sentido el Dr. Carlos Torres y Torres Lara señala:"(...) es fácil deducir la átferencia entre el llamado patrimonio bruto y neto. MlefJtras que el primero es la suma de todos los derechos (activos), el segundo es ese mismo monto menos el que se adeuda y que en algunos tipos de sociedad se denomina capital". TORRES y TORRES LARA. "Derecho de la Empresa - Nuevos Temas.. Asesorandina S.RL Editores. Volumen 11. Lima,1989. Pág. 67.

(6) Bajo esta perspectiva la lectura del artículo 31 sería que "el patrimonio neto responde por las obligadones de la sociedad". Donde el concepto de "patrimonio neto" sería el mismo que "patrimonio social".

(7) Situación diferente es la de la sociedad civil. ya que el articufo 297 de la LGS prescribe que su capital social debe estar Integramente pagado al tiempo de celebración del pacto social.

(8) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley Genera! de Sociedades". Edilorial Nomas Legales SA Trujillo-Perú. sta. Pág. 63.

(9) MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Derecho Comerciar. Editora Grijley. Lima, 1998. Pág. 413.

(10) FERRARA, Francisco. "Empresarios y sociedades". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, sla. Pág. 148.

(11) Artículo 1529 Código Civil: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero".

Artículo 1602 Código Civil: "Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes".

Artículo 1621 Código Civil: "Por la donación el donante se obliga transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien."

(12) Manual Societario. Edición Economía y Finanzas. Urna, s.l.a. Pág. 69.

(13) Llamado Pacto Social". En: La Ley General de Sociedades (art. 5).

(14) Este acuerdo corporativo se manifestará necesariamente a través de juntas generales en los casos de Sociedades Anónimas (inciso 3 art. 115 LGS) y Sociedades Civiles (art. 301). En las demás formas societarias ello dependerá de las reglas estatutarias (art. 268, último párrafo arts. 277, 281, 282, 286).

(15) Artículo 1 LGS: "Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio común de actividades económicas".

(16) BORDA, Guillermo A. "Manual de Contratos". Editorial Perro!. Decimoséptima edición. Buenos Aires. Pág. 556.

(17) CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. "Curso de Derecho Civil. De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones". Editorial Fray Jodoco Ricke. Quito, 1973. Pág. 91.

(18) COLIN, Ambrosio y CAPIT ANT, Henri. "Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus. Madrid, 1923. Tomo Segundo. Vol. 11. Pág. 464.

(19) Cfr. su tesis de bachiller sobre "La Clasificación de Bienes. - Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1983.

El doctor Jara incluso critica la clasificación de bienes en muebles o inmuebles, ya que es partidaria de la clasificación de bienes registrados y no registrados así como de los bienes registrables y no registrables (págs. 36 y ss):

"La clasificación de las cosas muebles e inmuebles es insuficiente porque no alcanza a todos los bienes. En efecto, los derechos, esto es, los llamados bienes incorpóreos no pueden estar incluidos en la clasificación porque 'la distinción de los bienes muebles e inmuebles solo se aplica a las cosas materiales. Únicamente atiéndose de las cosas materiales se puede hacer la pregunta de si son o no susceptibles de desplazamiento'. (Marcel Planiol). Es un despropósito hablar de un derecho mueble o inmueble. Así como no podemos hablar del olor, color o sabor de un derecho no podemos hablar de su inmovilidad o de su posibilidad de traslado. Los derechos del autor, del artista o del inventor sobre la obra intelectual que han creado o sobre el invento que han hecho, son derechos que se comercian y que constituyen elaboraciones mentales, abstracciones que, evidentemente, nada tienen que hacer con un criterio referido a mueble o inmueble.

(20) Vale decir se desplegarán conductas relacionadas con el "modo. en que se transfieren los derechos, por ejemplo: entrega de cosas muebles o cesión de derechos.

(21) La Ley de Sociedades Comercial Argentina, Ley N° 19.550, exige que los bienes sean susceptibles de ejecución forzosa, lo cual no precisa nuestra ley.

"Artículo 39.' En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada".

(22) URiA, Rodríguez y MENÉNDEZ, Aurelio. "Curso de Derecho Mercantil". Civitas Ediciones. S.I. Tomo 1.

Madrid, 1999. Pág. 804.

(23) ElÍAS LAROZA. Enrique. Op. cit. Pág. 71.

(24) IBID. Pago 70.

(25) Artículo 38, Ley de Sociedades Española:

"1, Las aportaciones no dinerarias cualquiera que sea su naturaleza, habran de ser objeto de un informe

elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga.

2. El informe de los expertos contendra la descripción de una de las aportaciones no dinerarias con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal, y en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.

3. El informe se incorporara como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o la de ejecución del aumento del capital social, depositandose una autenticada en el registro mercantil al presentar a inscripción dicha escritura",

(26) La sociedad podría denunciar penalmente al socio aportante por delitos contra la fe pública:

Artículo 427 C.P. (Falsedad material): "El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, sera reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, titulo auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco dias-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, sera reprimido, en su caso, con las mismas penas".

Articulo 428 (Falsedad ideológica): "El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, sera reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto siemore Que de su uso pueda resultar algún Deriuicio será reorimido en su caso con las mismas oenas.

Artículo 438 C.P. (Falsedad genérica).- El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente Y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponden, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena pMvativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años",

(27) Por hablarse "incorporados" en documentos de papel, pueden considerarse como bienes corporales los Títulos Valores con este soporte material.

(28) La relación corporativa difiere de un contrato de trabajo. pues en aquella el servicio se asocia y se sujeta a una relación societaria (normas estatutarias y acuerdos internos), mientras que en el contrato de trabajo se sujeta a una relación laboral regida por dicho contrato de cambio y por el régimen laboral de la actividad privada.

(29) Artículo 35 del Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N2 200-2001-SUNARP/SN: "En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

a) Si el aporte es en dinero, deberá insertarse en la escritura pública el documento expedido por una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional, donde conste su abono en una cuenta a nombre de la sociedad (...r.

(30) Artículo 947 Código Civil: ~ transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".

(31) MESSINEO. Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa América.

Tomo IV. BuenosAires, 1979. Págs. 36 y 37.

(32) Artículo 949 Código Civil: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario,"

(33) Artículo 1030 del Código Civil: -Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo, Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años, A su vencimiento, el propietaria del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto",

(34) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "Manual de Derecho Civil. Editorial Perro!. Tomo 11- B. Buenos Aires, sta.Pág. 13.

(35) OSTERLING Felipe y CASTILLO FREYRE Mario. "Tratado de las Obligaciones". PUCP Fondo Editorial.

Tomo 111. Lima, 1994. Pág. 487.

(36) Artículo 1206, Código Civil: "La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por título distinto".

(37) Artículo 1435, Código Civil: "En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultánea o después del acuerdo de cesión. Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato solo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta".

(38) BRUNETTI, Antonio. "Tratado del Derecho de las Obligaciones". Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Buenos Aires, 1960. Pág. 299.

(39) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios sobre el Contrato Privado", Cultural Cuzco Editores. Tomo 11. Lima, 1983. Págs. 75 y 76.

(40) "Artículo 1438 Código Civil: El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario. Este pacto no surte efecto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente.

Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El cedido puede oponer al cesionario y éste a aquéllas excepciones y medidas de defensa derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que expresamente hubiera hecho reserva de ellas en el momento en que aceptó la cesión".

(41) CASTILLO WONG, Maribel. "Derechos de Autor en la Legislación Peruana". Artículo publicado en el Portal Legal Teleley. www.teleley.com.

(42) Artículo 128 D. Leg. N° 823: "Se entiende por marca todo signo que sirva para diferenciar en el Mercado los

productos y servicios de una persona de los productos o servicios de otra persona. Podrán registrarse

como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica (...)"

(43) HOGUIN NÚÑEZ DE PRADO, Óscar. "Tratado de Derecho de Propiedad Industrial". Editorial HNP. 1ª edición. Lima, 1997. Pág. 306.

(44) A mayor abundamiento nos remitimos a lo desarrollado en el punto 5.2.2.1.-A. (45) Artículo 22 D. Leg. N° 823: "Se entiende por patente el título por el cual el Estado concede el derecho exclusivo de explotación al titular de una invención dentro del territorio nacional".

(46) CASTILLO WONG, Maribel. "Derechos de Autor en la Legislación Peruana", Artículo publicado en el Portal Legal Teleley. www.teleley.com.

(47) BUSTA GRANDE, Fernando. "El Derecho de Autor en el Perú". Grijley. Tomo 1. Lima, 1997. Pág. 196.

(48) HERNANDO CEBRIA, Luis Hernando. "La transmisión de la empresa a través de distintos contratos". En: Revista de Derecho Mercantil N° 242. Gráficos Aguirre Camperio SL Madrid, octubre - diciembre 2001. Págs. 1876-1877.

(49) Según texto publicado en el Diario Oficial El Peruano del 6 de mayo de 1999.

(50) Ibid.

(51) Lo cual lleva a extender a este punto lo manifestado sobre "cesión de posición contractual" en el punto 5.2.2.1.-6.

(52) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario - Parte General". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1997. Pág. 654.

(53) Ibid. Pág. 656.

(54) Artículo 35 inciso f) del Reglamento del Registro de Sociedades.

(55) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. Pág. 72.

(56) RIVERA, Eduardo. "Contabilidad 1". Universidad del Pacífico. Urna, 1996. Págs. 19 y 132.

(57) MESSINEO, Francesco. Op. cit. Tomo 11. Pág. 381.

(58) LOHMANN, Guillenno. "El negocio jurídico". Editora Grijley. Lima, 1997. Pág. 135.

(59) Véanse los últimos párrafos del artículo 16 y artículo 135 de la LGS que dicen lo siguiente:

Artículo 16: "(...) La inscripción de los demás actos o acuerdos de la sociedad, sea que requieran o no el otorgamiento de escritura pública, debe solicitarse al registro un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de realización del acto o de aprobación del acta en la que conste el acuerdo respectivo.

Toda persona puede ampararse en los actos y acuerdos a que se refiere este artículo para todo cuanto le favorezca, aun cuando no se haya producido su inscripción".

Artículo 135: "(...) Cualquier accionista concurrente a la Junta General tiene derecho a firmar el acta. El acta tiene fuerza legal desde su aprobación".

(60) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit. Tomo VI. Pág. 240.

(61) Ibid. Pág. 443.

(62) Artículo 1512 Código Civil:

"1.. El valor que tendría el bien al momento de la resolución (...).

2.- Los intereses legales desde el momento de la citación de la demanda.

3. - Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.

4.' Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.

5. - La indemnización por daños y perjuicios. cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa res.

pecto de la existencia de los vicios".

(63) Vale decir, los artículos 29 y 30 se refieren a la pérdida de derechos sobre la cosa.

(64) OSTERIING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op.cit. Tomo 11. Pág. 39.

LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

Rafael ARTIEDA ARAMBURÚ

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la figura de las prestaciones accesorias, con especial énfasis en el régimen legal que las regula actualmente en nuestro país.

Para ello, dedicaremos el primer capítulo a efectuar una breve revisión de los antecedentes de las prestaciones históricas, cuyo origen histórico se remonta a las sociedades remolacheras alemanas del siglo XIX. Así, comentaremos la evolución en el tiempo de las normas que han venido regulando a las prestaciones accesorias en países como Alemania, España, Argentina y, por supuesto, el Perú. En nuestro segundo capítulo, analizaremos la relación existente entre las prestaciones accesorias y los aportes de capital que deben efectuar los socios de las sociedades, ya sean anónimas o comerciales de responsabilidad limitada.

El tercer capítulo del presente artículo, referido al régimen legal de las prestaciones accesorias, se divide a su vez en tres subcapítulos: en el primero intentamos esbozar un concepto, a la luz de la doctrina más autorizada; en el segundo, analizamos las normas legales que regulan el tema, actualmente, en el Perú; finalmente, el tercer subcapítulo está dedicado al contenido de las prestaciones accesorias.

II. ANTECEDENTES

Según señala el tratadista argentino Alberto Víctor Verón, el origen más concreto de las prestaciones accesorias se encuentra en las sociedades dedicadas a actividades agrícolas, específicamente al cultivo de remolacha, en Alemania, durante el siglo XIX.

Dichas empresas eran constituidas bajo la forma de sociedades anónimas, en las cuales los socios, además de realizar la prestación de aporte del capital, propia de dichas formas societarias, asumían la obligación de cultivar remolacha azucarera para proveer a la sociedad.

Esta obligación era ubicada por la jurisprudencia alemana en la teoría del contrato singular, según la cual:

"...los accionistas no podían asumir la obligación de cultivar remolacha como una obligación de carácter social; pero sí en cuanto terceros contractualmente, aunque no podía desconocerse que este contrato se celebraba por los accionistas en atención a sus derechos y deberes de socio". (1)

Indica el mismo autor que la teoría del contrato singular fue posteriormente atacada por Fischer, quien demostró su invalidez con los argumentos de su teoría corporativista, en virtud de la cual:

"La fuente de los derechos y deberes de los socios es aquí la misma que la de la persona colectiva; la declaración de voluntad de todos los interesados, cuyo contenido forma el régimen, el estatuto de la corporación" (2).

En cuanto a normas de derecho positivo, la regulación más remota de las prestaciones accesorias se encuentra, para las sociedades de responsabilidad limitada, en la Ley Alemana de 1892 y, para las sociedades anónimas, en la HGB, 212-216, del mismo país(3).

En el caso de España, el tema de las prestaciones accesorias se encontraba previsto en el artículo 10 de la hoy derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, del 17 de julio de 1953, según la cual la accesorias eran distintas de las aportaciones de capital y no podían ser capital de la sociedad. Como anota Manuel de la Cámara Álvarez, antes de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas española, ya era posible establecer prestaciones accesorias en las sociedades anónimas.

Dicho autor cita la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 5 de abril de 1961, que declaró válida una disposición estatutaria en virtud de la cual los accionistas de una sociedad anónima se habían obligado a no competir entre sí; cita, asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 5 de abril de 1961 (4).

En el Perú, las prestaciones accesorias fueron reguladas por primera vez por la Ley N° 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, promulgada por Decreto Supremo de fecha 27 de julio de 1966, cuyo artículo 101, referido a las sociedades anónimas, establecía textualmente lo siguiente:

"Artículo 101: Además de la obligación de los aportes al acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando su contenido, su duración, las modalidades y la retribución acordada, así como las sanciones para el caso de incumplimiento. Tales obligaciones no pueden integrar el capital social.

Los títulos a los cuales es conexas la obligación de las prestaciones antedichas, deben ser nominativos, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y les será aplicable el artículo 119 (5).

Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto".

Respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 277 de la Ley de Sociedades Mercantiles disponía a la letra:

"Artículo 277.- En la escritura de constitución social podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la retribución que, con cargo a los beneficios, hayan de recibir los socios que las realicen. Tales prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad.

Las cuotas a las que es conexas la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles únicamente con el consentimiento de los administradores".

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 311, se modificó la Ley de Sociedades Mercantiles. Asimismo, por Decreto Supremo N° 003-1985JUS, se

aprobó el Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, norma que reprodujo íntegramente el texto de los artículos 101 y 277, transcritos líneas arriba.

III. RELACIÓN CON LOS APORTES DE LOS SOCIOS

El hecho de que el artículo 75 se encuentre ubicado en el Título IV del Libro 11 de la Ley General de Sociedades, referido a aportes y adquisiciones onerosas en la sociedad anónima, demuestra que el legislador, pese a distinguir claramente entre ambas figuras, entendió que existe relación entre ellas.

Resulta significativo, asimismo, el hecho de que la mayoría de los autores que tratan sobre el tema de las prestaciones accesorias, lo hacen dentro o inmediatamente después de los capítulos o apartados referidos a los aportes que los socios deben efectuar en beneficio de la sociedad.

El mismo razonamiento puede ser aplicado a la relación existente entre los aportes que efectúan los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, y las prestaciones accesorias a las que pueden obligarse los socios de dichas sociedades.

Según el profesor Joaquín Garrigues, el concepto de aportación social comprende a:

"...todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato (WIELAND). La esencia de la aportación consiste en ser medio para conseguir el fin común ('para obtener lucro' dice el art. 116). De aquí se deduce que ha de referirse la aportación a un resultado futuro (no son aportaciones las prestaciones realizadas por los socios para compensar pérdidas). De su naturaleza de medio deriva también la extensión del concepto: es aportación todo lo que sea adecuado como medio de obtención de una ganancia

(cosas, dinero, mercancías, derechos de propiedad industrial o intelectual, una empresa entera, servicios personales, conocimientos técnicos, etc.)".(6)

De igual modo, los profesores Uría, Menéndez y García de Enterría, refiriéndose al objeto de las aportaciones sociales en la sociedad anónima, aunque en nuestra opinión dicho análisis es aplicable también a la sociedad co

mercial de responsabilidad limitada, señalan lo siguiente:

"En la medida en que las aportaciones respaldan la cifra del capital social y reflejan el aporte patrimonial comprometido por cada socio, la aportabilidad de un activo depende únicamente de su aptitud para ser evaluado en un plano económico, sin que legalmente venga exigido ningún otro elemento añadido (como podría ser el de su posible transmisibilidad o el de la ejecutabilidad en beneficio de los acreedores). De ahí que incluso bienes de carácter inmaterial, como serían los secretos industriales no patentados sobre ideas, productos o procedimientos (know how), el fondo de comercio y hasta meras situaciones de hecho (canales comerciales, clientela, etc.) puedan ser objeto de aportación a una sociedad anónima, mientras tengan un contenido patrimonial y puedan ser valorados de forma segura y objetiva" (7).

Por su parte, Ulises Montoya Manfredi define al aporte, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, como:

"...una obligación de dar o hacer, sin otra prestación que el reconocimiento, por la sociedad, de que el titular tiene una parte de interés en ella"(B).

La importancia de los aportes de los socios es tal que, en palabras del profesor Cabanellas:

"En el contrato de sociedad, la obligación esencial del socio consistirá en cumplir con los aportes allí comprendidos. El socio no es tal sino en virtud de que realiza algún tipo de aporte a la sociedad..."

En el mismo sentido, Garrigues, refiriéndose al derecho español, señala que: sún a'portaciones de cosas, de derechos o de trabajo. Todo socio debe obligarse a realizar una aportación, y para la existencia de la sociedad basta con que la obligación haya nacido sin que sea necesario que la aportación se haya realizado ya" (9).

El pago de los aportes de los socios, que constituye la contraprestación por la entrega de las acciones suscritas, se efectúa poniendo a disposición de la sociedad bienes o derechos susceptibles de valoración económica. Ello ha sido establecido claramente por el artículo 74 de la Ley General de Sociedades(10)

Respecto del tema, el doctor Elías Laroza señala que:

"El hecho de que los bienes o derechos que se aportan a la sociedad sean susceptibles de valoración económica debe entenderse no solamente en el sentido de una equivalencia en dinero, sino que es necesario que los aportes estén en el comercio y que sean realizables o convertibles en dinero, de tal manera que, eventualmente, puedan ser vendidos o utilizados para pagar las deudas sociales" (11),

De esa manera, para algunos autores, los bienes o derechos pasan a formar parte del patrimonio social, que a su vez actúa como garantía para los terceros que contraten o estén interesados en contratar con la sociedad.

Por su parte, Halperín indica que el capital de la sociedad está formado por la suma de los aportes de los socios(12),

En el mismo sentido se pronuncia Verón, comentando el artículo 11, inciso 4) de la Ley de Sociedades Comerciales argentina(13):

"El capital social se forma con los bienes aportados por los socios y por ello, aquel importe debe coincidir con el valor de estos bienes, dada la función que el capital cumple frente a terceros" (14).

"La aportación o puesta en común de alguna cosa es requisito esencial en nuestro Derecho positivo (v. arto 116 del C. de C.). Así pues, no hay sociedad ¡;~ u BISIIUIL Ac' Discrepando de dicha posición, el profesor Cabanellas pf, ' clsa que debe evitarse confundir, como frecuentemente hace la doctrina, al . nto de l~

aportes con el capital social, ya que el capital:

"...es un valor cuantitativo dado a las participaciones de los socios, mientras que los aportes constituyen -según el concepto que de ellos se adopte- obligaciones o prestaciones, que pueden o no verse reflejadas en el capital, según se advierte en los casos de emisiones con primas"(15).

Por su parte, el doctor Enrique Elías Laroza señala que:

"El capital de las sociedades anónimas se forma gracias a los aportes de los socios, que constituyen los primeros activos con los que se inicia el desarrollo de las actividades económicas para las que fue creada. En principio, el affectio societatis no se basa en la identidad de los accionistas ni en los vínculos o relaciones personales que puedan existir entre éstos"(16).

En nuestra opinión, dejando a salvo el caso excepcional de la emisión de acciones con prima, planteado por Cabanellas, resulta correcto afirmar que, al menos inicialmente, en la mayoría de los casos existe una identidad entre los aportes de los socios y el capital de la sociedad.

Debido a la importancia que tienen los aportes para la formación del patrimonio social, las normas societarias, no siendo la peruana una excepción, fijan reglas estrictas y detalladas para regular aspectos tales como los bienes que pueden ser objeto de aporte, la entrega de los aportes y la transferencia del riesgo, la revisión del valor de los aportes no dinerarios, las adquisiciones onerosas, el pago de los dividendos pasivos y los efectos de la mora, entre otros.

Estas reglas, que son aplicables a todos los aportes efectuados por los socios, y no solo a las efectuadas por éstos al momento de constituir la sociedad, contribuyen a garantizar que la participación de cada socio en la sociedad, es decir, en el universo de derechos y obligaciones que le corresponden en virtud a su calidad de socio, tenga una correcta relación con el valor real de los aportes efectuados.

IV. RÉGIMEN LEGAL DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

1. Concepto

Según Joaquín Rodríguez, se entiende por prestaciones accesorias:

"...aquellas que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, independientemente de su deber de aportación, y que suponen para el socio el derecho a una contraprestación" (17).

Según el artículo 51 de la Ley General de Sociedades, no se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima(18). Ello se con dice con el carácter capitalista que constituye la esencia de dicha forma societaria.

A pesar de ello, a través de las prestaciones accesorias, reguladas por el artículo 75 de la Ley General de Sociedades, se incluye un elemento de tipo personal en las sociedades anónimas, consistente en que los accionistas se comprometan, frente a la sociedad, a entregar determinados bienes o prestar ciertos servicios. Se trata de prestaciones que, a su vez, son objeto de obligaciones que asume cada accionista en forma personal.

Elias Laroza expresa esta idea de la siguiente manera:

"Aunque por su naturaleza la sociedad anónima no admite el aporte de servicios personales que pasen a integrar su activo, muchas veces los fines societarios requieren la prestación de esta clase de servicios por parte de los socios. Para cubrir esa necesidad, el artículo 75 de la LGS regula las prestaciones accesorias, distintas de los aportes, a las que pueden obligarse los accionistas. Ello puede ser en favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros" (19).

En nuestra opinión, es posible definir como prestación accesorias a aquella que es objeto de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que no integra el capital social y es distinta de los aportes, asumida en forma personal por el accionista de una sociedad, ya sea frente a otros accionistas, a la propia sociedad o a terceros.

2. Normas aplicables

En España, las prestaciones accesorias son reguladas con mayor detalle en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que en la Ley de Sociedades Anónimas, situación que es explicada por Uría, Menéndez y García de Enterría:

"...por tratarse sin duda de una figura característica de pequeñas sociedades cerradas y matiz personalista"(20).

En nuestro país, en cambio, la regulación legal de las prestaciones accesorias es más completa y detallada en el caso de las sociedades anónimas que en el de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

El artículo 75 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, vigente desde el 1 de enero de 1998, establece textualmente lo siguiente:

"Artículo 75.- Prestaciones accesorias

El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento, y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital.

Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias con el consentimiento del accionista o de los accionistas, que deben prestarlas.

Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que éstas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa".

En cuanto a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, según el artículo 294, inciso 2) de la Ley General de Sociedades, el pacto social debe contener:

"2. Las prestaciones accesorias que se hayan comprometido a realizar los socios, si ello correspondiera, expresando su modalidad y la retribución que con cargo a los beneficios hayan de recibir los que la realicen; así como la referencia a la posibilidad de que ellas sean transferibles con el solo consentimiento de los administradores".

Como puede apreciarse, las normas contenidas en la Ley General de Sociedades actualmente vigente, aunque mantienen lo esencial de sus antecesoras, introducen importantes modificaciones.

En efecto, en el caso de las sociedades anónimas, la norma actual no limita la creación de las prestaciones accesorias al acto constitutivo, como sucedía con la ley anterior, sino que establece que éstas puedan estar contenidas en el pacto social, y además de ello permite que dichas prestaciones puedan ser establecidas posteriormente, mediante acuerdo de junta general, siempre que el o los accionistas que deben prestarlas se encuentren de acuerdo.

Asimismo, la nueva Ley General de Sociedades contempla la posibilidad de modificar las prestaciones accesorias, con el consentimiento expreso de los

accionistas obligados. Ello constituye un avance interesante respecto de la ley anterior, ya que se permite un mayor dinamismo en la aplicación de la figura.

Otra modificación importante de la nueva ley consiste en eliminar, en nuestra opinión acertadamente, la restricción contenida en la ley anterior, según la cual las prestaciones accesorias no podían consistir en dinero. Tal prohibición, aparentemente originada en el temor a que los accionistas realizaran aportes "encubiertos", carecía de utilidad práctica, ya que podía ser fácilmente burlada mediante el establecimiento de prestaciones accesorias consistentes en la entrega de bienes fungibles distintos del dinero.

En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, la norma actual no introduce mayores modificaciones respecto de la anterior, salvo por el hecho de que las prestaciones accesorias ya no están contenidas en la escritura de constitución social, sino en el pacto social; además, la norma vigente omite señalar expresamente que las prestaciones accesorias son distintas de las aportaciones al capital social, aunque dicha característica se desprende de la naturaleza de las mismas.

A nuestro criterio, hubiera sido deseable que la nueva Ley General de Sociedades contemplara, para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, la posibilidad de establecer prestaciones accesorias por acuerdo de junta general de socios, siempre que se cuente con el consentimiento de los socios que estarían obligados a ejecutar dichas prestaciones.

Respecto de la posibilidad de transmitir acciones o participaciones con prestaciones accesorias, el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas española dispone que:

"...la transmisibilidad de las acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada, salvo disposición contraria de los estatutos, a la autorización de la sociedad en la forma establecida en el artículo 63".

El punto tercero del artículo 63 de la misma norma, establece:

"La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla. Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad".

Según indica Torralba(21), el fundamento de la exigencia legal de dicha autorización consiste en que la sociedad pueda examinar la naturaleza de la prestación accesorias, con la finalidad de determinar si tal prestación puede ser cumplida por el adquirente.

El autor, aplicando al caso de las prestaciones accesorias lo dispuesto por los artículos 1205 y 1161 del Código Civil español(22), referidos a la novación de obligaciones y a la prohibición de compeler al acreedor de una obligación de hacer, a recibir la prestación a cargo de un tercero, cuando la calidad y circunstancias personales del deudor hubieran sido consideradas al establecer la obligación, respectivamente, indica que:

"la transmisión de acciones con prestaciones accesorias requerirá la autorización de la sociedad, dada la unión que existe entre la titularidad de las acciones y la obligación de realizar prestaciones accesorias.

En consecuencia, hay que concluir que las restricciones a la transmisibilidad de las acciones con prestaciones accesorias no se pueden considerar como una excepción o anomalía jurídica, sino que, muy por el contrario, son fruto de la aplicación al campo del Derecho de Sociedades de normas generales del Derecho de Obligaciones. Ello hace que las restricciones a la transmisibilidad de las acciones con prestaciones accesorias sean elemento esencial de las mismas"(23).

En el caso peruano, aunque la Ley General de Sociedades no contempla en forma específica la posibilidad de establecer restricciones a la transmisibilidad de las acciones con prestaciones accesorias en la sociedad anónima, el artículo 101 de dicha norma permite establecer limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones, siempre que ello no implique la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar(24).

A nuestro criterio, el elemento personal que caracteriza a las prestaciones accesorias determina por sí solo la existencia de restricciones a la transmisibilidad de acciones que contengan prestaciones accesorias, sin que sea necesario para ello recurrir al análisis de las normas sobre obligaciones, que, dicho sea de paso, resultaría aplicable únicamente a las prestaciones accesorias que sean objeto de obligaciones de hacer, lo que excluiría a las prestaciones accesorias que sean objeto de obligaciones de dar o de no hacer.

Sin embargo, consideramos recomendable que, en caso de que los accionistas de una sociedad anónima decidan incluir, ya sea en el pacto social o por acto posterior, prestaciones accesorias, incluyan también las reglas aplicables a la transmisión de las acciones que contengan a dichas prestaciones.

En cuanto a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, en el artículo 294, inciso 2) de la Ley General de Sociedades, sí se regula especialmente la posibilidad de transferir participaciones sociales con prestaciones accesorias, disponiendo que el pacto social deberá contener la referencia a la posibilidad de que las prestaciones accesorias sean transferibles con el solo consentimiento de los administradores.

Aunque la redacción de la norma en mención parece indicar que se refiere a la transferencia directa de las prestaciones accesorias, en nuestra opinión ello debe entenderse como la posibilidad de transferir las participaciones sociales que, a su vez, llevan aparejadas las prestaciones accesorias a que se comprometieron los socios titulares de tales participaciones.

Aparentemente, la racionalidad de la norma estaría en facilitar la transmisibilidad de las participaciones sociales que contienen prestaciones accesorias, sin que sea necesario para ello modificar el pacto social, que incluye a las referidas prestaciones accesorias.

De otro lado, debemos señalar que el elemento de carácter personal que define a las prestaciones accesorias nos permite distinguirlas claramente de las obligaciones adicionales al pago de la acción, reguladas por el artículo 86 de la Ley General de Sociedades. A diferencia de las prestaciones accesorias, las obligaciones adicionales al pago de la acción son asumidas por el titular de las acciones que las contengan, cuya identidad y cualidades personales resultan irrelevantes(25).

3. Contenido de las prestaciones accesorias

Como indican Uría, Menéndez y García de Enterría, haciendo referencia a la legislación española (arts. 9.1 LSA y 127 RPM), los estatutos de las sociedades deben expresar el contenido, el carácter gratuito o retribuido, la forma de retribución y las eventuales cláusulas penales que se apliquen en caso de incumplimiento de las prestaciones accesorias(26).

En nuestro país, tratándose de sociedades anónimas, también es obligatorio determinar el contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento de las prestaciones accesorias. Respecto de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, debe expresarse la modalidad y la retribución que con cargo a los beneficios hayan de recibir los que realicen las prestaciones accesorias, así como la posibilidad de transferir las prestaciones accesorias con el solo consentimiento de los administradores.

Las normas peruanas, en nuestra opinión acertadamente, no disponen que el contenido de las prestaciones accesorias deba ser determinado necesariamente en el estatuto. Tal solución legislativa, acorde con la opinión de la doctrina más autorizada, brinda a los accionistas o socios la posibilidad de acordar la creación de prestaciones accesorias, postergando la determinación del contenido de las mismas.

Siendo así, bastará con que dicho contenido sea expresado en la junta general en la cual se acuerde la creación de las prestaciones accesorias. De esa manera, se obtiene flexibilidad en la aplicación de las prestaciones accesorias. Otra ventaja importante, de orden práctico, consiste en que no es necesario modificar el estatuto para fijar o modificar el contenido de las prestaciones accesorias cuya creación se haya acordado con anterioridad.

De otro lado, del texto de los artículos 75 y 294, inciso 2) de la Ley General de Sociedades, cuya redacción es de considerable amplitud, se desprende que, en el Perú, es posible pactar prestaciones accesorias, que pueden ser objeto de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, dinerarias o no, con casi cualquier contenido, siendo las únicas limitaciones las siguientes:

Que no integren el capital de la sociedad

Se trata, además de la prohibición expresa contenida en el artículo 75 de la Ley General de Sociedades, de un elemento característico de las prestaciones accesorias.

Como señalan Uría, Menéndez y García de Enterría, la característica que mejor define a las prestaciones accesorias es que, a diferencia de los aportes de los socios, no pueden integrar el capital de la sociedad. En efecto:

"...cualquiera que sea el contenido de las prestaciones accesorias, el socio que las realice no puede recibir acciones a cambio, determinándose la participación social que haya de corresponderle únicamente en función de las aportaciones efectuadas" (27).

En opinión de Cabanellas, lo característico de las prestaciones accesorias consiste en que éstas:

"...no son parte de la contraprestación en virtud de la cual el socio recibe participaciones en el capital de la sociedad".

Si bien es cierto que las prestaciones accesorias son inherentes a las acciones cuya titularidad llevan aparejada, ello no significa en modo alguno que dichas prestaciones puedan formar parte del capital social.

Refiriéndose a esta limitación, señala Elías Laroza:

"En la medida en que son obligaciones de hacer y no de dar, los servicios prestados a título personal no pueden transferirse a la sociedad para integrar su patrimonio efectivo ni reflejarse en el capital social" (28).

Coincidimos con el citado autor cuando señala que las prestaciones accesorias no pueden integrar el capital de la sociedad. Debemos precisar, sin embargo, que las prestaciones accesorias no son únicamente objeto de obligaciones de hacer, sino que también pueden consistir en obligaciones de dar, o de no hacer.

Que sean distintas de los aportes

Esta limitación, que también ha sido señalada expresamente en el artículo 75 de la Ley General de Sociedades, se desprende de la naturaleza de las prestaciones accesorias, que son objeto de obligaciones asumidas por el accionista de la sociedad anónima, o por el socio de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, en razón de su calidad de socios, pero que son independientes de la obligación de pago de las aportaciones sociales, cuya contraprestación consiste en la entrega de las acciones o participaciones correspondientes.

Respecto de la diferencia entre los aportes que deben efectuar los socios, y las prestaciones accesorias, nos remitimos a lo expuesto en el punto 2 que antecede.

Que sean valorizables económicamente

Aunque no se trata de un requisito mencionado expresamente en las normas relativas a las prestaciones accesorias, viene determinado por la naturaleza de las sociedades mercantiles, y se encuentra implícito en el artículo 1 de la Ley General de Sociedades, según el cual, quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.

Que tengan relación con el objeto social

Como acertadamente señala Torralba, el contenido de las prestaciones accesorias será determinado en función del objeto de la sociedad. El autor señala la necesidad de distinguir entre la actividad de los socios en ejecución de las prestaciones accesorias, que normalmente exige una determinada calificación profesional y/o personal, y la actividad y las prestaciones de los empleados y personal auxiliar de la sociedad, ya que:

"...no parece lógico que las prestaciones accesorias tengan por objeto actividades complementarias o auxiliares de las típicas que constituyan el fin social" (29).

Como ejemplo de actividades que, en su opinión, no podrían constituir prestaciones accesorias, Torralba cita la limpieza de los locales sociales.

Aunque, en estricto, no parece existir impedimento legal alguno para que actividades complementarias al objeto social, tales como seguridad, limpieza, etc., formen parte del contenido de prestaciones accesorias a cargo de un socio, coincidimos con el autor citado, en el sentido de que, conforme a la naturaleza de las prestaciones accesorias, el contenido de las mismas debe estar orientado al cumplimiento del objeto social.

Como ejemplos de prestaciones accesorias que podrían ser establecidas, podemos mencionar, a título meramente enunciativo, los siguientes:

- Servicios profesionales en Derecho, Contabilidad, Arquitectura, etc.

o Préstamos de dinero a favor de la sociedad.

- Entrega de materias primas para el proceso productivo que constituye el objeto social.

- Entrega de productos terminados, destinados al desarrollo de los fines sociales o a ser incorporados al proceso productivo.

- Derecho de opción, a favor de la sociedad, para adquirir un derecho del que es o será titular el socio.

- Cesión de derechos de propiedad intelectual, tales como signos distintivos, patentes de invención, etc. - Entrega de una cartera de clientes. - Abstención de competir con la sociedad en determinada actividad.

A manera de conclusión, debemos indicar que, aunque se trata de una figura poco conocida y utilizada con poca frecuencia en la práctica societaria peruana, la posibilidad de establecer prestaciones accesorias ofrece una importante ventaja respecto de los simples aportes de capital: las prestaciones accesorias no se encuentran sujetas a las limitaciones legales que, como hemos señalado en el presente artículo, rigen para los aportes de capital.

Debido a la amplitud con que han sido redactadas las normas sobre la materia, consideramos que, actualmente, es posible acordar la creación de prestaciones accesorias que sean objeto de obligaciones de hacer, de no hacer o de dar, con casi cualquier contenido, tanto en el caso de las sociedades anónimas como en el de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Finalmente, debemos indicar que la posibilidad de determinar o modificar el contenido de las prestaciones accesorias mediante un acuerdo de junta general adoptado con posterioridad a la creación de las mismas y sin necesidad de modificar el estatuto, constituye, en nuestra opinión, una importante ventaja práctica, ya que brinda flexibilidad a la aplicación de la figura de las prestaciones accesorias.

(1) VERÓN, Alberto Victor. "Sociedades Comerciales". Editorial Astrea. Tomo 1. Buenos Aires, 1982. Pág. 380.

(2) FISCHER, R. Citado por Verón. Op. cil.

Otros antecedentes normativos son los siguientes: leyes austríacas de 1889 y 1906; Ley de Liechtenstein de 1926; Código de las Obligaciones Suizo; Código Civil italiano de 1942; Y. Ley holandesa de 1971.

(4) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. Citado por TORRALBA SORIANO, Vicente. En: Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Tomo 11. Sociedades Mercantiles. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 2589.

(5) Norma referida a los títulos de goce, los cuales, salvo disposición diversa del estatuto, no daban derecho de voto en la junta general y no tenían el carácter de acciones. Dichos títulos eran transferibles. salvo que el estatuto dispusiera lo contrario.

(6) GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo 1. Editorial Porrúa. México, 1981. Págs. 333

y334

(7) URIA, Rodriaga, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. "La sociedad anónima: aportaciones sociales y desembolso del capital". En: Curso de

Derecho Mercantil. Rodriga Uría y Aurerro Menéndez. Civitas. Tomo 1. Madrid, 1999. Pág. 804.

(8) MONTOYA MANFREDI, Ulises. "Derecho Comercial". 1ª edición aumentada y actualizada. Tomo 1. Edno

ra Jurídica Grijley. Lima, 1998. Pág. 413.

(9) GARRIGUES. Op. cit Pág. 333.

(10) "Artículo 74.- Objeto del aporte.

En la sociedad anónima solo pueden ser objeto de aporte los bienes o derechos susceptibles de valoración económica".

(11) EÚAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano. la ley General de Sociedades en el Perú".

Editorial Normas legales. lima. 1999. Pág. 179.

(12) HAIPERÍN. "Curso de Derecho Comercial". Tomo 1. Buenos Aires. Pág. 246.

(13) "Artículo 11.- (Contenido del instrumento constitutivo).

El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos tipos de sociedad:

4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina. y la mención del aporte de cada socio".

(14) VERÓN. Op. cil. Pág. 100.

(15) CABANELLAS DE IAS CUEVAS, Guillermo Derecho Societario. Parte General. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades". Editorial Heliasta. Buenos Aires. Pág. 591.

(16) EÍAS LAROZA Op. cil. Págs. 131 y ss.

(17) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. "Derecho Mercantil". Tomo I. Págs. 174 y 175.

(18) "Artículo 51.- Capital y responsabilidad de los socios.

En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima."

(19) ELIAS LAROZA. Op. cit. Pág. 179.

(20) URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA. Op. cit. Pág. 812.

(21) TORRALBA. Op. ctt. Pág. 2594

(22) Código Civil español.

"Artículo 1205: La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo. puede hacerse sin el conocimiento de éste, sin el consentimiento del acreedor.

(m)

Artículo 1161: En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación".

(23) TORRALBA. Op. cit. Pág. 2595

(24) "Artículo 101.- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.

Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el

estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matricula de acciones y en el respectivo certificado.

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 acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por periodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matricula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción".

(25) "Artículo 86.- Obligaciones adicionales al pago de la acción.

En el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación. Estas obligaciones adicionales podrán ser dinerarias o no y deberán recaer sobre todas las acciones de la sociedad o sobre todas las acciones de una determinada clase.

Las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones".'

(26) URÍA MENÉNDEZ Y GARCÍA DE ENTERRÍA. Pág. 813.

(27) Ibid. Pág. 813.

(28) ELÍAS LAROZA Op. cit. Pág. 179.

(29) TORRALBA. Op. dl. Pág. 2592.

LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL

I. INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES COMUNES A AMBAS MODALIDADES DE REDUCCIÓN. LAS CLASIFICACIONES DE LA REDUCCIÓN

Puede afirmarse que resulta igualmente nociva para la sociedad tanto la falta de capital como el exceso de éste. En este contexto, cuando la sociedad requiere mayores recursos económicos para el desarrollo de sus operaciones, tiene las opciones de acudir al crédito de terceros o al aporte de capital. Cuando, por el contrario, éste resulta excesivo para el desarrollo de esas mismas actividades, sea por un equivocado cálculo al inicio de sus operaciones o porque ha disminuido la exigencia de contar con el capital aportado y existente en un determinado momento, la sociedad recurre a la operación materia de estas líneas.

Las cuestiones centrales que presenta la reducción del capital residen en sus diversas modalidades así como la manera en que ella afecta o puede afectar el interés de los accionistas y de los acreedores y las medidas que, sobre el particular, adopta el legislador. Según se verá más adelante, en la reducción adquiere singular importancia, de una parte, el principio de paridad de trato de los accionistas, desde que puede afectar su prorrata de participación, y, del otro, la tutela de los intereses de los acreedores sociales, en la medida que la reducción rebaja la cifra de retención que es el capital, cifra que sirve de garantía a sus créditos, respaldada con los activos sociales.

Para efectos de este trabajo, el análisis de ambos temas se hará teniendo en cuenta las clasificaciones que admite generalmente la doctrina: la reducción efectiva y la puramente contable o nominal, así como la reducción obligatoria o voluntaria, temas ampliamente conocidos sobre los que no vamos a incidir. Ello, sin dejar de considerar la clasificación entre reducción del capital con reducción del patrimonio neto y reducción del capital sin que lleve aparejada la disminución del patrimonio, que propone De la Cámara en su obra citada(14O). Para este autor, la reducción del capital con disminución del patrimonio, comprende los siguientes supuestos:

La devolución de aportes a los accionistas.

La reducción que se origina en el ejercicio del derecho de separación del accionista que, en nuestra LGS, está prevista en el artículo 200 y en los demás casos que hemos analizado al tratar el tema de la modificación del estatuto.

La reducción mediante la adquisición de acciones propias.

Frente a estos casos, De la Cámara señala las reducciones del capital que no conllevan la disminución del patrimonio, "pues de la sociedad no salen bienes con destino a los accionistas, sino que lo que se produce es un cambio en las partidas constitutivas del pasivo no exigible". El autor identifica entre ellas a las siguientes: La típica reducción, voluntaria u obligatoria, del capital para sanear pérdidas.

La que reduce el capital para el incremento de las reservas voluntarias o la reserva legal.

. La reducción y aumento simultáneos, que se denomina "operación acordeón".

. La reducción prevista en el artículo 76 cuando existe diferencia en la revisión del valor asignado a los aportes no dinerarios.

Finalmente, la reducción por la falta de pago de los dividendos pasivos, prevista en el artículo 80.

1. Los efectos de la reducción en el capital y en las acciones

Parece oportuno referirnos, como cuestión general y previa, al efecto de la reducción en el capital social y en las acciones que lo representan. Con la reducción, ciertamente disminuye la cifra que está consignada en el estatuto como capital y, asimismo, en la partida registral respectiva del Registro de Sociedades. Sin embargo, ése es el efecto formal, aunque necesario. En términos generales, debe señalarse que, en lo económico, la reducción conlleva una disminución del patrimonio social por la salida de bienes del activo que se entregan a los accionistas a título de devolución de aportes, o bien la disminución o eliminación de las pérdidas sufridas en las operaciones sociales que, en última instancia, son soportadas por los accionistas.

En cuanto se refiere a las acciones, como cuestión previa, debe recordarse la ecuación básica consistente en que al multiplicar el número de acciones en circulación por su valor nominal, el resultado debe ser el monto exacto del capital. O, de otra manera, al dividir el capital entre las acciones circulantes, se conocerá el valor nominal de éstas o, finalmente, al dividirse el capital entre el valor nominal se obtendrá el número total de acciones en circulación.

Pues bien, en la reducción resulta necesario reformular o reajustar la ecuación, en la medida que se modifica la cifra base del capital. Ello se logra mediante las dos formas que la LGS reconoce: la disminución del valor nominal de las mismas y la amortización de una parte de las acciones en circulación, teniendo siempre en cuenta el señalado principio de paridad de tratamiento de los accionistas. Cualquiera de estas formas puede ser decidida libremente por la sociedad.

La LGS no reconoce, en cambio, la agrupación de acciones como una de las formas de materializar la operación. La agrupación de acciones para reducir el capital, regulada expresamente por el artículo 223 de la anterior LGS, se verificaba mediante el canje de las acciones antiguas por un número menor de nuevas acciones, reduciendo así el número total de acciones en circulación las que, multiplicadas por su valor nominal, daban como resultado el nuevo capital después de la reducción.

2. La publicación del acuerdo de reducción

Antes de entrar en la materia específica, debemos referirnos a un aspecto que atañe a las dos modalidades de reducción previstas en la LGS: la efectiva y la contable o nominal y que, además, toca directamente la necesidad de tutelar el interés de los acreedores. Nos referimos a la necesidad de publicar el acuerdo de reducción adoptado por la junta.

El último párrafo del artículo 217 dispone que " ..el acuerdo de reducción debe publicarse por tres veces con intervalos de cinco días": Existe la duda respecto a la existencia de la obligación de publicar solo cuando se trata de la reducción efectiva o, desde otro ángulo, ella resulta obligada en cualquiera de las dos modalidades de reducción, esto es, tanto en la reducción por devolución de aportes como en la reducción por saneamiento de las pérdidas sufridas por la sociedad.

El tema se plantea de la siguiente manera: la ubicación del párrafo transcrito en el artículo 217 que dispone las "formalidades" que deben cumplirse para reducir el capital sin distinguir entre una y otra modalidad, permitiría interpretar que el legislador habría dispuesto que la publicación se haga cualquiera sea la modalidad de reducción que se utilice, basándose en el argumento de no ser posible distinguir donde la ley no lo hace.

Se agrega también que la ubicación actual de ese párrafo, comparada con la que tenía el tema en cuestión en la anterior Ley General de Sociedades, permitiría sostener que el legislador ha cambiado de criterio y, en la nueva ley, ha dispuesto que el acuerdo de reducción de capital se publique obligatoriamente, no solo en el caso de reducción de capital por devolución de aportes sino también en la reducción por saneamiento de pérdidas.

Los artículos 221 y 222 de la anterior LGS establecían que la publicación del acuerdo de reducción solo se exigía en los casos de devolución de aportes a los accionistas. La finalidad era manifiesta: informar a los acreedores sociales sobre el acuerdo de reducción mediante la devolución de aportes a los accionistas para que, si lo consideraban conveniente en protección de su crédito, pudieran ejercer su derecho a oponerse a la reducción "...si sus créditos no son satisfechos o la sociedad no les presta garantía"(artículo 221).

Tal salvaguarda no se exigía, en cambio, cuando se trataba de una reducción de capital para cubrir pérdidas, razón por la cual el artículo 222 disponía que "las garantías que en favor de los acreedores establece el artículo anterior, no serán obligatorias, cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad, disminuido por consecuencia de pérdidas".

Como la vigente ley no tiene esa precisión y, antes bien, incluye el requisito de la publicación del acuerdo dentro del artículo referido a las "formalidades" de la reducción del capital, cualquiera sea su modalidad, se interpreta que ella debe efectuarse en ambos casos.

Sobre esta interpretación, consideramos que la duda es más aparente que real, que la publicación es innecesaria y carece de sentido, por los argumentos siguientes:

a. El capital social, como es ampliamente admitido en la doctrina jurídica, cumple una función de garantía respecto de las deudas sociales y, por ello, su variación, aumentándolo o disminuyéndolo, queda sujeta a rigurosos requisitos y formalidades legalmente establecidos. Así lo establecen los artículos 215 y 217 de la ley, referidos a la reducción del capital.

b. Uno de los requisitos ineludibles para ejecutar la reducción de capital devolviendo aportes a los accionistas, es el pleno y absoluto respeto al derecho de

los acreedores sociales a oponerse a ella. Según el profesor español Manuel de la Cámara, el capital social

"Expresa la cifra a que debe ascender como mínimo el patrimonio social líquido que los socios se comprometen a mantener en el sentido de que no podrán retirar cantidad alguna de ese patrimonio ni en concepto de beneficios ni en ningún otro (salvo en la hipótesis,

justamente, de reducción de capital, siempre que se cumplan los requisitos que al efecto señala la ley). Agrega que "...cuando S8 habla de la función garantizadora del capital social se está hablando de las medidas que la ley adopta para que los socios no puedan disminuir esa cobertura patrimonial o solo puedan hacerla cumpliendo determinados y severos requisitos"(141).

c. Una de esas "medidas" es el derecho de oposición de los acreedores, para cuyo ejercicio resulta necesaria la información a los acreedores, que se materializa en la publicación del acuerdo de reducción adoptado por la junta. Al ejercer su derecho de oposición, los acreedores evitan que la sociedad "ejecute"o "lleve a cabo"(terminología utilizada por los artículos 218 y 219 de la ley) la reducción, es decir, evitan la entrega a los accionistas de los bienes de su activo(142), a cambio de amortizar o reducir el valor nominal de las acciones respectivas.

En la reducción por devolución de aportes, el acuerdo de la junta precede al acto por el cual la sociedad dispone de sus activos entregándolos a sus accionistas; por ello, antes de ser "ejecutado" o "de llevarse a cabo", habrá de publicarse el acuerdo de reducción y esperarse el transcurso del plazo de 30 días para que los acreedores se opongan a ello si consideran que "su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado". Así está expresamente establecido en el segundo párrafo del artículo 218 de la ley y las consecuencias legales del incumplimiento en el párrafo siguiente del mismo artículo: su inoponibilidad a los acreedores y la responsabilidad solidaria de los directores con la sociedad(143).

d. Tal finalidad cautelar deja de tener sentido cuando se trata de la disminución del capital para la cobertura o saneamiento de las pérdidas sufridas por la sociedad y, por eso, los acreedores no tienen el derecho de oposición en la reducción por saneamiento. En la reducción para "restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto": á diferencia de los supuestos señalados en el punto anterior, las pérdidas preexisten al acuerdo de reducción del capital y ellas, precisamente, son la causa del acuerdo (sea en la reducción voluntaria u obligatoria). En otras palabras, mientras que en los supuestos del punto anterior (reducción efectiva), el acuerdo de reducción es anterior a la devolución de aportes, en el saneamiento del capital afectado por pérdidas, las pérdidas existen antes del acuerdo y son causa del mismo.

e. Otra diferencia entre uno y otro caso es la causa de la reducción. Mientras que en la reducción efectiva la causa es la voluntad de la sociedad, expresada en el acuerdo de la junta, tal voluntariedad inexistente en el caso del saneamiento por pérdidas. La reducción en este caso es exigida por la ley. No altera esta conclusión la circunstancia de que la ley dispense el mismo tratamiento a la reducción "voluntaria" para cubrir pérdidas que no alcanzan los límites legales establecidos para que la reducción resulte obligatoria.

f. En este contexto, la duda queda plenamente disipada cuando el primer párrafo del artículo 218 dispone expresamente que la reducción de capital destinada a sanear pérdidas pueda "...ejecutarse de inmediato...". De ello se deduce, además, que no se producen, a diferencia de la reducción mediante devolución de aportes, los efectos legales de inoponibilidad de la devolución frente a los acreedores, así como la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los directores de la sociedad y de la sociedad misma, frente a los referidos acreedores.

La cuestión ha quedado zanjada por el Reglamento del Registro de Sociedades, cuyo artículo 72 dispone lo siguiente "salvo en los casos previstos en el primer párrafo del artículo 218 de la ley, en la escritura pública deberá insertarse, o acompañarse a la misma, las publicaciones del aviso de reducción" Como se ha indicado, el señalado primer párrafo se refiere precisamente a la reducción por saneamiento de pérdidas, en inequívoco señalamiento de no ser obligatoria la publicación del acuerdo de reducción en los casos de reducción por saneamiento.

En conclusión, aun sin considerar lo señalado en el párrafo precedente, sostenemos que carece de sustento legal la exigencia de la publicación por tres veces y con intervalos de cinco días. del acuerdo de reducción del capital cuando ella ha sido acordada con la expresa finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto.

Al tratar, más adelante, sobre la reducción nominal o contable del capital y, específicamente, su concepto y causas, exponemos otros argumentos, a favor y en contra, de la publicación del acuerdo de reducción.

II. LA REDUCCIÓN EFECTIVA DEL CAPITAL

1. Concepto y causas de la reducción

A esta categoría pertenecen aquellas disminuciones que implican la devolución de aportes a los accionistas, expresión genérica a cuyo contenido específico nos referimos en las líneas siguientes. La reducción, de una parte, rebaja la cifra del capital y, de la otra, disminuye la masa de activos sociales, algunos de los cuales son entregados a los accionistas a cambio de la amortización de sus acciones o de la disminución del valor nominal de las mismas, por igual valor. Como se ha indicado, dentro de esta modalidad se ubica también la reducción derivada del ejercicio del derecho de separación del accionista, visto en el artículo 200.

En el aspecto económico y con referencia a la denominada reducción efectiva de aportes a los accionistas, en sus comentarios sobre el régimen legal español de las sociedades anónimas, Antonio Pérez de la Cruz señala:

"...es razonable colegir que la reducción con restitución de aportaciones tendrá como objetivo natural para la sociedad la disminución de su volumen de negocios, con la consiguiente devolución a sus socios de los recursos que han quedado liberados por efecto de la desinversión y respecto de los cuales se entiende no deben permanecer ociosos en el patrimonio social", (144).

La LGS no se ocupa de señalar las causas que motivan la decisión de reducir el capital, a diferencia de la clara finalidad expresada en la reducción nominal o contable (absorber pérdidas). Debe recurrirse entonces a la doctrina para la explicación del caso. En la doctrina nacional, Enrique Elías señala las siguientes como las causas más comunes de la reducción:

a) La existencia de recursos en el activo de la sociedad que son demasiado importantes para sus necesidades. En este caso, es lógico que devuelva ese excedente a los socios, por la vía de una reducción de capital, a fin de que ellos puedan utilizarlo para otros fines.

b) Cuando la sociedad tiene bienes innecesarios en el activo que, en este caso, son normalmente bienes no dinerarios. Nada impide que esos bienes sean adjudicados en propiedad a los socios, si a éstos les interesan, por vía de reducción de capital.

c) La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, cuando ella no se hace con cargo a beneficios o reservas libres, de conformidad con el artículo 104 de la ley.

d) El ejercicio del derecho de separación por parte de uno o más accionistas, de conformidad con el artículo 200, en los casos en que se pagan las acciones con cargo al capital social.

e) La condonación a los accionistas del pago de dividendos pasivos, generalmente motivada por la razón que hemos mencionado en el acápite b).

g) Los casos de escisión de la sociedad previstos en el inciso 2. del artículo 367 de la ley.

h) Los casos de reducción de capital previstos en los artículos 76 y 80 de la ley'.

Los supuestos que la LGS considera como reducción efectiva están previstos en los tres primeros incisos del artículo 216. En definitiva, las normas señaladas establecen las cuentas del patrimonio neto que pueden ser utilizadas para la operación de reducción:

. El capital social, cuya cifra disminuye cuando la devolución de aportes se efectúa mediante la entrega a los accionistas de bienes del activo, dinerarios o no, de valor equivalente al nominal, que constituye el supuesto regulado por el inciso 1). En este caso, la reducción traerá como efecto la disminución de las cuentas del activo, del capital y, con ello, del patrimonio general de la sociedad.

. El patrimonio neto incluyendo el capital, lo que presupone la existencia de utilidades, beneficios y/o reservas. En este caso, el patrimonio general de la sociedad (y por cierto el patrimonio neto) experimentará una disminución, incluyendo los recursos del activo que se aplican a la devolución de los aportes. El supuesto implica la entrega de activos de valor superior al valor nominal de las acciones, aplicándose el monto correspondiente al nominal a reducir el capital y la diferencia contra las respectivas cuentas del patrimonio neto de la sociedad.

2. El uso de la reserva legal, de las primas de capital y las reservas estatutarias en la reducción con cargo al patrimonio neto

En el caso del inciso 2 del artículo 216, cabe preguntarse si la reserva legal del artículo 229 puede ser considerada entre las cuentas del patrimonio neto a aplicar en una reducción. Como se conoce, dicha norma establece que la reserva legal debe llegar hasta un máximo de la quinta parte del capital, añadiendo que "el exceso sobre este límite no tiene la condición de reserva legal": Teniendo en

cuenta lo anterior, en el supuesto de que la sociedad solo tuviera en su patrimonio neto las cuentas de capital y reserva legal y ésta hubiera llegado al límite señalado, la reducción solo podrá efectuarse de modo que la reserva legal, después de la reducción, continúe siendo la quinta parte del nuevo capital. Aun en el caso de que la sociedad tuviera otras cuentas patrimoniales por aplicar a la reducción, ésta no puede generar que la reserva legal deje de representar el 20% del capital, si se hubiere llegado a esa proporción antes de la reducción.

La conclusión anterior se sustenta en que la reserva legal es un recurso indisponible por la junta pues tiene destinos expresamente señalados por la LGS: cobertura de pérdidas o capitalización. En este sentido, su utilización para la reducción por devolución de aportes, implica el cambio de su condición jurídica dispuesta por una norma legal imperativa, convirtiéndola en una utilidad de libre disposición por voluntad de la junta, lo que no resulta admisible. Conclusión de la que, además, se deriva otra consistente en la imposibilidad de reducir el capital en el monto correspondiente a la reserva legal previamente capitalizada. No obstante su falta de prohibición legal expresa, esta reducción debería ser rechazada.

La misma conclusión resulta aplicable al caso que la reserva legal no hubiere llegado a su límite. Los recursos existentes en la cuenta respectiva tienen, igualmente, la calidad de indisponibles por la junta, de manera que ellos no pueden ser aplicados a la reducción, a menos que ésta se haga por un monto tal que, después de la reducción, ellos superen el límite legal establecido.

En igual situación se encuentran las reservas estatutarias y las primas suplementarias de capital. Las primeras solo podrán ser usadas para una reducción efectiva del capital, previa modificación del estatuto. En el caso de las segundas, existiendo las primas como una cuenta del patrimonio neto, ellas no son disponibles, por mandato legal, sino cuando la reserva legal haya llegado a su límite máximo. En caso contrario, las primas estarían siendo consideradas como las "utilidades o reservas de libre disposición": a las que se refiere el artículo 229, aplicadas a la cobertura de pérdidas, lo que resulta evidentemente contrario a lo señalado por el artículo 233.

3. Incidencia de la reducción respecto de los accionistas

Una de las manifestaciones más importantes del principio de paridad de trato a los accionistas se produce en la operación de reducción del capital. El segundo párrafo del artículo 217, aplicable tanto al caso de la reducción efectiva como a la reducción nominal o contable, dispone: "La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto"(146).

El interés del legislador resulta manifiesto. Ninguna reducción del capital mediante devolución de aportes o condonación de dividendos pasivos puede modificar la participación accionaria de solo alguno o algunos accionistas, sino la de todos.

Admitir la posibilidad de que la reducción solo afecte a uno pero no a todos los accionistas, por simple mayoría, significa abrir el camino para desembarazarse de accionistas "molestos" para la mayoría y otros posibles abusos.

En este punto es pertinente referir la opinión de Pérez de la Cruz(147) sobre la posibilidad de ejecutar una reducción mediante la devolución de aportes y, simultáneamente, condonando dividendos pasivos:

"La reducción con condonación de dividendos pasivos puede coexistir con una reducción con restitución de aportaciones y de hecho esa es la situación más equitativa cuando la sociedad que la acuerda tiene emitidas acciones con igual valor nominal y distinto desembolso".

La contundencia del segundo párrafo del artículo 217 nos debería relevar de mayores comentarios. Sin embargo, surgen, al menos, tres inquietudes relativas a la plena aplicación del principio de la paridad de trato en la reducción: la situación de las acciones sin derecho a voto, la de las acciones preferenciales y, finalmente, el sorteo, como una variante de la reducción mediante amortización de acciones.

Respecto de las acciones sin derecho a voto, debe señalarse que también es manifiesta la intención del legislador de proteger la prorrata de participación de las acciones de esta clase en los supuestos de aumento de capital, regulados en el artículo 96. De manera que no existe razón para afirmar que el legislador ha protegido a las acciones sin voto únicamente en los casos de aumento del capital, excluyendo los supuestos de reducción. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el segundo párrafo del artículo 217 empieza señalando que "la reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario...": sin hacer distingo alguno entre las acciones comunes y las acciones sin voto. En este sentido, tiene que concluirse que la reducción debe afectar por igual a las acciones con derecho a voto como a las que carecen de esa atribución.

No obstante la conclusión anterior, la cuestión planteada subsiste si la junta, en la que participan y votan solamente los accionistas con derecho a voto, decide por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto, que la reducción alcance únicamente a las acciones sin voto o, aplicándose también a las acciones con voto, afecte a las sin voto de manera que reduzca la prorrata de participación que ellas tienen en el capital social. Sobre el particular, consideramos que el acuerdo resulta abiertamente violatorio del principio de paridad de trato entre los accionistas y, en ese sentido, puede ser impugnado por los accionistas sin derecho a voto.

En lo que respecta a las acciones preferenciales, parece necesario y apropiado remitirse a las disposiciones que regulan la liquidación de las sociedades, para encontrar respuesta a la inquietud planteada por vía de extensión. El artículo 420 dispone al respecto: "La distribución del haber social se practica con arreglo a las normas establecidas por la ley, el estatuto, el pacto social y los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad. En defecto de éstas, la

distribución se realiza en proporción a la participación de cada socio en el capital social".

Reconociendo la opinión de la doctrina en el sentido de que la reducción puede ser considerada una liquidación parcial de la sociedad, aunque con caracteres que las diferencian que no es del caso analizar, tiene, primero, que recordarse el derecho mínimo y fundamental del accionista de participar en el patrimonio neto resultante de la liquidación, previsto en el primer inciso del artículo 95 y en idéntico inciso del artículo 96. Luego, tendría que aplicarse la norma transcrita al caso que nos ocupa, es decir, a la reducción efectiva de capital cuando existen acciones comunes y acciones preferenciales. Para tal aplicación, debe señalarse que ni en la LGS ni, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, en otra "ley" existe norma alguna, distinta al citado artículo 420, que regule la manera de devolver aportes a los accionistas, como consecuencia de una reducción, de manera que la única norma legal aplicable es la señalada. De su texto se extrae otra conclusión: como excepciones se aplican "las normas establecidas por... el estatuto, el pacto social y los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad". Solo a falta de pacto expreso contenido en esos instrumentos, se aplicará la norma general, de modo que la devolución de aportes por reducción, tiene que hacerse "en proporción a la participación de cada socio en el capital social".

Teniendo en cuenta lo anterior, tiene que recurrirse a las excepciones contenidas en el artículo 420 transcrito, para resolver la inquietud planteada sobre la reducción efectiva cuando existen acciones comunes y preferenciales. Para nosotros, la "clase" de acciones preferenciales es una de las excepciones. Su creación puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general como reza el artículo 88 y quien las suscribe y paga se somete 'a los términos y condiciones establecidos en el acto de su creación. De manera que si en él se establecen normas especiales para la distribución de utilidades, participación en las pérdidas, participación en la distribución del patrimonio neto resultante de la liquidación o en el patrimonio neto resultante de la liquidación parcial, éstas deben aplicarse con preferencia a la norma general de la distribución a prorrata. Nada impide, en nuestra opinión, que en la creación o modificación(148) de las acciones preferencial es se hayan establecido normas de excepción a la prorrata de participación, desde que se trata de un derecho de naturaleza económica, susceptible de ser pactado en la forma que mejor Convengan las partes.

Consecuentemente, las acciones preferenciales deben ser consideradas en la reducción mediante devolución de aportes, en la forma prevista en el acto de creación de las mismas o en su modificación. A falta de norma en contrario, se aplicará el principio general de la participación a prorrata junto con los demás accionistas de la sociedad.

En cuanto se refiere al sorteo, la doctrina ha señalado que "En el caso de amortización de acciones mediante sorteo, si bien es cierto que se respeta el discutido principio de la paridad de tratamiento, vienen, en cambio a conculcar se otros derechos individuales del accionista, como puede ser el derecho a no ser

privado de la condición de socio contra su voluntad, sin que exista causa legal que lo justifique"(149).

El planteamiento de Pérez de la Cruz es considerado correcto, pero sus conclusiones son excesivas a juicio de De la Cámara, quien señala:

"El principio de igualdad de trato no parece que se infrinja si el sistema con el cual han de ser seleccionadas las acciones que se amortizan (la 'medida de la amortización' de que nos habla Garrigues) coloca a todas los accionistas en la misma situación, bien porque se les prive del mismo porcentaje de acciones (método que admite Pérez de la Cruz), bien porque todos quedan sujetos al mismo riesgo (si se acuerda que todas las acciones amortizadas serán aquellas que decida la suerte)... Por otra parte y aunque la amortización (acordada por sorteo) prive al accionista o accionistas titulares de las acciones amortizadas de la condición de socio, no es razón para suponer que el acuerdo de la junta carece de efecto vinculante"(150).

En nuestro caso, el texto del segundo párrafo del artículo 217 es suficientemente explícito para evitar que se logre, a través del sorteo, cualquier forma directa o indirecta de burlar el principio de igualdad entre los accionistas. Y, si a pesar de las cautelas que adopta la LGS, se lograra una afectación no paritaria, siempre quedará el recurso a la impugnación del acuerdo de la junta.

4. Incidencia de la reducción frente a los acreedores

El principio de estabilidad que informa al capital social tiene su fundamento en la condición de sociedad de capitales que tiene la sociedad anónima y en el hecho de que el capital es una "cifra de retención", y significa que el capital no puede ser aumentado o disminuido a voluntad de los socios sin el previo cumplimiento de los requisitos y formalidades legalmente establecidos.

El capital constituye el monto mínimo del patrimonio que los socios se comprometen a mantener como patrimonio real en la sociedad, en garantía de los créditos de los acreedores. Es por esta razón que, de una parte, el capital solo puede considerarse aumentado cuando se hayan cumplido todas las formalidades legalmente exigidas para considerar efectivamente realizado el aporte de los socios. A su vez, la reducción del capital mediante la devolución de aportes a los accionistas, o la condonación de dividendos pasivos, solo puede verificarse después de la publicación de los avisos y el transcurso del plazo establecidos por la LGS, con la finalidad de que los acreedores puedan hacer uso del derecho de oposición que la ley les concede. En este sentido, Pérez de la Cruz precisa:

"El perjuicio (para los acreedores) es, sin embargo, más patente cuando se trata de reducción efectiva, porque en ella la sociedad sustrae de la garantía directa que deriva de su afección al capital, una serie de fondos patrimoniales que forman parte de su haber en el momento de adoptar el acuerdo de reducción"(151).

Para la preservación del interés de los acreedores, la LGS les concede el derecho de oposición. Con relación al contenido de ese derecho, deben señalarse las siguientes principales características del régimen vigente:

- . El derecho se concede a todos los acreedores, sin distinción. Es suficiente que tengan un crédito frente a la sociedad para que estén legitimados para el ejercicio del derecho de oposición que les concede la LGS.

- . Es suficiente que el acreedor tenga un crédito contra la sociedad para que pueda ejercer su derecho de oposición, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o plazo.

- . Solo se genera el derecho si el crédito no se encuentra adecuadamente garantizado. La calidad de "adecuado", por el grado de subjetividad que conlleva, puede generar confusión, en la medida que "lo adecuado" de una garantía es una referencia genérica que puede variar según se trate de deudas que carecen de garantía (y, en consecuencia, están garantizadas con la totalidad del patrimonio social) o que tienen una garantía específica que las respalde. Dentro de ese amplio espectro se puede encontrar una diversidad de situaciones como, solo a título de ejemplo, la que resulta de la relación existente entre una determinada deuda y el patrimonio de la sociedad, al momento de la reducción, la de la garantía específica que resulta infravalorada y otros casos que hasta podrían ser originados en una equivocada percepción o aun conocimiento básico o incluso mala fe, de quien se opone a la reducción.

- . Precisamente para evitar que se perjudique el interés del acreedor, el artículo 219 admite, más bien exige, la intervención judicial (o arbitral, si estuviera pactada), como primera medida. Ello sin-perjuicio de que la sociedad pueda optar entre el pago de la deuda o el otorgamiento de fianza extendida por una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, a favor de la sociedad por el importe del crédito y de todos los componentes de la deuda y por el plazo necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.

5. La reducción y el ejercicio del derecho de separación

El artículo 200 contiene un mandato implícito⁽¹⁵²⁾: en los casos que el accionista haga uso del derecho de separación, la sociedad debe reducir su capital y "reembolsar" al accionista el valor de sus acciones. Ello implica, sin duda, una salida de bienes del activo social con destino al accionista, en reintegro de su participación y, como consecuencia, la disminución del patrimonio neto y, específicamente, del capital social y la amortización de las acciones reembolsadas. Todos estos elementos son iguales a los que, a su vez, configuran la reducción por devolución de aportes, de modo que nada más tiene que agregarse sobre este particular.

Ahora bien, de la comparación entre las normas del artículo 200 y de las que regulan la reducción del capital, como primer tema, debe determinarse si, de acuerdo con nuestra normatividad, la junta debe reunirse nuevamente para adoptar el acuerdo expreso de reducción, con todo lo que ello implica antes y después del acuerdo mismo o si es suficiente que los administradores sociales puedan hacerla.

Cuando la junta adopta un acuerdo susceptible de generar el derecho de separación, no es usual que adopte, además, el acuerdo de reducir el capital en prevención de que se ejerza el derecho de separación por uno o más accionistas. Al respecto, para Manuel de la Cámara, quien comenta el artículo 147.2 de la ley española de 1998, de contenido similar al de nuestro artículo 200, sostiene debe exigirse el acuerdo de la junta pues "se trata de una verdadera reducción, si bien de carácter obligatorio para la sociedad"(153).

De una parte, el artículo 215 contiene un mandato al exigir que la junta acuerde la reducción, sin distinguir entre las causas que la originan, de lo que tendría que concluirse que es la junta la que debe reunirse para acordar la reducción como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

No obstante, debe analizarse un poco más el tema para definir si, teniendo en cuenta nuestra propia normatividad, tal conclusión es onola apropiada en las circunstancias. La reducción es un efecto inevitable del ejercicio del derecho de separación pues, por mandato legal, la sociedad tiene que reembolsar el valor de las acciones del accionista que se separa, incluyendo el valor nominal, por cierto. Si esto es así"se abren dos posibilidades: que la junta no haya delegado en los administradores la facultad de acordar la reducción del capital en los supuestos en que uno o más accionistas ejerzan el derecho de separación, o que lo haya hecho. En el primer caso, por aplicación del citado artículo 215, es forzoso concluir que la junta debe reunirse para decidir la reducción, una vez que se conozca con certeza el monto que debe cancelarse a los accionistas que se separan, cumpliendo los requisitos legales establecidos en protección de los derechos de los acreedores, en la reducción por devolución de aportes. Debe reiterarse lo señalado anteriormente, en el sentido de que los acreedores no pueden oponerse al acuerdo mismo sino a su ejecución. Queda comprendido en esta conclusión, el caso en que se considere que los administradores, sin delegación expresa, cumplen una mera ejecución del acuerdo anterior y por ello cuentan con la facultad implícita de decidir la reducción del capital.

Ahora bien ¿puede la junta delegar en los administradores la facultad de decidir la reducción por devolución de aportes, en el caso que se analiza? No parece existir, en nuestra opinión, razón alguna para cuestionar tal decisión. La junta en su condición de órgano supremo de la sociedad puede delegar esta facultad, más aún si en el caso concreto se considera que la posibilidad de tener que reembolsar acciones está implícita en el acuerdo de modificar el estatuto. Entonces, para no tener que convocar nuevamente a la junta y porque, en el momento de acordar la modificación estatutaria, no es posible conocer con precisión si algún accionista ejercerá su derecho a separarse ni, menos, el monto a reembolsar por la sociedad, ésta puede delegar la facultad señalada en los administradores. No obstante, no debe concluirse de lo anterior que éstos, como consecuencia del acuerdo que adopten una vez conocido el monto que significa la separación, puedan dejar de cumplir con todos y cada uno de los requisitos y exigencias

legales que correspondan a la reducción efectiva. Tal cumplimiento es necesario en preservación del interés de los acreedores.

De lo anterior resulta que inevitablemente el acuerdo de reducir el capital tiene que ser adoptado por la junta directamente o por intermedio de los administradores, en virtud de delegación expresa.

La conclusión anterior presenta otro problema concreto. De una parte, las normas pertinentes a la reducción contenidas en los artículos 215 y siguientes, disponen un procedimiento específico para que ella pueda ser ejecutada. A su vez, conforme al artículo 200, el reembolso de acciones tiene que ejecutarse de acuerdo con los términos y plazos que se establecen en este artículo. Es necesario entonces conciliar ambos procesos, siempre en cautela de los acreedores sociales.

Para la reducción, como se sabe, es necesario publicar tres avisos con intervalos de cinco días y, a partir del último, esperar 30 días para llevar a cabo la reducción, es decir, para devolver efectivamente los aportes, en el supuesto de que no se ha producido oposición de los acreedores. Si hubiere oposición, tal ejecución quedará suspendida hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez. A su vez, el artículo 200 dispone que "la sociedad debe efectuar el reembolso... en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación", ejercicio que tiene que producirse dentro de los diez días siguientes a la publicación del aviso (que solo tiene que hacerse "por una sola vez") anunciando el acuerdo de modificación estatutaria. Podría entenderse entonces que, frente a la norma general del artículo 218, debería primar la norma especial del artículo 200 y, por ello, la sociedad puede reembolsar a los accionistas que se separan el valor correspondiente a sus acciones, sin considerar (y eventualmente, aun a pesar) el derecho de oposición de los acreedores.

Nosotros consideramos que es necesaria una modificación legislativa que armonice ambas disposiciones. Sin embargo, hasta que ella se expida, opinamos que la interpretación antes señalada es insostenible y que siempre será necesario privilegiar el interés de los acreedores frente al de los accionistas que se separan pues, si se procediera de otra manera, los intereses de aquellos pueden quedar absolutamente conculcados. En este sentido, sostenemos que el plazo de dos meses contenido en el artículo 200 queda absolutamente subordinado al cumplimiento de los requisitos propios de la reducción tal previstos en los artículos 215 a 220. Por ello, sostenemos también que, una vez cumplido el plazo para el ejercicio del derecho de separación y luego de determinarse, con precisión, el monto que la sociedad debe devolver a los accionistas que se separan, debe convocarse a la junta para que ella acuerde expresamente la reducción; si la facultad de acordarla hubiera sido delegada en los administradores, éstos deben tomar la decisión que corresponda. Luego de adaptarse una cualquiera de tales decisiones, deberán publicarse los avisos que ordena el artículo 217, último párrafo, y esperar el señalado plazo de 30 días, durante el cual los acreedores pueden hacer uso de su derecho a oponerse.

Mientras no se cumpla este procedimiento, opinamos que la sociedad no puede devolver los aportes a los accionistas que se separan y, si lo hace, se generarán los efectos legales expresamente establecidos por el último párrafo del artículo 218, esto es, inoponibilidad de la entrega hecha por la sociedad a los accionistas, frente a los acreedores y responsabilidad solidaria de la sociedad y los administradores frente al acreedor.

6. La reducción como consecuencia de la adquisición de acciones propias

El artículo 104 regula tres casos en los que deberá procederse a la reducción del capital como consecuencia de la adquisición de acciones propias:

Cuando la adquisición se hace con cargo al capital, únicamente para amortizarlas (primer párrafo).

Cuando la adquisición se hace con cargo a beneficios y reservas libres para evitar un daño grave y las acciones adquiridas no han sido vendidas dentro de los dos años siguientes.

Cuando la adquisición, también con cargo a beneficios y reservas libres, se ha hecho para mantener las acciones en cartera y ha transcurrido igual plazo.

Excedería el ámbito y propósito de este trabajo tratar la problemática de la adquisición de acciones propias. Nos referimos entonces solo a la reducción que de manera obligatoria debe efectuar la sociedad, como consecuencia de realizar una operación de las comprendidas en el artículo 104.

El elemento común a las tres posibilidades señaladas es la realización voluntaria de una operación de adquisición que genera una obligación legalmente impuesta en el primer caso y legalmente presumida en los otros dos. En el primero, la norma exige que la adquisición sea precedida por un "acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a ley, es decir de un acuerdo adoptado con todas las formalidades generales y especiales, a las que nos hemos referido en este trabajo al comentar el tema de la modificación estatutaria.

En los otros dos casos, si bien la adquisición misma debe ser aprobada previamente por la junta, no es necesario que previamente la misma junta acuerde la reducción del capital, por cuanto se realiza con cargo a beneficios y reservas libres y no con cargo al capital, de manera que no se altera la garantía que éste constituye para los acreedores. En estos casos, la reducción y consecuente amortización de acciones serán obligatorias al vencimiento del plazo de dos años dispuesto por el artículo 204, salvo que se haya constituido una reserva en respaldo de las acciones adquiridas con cargo a beneficios y reservas libres y estos recursos se apliquen a la amortización.

En cualquiera de los tres casos, deberán observarse las garantías que, a favor de los acreedores, establece la LGS, desde que la reducción implicará, en todos ellos, la salida de bienes del activo social, con destino a los accionistas, amortizando sus acciones y reduciendo contable y jurídicamente la cifra del capital.

III. LA REDUCCIÓN NOMINAL O CONTABLE DEL CAPITAL

1. Los supuestos considerados en esta modalidad

De manera tradicional, la reducción para la cobertura de pérdidas ha sido considerada como la modalidad típica de la reducción contable o nominal. Sin embargo, existen otras modalidades que la doctrina ha identificado como propias de esta modalidad, en los que la reducción, si bien genera la disminución del capital, no disminuye el patrimonio neto de la sociedad. Éstos son los casos de reducción para la creación o el incremento de reservas voluntarias o legales, la llamada "operación acordeón"~ la reducción prevista en el artículo 76 cuando existe diferencia en la revisión del valor asignado a los aportes no dinerarios y, finalmente, la reducción por la falta de pago de los dividendos pasivos, prevista en el artículo 80. Los analizaremos en las líneas siguientes.'

2. Concepto y causas de la reducción por saneamiento de pérdidas

La finalidad de la operación es la cobertura de las pérdidas sufridas con cargo al capital, disminuyéndolo, debido a la inexistencia de utilidades o reservas de libre disposición así como de reserva legal, en cuantía suficiente para cubrirlas. Eso en cuanto al capital se refiere. Respecto de los accionistas, la reducción por pérdidas, en buena cuenta, significa atribuir el desmedro a los accionistas, mediante la amortización de sus acciones o la disminución del valor nominal de las acciones en circulación.

Como se ha señalado al analizarse la obligación de publicar el acuerdo de reducción, las pérdidas a ser cubiertas son preexistentes al acuerdo de la junta y, cuando ellas superan el límite temporal y/o cuantitativo establecido por la LGS, la reducción deviene obligatoria para la sociedad; en tanto no los supere, la sociedad podrá voluntariamente cubrir las pérdidas con cargo al capital. Lo anterior permite señalar una importante diferencia con la reducción de capital por devolución de aportes: si bien la causa de la reducción preexiste al acuerdo de la junta(154) ella genera una salida efectiva de bienes del activo social, que se entrega a los accionistas. En cambio, en la reducción por pérdidas, éstas también preexisten al acuerdo, pero la reducción no genera salida alguna de los activos sociales hacia los accionistas. Como se ha señalado, los accionistas sufren o asumen las pérdidas y, solo con fines gráficos, la sociedad les "entrega" o atribuye pérdidas, reduciendo el valor nominal de las acciones circulantes o amortizando acciones por el valor correspondiente.

La posición antes expuesta difiere, sin embargo, de lo que expone la doctrina española, al referirse al artículo 165 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Esa norma dispone la publicación del acuerdo de reducción, sin distinguir, igual que nuestra LGS, entre la reducción por devolución de aportes y la reducción por compensación de pérdidas(155). Ello ha llevado a concluir tanto por Manuel de la Cámara como por Antonio Pérez de la Cruz que la exigencia legal comprende a ambas modalidades. Como sustento de esta conclusión, De la Cámara señala:

"...el efecto inmediato y directo que opera en cualquier caso de reducción del capital es la minoración de la cifra de retención (excepto la reducción para constituir o incrementar la reserva legal). Ello implica potencialmente, cuando menos, un peligro para los acreedores. En efecto, la masa de bienes que la sociedad debe tener vinculada para mantener la cobertura del capital disminuye en la misma proporción que el capital se reduce. Esto, no obstante, la ley solo se preocupa de tutelar claramente los intereses de los acreedores cuando la reducción del capital presupone, además, entrega de bienes a los accionistas. Tal vez en este punto el legislador de 1951, Y también el actual, han actuado con excesiva despreocupación. Una cosa es que la reducción de capital por pérdidas se considere un hecho irreversible y otra que ello no comporte un riesgo para los acreedores, pues al reducirse la cifra de retención los beneficios que acaso se obtengan en ejercicios futuros en vez de destinarse a reponer las pérdidas, pueden ser repartidos como dividendo entre los accionistas"(156).

Con el debido respeto, discrepamos de la opinión del ilustre tratadista. La protección del interés de los acreedores encuentra plena justificación en los casos en que voluntariamente la sociedad decide reducir su capital, amortizando acciones o disminuyendo su valor nominal, y entregar a sus accionistas los bienes de su activo, devolviendo los aportes antes recibidos. La circunstancia de que la operación venga aconsejada por razones económicas (el denominado capital "exuberante" por la doctrina italiana) no cambia la consideración jurídica de la operación, esto es, ser un acto voluntario y no impuesto. Son entonces los accionistas, a través de la sociedad, quienes deciden devolver el capital con cargo a bienes del activo que lo respaldan. Si esto es así, es lógico señalar que los accionistas no pueden decidir que la sociedad devuelva el capital sin tener en cuenta los intereses de los acreedores. En esta modalidad donde existe un peligro real que afectaría a los intereses de los acreedores y para contrarrestarlo la ley concede a éstos el derecho de oponerse.

En cambio, en la reducción para sanear pérdidas el patrimonio se ha visto disminuido por razón de las circunstancias económicas que envuelven a la sociedad. No es la voluntad de los socios la que determina la existencia de pérdidas, pues sería absurdo asumir que los accionistas las desean. Una vez que las pérdidas se producen, el patrimonio social disminuye sin que pueda revertirse la situación (el hecho irreversible, en la cita de De la Cámara), salvo reconocer el desmedro jurídica y contablemente, a través de los medios que señala la ley: la compensación contra utilidades, reservas de libre disposición, reserva legal, nuevos aportes de los accionistas en cuantía que lo compense o, finalmente, contra capital.

3. La reducción obligatoria y voluntaria del capital para el saneamiento de pérdidas

Para que el capital cumpla la señalada función de garantía respecto de los acreedores, se requiere que el monto declarado como capital sea mantenido durante el curso de la vida social indemne de pérdidas, de manera que, en caso de que sea necesario liquidar la sociedad, el capital permita atender, primero, la totalidad de las deudas frente a terceros y, solo después, la deuda frente a los

accionistas. Cuando el capital resulta afectado por pérdidas, luego de haberse aplicado a su cobertura las demás partidas del patrimonio neto, como las utilidades, reservas de libre disposición, el capital deja de servir adecuadamente la función de garantía que se le reconoce y debe recurrirse a la reducción voluntariamente o por obligación legal o, finalmente, a la disolución y liquidación de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 220, surge la obligación legal de aplicar el capital a la cobertura de las pérdidas: "...cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro".

La redacción de la norma permite inferir que se trata de situaciones conjuntas, es decir, que la sociedad haya sufrido pérdidas de esa magnitud y que haya transcurrido más de un ejercicio sin haberse superado tal situación, de manera que, transcurrido un ejercicio económico, el capital continúe estando afectado por las pérdidas en más de 50%. Ante la duda del significado de la expresión "sin haber sido superado" Enrique Elías sostiene lo siguiente, en opinión que compartimos y que nos releva de mayores comentarios:

Finalmente, es necesario preguntarnos lo que la ley entiende por haber "transcurrido un ejercicio sin haber sido superado". ¿Qué es un ejercicio? Allí la respuesta es simple: se trata de un ejercicio económico completo. ¿Qué significa "sin haber sido superado"? ¿Basta que durante ese ejercicio se hayan obtenido utilidades, aunque la pérdida sea superior al 50%, o es necesario que llegue a un nivel igual o inferior a ese límite?

La interpretación depende, en nuestro concepto, de lo que la ley considera que debe ser "superado". ¿Es la situación de generación de pérdidas lo que debe superarse, o es el límite del 50% del capital? Lamentablemente, la ambigüedad de la ley da lugar a argumentos para ambas posiciones, aunque nosotros preferimos la segunda: lo que debe superarse es el límite peligroso del 50%. Lo contrario sería permitir que la sociedad permanezca con pérdidas superiores a ese nivel por más de un ejercicio"(157).

Por descarte, la absorción con cargo al capital social de cualquier pérdida no considerada dentro del supuesto del artículo 220 es una reducción voluntaria. Quedan comprendidos en esta afirmación tanto el supuesto del artículo 176 como la absorción de cualquier otra pérdida de monto inferior a "la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida".

Sobre este particular que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina, debe hacerse un comentario. Como se sabe, desde hace varios años se han dictado sucesivamente normas legales que disponen la "suspensión" de los efectos legales de las diversas disposiciones que regulan la situación de . pérdidas de las

sociedades. Tales normas cubren todos los casos previstos en la LGS, a saber: (i) el artículo 176 referido a pérdidas que superen el 50% del capital o más; (ii) el artículo 220 sobre reducción obligatoria del capital y, finalmente, (iii) la causal de disolución prevista en el inciso 4 del artículo 407. La última norma es la Ley NQ 27610 que prorroga el plazo hasta el 31 de diciembre de 2003.

En otras palabras, estas sucesivas "suspensiones" legalmente establecidas evitan que la sociedad tenga que reducir el capital de manera obligatoria (artículo 220); tenga que convocar a la junta para que ésta, a su vez, llame a los acreedores y, si fuera el caso, solicite la declaración de insolvencia de la sociedad. Con ello se crea una suerte de escudo legal frente a terceros, que puede llegar, inclusive, a permitir que la sociedad continúe operando en situación de haber perdido parte sustancial de su capital o la integridad del mismo, sin responsabilidad frente a terceros. Dada la crisis económica que, sucesivamente, han tenido que soportar las empresas en el país, se entiende la facilidad que pretende dar el legislador.

No obstante, en nuestra opinión, las referidas suspensiones no pueden suponer que los administradores sociales dejen de tener presente que el ejercicio de su cargo conlleva una responsabilidad frente a la sociedad y naturalmente frente a sus accionistas, desde que la LGS les impone la obligación de actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. En este sentido, sostenemos que los administradores están obligados a actuar bajo la conducta señalada y, en caso se cumpla cualquiera de los supuestos de los artículos cuyos efectos se encuentran suspendidos, deben proceder en la forma que cada una de esas disposiciones señala. Además de la necesaria información que deben proporcionar a los accionistas y al público conforme al artículo 175(158), que no es una obligación comprendida en la "suspensión", los administradores deben convocar a la junta para informarla de las pérdidas sufridas por la sociedad, de modo que los accionistas adopten las medidas que consideren necesarias en las circunstancias. No hacerlo sería, en nuestra opinión, actuar de manera distinta a la exigida por la LGS y conllevaría la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada que corresponde.

IV. LA REDUCCIÓN MEDIANTE OTROS MEDIOS ESPECÍFICAMENTE ESTABLECIDOS AL ACORDAR LA REDUCCIÓN

En el régimen legal anterior, extendiendo al máximo una posible interpretación, podía entenderse que la LGS entonces vigente comprendía otros supuestos diferentes a los que se han analizado anteriormente, es decir, distinto a los casos de devolución de aportes y saneamiento de pérdidas. En efecto, la ambigüedad de la parte final del artículo 220 ("El acuerdo de reducción del capital expresará "el procedimiento" mediante el cual la sociedad ha de llevarlo a cabo") permitía comprender otros casos distintos a la reducción por devolución de aportes o por absorción de pérdidas, aun a pesar de que la anterior LGS solo regulaba expresamente los dos supuestos señalados.

La LGS vigente ha venido a reconocer, implícitamente, que la reducción contable o nominal no solo se produce en los casos de devolución de aportes o saneamiento de pérdidas sino también en otros supuestos en los que se produce una reducción del capital pero sin las características típicas de la reducción por devolución de aportes o saneamiento de pérdidas.

En este sentido, la expresión que usa el inciso 5 del artículo 216 "otros medios específicamente establecidos al acordar la reducción" es suficientemente comprensiva de todas aquellas otras modalidades de reducción del capital que la doctrina ha identificado en las que, como cuestión general, el capital disminuye pero no el patrimonio neto. Además, la operación reviste el carácter de voluntaria para la sociedad, pues no existe impedimento alguno para realizarla, salvo que ella afecte los derechos de los acreedores que, en todo caso, deben ser respetados.

1. La reducción del capital para el incremento de las reservas voluntarias o la reserva legal

Se trata de una operación contable en la que el capital disminuye y, en el mismo importe, se incrementa cualquiera de esas dos cuentas. Como se ha señalado, el capital social cumple una función de garantía respecto de las deudas sociales y, por eso, cuando se disminuye no solo tienen que cumplirse las formalidades y requisitos legalmente establecidos sino que, además, se deben observar las disposiciones que cautelan los derechos de los acreedores.

Respecto de las formalidades y requisitos queda claro que la operación debe ser aprobada previamente por la junta, debidamente convocada y con el quórum y la mayoría dispuestas por la ley. Ahora bien, debemos detenernos en la protección de los derechos de los acreedores, para señalar que la decisión de reducir el capital puede afectarlos, en los casos en que, en el mismo importe, se incrementan las reservas voluntarias.

Se ha señalado que el capital es una cuenta solo disponible por voluntad de la junta cuando se han cumplido los requisitos formales y se ha dado cumplimiento a las normas de protección de los derechos de los acreedores. En este orden de ideas, cuando los recursos económicos contenidos en una Cuenta I indisponible (o vinculada, como señala De la Cámara) como el capital, se trasladan a una cuenta disponible o no vinculada, los derechos de los acreedores se verán afectados, pues tales recursos pueden, en adelante, ser distribuidos entre los accionistas con la sola decisión de la junta. Como quiera, entonces que se reduce así la garantía o cifra de retención con la que cuentan los acreedores, resultará absolutamente necesario que el acuerdo de reducción sea publicado y transcurra el plazo de ley, para que los acreedores puedan oponer. se, antes de que el respectivo traspaso contable pueda ser efectuado.

Es diferente la operación de reducción en la que el recurso capital se traslada a la cuenta reserva legal, sea para crearla o para incrementarla. Ello por cuanto la reserva legal también constituye una cifra de retención y de garantía para los acreedores, pues no puede ser dispuesta por voluntad de la junta y debe ser aplicada a cualquiera de las finalidades expresamente establecidas por el artículo 229. Como consecuencia ineludible de la consideración ..

de esta norma, el monto del capital que se use o traslade no podrá superar la quinta parte del capital, pues cualquier exceso no tiene la condición de reserva legal. Si se trasladara un monto superior al necesario para que la reserva legal llegue a su límite, habrá que cumplir con las cautelas establecidas a favor de los acreedores, pues dicho exceso no tiene la condición de reserva legal y será una reserva voluntaria.

2. La reducción y aumento simultáneos ("operación acordeón", "reintegración del capital", "reducción-aumento") .

Aunque no de manera frecuente(159), la práctica societaria ha reconocido la posibilidad de que una sociedad que ha sufrido la pérdida total de su capital decida, en acto único, la reducción de su capital a cero y, sin solución de continuidad, su elevación a un nuevo monto, mediante nuevos aportes. Sin embargo, el supuesto de pérdida del capital no es el único susceptible de dar paso a la operación acordeón, "feliz expresión metafórica"~ también conocida como "reintegración del capital" según Pérez de la Cruz(160). Para este mismo autor, hay:

"...una verdadera refundación de la compañía en la que no es nada extraño que en la práctica que el viejo accionariado sea enteramente sustituido por otro del cual proceden las aportaciones, en cuya virtud se desembolsa el nuevo valor nominal del capital. Es la llamada también "venta de capa" (aktienmanstelsverkauf, en terminología alemana), por la que se instrumenta una sustitución radical en la titularidad del capital social, sin que haya necesidad de acuerdos directos de compraventa entre los antiguos y los nuevos accionistas"(161).

De modo más específico, De la Cámara señala:

"El antecedente de esta operación... se encontraba en aquellas sociedades que habiendo perdido todo su patrimonio querían evitar su disolución o incluso que se les declarase en estado de insolvencia. Para ello se reducía el capital a cero (pues el valor líquido del patrimonio era nulo cuando no estaba representado por una magnitud negativa) y simultáneamente se acordaba un aumento de capital que colocase a la sociedad en situación de superávit... Sin embargo, se ha hecho notar que el supuesto de hecho del que parte el artículo 169 (de la ley española de 1989) puede producirse también aunque la sociedad no haya experimentado pérdidas si ha tenido que reducir su capital por diversas causas. Así, en el caso de que se haya ejercitado el derecho de separación...; por amortización de acciones cuyos titulares hayan incurrido en mora... o si se trata de amortización de acciones propias indebidamente adquiridas... o incluso libremente adquiridas"(162).

La reducción a cero del capital supone la existencia de pérdidas por im' porte igualo superior al monto de aquél y, dentro de esta referencia general, se pueden señalar varios supuestos, en los que la opción de usar la operación acordeón es una alternativa viable si, por cierto, se desea evitar la disolución de la sociedad, su insolvencia o, en cualquier otro caso, su cierre como unidad productiva.

. El supuesto, suficientemente grave como para que se le preste la mayor atención, expresamente previsto en el segundo párrafo del artículo 176: "Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación; y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a 12 junta, debe llamar a los acreedores y, solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad". La única posibilidad de que los activos no sean suficientes, o si tal posibilidad debiera presumirse, para satisfacer los pasivos, es que se haya sufrido la pérdida de la totalidad del capital y que la sociedad no cuente con otros recursos patrimoniales para hacerlo. Nosotros consideramos que la suficiencia o insuficiencia del valor de los activos respecto de las deudas sociales. no debe entenderse en su estricto sentido gramatical, sino en un sentido más amplio. La igualdad en cifras de uno y otro concepto no resulta apropiada. pues aun teniendo pérdidas que no hayan afectado a la totalidad del capital, la sociedad puede estar en una situación que hace imposible la continuidad de su operación, de modo que se aplican las medidas precisas que contiene el artículo 176 o, como alternativa, se utiliza la opción de la reducción-aumento. La reducción por sí misma no constituye medida suficiente pues la aplicación de la integridad del capital a la cobertura de las pérdidas desaparece o disminuye la pérdida, pero aún se mantiene la necesidad de la sociedad de contar con recursos necesarios para la operación normal, los -que solo podrán provenir de nuevos aportes que reconstituirán el capital.

Quedan comprendidos en este supuesto, los casos en que las pérdidas representen un monto igualo aun mayor al del capital, debiendo indicarse que en cualquiera de ellos la sociedad se encuentra técnicamente quebrada.

. El caso en que las pérdidas han reducido el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, en el que opera la causal automática de disolución prevista en el inciso 4 del artículo 407, salvo que las pérdidas "sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente": Conviene precisar que, en nuestra opinión, la figura del "resarcimiento" encuentra explicación en los casos en que el monto de las pérdidas superan el importe del capital, de modo que después de haberse reducido a cero este último, aún quedan pérdidas por cubrir. En estos casos, los nuevos recursos que ingresen a la sociedad tendrían que aplicarse, en primer término, a la cobertura del saldo de pérdidas, sin destinarse a capital Y. luego, al correspondiente aumento de capital. De esta manera se cumpliría la finalidad de la refundación de la sociedad o su reactivación, pues no se entendería que, después de la operación acordeón, la sociedad tenga aún pérdidas que deberán ser absorbidas con las utilidades futuras.

Uno de los aspectos saltantes de la figura que se analiza es el derecho de los accionistas a mantenerse como tales, aun después que el capital ha sido reducido a cero. De una parte, se ha señalado que la operación de reducción aumento requeriría el consentimiento de todos los accionistas. En sustento de tal posición se ha esgrimido el argumento de que el socio no puede ser obligado a efectuar nuevos aportes al capital social, sin su expreso consentimiento, de manera que colocarlo en la disyuntiva de perder su condición de accionista o realizar nuevos aportes, vulnera el principio contenido en nuestra LGS en el primer párrafo del artículo 199.

De otro lado, De la Cámara discrepa y sostiene que tal argumentación es claramente rebatible, señalando:

"Que la posición jurídica del accionista, cuando el valor líquido del patrimonio es igual a cero (o se expresa en una magnitud negativa) no quede concretada al derecho de suscripción preferente... no obsta a que el valor patrimonial de la acción sea nulo. Los demás derechos que corresponden al socio y suponiendo que teóricamente los conserve, tienen como presupuesto para su ejercicio que la sociedad se re vitalice, pues, en otro caso, no le sirven para nada. Planteada la cuestión en estos términos se desprende que en rigor lo que se propone al socio al acordarse el aumento, es simplemente que colabore, 'si quiere', a la revitalización, dado que ésta es el único medio hábil para que sus derechos sociales vuelvan a tener virtualidad... Consecuentemente, el accionista que, fundado en consideraciones meramente formales, se niega a prestar la colaboración que se le ha pedido y pretende que la operación no se lleve a cabo, lo que conduce fatalmente a que la sociedad se disuelva, está ejercitando su derecho de socio de manera abusiva..."(163).

Compartiendo la posición de De la Cámara, nosotros sostenemos que en la operación acordeón es preceptivo e ineludible que se reconozca el derecho de los accionistas antiguos a suscribir y pagar las nuevas acciones que se creen con motivo del aumento que sigue, sin solución de continuidad, a la reducción a cero del capital social. En sustento de lo anterior y a mayor abundamiento, debe recordarse que los artículos 95 y 96 reconocen y consagran el derecho de suscripción preferente para todos los accionistas, con o sin derecho a voto, en cualquier caso de aumento de capital, salvo el caso especial de las sociedades anónimas abiertas previsto en el artículo 259.

3. Las reducciones previstas en los artículos 76 y 80, referidos a la diferencia en la revisión del valor asignado a los aportes no dinerarios y a la venta de las acciones del socio moroso, respectivamente

El artículo 76 exige que el directorio revise la valoración asignada a los aportes no dinerarios y dispone en sus dos últimos párrafos lo siguiente: "Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en veinte por ciento o más a la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de la diferencia. En cualquiera de los dos primeros casos, la sociedad reduce su capital en la proporción correspondiente si en el plazo de treinta días las acciones no fueren suscritas nuevamente y pagadas en dinero".

En caso de que el aportante opte por cualquiera de las dos primeras posibilidades la reducción del capital resulta obligatoria. Para Manuel de la Cámara, en la opción de anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, no resultan aplicables los requisitos de quórum calificado que se exige en todo caso de reducción del capital, aspecto con el que no es posible coincidir teniendo en cuenta nuestra normativa. Ello por cuanto, coincidiendo con el citado autor en que se trata de una reducción obligatoria en la medida que viene ordenada por el artículo 76, el artículo 128 dispone lo siguiente: "Cuando la adopción de acuerdos relacionados con los asuntos del artículo 126, debe hacerse en cumplimiento de disposición legal imperativa, no se requiere el quórum ni la mayoría calificada mencionados en los artículos precedentes".

Tampoco coincidimos en que esta reducción pueda considerarse incluida dentro de las que no conllevan la disminución del patrimonio y sostenemos, por el contrario, que hay una efectiva disminución del patrimonio en general y del capital en particular. De una parte, al haberse aportado bienes no dinerarios, la sociedad los ha registrado contablemente al valor asignado en el acto de la constitución o del aumento, si fuere el caso. Este aporte y consecuente registro tiene como respaldo el informe de valuación que exige el artículo 27, el mismo que se inserta en la escritura de constitución o de aumento y se inscribe en el Registro de Sociedades. La cifra capital, por tanto, puede haber servido de base para el otorgamiento de créditos a favor de la sociedad, de modo que la circunstancia de que, después de todo ello, se disminuya la cifra por la diferencia encontrada en la revisión del valor asignado al momento del aporte, generará la minoración de la garantía que tienen tales acreedores. Bajo esta consideración, la operación tiene que cumplir con todas las disposiciones legales que se establecen en cautela de los derechos de los acreedores.

Obsérvese que, en este sentido, el Reglamento del Registro de Sociedades dispone lo siguiente: "La inscripción de la reducción del capital originada en los supuestos del último párrafo del artículo 76 y del artículo 80 de la Ley.

debe cumplir los requisitos establecidos por los artículos 215 y siguientes de la Ley para los casos de devolución de aportes y la exención de dividendos pasivos. En el supuesto del artículo 76 señalado se insertará o acompañará el documento que contenga el consentimiento del socio que se separa de la sociedad o cuya participación se reduce. El documento deberá contener la legalización notarial de la firma del socio, salvo que éste exprese su consentimiento en la escritura pública".

Las razones y conclusiones anteriores son igualmente aplicables al caso previsto en el último párrafo del artículo 80. Como se sabe dicho artículo regula la manera en que la sociedad debe actuar y se resarce por la falta de pago de los dividendos pasivos y dispone: "Cuando la venta no pudiera efectuarse parcial o totalmente por falta de comprador, las acciones no vendidas son anuladas, con la consiguiente reducción de capital y quedan en beneficio de la sociedad las cantidades percibidas por ella a cuenta de estas acciones, sin perjuicio del resarcimiento por los mayores daños causados a la sociedad". En el caso concreto, los dividendos

pasivos forman parte de las cuentas del activo del balance y, conjuntamente con el capital, integran el patrimonio a partir del cual los acreedores pueden haber otorgado créditos a la sociedad. Al resolverse la obligación del accionista moroso, la cuenta del activo disminuye y, por mandato imperativo del artículo 80, las acciones no vendidas del accionista moroso "son anuladas, con la consiguiente reducción de capital": no parece ser posible señalar cosa distinta a que se ha producido una reducción con disminución del patrimonio vinculado. La circunstancia de que la norma disponga que quedan en beneficio de la sociedad las cantidades percibidas por ella a cuenta de estas acciones, no altera la conclusión ni permite señalar que el patrimonio es el mismo que antes de la anulación de las acciones. La propia norma considera las cantidades pagadas a cuenta de esas acciones como un beneficio, de modo que éste es uno del que puede disponer la junta, sin más trámite que un acuerdo adoptado sin quórum ni mayoría calificados, como sería indispensable en el caso de una reducción del capital social.

APUNTES SOBRE LA REORGANIZACION SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA(*)

Juan Luis HERNÁNDEZ GAIZO

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina y la legislación comparada han puesto mucho énfasis en tratar de delimitar los alcances de las figuras de reorganización societaria. En nuestra idea, tal afán no ha resultado ser un mero capricho teórico, sino una necesidad de que, aclarados los linderos conceptuales de esas figuras, sus procedimientos y consecuencias legales tengan un asidero claro de aplicación.

Resulta común que a las figuras de reorganización societaria les sean aplicables procedimientos particulares que apunten a proteger los derechos de los accionistas y de los acreedores de la sociedad. Asimismo, es una práctica generalizada el que a las reorganizaciones societarias se les apliquen regímenes tributarios particulares, cuya filosofía tiende a ser el fortalecer la actividad empresarial, difiriendo, en ciertos casos, la expectativa fiscal, con el fin de que la carga impositiva tributaria no haga inviable la reorganización de empresas.

Es dentro de esta idea marco que abordamos el estudio de la reorganización simple, como forma de reorganización societaria en la legislación peruana, intentando mostrar sus bondades, delinear sus alcances, analizar su difundido uso, verificar sus efectos y, sobre todo, evaluar su actual tratamiento legislativo.

II. LA REORGANIZACIÓN SIMPLE EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1. La reorganización simple como forma de reorganización societaria

La actual Ley General de Sociedades peruana, Ley N° 26887 (en adelante, LGS), introdujo en nuestra legislación la figura llamada "reorganización simple"(1). En efecto, el artículo 391 de la LGS consagra esta figura.

"Artículo 391.- Reorganización simple

Se considera reorganización simple el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes':

Nuestra LGS ha regulado la reorganización simple como una forma de reorganización societaria. Es decir, adicionalmente a las figuras de fusión y escisión de sociedades(2), la LGS en un solo artículo ha legislado sobre una tercera forma de reorganización societaria.

Así, la reorganización simple como forma de reorganización societaria consiste en el acto mediante el cual una sociedad identifica una o más porciones de su

patrimonio (bloques patrimoniales) y los transfiere (aporta) a una o más sociedades, sean éstas sociedades que ya existen o que se constituyen al efecto. La sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe a cambio acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del bloque, convirtiéndose, por ende, la primera en accionista o socia de la segunda, o, en caso la primera fuera ya accionista o socia de la segunda, incrementando su participación en el capital de la receptora del bloque patrimonial. La sociedad transferente del bloque patrimonial no se extingue al mantener aún cierto patrimonio(3).

2. Reorganización simple y escisión parcial

Conforme a la breve definición elaborada sobre reorganización simple, resulta evidente su parecido a una de las modalidades de la escisión, a saber, la escisión parcial. En efecto, entre la reorganización simple y la escisión parcial existen múltiples semejanzas: i) se identifica uno o más bloques patrimoniales de una sociedad, ii) se segrega uno o más de esos bloques transfiriéndolos a una o más sociedades, constituidas como parte de la reorganización o ya existentes, y iii) la sociedad transferente del bloque no se extingue y mantiene aún cierto patrimonio. Por otro lado, y en oposición a las semejanzas, existe una fundamental diferencia entre ambas figuras de reorganización societaria: los beneficiarios de la transferencia del bloque -es decir, los receptores de las acciones o participaciones representativas del capital de la receptora del bloque patrimonialson distintos en la reorganización simple y en la escisión parcial. En la reorganización simple, la beneficiaria es la propia sociedad transferente del bloque, mientras que en la escisión parcial, los beneficiarios son los accionistas o socios de la sociedad transferente del bloque. En tal sentido, por medio de un acuerdo de reorganización simple, se confirma o se crea una relación directa de vinculación accionaria o de participación entre dos o más sociedades (una es accionista o socia de la otra), siendo que como resultado de una escisión parcial se confirma o crea una relación indirecta de vinculación accionaria o de participación entre dos o más sociedades (dos o más sociedades tendrán en común algunos accionistas o socios).

3. Reorganización simple y aumento de capital

Teniendo en cuenta la forma como ha sido definida la reorganización simple en nuestra legislación, en principio, parecería que nos encontramos frente a un aporte de bloque patrimonial como modalidad de aumento de capital. Es así que Elías sostiene que la reorganización simple es "(...) una operación que no difiere en absoluto de un simple aporte de una sociedad a otra o a otras" (4).

En efecto, y nuevamente como característica general, en la reorganización simple una sociedad transfiere a una o más sociedades uno o más bloques patrimoniales, mediante la figura del aporte, es decir, la o las sociedades receptoras de los bloques incrementan su capital en el monto neto del aporte, aumentando su capital y emitiendo acciones en favor de la sociedad transferente o aportante.

A tal conclusión arribaríamos de una simple lectura del artículo 391 de la LGS, cuando éste hace mención a que "una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta": y cuando a continuación sostiene que la sociedad aportante estaría "recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes". Empero, como analizaremos más adelante, el propio concepto de bloque patrimonial desarrollado por la LGS (que permite que su valor neto sea positivo, negativo o cero), puede generar una serie de cuestionamientos a la idea de asimilar totalmente a la reorganización simple como una modalidad de aumento de capital.

La asimilación de la reorganización simple a una modalidad de aporte ha ocasionado que el procedimiento aplicable a un acuerdo de este tipo sea el de un aumento de capital o simple aporte. En la práctica por tanto -práctica ratificada por los Registros Públicos- no se ha exigido la aplicación del procedimiento propio de otras formas de reorganización societaria, como la fusión y la escisión, a la reorganización simple. La lógica ha sido la siguiente: se aporta un bloque patrimonial, la receptora aumenta su capital y la transferente recibe acciones a cambio, por lo que derechos como el de separación o el de oposición -correspondientes a accionistas o socios y a acreedores, respectivamente- no tienen asidero y, por ende, mal haríamos en aplicar un procedimiento que apunte a proteger esos derechos. Nuevamente, consideramos -como veremos más adelante- que los distintos valores netos que puede adoptar el bloque patrimonial transferido (positivo, negativo o cero), debiesen generar, en todos los casos, la revisión de la aplicación de este procedimiento simple a la reorganización societaria.

III. ALCANCES DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Consideramos que la reorganización simple tal cual ha sido regulada en la LGS peruana no puede ser asimilada totalmente a la figura del aporte, más allá de la literalidad de parte del artículo 391 de dicha ley.

En efecto, hay quienes pretenden asimilar la reorganización simple o segregación patrimonial al aporte de empresas, desconociendo, a nuestro criterio, los elementos sustanciales del aporte y del aumento de capital societarios, así como los verdaderos linderos de una forma de reorganización societaria.

Entender a la reorganización simple en su conjunto solo como un aporte de empresa y, por tanto, sujeto en su integridad a las normas sobre aportes y aumento de capital implica no solo cercenar sus verdaderos alcances y la ductilidad que como forma de reorganización societaria puede ofrecer a las empresas, sino también, posiblemente, afectar los derechos de los accionistas o acreedores de las sociedades participantes de tal acuerdo, como pretendemos ilustrar más adelante.

1. El aporte de empresa

El aporte de empresa como una forma de integración del capital social -ya sea para el caso de constitución de una sociedad como para el de aumento de capital de una sociedad existente- se ubica, en las legislaciones societarias, dentro de las llamadas "aportaciones no dinerarias". Así, como en el caso de todas las aportaciones distintas al dinero, suelen estar sujetas a normas especiales sobre transferencia de propiedad, integración del aporte, posesión, riesgo, saneamiento, verificación de valorización, entre otras.

En España -por citar un ejemplo- esta figura del aporte de empresa ha sido expresamente recogida a nivel de la legislación societaria. En efecto, el artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas española ha regulado como una modalidad de aporte no dinerario al aporte de empresa, con el objeto de establecer el régimen de saneamiento aplicable a los elementos conformantes de la empresa(5). Asimismo, el Reglamento del Registro Mercantil español se ha pronunciado sobre el aporte de empresas para efectos de determinar el contravalor del aporte realizado(6).

Por el contrario, el aporte de empresa en el Perú no ha sido incorporado expresamente en la LGS, lo cual a nuestro criterio no significa que esté proscrito sino tan solo que no tiene mención expresa en la mencionada ley. Consideramos que por las normas generales que sobre aportaciones contiene la LGS y por la naturaleza misma del derecho societario, el aporte de empresa es una figura posible legalmente de ser aplicada en el Perú.

Tal postura se ve confirmada cuando tiempo después de vigencia de la LGS, esa omisión es corregida a nivel reglamentario a través del Reglamento del Registro de Sociedades (vigente desde el 1 de setiembre del 2001, conforme lo prescribe su séptima disposición final), el cual en el literal f de su artículo 35 hace mención expresa al aporte de empresa, con el objetivo de regular la efectividad y valor del aporte(7).

De las normas comentadas, queda claro que al ser el aporte de empresa una forma de aportación no dineraria, como toda forma de aporte en materia societaria su relación con la integridad del capital deviene en fundamental. El capital de una sociedad tiene que estar plenamente respaldado con el aporte, ya sea en el momento de la constitución social o en el de un aumento de capital, tratándose de una sociedad ya constituida(8). Por tanto, es obvio que el elemento que constituyen el aporte, debe tener un valor que permita integrar el capital, ya sea para formarlo -en la constitución social- o para incrementarlo -en el aumento de capital-.

Empero, y como resultado mismo del alcance de su acepción, una empresa puede tener un valor neto positivo, negativo o neutro (cero). A modo de ejemplo citemos la definición que Broseta Pont desarrolla de empresa al decir que "(oo.) es un conjunto organizado de elementos (capital y trabajo) destinado a la producción para el mercado (oo.)" y continúa señalando que "Desde un punto de vista

económico, nos parece que la empresa es una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado"(9).

En relación con la transferencia de una empresa -y el aporte de empresa es una forma de transferencia-, Garrigues señala que "Las características de la transmisión de una empresa comercial son: 1°) Que no se transmite como universalidad, es decir, como un objeto único sostenido a reglas unitarias, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia está sometida a reglas peculiares. 2°) Que es esencial a la transmisión la existencia de una organización y de relaciones de hecho (en otro caso no se trataría de transmitir una empresa, sino un almacén de mercaderías, o una fábrica improductiva, o las instalaciones de unas oficinas comerciales). 3°) Que, por el contrario, no es esencial la transmisión de un patrimonio mercantil (cosas, derechos), puede tratarse de una empresa cuyos elementos materiales estén destruidos o arruinados sus medios económicos.

Mientras exista una organización y unas expectativas, habrá empresa"(10).

En conclusión, como organización de capital y trabajo, la empresa estará sujeta a los vaivenes propios de la actividad empresarial, tendrá activos, podrán surgir pasivos, habrá ingresos y egresos, generará, como cualquier negocio, pérdida o utilidad. En consecuencia, es a todas luces incuestionable que el valor neto de una empresa no necesariamente será siempre positivo.

Por todo lo antedicho, y considerando los conceptos de aporte, integridad del capital y empresa, cuando las legislaciones societarias contemplan el aporte de empresa están asumiendo como premisa invariable que el valor neto de la empresa que se aporta deberá ser positivo, y que en ese monto neto se integrará el capital, ya sea para formarlo como parte de una constitución de sociedad o para incrementarlo como parte de un aumento de capital de una sociedad ya existente, lo cual generará la emisión de acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del aporte en favor del sujeto aportante.

2. El verdadero alcance de la reorganización simple

Luego del comentario inicial que dimos sobre la reorganización simple, si revisamos nuevamente la definición contenida en el artículo 391 de la LGS, podremos reparar en la mención expresa al término "bloques patrimoniales". Se dice, entonces, que una sociedad puede segregar uno o más bloques patrimoniales y aportarlos a una o más sociedades nuevas o existentes. Sucede que se convierte en esencial determinar qué es un bloque patrimonial, para averiguar el verdadero alcance de esta forma societaria.

La regulación sobre reorganización simple de la LGS no ha desarrollado un concepto propio de bloque patrimonial, por lo que tenemos que asumir que se refiere a la definición que la misma LGS contiene en el articulado relacionado a la

escisión como forma de reorganización societaria. En efecto, el artículo 369 de la LGS prescribe lo siguiente:

"Artículo 369.- Definición de bloques patrimoniales

Para los efectos de este Título, se entiende por bloque patrimonial: 1. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;

2. El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y,

3. Un fondo empresarial.

En función de esta definición podemos apreciar tres supuestos de bloque patrimonial:

i) Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida:

En este supuesto el bloque patrimonial al estar integrado solo por activos siempre tendrá un valor positivo, al no incorporarse pasivo alguno en este caso. Asimismo, no se establece como requisito, para el conjunto de activos, que exista una vinculación entre los mismos, por ejemplo, que formen parte de una misma línea de negocio o actividad empresarial⁽¹¹⁾.

ii) El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida:

Conforme con este supuesto el bloque patrimonial puede contener activos y pasivos, al menos un activo y un pasivo. Respecto del valor neto del bloque patrimonial podemos estar frente a tres tipos de valores: a) positivo, cuando el activo o los activos tengan un valor superior al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque; b) negativo, cuando el pasivo o los pasivos tengan un valor superior al activo o a los activos integrantes del bloque; y c) neutro (cero), cuando el activo o los activos tengan un valor equivalente al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque.

Adicionalmente, no se contempla tampoco como requisito que los activos y pasivos tengan alguna relación unos con otros, por ejemplo, que formen parte de una misma línea de negocio o unidad de producción, comercialización o servicio.

iii) Un fondo empresarial:

A la fecha no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que defina el concepto "fondo empresarial". Solo contamos con la acepción contenida en el aún proyecto de Ley Marco del Empresariado, el cual en sus definiciones establece que "fondo empresarial es el conjunto de bienes y derechos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios".¹²⁾ Así, el mismo proyecto señala que es "(...) de destacar que al definir el fondo empresarial a partir de un conjunto de elementos, la norma pretende incorporar no solo bienes sino derechos y relaciones jurídicas, necesarios para poder realizar determinada actividad empresarial"⁽¹³⁾. Asimismo, el artículo 1 del citado proyecto establece un listado enunciativo de los elementos del fondo empresarial⁽¹⁴⁾.

Este concepto de fondo empresarial no hace más que recoger lo que en doctrina y legislación comparada se ha llamado hacienda mercantil, fondo de comercio o establecimiento.

Empero, al no existir a la fecha una definición legal de fondo empresarial en el Perú y tomando en cuenta lo que el proyecto señala, así como lo que se conoce

como hacienda mercantil, fondo de comercio o establecimiento en doctrina y legislación comparada, consideramos que este tercer supuesto de bloque patrimonial, en términos latos, puede ser reconducido hacia una definición como la de los incisos 1 y 2 del artículo 369 de la LGS, pero complementada con la idea de que esos activos o esos activos y pasivos, según sea el caso, estén vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios.

Por tanto, si el bloque patrimonial del tipo fondo empresarial solo tiene como elementos a activos, su valor siempre será positivo. Si por el contrario, ese fondo empresarial, además de activos está compuesto por pasivos, el valor neto del bloque patrimonial podrá ser: a) positivo, cuando el activo o los activos tengan un valor superior al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque; b) negativo, cuando el pasivo o los pasivos tengan un valor superior al activo o a los activos integrantes del bloque; y c) neutro (cero), cuando el activo o los activos tengan un valor equivalente al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque(15).

Recordemos que la definición de reorganización simple del artículo 391 de la LGS hace expresa alusión al término aporte, por lo que válidamente podría sostenerse que el bloque patrimonial -En Una reorganización simple solo puede tener valor positivo, dado que los aportes generan aumentos de capital, como resultado de integrar y respaldar el capital de una sociedad. Esta interpretación tenía, a su vez, como argumento en contra, el hecho de la referencia del artículo 391 al concepto de bloque patrimonial, cuyos alcances hemos mencionado en este mismo acápite.

Por tanto, surgía la interrogante de cuál era la interpretación correcta.

Nosotros consideramos que al haber sido regulada la segregación patrimonial -reorganización simple- en el Perú por la LGS como una forma de reorganización societaria, no podría haber sido la idea del legislador restringir su alcance al de un simple aporte de empresa, es decir, al de una transferencia de bloque patrimonial solo con valor neto positivo. Si ello hubiese sido así, esta forma de segregación patrimonial debió haberse regulado como un tipo de aporte y, por sistemática, ubicarse dentro de los aportes no dinerarios y de las modalidades de aumento de capital, y no como una forma de reorganización societaria. Creemos que el término "aporte" del artículo 391 no fue el más feliz y generaba estas dudas y controversias sobre el alcance real de la reorganización simple. Empero, una interpretación sistemática y lógica debiese llevarnos a concluir que el bloque patrimonial a ser transferido mediante una reorganización simple podrá tener valor neto positivo, negativo o neutro (cero) según los intereses de las partes involucradas(16).

Desde la vigencia del Reglamento del Registro de Sociedades (1 de setiembre del 2001) esta controversia ha quedado resuelta y zanjada(17). En efecto, el literal f del artículo 130 de dicho reglamento no deja dudas sobre la posibilidad de que el valor neto de un bloque patrimonial transferido vía reorganización simple sea negativo(18). Nótese que no se menciona expresamente la posibilidad de que el valor neto sea neutro (cero), pero creemos que tal supuesto estaría sobrentendido.

3. Diferencia entre aporte de empresa y reorganización simple

De acuerdo con lo expuesto, quedaría demostrado que la reorganización simple regulada por la LGS constituye un supuesto mucho más amplio y dúctil que el del aporte de empresa.

En efecto, el aporte de empresa estaría restringido a la transferencia de una unidad de capital y trabajo con valor neto necesariamente positivo. Por el contrario, la reorganización simple, como forma de reorganización societaria, permitiría el traslado de bloques patrimoniales de una sociedad a otra, con independencia de su valor neto y con la única absurda restricción en nuestro concepto -como ya comentamos-, de que por lo menos algún activo conforme el bloque.

Podría sostenerse, entonces, que cuando el aportante de una empresa sea una sociedad, esta modalidad de aporte constituiría una forma de reorganización simple. Por el contrario, no toda reorganización simple podría ser subsumida en el concepto de aporte de empresa, ya que, como hemos explicado, la primera contiene múltiples supuestos de aplicación. Recordemos, sin embargo, que a diferencia de la reorganización simple, un aporte de empresa puede ser efectuado tanto por una persona natural como por una persona jurídica.

Por último, es justo reconocer los beneficios que la introducción de una forma societaria, como la reorganización simple, ha generado en la práctica empresarial peruana. Dada su ductilidad y flexibilidad, su uso se ha difundido tremendamente, y una serie de acuerdos de reorganización societaria que, tradicionalmente, hubiesen sido ejecutados a través de una fusión o de una escisión, hoy -con matices por cierto- pueden ser implementados por medio de la reorganización simple, cuyo procedimiento es bastante sencillo, a diferencia del de las otras formas societarias, y con el goce del mismo tratamiento tributario(19). No obstante, como veremos más adelante, tal simplificación de procedimiento puede ocasionar en ciertos casos algunas distorsiones y afectaciones de derechos que merecen ser revisadas y enmendadas legislativamente.

La introducción de esta nueva forma societaria en nuestra legislación, no es más que el reflejo de todo el espíritu que guió la reforma societaria que culminó con la promulgación de la LGS(20).

IV. LOS SUPUESTOS DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE Y SUS IMPLICANCIAS RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE

En función de lo analizado en los puntos precedentes, podemos sostener que en toda reorganización simple, teóricamente, los bloques patrimoniales pueden tener tres valores netos: positivo, negativo y neutro (cero). Como consecuencia de ello, el impacto en el capital y en el patrimonio de las sociedades participantes en una reorganización simple puede variar según el valor concreto del bloque. Asimismo,

los intereses de los accionistas y acreedores de esas sociedades pueden ser distintos dependiendo, también, del valor del bloque segregado. Son esas implicancias las que pretendemos analizar, a efectos de concluir si el actual procedimiento aplicable a una reorganización simple merece revisión o no.

1. Reorganización simple con bloque patrimonial de valor neto positivo

Este supuesto parece ser el natural de una reorganización simple; el que la propia redacción y lectura superficial del artículo 391 de la LGS llevaría a sostener como el supuesto de hecho de la norma.

El valor neto positivo del bloque patrimonial que se segregaría podría deberse a que el bloque está integrado solo por activos, o por un activo o conjunto de activos que tengan un valor superior al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque, con independencia de que estén o no vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios.

Así, para poner un ejemplo sencillo, supongamos que una sociedad identifica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto positivo. Dicha sociedad (aportante) procede a transferir, vía aporte al capital, ese bloque a otra sociedad. A esta segunda sociedad (receptora) ingresa ese bloque patrimonial generando un aumento de capital por su valor neto, y un incremento de su patrimonio neto en el mismo valor. La sociedad receptora emite acciones, como resultado del aumento de capital, en favor de la sociedad aportante. La sociedad aportante no habría variado su capital social como parte de esta reorganización simple y, lo más importante, no habría afectado su patrimonio neto, dado que por el mismo valor del bloque segregado recibe acciones emitidas por la sociedad receptora, lo cual constituye un activo de la sociedad aportante (inversión en valores).

La operación descrita en el párrafo anterior tiene la evidente naturaleza de un simple aporte. En principio, ningún acreedor de las sociedades participantes podría sentirse afectado por una segregación patrimonial como la descrita. Parecería, entonces, justificado y razonable que a un caso como éste se le aplique el mismo procedimiento del aporte⁽²¹⁾.

2. Reorganización simple con bloque patrimonial de valor neto negativo

Hemos concluido líneas arriba que el bloque patrimonial a ser segregado vía reorganización simple puede tener un valor neto negativo. En este caso, cierta redacción del artículo 391 de la LGS puede generar confusión, en especial, aquella dirigida al concepto "aporte" como supuesto de toda reorganización simple. Tal mención, por cierto, ameritaría una modificación. Debiera mencionarse "transferencia" en lugar de "aporte", ya que este último término -para ser precisos, desde el punto de vista jurídico- debiera estar restringido 5010 para bloques patrimoniales de valor neto positivo, lo que -como ahora sabemos- no es el único supuesto de aplicación de la reorganización simple.

El valor neto negativo del bloque patrimonial que se segregaría, se debería a que el bloque está integrado por un activo o conjunto de activos que tienen un valor inferior al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque, con independencia de que estén o no vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios. Recordemos lo mencionado en relación con la no inclusión del supuesto de bloque patrimonial "un pasivo o un conjunto de pasivos".

Para ilustrar este supuesto con un ejemplo, imaginemos que una sociedad identifica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto negativo. Dicha sociedad (transferente) procede a transmitir ese bloque a otra sociedad. A esta segunda sociedad (receptora) ingresa ese bloque patrimonial de valor neto negativo. Es evidente que tal circunstancia no podría generar un aumento de capital en la receptora. Resulta claro también que la receptora disminuiría su patrimonio neto en el monto del valor del bloque patrimonial recibido. A nuestro criterio, el capital de la receptora no tendría necesariamente que verse reducido. La receptora podría acordar una reducción de capital como efecto de la recepción del bloque patrimonial de valor neto negativo, pero podría también no efectuar reducción alguna, en cuyo caso se produce una afectación patrimonial que no genera disminución de capital(22).

Debemos asumir, como premisa, que para la sociedad receptora el ingreso de un bloque patrimonial tiene algún valor, así sea su valor neto contable negativo. Es decir, algún componente de ese bloque tiene valor para la receptora. En tal sentido, y dado que estamos hablando de una forma de reorganización societaria mediante la cual la transferente se convierte en accionista o socia de la receptora (o si ya lo era, incrementa su participación), por medio de esta transferencia de bloque patrimonial, la transferente debería recibir acciones o participaciones representativas del capital social de la receptora, salvo que exista una norma especial que lo prohíba como en el caso Banco LatinoInterbank aludido. Parece claro que esas acciones o participaciones no pueden ser el resultado de un aumento de capital en la receptora. Tal aumento de capital no es posible al ser el valor del bloque transferido negativo (no hay aporte ni integración de capital). ¿Cómo lograr entonces que la transferente reciba acciones o participaciones de la receptora? La única forma es que uno o más accionistas o socios de la receptora transmita algunas de sus acciones o participaciones circulantes (ya emitidas) a la transferente, convirtiéndose por esta vía en accionista o socia de la receptora (o ratificando esa posición, si ya tenía tal condición).

Por otro lado, al desprenderse de un bloque patrimonial cuyo valor neto es negativo, la transferente mejoraría su posición patrimonial.

En función de lo comentado, la situación patrimonial de la receptora del bloque de valor neto negativo empeora. Su patrimonio neto se ve disminuido en el monto del valor negativo del bloque. En una circunstancia como ésta, no es coherente pretender sostener que, al tener toda reorganización simple la naturaleza de un aporte, se debe seguir el procedimiento para la recepción y formalización de

aportes, no dando oportunidad a que los acreedores se opongan a tal reorganización, ya que la posibilidad de cobro de su crédito (como acreedores de la receptora) podría verse afectada.

Una reorganización simple mediante la cual se segrega un bloque patrimonial de valor neto negativo, no tiene la naturaleza de un aporte. Más aun, puede generar una afectación de los derechos de los acreedores de la receptora del bloque, que la legislación debe proteger. En tal sentido, el procedimiento para ejecutar un acuerdo de este tipo (reorganización simple con bloque patrimonial negativo) debe tener en cuenta la posibilidad de que los acreedores se opongan a tal acuerdo si consideran el cobro de su crédito afectado, tal como sucede en una reducción de capital real, en una fusión o en una escisión. Por tanto, el procedimiento en estos casos no puede ser el de un simple aporte, y la LGS, el Reglamento del Registro de Sociedades(23) y la práctica registral deberían reconocer tal diferencia, permitiendo el derecho de oposición de los acreedores de la receptora. No puede tratarse a toda reorganización simple de la misma manera.

3. Reorganización simple con bloque patrimonial de valor neto neutro (cero)

Como parte del análisis efectuado en este artículo, hemos establecido que el bloque patrimonial a ser segregado vía reorganización simple puede tener también un valor neto neutro (cero). Al igual que en el supuesto anterior, consideramos que la alusión al término "aporte" en el artículo 391 de la LGS no es adecuada y debiera ser sustituida por el de "transferencia".

El valor neto neutro (cero) de un bloque patrimonial que se segregaría se debería a que el bloque está integrado por un activo o conjunto de activos que tienen un valor equivalente al pasivo o a los pasivos integrantes del bloque, con independencia de que estén o no vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicios.

Con el fin de graficar este supuesto, pensemos en una sociedad que ubica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto neutro (cero). Dicha sociedad (transferente) procede a transmitir ese bloque a otra sociedad. A esta segunda sociedad (receptora) ingresa ese bloque patrimonial de valor neto neutro (cero). La recepción de ese bloque no podría generar un aumento de capital en la receptora, ni debería hacerla pensar en una reducción de capital como efecto de esa transferencia. La receptora no incrementa ni disminuye su patrimonio neto, el cual sigue siendo el mismo que con anterioridad a la recepción, vía reorganización simple, de un bloque patrimonial de valor neto neutro (cero).

Al igual que en el caso anterior (reorganización simple con bloque patrimonial negativo), para la sociedad receptora el ingreso de un bloque patrimonial debería tener algún valor, así su valor neto contable sea cero. De este modo, y al encontramos frente a una forma de reorganización societaria mediante la cual la transferente se convierte en accionista o socia de la receptora (o si ya lo era,

incrementa su participación), por medio de esta transferencia de bloque patrimonial, la transferente debería recibir acciones o participaciones representativas del capital social de la receptora, salvo que exista una norma especial que lo prohíba (ver comentario a caso Banco Latino-Interbank). Resulta claro que esas acciones o participaciones no pueden ser el resultado de un aumento de capital en la receptora. Tal aumento de capital no es posible al ser el valor del bloque transferido cero (no hay aporte ni integración de capital). ¿Cómo lograr entonces que la transferente reciba acciones o participaciones de la receptora? Del mismo modo que en el supuesto anterior, la única forma es que uno o más accionistas o socios de la receptora trasmita algunas de sus acciones o participaciones circulantes (ya emitidas) a la transferente, convirtiéndose por esta vía en accionista o socia de la receptora (o ratificando esa posición, si ya tenía tal condición).

Como consecuencia de lo descrito en el párrafo anterior, la transferente vería incrementado su patrimonio neto como resultado de una reorganización simple con bloque patrimonial neutro. Su patrimonio neto se incrementará en el valor de las acciones o participaciones que reciba.

Este supuesto de reorganización simple no tiene la naturaleza de un aporte, al no haber bloque patrimonial con valor neto positivo transferido al capital de la receptora. Empero, al no existir posibilidad de que los acreedores de las sociedades participantes vean afectado su crédito en un caso de segregación patrimonial de bloque con valor cero (la transferente incrementa su patrimonio y la receptora lo mantiene), creemos justificado y razonable que a un caso como éste se le aplique el mismo procedimiento del aporte.

Adicionalmente a lo antedicho respecto de los tres supuestos descritos y, en especial, a lo relativo al derecho de oposición de los acreedores, queríamos reservar un comentario aparte para el derecho de separación de los accionistas o socios. Conforme con lo prescrito por la LGS, este derecho asiste a los accionistas o socios de las sociedades participantes en una fusión o escisión. La pregunta sería si tal derecho debiese existir en los casos de reorganización simple.

Cabe resaltar que el derecho de separación es bastante cuestionado por un sector de la doctrina, que lo ve como propio de sociedades de personas o sociedades de capitales cerradas o familiares. Compartimos en alguna medida tales críticas, y consideramos que en ciertos supuestos (sociedades anónimas de capital abierto, por ejemplo) la existencia de un derecho de separación puede trabar el mismo desarrollo de la sociedad, en perjuicio de sus propios accionistas o socios.

Sin embargo, consideramos que si tal derecho está previsto para los casos de fusión y escisión en nuestra LGS, no habría razón para que no esté contemplado -al menos en ciertas circunstancias y bajo ciertos parámetros para la reorganización simple. Hemos visto cómo a través de esta figura de segregación patrimonial se pueden llevar a cabo adquisiciones o reorganizaciones de gran volumen. A modo de ejemplo, recordemos el caso Wiese-Lima Sudameris. Las

teóricas y típicas razones de affectio societatis o de impacto patrimonial que justifican la existencia del derecho de separación -para los defensores de esta figura- en una fusión o escisión pueden aparecer también en una reorganización simple.

Por otro lado, seamos conscientes que incluir el derecho de separación en la reorganización simple alteraría la posibilidad de que, al menos en ciertos casos, el procedimiento aplicable pueda o deba ser uno muy célere, como del tipo aporte. Muchas de las bondades de la reorganización simple se verían erosionadas con tal inclusión. Empero, al estar regulado en nuestra LGS el derecho de separación en general y, en particular, para los casos de fusión o escisión, no encontramos cómo justificar la exclusión de ese derecho en todos los casos de reorganización simple, cuando otras figuras de reorganización societaria lo contemplan, y cuando las teóricas protecciones que ese derecho quiere conceder pueden aparecer también en la reorganización simple. Urge, por tanto, una revisión de los alcances del derecho de separación en nuestra legislación societaria -revisión que por cierto excede los límites de este trabajo-, y solo luego de ella será posible, con criterio uniforme y unicidad de ideas, ver si tal derecho se aplica a todas las formas de reorganización societaria o a ninguna de ellas, permitiendo de repente ciertas excepciones, pero no la inclusión total en algunas formas societarias y su exclusión también total de otras formas de reorganización societaria, tal como sucede hoy en nuestra LGS.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de más de cuatro años de vigencia de la LGS, creemos que existen ciertas instituciones y normas que deben ser revisadas y contrastadas con la práctica, con el fin de mejorar su aplicación. La reorganización simple es una de ellas. Esta figura ha constituido un gran aporte de los redactores de la LGS a la legislación societaria peruana. Así lo demuestra el difundido uso que ha tenido esta forma de segregación patrimonial.

Reconociendo esa importancia, el presente artículo ha pretendido generar un debate sobre los aspectos que, a nuestro criterio, ameritarían una revisión de la regulación sobre reorganización simple en el Perú. Esperamos que tal objetivo se logre.

(1) Esta figura es denominada ...,n cierta legislación y doctrina comparada- 'segregación patrimonial', como medio para diferenciarla de otras formas de reorganización societaria, en especial de la escisión de sociedades, como veremos más adelante.

(2) A mayor abundamiento sobre fusión y escisión de sociedades sugerimos consultar: ELÍAS LAROZA,

Ennque. :Derecho Societario Peruano', Editora Normas Legales. Tomo 111. Lima, 1999. Págs, 912-1041;

y, HERNANDEZ GALLO, Juan Luis. 'Reorganización de sociedades: fusión y escisión'. En: lus el Veritas. N°14. Lima, 1997. Págs. 27-36.

(3) Es preciso aclarar que la reorganización simple, tal cual es definida por el artículo 391 de la IGS, es la primera norma societaria que regula esa figura de segregación patrimonial. Sin embargo, las normas tributarias bajo una de las formas de la llamada "división" constituyen el verdadero y más remoto antecedente de esta figura en la legislación peruana. Así tenemos, por ejemplo y entre otras normas, que el Decreto Supremo N°136-96-EF que modificaba parte del Decreto Supremo N° 29.94.EF. Reglamento de la ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, establecía como una de sus definiciones de división la siguiente:

"(...) Se considera división de empresas cuando el patrimonio vinculado a una o más líneas de producción, comercialización, servicio o construcción, en su integridad es aportado de una empresa a otra nueva (...).

(4) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit Tomo 111. Pág. 1043.

(5) "Artículo 39. Aportaciones no dinerarias. Responsabilidad.- (...) 3. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también al saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial", (Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989).

(6) -Artículo 168. Clases de contravalor del aumento del capital social.- (...) 2. Cuando el contravalor consista total o parcialmente en aportaciones no dinerarias, se observará lo dispuesto en los artículos 133 y 134 de este Reglamento (...).

-Artículo 133.- Aportaciones no dinerarias..1. Cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación así como el valor de cada uno de ellos.

Si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán en la escritura los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. Los restantes bienes podrán relacionarse en inventario, que se incorporará a la escritura (...).

(Real Decreto 19-7-1996, N.1784/1996 del Ministerio de Justicia, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil).

(7) -Artículo 35.- Efectividad de la entrega de los aportes

En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

(...)

1) Tratándose del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios,

de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, se adjuntará la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. Bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización; además, si incluye bienes o derechos

registrados, deben indicarse los datos referidos a su inscripción registral. Adicionalmente, se indicará el valor neto del conjunto o unidad económica objeto de la aportación (. . . j-

(Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARPISN, que aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades).

(8) Este principio de integridad total del capital tiene una excepción en la legislación peruana introducida por las llamadas "acciones bajo la par" (cuarto y quinto párrafo del artículo 85 de la LGS). Para una explicación sobre estas acciones, recomendamos consultar: SALAS SÁNCHEZ, Julio. "Apuntes sobre el capital social de las sociedades en la nueva Ley General de Sociedades". En: *Ius et Veritas*. N.17. 1998. Págs. 134.153.

(9) BROSETA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil", Editorial Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 101.

(10) GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1987. Pág. 192.

Recordemos que en materia societaria en el Perú, el objeto social puede estar compuesto por más de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción, comercialización o servicio, en la medida que tal línea, actividad o unidad esté claramente descrita en el estatuto social.

(12) "Ley Marco del Empresariado. Anteproyecto y exposición de motivos. Publicada en el diario oficial "8

Peruano. el 6 de mayo de 1999. Pág. 10. (13) *Ibidem*. Pág. 5. (14) "Artículo 1.- Elementos.- El fondo empresarial puede estar conformado, entre otros, por los siguientes elementos:

a) Los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles que formen parte del activo corriente y el

activo fijo de la empresa.

b) Las sumas de dinero.

e) Los derechos patrimoniales de propiedad intelectual y los derechos sobre otros bienes intangibles. d) Los contratos, derechos y obligaciones relacionados con la actividad empresarial.

(...j".

Ibidem. Pág. 11.

(15) Luego de haber analizado estos tres supuestos de bloque patrimonial regulados por la LGS, nos preguntamos por qué nuestra ley no contempló un cuarto supuesto: un pasivo o un conjunto de pasivos de la sociedad escindida. La razón, por cierto, no podría radicar en el hecho de que no tendría sentido transferir de una sociedad a otra valores negativos, dado que, como hemos apreciado, es perfectamente posible dentro de la definición de bloque patrimonial que, en un determinado caso, su valor neto sea negativo. Por tanto, creemos que no tiene lógica que la LGS solo establezca como posibilidad el traslado de un bloque patrimonial con valor neto negativo si es que está conformado al menos por algún activo (supuestos de los incisos 2 y 3 del artículo 369 de la LGS) y no si está formado solo por pasivos. Resulta evidente que, desde un punto de vista empresarial, el traslado de pasivos de una sociedad a otra puede tener mucho sentido y varias justificaciones financieras. Es por ello que no entendemos tal omisión de la LGS respecto del concepto de bloque patrimonial.

(16) A modo de ejemplo, queremos mencionar un caso, en el que tuvimos ocasión de participar, en el cual se acordó una reorganización simple transfiriendo un bloque patrimonial de valor neto negativo. Este caso se gestó antes de la vigencia del Reglamento del Registro de Sociedades y, por tanto, en un momento donde no estaba aclarado a nivel normativo el valor neto que podía adoptar un bloque patrimonial en una reorganización simple. El acuerdo fue formalizado e inscrito en Registros Públicos, constituyendo un precedente -aparentemente el primero- de una reorganización simple con bloque patrimonial de valor neto negativo en el Perú.

La transacción aludida es la adquisición que efectuara Banco Internacional del Perú S.A.A. (Interbank) de una serie de activos y pasivos del Banco Latino S.A. En efecto, dicha adquisición fue implementada mediante un acuerdo de reorganización simple, dentro del marco del Programa de Consolidación del Sistema Financiero creado por el Decreto de Urgencia N. 108-2000, de su Reglamento Operativo, aprobado por Resolución Ministerial N. 174-2000-EF, de la Ley N. 26702 - Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y demás normas aplicables.

El artículo 1 del Decreto de Urgencia N. 108-2000 expresamente establecía que la contribución del Estado en el Programa de Consolidación del Sistema Financiero -recursos provenientes del Fondo de Seguro de Depósitos y, de ser el caso, bonos- se realizaría siempre y cuando no implicase un beneficio para los accionistas de las empresas participantes (Interbank y Banco Latino). En ese sentido, y con el fin de cumplir los alcances de la norma mencionada, Banco Latino transfirió a Interbank un bloque patrimonial cuyo valor neto fue negativo, no proceálendo Interbank a aumentar su capital ni a emitir acciones en favor de Banco Latino.

(17) La LGS entró en vigencia el 1 de enero de 1998, por lo que durante más de tres años se mantuvieron las dudas de interpretación sobre el alcance de la reorganización simple.

(18) "Artículo 130.- Contenido de la escritura pública

La escritura pública de reorganización simple a que se refiere el artículo 391 de la Ley debe contener: (...)

1) En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se aporta, el monto en que se

aumenta el capital social de la sociedad que recibe el aporte y el número de las acciones o participaciones que emitirá. En caso que dicho valor sea negativo se dejará constancia del mismo y esa circunstancia producirá que no se aumente el capital de la sociedad receptora del bloque patrimonial aportado;

(...)"

(Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N. 200-2001-SUNARP/SN, que aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades).

(19) Un ejemplo de ello lo constituye la unión del Banco Wiese Ltda. con el Banco de Lima Sudameris. Dicha unión societaria que dio origen al actual Banco Wiese Sudameris hubiese sido canalizada tradicionalmente a través de una fusión o una escisión. Sin embargo, una operación de tamaño envergadura y complejidad fue ejecutada por medio de una reorganización simple.

En efecto, en junta general de accionistas de fecha 12 de julio de 1999, el Banco Wiese, en presencia de accionistas del Banco de Lima Sudameris, acordó aumentar su capital mediante la emisión de acciones comunes con derecho a voto, entre otros aspectos, como resultado de la recepción del aporte de un bloque patrimonial transferido, vía reorganización simple, por el Banco de Lima Sudameris. Ese gran bloque patrimonial aportado contenía, de alguna manera, al mismo Banco de Lima Sudameris. es decir, ese bloque estaba integrado por casi todos sus activos y pasivos.

Por ende, Banco de Lima Sudameris se convirtió por un momento en accionista del Banco Wiese Ltda., cambiando el primero su objeto social (empresa tenedora de valores o inversiones) y su denominación social (Lima Holding), mientras que el segundo se convertía en el nuevo Banco Wiese Sudameris.

Esta unión pudo culminarse, en términos de procedimiento legal y no de negociación por cierto, en un plazo breve, a diferencia de lo que hubiese sucedido de utilizarse los mecanismos de fusión o escisión, los cuales adicionalmente a los plazos mínimos de ley, podrían haberse enfrentado a derechos de separación y de oposición por parte de accionistas y de acreedores, respectivamente, lo que hubiese podido retrasar aún más la ejecución de la transacción.

(20) Ver, para mayores detalles, la Exposición de Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades a la Comisión Revisora del Congreso de la República, efectuada por Enrique Normand Sparks, en su calidad de Presidente de la Comisión Redactora (www.asesor.com.pe/teleley/proyect.htm)

(21) Nótese que como consecuencia de este supuesto (bloque patrimonial positivo) podríamos estar frente a

una misma operación que podría ser calificada jurídicamente de dos modos distintos: reorganización simple o aporte. Asumamos que el bloque patrimonial materia de "reorganización simple" está compuesto por un solo activo: un camión. Acaso la transferencia de ese "bloque" no podría ser calificada como un simple aporte y no regirse por las normas de reorganización simple. La respuesta es evidente: sí. Y, alguien podría preguntarse, si tiene alguna relevancia que una misma operación pueda ser calificada por los participantes como aporte o como reorganización simple. Desde el punto de vista societario el tema podría ser poco práctico y solo desistematiza jurídicamente. Sería el costo de haber regulado de forma flexible el concepto de bloque patrimonial e introducir una figura como la reorganización simple, permitiendo gran ductilidad en las reorganizaciones societarias, y creemos que eso es bueno.

Empero, queremos hacer notar que, desde el punto de vista tributario, lo que societariamente parece inocuo, en el ámbito fiscal termina siendo determinante. La transferencia de ese camión con la etiqueta "reorganización simple" podría generar un tratamiento tributario, en materia de impuesto a la renta e impuesto general a las ventas, distinto y más beneficioso, en comparación con transferir el mismo camión bajo el rótulo "aporte". Lo que entre nosotros societarios puede recibir dos nombres sin alterar la esencia de la operación, en el campo tributario puede ocasionar consecuencias diametralmente distintas.

(22) Tal circunstancia es perfectamente posible en el esquema de nuestra LGS, donde la reducción de capital

es obligatoria solo en ciertos supuestos, los cuales hoy, dicho sea de paso, se encuentran suspendidos en su aplicación.

(23) El artículo 131 del Reglamento del Registro de Sociedades es una prueba de cómo a nuestra legislación

no le interesa, en ningún supuesto de reorganización simple, la posible afectación de los derechos de los acreedores de las sociedades involucradas. Manteniendo la errónea concepción de que no existe perjuicio a los acreedores en una figura como ésta (pese a que reconoce la posibilidad de que se transfiera un bloque patrimonial de valor neto negativo), ignora el derecho de oposición de los acreedores. Así, establece que:

"Artículo 131.- No exigencia de la constancia de oposición de acreedores

- Para la inscripción de la reorganización simple no se exigirá la constancia de no haberse formulado 1 oposición por los acreedores".

LAS RESERVAS

Juan DEL BUSTO QUIÑONEZ

I. INTRODUCCIÓN

El sentido natural de tener reservas se asocia con separar bienes útiles para atender necesidades futuras. La previsión de estas últimas a su vez puede venir impuesta por la prudencia, el conocimiento anticipado de ciertos hechos que acaecerán en el futuro, o para cumplir obligaciones legales o convencionales.

Mientras las personas naturales afrontan este proceso con cargo a sus recursos patrimoniales de cualquier índole dentro de los que no cabe distinguir origen, vg., herencia, frutos del capital o del trabajo, en las sociedades mercantiles y en particular en la sociedad anónima solo existe una fuente de bienes útiles que pueden afectarse y dentro de los que cabe separar o reservar para atender la necesidad futura, que son los beneficios obtenidos por la sociedad.

La lógica que subyace en el ámbito societario, es que los recursos patrimoniales aportados por los socios como capital social son una cifra fija e indisponible para la sociedad. El capital, si bien aplicado a los negocios propios del objeto social, constituye la principal garantía para los acreedores sociales y por lo tanto debe permanecer claramente expresado en el balance(1).

Bajo este concepto de intangibilidad, el capital social solo puede ser reducido por métodos taxativos contenidos en la ley, rodeados de publicidad, que otorgan derechos y garantías a los acreedores y a los propios socios, que son titulares subsidiarios de su remanente.

Es así entendible que al constituirse una sociedad no podrían los socios acordar la inmediata formación de una reserva, la cual tendrían que detraer del capital social. Sin embargo, como se tratará más adelante, es perfectamente posible que la sociedad en el acto de su constitución pueda quedar dotada de beneficios provenientes de una prima de capital, la misma que podría afectar. se para la formación de tal reserva.

Continuando con este paralelismo que a título de introducción venimos efectuando con lo que denominamos "el sentido natural de tener reservas para atender necesidades futuras", la doctrina societaria, identifica como única fuente de las reservas societarias a los beneficios o utilidades, lo cual marca una clara diferencia con los supuestos en que la atención de tales necesidades²¹ se efectúa con cargo a los recursos sociales, hayan o no beneficios.

- En tal sentido, las reservas societarias se distinguen porque únicamente pueden ser formadas con cargo a beneficios o utilidades, ordinarias o extraordinarias, pero siempre beneficios. Lo anterior plantea incertidumbre en el caso de ciertos beneficios o plusvalías que no pueden considerarse como utilidades obtenidas,

realizadas y distribuibles. Ello puede permitir la formación de la reserva bajo ciertas particularidades, pero supedita su ulterior desafectación y distribución, como también podrá apreciarse.

Como se destacó inicialmente, es también una exigencia que fluye de la naturaleza de las cosas, la finalidad de la reserva y como algo directamente derivado de ello, sus límites. En el caso del ámbito de la sociedad anónima, ambas materias tienen particular relevancia, por el necesario respeto del derecho del accionista al dividendo, en especial desde la perspectiva del minoritario. Como se podrá apreciar, las reservas societarias también tienen su origen en motivaciones de prudencia y prevención voluntarias, estatutarias o legales y una vez constituidas, algunas podrán ser desafectadas por la Junta General y otras no, por su carácter indisponible.

Finalmente, antes del desarrollo puntual de los aspectos que juzgamos relevantes de las reservas, consideramos conveniente destacar el tema desde la perspectiva del accionista como titular de derechos frente a ellas. En algún caso, en su afectación al derecho al dividendo por decisiones emanadas de la junta general o el Estatuto en la repartición de utilidades o en la desafectación de reservas. En otro caso, por supuestos en que impropriamente las reservas tienen su origen en decisiones de los Administradores, sin delegación de facultades por la Junta General. Este enfoque requiere, a su vez, el análisis de las características del derecho sobre las reservas, tanto de la sociedad, como de los accionistas.

Dicho lo anterior, corresponde pasar al análisis de los principales elementos de juicio en torno al tema de la referencia.

II. CONCEPTO: ASPECTOS ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LAS RESERVAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La esencia de las reservas implica separar, ahorrar o guardar en previsión para afrontar necesidades futuras. El sentido económico del término se asocia a la cobertura de incertidumbres características de los ciclos productivos y de la marcha económica financiera de las instituciones. Esta peculiaridad en el caso de la sociedad anónima que persigue fines de lucro en beneficio de sus socios, obliga a detraer o retener parte de sus utilidades, ahorrándolas, para responder a tales necesidades o incertidumbres.

El origen de las utilidades o beneficios que la sociedad ahorra o reserva carece de relevancia y por lo tanto puede tratarse de beneficios ordinarios como utilidades del ejercicio o de períodos anteriores; o de beneficios extraordinarios, tales como ganancias de capital o primas de emisión. Lo importante es que estos beneficios quedan excluidos del posible reparto a favor de los accionistas y sumados, pero diferenciados del capital social, contribuyen o consolidan al patrimonio, confiriéndole mayor solidez.

Las vicisitudes e incertidumbres que obligan a la constitución de las reservas pueden tener las causas más variadas, las que a su vez determinan la finalidad

que necesariamente deben ser atribuidas para diferenciarlas de los beneficios repartibles. Si bien son diversos los fines expresos de las reservas, se distingue como una primera finalidad aquellas que persiguen la estabilidad y continuidad empresarial. En el actual mundo globalizado, son frecuentes las necesidades de realizar nuevas inversiones o reingenierías para colocar a las empresas en condiciones competitivas ante la aparición en sus mercados de origen de nuevos agentes dotados de recursos y tecnologías más ventajosas; asimismo, para participar en el mercado de exportación, ante la necesidad de superar las deficiencias de un mercado interno recesado; o, de prepararse en las mejores condiciones para una inevitable reorganización societaria, mediante fusiones o escisiones que se vienen produciendo en el sector al cual pertenece la empresa. Aparte de estas necesidades u otras, tales como siniestros auto asegurados o nuevas inversiones obligadas por cambio tecnológico, las reservas pueden formarse también para compensar pérdidas ya sea que se trate de la reserva legal o de reservas voluntarias en adición para cubrir el mismo riesgo. Asimismo, se reconocen reservas vinculadas a la estabilidad y continuidad de los dividendos, y con la autofinanciación de la sociedad. En sentido similar, es frecuente que contratos de financiación de la sociedad o contratos con el Estado -en los casos de privatizaciones- impongan la obligación de formar reservas que tienen como propósito mantener o incrementar la solidez patrimonial del deudor o de la empresa privatizada.

La creación de las reservas implica que recursos que normalmente estaban a disposición del reparto a los accionistas, quedan afectadas a cuentas ligadas a la atención de las necesidades sociales y por lo tanto adquieren un sentido de permanencia, hasta que se cumpla su finalidad. Para un sector de la doctrina, esta operación solo implica un cambio contable que no altera el patrimonio social, dentro del cual no aprecian ningún incremento. Para otro sector, en cambio, la constitución de la reserva "representa un incremento del haber social y, por ende, del patrimonio neto de la sociedad, el cual no se ha producido por un aumento del capital. Es claro que la no distribución de una parte de los beneficios, que deliberadamente son mantenidos en la empresa y excluidos del reparto a los accionistas, incrementa el patrimonio neto social, o el haber social(3).

Cualquiera sea la tesis que se adhiera, lo indudable es que el haber social, cuando menos, se consolida al contar con recursos especialmente destinados a la finalidad de la reserva, lo que en la práctica equivale a un efectivo incremento de cara a la satisfacción de la correspondiente necesidad social.

A su vez, es característica in disputada de las reservas que su entidad dentro del pasivo interno de la sociedad es un valor a favor de los accionistas de la sociedad. Ello, por cuanto el incremento del haber social referido precedentemente se ha realizado con recursos que estaban potencialmente destinados a su distribución a favor de los accionistas. Más adelante se trata lo relativo a la titularidad de la sociedad sobre las reservas. Sin perjuicio de ello, la característica de las reservas que aquí reseñamos es que aparecen en el balance como parte del pasivo interno aportado por los socios y que está integrado por el capital social, las primas de

capital y en general todas las cuentas de reservas y de beneficios pendientes de distribuir.

Dado que las reservas se forman a partir de beneficios obtenidos y no distribuidos es menester una referencia al concepto del beneficio social. Ello plantea un doble enfoque: qué constituye beneficios y cómo se cuantifican.

El artículo 230 inciso 1) de la Ley General de Sociedades señala que: "Solo pueden ser pagados dividendos en razón de utilidades obtenidas o de reservas de libre disposición y siempre que el patrimonio neto no sea inferior al capital pagado". En concordancia, el artículo 40 de la Ley, en la parte general aplicable a todas las sociedades precisa que: "La distribución de utilidades sólo puede hacerse en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un período determinado o notifíquese la ley la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio. Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan".

Si se ha perdido una parte del capital no se distribuye utilidades hasta que el capital sea reintegrado o sea reducido en la cantidad correspondiente".

En cuanto a los requisitos que debe reunir el beneficio, la primera exigencia es que se trate de "utilidades obtenidas". La anterior ley se refería a "utilidades realmente obtenidas". Estimamos que el texto actual no significa ningún recorte a la exigencia de la realidad y ratifica que tienen que ser utilidades ciertas y que generen un efectivo aumento del patrimonio neto durante el ejercicio.

La exigencia de realidad para las utilidades implica que éstas se hayan realizado aun cuando todavía no se hubiese hecho efectiva en cuentas dinerarias la materialización de su importe. Por consiguiente si la operación es dudosa, no puede considerarse que genera utilidades obtenidas repartibles como dividendo.

En segundo término, los beneficios deben provenir de un ejercicio concreto. Como se comentará posteriormente el órgano social que crea las reservas es la Junta General. Aun cuando económicamente las utilidades se van generando en la medida que se realizan las operaciones, la ley exige que el beneficio se entienda realizado jurídicamente en períodos. La oportunidad señalada es el ejercicio anual, al cabo del cual corresponde que la Junta General formule o incremente las reservas.

La siguiente característica para reconocer utilidades distribuibles es su relación con una ecuación entre el patrimonio neto y el capital pagado. La ley exige que aquél no sea inferior a este último. Aunque la sociedad hubiera obtenido ganancias a lo largo del ejercicio, éstas no serán repartibles y por lo tanto tampoco constituirán fuente para la constitución de reservas si no se cumple la citada ecuación. El patrimonio neto, es la diferencia efectiva entre el valor de los activos y el de los pasivos frente a terceros, excluyendo el capital social, las reservas y cuentas de beneficios retenidos o de libre disposición, que integran lo que se reconoce como el pasivo interno.

Un correlato de esta tercera exigencia para la constitución de las reservas proviene del segundo párrafo del artículo 40 de la ley, que impide formarlas si existen pérdidas acumuladas. Ello, porque evidentemente la sociedad debe, en primer lugar, compensarlas y solo después distribuir dividendos o formar reservas. En lo que atañe a la cuantificación del beneficio o utilidad anual, la Ley General de Sociedades señala en términos generales en su artículo 223 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". En aplicación de estos últimos, cuyo detalle no es materia de esta exposición(4), se formula la cuantificación que puede denominarse directa de los beneficios a través de la cuenta de ganancias y pérdidas y restantes reglas contables, que permiten conocer el resultado final del ejercicio en que confluyen las ganancias o pérdidas operativas, financieras y extraordinarias.

Este resultado final proveniente de la cuantificación directa, debe a su vez ser compulsado con las reglas de balance, en lo que podría denominarse una comprobación indirecta ~ través del reflejo del incremento correspondiente a dicho beneficio en el patrimonio social durante el ejercicio.

En efecto, el resultado anual tendrá como consecuencia un incremento o una disminución en el patrimonio neto y por lo tanto, por esta vía, apreciable en las cuentas del balance podrá a su vez determinarse el beneficio o la pérdida, que deberá coincidir con la cuantificación directa.

Por su ubicación en el balance, las reservas se expresan en el pasivo, aun cuando sus recursos están diseminados en la integridad del activo. Por su destino de permanencia en el patrimonio social, hasta que sean aplicadas a la finalidad para la cual han sido creadas, las reservas son cifras o más bien recursos temporalmente indisponibles aunque no improductivos, como se verá a continuación. Análogamente al capital, constituyen una cifra de retención que se expresa en el pasivo que no se refiere o corresponde en general a bienes específicos del activo social, sino que está respaldada por la masa global del activo. Sin embargo, existen supuestos excepcionales en que sí corresponde una imputación directa de ciertos elementos del activo en respaldo de reservas. Así, por ejemplo, puede individualizarse en una cuenta especial del activo inversiones líquidas y seguras -como bonos del tesoro- el respaldo para cierta clase de reservas que requieran, por su naturaleza, una aplicación inmediata cuando sobrevenga la necesidad de atender a su finalidad. En cambio, como es en la mayoría de los casos, las reservas estarán simplemente diluidas en la totalidad de los bienes del activo y por lo tanto, tratándose de beneficios retenidos, colaborarán a financiar las actividades normales de la sociedad como cualquier activo productivo; o con más propiedad, dentro del activo productivo del cual forman parte.

Desde el punto de vista jurídico, la formación de las reservas requiere de una decisión legalmente válida, que la ley restringe a la Junta General. Sin embargo, el pronunciamiento de la Junta General de Accionistas es la culminación de un

proceso a partir del cierre del ejercicio. El artículo 221 de la ley(5) regula la responsabilidad por la formulación del balance, el estado de pérdidas y ganancias y demás cuentas sociales que se engloban en la expresión "estados financieros". La administración de la sociedad, integrada por el Directorio y la Gerencia tiene la responsabilidad de formular las cuentas antes referidas. Éstas. a su vez, en los casos que corresponde son sometidas a auditoría externa, cuyo informe según lo exige el artículo 226 de la ley, presenta a la junta general conjuntamente con los estados financieros. La presentación de los estados financieros implica la responsabilidad de los administradores por las cuentas que someten a la aprobación de la junta. Por su lado, la junta general no está obligada a aprobarlos. Puede ocurrir, por ejemplo, que la junta general integrada mayoritariamente por nuevos accionistas luego de una reorganización societaria apruebe las cuentas del balance sometido por la Administración. incluso auditado sin observaciones, pero manifieste su desacuerdo sobre el valor real del inventario asumiendo que debido a obsolescencia tiene un valor contable excesivo, que debería ajustarse, con lo cual la sociedad pasaría de utilidades a pérdidas en el ejercicio. Este ejemplo pone en claro que la junta no aprobará los resultados sometidos por la Administración ni la propuesta de formación de reservas, desde que no se reconocen utilidades.

Ahora bien, cabe preguntarse si entonces, la junta general podría -por sí y ante sí- reformular los estados financieros y declarar la pérdida por ella determinada. En la antigua tradición jurídica de nuestra plaza, ha gozado de cierta preeminencia exagerada el concepto de órgano supremo que le corresponde a la junta dentro de la estructura societaria, de lo cual se derivaba el aforismo "quien puede lo más puede lo menos"; para justificar la adopción de toda clase de decisiones por la junta, inclusive de actos de administración.

Sin embargo, estimamos que incluso bajo la ley anterior, y con mayor fuerza en la actual, es claro que sin perjuicio del carácter de órgano supremo de la sociedad que le reconoce el artículo 111 de la Ley General de Sociedades, ello es para la actuación dentro de "los asuntos propios de su competencia", como lo señala expresamente el mismo artículo. El Directorio, como máximo órgano social de la Administración, confiere mandatos sociales a los restantes integrantes de la Administración, pero, por su parte no está sometido a mandato imperativo de la Junta General en asuntos que son de la propia competencia del Directorio. El concepto moderno de la sociedad anónima como institución exige que ambos órganos sociales actúen dentro del marco de sus respectivas competencias. Congruente con este esquema, el artículo 225 de la Ley General de Sociedades al describir los efectos de la aprobación de los estados financieros por la junta general señala: "La aprobación por la junta general de los documentos mencionados en los artículos anteriores no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad".

Estando vedado a la junta general adoptar decisiones propias de la administración, y siendo así que a los directores y gerentes les corresponde

responsabilidad por su gestión, estimamos que en el caso del ejemplo, la junta está impedida de introducir modificaciones en el balance y en la cuenta de ganancias y pérdidas, debiendo limitarse a su no aprobación.

Resulta a su vez claro, que la junta sí podrá exigir al directorio un nuevo estudio de la cuestión e inclusive proponer medidas o valoraciones a cargo de terceros, condicionando su aprobación a que se cumpla con ella. Pero, para ser congruente con lo que se viene exponiendo, en particular con la responsabilidad de los administradores que según el artículo 225 no queda liberada, será necesario que el directorio apruebe previamente los cambios, si los acepta, antes de someterlos nuevamente a la junta.

Es obvio que si en este proceso se produce un enfrentamiento, la solución final tendrá que producirse por la vía de la renuncia o remoción de los directores. Es oportuno aclarar, por consiguiente, que cuando el segundo párrafo del artículo 177 de la Ley General de Sociedades señala "es responsabilidad del Directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general..." se está refiriendo a los acuerdos legítimos de esta última, lo que excluiría mandatos imperativos al directorio en materia de la exclusiva responsabilidad de este último.

La segunda cuestión relevante desde la perspectiva jurídica en el caso de las reservas, es la atribución de los derechos sobre las mismas. Esta cuestión ha sido objeto de amplio contraste al analizar supuestos en que la titularidad de la acción y los beneficios que ella pueda generar no coincidan en la misma persona, por ejemplo, el caso del nudo propietario y el usufructuario, o el de los integrantes de la sociedad de gananciales.

Sin entrar en el análisis de los supuestos de disociación de titularidades, que requieren estudio singular y en la mayoría reglas especiales contenidas en el derecho común y en la propia Ley General de Sociedades, interesa destacar el planteamiento general de la atribución de derechos sobre las reservas. Puesto que éstas constituyen beneficios retenidos por la sociedad, la cuestión es dilucidar a quién pertenece el beneficio social, mientras se mantenga como tal. Para algunos, los beneficios constituyen un fruto del capital social(6) "cuya obtención constituye precisamente la finalidad que persiguen los socios con la constitución de la sociedad, por lo que puede considerarse que el beneficio es el fruto que los socios obtienen de su capital". Dentro de este concepto, los beneficios son frutos a favor de los socios dado que a éstos les corresponde el derecho de goce sobre el patrimonio social, cumpliéndose los requisitos civiles de periodicidad, conservación de la sustancia y destino económico.

En respuesta -con la que coincidimos- se señala que dicho planteamiento olvida la existencia de la persona jurídica, que es para quien fructifican los bienes que integran su patrimonio. Asimismo, el planteamiento ignora la facultad de la Junta General de destinar una parte de los beneficios obtenidos a la constitución de reservas que permanecen dentro del patrimonio social; también ignora que como consecuencia de la independencia de la persona jurídica, los socios antes de la

disolución y liquidación solo tienen titularidad sobre el capital de la sociedad y no sobre el patrimonio social. Además, dicha postura hace equivalentes el derecho abstracto que tienen los accionistas sobre beneficios no distribuidos, con el derecho concreto al dividendo una vez acordada la distribución.

Como se ha señalado, quienes investigan la atribución de los beneficios o reservas desde la perspectiva del interés de terceros que tienen una relación jurídica con el accionista, como es el caso del usufructuario de la acción, no se dan por satisfechos con la solución que señala que aquellos constituyen frutos de la sociedad.

En tal sentido, destacan como observaciones relevantes la naturaleza de ciertos incrementos de valor en el patrimonio social que no responden al concepto de frutos producidos dentro de su concepción tradicional.

Asimismo, destacan que siendo el beneficio y las reservas cuentas de pasivo, forman parte de lo que se denomina el pasivo interno, que en forma económica -aunque no jurídica- se describe como deuda de la sociedad frente a los socios por sus aportaciones de capital, primas y beneficios que en lugar de repartírseles han dejado en el haber social. De ello, derivan la concepción que el socio -y en su caso el usufructuario- han adquirido derechos de naturaleza especial.

III. SU DIFERENCIACIÓN CON OTRAS CUENTAS DEL PASIVO

Sin embargo, ninguna de estas observaciones altera la realidad jurídica que al margen de las consideraciones civiles sobre la fructificación de los bienes, los beneficios no distribuidos y las reservas pertenecen a la sociedad y solo pueden ser calificados como derechos expectativos, latentes o potenciales de los accionistas, supeditados a la decisión de la junta general.

Es cierto que estos derechos abstractos, por oposición al derecho concreto del dividendo ya declarado tienen particular relevancia en el caso de los usufructuarios, cónyuges y restantes causahabientes, cuyas particulares situaciones jurídicas deben ser atendidas por las normas y los propios acuerdos entre las partes, pero ello no altera la atribución jurídica de las reservas que, reiteramos le corresponde a la sociedad y no al accionista.

Dentro del pasivo interno, integrado por el capital social y restantes cuentas patrimoniales, que en conjunto sirven a la financiación interna de la sociedad, existen, al margen de ese rasgo común, singularidades que en algunos casos pueden causar confusión respecto del régimen de las reservas Y que conviene esclarecer.

El capital social, es una cuenta esencialmente invariable, salvo su aumento o reducción con la consiguiente modificación de estatutos que la ley rodea de formalidades y garantías. Las reservas, a diferencia del capital son esencialmente variables, sin perjuicio de su destino o finalidad legal o convencional.

La acreencia de los socios respecto del capital aportado por ellos a la sociedad solo puede hacerse efectiva previo pago de las obligaciones sociales a los terceros por la sociedad y por lo tanto es subsidiaria. Mientras dicho pago a los socios no se realice, por la vía de la reducción de capital o de la liquidación de la sociedad, el capital social constituye una cuenta de pasivo en garantía de los acreedores sociales. En tal sentido, los bienes del activo respaldan con prioridad total los pasivos de la sociedad frente a sus acreedores. Las reservas, por su lado, que tienen su justificación en la previsión y el ahorro tienen finalidades variadas, como garantía de los acreedores, sin que la ley otorgue derechos y garantía a estos últimos respecto de su constitución y eventual disolución o disminución que, como se ha referido previamente, es atribución de la junta general, dentro de la ley.

De otro lado, existen en el pasivo otras cuentas, tales como las amortizaciones o depreciaciones y las provisiones que tienen ciertas similitudes con las reservas, pero, como se apreciará a continuación son de distinta naturaleza.

Las cuentas aquí referidas persiguen mantener equilibrio entre el activo y el pasivo interno ante probables o ciertos supuestos de sobrevaluación del activo. Mediante ellas se produce relación directa con la cuenta del activo que se afecta con el objeto de corregir en su valor, equilibrándolo. En razón de tal vinculación, la cuenta correctora formada en el pasivo no podrá exceder el monto de la cuenta corregida en el activo.

El rasgo común de estas cuentas que denominamos "de equilibrio" es que constituyen cargos en la cuenta de ganancias y pérdidas. Como se verá, los cargos son obligatorios y permanentes en el caso de las amortizaciones o depreciaciones y discretionales y eventuales en el caso de las provisiones, detrayéndose ambos de las utilidades brutas, exista o no beneficio. Representan así un gasto o una pérdida realmente sufridos por la empresa.

En el caso de las reservas, por sus variadas finalidades puede haber algunas que persigan objetivos similares al de las cuentas de equilibrio, en especial en el caso de las reservas que apuntan a la consolidación de los valores patrimoniales de la empresa. Sin embargo, la diferencia esencial es que las reservas solo se nutren de beneficios y por lo tanto, desde el punto de vista contable, sólo se detraen del resultado positivo de la cuenta de ganancias y pérdidas y/o de beneficios extraordinarios o acumulados de ejercicios anteriores. Es también diferencia esencial que las cuentas de equilibrio, a diferencia de las reservas, no incrementan el haber social o el patrimonio neto, desde que solo reflejan o p::en equilibrar gastos o pérdidas sufridas por la empresa.

Las amortizaciones o depreciaciones son tratadas como sinónimo en el artículo 228 de la Ley General de Sociedades(?).

Mediante ellas se corrigen los valores de los bienes del activo fijo o inmovilizado que han perdido valor por razón de su vida útil, uso o disfrute. Las amortizaciones tienen que efectuarse obligatoriamente ya que sólo persiguen equilibrar una disminución de valor en la clase de activos a los cuales se imputan y por lo tanto es indiferente que hayan o no beneficios. Si los hay, los disminuye y sino son suficientes, o no los hay, precipitan pérdidas.

El objetivo esencial de las amortizaciones o depreciaciones es dotar a la sociedad de los recursos necesarios para reponer los bienes depreciados. La disminución de valor que equilibra esta cuenta se aprecia en términos anuales según el mandato de la ley mediante las técnicas que proporciona la regla del arte de la contabilidad, referida como los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país.

Los bienes del activo negociable, incluidos los inventarios de materias primas y productos en proceso, no son amortizables en los términos del artículo 228 de la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, es obvio que tanto éstos así como los intangibles pueden ser objeto de un grave deterioro de valor. Imaginemos el caso de una sociedad comercializadora de máquinas de télex con un stock abultado cuando irrumpa la tecnología del facsímil. En el campo de la informática esta clase de situaciones es materia corriente. Igualmente imaginemos el caso de una sociedad que hubiese pagado una cantidad apreciable para obtener una franquicia y se produce un desastre para el licenciatario -como el reciente caso de Arthur Andersen- que desprestigia o incluso desaparece el fondo de comercio contabilizado como intangible.

En estos casos y en otro que se refiere a continuación, la sociedad deba reflejar esa realidad en su patrimonio neto y registrar la pérdida. Si la empresa del ejemplo tuviese que esperar a vender sus equipos devenidos obsoletos para registrar la pérdida real se estaría dejando de cumplir la exigencia del artículo 221 de la Ley General de Sociedades, el cual exige que los estados financieros, al igual que la memoria y la propuesta relativa al resultado del ejercicio reflejen "con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido".

Las provisiones son el medio que permite cumplir este propósito. Como puede apreciarse, a diferencia de las amortizaciones o depreciaciones, la corrección o equilibrio perseguido a través de la formación de esta cuenta, no obedece a una medida de la disminución sistemática del valor del activo sobre una base anual. Dependerá de la discrecionalidad del directorio la recomendación a la Junta de su formulación, en atención al caso concreto de que se trate. En algunos supuestos será inevitable, ante desmedros indubitables y en otros, la recomendación será por montos aproximados, cuando se trata de eventos conocidos, pero cuyo monto es indeterminado o al menos desconocido en el momento de su formulación. Otros ejemplos de provisiones, son anticipación de menores ingresos ~r supuestos de malas deudas o insolvencia y pagos de tributos extraordinarios.

Puede afirmarse que las cuentas de equilibrio que venimos comentando tienen otro aspecto común en relación con las reservas, que radica en que una excesiva dotación de su monto, genera -si habían beneficios- un exceso de beneficios retenidos no aparente en la contabilidad, conocido como reservas ocultas, tema que será abordado más adelante.

Finalmente, la otra cuenta del pasivo interno que procede revisar en su relación con las reservas, y que contribuye al financiamiento interno de la sociedad son los beneficios retenidos o utilidades de libre disposición. La doctrina considera en forma unánime que la sola existencia de esta cuenta no configura la constitución de una reserva. Aun cuando el beneficio retenido permanezca durante un prolongado lapso en el haber social, no es procedente referirse a una "reserva de hecho". La reserva, como se ha descrito ampliamente, requiere una decisión expresa de la junta general, así como un destino específico en el futuro. Solo puede entenderse a su vez que la reserva proporciona a la empresa una mayor solidez económica, cuando por su vocación de permanencia queda atada al cumplimiento de su finalidad, incrementando el haber social. En cambio, en el supuesto de los beneficios retenidos, éstos pueden ser repartidos en cualquier momento. La reserva, por su parte no puede ser repartida, sin que previamente la junta general decida disolverla.

IV. CLASES DE RESERVAS

La doctrina clasifica de muy diversa forma a las reservas, en atención a su origen, finalidad y naturaleza.

Una división que pone especial énfasis en la fuente de derecho que las origina, que por su sencillez nos permitimos seguir, las clasifica en legales y convencionales; aspecto que complementamos con el caso especial de las reservas ocultas.

1. Las reservas legales

La legislación societaria de los diversos países recoge de manera generalizada la institución de la reserva legal, cuyo propósito o finalidad es dotar a la sociedad de recursos para compensar eventuales pérdidas y para solidificar su patrimonio, los cuales son obtenidos de sus propios beneficios, que deben ser retenidos, mediante un mandato u obligación que es de orden público.

Paralelamente, la misma legislación societaria o leyes especiales ordenan la formación de reservas para casos especiales, que al igual que la reserva legal no pueden ser disueltas ni distribuidas como dividendo hasta que no sean aplicadas a la finalidad que dispone la ley. En el Perú existe también esta categoría de reservas, tanto en la propia Ley General de Sociedades, aunque sin denominación expresa, así como en diversas normas sectoriales, como es el caso de la banca y seguros.

En cuanto a la reserva legal que regula el artículo 229 de la Ley General de Sociedades, la primera cuestión que surge de su texto es la determinación de los beneficios que sirven de base para calcularla y detraerla. La Ley SE3 refiere a la utilidad distribuible de cada ejercicio. La pregunta obvia, es si el texto involucra

solamente la utilidad proveniente de la explotación del negocio de la empresa, o si se deben incluir otros beneficios extraordinarios.

En nuestra opinión, el concepto de utilidad distribuible de cada ejercicio debe ser entendido en sentido amplio, abarcando por consiguiente los resultados operativos así como cualquier otro beneficio o ganancia de capital, siempre que se trate de beneficios realmente obtenidos, con dos precisiones. La primera, que no se incluyen los beneficios o utilidades provenientes de ejercicios anteriores, pues la norma se refiere indubitablemente al resultado del ejercicio. La segunda precisión, es que en tales beneficios no se debe integrar a las primas de capital, que tienen una regla singular en virtud del artículo 233 de la misma Ley, cuyo alcance será materia de comentario posterior.

La segunda cuestión atañe al monto de la detracción, que la ley fija como "un mínimo del diez por ciento (10%) de la utilidad distribuible". Ello implica un cambio respecto de la anterior Ley de Sociedades Mercantiles, que restringía la obligación de detracción a una base mínima de utilidades, debajo de la cual no había obligación de detraer.

En el texto actual, cualquiera sea el monto de las utilidades distribuibles, igual se calcula la reserva (en el 10% señalado) salvo que con ese cálculo se exceda el límite máximo que se comentará más adelante. Otra precisión al texto de la ley actual es que el monto se fija solo como un mínimo; lo que naturalmente permite una mayor dotación por la junta general, sin perder el carácter de reserva legal, aunque en realidad sea convencional la decisión de acelerar su formación antes de llegar al límite máximo.

La tercera cuestión atañe precisamente al límite máximo de la reserva legal, que debe precisarse en dos alcances. Uno, para indicar que el concepto expresado como "un monto igual a la quinta parte del capital" se refiere al capital suscrito correspondiente a acciones con o sin derecho al voto. El otro alcance del límite máximo, es que una vez excedido, "el exceso... no tiene la condición de reserva legal" como expresamente lo declara la propia norma. Por ello, se diferencia de las detracciones para acelerar antes de llegar al límite máximo, previamente comentadas.

La siguiente cuestión atañe al régimen de prelación en la compensación de las pérdidas. La ley señala que "las pérdidas correspondientes a un ejercicio se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición". Esto significa que las reservas que no son disponibles por estar afectadas a un fin especial no se aplican a compensar pérdidas. Sin embargo, esta conclusión preliminar solo tiene validez en cuanto orden de prelación para compensar las pérdidas, de acuerdo al siguiente párrafo de la ley que señala "en ausencia de éstas (utilidades o reservas de libre disposición las pérdidas) se compensan con la reserva legal. En este último caso, la reserva debe ser repuesta".

Si -al margen de la prelación-las pérdidas son de tal magnitud que exceden incluso a la reserva legal, es claro que las reservas indisponibles antes referidas también serán aplicadas a compensar la pérdida, pues en caso contrario se descapitalizaría a la sociedad.

La siguiente cuestión atañe a un tema que ha sido ampliamente discutido en la doctrina, respecto del cual la Ley General de Sociedades toma posición. Se trata de la eventual capitalización de la reserva legal. La ley la autoriza expresamente, en tanto proporciona mayor solidez patrimonial en beneficio de la empresa, socios y acreedores; pero obliga a reponer la reserva legal. Este texto no permite, en nuestra opinión, dejar de detraer la reserva legal en el ejercicio en que ésta se capitaliza.

La ley no hace ninguna excepción para la obligación de las sociedades anónimas de formar la reserva legal en los términos comentados, lo que origina que sociedades instrumentales para la inversión, que no realizan operaciones propias al constituir únicamente holdings, se vean igualmente obligadas a tener reservas legales que pueden llegar a significar cifras importantes, que se excluyen del dividendo redistribuido a los accionistas finales. Esta limitación de índole práctico favorece la estructuración de las inversiones usando holdings en el exterior. Otra modalidad para soslayar esta limitación de lo que podría denominarse como efecto cascada de la reserva legal en las holdings que solo constituyen vehículo para la inversión, es constituir a la sociedad holding en el país, pero bajo la forma societaria de sociedad comercial de responsabilidad limitada. La Ley General de Sociedades no exige la formación de reserva legal para esta clase de sociedad mercantil. Puede ser discutible como una laguna legislativa que no se haya establecido esta clase de reserva obligatoria, dada la similitud que existe con la sociedad anónima en cuanto a la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas y a la garantía de los acreedores representada por la intangibilidad del capital. Sin embargo, lo cierto es que la ley no ha establecido obligación de constituir reserva legal en el caso de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

Retornando a la sociedad anónima en la cual nos hemos centrado, la Ley General de Sociedades contempla dos supuestos de reservas obligatorias que englobamos en la categoría de reservas legales en sentido lato, que a continuación desarrollaremos y que son, respectivamente, las primas de capital y las reservas vinculadas a la adquisición onerosa de acciones de propia emisión.

En cuanto a las primas de capital, la Ley General de Sociedades las vincula expresamente al régimen de la reserva legal y les asigna en forma supletoria la misma naturaleza de indisponibles. Si bien la prima de capital es por esencia disponible, la ley le asigna la condición de indisponible, identificándola expresamente con la naturaleza de la reserva legal en ciertas circunstancias. En efecto, el artículo 233 de la Ley General de Sociedades señala que "las primas de capital solo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo". Por lo tanto, mientras no se alcance este último límite las primas de capital sustituyen a la reserva legal, vale decir, tienen su misma finalidad de compensar en último término las pérdidas y darle mayor solidez al patrimonio social.

Como se sabe, el origen de las primas de capital es la compensación de valores que aporta al patrimonio de la sociedad el socio nuevo que suscribe acciones de un valor nominal inferior a su valor real. Si bien el aporte suplementario se realiza en beneficio del patrimonio social, la compensación se refleja o mide con relación

a los antiguos accionistas que renuncian a suscribir el aumento de capital, cuya diferencia entre valor nominal y valor real de sus acciones queda así zanjada.

Siendo esencialmente un medio de equilibrar valores entre los antiguos y los nuevos accionistas, no es el único. Una alternativa que persigue el mismo propósito es la transferencia por los antiguos accionistas a los nuevos accionistas de su derecho de suscripción preferente, aunque en este caso la compensación de valores se produce únicamente en el nivel del patrimonio de los accionistas, sin ningún incremento del patrimonio social. Obviamente, existen y realmente son frecuentes, casos combinados en que las compensaciones de valor se dan en los dos niveles, vía transferencias simultáneas con aumentos de capital que involucran primas de capital. La regla común en todos estos casos es que las compensaciones se determinan en base a la autonomía de la voluntad.

En la nueva legislación española existe intervención normativa, para cuantificar el monto de la prima en función al valor real de las acciones determinadas por peritos, cuando se excluye el derecho de suscripción preferente. En nuestro sistema no existe este supuesto, dado que la exclusión del derecho de suscripción preferente está restringida a casos excepcionales y no ordinarios, como son el de la sociedad anónima abierta (la cual necesariamente cotiza en bolsa) en que el artículo 259 de la Ley General de Sociedades lo autoriza, exigiendo el voto de no menos del 40% de las acciones suscritas con derecho a voto, y el caso del artículo 103, en que se requiere para tal efecto, autorización de la escritura de constitución, o acuerdo de la Junta General adoptado por la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto.

Encontramos razonable la solución adoptada por nuestra ley, no siendo conveniente a nuestro juicio que se regule normativamente el monto de la prima de capital.

Esta misma libertad en cuanto a la fijación de su monto corresponde a su destino: Dejando a salvo lo ya expresado sobre su condicionamiento o atadura a la reserva legal, debe reconocerse amplia libertad a los socios para pactar su destino. En tal sentido, el artículo 233 señala que, alcanzado el límite máximo de la reserva legal, las primas de capital pueden ser distribuidas. En nuestra opinión la "distribución" de la prima de capital debe entenderse en sentido lato y no restringidamente, para evitar confundirla con la distribución de dividendos y en particular con el concepto de dividendo obligatorio, cuya solicitud según el artículo 231 de la Ley General de Sociedades "solo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior". Aun cuando la prima de capital se hubiese obtenido en tal oportunidad, es claro que se trata de un beneficio distinto a las utilidades provenientes de la actividad social.

Sin embargo, en tanto que beneficio repartible, la prima de capital sí está restringida, al igual que las utilidades operativas a las reglas generales y especiales que impiden su reparto en los artículos 40, 229, 230 Y 233 de la ley.

La singularidad de la prima permitiría en cambio acordar, por ejemplo, excluir a los nuevos accionistas de su reparto, restringiendo éste solo como un derecho de los antiguos accionistas identificados a través de una clase de acciones. Esto no sería factible si se asimilase plenamente la prima al concepto de utilidades, por cuanto

el artículo 39 de la Ley General de Sociedades señala que "está prohibido que el pacto social excluya a determinados socios de las utilidades".

También entendemos que la prima es "distribuable" en sentido amplio, por cuanto su destino puede ser definido como una aplicación directa, que solo indirectamente implicaría un reparto a favor de los socios. Así, por ejemplo, si se afecta al patrocinio de un programa de becas los recursos aportados como prima, solo indirectamente podría entenderse una distribución, en tanto los accionistas o socios renuncian o disponen de aquello a lo que tendrían derecho.

Al margen de la "distribución" así entendida, la Ley General de Sociedades señala que la prima de capital puede ser capitalizada. Para ello no la sujeta a ningún condicionamiento en relación a la reserva legal, limitándose a señalar que "puede capitalizarse en cualquier momento". En igual sentido, al regular el aumento de capital, la ley señala como una de sus modalidades, que éste puede originarse en la capitalización de primas de capital.

Dentro de la categoría que venimos tratando como reservas legales, existe una consideración común aplicable a la calificación de "reservas indisponibles. que le corresponde la prima de capital (mientras la reserva legal no alcance su límite máximo) y que igualmente le corresponde a otras reservas también indisponibles. Esta consideración común consiste en elucidar si las reservas indisponibles pueden en general ser capitalizadas, como expresamente está autorizado para la prima de capital (en su monto indisponible) y para la propia reserva legal. Las reservas constituyen beneficios retenidos afectados a un fin futuro determinado, que en conjunto con el capital están expresados en el pasivo pero representadas y desperdigadas en la masa total del activo. Desde esta perspectiva, hasta que no se cumpla su finalidad deberían permanecer manteniendo su individualidad, salvo los casos de desafectación voluntaria, cuando ello es posible por su origen. No debe llamar a confusión que, reservas destinadas a cubrir pérdidas o consolidar la solidez patrimonial, sí puedan ser capitalizadas como la ley lo permite expresamente. En cambio, como se apreciará al revisar el caso de la reserva que se origina en el artículo 104 de la Ley General de Sociedades, su destino específico exige que permanezca como tal.

La razón por la cual una reserva indisponible no debería ser capitalizada podría inducir al error de asignar carácter de derecho real a la reserva -o a ciertos bienes del activo inmovilizados y vinculados a la misma- el cual desaparecería en el aumento de capital, al convertirse en el derecho quirografario de todos los acreedores respecto del capital social. La realidad, es que la constitución de la reserva indisponible solo obliga a la propia sociedad y a sus órganos sociales. Estimamos que, por definición, la reserva indisponible siempre tiene su origen en la ley, pues si su origen fuese el pacto, o el estatuto, sería reversible de acuerdo a sus propias reglas. Como es evidente, estas consideraciones son totalmente ajenas a la posibilidad de que la sociedad otorgue garantías reales vinculadas a su actividad y a las reglas del Derecho concursal para el caso de falencia. La circunstancia de que sobrevengan pérdidas y que éstas sean de tal magnitud que

deban ser compensadas con todas las reservas de la sociedad, incluidas las indisponibles solo plantea un tema en relación a la prelación de su uso.

La parte final del artículo 233 que regula el régimen de las primas de capital contiene una declaración bastante obvia que podría haberse suprimido. Señala que: "Si se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas". Es evidente que si se completa el límite máximo de la reserva legal con cualquier recurso, las primas pueden distribuirse.

El segundo caso de reservas legales en sentido lato está contenido en el artículo 104 de la Ley General de Sociedades, referido al supuesto en que la sociedad adquiere sus propias acciones. El párrafo final de este artículo dispone que: "Dichas acciones no tendrán efectos para el cómputo de quórum y mayorías y su valor debe ser reflejado en una cuenta especial del balance".

Durante el lapso en que predominó la teoría clásica que identificó a la sociedad como resultante del contrato social, resultaba un contrasentido que aquella pudiera adquirir sus propias acciones. En tales operaciones reprobadas se apreciaba una situación peligrosa, tanto para accionistas como para acreedores. La primera reacción fue prohibir estos actos. Posteriormente, las legislaciones suspendieron los derechos políticos de las acciones en autocartera y finalmente, como es nuestro caso, regularon con relativa amplitud, aun cuando no totalmente, como se podrá apreciar, las medidas de cautela patrimonial que permiten controlar los principales peligros de la denominada autocartera. Estos, desde la perspectiva económica, consisten básicamente en la disminución de garantías al reducirse el patrimonio neto con el precio pagado por las acciones, si no hay una reducción formal del capital social.

La progresiva concepción de la sociedad ya no solamente como un contrato, sino como una institución con intereses propios, ajenos a las de sus titulares, ha sido el fundamento de la mayor elaboración de las actuales reglas que justifican y gobiernan la autocartera. Se admite que la empresa de la cual es titular la sociedad, es un ámbito en que confluyen intereses de socios, acreedores y de la propia empresa, la cual tiene sus propios designios de crecimiento, estrategias de competencia, políticas de control de riesgo y, en general, apreciaciones objetivas sobre su desarrollo y singularidad. El énfasis, cada vez mayor, de independizar la órbita de los intereses de los accionistas en la sociedad anónima, consistente en la predictibilidad y optimización del dividendo como algo separado, respecto de una administración y gestión a cargo de tecnócratas operando bajo reglas de buen gobierno corporativo, es una política que está en línea con el objetivo de evitar los conflictos de interés que en la realidad se pueden producir y con no poca frecuencia se materializan entre la empresa y los socios. En algunos casos para evitar estos conflictos, en otros para prevenir peligros externos, o para defender el valor de las acciones temporalmente amenazadas o por coyunturas de grupo empresarial, las sociedades se ven en la necesidad de adquirir sus propias

acciones. No es objeto de este trabajo revisar las distintas modalidades ni el desarrollo puntual de los supuestos que sobre el particular contempla nuestra ley.

Desde la perspectiva de las reservas que sí nos atañe, el artículo 104 de la Ley General de Sociedades señala que mientras las acciones se encuentren en poder de la sociedad, su valor debe ser reflejado en una cuenta especial del balance. Esto significa que si la adquisición de las acciones se realiza para amortizarlas, no hay lugar a la formación de la referida cuenta. Sin embargo, cuando no hay lugar a la inmediata amortización, sí debe procederse a la formalización de la referida cuenta. Si bien el caso prototípico es que la adquisición sea onerosa y realizada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad, en que no cabe duda que la "cuenta especial del balance" es una reserva indisponible en el pasivo, que solo será liberada cuando se enajenen las acciones, el texto general del artículo no distingue y por lo tanto también resulta aplicable al caso en que la sociedad adquiere gratuitamente sus propias acciones y no las amortiza, manteniéndolas en el activo. Aquí no se produce una descapitalización potencial que podría perjudicar a los acreedores como en el caso de la adquisición onerosa, que hace indispensable la formación de la reserva indisponible. Sin embargo, creemos que la ley también obliga a la formación de la cuenta, que por su naturaleza es una reserva.

Como ya ha sido objeto de comentario previo, las reservas del artículo 104 son indisponibles y por su naturaleza no pueden ser capitalizadas, sino luego de haberse liberado por la enajenación de las acciones cuya adquisición las originó. Hemos destacado previamente que, en nuestra opinión, la Ley General de Sociedades no cubre íntegramente los riesgos derivados de la adquisición de las propias acciones. Nos referimos al caso de la adquisición indirecta, que es el supuesto en que la filial adquiere acciones emitidas por su sociedad dominante. El artículo 105 de la Ley General de Sociedades trata este caso y le asigna parcialmente el tratamiento que dispuso en el artículo 104 para la adquisición directa, en cuanto restringe y deja en suspenso los derechos políticos de las acciones involucradas. Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones que también imponen la obligación de constituir una reserva indisponible por el valor de las acciones detentadas indirectamente, nuestra ley omite extender esta solución. A nuestro juicio se trata de una medida conveniente y que debería promulgarse en el futuro, pues el peligro de las sociedades imbricadas, sobre todo en el caso de cadenas en que una o más filiales adquieren onerosamente las acciones de la dominante, significan una real descapitalización, sin las formalidades y garantías para los acreedores que son exigibles en las reducciones de capital.

2. Las reservas convencionales .

Las reservas estatutarias son aquellas que con vocación de permanencia es! ablece como un mandato el Estatuto Social. La doctrina las clasifica de muy diversa manera según su finalidad. De modo general puede observarse que la f.alidad esencial de las mismas es el fortalecimiento de la empresa, persiguiendo

su estabilidad, compensando riesgos o pérdidas y la futura expansión. crecimiento y desarrollo.

Al margen de dichas finalidades que podríamos identificar con el desarrollo social, existen otros supuestos en que el destino de las reservas atiende más bien al interés de los socios, como es el caso de las reservas que persiguen la estabilización de los dividendos. O más específicamente, cuando las reservas han sido establecidas en el Estatuto para respaldo o beneficio de una determinada clase de acciones.

La dotación de las reservas, como se ha venido señalando en este trabajo siempre se realiza con cargo a beneficios obtenidos por la sociedad. Por lo tanto, para ello deben observarse las reglas sobre la aplicación de los beneficios que contempla la Ley General de Sociedades. En otras palabras, la circunstancia de que el Estatuto ordene la detracción y retención de ciertas reservas no les asigna una preeminencia total sobre los restantes posibles destinos de las utilidades.

Si no hubiera reserva legal, sino pérdidas acumuladas, el destino prioritario de las utilidades es cubrir tales pérdidas. Si no existen pérdidas de ejercicios anteriores, la utilidad debe destinarse en primer lugar a la formación de la reserva legal y en nuestra opinión a la dotación de las restantes reservas obligatorias, como es el caso de la reserva vinculada a la autocartera o las que pudieran establecer las leyes sectoriales, como es el caso de las reservas técnicas ordenadas por la legislación de banca y seguros. Luego, deberían detraerse las reservas convencionales a las que nos venimos refiriendo, comenzando por las estatutarias, que la junta general tiene que respetar mientras no modifique el Estatuto Social para suprimirlas.

Antes de continuar con las otras modalidades de reservas convencionales, conviene destacar el eventual conflicto de intereses que, hemos anticipado, puede suscitarse al definir el destino de la utilidad anual. Esta situación, si bien se puede producir con mayor intensidad en relación con la detracción de las reservas estatutarias, también ocurre con las restantes reservas convencionales, como se podrá apreciar.

En efecto, la formación de tales reservas puede significar la disminución o postergación de legítimos intereses de accionistas y de terceros al reparto del beneficio anual. El mayor, pero no único conflicto de interés, se produce respecto de los accionistas minoritarios, cuya legítima expectativa podría frustrarse si la sociedad decidiera no repartir utilidades en actitud de extrema cautela o prudencia. La Ley General de Sociedades regula, en previsión a eventuales abusos, la institución del dividendo obligatorio en su artículo 231, que Puede ser exigido por accionistas que representen cuando menos el 20% del capital suscrito con derecho a voto. Según la norma aquí comentada, la obligatoriedad de distribuir dividendos es en efectivo "(...) por un monto igual a la mitad de la utilidad distributable de cada ejercicio, luego de detraído el monto que debe aplicarse a la reserva legal (...)". Según lo hemos venido expresando, la utilidad distributable solo

se puede determinar luego de la verificación de aquella porción que tiene destino preestablecido. En ello, incluimos las reservas legales y aquellas obligatorias para la sociedad, derivadas del pacto, como es el caso de las estatutarias. También consideramos que pertenecen a esta categoría, las reservas que sin ser estatutarias, han sido establecidas o pactadas en virtud de convenios inscritos ante la sociedad, entre socios o entre éstos y terceros según el artículo 8 de la Ley General de Sociedades, por cuanto tales convenios "son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto Le sea concerniente (...)".

Como ya se adelantó, el conflicto de intereses al precisar la utilidad distribuible involucra a accionistas y terceros. Así, los beneficios de fundador reconocidos en el artículo 72, los títulos de participación transferibles a que se refiere el artículo 104, así como las retribuciones vía participación en las utilidades al Directorio reguladas en el artículo 166 utilizan en común el concepto de utilidades distribuibles y en este último caso el de "utilidades líquidas después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio". No es el propósito de este trabajo abordar las reglas de prelación o de concurrencia sobre la misma base relativa al reparto, aplicables a estas hipótesis o a otros, tales como el caso de los dividendos preferenciales. Sin embargo, queda claro que el cálculo y detracción de las reservas obligatorias puede originar los conflictos de intereses que se han referido.

Otro aspecto a considerar respecto de las reservas estatutarias y de las que tienen su origen en los convenios celebrados al amparo del artículo 8 de la ley, es la posibilidad de su capitalización. Como ya lo hemos comentado al tratar de las reservas indisponibles, si se trata de reservas creadas con una finalidad específica, en interés de la sociedad, los socios o terceros, deberá procederse según el caso a desafectar previamente la reserva, mediante la modificación estatutaria -en su caso con aprobación de la clase de acciones afectada- o mediante la modificación del convenio, como requisito indispensable para proceder luego a la capitalización de su importe.

Finalmente, dentro de las reservas convencionales se reconoce a las reservas voluntarias, que típicamente son aquellas que la junta general acuerda con carácter facultativo y que responden a las más concretas necesidades económico-financieras de la empresa. Al igual que en los casos anteriores, su otorgación puede dar origen a posibles abusos en perjuicio de los titulares de derechos al dividendo y a participaciones sobre beneficios distribuibles. También al igual que las reservas voluntarias pueden ser capitalizadas, previa decisión de la junta general sobre su desafectación como reservas.

3. Las reservas ocultas

El activo del Balance de la sociedad refleja los valores de adquisición de los bienes, que en la mayoría de los casos están constituidos por bienes tangibles que integran el activo fijo y el activo negociable. El intangible también se contabiliza

cuando la sociedad lo adquiere, al comprar, por ejemplo, una marca. Sin embargo, existe otra categoría de intangibles sin expresión contable, que no provienen de una operación singular de adquisición y que constituyen indudable patrimonio de la sociedad y se reflejan en el valor real de las acciones, tales como la imagen empre?~JLal, el, know how é!!c~mulado como credencial esencial para acceder a ciertos negocios, la calidad de su personal, valores que se tienen en consideración en las fusiones y adquisiciones empresariales. A su vez, existen otros valores que tampoco están contabilizados y que corresponden a los diferenciales entre el valor contable y el valor real de sus activos. Así, un activo fijo que desde el punto de vista de las reglas del arte de la valorización figure con depreciaciones excesivas, tendrá un valor neto real superior a su valor contable y, viceversa, si la contabilidad ha registrado depreciaciones diminutas con relación a su real estado, estará infravalorado respecto de su registro contable. En el primer caso hay un intangible oculto, que representa un mayor valor para la sociedad; mientras que en el caso inverso hay una pérdida no aparente.

Para la materia que venimos desarrollando interesa el primer caso, es decir, el del valor oculto positivo, también denominado como reservas ocultas de la sociedad. Ellas, al igual que las reservas aparentes contribuyen al fortalecimiento de la sociedad, pero carecen por cierto de atribución a una finalidad futura específica. Simplemente, mientras se mantienen, participan de hecho de las características generales de fuente de financiamiento interno de la sociedad; en especial cuando los bienes del activo que las respaldan sirven de garantía o cobertura para las operaciones sociales.

El mantenimiento de reservas ocultas plantea asimismo una diferencia importante respecto de las reservas formales o visibles en cuanto a su origen.

Como se ha señalado, la decisión de formar reservas es una atribución de la junta general. Ello no siempre ocurre en el caso de las reservas ocultas, pues si bien es atribución de la junta general aprobar la revalorización del activo, lo que implicaría hacer valorar la reserva oculta, no puede decirse lo mismo respecto de su formación. Ésta puede provenir y en muchos casos así ocurre efectivamente por decisiones de la administración, al adquirir, por ejemplo, bienes de ocasión que ingresan infravalorados respecto de su valor real de mercado; o viceversa, al registrar pasivos contingentes excesivos, que en realidad se sabe nunca serán exigidos por el monto contabilizado. Existe una línea que puede ser sutil en algunos casos para diferenciar reservas ocultas que han sido ilícitamente creadas por los Administradores para disponer de mayores recursos, a espaldas de la junta general, de otros supuestos de infravaloración del activo o sobrevaloración del pasivo, que no provienen de prácticas ílcitas o no reveladas a la junta general. En todo caso, la auditoría interna y externa tienen en esta materia una función importante para poner en evidencia eventuales reservas ocultas.

A su vez, las reservas ocultas tienen frecuentemente su origen en situaciones externas a la sociedad, como ocurre con la devaluación monetaria o los cambios en el mercado. Así, un activo fijo contabilizado en soles antes de los procesos de devaluación que se han dado frecuentemente en el país, necesitaba ser sometido

a revalorización, para que la contabilidad lo reconociera en su mismo valor real. Anteriormente existían para ese efecto en el país leyes especiales de revaluación de los activos, de aplicación obligatoria, hoy sustituidas por el vigente sistema de ajuste integral a la inflación. Mediante esta revalorización el activo se incrementa solo nominalmente, para recuperar el efecto de la devaluación de la moneda. La consecuencia contable de ello es la automática creación en el pasivo de un valor equivalente y por lo tanto de la misma naturaleza. Es un beneficio puramente nominal, que no proviene de una operación comercial y por ello se le denomina en la doctrina como una plusvalía de revalorización. Al ser un beneficio nominal y no real, no puede ser distribuido como dividendo.

Otro caso de reserva oculta con origen externo a la sociedad se presenta, como se adelantó, por razones del mercado. Ese sería el supuesto de la propiedad inmobiliaria de la sociedad, constituida por una casa hacienda, que deviene en esta isla rústica rodeada por urbanizaciones. El incremento de valor que permanecía oculto en la contabilidad representa ciertamente una reserva oculta.

La Ley General de Sociedades permite la revalorización voluntaria, que perfectamente podría aplicarse a este ejemplo. Para ello, exige en su artículo 228 que la revalorización (se realice) previa "comprobación pericial". Al igual que en la plusvalía nominal, hay revalorización. La diferencia, es que en este caso, hay un efectivo incremento de valor comprobado por la pericia aún no realizado efectivamente, lo que solo ocurrirá en el momento de la venta de la casa hacienda. Por ello, al convertirse la reserva oculta en valor real, la contabilidad deberá reflejar la reserva correspondiente en el pasivo, pero, a su vez ésta solo será distribuable, si se vende el correspondiente activo.

LA SINDICACION DE ACCIONES

Rafael ROSSELLÓ DE LA PUENTE
Fernando OCAMPO VÁZQUEZ

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de una economía de mercado, el Derecho debe su dinamismo, en gran parte, a las necesidades de índole económica y práctica que van surgiendo con el desarrollo de la sociedad. Así, la incorporación al ordenamiento normativo de instituciones que cubran o satisfagan dichas necesidades es quizás el reto más difícil de la disciplina jurídica y, finalmente, lo que constituye el motor de su evolución.

Esta naturaleza cambiante es más evidente en aquellas vertientes del quehacer jurídico en las que el ritmo de esa evolución lo lleva la acelerada dinámica empresarial. Por tal razón, es natural que, entre las vertientes aludidas, destaque la del Derecho Corporativo.

A la luz de los incesantes cambios que vienen afectando esta rama del Derecho privado, y que van desde la concepción de la personería jurídica como ficción necesaria para distinguir entre "empresarios" y "vehículo empresarial", hasta el apogeo del accionariado difundido como elemento dinamizador de la economía, se aprecia que el desarrollo del Derecho Corporativo ha conllevado la necesidad de ir incorporando a su ámbito de estudio los cambios propulsados por el avance incesante de la actividad industrial, comercial y, recientemente, tecnológica, a fin de evitar el apacronismo de sus instituciones.

En nuestra opinión, los sindicatos de accionistas constituyen un ejemplo de la situación descrita. Al implicar un quiebre conceptual con las tradicionales doctrinas jurídicas, que no admitían limitaciones contractuales al ejercicio del derecho a voto, y en base al desarrollo de la sociedad mercantil moderna -en especial la aparición del accionariado abierto o difundido-, la escisión de este derecho de la calidad de accionista es hoy algo admitido, casi por unanimidad, tanto en la doctrina jurídica como en la legislación comparada.

Incluso podemos afirmar que, desde cierta perspectiva, en la actualidad el derecho a voto constituye un objeto de transacción económica, el cual puede ser sacrificado o limitado por la consecución de un interés que su titular pondere como superior. Y ello, no a partir de que al legislador se le ocurrió preverlo o permitirlo expresamente, sino porque el pulso de la sociedad de mercado y las necesidades económicas aludidas así lo determinaron. De hecho, los convenios de sindicación de acciones surgieron mucho antes de que los regulara la ley, primero para el mercado de valores y luego para las sociedades mercantiles en general.

El presente artículo tiene por objeto exponer y analizar los principales aspectos que caracterizan a la sindicación de acciones como institución jurídica. En tal virtud, a partir del análisis del marco conceptual en que ésta se ubica, expondremos y analizaremos los aspectos más relevantes para un entendimiento cabal del tema.

II. APROXIMACIONES CONCEPTUALES

1. Consideraciones preliminares

Tal vez la primera idea que nos venga a la mente al escuchar o leer, fuera de un contexto determinado, la palabra "sindicato" o "sindicación" no esté asociada al ámbito mercantil o societario sino al ámbito laboral. Así, en forma casi automática, es muy posible que evoquemos a un gremio o asociación de trabajadores concebida bajo una forma jurídica determinada, con la finalidad primordial de defender sus derechos frente al empleador.

Si bien esta evocación responde solo a un ejercicio, por llamarlo así, de asociación libre, queremos rescatar de ella un par de conceptos principales: (i) la idea de asociación, grupo o unidad de individuos con un interés común, por un lado; y (ii) la necesidad de defensa o de actuación coordinada o concertada frente a un tercero que tiene intereses distintos a los de la asociación o grupo.

Este sentido coloquial de "sindicato" es recogido en términos sustantivamente similares por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, según el cual dicha palabra tiene dos acepciones: "(i) junta de síndicos; y (ii)

asociación formada para la defensa de intereses económicos o políticos comunes a todos los asociados"(1).

De acuerdo con la española Aránzazu Pérez Moriones, atendiendo a la etimología de los términos "sindicación" y "sindicato", apreciamos que ambos son derivaciones de la palabra "síndico", la misma que deviene "(Oo.) de la voz latina *syndicus* -abogado y representante de una ciudad- y ésta, a su vez, en la voz griega *syndicos* -defensor o miembro de un tribunal administrativer-, compuesta por los vocablos *dike*, justicia y *syn-*, que expresa colaboración" palabra con la cual originariamente se habría designado "a la persona encargada de representar los intereses de un grupo de individuos, manteniéndose posteriormente el concepto de procuración y representación en las *leriguas romances*"(2).

Haciendo alusión a la definición prevista por la Real Academia de la Lengua Española, y dando un paso hacia la justificación de la incorporación de la voz citada en el derecho societario, la autora concluye que "queda plenamente justificado el recurso a dicha voz (sindicato) para hacer referencia a la figura objeto de nuestro estudio, ya que los sindicatos de voto quedan perfectamente subsumidos, con ciertos matices, en cualquiera de los dos sentidos indicados (los referidos por la Real Academia)'3)" (lo escrito en cursivas es añadido nuestro).

Por otra parte, en la línea de lo sostenido por Pérez Moriones, queremos dejar constancia de un par de precisiones adicionales que, si bien se adscriben al ámbito

conceptual antes que al de los efectos prácticos, constituyen información relevante desde una perspectiva meramente terminológica:

a) La sindicación de acciones constituye una afectación, ligazón o unión de las mismas, diferenciándose, en estricto, de lo que es un sindicato de accionistas: la primera da origen a este último, siendo éste una manifestación de aquélla.

b) Por otra parte, si bien en lo cotidiano suele identificarse "sindicación -o sindicato- de acciones" con "sindicación -o sindicater- de accionistas", para los efectos a los que se contrae el presente trabajo la utilización de la primera resultaría más adecuada, dado que la última "(...) no engloba a todos y cada uno de los supuestos que pueden originarse en la práctica, ya que, al menos en la sindicación de voto, es admisible que intervengan personas físicas o jurídicas no accionistas, es decir, terceros"(4).

Finalmente, mencionaremos que, a nivel doctrinario, se suelen establecer algunas diferencias entre los términos "contrato", "acuerdo", "convenio" y "pacto" sustentadas, básicamente, en la presencia o ausencia del carácter patrimonial, en la existencia o carencia de efectos jurídicos, o en ambas cosas(5).

Sin entrar a profundizar sobre estas diferencias, nos inclinamos por la utilización del término "convenio", no solo porque es el recogido expresamente por nuestra Ley General de Sociedades, sino porque, a diferencia de la acepción jurídica que toma la palabra "contrato", la esencia de "convenio -o de "convención"- no refleja, en principio, un acto jurídico de contenido patrimonial. Como veremos más adelante, estos acuerdos parasciales es tampoco implican, necesariamente, relaciones de carácter patrimoniallo).

Fuera de las consideraciones semánticas y etimológicas expuestas, y enmarcando dicho concepto en el ámbito del derecho societario, ¿qué debemos entender por "convenio de sindicación de acciones"?

2. En busca de una definición

En un trabajo anterior expusimos que el convenio de sindicación de acciones es "(...) celebrado entre una pluralidad de sujetos, accionistas de una sociedad, con el objeto de defender sus intereses en la sociedad frente a otros accionistas o grupos de accionistas", concluyendo que se trata "(...) del acuerdo que alcanzan varios accionistas con la finalidad de actuar como bloque y asegurar, por ese medio, una representación más significativa que la que tendrían en caso de actuar aisladamente"(7).

Si bien consideramos vigente dicha definición, los cambios ocurridos desde entonces en nuestra legislación obligan a hacer algunas precisiones. Términos como "convenios o pactos de accionistas", "contratos parasociales", "acuerdos de sindicación", "convenios sobre voto", entre otros que podrían llevar a cierta confusión, requieren una clara delimitación conceptual de los alcances de la institución objeto del presente trabajo.

a, El carácter parasocial y accesorio Ateod.endo a la opinión del tratadista argentino Guillermo Cabanellas, los acuerdos de sIOOI Célción de acciones constituyen tan solo una variante de los CCI'M!ní05 relativos al voto. A su vez, estos últimos forman parte de los denomznados "contratos. o .convenios parasociales~, es decir, aquellos que tienen como ob,eto regular aspectos determinados de la sociedad o de las relaciones do loa SOCIOS con ésta, sin formar parte del contrato social(S).

Debemos detenemos en la definición de los denominados "contratos parasociales" dado que, en tanto guardan una relación género-especie con los convenios o acuerdos de sindicación de acciones, definen el marco general en el que se desarrolla el análisis de la problemática vinculada con estos últimos.

Los contratos o convenios "parasociales", "extrasociales" o "parasocietanos" son acuerdos accesorios al contrato de sociedad, celebrados entre los socios o accionistas -o inclusive entre éstos y un tercero- a fin de regular su participación en determinados ámbitos de la sociedad.

Al efecto, Pedrol-citado por Kelly y Cabanellas- señala, sobre los contratos parasociales, que son acuerdos accesorios con dependencia unilateral de los de sociedad. A ello, Kelly y Cabanellas añaden que "Su función está centrada en la modificación de los efectos de estos últimos (los contratos de sociedad), dentro de los límites que fijen los estatutos y las normas societarias imperativas. No existe contrato parasocial sin un contrato de sociedad al que se refiera"(9) (el paréntesis es nuestro).

Una característica distintiva de estos convenios es que su naturaleza jurídica está vinculada con el derecho contractual y no, en estricto, con el derecho societario. Incluso el sustento normativo de los convenios parasociales escapa al régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles.

Es por ello que, en determinados ordenamientos jurídicos, su celebración, ejecución, terminación y regulación, en general, transcurren en forma paralela al estatuto, el pacto social o lo previsto en la legislación societaria aplicable.

Al respecto, es interesante lo expuesto por Rodrigo Luchinsky, quien, refiriéndose a los pactos de sindicación de acciones (PSA) en el caso argentino, señala que un "(m) importantísimo sector de la doctrina nacional, con una mirada más pragmática y vaticinando los tiempos que vendrían, admitía su legitimidad sujetando la misma a los principios generales de los contratos, incluidos en el Código Civil. La Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 del 25 de abril de 1972, con validez en todo el territorio argentino, no reguló los PSA por entender sus redactores que se trataba de acuerdos 'parasocietarios', es decir, ajenos al régimen legal de las sociedades, delegando en los jueces la facultad de legitimarlos o no de acuerdo con las normas y principios generales".

Luchinsky agrega que "Esta misma solución había sido adoptada en aquella época por varios países de Europa continental. Si bien la mencionada ley no

resolvió en forma directa la cuestión, el hecho de no haberlos prohibido, y de sostener los académicos que lo redactaron que su validez se encontraba sometida a los principios generales del derecho civil y comercial, abrió las puertas para que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan aceptado casi unánimemente su licitud.

En este contexto, quien suscriba un pacto de sindicación de acciones quedará obligado por él con el mismo alcance con el cual quedaría obligado si suscribiera un contrato cualquiera"(10).

- Así, sin perjuicio de que la legislación societaria ampare o no la validez de los convenios referidos, la base última sobre la cual descansan la constituye el principio de la autonomía de la voluntad privada, la misma que subyace al principio de libertad contractual recogido en la mayoría de ordenamientos jurídicos modernos, sea a nivel constitucional-como es el caso peruano- o sea a nivel legal(11).

En opinión de Cabanellas, en el caso argentino la recurrencia a este tipo de convenios se habría visto intensificada "(oo.) por la inflexibilidad que suelen mostrar las autoridades de control y de registro respecto del contenido de los estatutos, que obliga a las partes, para dar conformación contractual a sus relaciones empresarias, a utilizar mecanismos que escapen al control de esas autoridades". En forma complementaria, agrega Cabanellas que "(oo.) También incide en la tendencia a incluir la instrumentación de las relaciones entre los socios en contratos parasociales el deseo de evitar la publicidad de tales relaciones (...)"(12).

El límite, como es obvio, estará dado por la licitud de las disposiciones contractuales -en especial en atención a las normas imperativas que prevé la legislación aplicable- y, en general, por la protección del interés de la sociedad.

En resumen, sin perjuicio de la tipicidad o atipicidad que caracterizan a los contratos parasociales en determinado ordenamiento jurídico, en nuestra opinión, éstos serán válidos y tendrán plenos efectos entre las partes en tanto respeten las condiciones de licitud que dicho ordenamiento establezca.

b. Acto plurilateral y asociativo

Debemos, pues, tener claro que un convenio de sindicación de acciones se enmarca dentro de los contratos parasocietarios y que, al ser accesorio al contrato de sociedad, solo mantendrá su vigencia en tanto este último exista; sin embargo, ello resulta insuficiente para intentar una definición adecuada.

¿Qué otros aspectos podemos encontrar en dichos convenios, que los definan y diferencien de otros contratos parasociales?

Como ya hemos expresado, se trata de un acto en el que intervienen una pluralidad de accionistas o socios de una sociedad que comparten un fin común. Por ello, no se trata, en esencia, de un contrato bilateral sino de uno plurilateral.

En el convenio de sindicación de acciones, antes que un intercambio recíproco de prestaciones sinalagmáticas, existe una expectativa de los diferentes sujetos intervinientes de obtener un provecho que depende del cumplimiento de un objetivo común.

Repitiendo, por su sentido gráfico, la imagen propuesta por Ascarelli: mientras en el contrato bilateral las partes se encuentran situadas, respectivamente, en el extremo de una línea, en el contrato plurilateral las partes se sitúan en círculo⁽¹³⁾.

En nuestra opinión, no existe correlación ni proporcionalidad en las prestaciones porque el provecho que cada uno obtenga no depende de cuán significativa sea su prestación, sino del nivel de participación que cada quien tenga en la sociedad. Ello no significa que no pueda existir un convenio de sindicación de acciones que involucre tan solo a dos sujetos, sino que dicha hipótesis no refleja la naturaleza, la razón de ser del sindicato, porque el número de sujetos no altera el hecho de que las prestaciones no son recíprocas.

Consideramos que la sindicación de acciones toma pleno sentido cuando existe un capital disperso, difundido entre numerosas personas, de modo tal que no existe concentración de capital y, por ende, el ejercicio del voto con capacidad determinante por una o muy pocas personas.

Carecería de sentido sindical izar acciones en una sociedad cerrada o en la que exista un número reducido de accionistas, pues con prescindencia de la forma en que entre ellos se encuentren distribuidas las acciones, parecería claro que no se requerirá la formación de sindicato alguno para ejercer el controla pretender oponerse a quien lo ejerce.

Al tratarse de una institución que se desarrolla como consecuencia de la difusión del accionariado en las sociedades de capitales, a fin de ejercer una capacidad mayor que la que pudiera tenerse en otras circunstancias, suele involucrarse a una pluralidad de sujetos que entablan entre sí una relación no recíproca, sino que persigue un objetivo común.

Las consecuencias de lo anterior no son solo conceptuales, sino que tienen importantes efectos prácticos. No existiendo una situación - de reciprocidad, del convenio de sindicación no se deriva relación alguna de acreedor-deudor, por lo que todos los participantes pueden ser considerados "deudores" a un fin común.

Este fin común representa la causa última del contrato, y es lo que justifica que el incumplimiento de uno o algunos intervinientes no autorice a los demás a dejar de ejecutar sus respectivas prestaciones de la forma pactada ni implica, en principio y salvo pacto expreso en contrario, la resolución del contrato.

Por lo expuesto, dado que no resulta apropiado invocar la equivalencia en las prestaciones, son ajenos al ámbito de controversias que pudieran derivarse de este convenio, determinados supuestos recogidos por nuestro ordenamiento contractual, basados en un eventual cuestionamiento de dicha equivalencia -tales como la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación-⁽¹⁴⁾.

Debemos resaltar que el Código Civil peruano contempla, en forma expresa, la existencia del acto plurilateral (artículo 2232) y del contrato plurilateral (artículo 14342), siendo el rasgo distintivo de éstos la intervención de varios agentes y el hecho de que las prestaciones deben ser autónomas y estar dirigidas a la consecución de un objeto común.

En íntima relación con el carácter plurilateral del convenio de sindicación de acciones, se debe apreciar que comparte la naturaleza asociativa que caracteriza al contrato de sociedad. Esta hipótesis se refuerza aceptando la accesoriedad de este convenio respecto del contrato de sociedad.

Si bien ambas formas consensuales comparten el carácter asociativo, el sindicato que se origina a partir del convenio no tiene personería jurídica propia. Lo cual implica que el sindicato, como tal, (i) no pueda contratar ni, en general, relacionarse jurídicamente con la sociedad ni con terceros y que, por lo tanto, (ii) cada miembro del sindicato sea individual y exclusivamente responsable por sus actos u omisiones frente a ellos.

c. Convenio relativo al voto

Un aspecto adicional que define la esencia del convenio de sindicación de acciones y lo diferencia de otros contratos parasociales y plurilaterales, es el relativo al objeto último de la obligación asumida por las partes. Nos referimos, en concreto, al ejercicio del derecho a voto.

El derecho a voto se constituye en una figura de suma importancia para la marcha de la sociedad, dado que la voluntad del socio o accionista, al ser recogida en el acuerdo del órgano de gobierno respectivo, se traduce finalmente en la expresión de voluntad de la propia sociedad.

En el contexto del convenio de sindicación, el ejercicio del derecho a voto representa la prestación asumida por cada socio o accionista que celebra el convenio y, por lo tanto, la forma o mecanismo requerido para el cumplimiento de la finalidad mediata del contrato, la cual es el cumplimiento de un objeto común.

Siguiendo la opinión de Cabanellas, en general los convenios relativos al voto son actos que, teniendo origen contractual, están destinados a crear obligaciones respecto del ejercicio del derecho de voto en las asambleas (juntas., en nuestra legislación) y otras reuniones(15).

El anterior ha sido uno de los aspectos más discutidos, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, en el debate surgido en los distintos ordenamientos jurídicos para determinar la licitud o ilicitud a los convenios referidos.

Según explica Luchinsky en relación con el caso argentino: "Con anterioridad a la sanción de la actual legislación societaria, no existía acuerdo entre los juristas locales acerca de la legalidad de dichos contratos. Un vasto grupo entendía que eran inválidos, pues atentaban contra el régimen societario" al afectar la libertad de voto, y al desvirtuar el sentido de las asambleas de accionistas, concebidas en ese entonces como una suerte de "parlamento" en el cual los accionistas debatían las cuestiones más trascendentes para la vida de la sociedad"(15).

Por nuestra parte, debemos expresar que el derecho a voto, en el marco de una sociedad mercantil, se constituye en el mecanismo que permite al titular de una

acción o participación intervenir en la marcha social manifestando su voluntad a través de los órganos de gobierno de esta última.

Si bien, en principio, el derecho a voto resulta consustancial a la condición de socio o accionista, desde hace algunos años es aceptada, casi en forma unánime, la tesis que propugna una separación entre la titularidad de dicho derecho y la legitimación para ejercerlo.

Citando a Cabanellas, podemos decir que mientras la titularidad "(...) supone determinar a qué persona imputa el orden jurídico el derecho en cuestión", la legitimación implica "(oo.) la reunión de los elementos exigidos por el orden jurídico pa.ra ser parte de una relación jurídica concreta". En esta línea, el autor concluye que "Existe así una titularidad genérica de un derecho, cuya abstracción permite su aplicación a un número indefinido de relaciones jurídicas, y una legitimación exigible para cada caso concreto de ejercicio de tal derecho"(1?).

Esta precisión resulta útil para los fines del presente trabajo, dado que configura la base conceptual que justifica la atribución, por parte de un socio o accionista, a favor de un tercero, de la legitimación para gozar del derecho a votar en los órganos de gobierno colegiados de la sociedad y, con ello, obligar al primero. Asimismo, se debe notar que este distingo resulta aplicable no solo al supuesto concreto del derecho a voto sino, en general, a toda situación jurídica en la que sea factible escindir la titularidad de un derecho, de su ejercicio.

Al respecto, una institución jurídica muy recurrida, tanto en el desarrollo de la práctica comercial como en las relativas a otras áreas del Derecho, mediante la cual se hace efectiva esta separación conceptual, es por cierto, la representación.

La actuación a través de representantes, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, se encuentra expresamente regulada en todos los ordenamientos jurídicos modernos, previéndose, en general, que la representación puede revestir la forma de imperativa o legal (cuando nace a consecuencia de un mandato legal expreso), o voluntaria o convencional (cuando es producto de un acuerdo de voluntades o, al menos, de una expresión unilateral de voluntad).

En forma complementaria, podemos mencionar que las limitaciones que podrían derivarse de un convenio de sindicación de acciones, mantendrán plena validez legal si no resultan, en la práctica, prohibiciones absolutas al ejercicio del derecho a voto.

En el Perú, con anterioridad a la vigencia de la Ley NQ 26887, actual Ley General de Sociedades, se presentaba el problema de conciliar el carácter contractual de las limitaciones surgidas a partir de los convenios de sindicación, con el derecho a intervenir y votar en las juntas, inherente a la condición de socio o accionista.

El conflicto se planteaba en los hechos cuando un accionista o socio, contraviniendo un convenio de sindicación celebrado con otros pares, asistía a una junta para ejercitar su derecho a voto. Ante tal situación, muchos sostenían

que en mérito a una disposición contractual, en principio, no podía privarse al accionista o socio de tal facultad.

Así, si bien a los demás intervinientes en el contrato les asistía el derecho de accionar por la vía de los daños y perjuicios, no tenían herramientas para asegurar el fiel cumplimiento del contrato.

Contra dicha tesis, reiteradamente hemos opinado durante la vigencia de la derogada Ley N° 16123, que tal situación podía ser salvada mediante la figura del mandato irrevocable. En efecto, en tanto el convenio de sindicación, conteniendo un poder irrevocable, hubiera sido comunicado a la sociedad y anotado en el antes denominado "libro de Registro y Transferencias de Acciones", el derecho a voto solo podía ser ejercido por las personas y del modo establecido en dicho convenio de sindicación, sin que la sociedad debiera admitir algo distinto.

Ello no implicaba un impedimento al accionista para que intervenga en la junta y vote sino, simplemente, una obligación de ejercer sus derechos del modo establecido en un contrato cuyos términos -incluido el otorgamiento de un mandato irrevocable- fueron libremente aceptados por él(18).

Los argumentos anteriores resultan de plena vigencia e importancia en contextos normativos en los cuales, a diferencia del peruano, se plantea aún la discusión sobre la oponibilidad de un convenio de sindicación de acciones a la sociedad y a aquellos accionistas que no lo hubiesen suscrito.

d. La vocación de permanencia

Para seguir con nuestro análisis, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿es suficiente que un contrato tenga la condición jurídica de parasocial y plurilateral, y que esté referido al ejercicio del derecho a voto, para tener la certeza de que configura un sindicato de acciones?

No es así. Como lo indica Cabanellas, si bien un sector importante de la doctrina suele calificar como "acuerdos de sindicación de acciones" a todos los convenios relativos al voto, ésta constituye "(...) una tendencia inconveniente, por cuanto los convenios de sindicación de acciones se han desarrollado con un sentido marcadamente más limitado que el de los convenios de voto en general".

Así, no todos los convenios de voto constituyen, en estricto sentido, una sindicación de acciones. Siguiendo a Cabanellas, "Los acuerdos de sindicación de acciones suponen, estrictamente, un mecanismo para la adopción de decisiones por los integrantes del sindicato, en forma previa a la asamblea o reunión de socios en la que se ejercerá el derecho de voto, decisiones a las que se someterán los socios que conforman el sindicato"(19).

En general, esta característica resulta útil no solo para diferenciar a la sindicación de acciones de los demás convenios relativos al voto, sino, en general, de cualesquiera pactos entre accionistas.

Resulta evidente, por tanto, que la existencia del referido mecanismo "complejo y completo" solo se justifica, en términos prácticos, por cierta tendencia o vocación de permanencia del convenio en el tiempo. Carecería de sentido dotar de una estructura propia y de instrumentos de interacción especiales al convenio, mediante la constitución de un sindicato, si solo se tratase de un acuerdo cuya ejecución va a agotarse en un momento o en un solo acto.

En la misma línea, citando a la española Pérez Moriones, señalamos que: "esta nota específica de los sindicatos de voto, la de su permanencia, determina que reservemos exclusivamente el término pacto para aquellos supuestos de negocios sobre el ejercicio del derecho a voto que carecen de una estructura organizativa propia y se limitan, simplemente, a constituir un compromiso sobre el ejercicio de aquel derecho para un asunto concreto y determinado (...)20).

e. Definición

Lo expuesto nos coloca en la posibilidad de definir el convenio de sindicación de acciones como el acuerdo entre una pluralidad de socios o accionistas de una misma sociedad mercantil o entre éstos y terceros, que, conformando un sindicato en forma paralela a la organización estatutaria, tiene por objeto el cumplimiento de determinadas pautas de actuación frente a la propia sociedad con la finalidad de tutelar los intereses de sus miembros frente a los demás socios o accionistas, o de influir en forma relevante en las decisiones de los órganos de gobierno de la sociedad.

La utilización de estos mecanismos servirá para diferenciar las distintas modalidades o formas que puede tomar la sindicación de acciones.

III. MODALIDADES DE SINDICACIÓN DE ACCIONES

1. El ejercicio del derecho a voto

Ya hemos señalado que, no obstante que el derecho a voto es inherente a la condición de socio o accionista, a través de la representación y del distingo conceptual entre la titularidad del derecho y la legitimación para ejercerlo se logra justificar la separación de estos elementos.

Por ello, es admisible que un accionista, como titular del derecho a voto, ceda a terceros la atribución específica de ejercerlo, sea a través de instrucciones específicas o permitiendo un margen de discrecionalidad, sea para un asunto determinado o para un sinnúmero de actuaciones dentro de cierto lapso o incluso por tiempo indeterminado, entre otras condiciones.

La sindicación de acciones, como muestra de la situación descrita, es una institución jurídica permitida, expresa o tácitamente, por la mayoría de ordenamientos. Así, el ejercicio del derecho a voto se constituye en el objeto último del convenio de sindicación de acciones.

Puede ocurrir, por ejemplo, que el acuerdo tenga como finalidad inmediata reunir una cantidad de acciones tal que permita al sindicato ejercer el control de la sociedad. Por otro lado, puede darse una situación inversa, es decir, que ante la existencia de un grupo mayoritario dominante, los accionistas minoritarios necesiten acumular sus acciones a fin de que su condición, sumada a la dispersión de sus votos, no elimine la posibilidad de ejercer eficazmente sus derechos, o incluso designar miembros del directorio.

En ambos casos, la sindicación estará referida, en forma directa e inmediata, a un acuerdo relativo al ejercicio del derecho a voto.

Sin embargo, podemos distinguir supuestos en los que la conformación de un sindicato de acciones no obedee, en forma directa, a la necesidad de establecer reglas o criterios predeterminados para que el accionista o el tercero designado por éste voten en talo cual sentido.

En efecto, nada impide que los accionistas se agrupen en sindicato para propósitos inmediatos distintos al ejercicio del derecho a voto como, por ejemplo, establecer preferencias para la adquisición de acciones, en el supuesto de que un miembro del sindicato pretenda transferirlas, o para la suscripción de nuevas acciones, en el caso de aumentos de capital de la sociedad, y para imponer otras limitaciones a la transferencia de acciones, siempre que no violen la ley.

Sin perjuicio de ello, si bien, en rigor, las acciones pueden sindicalizarse para el ejercicio de cualesquiera de los derechos inherentes a la calidad de accionista y no exclusivamente del derecho a voto, este último se constituye, en forma directa o indirecta, inmediata o mediata, en el eje conceptual alrededor del cual se justifica la existencia del sindicato.

Así, incluso el denominado "sindicato de bloqueo" -al que más adelante nos referiremos- solo obedece, aunque en forma indirecta y mediata, a la necesidad de uniformar el ejercicio del derecho a voto de los miembros del sindicato.

Esta dicotomía entre la existencia de una finalidad mediata o indirecta y una inmediata o directa, se constituye en el criterio mediante el cual se distingue una modalidad o categoría de sindicación de acciones de otra.

2. El sindicato de voto y el de bloqueo

En líneas generales, la sindicación de acciones se puede clasificar en dos categorías principales, atendiendo al tipo de sindicato que se forme: el de voto y el de bloqueo.

El sindicato de voto tiene por finalidad inmediata la regulación del ejercicio del derecho de voto de sus miembros, con el objeto de asegurar su ejercicio conjunto en los órganos de administración y, con ello, o bien tomar el mando y gobernar la sociedad, o bien mantener una posición de defensa en bloque de sus intereses como accionistas minoritarios. Lo primero da origen al denominado "sindicato de mando"; y lo segundo, al llamado "sindicato de defensa".

Por otro lado, tenemos los sindicatos de bloqueo, con los que se busca evitar la modificación de la estructura accionaria de la sociedad, al menos en lo que concierne a la participación de aquellos que intervienen en el sindicato, a través del establecimiento de limitaciones o preferencias para la transmisión de las acciones. En opinión de Pérez Moriones, los sindicatos de bloqueo "(...) suelen ser constituidos habitualmente con la finalidad de asegurar la disciplina establecida por medio de los sindicatos de voto"(21).

Un sector de la doctrina reconoce otros tipos de sindicación, como la denominada - sindicación financiera -, en la cual se prescinde "(...) de la existencia de la sociedad para detenerse en el título (acción), considerando a este último como valor patrimonial, como una inversión, y no como un simple medio para administrar la compañía emisora" (22); o el sindicato de administración, "(...) cuando los directores (la totalidad o un grupo de ellos) comprometen su actuación en la sociedad" (23).

5. Sindicato de voto

Sin perjuicio de que la finalidad pueda ser controlar o defenderse, una parte de la doctrina suele denominar al sindicato de voto como "sindicato de mando", utilizando indistintamente ambos términos como sinónimos. Como ejemplo de ello, están Martorell(24), Cornejo Guerrero(25) y Uría y Menéndez(26).

Pero al margen de ello, existe una clara tendencia a considerar esta forma de sindicación como la más utilizada en la práctica mercantil y, por ende, como la que aporta mayores elementos a la definición y naturaleza jurídica del concepto de "sindicación de acciones".

El convenio de sindicación de voto se constituye en el centro y justificación última de las discusiones y teorías jurídicas relativas a la sindicación de acciones.

La razón de tal afirmación se encuentra en que a través de esta figura se aprecia y comprueba, en forma directa, un aspecto esencial de la definición de "sindicación de acciones", el cual es la finalidad de tutelar, en forma estable, los intereses de los miembros del sindicato frente a la actuación de los demás socios o accionistas, o, de ser el caso, de influir en forma relevante en el manejo de los órganos de gobierno de la sociedad(27).

En forma complementaria, Martorell señala, citando a Aurelio Menéndez y Menéndez, que estos acuerdos cubren aquellas legítimas pretensiones que, de una forma u otra, se dirigen a "(...) asegurar el desenvolvimiento de una determinada política de actuación empresarial, velando por la estabilidad y el ordenado funcionamiento de una gestión operativa de la compañía, de aspiración duradera (...)(28).

Aránzazu Pérez Moriones desarrolla a profundidad y casi con carácter científico la temática derivada de esta modalidad de sindicación. Para ella, los sindicatos de voto son "(...) aquellos contratos por los que uno o varios miembros de una agrupación voluntaria de personas, ya sean personas físicas o personas jurídicas,

se comprometen entre sí o frente a terceros, a no ejercitar su voto o a ejercitarlo en los órganos de aquélla, bien por sí, bien por medio de representante, en el sentido decidido previamente, con el fin de llevar a cabo un influjo más o menos estable en la marcha de la agrupación, bien mediante la constitución de una mayoría compacta que ostente el control en la agrupación, bien mediante la constitución de una minoría, que deba ser tenida en cuenta por los accionistas mayoritarios, encargados de la dirección de aquélla"(29).

Por otra parte, la citada autora propone una clasificación básica o principal de la sindicación de voto, a partir de la determinación de las partes que intervienen en el sindicato. Según este criterio, al cual Pérez Moriones denomina "subjetivo", los sindicatos de voto pueden dividirse en: (i) constituidos exclusivamente entre accionistas; (ii) constituidos entre accionistas y terceros ajenos a la sociedad; (iii) constituidos entre accionistas y administradores de la sociedad; y (iv) constituidos entre accionistas y la sociedad en la que éstos toman parte(30).

En general, existe en la doctrina comparada una variedad casi infinita de clasificaciones al interior de la modalidad de sindicación de voto, las cuales atienden a los más diversos y disímiles criterios, tomando en cuenta: la clase de acciones de las que se trate, la forma o mecanismos como se logra la unificación del voto, la naturaleza del compromiso asumido, la estructura interna del sindicato, la forma como se alcanzan los acuerdos, la duración o plazo de vigencia, entre otros(31).

Para los fines del presente trabajo, no parece útil ahondar en esta temática conceptual, dado que, en cierto sentido todas las clasificaciones pueden resultar válidas, si cabe el término, si se sustentan en cierta lógica y coherencia internas, más aún si consideramos que el convenio de sindicación de acciones constituye una figura atípica en la mayoría de ordenamientos y que, por lo tanto, siempre que no se vulneren normas de orden público, los límites estatutarios aplicables o el interés de la sociedad, mantendrán plena validez y serán exigibles (al menos entre las partes).

So riesgo de incurrir en simplificaciones, hemos tomado una clasificación que, como se ha señalado, atiende a la finalidad buscada en la regulación del ejercicio del derecho a voto, es decir, influir en forma determinante en el curso de las actividades de la sociedad o tomar el control de la misma (sindicato de manda), o evitar que la gestión o toma de decisiones de la mayoría accionaria ajena al sindicato afecte los derechos de los integrantes de este último en su calidad de accionistas minoritarios (sindicato de defensa).

En cualquier escenario, un aspecto a resaltar es que, al tener como finalidad inmediata regular el ejercicio del derecho a voto, el convenio debe prever con exactitud aquellos mecanismos que servirán de pauta para el cumplimiento de esa finalidad.

Nos referimos, en concreto, a la necesidad de prever aspectos tanto de funcionamiento al interior del sindicato (forma de las convocatorias, quórum de asistencia e instalación, mayorías requeridas para tomar acuerdos, formalidades en la representación de los miembros por terceros, etc.) como de funcionamiento frente a la sociedad.

En relación con el primero de los rubros aludidos, nótese que se trata de mecanismos similares a las reglas que rigen el funcionamiento de las sesiones de juntas de accionistas o sesiones de directorio.

En cuanto al segundo aspecto, lo que se persigue es asegurar que la totalidad de acciones sindicalizadas voten en conjunto, en determinado sentido, en las respectivas juntas de accionistas. Para ello, será necesario contar con determinados mecanismos a través de los cuales el sindicato pueda exteriorizar su voluntad como tal.

Al respecto, Cabanellas señala que "La sindicación puede funcionar designando un síndico que ejercerá el voto, a cuyo efecto se lo legitimará mediante la transferencia de las acciones involucradas, mediante su apoderamiento, o mediante otros mecanismos de legitimación. También puede organizarse la sindicación con simple compromiso de voto, en el que el socio vota por sí mismo, siguiendo las decisiones adoptadas por el sindicato; según señala Pedrol, en esta forma de sindicato el accionista se compromete a votar por sí mismo Y. utilizando sus propias acciones, de acuerdo con el criterio fijado previamente en la Junta del Sindicato o siguiendo las instrucciones recibidas del Síndico"(32).

En la misma línea, Tulio Ascarelli indica que "(...) los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido, o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común, con mandato irrevocable, para que se lleve a Célibo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados"(33).

Así, se aprecia que los mecanismos de actuación externa aludidos pueden tomar, básicamente, algunas de las siguientes formas:

a) La asunción frente al sindicato, por parte de cada miembro del mismo, de la obligación de votar en determinado sentido en las juntas generales de accionistas al tratarse asuntos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio; o,

b) La designación de un síndico o representante común, al que se le confiere una representación excluyente e irrevocable para las juntas generales de accionistas en las que se trate los asuntos aludidos. En relación con este mecanismo, de permitirlo el marco legal aplicable y dependiendo del alcance del encargo, incluso podría pensarse en una transferencia fiduciaria temporal a favor de un tercero, quien cumpliría el encargo siguiendo estrictamente los términos de lo indicado por el sindicato.

En los ordenamientos legales en que no existe regulación alguna relativa

a los efectos u oponibilidad de dichos convenios frente a la sociedad, el primero de los mecanismos señalados plantea algunos inconvenientes de orden práctico, principalmente porque, en los hechos, el accionista podría asistir a la junta y votar en sentido diverso del comprometido en el convenio.

En tales supuestos, es evidente que el sindicato podrá accionar contra el miembro disidente mediante una acción judicial o arbitral -de haber sido prevista en el convenio una cláusula arbitral- por los eventuales daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; sin embargo, dicha solución carecería de eficacia para los fines del convenio, y la indemnización resultante podría ser tardía e insuficiente. Por ello, en tales contextos normativos la segunda de las opciones podría constituirse en mejor alternativa para garantizar el eficaz cumplimiento de los fines del sindicato. No obstante, la ejecución de este mecanismo tampoco está exenta de eventuales contingencias.

Se debe considerar, por ejemplo, el supuesto en que, a pesar de que existe un representante atribuido con mandato irrevocable, el accionista se haga presente en la junta respectiva y pretenda, con su presencia, excluir la actuación del representante. O considérese: por otra parte, el caso de acciones de propiedad de un miembro del sindicato sean entregadas, otorgadas en prenda o usufructo a un tercero, cediéndose con dicho título el derecho a voto que corresponden a las mismas.

Si bien las soluciones a tales supuestos dependerán de distintos factores, atendiendo a las que proporcione el marco legal aplicable, o contractuales, según lo regulado en el convenio, lo que se pretende resaltar es la dificultad de aportar una solución a los problemas que pueden surgir en cada caso.

En relación con otro aspecto, es de notar que, en legislaciones en las que el convenio de sindicación resulta oponible a la sociedad, para determinar con exactitud los problemas que pudieran surgir al aplicar alguno de los dos mecanismos referidos, se dependerá de la regulación específica que exista.

b. Sindicato de bloqueo

Una definición interesante es la que aporta Pérez Moriones, según la cual los sindicatos de bloqueo "(...) son aquellos contratos por los que varios miembros de una agrupación voluntaria de personas, ya sean personas físicas o personas jurídicas, se obligan, durante un período de tiempo determinado, bien a no transmitir sus acciones, bien a someter la transmisión de las mismas a determinadas limitaciones, ya a la autorización del sindicato, ya a un derecho de adquisición preferente reconocido a favor del resto de los sindicatos, ya a la exigencia de que el eventual adquirente cumpla determinados requisitos"(34).

Según Carlos Cornejo, "(...) el propósito del sindicato de bloqueo no es otro que el de sujetar la transferencia de las acciones de una sociedad al cumplimiento de determinadas condiciones o procedimientos"(35). Así, sostiene que el fin del

sindicato de bloqueo es "(...) mantener inalterable una determinada composición personal en la sociedad, con el objeto que no varíe la correlación de fuerzas al interior de ella, en desmedro del grupo sindicado"(36).

En la misma línea, se debe observar que los convenios de sindicación de bloqueo tienen como objetivo, por lo general, mantener invariable la estructura del sindicato de acciones a fin de evitar que, mediante la transferencia o gravamen de las mismas, pueda afectarse el ámbito de actuación del sindicato. En otras palabras, se busca restringir la negociabilidad de las acciones sindicadas, a fin de evitar que, por una vía indirecta, el convenio resulte ineficaz.

Tal como ya hemos mencionado, el convenio de sindicación de acciones, como género, lleva en su esencia el estar referido al derecho a voto. En tal virtud, esta característica no es ajena al sindicato de bloqueo, dado que esta institución debe su existencia -aunque en forma indirecta y mediata- a la necesidad de regular el ejercicio del derecho a voto de los miembros del sindicato.

Al respecto, Eduardo Martorell señala que "(...) el sindicato de voto necesita del de defensa o bloqueo para que el compromiso de voto sea verdaderamente respetado, porque si los accionistas sindicatarios pudieran desprenderse libremente de sus acciones, podrían terminar siendo ilusorios los compromisos contraídos al contratar, perdiendo el mando social la estabilidad buscada"(37).

En este sentido, Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, al comentar las modalidades de sindicación de acciones, señalan como una de ellas "(...) la sindicación en la que el accionista entrega sus acciones al sindicato y otorga poder a la persona que éste determine (generalmente el síndico o presidente) para que en su nombre y representación acuda a las Juntas y vote en ellas (previsión que suele ir acompañada de la exclusión de la transmisibilidad de las acciones a favor de cualquier persona ajena al sindicato, en cuyo caso suele hablarse de sindicato de bloqueo)"(38).

Según lo expuesto, podría concluirse que el denominado "sindicato de bloqueo", en realidad no constituye propiamente una modalidad de la sindicación de acciones, sino un mecanismo accesorio al sindicato de voto, que toma sentido solo en tanto exista una sindicación de voto que resguardar. Al respecto, cabe hacer algunas precisiones.

En estricto sentido, sí resulta posible constituir un sindicato de bloqueo en forma autónoma e independiente de la existencia de un convenio de sindicación de voto, por dos razones fundamentales:

La primera, que podríamos denominar "de orden normativo", sustentada en la máxima -constitucional, en el caso peruano- de que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Según el análisis realizado, al no estar prohibido, nada obsta que un grupo de accionistas constituya un sindicato cuyo único fin -al menos inmediato- sea la imposición de ciertas limitaciones al derecho de transferir acciones.

La segunda -y, tal vez, la más importante-, que atiende a la naturaleza misma de la institución, está dada porque, en todos los casos, incluso en aquellos en que no existe una sindicación de voto, la finalidad última del sindicato de bloqueo está relacionada, de una u otra forma, con el ejercicio del derecho a voto.

En efecto, en tanto existe una relación intrínseca entre la figura genérica de la sindicación de acciones y el derecho a voto de los accionistas, dicha característica no es ajena al sindicato de bloqueo. No obstante, en este supuesto dicha relación puede encontrarse mediatizada cuando el sindicato no se haya formado en el contexto de una sindicación de voto, sino en forma autónoma e independiente, con fines inmediatos ajenos al ejercicio del derecho a voto.

Como ya hemos señalado, es importante distinguir entre dos niveles en cuanto a la finalidad perseguida por los sindicatos de bloqueo:

- . Una directa e inmediata, que es evitar cambios en la composición o estructura del sindicato, mediante el establecimiento de limitaciones a la libre transferencia de acciones; y

- . Una indirecta y mediata, que surge a partir de la anterior, mediante la cual se busca que el grupo sindicalizado no se vea disminuido o, en general, afectado por la inclusión de terceros en la sociedad con capacidad de tomar decisiones en contra de los intereses de los miembros del sindicato. Según esta posición, el procurar evitar cambios en la estructura del sindicato, no constituye, pues, un fin en sí mismo, sino un mecanismo para influir, finalmente, en el sentido de los acuerdos sociales.

En adición, existen una serie de aspectos que deben ser considerados en relación con el sindicato de bloqueo, entre los cuales podemos mencionar:

a) Utilidad v legalidad del sindicato de bloqueo.- La utilidad de celebrar un convenio de bloqueo está sujeta a que: (i) las disposiciones estatutarias o legales no prevean mecanismos que regulen limitaciones a las transferencias de acciones o, en todo caso, (ii) que dichos mecanismos resulten insuficientes para los fines buscados por los accionistas involucrados.

Al respecto, Abramovich señala que "(...) la suscripción de sindicatos o pactos de bloqueo puede ser útil en los casos en que los firmantes no cuenten con la mayoría necesaria para introducir las modificaciones estatutarias correspondientes, o cuando en determinadas formas societarias -como, por ejemplo, en la sociedad anónima abierta- no resulte posible la inclusión de pactos como el derecho de adquisición preferente en el caso de transferencia de acciones"(39).

En forma complementaria, debemos reiterar que, si el pacto de preferencia consta en el estatuto social, el sindicato de bloqueo no solo podría carecer de objeto, sino que podría ser contrario al estatuto mismo, pues la norma estatutaria podría perseguir colocar a todos los accionistas en igualdad de condiciones para la adquisición de las acciones que deseen transferirse.

En tal virtud, un convenio que persiga esta finalidad en beneficio solo de un grupo de accionistas, podría ser contrario al pacto social y, por tanto, no estaría permitido; por lo que "Un convenio de sindicación para ese propósito solo tendrá

entonces sentido, en la medida que el pacto de preferencia no esté contenido en el estatuto social (...)"(40).

Como consecuencia de lo anterior, se debe tener presente la imposibilidad jurídica de contradecir, mediante un convenio de sindicación de bloqueo, tanto las normas estatutarias como las legales, en especial aquellas que establecen limitaciones o restricciones a la transferencia de acciones -como cualquier derecho de preferencia-.

b) Acciones incluidas en la sindicación.- Debe resaltarse la importancia de incluir en el compromiso asumido por los miembros del sindicato, no solo las acciones existentes, sino también las acciones que, en el futuro, pudiesen ser suscritas por los accionistas sindicalizados. Con ello, a través del equilibrio entre las proporciones o ratio existentes entre, por un lado, el capital de la sociedad y, por otro, la tenencia accionaria reflejada en el sindicato, se busca mantener intacta la representatividad del sindicato ante la sociedad y, por ende, su capacidad de actuación(41).

c) Pacto de bloqueo.- Tal como lo hemos expuesto, no todo acuerdo que prevea restricciones a la transferencia de acciones constituirá un sindicato de bloqueo. Al respecto, no deben confundirse los simples acuerdos entre accionistas, mediante los cuales se preveen las limitaciones aludidas, y una sindicación de bloqueo.

IV. BREVES COMENTARIOS SOBRE LOS CONVENIOS DE SINDICACIÓN DE ACCIONES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. Comunicación a la sociedad

Como ha sido expuesto, el reconocimiento expreso de la sindicación de acciones, como convenio parasocial típico, en el Perú, se produjo recién en el año 1998, a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de Sociedades NQ 26887, terminando, así, la discusión doctrinaria que, en relación con dicho tema, existía hasta ese momento.

La posición por la que, finalmente, optó la Comisión Redactora de la nueva ley recoge los argumentos expuestos en el trabajo publicado en el libro homenaje a Ulises Montoya Manfredi, y en el presente, ratificando la validez jurídica de estos convenios.

El artículo 8° de la Ley General de Sociedades a la letra dice: "Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados" (primer párrafo).

Con ello, y como en no muchos países de tradición romanista, nuestra legislación consagra el género de los convenios parasociales, no solo entre accionistas, sino también entre éstos y terceros, dándoles carácter vinculante ante la propia sociedad, siempre que se cumpla con informar a ésta sobre los mismos.

No obstante que el artículo 8° consagra el valor y efectos jurídicos de tales convenios, debemos aclarar algunas dudas que pueden surgir del texto de la norma.

De primera impresión, no parece quedar claro cuál es el alcance del deber de "comunicación" hacia la sociedad, a fin de que el convenio respectivo le sea oponible. ¿Consiste en una carta o notificación en la que se informa la mera existencia del convenio? ¿Es necesario acaso señalar, mediante dicha comunicación, el objeto o los términos más relevantes del convenio? ¿O, incluso, deberá remitirse una copia del mismo a la sociedad?

Según el segundo párrafo del mismo artículo 8°, "Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron" (sic). Parece evidente que, si se desea oponer el convenio a la sociedad, ésta debe estar en aptitud de conocerlo. Así, tratándose de un sindicato de voto, la junta de accionistas deberá conocer en qué materias el convenio regula el sentido del voto para determinados accionistas y de qué manera. No vemos cómo puede hacerse valer el convenio en una junta general o hacerse prevalecer el estatuto en caso de contradicción, si la sociedad no conoce a cabalidad el contenido del primero. Resulta, entonces, que la comunicación a que alude el primer párrafo de la norma supone la información necesaria acerca de los alcances del convenio.

A ello debe agregarse que el artículo 92 de la ley, al referirse a los actos que se anotan en la Matrícula de Acciones, en su segundo párrafo señala que: "...se anotan también... las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas". Resulta claro que, como sustento del asiento correspondiente, la sociedad deberá contar con el documento que refleje no solo la existencia del convenio, sino sus alcances y condiciones. Para ello, la sociedad deberá recibir el texto respectivo o, al menos, información suficiente que le otorgue certeza sobre su objeto.

Esta condición podrá cumplirse a través de cualquiera de los siguientes mecanismos:

a) Comunicar la existencia del convenio adjuntando una copia de su texto íntegro. En este caso, en tanto la sociedad podrá constatar la intervención de los socios que suscriben el convenio, resultará irrelevante quién realiza la comunicación.

b) Comunicar la existencia del convenio transcribiendo las cláusulas o partes pertinentes que constituyen propiamente las materias oponibles a la sociedad. Nos colocamos en un escenario en que el convenio pudiera contener otras disposiciones ajenas al alcance de la sindicación y que, por tanto, no es necesario poner en conocimiento de la sociedad. En este caso, la comunicación deberá estar suscrita por todos los firmantes del convenio, de modo tal que no quede duda de que la transcripción contiene todo lo que interesa a tales firmantes.

2. Convenios inscribibles

Existe otro aspecto que debe ser destacado: solo se anotan en la Matrícula los convenios que versen sobre acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas. La restricción es consecuente con la naturaleza y objeto del convenio de sindicación y de la Matrícula de Acciones, puesto que ésta constituye un registro en el cual se anota todo acto que pueda afectar o involucrar a las acciones emitidas por la sociedad. Ningún propósito tendría, en efecto, registrar en la Matrícula de Acciones un convenio que verse, por ejemplo, sobre la obligación de efectuar futuros aumentos de capital, u otras materias que tienen que ver con relaciones exclusivamente entre socios y que no son oponibles a la sociedad. Para éstos existe el Registro Público, y a ellos se refiere el artículo 3 del Reglamento del Registro de Sociedades(42).

3. Convenios sobre acciones inscritas en Bolsa

Finalmente, debemos hacer referencia al ámbito específico de regulación relativo al mercado de valores.

La irreivindicabilidad de los valores (incluidas las acciones) que se transan en el Mercado de Valores, constituye un principio bursátil universal. En tal virtud, ningún contrato puede estipular algo distinto, lo que alcanza, como es obvio, a los convenios de sindicación.

Conviene aquí hacer el distingo entre aquellos convenios que imponen limitaciones a la transferencia de acciones (sindicato de bloqueo) y aquellos que se limitan a regular el ejercicio del derecho a voto (sindicato de voto).

Atendiendo al principio de irreivindicabilidad, que en nuestro ordenamiento está consagrado en el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861 (43), es evidente que cualesquiera limitaciones a la transferencia de acciones son inoponibles a la sociedad cuando se trate de valores que se transan en cualquier mecanismo centralizado de negociación previsto por la ley. Agréguese a ello que el artículo 254 de la Ley General de Sociedades dispone que la sociedad anónima abierta no reconocerá los pactos de accionistas que contengan limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, restricciones a la negociación de acciones, o derechos de preferencia para la adquisición de acciones, aunque se comuniquen e inscriban en la sociedad. No hay, pues, duda de que los convenios que versan sobre acciones inscritas en la Bolsa de Valores, son inoponibles a la sociedad emisora. Cabe, entonces, preguntarse si tales convenios se resolverán, en definitiva, en una indemnización de daños y perjuicios.

Al respecto, debemos reflexionar sobre si, en estos casos, el objeto mismo del convenio es lícito. El objeto de un sindicato de bloqueo no es imponer una penalidad o indemnización al que transfiera acciones de modo distinto al convenido, sino impedir que las acciones se transfieran o negocien libremente. La

indemnización solo es consecuencia del incumplimiento de ese objeto. Podemos sostener, entonces, que tales limitaciones o preferencias persiguen una finalidad que la ley no admite: evitar la libre negociación o transmisibilidad de las acciones. Reconocer la licitud de ese fin, aunque la ley no lo proscriba expresamente, sino solo en cuanto a sus efectos frente a la sociedad y terceros adquirientes, supondría aceptar limitaciones que, de hecho, restringirán la libre transmisibilidad, pues nadie vende acciones de buena fe a sabiendas de que deberá pagar, por ello, una indemnización en desmedro del precio recibido. Se atentaría así contra la transparencia del mercado y los deberes de información. Es principio de Derecho que no se puede obtener por vía indirecta lo que la ley prohíbe por vía directa. Así, tales limitaciones, restricciones o derechos de preferencia serán, por su propia naturaleza, contrarias a ley y, por tanto, el convenio será nulo, puesto que la ilicitud de objeto es una de las causal es de nulidad del acto jurídico, (44). Y si el fin es ilícito y el convenio nulo, tampoco serán aplicables las sanciones previstas para su incumplimiento: el convenio en su integridad será nulo; y la nulidad absoluta opera erga omnes, ya no se trata de una ineficacia relativa, que es lo que da lugar a la inoponibilidad.

Distinto es el caso, -a nuestro modo de ver, de los sindicatos de voto que solo regulan, bajo cualquier modalidad, el sentido en que deberán votar las acciones sometidas al convenio. Tratándose de acciones que se negocian en mecanismos centralizados de negociación, parece discutible, por decir lo menos, que el convenio sea oponible a la sociedad, en tanto que la sindicación supondría derechos y obligaciones distintas a los de las demás acciones, y violaría el principio de transparencia del mercado y las normas relativas a los deberes de información. La manera de otorgar derechos y obligaciones distintas sería mediante la creación de acciones de otra clase o serie(45). Es decir, habría que separar de las demás acciones y agrupar en otra serie, a todas las que se desea someter al sindicato de voto y, obviamente, ellas tendrían una cotización diferente. Pero el objeto del convenio, consistente en uniformar el sentido del voto para las acciones sindicalizadas, será lícito y, por ende, el convenio será ejecutable en su integridad, aunque solo entre las partes que lo suscriben. De ello resulta que los accionistas que incumplan el convenio y voten en sentido opuesto al previsto, quedarán sometidos a las penalidades impuestas por el mismo, lo que equivale a decir que, en tales casos, el convenio se resolverá en una indemnización de daños y perjuicios.

Hasta aquí nuestros breves comentarios. Podríamos también extendernos sobre las formas de ejecutar los convenios de sindicación, sobre la manera en que, llegado el momento, podemos oponerlos a la sociedad y a los demás accionistas, o sobre las soluciones que tendremos a mano en caso de que la sociedad o los accionistas pretendan desconocer las estipulaciones de un convenio que les ha sido debidamente comunicado en su oportunidad. Por obvias razones, debemos dejar ese análisis para una próxima oportunidad.

Todas las sociedades requieren contar con un capital que se constituye por el aporte de los socios. Sin lugar a dudas en algunas sociedades, como la anónima, el capital reviste fundamental importancia por constituir éste el patrón de referencia en torno al cual se estructurarán las relaciones internas de los socios con la sociedad, mientras que en otras como la sociedad cooperativa, si bien el capital no deja de ser un elemento importante, no constituye el eje rector de las relaciones societarias y económicas de los socios.

En efecto, en el caso de la sociedad anónima la condición de socio se adquiere mediante el aporte de bienes o derechos susceptibles de valoración económica (que integrarán el capital de la sociedad), proscribiendo la posibilidad del aporte de servicios al declararse en forma expresa que estas prestaciones no pueden integrar el capital. Asimismo, los beneficios y pérdidas que asumirán los socios se determinan en función de la participación de los mismos en el capital social y la toma de acuerdos, vale decir, el nivel decisorio en la SA se rige bajo el mismo concepto. Por estas razones, coincidimos con la expresión doctrinaria que califica a la SA como un capital con personalidad jurídica.

Ahora bien, constituye requisito indispensable que el estatuto de la SA establezca el monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita. Sin embargo, nuestra LGS simplemente se limita a señalar la necesaria consignación de "un capital" en el estatuto de la SA, sin requerir de la existencia de un capital mínimo para su válida constitución y funcionamiento.

Nuestra legislación no exige pues la existencia de un capital mínimo para poder realizar una actividad económica bajo la forma de sociedad anónima, con lo cual queda al libre albedrío de los socios el determinar el importe bajo el cual constituirán su SA(24).

Vale la pena comentar que otras legislaciones como la española, mediante la ley de 1989, exige que todas las sociedades anónimas cuenten con un capital mínimo no inferior a los diez millones de pesetas (art. 4), sin perjuicio de que otras leyes especiales exijan un capital muy superior como se da en el caso de bancos, financieras, sociedades cotizadas, etc.

Como bien comentan Uría, Menéndez y García al referirse a la exigencia de un capital mínimo por la Ley de Sociedades Anónimas española, "la exigencia de un capital mínimo responde al propósito, fundado en puras razones económicas, de que no se utilice la forma de sociedad anónima en las pequeñas empresas"(25), con lo cual en buena cuenta se busca reservar esta figura para actividades de cierta envergadura.

Nuestra legislación no ha seguido esta corriente (desarrollada por el Derecho Comunitario), con lo cual la SA no se encuentra reservada para la conducción de medianas o grandes empresas, sino que se encuentra "disponible" para los pequeños y aun microempresarios(26J).

Finalmente debe tenerse presente la distinción entre "capital" y "patrimonio", entendiéndose por el primero a la cifra consignada en el estatuto e inscrita en Registros Públicos producto del aporte efectuado por los socios o comprometido, mientras que el "patrimonio" es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico perteneciente a un sujeto de derecho. Si bien en la génesis

de la sociedad, capital y patrimonio pueden resultar coincidentes (como usualmente ocurre), el desarrollo de la actividad empresarial genera que el patrimonio de la sociedad varíe constantemente (obligaciones asumidas, beneficios obtenidos, etc.), mientras que el capital como aporte de los socios se mantiene prácticamente estático hasta que no se produzca un acuerdo de aumento o reducción de capital con las formalidades y exigencias establecidas por la ley.

Recuérdese que el capital social es tan solo una cuenta del pasivo de la sociedad que se genera como consecuencia del aporte de los socios, quienes reciben a cambio "títulos representativos" de dichos aportes. Se trata pues de una obligación de la sociedad para con los socios, que se traduciría en su efectiva devolución en un momento determinado. Sin embargo este "pasivo" de la sociedad constituye una "garantía" para los acreedores, puesto que los socios solo podrán recuperar sus aportes una vez que la sociedad haya satisfecho las acreencias de los terceros con su patrimonio (que incluye al capital social)²⁷). Solo en la medida en que el conjunto de activos de la sociedad sea mayor que el conjunto de pasivos (obligaciones frente a terceros), los socios podrán recuperar sus respectivas aportaciones, pero si los activos de la sociedad resultan insuficientes, los socios verán afectada su participación en el capital hasta por el monto efectivamente aportado o comprometido.

En consecuencia, mientras que el patrimonio comprende tanto el activo como el pasivo de la sociedad, el capital es la cuenta del pasivo que se genera con el aporte de los socios.

"El patrimonio significa el conjunto de los bienes de la sociedad... El capital constituye, en cambio, una cifra matemática. No representa bienes o cosas, sino un dato de valor inmutable y por ello solo puede modificarse formalmente, jurídicamente. Su volumen no tiene nada que ver con las oscilaciones prósperas o adversas del negocio. El patrimonio crece o disminuye y el capital sigue invariable. Viceversa, las modificaciones que pueden introducirse en el capital son independientes del éxito de la empresa: unas veces se aumenta el capital porque la situación del negocio es próspera; otras, en cambio, porque es adversa" (28).

No debemos olvidar que en el caso de la SA, así como el de otras formas societarias, el capital social constituye la materialización de la limitación de responsabilidad de los socios, pues si bien la sociedad responderá por sus obligaciones con todo su patrimonio (incluyendo el monto aportado por los socios que constituye el capital social), los socios no perderán más allá que el aporte efectuado. En buena cuenta, la cifra capital social indica a los terceros cuál es el aporte efectuado por los socios y la imposibilidad de reclamarles montos adicionales de su patrimonio individual.

1" Principios ordenadores del capital

El artículo 52 de la LGS exige que para que se constituya la sociedad anónima, su capital debe encontrarse totalmente suscrito y cada acción pagada en no menos de la cuarta parte, extendiéndose estas exigencias para los casos de aumento de capital.

El artículo señalado recoge los principios de "integridad" i so mínimo" que comentaremos a continuación, para luego re mente a otros principios reconocidos por la doctrina.

a) Principio de integridad: Este principio obliga a que todas las acciones en que esté dividido el capital estén suscritas, vale decir, que tengan un titular individualizado que asuma los derechos y obligaciones que emanan de su tenencia.

La suscripción de una acción tiene una doble connotación: por un lado implica la exteriorización de la voluntad de una persona de adquirir la condición de socio y por otra parte genera la obligación de efectuar el aporte correspondiente. En este sentido, aun cuando se permite que el titular que suscribe una acción la pueda "pagar" parcialmente, subsiste la obligación con relación al saldo, individualizado en el titular de la acción suscrita.

Así, tratándose de acciones con dividendo pasivo (suscritas totalmente; pero pagadas parcialmente), el titular tiene la obligación de cancelar el saldo en la forma y plazos previstos por el pacto social o en su defecto, por lo que determine la Junta General. El incumplimiento de esta obligación genera la mora automática del socio, sin perjuicio de que la sociedad pueda exigirle el cumplimiento del pago(29).

Si este principio no existiera, nos encontraríamos ante sociedades anónimas con capitales ficticios o simplemente declarativos, pues no existiría persona alguna que se hubiera comprometido a efectuar el aporte correspondiente ni a quien la sociedad o terceros pudieran exigirle el aporte correspondiente.

Finalmente, cabe señalar que este principio no impide la existencia de acciones en cartera, puesto que el artículo 98 de la LGS señala expresamente que éstas no podrán ser llevadas a la cuenta capital en tanto no sean emitidas, y el artículo 84 de la misma ley precisa que las acciones creadas solo se emiten una vez que hayan sido suscritas (principio de integración) y pagadas en no menos del 25% de su valor nominal (principio del desembolso mínimo).

b) Principio del desembolso mínimo: Este principio obliga a que todas y cada una de las acciones suscritas hayan sido pagadas por sus titulares en no menos del 25% del valor nominal de cada una de ellas.

El objeto de este principio es claro: dotar a la sociedad de recursos mínimos para su desarrollo, debiendo precisarse que el pago mínimo del 25% se refiere a cada acción suscrita y no con relación al monto total del capital social. Si bien a primera vista podría decirse que se trata de lo mismo, puesto que si sumamos el 25% de cada acción, tendremos que el capital social total se encuentra cancelado en su cuarta parte, lo que se busca es que no existan suscriptores que no hayan cancelado monto alguno por sus acciones, aduciendo que los otros accionistas al haber cancelado montos mayores al 25% (o haberlas cancelado totalmente), ya permitieron dar cumplimiento al principio en comentario.

En pocas palabras, se impone a los socios la obligación de desembolsar en forma inmediata por cada acción que hayan suscrito por lo menos la cuarta parte de su valor nominal.

Como hemos señalado anteriormente, la LGS solo permite que las acciones sean emitidas cuando se encuentren íntegramente suscritas y pagadas en no menos del 25% del valor nominal de cada una de

-ellas. Sin embargo, cabe señalar que cuando el pago de este 25% (como mínimo) se efectúa mediante aporte en especie (aporte no dinerario), la emisión de las acciones queda supeditada a la revisión que debe efectuar el directorio con

relación a la valorización de los aportes, así como a la comprobación judicial de la misma.

En efecto, conforme a lo establecido por el artículo 76 de la LGS el directorio cuenta con un plazo de 60 días para efectuar obligatoriamente una revisión de la valorización de los aportes no dinerarios que haya efectuado el socio. Una vez vencido este plazo y dentro de los 30 días siguientes, cualquier accionista puede solicitar que se compruebe judicialmente la valorización efectuada. Mientras no se realice la verificación y no transcurra el plazo para la comprobación, se encuentra prohibida la emisión de acciones que correspondan a las aportaciones materia de la revisión.

Adicionalmente a los principios comentados (recogidos por el artículo 52 de la LGS), la doctrina reconoce la existencia de otros principios ordenadores del capital de las SA, que comentamos a continuación:

c) Principio de estabilidad o de capital fijo: Según este principio, la cifra capital no puede ser objeto de variaciones, salvo que se cumpla con las formalidades y exigencias que contempla la ley para efectos del aumento y reducción del capital. De esta manera y teniendo en cuenta que el capital indica a los acreedores cuál es el monto que los socios han decidido aportar a la sociedad para que al formar parte de su patrimonio neto, sirva de garantía general de todos los créditos, resulta de vital importancia que esta cifra no pueda ser modificada alegremente y sin ninguna seguridad, ya sea

que se trate de un incremento o de una disminución. En efecto, el incremento no sujeto a las formalidades de ley podría ser ficticio, irreal y en la misma medida, la posibilidad de una reducción no sujeta a forma

lidades podría generar la ausencia de un respaldo real para las acreencias de los terceros.

Por estas razones, el principio en comentario no implica que la sociedad anónima siempre cuente con un mismo monto de capital y que se vea impedida de aumentarlo o disminuirlo. Lo que implica este principio es que cualquier variación (incremento o reducción), tiene que estar rodeada de las garantías y formalidades que exigen las normas pertinentes para que resulte procedente.

Se diferencia de esta forma a las sociedades anónimas de las sociedades como la cooperativa que se caracterizan más bien por tener un capital variable(30).

d) Principio de la realidad: Este principio exige que el capital sea real y no ficticio y ello solo es posible en la medida en que los aportes que efectúen los socios sean exclusivamente de bienes y derechos susceptibles de valoración económica. Asimismo, estos aportes deben ser verdaderos, tangibles y valorizados correctamente para que el socio pueda recibir acciones equivalentes a su aporte.

Sin lugar a dudas los aportes que no generan mayores problemas son los dinerarios y, a tenor de lo dispuesto por el artículo 23 de la LGS, esta clase de aportes debe estar depositada a nombre de la sociedad, en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional al momento de otorgarse la escritura pública de constitución o de aumento de capital.

Se trata pues de dinero en efectivo que no requiere de una comprobación sobre su valorización y que por lo tanto hace sencillo su aporte. No obstante lo señalado,

aun en este caso la ley exige que su entrega no se haga en forma directa a la sociedad sino que se verifique mediante su depósito en el sistema financiero.

Por otro lado, tenemos los aportes no dinerarios, los cuales están sujetos a una valoración por parte de quien efectúa el aporte. En ese sentido, el socio atribuye un contenido patrimonial a su aporte (valorizándolo) a efectos de recibir por él un número de acciones que resulte equivalente. Sin embargo, como hemos señalado, estos aportes son valorizados por el aportante, por lo cual la sociedad se encuentra obligada a efectuar una comprobación de esta valoración, analizando los bienes o derechos objeto del aporte, así como los criterios que han sido utilizados para su valuación. Y como hemos señalado anteriormente, esta revisión puede ser incluso objeto de comprobación judicial, todo ello con el fin de garantizar la "realidad" de las aportaciones.

Téngase en cuenta que si como consecuencia de la verificación o comprobación de los aportes no dinerarios se demuestra que el valor de los bienes resulta inferior en 20% o más de la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación o el pago en dinero de la diferencia.

2. Aportaciones sociales

En la sociedad anónima, el capital está representado por acciones nominativas y se integra por el aporte de los accionistas, tal como reza el artículo 51 de la LGS.

Como ya hemos señalado, para la constitución de la sociedad (como para el aumento de su capital), se requiere que el capital esté totalmente suscrito y pagado en no menos del 25% de cada acción.

De esta manera, los socios efectúan aportes de bienes o derechos susceptibles de valoración, constituyendo estos aportes el correlato o requisito sine qua non para poder suscribir acciones.

La LGS y la mayoría de legislaciones resultan contundentes al permitir únicamente el aporte de bienes o derechos que tengan un contenido económico y que dicho contenido económico pueda ser determinado fehacientemente, proscribiendo la posibilidad de aportar "servicios" como título habilitante para adquirir la condición de socio.

Téngase presente que la ley exige que los bienes o derechos materia de aporte sean "susceptibles" de valoración económica, es decir, que de alguna manera pueda determinarse y cuantificarse su valor sin que se exija que el aportante cumpla con otros requisitos adicionales como el de garantizar una efectiva ejecutabilidad por parte de los terceros o de su transmisibilidad por parte de la sociedad.

"De ahí que incluso bienes de carácter inmaterial, como serían los secretos industriales no patentados sobre ideas, productos o procedimientos (know how), el fondo de comercio y hasta meras situaciones de hecho (canales comerciales, clientela, etc.) puedan ser objeto de aportación a una sociedad anónima, mientras tengan un contenido patrimonial y puedan ser valorados en forma segura y objetiva" (31),

A la par de permitir el aporte de bienes o derechos susceptibles de valoración económica, la LGS prohíbe expresamente (art. 51), el aporte de servicios en la

sociedad anónima, lo cual constituye una excepción a la regla general establecida por el artículo 1 de la ley que al definir a la "sociedad" acepta tanto el aporte de bienes como de servicios.

Si bien no nos cabe duda de que los servicios que aportarían los socios en beneficio de la sociedad, pueden ser valorados económicamente, la prohibición obedece más al carácter de sociedad capitalista que tiene la anónima y que la distingue de las llamadas sociedades personalistas. Así, se considera que permitir el aporte de servicios en la sociedad anónima restaría solidez al activo inicial de la sociedad, y que a su vez la valorización que se dé dependería de las calidades o características del aportante, sin perjuicio de las dificultades en que se incurriría al exigirse el cumplimiento del pago de no menos del 25% de cada acción que suscribiera el aportante de servicios.

Nótese que la prestación de "servicios" por los socios a favor de la sociedad, únicamente está proscrita a nivel del "aporte", vale decir, como título habilitante para poder ser titular de acciones representativas del capital social, pues nada impide, y la propia ley lo permite en forma expresa, que los socios brinden servicios con la respectiva retribución, bajo la figura de las llamadas "prestaciones accesorias". De esta manera, queda claro que en una sociedad anónima, los servicios no son considerados como "aportes", sino como una "prestación accesoria", vale decir, complementaria o secundaria con relación a una prestación principal: el aporte de bienes o derechos.

3. Pago de los aportes

A tenor de lo dispuesto por el artículo 22 de la LGS, cada socio está obligado por lo que se haya comprometido a aportar al capital social. En ese sentido, los socios de la SA al suscribir un determinado número de acciones se encuentran obligados a satisfacer el importe total que ellas representan, siendo obligatorio efectuar por lo menos un pago del 25% del valor de cada acción suscrita.

El pago por las acciones suscritas se materializa con los aportes de los socios, los cuales se dividen en aportes dinerarios y no dinerarios, con reglas propias para cada caso.

a) Aportes dinerarios: Como se ha advertido anteriormente, esta clase de aporte no reviste mayor problema ya que no se requiere acudir a ningún mecanismo de valorización, al tratarse de dinero en efectivo con el valor intrínseco que éste representa.

De esta manera, el socio puede cumplir con su prestación principal aportando "dinero", con la atinencia de que este aporte tiene que verificarse mediante el depósito del monto correspondiente en una cuenta de la sociedad, abierta en una institución del sistema financiero nacional;

Esta clase de aportaciones es incluso la única posible en determinadas actividades empresariales como las reguladas por la Ley del Sistema Financiero y de Seguros (Ley NQ 26702), en la cual se exige que el capital mínimo de estas empresas y sus subsidiarias, sea aportado en efectivo(32) .

Debe resaltarse que el "aporte dinerario" representado a través de su depósito en una entidad del sistema financiero, implica la existencia de fondos disponibles por

parte de la sociedad. Así, no se cumpliría con efectuar un "aporte dinerario", si el aportante deposita en la entidad financiera, cheques, pagarés u otros títulos valores, pues como veremos más adelante, solo cuando el socio ha satisfecho estas obligaciones se considerará efectuado el aporte.

No regula nuestra ley si pueden admitirse como depósitos válidos, los efectuados con mucha anterioridad a la constitución de la sociedad o al acuerdo de aumento de capital.

Ávila, comentando la experiencia española, señala que en resoluciones emitidas desde el año 1992 se consideraba inadecuada una certificación bancaria relativa a ingresos efectuados a favor de la sociedad con casi un año de anterioridad a la fecha de celebración de la junta en la que se acordó el aumento de capital, debido a que no se observaba una razonable vinculación entre tales ingresos y el acuerdo de junta general. Los presentantes del título -señala Ávila- trataron de argumentar que tales depósitos efectuados con anterioridad tenían en todo caso la naturaleza de un "crédito" a favor de los socios y que en consecuencia el aumento se efectuaba con cargo a dichos importes. No se aceptó esta ingeniosa alegación de los recurrentes, ya que de ser el caso, el acuerdo debía haber sido adoptado teniendo dichos aspectos en consideración(33).

El RRM español (art, 132) trató de zanjar hacia 1996 el problema al establecer que la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o la de aumento de capital(34).

Nuestra ley -como hemos advertido- guarda silencio, pero nuestra jurisprudencia registral ha empezado a pronunciarse permitiendo la utilización de depósitos efectuados con anterioridad a la toma del acuerdo de aumento de capital:

"Que, el documento del depósito bancario inserto en la escritura acredita que en la cuenta bancaria de la sociedad se ha depositado una suma de dinero, igual a la del aumento de capital... siendóqUe no existe norma alguna que prohíba darle ese uso, debería ser posible su aplicación al aumento de capital... para ello se requeriría que la junta general o el directorio así lo acuerden, vale decir, que al señalarse las condiciones para el aumento se establezca que las cantidades depositadas por los socios en las cuentas de la sociedad con anterioridad al acuerdo de aumento de capital puedan ser aplicadas al pago de los aportes para efectos del aumento; en tal caso, deberá señalarse también el modo en que el socio comunicará a la sociedad su voluntad de que dicho depósito se aplique al pago de las acciones, voluntad que deberá manifestarse dentro de los plazos previstos para el ejercicio del derecho de preferencia" (35).

b) Aportes no dinerarios: Como alternativa al aporte de dinero, el régimen de la SA permite el aporte de otros bienes o derechos susceptibles de valorización económica que pueden resultar incluso necesarias o convenientes de acuerdo a la actividad que desarrolle o pretenda desarrollar la sociedad.

Para estos efectos, reviste trascendental importancia la "valorización" que se dé a estos aportes, pues recordemos que los aportes interesan no solo a los socios, pues de ellos dependerá el número de acciones de las que serán titulares y en virtud de las cuales tendrán una mayor participación (política, social y económica) en la sociedad, sino también a la propia sociedad, pues dichos aportes integrarán su patrimonio neto (que le permitirá desarrollarse y obligarse), y finalmente interesan también a los terceros o acreedores que se vincularán a la sociedad en atención al patrimonio que ésta manifiesta detentar. Una deficiente valorización de los aportes (dolosa o negligente) puede perjudicar los intereses de los socios, sociedad y terceros.

Por estas razones, nuestra LGS establece un mecanismo riguroso con relación a la valorización de los aportes no dinerarios, que si bien inicialmente es bastante flexible (como veremos más adelante), otorga los mecanismos compensatorios para verificar y comprobar su veracidad.

En primer lugar cabe referirnos a los aportes de títulos valores o derechos de crédito. En este caso, si los títulos valores o derechos de crédito son de cargo del aportante, la ley establece que el aporte solo se considera efectuado cuando el socio haya cumplido con cancelarlos (art. 26). Obsérvese que en aplicación del principio del desembolso mínimo comentado anteriormente, esta clase de aporte no sería factible, ya que solo permitiría suscribir las acciones que se desean, pero impediría pagarlas en no menos del 25% de cada una, hasta que el socio haya cumplido con cancelar el íntegro del monto representado en el título valor o documento de crédito. °, en otras palabras, el aportante solo podría convertirse en titular de las acciones, cuando haya cancelado los títulos valores o derechos de crédito a su cargo en un monto que por lo menos le permita cancelar el 25% de cada acción que suscribe.

Si los títulos valores o derechos de crédito aportados por el socio no son de su cargo (no es el obligado principal), la ley prevé que el aporte se entiende cumplido con la transferencia de los respectivos títulos o documentos (o su endoso), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria. De esta manera, si un socio suscribe un número de acciones y para pagarlas (en el 25% de cada una o más), aporta un crédito del cual es titular y un tercero el obligado al pago, este aporte se considerará pagado con la sola transferencia o endoso de los títulos o documentos.

Como puede observarse, la diferencia con el anterior supuesto (créditos a cargo del socio) se presenta en que en el primer caso el socio es el obligado a pagar directamente el crédito y por ello solo en la medida en que lo cancele se podrá considerar efectivizado el aporte; mientras que en el segundo caso existe un crédito cuyo titular es el socio, quien en vía de aporte lo "cede" a la sociedad, convirtiéndose ésta en la nueva acreedora del tercero. Vale decir, del activo del socio ha salido una "acreencia" para pasar a incrementar el "activo" de la sociedad. En resumen, mientras que en el primer caso hay una suerte de "promesa de aporte", en el segundo hay un "aporte" al producirse la transferencia

a favor de la sociedad de la acreencia que detentaba el socio. Claro está que como la sociedad no recibe en efectivo esta acreencia, sino tan solo un derecho de cobro, subsiste la responsabilidad del socio (solidaria) con el deudor, frente a la sociedad.

Efectuadas las precisiones con relación al aporte de títulos valores y demás documentos de crédito, la LGS (art. 27) exige que en todo aporte de bienes no dinerarios, se debe contar con un informe de valorización en el que se describan los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor.

Adviértase que la ley solo exige la existencia de un "informe de valorización" (determinando el contenido del mismo), pero no impone exigencias adicionales como podría ser que el mismo sea desarrollado por un perito calificado e incluso inscrito o registrado en alguna entidad de reconocido prestigio. Por eso decíamos, líneas arriba, que con relación a los aportes no dinerarios, la ley inicialmente brinda una regulación flexible o poco exigente, ya que al no pronunciarse con relación a las capacidades profesionales de quien deba realizar el "informe de valorización", deja abierta la posibilidad de que éste no sea efectuado con el debido rigor que merece.

Así, no resulta inusual que sea el propio aportante quien efectúe este "informe de valorización" según su leal saber y entender. Si bien contra esto podrá argüirse que de nada le vale al aportante efectuar un "informe" a "su medida", porque la ley franquea y obliga al directorio a efectuar una revisión de estos aportes e incluso faculta a los socios a exigir su comprobación judicial, creemos que hubiera sido conveniente ser más rigurosos desde el inicio para no tener que enfrentar problemas más adelante. La exigencia de establecer que sea un tercero (independiente del socio), debidamente calificado, quien efectuara el "informe", evitaría muchos de los vicios que hoy se presentan y que terminan enfrentando al aportante con la misma sociedad.

Esta flexibilidad inicial de la ley se ve "equilibrada" (a posteriori) con la obligación que se le impone al Directorio (36), de revisar la valorización de los aportes no dinerarios, en un plazo de 60 días desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento del capital.

Obsérvese pues que la ley obliga al Directorio a revisar los aportes no dinerarios. El incumplimiento generará la obligación de resarcir a la sociedad, socios o terceros por los daños y perjuicios que la inconducta de los directores haya generado.

Como segundo mecanismo, para equilibrar la inicial flexibilidad de la ley, se encuentra la facultad que se ha otorgado a cualquier accionista para solicitar la "comprobación" judicial de la valorización de los aportes efectuados. Cabe advertir que este derecho de los accionistas solo puede ser ejercido una vez que haya vencido el plazo que tenía el Directorio para efectuar la "revisión" que le impone la

ley, pero no está condicionado al incumplimiento por parte del Directorio. Vale decir, exista o no exista revisión practicada por el Directorio, cualquier accionista está legitimado para solicitar la "comprobación" judicial de la valorización realizada sobre los aportes no dinerarios. Así, el Directorio puede haber sido diligente y en consecuencia haber cumplido con su obligación de "revisar" la valorización (encontrándola conforme), lo cual no impide que un socio cualquiera pueda solicitar la "comprobación judicial". Como también puede darse el caso de que el Directorio (dolosa o negligentemente), no haya cumplido su obligación y, en consecuencia, cualquier socio acuda al Poder Judicial para que se compruebe la valorización. Lo único que deben esperar los socios para poder acudir al Poder Judicial es que transcurra el plazo de 60 días con que cuenta el Directorio para efectuar su revisión. Vencido el plazo, con revisión o sin revisión, cualquier socio está legitimado para acceder a una comprobación judicial.

Obsérvese que la ley obliga al directorio a efectuar la "revisión" mientras que "faculta" a cualquier accionista a solicitar la "comprobación" judicial. Ello por la sencilla razón de que el Directorio es el órgano encargado de la administración de la sociedad y por lo tanto le compete en primera instancia velar por los intereses de la sociedad y de los socios (e incluso de los terceros que se vinculan con la sociedad). De esta forma, si el Directorio cumple diligentemente con su obligación, los socios pueden sentirse conformes y no requerir de comprobación alguna.

IV. MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN

Siguiendo nuestra tradición societaria, así como la legislación comparada, nuestra Ley General de Sociedades contempla la posibilidad de constituir una Sociedad Anónima optando por cualquiera de las siguientes modalidades:

- . La constitución simultánea; y
- . La constitución por oferta a terceros.

1. Constitución simultánea

Previamente a la descripción del procedimiento señalado por la LGS, resulta interesante detenernos en algunas definiciones que nos brinda la doctrina:

Así, Ávila Navarro señala:

"(...) la simultaneidad se refiere a la suscripción y la escritura, porque los fundadores, en la escritura de constitución, asumen o suscriben todas las acciones en las que se divide el capital. Así, la suscripción y la aportación vienen a ser una cláusula de la escritura..."(37).

Por su parte, Morles Hernández precisa:

"Es la forma de constitución' más frecuente. No existe, en este caso, ninguna separación cronológica entre la manifestación de voluntad de ingresar a la sociedad y el otorgamiento del acto constitutivo, porque todo se realiza en un solo acto" (38).

De la misma manera Uría, Menéndez y García de Entería se pronuncian:

"Este sistema por su sencillez es el más empleado en la práctica, serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones. Así pues de acuerdo con este procedimiento, todos los socios habrán de concurrir -por sí o por medio de representante- al otorgamiento de la escritura y asumir en ese acto el total de las acciones en que esté dividido el capital"(39).

Como puede observarse, la constitución simultánea es el mecanismo más utilizado para formar una S.A., ya que en un solo acto se produce tanto el acuerdo de constitución como la suscripción de las acciones por parte de los fundadores. De esta forma la constitución es realizada por los fundadores al momento de otorgarse la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto con la simultánea suscripción de la totalidad de las acciones en que se encuentre dividido el capital social.

El artículo 54 de la LGS precisa que el Pacto Social, entendido como la decisión de los fundadores de constituir la sociedad, deberá contener obligatoriamente los siguientes elementos:

1. Los datos de identificación de los fundadores. Si es persona natural, su nombre, domicilio, estado civil y el nombre del cónyuge en caso de ser casado; si es persona jurídica, su denominación o razón social, el lugar de su constitución, su domicilio, el nombre de quien la representa y el comprobante que acredita la representación;
2. La manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir una sociedad anónima;
3. El monto del capital y las acciones en que se divide;
4. La forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista en dinero o en otros bienes o derechos, con el informe de valorización correspondiente en estos casos;
5. El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores;
- y,
6. El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

Por su parte el artículo 55 de la LGS precisa el contenido obligatorio del estatuto, como cuerpo normativo que regulará la estructura y funcionamiento de la sociedad:

1. La denominación de la sociedad;
2. La descripción del objeto social;
3. El domicilio de la sociedad;
4. El plazo de duración de la sociedad, con indicación de la fecha de inicio de sus actividades;
5. El monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita;
6. Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales;
7. El régimen de los órganos de la sociedad;

8. Los requisitos para acordar el aumento o disminución del capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto;
9. La forma y oportunidad en que deben someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio;
10. Las normas para la distribución de las utilidades; y, el régimen para la disolución y liquidación de la sociedad.

2. Constitución por oferta a terceros

A diferencia de lo que ocurre con la constitución simultánea o "en un solo acto", en este supuesto nos encontramos ante un proceso que se proyecta en el tiempo y que podría resumirse en dos momentos básicos: la suscripción de las acciones y el otorgamiento de la escritura de constitución.

Se trata sin lugar a dudas de un mecanismo mucho más complejo, diseñado para atraer grandes masas de personas y con ellas, importantes recursos(40). Así, quienes interesados en el programa elaborado por los fundadores y adecuadamente difundido, deciden convertirse en socios, proceden a suscribir las acciones correspondientes y cuando este proceso de suscripción termina, se otorga la escritura de constitución.

Ampliando los momentos de "suscripción de las acciones" y "otorgamiento de la escritura"; Elías Laroza(41) observa en el proceso de constitución por oferta a terceros, cuatro etapas perfectamente definidas:

1. Programa de constitución.
2. Suscripción de acciones.
3. Asamblea de suscriptores.
4. Otorgamiento de la escritura pública de constitución social.

a. El programa de constitución

El programa de constitución es el documento en el cual se deja constancia de las características de la oferta emitida por los fundadores de la sociedad. Se trata de un documento de carácter universal, es decir su emisión no está dirigida a ningún grupo de la sociedad en particular, por el contrario es abierto a todos aquellos que deseen convertirse en accionistas de la empresa suscribiendo las acciones correspondientes.

Debido a que es un acto que se da en una sociedad en formación, se han elaborado distintas concepciones en torno al programa de constitución.

"Así, Garrigues y Rubio consideran que el programa constituye una verdadera oferta de contrato y, consecuentemente, que los promotores quedan vinculados por el hecho de su publicación. Por el contrario, Girón mantiene que se trata de una simple invitación al público para que formule propuestas de contrato... De la Cámara mantiene una tercera posición al entender que ni el programa ni las sucesivas suscripciones son verdaderas ofertas del contrato"(42).

El programa de constitución, según lo estipulado por la Ley General de Sociedades, debe contener lo siguiente:

1. Los datos de identificación de los fundadores,
2. El proyecto de pacto y estatuto sociales;
3. El plazo y las condiciones para la suscripción de las acciones, la facultad de los fundadores para prorrogar el plazo y, en su caso, la empresa o empresas bancarias o financieras donde los suscriptores deben depositar la suma de dinero que estén obligados a entregar al suscribirlas y el término máximo de esta prórroga;
4. La información de los aportes no dinerarios;
5. La indicación del registro en el que se efectúa el depósito del programa;
6. Los criterios para reducir las suscripciones de acciones cuando excedan el capital máximo previsto en el programa;
7. El plazo dentro del cual deberá otorgarse la escritura de constitución;
8. La descripción e información sobre las actividades que desarrollará la sociedad;
9. Los derechos especiales que se concedan a los fundadores, accionistas o terceros; y,
10. Las demás informaciones que los fundadores estimen convenientes para la organización de la sociedad y la colocación de las acciones.

La finalidad de la consignación de todos estos requisitos apunta a otorgar a aquellos que deseen ingresar en la sociedad todos los elementos posibles para que realicen el juicio debido sobre la conveniencia o no de su intervención en el negocio.

La Ley General de Sociedades, asimismo, ha previsto que para que el programa cumpla el objetivo de buscar la mayor cantidad de participantes, el mismo deberá llevar las firmas legalizadas notarialmente de los fundadores, y deberá ser depositado en el Registro. Este acto permitirá la debida publicidad del programa tal y como desean presentarlo los fundadores, razón por la cual solo se puede dar a conocer a terceros el programa una vez que el mismo se encuentra depositado en el registro. La existencia de una versión que no sea la inscrita en el registro crearía múltiples y diversas confusiones e inclusive podría perjudicar el ingreso de un aporte importante a la sociedad.

El "depósito registral" del programa de constitución da lugar a la apertura "preventiva" de una partida, la que se convertirá en definitiva cuando se constituya la sociedad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 434 de la LGS. Gonzalez Barrón considera que este depósito constituye jurídicamente una "anotación preventiva", de carácter transitorio ya que el acto definitivo se encuentra en pendencia.

"Por tanto, al encontrarse la constitución de la sociedad en una fase meramente preparatoria, solo es posible publicitar frente a terceros el negocio jurídico aún no consumado, teniendo por ello todas las características de una anotación preventiva"(43)(44).

b. Suscripción de las acciones

Respecto a la suscripción y desembolso del capital, estos actos deberán estar en estrecha concordancia con el programa presentado; es decir aquellas personas que desean integrarla sociedad deberán ajustarse al procedimiento ya las reglas establecidas en el programa.

La suscripción de las acciones deberá constar en un certificado, extendido por duplicado, suscrito por el representante de la entidad bancaria o financiera que reciba el pago. Este certificado, según lo dispuesto por la Ley General de Sociedades, deberá contener como mínimo lo siguiente:

1. La denominación de la sociedad;
2. La identificación y domicilio del suscriptor;
3. El número de acciones que suscribe y la clase de ellas en su caso;
4. El monto pagado por el suscriptor conforme a lo que establezca el programa de constitución; y,
5. La fecha y la firma del suscriptor o su representante.

c. La asamblea de suscriptores

La asamblea de suscriptores consiste en aquella reunión que tiene lugar una vez culminado el proceso de captación de suscriptores, con el objeto de arribar al otorgamiento de la escritura pública de constitución.

Es así que a efectos de que se suscriba la escritura pública, la asamblea debe designar a los firmantes de la misma, dejando constancia de estos acuerdos en el acta que será firmada por el presidente y secretario de la asamblea (que previamente fueron elegidos por los fundadores), así como por los suscriptores que lo deseen. Esta acta, debidamente certificada por notario, será parte integrante de la Escritura Pública.

Para estos efectos, la Ley General de Sociedades ha otorgado facultad a la asamblea de suscriptores para decidir sobre los siguientes temas:

1. Los actos y gastos realizados por los fundadores(45);
2. El valor asignado en el programa a las aportaciones no dinerarias, si las hubiere(46);
3. La designación de los integrantes del directorio de la sociedad y del gerente; y,
4. La designación de la persona o las personas que deben otorgar la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto de la sociedad.
5. Decidir sobre cualquier otro tema que no contravenga lo dispuesto por la Ley General de Sociedades.

La asamblea debe llevarse a cabo en el lugar, fecha y hora señaladas en el programa o en su caso en la posterior convocatoria que realicen los fundadores. Debe tenerse presente que la ley ha previsto que esta asamblea debe celebrarse (imperativamente) dentro de los dieciocho meses contados a partir de la fecha del depósito del programa en el registro. De lo contrario, el proceso Constitutivo quedaría extinguido.

Cabe señalar que con el fin de dotar de mayor transparencia a este proceso y en especial a la realización de la asamblea (como acto central), se ha previsto (art. 62) que en forma previa a que ésta se lleve a cabo, los fundadores elaborarán la

lista de suscriptores y de sus representantes, mencionándose en forma expresa el número de acciones que a cada uno le corresponde. Esta lista estará a disposición de "cualquier interesado" con una anticipación no menor de cuarenta y ocho horas a la celebración de la asamblea.

Por su parte en el día de la asamblea se formula la lista de asistentes y se instala válidamente si se cuenta con la presencia de suscriptores que representen al menos la mayoría absoluta de las acciones suscritas, requiriéndose el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones representadas (vale decir, presentes en la asamblea), para la adopción de los acuerdos, salvo que se desee modificar el contenido del programa de constitución, caso en el que se requerirá de la mayoría absoluta de las acciones suscritas.

d. Otorgamiento de la escritura pública

El otorgamiento de la Escritura Pública de constitución es la antesala para la culminación del proceso ya que permite contar con el título habilitante para poder acceder a la inscripción definitiva de la sociedad.

Para que se lleve a cabo este acto, la Ley General de Sociedades ha dispuesto un plazo máximo de 30 días de celebrada la asamblea. En caso de que los encargados para su suscripción no la realicen dentro de dicho plazo, provocarán que la sociedad adquiera la condición de irregular, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 423 de la Ley General de Sociedades.

Téngase presente que en este caso nos encontraríamos ante una sociedad irregular de origen", con lo cual no solo los administradores y representantes adquirían responsabilidad solidaria e ilimitada, sino que la misma alcanzaría a los propios socios.

8. Extinción del proceso de constitución Así como todo procedimiento iniciado con un fin determinado y bajo reglas determinadas, el proceso de constitución de sociedad por oferta a terceros está sujeto a extinción.

Respecto de la extinción establecida por el artículo 68 de la Ley General de Sociedades, podemos clasificarla bajo los siguientes supuestos:

- Extinción por voluntad de la asamblea, en el caso de que pese a existir todas las condiciones de acuerdo con el programa para proseguir con el proyecto, la asamblea reunida resuelve no proseguir con el mismo, efectuándose en este extremo la devolución de los aportes, luego de haberse reembolsado los gastos a los fundadores.

- Extinción por falta de asamblea, el caso en que pese a existir la voluntad por parte de los fundadores y suscriptores de proseguir con el proyecto, la asamblea prevista en el programa no se realiza dentro del plazo indicado, por causas atribuibles o no a los sujetos intervinientes.

- Extinción por insuficiente número de suscriptores, en el caso de que no se haya logrado reunir el número de suscriptores mínimo precisado por los fundadores en el programa de constitución.

Producida la extinción del proceso por cualquiera de las causales señaladas, los fundadores tienen la obligación de comunicar tal suceso, en un plazo no mayor de quince días, a:

1. Los suscriptores, si los hubiera;
2. La o las empresas del sistema financiero que hubieran estado recibiendo los aportes, con el fin de que procedan a devolverlos, previa deducción de los gastos que deben ser reembolsados a los fundadores;
3. Las personas con las que se hubiese contratado bajo la condición de constituirse la sociedad;
4. El registro donde se hubiese depositado el programa.

Si los fundadores omitieran dar aviso a todas y cada una de las personas y entidades señaladas, deberán responder en forma solidaria por los daños y perjuicios que ocasionen. Obsérvese pues que debido a la trascendencia del acto de constitución por oferta a terceros, la ley resulta sumamente exigente con relación a la "notificación" de la extinción de este proceso, pues obliga que sea comunicado en forma puntual a todos los intervinientes en este proceso. Así, no resulta suficiente que sea comunicado únicamente al registro, con el fin de ampararse en la publicidad "erga omnes" que éste brinda.

V. LOS FUNDADORES

Nuestra LGS resulta sumamente clara al precisar quiénes son considerados como "fundadores" de una sociedad anónima. Así, tratándose de la constitución simultánea, adquieren esta calidad quienes otorgan la escritura pública y suscriben el cien por ciento de las acciones en que está dividido y representado el capital social. Añadiremos que son a su vez quienes efectúan el desembolso mínimo con relación a cada una de las acciones que han suscrito. Por su parte, en la constitución por oferta a terceros, esta condición la asumen quienes suscriben el programa de fundación dando con ello inicio a todo el proceso de constitución que ya hemos comentado.

Pero nuestra ley va más allá pues no se limita a otorgar la condición de fundador a aquellos que "objetivamente" parecen serlo sino también a aquellos que de manera oculta, realmente lo son. En efecto, resulta claro atribuir la condición de "fundador" a aquellas personas que realizan una serie de actos preparatorios y que los ejecutan, evidenciándose su participación a través del otorgamiento de la Escritura Pública (constitución simultánea) o a través de la inscripción del programa de constitución (constitución por oferta a terceros). Pero existen otros "auténticos fundadores" que se ocultan a través de un tercero que actúa como si fuera fundador, pero que en realidad sus actos obedecen a un mandato en virtud del cual si bien actúa en nombre propio (ocultando al socio fundador), lo hace en interés y por cuenta de su demandante.

De tal manera, la ley extiende adecuadamente la calificación de fundador a la persona por cuya cuenta se hubiese actuado otorgando la Escritura Pública O suscribiendo el programa de constitución, según fuera el caso.

-Fundador no es la persona que proyecta la creación de una sociedad y realiza los actos preparatorios para su constitución. El concepto legal de fundador es más concreto. Fundadores son las personas que concurren, por sí o por representantes, al otorgamiento de la escritura social (o del programa de constitución), asumiendo acciones de la sociedad. Son los socios originarios con los que nace la sociedad. El fundador puede ser persona física o jurídica..." (lo que está entre paréntesis es nuestro)(47).

Al ser la constitución de una sociedad el producto de la unión de distintas voluntades, estas primeras personas intervinientes son objeto de especial interés para la legislación societaria, debido a las funciones que les competen y a las consecuencias que se pueden derivar de las acciones u omisiones en que incurran antes, durante o después de la constitución, así como por los beneficios que pueden obtener como consecuencia de su actuación en la etapa gestora de la sociedad.

1. De las responsabilidades de los fundadores

De conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades, se ha atribuido a los fundadores "responsabilidad solidaria" por aquellos actos que hubiesen realizado a nombre de la sociedad o a nombre propio, pero en interés y por cuenta de ésta, durante la etapa preconstitutiva de la misma, que obliguen a la sociedad frente a terceros.

Debemos anotar en este punto la diferencia que ha establecido la doctrina en cuanto a los actos realizados por los fundadores, en razón de su necesidad o pertinencia, como son los "actos necesarios", y los "actos que obligan a la sociedad en futuros negocios".

Los primeros, como se desprende de su definición, son aquellos sin los cuales el proceso de constitución de la sociedad se vería truncado, lo cual acarrearía consecuencias negativas para aquellos que hubieran contratado con la sociedad obligándose mutuamente. En cambio el segundo tipo de actos, se refiere a: aquellos actos que los fundadores consideraron adecuados para que la sociedad inicie su actividad en el mundo comercial, los cuales, sin embargo, están condicionados de conformidad con la legislación, a la inscripción de la Sociedad en el registro y a que se ratifiquen por la sociedad en un plazo de tres meses contados desde la inscripción. Consecuentemente con esa condición, en los casos en que estos requisitos sean incumplidos, en forma o plazo, quienes contrataron en nombre de la sociedad se obligan ilimitada y solidariamente frente a los terceros contratantes.

Concordante con lo señalado, el artículo 7 de la ley precisa que la validez de los actos celebrados durante esta etapa preconstitutiva se encuentra condicionada a la inscripción de la sociedad y a que sean ratificados por ésta dentro de los tres meses siguientes. La omisión de cualquiera de estos requisitos genera la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria.

Obsérvese que se presentan dos requisitos concurrentes para que los fundadores queden liberados de responsabilidad: i) que la sociedad se inscriba (con lo cual deja de ser irregular), y ii) que los actos sean ratificados por ésta (con lo cual los hace suyos y no los desconoce). Si bien el primer requisito es normalmente cumplido, en muchos casos se olvida que también se requiere la manifestación expresa de la sociedad ratificando los actos desarrollados por los fundadores en la etapa preconstitutiva.

"... la experiencia demostró que en un muy elevado número de casos, la sociedad, en efecto, sí se inscribía, pero la junta de socios o en su caso, el Directorio, y los mismos fundadores, no eran suficientemente diligentes para llevar a cabo el correspondiente 'acuerdo'... Los fundadores y representantes se quedaban expuestos a la voluntad y decisión de la junta o del directorio..." (48).

Para evitar esta situación de incertidumbre, el segundo párrafo del artículo 71 de la IGS contempla la posibilidad de que dichos actos sean ratificados tácitamente. En efecto, la norma señalada precisa que a falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del plazo de 3 meses computados desde la inscripción, se presume que los actos y contratos celebrados por los fundadores han sido ratificados.

Por otra parte, la IGS ha señalado tres supuestos adicionales en los cuales los fundadores tienen responsabilidad solidaria frente a la sociedad, los demás socios y terceros:

1. Por la suscripción integral del capital y por el desembolso del aporte mínimo exigido para la constitución;
2. Por la existencia de los aportes no dinerarios conforme a su naturaleza y características y valor de aportación consignados en el informe de valoración correspondiente; y,
3. Por la voracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público por o la constitución de la sociedad.

Así como se han determinado los casos en que los fundadores tienen responsabilidad, la Ley General de Sociedades ha establecido, asimismo, la oportunidad en que la responsabilidad de los directores caduca.

En efecto, el artículo 73 precisa que la responsabilidad de los fundadores caduca a los dos años contados a partir de la fecha de inscripción de la sociedad en el registro, de la denegatoria definitiva de ella o del aviso en que comuelean a los suscriptores la extinción del proceso de constitución de la sociedad.

2. De los beneficios de los fundadores

Este tema ha sido también objeto de modificación e innovación en cuanto a su regulación en la Nueva ley General de Sociedades.

La ley con intenciones de establecer cierto grado de justicia a favor de los fundadores, en razón del esfuerzo desplegado y de los riesgos asumidos en el procedimiento de la constitución de la sociedad, ha previsto la posibilidad de que los mismos, independientemente de su condición de accionistas, reserven para sí derechos especiales de carácter económico durante el tiempo señalado para estos efectos.

En el artículo 72 de la ley se ha dispuesto que los fundadores pueden reservar, en conjunto, hasta un máximo de la utilidad neta distribuible anual de los estados financieros de los primeros cinco años, dentro del periodo máximo de diez años contados a partir del ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad.

La norma bajo comentario, en términos más simples, estipula que solo durante los primeros 10 años, contados desde la constitución de la sociedad, los fundadores se podrán beneficiar con el porcentaje señalado, hasta un máximo de 5 años. Es decir si los primeros 5 años de funcionamiento de la sociedad arrojan utilidades, cobrarán esos cinco años, o si solo el noveno y décimo año hay utilidades, podrán cobrar únicamente esos dos años.

Cabe preguntarnos en este punto, ¿cuál fue el motivo de la modificación realizada? Pues bien, la antigua Ley General de Sociedades, en su artículo 95, señalaba que los fundadores se podían reservar una participación no superior en conjunto a la décima parte de las utilidades netas resultantes del balance por un periodo máximo de 5 años contados desde que la sociedad obtuviese beneficios netos. Haciendo una aplicación literal de la norma, los fundadores podían manipular el sentido de la misma, en casos por ejemplo en que a los dos años se obtuviesen utilidades mínimas, ocultando las mismas, en espera de que en un año el monto de las utilidades sea significativo, iniciando así el conteo de los 5 años.

Es por esto que en la norma actual, al haberse establecido como plazo indefectible los 10 años siguientes de la constitución, solo se podrá cobrar dicho beneficio las veces que sea posible con el límite de 5 años.

Por otro lado, dado que del texto de la norma no se infiere la prohibición de establecer otro tipo de beneficio a los fundadores, el pacto de los mismos resulta a todas luces legal y válido, como lo sería establecerles una retribución fija mensual, semestral o anual como compensación. Debe la sociedad verificar siempre que aquellos beneficios que otorga no atenten contra derechos de otros accionistas o contra normas legales expresas, como por ejemplo la permanencia indefinida en un mismo cargo.

Esta posibilidad de otorgar otros beneficios a los fundadores, también ha sido acogida en la doctrina internacional, como se han pronunciado Uría, Menéndez y García de Enterría:

"Estas remuneraciones se justifican, ordinariamente, como retribución de la idea creadora y de los servicios prestados a la sociedad en la fase preparatoria de la misma. Las posibles remuneraciones pueden ser de muy variada.

Para concluir, consideramos conveniente efectuar una breve glosa con relación al tratamiento tributario que reciben estos "beneficios de fundador". Nuestra actual Ley del Impuesto a la Renta (literal h, arto 24) señala que son rentas de segunda categoría "...Las participaciones en utilidades que provengan de partes de fundador salvo que la empresa hubiera tributado el Impuesto a la Renta de tercera categoría antes del cálculo de estas participaciones.

De conformidad con esta regulación (vigente hasta el 31.12.2002), los beneficios de los fundadores se gravan como rentas de segunda categoría, salvo que la empresa hubiera tributado el Impuesto a la Renta de tercera categoría antes del cálculo de estas participaciones". En otras palabras, si la sociedad deduce los beneficios de los fundadores como gasto, son gravables como renta de segunda categoría respecto de los fundadores perceptores de tales rentas. Por el contrario, si no los deduce y tributan en cabeza de la sociedad, para el beneficiario constituiría un ingreso inafecto.

En los casos en que la sociedad no los deduce como gastos y por ende los beneficios tienen la condición de rentas de segunda categoría afecta para los fundadores, la sociedad procede a retenerles el 15% de su renta neta (13.5% sobre la renta bruta), en cada oportunidad en que les reconozca estos.

(1) Citado por ABRAMOVICH A, Daniel. "Una aproximación práctica a los convenios de accionistas en la sociedad anónima". En: Revista /US ET VER/TAS. N° 20. 2000. Pág. 150.

(2) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. Págs. 44.45.

(3) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "Los sindicatos de voto para la...". Op. cil. Págs. 45.46.

(4) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "Los sindicatos de voto para la...". Op. cil. Pág. 48.

(5) Revisar PROCIUK. Gustavo E. "Contra los Civiles". En: <http://www.derechoargentino.com.ar/contratos1.htm>, visita hecha el día 25 de marzo de 2002.

(6) No obstante, para los fines del presente trabajo este distinguo solo tendrá un alcance conceptual. Oebemos mencionar que existen opiniones que difieren de lo expuesto y defienden el carácter patrimonial de la sindicación de acciones. Al respecto, Carlos CORNEJO GUERRERO sugiere que "(...) el SinálCatO de accionistas se acerca más a un acto patrimonial que a uno extra-patrimonial, pcr cuanto su conformación obedece indudablemente a intereses de orden económico o, en todo caso, su contenido (la relación jurídica) guarda relación con dichos intereses", añadiendo que "(...) las prestaciones originadas por la formación del sindicato sí son susceptibles de ser valorizadas en dinero y, en coosecuencia,

tanDén por dicho motivo estaríamos ante una relación de carácter patrimonial y ante un contrato". En: "El sindicato de bloqueo de acciones". Cultural Cuzco S.A. Editores. Urna, 1997. Págs. 134y70.

(7) ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael. "La Sindicación de Acciones.. En: Ubro homenaje a Ulises Montoya Manfredi. Editorial Cultural Cuzco. Lima, 1989. Pág. 579.

(8) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo"-Derecho Socielario, Parte General'. Tomo 5 ("Los socios. Derechos, obfigaciones y responsabilidades"). Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1997. Pág. 437. Citado por (9) KELLY, Julio Alberto y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Contratos de colabOración empresarial". Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1987. Pág. 64.

(10) LUCHINSKY s., Rodrigo. "Pactos de Sindicación de Acciones en Argentina". En: [ht1pJlwww.societario.com](http://www.societario.com).

visita hecha el dra 12 de marzo de 2002.

(11) Si bien en el acá pite 2.1 del presente trabajo hemos aclarado que preferimos inclinamos por el término

"convenio' frente a 'contrato' para denominar a la sindicación de acciones, ello no excluye la posibilidad de extender al primero, a través de la aplicación analógica, la normativa legal que regula al segundo.

(12) CABANELLAS OE LAS CUEVAS, GuilJermo. "Derecho Societario...". Op. cit. Tomo 11 ("El contrato de sociedad"). Pág. 437.

(13) Citado por QUESAOA SÁNCHEZ. Antonio José. "Notas sobre el contrato plurilateral: ideas básicas". En:

http://www.juridicas.com/areas/_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200107-455111610131911.html. visita hecha el 24 de marzo de 2002.

(14) En general, y siguiendo lo expuesto por Walter GUTIERREZ CAMACHO en su trabajo "Los contratos parasocietarios, con especial referencia al contrato de sindicación de acciones', a los contratosplurifaterales no les son de aplicación, específicamente, las disposiciones previstas en el título VI de la Palie General de los contratos: contratos con prestaciones recíprocas, entre ellas: la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo, entre otras.

(15) CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Guillermo, "Derecho Societario. Parte General", Tomo 5, Op,cit. Pág, 437.

(16) IUCHINSKY s., Rodrigo. "Pactos de Sindicación de Acciones en Argentina". En: <http://www.societario.com>, visita hecha el d la 12 de marzo de 2002.

(17) CABANEIIAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario, Parte General". Tomo 5. Op.cit. Pág. 410.

(18) Sin perjuicio de esa opinión, existía gran discusión doctrinaria; pero la solución que, finalmente, fue recogida en nuestro ordenamiento societario vigente, a partir de 1998, confirma esa posición.

(19) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario...". Op. Cil. Tomo 5. Pág. 436.

(20) Ibid. Pág. 153.

(21) PÉREZ MORIONES. Aránzazu. "Los sindicatos de voto..". Op. dl. Pág. 47.

(22) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Tratado de los Contratos de Empresa". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1997. Pág. 146.

- (23) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, en su trabajo "Los contratos parasocietarios, con especial referencia al contrato de sindicación de acciones". Debemos precisar que para Aránzazu PÉREZ MORIONES. el sindicato de administración (o también denominado por la autora "de control", "agresivo", etc.) no es otra cosa que una desviación terminológica del sindicato de mando, el cual constituye una especie dentro del género del sindicato de voto. Ver: PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "Los sindicatos... Op. cil. Pág. 72.
- (24) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Tratado de los ..."; Op. cil. Pág. 146.
- (25) CORNEJO GUERRERO, Carlos. "El sindicato de bloqueo de acciones". Cultural Cuzco SA Editores. Lima, 1997. Pág. 70.
- (26) URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. "Curso de Derecho Mercantil". Editorial Civitas. Madrid, 1999. Pág. 882.
- (27) Como veremos luego, esta condición se verifica solo en forma mediata en el sindicato de bloqueo, dado que éste constituye un mecanismo para garantizar la existencia y vigencia del propio sindicato, antes que en una forma de tutelarlos frente a terceros accionistas o de influir en el gobierno de la sociedad.
- (28) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Tratado de los ...". Op. cil. Pág. 147.
- (29) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "los sindicatos de voto...". Op. cil. Pág. 49. Nótese que esta definición recoge, aunque en forma tácita, las que hemos considerado como "sub-modalidades" de sindicación de voto: la sindicación de mando y la sindicación de defensa.
- (30) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "los sindicatos de voto...". Op. cil. Pág. 68.
- (31) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "los contratos parasocietarios...". Op. Cil.
- (32) CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Guillermo. Op. cil. Tomo 5. Pág. 436.
- (33) ASCARELLI, Tulio, "Sociedades y asociaciones comerciales", Bs. As., 1947. Pág. 174.
- (34) PÉREZ MORIONES, Aránzazu. "Los sindicatos de voto ...". Op. cil. Pág. 49.
- (35) CORNEJO GUERRERO, Carlos. "El sindicato de bloqueo de acciones". Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1997. Pág. 88.
- (36) CORNEJO GUERRERO, Carlos. "El sindicato ...". Op. cil. Pág. 110.
- (37) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Tratado de los contratos...". Op. cit. Pág. 148.
- (38) URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. "Curso...". Op. cit. Pág. 882.
- (39) ABRAMOVICH A., Daniel, "Una aproximación práctica ...". Pág. 152.
- (40) ROSSELLÓ DE LA PUENTE, Rafael. "La Sindicación ...". Op. cit. Pág. 588.
- (41) En principio estas restricciones deberían alcanzar incluso a los certificados de suscripción preferente, a fin de evitar que por la vía indirecta se logre lo restringido en forma directa.
- (42) El literal (i) del artículo 3 del Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución N° 2002001-SUNARP/SN, publicado en el Boletín oficial el 27 de julio de 2001, señala que son inscribibles en el Registro los convenios que no versen sobre acciones y no tengan como objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas, es decir, aquellos que no pueden inscribirse en la matrícula de acciones.
- (43) T.U.O. aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF.
- (44) Artículo 219 del Código Civil.

(45) Sin perjuicio de la alternativa de aportar las acciones a una sociedad de cartera, en cuyo caso el convenio regirá al interior de ésta y no para la sociedad emisora de las acciones que se aportan.

(25) "La Sociedad Anónima: Principios Fundamentales". En: Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1. Estudio Colectivo. Ed Civitas, 1999. Pág. 776.

(26) Tan así es que la actual "Ley General de la Pequeña y Microempresa" (Ley N° 27268), define a la pequeña y microempresa como "aquella unidad económica que opera una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial que desarrolla actividades de extracción, transformación, producción y comercialización de bienes o prestación de servicios...", con lo cual queda claramente definido que un pequeño o microempresario puede desarrollar su actividad empresarial adoptando la forma de SA.

(27) Salvo el caso en que opere una "reducción de capital que implique la devolución a los socios de sus aportes (o parte de ellos). sin haberse satisfecho previamente todas las obligaciones que la sociedad mantenga frente a terceros. Ésta es pues una excepción y como tal está rodeada de una serie de formalidades y exigencias legales que permiten incluso la oposición de los acreedores.

(28) RUBIO, Jesús. "Curso de Derecho de Sociedades Anónimas". Ed. Derecho Financiero. Madrid, 1974. Pág. 70.

(29) El artículo 79 de la LGS precisa que el socio moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo previsto en el pacto social o por acuerdo de junta. Es más, las acciones (con dividendo pasivo en situación de morosidad), no son computables para formar el quórum ni para establecer la mayoría en las votaciones; no permiten ejercitar el derecho de suscripción preferente ni adquirir obligaciones convertibles en acciones.

(30) El capital social de las cooperativas está integrado por las aportaciones que efectúan los socios. Sin embargo, en aplicación del principio de Libre Adhesión y Retiro Voluntario, consagrado por el numeral 1.1 del inciso 1 del artículo 5 de la Ley General de Cooperativas, este capital tiene la característica de ser "variable e ilimitado". El numeral 2.5 del inciso 2 del mismo artículo 5, de la LGC, señala:

"Artículo 5: Toda cooperativa tiene el deber de:

(m)

2. Cumplir con las siguientes normas básicas:

(...)

2.5 Estar integrada por un número variable de socios y tener capital variable e ilimitado no menores a

los mínimos que, de acuerdo con su tipo o grado, le corresponda según el Reglamento",

Las cooperativas aceptan nuevos socios, con lo cual se incrementa su capital y se desvinculan de sus socios, con lo que se reduce su capital en forma constante. Por ello la ley las ha dotado de un "capital variable" y no de un "capital fijo", ya que este último estaría sujeto a una serie de formalidades.

(31) URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA. "La Sociedad Anónima" Aportaciones sociales y desembolso del capital".

En: Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Ed. Civitas. 1999. Pág. 804.

(32) Véase artículo 16 de la Ley N° 26702.

(33) ÁVILA NAVARRO, Pedro. "La Sociedad Anónima". Tomo 1. Ed. Bosch. Barcelona 1997. Págs. 238-239.

(34) Para ÁVILA NAVARRO, ésta no constituye una solución e incluso el lapso temporal establecido tampoco resulta lógico "y peca por exceso y por defecto: no debiera tenerse en cuenta la fecha de la escritura de constitución, porque ningún ingreso a nombre de la sociedad en formación es sospechosa de responder a otra finalidad, por mucha que sea su antelación; incluso puede ocurrir que en la fundación sucesiva los administradores demoren el otorgamiento y lo hagan en una fecha que no tenga nada que ver con el acuerdo y con los desembolsos; y, en cambio, los ingresos efectuados con anterioridad al acuerdo de aumento de capital, sea en dos meses, sea en más, son incongruentes y caen en lo que decía la resolución de 1992: podrá tratarse de un aumento por compensación de créditos, pero no de un aumento con nuevas aportaciones",

(35) Resolución N2 079-2001-ORLC/TR del 16 de febrero de 2001. En: Jurisprudencia Registral. Ed. ORLC. Tomo XII- Vol 11. Págs. 70 Y ss.

(36) o a la gerencia en las SAC que no cuenten con Directorio.

(37) ÁVILA NAVARRO, Pedro. Op. cit Pág. 59.

(38) MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. 'Curso de Derecho Mercantil'. Universidad Católica Andrés Bello. Tomo 11. Caracas, 1996. Pág. 589. .,

(39) URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA Op. cit. Pág. 785.

(40) El segundo párrafo del artículo 58 de la LGS señala que cuando la oferta a terceros tenga la condición legal de "oferta pública", se aplicará la legislación especial (Ley del Mercado de Valores), no siéndole aplicables las normas relativas al "Programa de Constitución" y "Publicidad", contempladas en los artículos 57 Y 58. En pocas palabras, la LGS regula la constitución por oferta a terceros, en la medida en que ésta sea "privada".

(41) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. Pág. 150.

(42) GONZALES BARRÓN, Gunther. "La Nueva Ley General de Sociedades y su aplicación registral". Ed. RODA. Lima, 1998. Pág. 153.

(43) GONZALES BARRÓN, Gunther. Clp. Gil. Pág. 151.

(44) En estricto se trataría más bien de una "anotación preventiva" efectuada en una "partida preventiva". En

efecto, lo usual es que las anotaciones preventivas (que son asientos) se efectúen en partidas ya existentes que contienen algún derecho o acto inscrito sobre el cual se desea publicitar un eventual suceso (futuro).

(45) En este caso, así como cuando se traten cuestiones relacionadas con 105 derechos especiales de los fundadores, éstos no pueden votar.

(46) En estos casos, 105 aportantes no pueden ejercer el derecho de voto.

(47) URÍA, RODRIGO. "Derecho Mercantil". Ed. Marcial Pons. Vigésimoprimera Edición. Madrid, 1994. Pág. 246.

(48) BEAUMONT CALIRGOS, Ricardo. "Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades". 1ª edición. Gaceta Jurídica Editores. Enero, 1998. Lima. Pág. 200.

(49) URÍA, MENÉNDEZ Y GARCÍA DE ENTERRÍA "la Sociedad Anónima: Fundación". En: Curso de Derecho Mercantil Ed. CMLas. Tomo 1. 1999. Pág. 786.

El artículo 27 de la Ley del Impuesto a la Renta. Así, el reconocimiento de los fundadores pasará a

ser considerado como una "distribución de utilidades" y estará sujeta a una tasa del 4.1 %.

LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Fernando PICKMANN DIANDERAS

Si tuviéramos que concluir sobre cuál ha sido la institución más relevante en la evolución del Derecho Mercantil, probablemente, y casi de forma unánime, responderíamos que ha sido el concepto de sociedad, como ente diferente de sus socios, con patrimonio y existencia propia. Dentro de esta misma afirmación, creo sin temor a equivocarme que la sociedad anónima es pues la cúspide de la evolución del concepto societario, institución que ha sido ya descrita en páginas anteriores.

Esta sociedad, en la práctica mercantil y en la legislación de diversos países, y especialmente en la nuestra, ha sufrido una adicional clasificación, y es que la sociedad anónima como tal, se ha diferenciado en subtipos con características notoriamente diferentes, que aun manteniendo las características generales del tipo societario, tienen una operatividad y naturaleza opuestas, especialmente en lo referido al "animus societatis" de sus accionistas.

De esta forma nos estamos refiriendo a la sociedad anónima cerrada o también llamada familiar y a la sociedad anónima abierta o por accionariado disperso o difundido, institución que es materia del presente trabajo.

I. ANTECEDENTES

La llamada revolución industrial generó en la estructura de las sociedades, el fenómeno de la dispersión del accionariado, hecho que promovió la aparición de un tipo de sociedad con características y necesidades diferentes a las sociedades que habían venido siendo utilizadas hasta esos momentos sociedades que se habían caracterizado por tener estructuras societarias pequeñas y de naturaleza cerrada, con accionistas que incluso podían llegar a tener relaciones consideradas familiares de marcado carácter personalista (regidas por el principio del *intuitu personae*)(1). En este orden de ideas, cabe señalar que, la evolución del fenómeno de la dispersión del accionariado generó un tipo de sociedad de gran número de accionistas caracterizadas por: (i) separar la gestión de la sociedad de la participación en el capital social de sus accionistas; (ii) tener un gran patrimonio; (iii) recurrir al ahorro público como fuente de financiamiento; (iv) cotizar sus acciones en los mercados públicos de valores; y, (v) estar sujetas a control de funcionamiento por parte de la Administración Pública.

II. CARACTERÍSTICAS

1. Separación entre el capital y la gestión

En las sociedades anónimas abiertas, el fenómeno de la dispersión de su accionariado, y la gran cantidad de accionistas que pueden llegar a tener, genera que en la mayoría de los casos no todos sus accionistas puedan participar en la gestión de la sociedad o, que un grupo de ellos ni siquiera tenga interés de participar en los actos societarios, especialmente en las juntas generales. Esta situación se produce en respuesta a una realidad, y es que en estas grandes sociedades anónimas muchas veces coexisten claramente dos tipos de accionistas diferenciados en virtud a su interés frente a la sociedad: (i) Los accionistas gestores; y, (ii) los accionistas inversionistas^{2}. Los accionistas gestores son aquellos que tienen un especial interés en dirigir o estar vinculados a la gestión, control y/o administración de la sociedad, que generalmente son la minoría, y tienen vocación de permanencia. Por el contrario, los accionistas inversionistas son aquellos que únicamente tienen un interés meramente especulativo y, no tienen vocación de permanencia en la sociedad, pues ven satisfecho su interés en la medida en que las acciones, de que son titulares, generen utilidades o que su valor se eleve en el mercado, de manera que les permita utilizar las acciones como mero bien de intercambio que les permita obtener una rentabilidad en el mercado como consecuencia de la diferencia obtenida entre la compra y la venta de sus títulos especulando así con las fluctuaciones de su valor. Normalmente en las sociedades anónimas abiertas la mayoría de sus accionistas, que incluso usualmente representan la mayoría del capital social, son accionistas inversionistas.

Planteada esta distinción inmediatamente nos surge el cuestionamiento de cómo es que estas sociedades funcionan si es que- su gran mayoría no tiene más que un interés especulativo en las acciones, solo un pequeño grupo tiene interés en participar en la marcha social y se encuentran dispuestas a participar en los eventos sociales como son las Juntas Generales de Accionistas. En respuesta a ello es que, en el caso de aquellas sociedades reguladas como sociedades anónimas abiertas, lo que se pretende es que mediante la legislación se establezcan las condiciones para que la marcha de la sociedad no se realice siguiendo el precepto de la democracia accionaria (gobierno de la mayoría), dado que en casos como estos sería prácticamente imposible y terminaríamos por tener sociedades paralizadas o en camino a ello. Bueno pues, lo que se persigue en este tipo de sociedades es que la legislación rompa con el mencionado dogma y la toma de decisiones no esté relacionada solamente con la tenencia o control sobre la mayoría de las acciones, sino que de alguna otra forma estas sociedades sean dirigidas solamente por decisiones de los accionistas que tengan ánimo de participar en la vida, marcha y actos de la sociedad.

Si recordamos, para el caso de aquellas sociedades anónimas tipo, o aquellas que califican como cerradas se establecen ciertos quórum y mayorías calificadas o especiales para la adopción de determinados acuerdos, incluso se permite la

posibilidad de modificar esos quórum y mayorías ya elevados que impone la legislación como mínimos, fijando estatutariamente límites mayores. Pero el caso es que ello no tiene validez alguna en sociedades en las que coexisten los dos tipos de accionistas a los que nos hemos referido y se puede llegar a las desproporciones numéricas más increíbles que se puedan imaginar, pues definitivamente lo más frecuente será que la mayoría de los accionistas de las grandes sociedades abiertas califiquen como accionistas inversionistas y no se encuentran dispuestos a participar en los actos sociales, a pesar de que en muchos casos resultan siendo titulares de acciones que gozan de plenos derechos. Es pues en estos casos en que las legislaciones de los diversos países y los diversos tratadistas entienden que para el caso de las sociedades anónimas abiertas no se pueden mantener quórum y mayorías tan altos como los establecidos para las sociedades tipo, pues resultan siendo inalcanzables; por el contrario, se establecen unos bastante más bajos y flexibles que permiten operar a estas sociedades enormes.

Respecto a la cuestión planteada podemos concluir que la "affectio societatis": precepto que consiste en participar en la consolidación de la voluntad social y en el cumplimiento de ciertos deberes como socio no se produce en este tipo de sociedades de la misma manera que en los demás tipos societarios distinguiéndose así sus accionistas en dos grupos; en accionistas con animus societatis y en accionistas sin animus societatis y con ánimo especulativo(3).

2. Grandes dimensiones

Las sociedades anónimas abiertas son el vehículo societario ideal para las sociedades que explotan actividades relacionadas con las llamadas mega industrias como son por ejemplo las empresas de capital privado que a través de contratos de concesión prestan determinados servicios públicos cuya explotación implica la inversión de grandes cantidades de recursos, como pueden ser las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, las empresas prestadoras de servicios de agua potable y alcantarillado, así como muchas de las empresas generadoras, distribuidoras y transmisoras de energía eléctrica, los bancos, las grandes mineras y en general las grandes empresas en las que se necesita invertir ingentes cantidades de recursos que normalmente solo pueden ser conseguidos o captados del ahorro público, dadas sus grandes posibilidades. Este fenómeno se ve replicado en nuestro mercado local, pues las más grandes empresas en la actualidad tienen disperso su accionariado alejándose cada vez más del concepto de capital cerrado, quedando este reservado para las pequeñas empresas.

3. Captación de recursos del ahorro público

Vinculada a la característica de la gran dimensión de los negocios y del consiguiente patrimonio que necesitan las grandes sociedades para operar negocios de gran inversión, que generalmente no puede ser aportada por un solo

inversionista, ni por grupos de inversionistas, es que éstas sociedades se dirigen a los mercados públicos financieros, especialmente al de valores con el objeto de "levantar capital", mediante el mecanismo de oferta pública de acciones, sea en su momento fundacional o a lo largo de su existencia, vía aumentos de capital por nuevos aportes. Como bien dice Ferrero: "...En términos generales, la SAA se identifica con la gran sociedad que necesita el capital de muchos y recurre por lo tanto al ahorro público, apelando muchas veces para ello al mercado de capitales siguiendo el procedimiento de cotización en bolsa(4).

Es por la razón mencionada en el párrafo precedente que se entiende que este tipo societario se caracteriza por recurrir al ahorro público, sea de ahorristas individuales o de grandes fondos mutuos.

4. Cotización bursátil de acciones

El fenómeno de la dispersión del accionariado y el ánimo especulativo de ciertos grupos de accionistas, con afán puramente lucrativo, han demostrado la necesidad de que los títulos accionarios que ellos posean sean susceptibles de ser libremente negociables hasta el máximo extremo. Por ello, estos valores, deben ser susceptibles de ser negociados en mercados que les permitan ser tan circulantes como sea posible y otorgarles la mayor cantidad de seguridades. Con este objeto es que las acciones que emiten las sociedades que califiquen como abiertas no deben ser susceptibles de sujeción a pactos que limiten su libre transmisibilidad y deben cotizarse en mercados públicos secundarios, es decir, en las bolsas de valores, con el objeto de que su transmisibilidad sea absoluta.

A este respecto Arecha, señala que: "la cotizabilidad bursátil es un mecanismo que no varía la naturaleza negociable del título accionario. Más bien la acentúa y posibilita que halle más amplio campo de desarrollo" (5), opinión que compartimos, pues evidentemente la acción es en sí claramente un título valor destinado a la circulación, pero que en muchos casos por diversos acuerdos societarios, sean estatutarios, extraestatutarios o simplemente acuerdos entre accionistas, o entre estos y terceros, resultan incorporando mecanismos que limitan su circulación, mecanismos que no pueden incorporar las acciones que se cotizan en las bolsas.

Esta característica de la cotización de las acciones en las sociedades abiertas es un mecanismo que permite la expansión prácticamente-ilimitada del capital y resulta siendo un incentivo para la sucesiva negociación y transferencia de las acciones. En las sociedades anónimas abiertas, la negociabilidad de las acciones constituye el atributo máspreciado, y por lo tanto el accionista nunca podrá ser prisionero de sus títulos.

En la doctrina y en las legislaciones de los diversos países que regulan las sociedades con accionariado difundido, se señala expresamente como requisito indispensable para la cotización de las acciones cumplir con ciertas disposiciones estatutarias y legales como por ejemplo: la obligación de no incorporar pactos que

limiten su libre transferencia y la obligación de suministrar al ente regulador del Estado su historial, así como amplia información económico-financiera, composición accionaria, inversiones, balances, etc.

5. Control administrativo de funcionamiento o fiscalización estatal

Dado que las sociedades anónimas abiertas tienen una especial importancia para el Estado, en la medida en que, por su gran envergadura e importancia económica resultan siendo elementos importantes en el desarrollo de su economía, así como por la gran cantidad de personas que en ellas tienen invertidos su ahorros, se requiere un régimen legal que asegure su intervención con el objeto de defender el interés público, por ello el Estado, se atribuye la facultad de fiscalización y supervisión de este tipo de sociedades a través de entes con facultades especiales de supervisión del cumplimiento de la legalidad interna donde, como Arecha y García Cuerva, creemos que: "La fiscalización estatal importa el control de la legalidad interna de la sociedad, es decir, la vigilancia respecto del cumplimiento de las normas legales propias de la sociedad que determinan su constitución, funcionamiento, disolución y liquidación y, también el control de la legalidad externo; es decir, la vigilancia sobre el cumplimiento de las normas legales inherentes a la gestión externa de la sociedad" (6).

Mediante la fiscalización estatal se pretende proteger el ahorro público para que las inversiones sean canalizadas con la debida seguridad a actividades productivas.

Debe señalarse además que la fiscalización estatal requiere ser permanente y constante. Según Carlos Alberto Villegas las sociedades abiertas "quedan sometidas a una fiscalización permanente, es decir, que comprende desde su nacimiento o constitución, pasando por su funcionamiento y termina con la disolución y liquidación" (7).

Las sociedades anónimas abiertas se encuentran a su vez obligadas a presentar ante la autoridad los estados financieros anuales (en algunas legislaciones semestrales), memoria e información financiera adicional. Asimismo se encuentran obligadas a comunicar las fechas de celebración de la Junta General, sea ordinaria o extraordinaria, y toda la documentación que la autoridad exija, y sea considerada como hechos relevantes o de importancia.

Generalmente, la legislación sobre este tipo de sociedad faculta al ente fiscalizador para exigir a la sociedad la exhibición de libros y documentos que necesite para obtener la más completa información sobre estas empresas. Asimismo, la autoridad cuenta con facultades para sancionar a las sociedades, sus representantes legales, sus directores y en su caso a los liquidadores o síndicos de estas sociedades.

III. LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE SOCIEDADES ABIERTAS O CON ACCIONARIADO DIFUNDIDO

Si bien es cierto que la doctrina casi unánimemente acoge la distinción, entre la sociedad anónima abierta y la sociedad anónima cerrada o familiar, ello no sucede en todas las legislaciones de los distintos países, pues no existe uniformidad en el tratamiento para estos dos tipos de sociedades. Los mecanismos por los que han optado los legisladores para regular el fenómeno de las sociedades anónimas abiertas se resumen en dos grandes grupos: (i) Un primer grupo que considera que la sociedad anónima es en esencia una gran sociedad, razón por la cual solo se regula un único tipo de sociedad anónima, dejando de lado los esquemas cerrados para otros tipos societarios. (por ejemplo: la Ley de Sociedades Anónimas Española que reserva para la sociedad anónima la realización de operaciones de gran envergadura, exigiendo un capital social mínimo de pts. 10'000,000.); Y (ii) un segundo grupo que considera que debe distinguirse a la sociedad anónima abierta de la cerrada (como es el caso de la legislación peruana).

En ese orden de ideas cabe señalar que, por ejemplo en Brasil, las leyes 4728 y 4595 implementadas por Resolución 106 del Banco de Reserva del Brasil, prevén el régimen de las denominadas "sociedades anónimas de capital abierto", con ventajas fiscales para incentivar la distribución de acciones entre el público.

En Venezuela se ha instituido la figura jurídica de las "sociedades anónimas de capital abierto", con la cual se ha querido ampliar la base de empresas y de inversiones que concurren al mercado accionario, así como la distribución del patrimonio societario entre un mayor número de accionistas para contribuir al desarrollo del mercado de capitales.

En Chile, hasta hace unos años, las sociedades anónimas que tuvieran un número mayor de 100 accionistas estaban obligadas a cotizar en bolsa. Posteriormente la Ley de Bolsas elevó ese número a 500, salvo en el caso que un 10% del capital, como mínimo, esté distribuido entre 100 accionistas.

En Chile se ha dado pues un tratamiento diferenciado para las grandes sociedades anónimas, denominadas sociedades abiertas. Es así que la Ley 18046 regula dos tipos de sociedades anónimas: la abierta y la cerrada y la diferencia está dada por el hecho de que la sociedad anónima abierta es aquella que hace oferta pública de acciones y que tiene quinientos o más accionistas, y en la que por lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de cien accionistas(B).

En el caso argentino la normativa, Ley N° 19550, contiene una serie de disposiciones aplicables al tipo de la sociedad con acciones cotizadas en bolsa. entre otras, la sujeción a supervisión estatal; es así que dicho cuerpo legal en su artículo 299 establece un régimen de supervisión de la "autoridad de contralor de su domicilio", la que importa el control de la legalidad interna de la sociedad, es decir, la vigilancia respecto del cumplimiento de las normas legales propias de la

sociedad y que determinan su constitución, funcionamiento, disolución Y liquidación, y también el control externo de la legalidad, es decir, la vigilancia sobre el cumplimiento de las normas legales inherentes a la gestión externa de la sociedad(9).

IV. LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Antecedentes

La anterior legislación, Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, preveía un solo tipo de sociedad anónima, pero con dos mecanismos de constitución diferentes: (i) la constitución simultánea; y (ii) la constitución por suscripción pública orientada a captar recursos de capital del ahorro público. Siendo esta la única referencia o proyección a la regulación de una sociedad que captara fondos del público, resultaba que la norma generaba el serio inconveniente de que, en caso los accionistas de una sociedad decidieran constituir una sociedad con accionariado difundido, o pretendían abrir su capital vía una emisión de acciones con oferta al público, se encontraban en una disyuntiva: o colocaban solamente acciones por menos de un 40% del capital social, con el objeto de mantener siempre el 60% de sus acciones como quórum mínimo necesario exigido por la Ley para poder instalar la junta en segunda convocatoria, y evitar cualquier supuesto de paralización de la actividad social (recordemos que la Ley contenía para las juntas extraordinarias -aumentos de capital, modificación de estatuto, emisión de obligaciones, etc.- quóruns del 66% en primera convocatoria y 60% en segunda, sin admitir la posibilidad de acordar menores) o mantener una estructura cerrada. Situación que reducía la posibilidad de acudir a los mercados de valores como mecanismos de financiamiento empresarial. En tal sentido, ante el pobre tratamiento que la anterior Ley General de Sociedades dedicaba a las sociedades anónimas abiertas, con el objeto de reactivar el sistema del accionariado difundido, el Estado promulgó normas especiales, fuera de la Ley General de Sociedades, regulando dos modalidades diferentes de este único tipo societario: (i) las sociedades anónimas abiertas, reguladas por el Decreto Legislativo N° 755 (Ley del Mercado de Valores) y, (ii) ! las sociedades anónimas de accionariado difundido, reguladas por el Decreto ; Legislativo N° 672 Y su Reglamento, el D.S. N° 033-92-EF.

a. Sociedades anónimas con accionariado difundido: D.Leg. N° 672

El Decreto Legislativo N° 672, ampliando las disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades, desarrolló la realidad de las sociedades anónimas con accionariadodisperso en el público como vehículos para captar ahorros de pequeños inversionistas y difundir la propiedad de las empresas entre un número elevado de inversionistas. Este decreto legislativo consideraba como sociedades anónimas con accionariado difundido, a aquellas sociedades con no menos de mil accionistas que posean e11% o menos de las acciones y representen en conjunto un monto superior al 25% del capital social suscrito.

Para la determinación del 25% del capital social suscrito, el D.S. N° 03392-EF, Reglamento de la Ley de Accionariado Difundido, señalaba que éste sería computado sobre el número total de las acciones emitidas, sin excepción, incluidas aquellas de titulares que posean paquetes accionarios por más del 1 % del total emitido.

Las sociedades que cumplieran con los requisitos recién mencionados calificaban automáticamente como de accionariado difundido.

Como consecuencia de la calificación de una sociedad como de accionariado difundido se veía obligada a lo siguiente: (i) No contener en su estatuto social ninguna disposición que de algún modo restrinja la libre negociación y transferencia de acciones; (ii) quedaban obligadas a inscribir sus acciones en Bolsa de Valores y negociarlas en Rueda de Bolsa, de acuerdo a las normas que regulan el mercado bursátil; (iii) no podían reconocer la concesión de derechos preferenciales a los accionistas de la sociedad para adquirir las acciones en caso de transferencias de éstas.

A las sociedades de accionariado difundido se les permitía la emisión de series de acciones con derechos especiales, solamente que dentro de una misma clase de acciones no podían existir diferentes derechos.

Los accionistas de las sociedades de accionariado difundido tenían el mismo derecho de preferencia de suscribir aumentos de capital establecido en la Ley General de Sociedades, salvo que se ejecutaba de manera diferente, pues el derecho de los accionistas de las sociedades con accionariado difundido para suscribir aumentos de capital se incorporaba en títulos valores negociables en Bolsa.

Asimismo, las sociedades podían aprobar la emisión de acciones sin derecho de preferencia de los socios pero esta disposición la ejercerse cuando se contaba con el voto favorable de acciones representativas del 20% del capital social pagado.

De esta forma, podía darse el caso que algunos grupos de accionistas quedaran por el propio acuerdo de junta, fuera de la posibilidad de suscribir el aumento de capital. Debe destacarse que la norma a su vez determinaba que el acuerdo de aumento de capital sin derecho de preferencia no debía estar destinado a mejorar directa ni indirectamente la posición accionaria de alguno de los socios de la sociedad. Además de las formalidades recién mencionadas era necesario para la validez del acuerdo que éste sea aprobado por la CONASEV.

Las acciones de una sociedad con accionariado difundido necesariamente se cotizaban en Bolsa. La Ley a su vez restringía la posibilidad de que los estatutos de las sociedades contuvieran disposición alguna que restringiera o limitara la libre transferencia o circulación de acciones en Bolsa.

La junta general de accionistas era el órgano máximo de la sociedad anónima con accionariado difundido. En este especial tipo societario, si bien se reconocía la

jerarquía de la Junta General, dada la gran amplitud de estas sociedades, la norma pretendía que a la Junta General se reserve los asuntos que estrictamente sean de su competencia, otorgando al Directorio los más amplios poderes de administración y gestión de la sociedad, esta característica es aún más notoria en los Estatutos de estas sociedades, donde claramente se puede observar esta distinción de facultades.

Las Juntas Generales de Accionistas de las sociedades con accionariado difundido tenían la característica de votación indirecta, la cual se realizaba través de representantes elegidos por los accionistas, que únicamente representan a los que concurren a votar y por un plazo máximo de 2 años, (que por mandato de la norma pueden llegar como máximo a 100), para que los representen tanto en las Juntas Generales como Especiales de Accionistas.

En las sociedades anónimas con accionariado difundido, el quórum para la celebración de las juntas de accionistas comunes u ordinarias era el mismo que el que establecía la Ley General de Sociedades. No obstante para el caso de acuerdos que calificaran como extraordinarios (modificación de estatuto, aumento de capital, emisión de obligaciones, etc.), se requería, en primera convocatoria, la presencia del 51 % del capital pagado, en segunda convocatoria el 25% y en tercera cualquier concurrencia. En estos casos, los acuerdos se adoptaban por la mayoría de las acciones concurrentes. La norma disponía además que quedaba prohibido al Estatuto de la Sociedad exigir quórum o mayorías más altas.

b. Obligaciones del directorio

El Directorio de estas sociedades anónimas tenía las facultades y obligaciones determinadas por la Ley de Sociedades, pero además estaba obligado a convocar a la Junta General o Especial cuando lo solicitaran accionistas representantes de al menos el 5% del capital pagado correspondiente a la respectiva junta. Asimismo, el Directorio de la sociedad se encontraba obligado a informar a los accionistas sobre el número de sus acciones, valor nominal, porcentaje accionario y derechos con una anticipación de 30 días como máximo.

c. Sociedades anónimas abiertas: D.Leg.N° 755

La legislación sobre sociedades anónimas abiertas estaba contenida en el Decreto Legislativo N° 755 (Ley del Mercado de Valores), en el artículo 260 y siguientes. La Ley del Mercado de Valores en su artículo 261, definía a las sociedades anónimas abiertas como aquellas que realizan oferta pública de acciones o cuyo capital social se encontraba en poder de 25 accionistas que poseían en conjunto más del 30% del capital social, sin que individualmente ninguno poseyera más del cincuenta por ciento (50%) del mismo.

Esta aproximación de las normas a una calificación de sociedad anónima abierta estuvo estrechamente relacionada con la necesidad de cotizar acciones en bolsa (oferta pública de acciones primaria y secundaria), y que el capital social se

encontrara disperso, es decir, que estuviere en poder de 25 accionistas que poseyeran en conjunto más del 30%, sin que ninguno tuviera más del 5% del capital social.

Eran consideradas también sociedades anónimas abiertas, las que sin cumplir con los requisitos citados, tenían emitidas por oferta pública, acciones con preferencia sin derecho a voto; o, títulos de acciones convertibles en acciones en una proporción acumulada superior al 25% de su capital social.

En este caso la norma incorporaba la figura de las acciones preferenciales sin derecho de voto, distinguiéndolas como acciones que contaban con un derecho especial a recibir algún tipo de beneficio económico extraordinario a cambio de concederles a otro grupo de acciones el derecho de gestión.

El artículo 261 del Decreto Legislativo N° 755, reconocía que las grandes empresas no podían permanecer ajenas a la transformación del sistema económico, al poder de fiscalización del Estado y a la socialización del derecho. Dada la gran magnitud de estas sociedades y la cantidad de inversionistas que captaban, el Estado tenía la obligación de supervigilar el funcionamiento de éstas, es así que las sociedades abiertas quedaban sometidas al control y la supervisión de la CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas Y Valores), reconociéndose así a ésta como el órgano encargado de la supervisión y control del mercado de valores y fiscalización y supervisión de las sociedades anónimas emisoras de valores.

El artículo 263 de la Ley del Mercado de Valores establecía que las sociedades anónimas abiertas tenían la facultad especial, de emitir acciones por debajo de su valor nominal, es decir, no tenían la limitación dispuesta por la Ley de Sociedades, en razón a que esa era una disposición dictada para regular una pequeña sociedad anónima que no cotizaba acciones en bolsa.

Las sociedades anónimas abiertas podían emitir títulos representativos de obligaciones convertibles en acciones mediante el procedimiento de oferta pública.

2. Convocatoria a juntas

Las convocatorias a juntas generales de accionistas, seguían el procedimiento previsto en la Ley General de Sociedades, el cual fue establecido en función de una estructura societaria cerrada, razón por la cual hubiera sido necesario considerar un sistema similar al previsto para las sociedades anónimas con accionariado difundido. La novedad que traía esta norma con respecto a las convocatorias es que para convocar a junta general de accionistas, los accionistas minoritarios podían recurrir a la CONASEV como vía alternativa a la judicial, prevista en la Ley General de Sociedades.

3. Constitución del directorio

El Decreto Legislativo N° 755 establecía que el Directorio de las sociedades anónimas abiertas debía constituirse necesariamente con representación de las minorías, utilizándose el sistema contemplado por la Ley General de Sociedades, en su artículo 158, es decir, cada acción da derecho a tantos votos como directores deban elegirse, y cada votante puede acumular sus votos a favor de una sola persona o distribuirlos entre varias.

Algo digno de resaltar es que en este tipo societario aun con la obligación de representación de la minoría en el directorio, se mantuvo la obligación de contar con un consejo de vigilancia, elegido por la junta general, con participación de las minorías.

El Decreto Legislativo N° 755, establecía que siempre que no se tratara de asuntos confidenciales, las sociedades anónimas abiertas, se encontraban obligadas a proporcionar informes a sus accionistas, cuando, fueran solicitados fuera de junta general por accionistas que representaran cuando menos el 3% del capital pagado. Este derecho de las minorías procuraba que los accionistas tuvieran acceso especial a la información financiera y a las operaciones en una proporción mayor a la información que anualmente es requerida a las sociedades anónimas comunes. En este caso la Ley otorgaba a los accionistas un régimen especial de protección, que pretendía promover una mayor participación de pequeños inversionistas en el mercado bursátil, mediante la transparencia total del manejo societario.

V. LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Después de haber revisado la doctrina y las características, así como los antecedentes legislativos de la sociedad anónima abierta en el país, es conveniente empezar el análisis de los artículos 249 y siguientes de la Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887. La misma que a su vez - deroga el Decreto .Legislativo N° 672, así como las normas que regulaban la sociedad anónima abierta en el Decreto Legislativo N° 755.

1" Definición de sociedad anónima abierta

El artículo 249 de manera imperativa determina que una sociedad anónima califica como abierta, cuando cumple con una o más de las características en él enumeradas, es decir: (i) ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; (ii) tiene más de setecientos cincuenta accionistas; (iii) más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setentecincos 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 cinco por ciento del capital; (iv) cuando se constituya como sociedad anónima abierta; o (v); Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen(10).

El mencionado artículo 249 tiene carácter imperativo dado que, la doctrina y en nuestro caso la Ley y sus antecedentes entienden que las sociedades abiertas,

deben ser calificadas como tales de pleno derecho, en la medida en que son instrumentos de captación del ahorro público o involucran un gran número de accionistas, su gran patrimonio e importante producción tienen una directa injerencia en la economía del país, es tal que deben encontrarse sujetas a supervisión estatal. Esta necesidad de supervisión se desprende de la obligación del Estado contenida en el artículo 87 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que: "... El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía".

Con relación a los cinco preceptos que la ley ha utilizado como mecanismo de calificación de las sociedades abiertas, cabe señalar que en los tres primeros de ellos se ha utilizado como criterio base la gran cantidad de accionistas que estas sociedades pueden llegar a tener y la dispersión de su accionariado, así como la consiguiente ruptura del *afectio societatis* en el caso de muchos de sus accionistas(11).

Los supuestos cuarto y quinto se fundamentan en la voluntad de sus accionistas o fundadores, en la medida en que una sociedad anónima debe constituirse como abierta cuando lo acuerdan sus fundadores en el momento constitutivo; y, en la voluntad de sus accionistas cuando todos los titulares de acciones con derecho a voto aprueban por unanimidad en junta general la adaptación de la sociedad a este régimen especial. Cabe señalar que en estos dos casos, las sociedades que se acogen al régimen asumen una vocación por la incorporación de nuevos accionistas a la sociedad al colocar sus acciones en bolsas de valores para luego ser transferidas por sus titulares dispersando progresivamente su accionariado.

En conclusión el legislador ha entendido que son sociedades abiertas aquellas que sus fundadores o accionistas así lo deciden y de forma imperativa aquellas en las que hay grandes cantidades de accionistas, situación que genera la coexistencia de las dos clases las que nos hemos venido refiriendo: unos con *animus societatis*; y, otros, sin *animus societatis*, más bien con ánimo especulativo.

2. Denominación

Las sociedades tienen como primer atributo su denominación social, la cual sumada a la inclusión de las siglas de su tipo societario cumple una misión informativa frente al mercado. Este aspecto informativo incorporado en la denominación genera un automático conocimiento por parte de los terceros sobre su régimen de responsabilidad. Por ello, la ley establece la obligación de las sociedades de que a continuación de su denominación social incluyan su tipo societario, con el objeto de que desde el primer momento quienes se encuentran delante de las sociedades conozcan su régimen de responsabilidad. En este sentido, la Ley obliga a las sociedades anónimas abiertas a que incluyan a continuación de su denominación la indicación Sociedad Anónima Abierta o S.AA

3. Régimen

Evidentemente, en el caso de una sociedad anónima abierta estamos ante una sociedad anónima, pero con matices muy especiales. Por ello, se encuentra regulada prioritariamente por sus disposiciones especiales, pero supletoriamente por el articulado sobre sociedades anónimas en todo aquello que no se oponga al régimen especial.

4. Inscripción

Las sociedades anónimas abiertas tienen la obligación de registrar sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores y por consiguiente en una bolsa de valores, pues ellas son el mercado en donde mejor, más rápido y más seguro se transfiere, o intercambian los títulos accionarios.

Originalmente el artículo bajo análisis establecía de manera general la obligación recién referida y se entendía que ésta era de aplicación sobre todas las acciones que emitían las sociedades anónimas abiertas, pero en los hechos, y dado que en determinados casos algunas clases de acciones de sociedades que calificaban como abiertas tenían limitaciones a su transferencia por obligación derivada de contratos de privatización en los cuales se transfirió acciones de titularidad del Estado a Inversionistas Estratégicos, se procedió a modificar el artículo señalado, estableciendo a manera de excepción, que no será obligatoria la inscripción en el Registro Público del Mercado de Valores de la clase o clases de acciones que estén sujetas a estipulaciones que limiten su 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 previstos en los incisos 1), 2) Y 3) del artículo 249 o suscritas íntegramente, directa o indirectamente, por el Estado, aun cuando, se esté atentando contra la propia naturaleza de este tipo de sociedades.

Es importante resaltar que el artículo bajo análisis lo único que hace es incorporar en la Ley una situación táctica que se venía produciendo, y es que habían sociedades anónimas abiertas que se encontraban contractualmente pedidas de negociar sus acciones, situación que generaba que procedieran a ser registradas en el Registro y en una bolsa, sin posibilidad de ser negociadas, situación que llevaba a dos situaciones de absoluta contradicción: (i) inscribir en el Registro de Valores y en Bolsa acciones que no podían ser negociadas y sujetas a una cláusula contractual que restringía su negociación; o, (ii) incumplir el mandato de la forma, no registrando las acciones en la medida en que ellas no podían ser negociadas por un acuerdo asumido frente al Estado. Con el objeto de salvar esta situación es que se ha producido la modificación a la que nos acabamos de referir, solucionando así un problema para las sociedades que se encontraban en este supuesto y para el propio Estado, que por un lado como privatizador tenía la obligación de exigir la no transferencia de las acciones, y por otro, como supervisor, tenía la obligación de exigir el Registro de los valores. Dado que esta situación irregular no debe ser eterna, sino que la obligación de no transferir las

acciones es únicamente por un plazo determinado, la excepción de inscripción solamente será aplicable mientras se encuentren vigentes las referidas estipulaciones.

5. Control de la CONASEV

Como habíamos señalado ya, las sociedades anónimas abiertas se encuentran sujetas a control estatal, control que se realiza a través de la CONASEV, quien es el ente encargado de velar por los intereses de los llamados accionistas minoritarios, o mejor dicho de los accionistas inversionistas (dado que si sumamos los porcentajes accionarios dispersos encontraríamos que en muchas ocasiones, o la mayoría de las veces, la suma de la participación de estos accionistas denominados minoritarios termina representando la mayoría del capital social de las sociedades anónimas abiertas). Por eso, para que la CONASEV pueda cumplir su labor de fiscalización sin llegar al abuso sus facultades están debidamente normadas y deben ser ejercidas de acuerdo con lo establecido por la Ley sobre la materia.

En tal sentido, la Ley General de Sociedades ha establecido que CONASEV tiene facultad para:

a. Exigir la adaptación de las sociedades anónimas que incurran en los supuestos del artículo 249 a sociedad anónima abierta. Evidentemente, lo que la Ley pretende es que aun a pesar de que los accionistas gestores, o con control de la sociedad no inicien la adaptación de la sociedad al régimen de las sociedades abiertas, CONASEV lo haga;

b. Exigir la adaptación de la sociedad anónima abierta a otra forma de sociedad anónima cuando sea el caso. Este es un supuesto que considero ha sido innecesariamente incluido en la Ley, dado que si bien es imperativo para aquella sociedad que incurre en los supuestos del artículo 249 adaptarse al régimen de sociedad anónima abierta, no creo que cuando el caso sea inverso se tenga que modificar el régimen societario. A manera de ejemplo me planteo qué sucedería con una sociedad que llegó a tener 750 accionistas y en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley General de Sociedades, tuvo que adaptarse al régimen, pero resulta que transcurrido un tiempo de adaptada uno de los accionistas decidió transferir el íntegro de sus acciones a otro y esta situación permaneciera por más de un ejercicio, por consiguiente esta sociedad ya no se encontraría dentro de los supuestos del artículo 249. Ahora bien, considero que bien cabría cuestionarnos si según lo dispuesto por el artículo bajo análisis ¿estaría la CONASEV obligada a exigir a esta sociedad su adaptación al régimen ordinario?, personalmente no lo creo, y este es un supuesto no previsto por el artículo 263 referente a la adaptación de la sociedad anónima, pues la naturaleza de esa sociedad seguiría siendo una de gran accionariado, seguramente con accionistas inversionistas y seguiría reuniendo todos los demás requisitos de una sociedad anónima abierta, entre otros el registro de sus acciones en bolsas de valores. Por ello, soy de la opinión de que en estos casos en los que por transferencias de acciones se

modifiquen los porcentajes o número de los llamados accionistas minoritarios -de manera tal que la sociedad no se encuentre claramente dentro de los supuestos de los tres primeros literales del artículo 249-, debería únicamente modificarse el régimen de la sociedad anónima, si es que la sociedad así lo decide y no con un mandato legal que opere automáticamente. .

c. Con relación a la obligación de la sociedad anónima abierta de presentar información financiera a la CONASEV, entendemos que ello se produce con el objeto de que dicha información sea entregada para su revisión, supervisión y para que en un segundo momento pueda ser hecha de conocimiento público. Recordemos que CONASEV es el ente encargado de supervisar los intereses del público.

d. Por último, se ha concedido a CONASEV la potestad coercitiva de sancionar a aquellas sociedades que incumplan con las obligaciones que legalmente tengan para con ella, con el objeto de hacer cumplir sus requerimientos.

6. Estipulaciones no válidas

Lo dispuesto por el artículo 254 de la Ley General de Sociedades guarda relación con la propia naturaleza de la sociedad anónima abierta, en el sentido que en dicho tipo societario, como hemos ya señalado, es característica principal la libre e irrestricta negociabilidad de sus títulos accionarios. En tal sentido, la norma bajo análisis lo que pretende es asegurar los mecanismos que permitan la más amplia circulación de sus títulos, declarando inválidos todos aquellos acuerdos que de alguna manera limiten o restrinjan su libre transmisibilidad. Creo que la naturaleza de las acciones emitidas por una S.AA debe ser la de títulos valores con una muy amplia o irrestricta vocación de circulación, dado que la posibilidad de transferir estas acciones deben ser tal que logre satisfacer los intereses especulativos de sus titulares, teniendo siempre presente que su principal intención es que en el momento en que sientan realizada su ganancia procederán inmediatamente a transferir sus acciones(12). En este sentido, la Ley al considerar no válidos los pactos que limiten de cualquier modo la transferencia de las acciones está otorgando a estos accionistas inversionistas todos los mecanismos que permiten la más amplia negociabilidad de sus títulos accionarios. Ahora bien, como ya hemos señalado al comentar el artículo 252, existe una excepción a esta regla en el caso de las acciones de las sociedades que han sido adquiridas por inversionistas que reúnen determinadas características solicitadas en los procesos de privatización de las empresas públicas.

7. Solicitud de convocatoria por accionistas

Este artículo reconoce el derecho de las minorías de solicitar la convocatoria y posterior celebración de juntas, solamente que dada la gran dimensión de estas sociedades el legislador ha optado por reducir el porcentaje de accionistas que tienen derecho de convocar, reduciéndolo de 20%, que se exige en el caso de las

sociedades anónimas tipo, a un 5%. Esta reducción encuentra su justificación en el gran número de accionistas que se puede encontrar involucrado en estas sociedades y el fenómeno del ausentismo en las juntas de los accionistas sin animus societatis.

8. Quórum y mayorías

Un aspecto que la Ley ha considerado prudente regular para facilitar la gestión y administración de las sociedades anónimas abiertas es el referente a los quórum y mayorías que estas sociedades por su gran dimensión, cantidad de accionistas y la consabida distinción entre una minoría de accionistas gestores y una gran mayoría de accionistas especulativos.

El hecho es que el legislador ha optado por reducir el porcentaje exigido para la determinación del quórum y cálculo de las mayorías en las votaciones reduciendo significativamente los porcentajes establecidos para sociedades anónimas tipo.

Evidentemente, el legislador es consciente que si sujetara a una sociedad anónima abierta al quórum y mayorías a los que se encuentra sujeta la Sociedad Anónima Tipo, limitaría a que éstas solo abrieran su capital hasta el límite de un 40% pues de este modo, los accionistas gestores de alguna manera asegurarían la marcha social. De otro lado, también podríamos encontrar ante el supuesto en que una sociedad anónima abierta que se manejara con los quórum y mayorías de las sociedades anónimas tipo, que optara por abrir su capital en un porcentaje superior al 40%, la condenaría a una potencial paralización de actividades, debido a la falta de interés de los accionistas especuladores en participar en los actos sociales, especialmente en las juntas⁽¹³⁾. Conforme a lo recién señalado, el legislador sacrificando el principio de la democracia accionaria, ha optado pues por "aligerar" la obligación de participación en juntas, reduciendo significativamente el porcentaje de asistencia y votación. En este orden de ideas, el legislador ha establecido que en la primera convocatoria se necesitará únicamente la asistencia de acciones que representen el 50% del capital social suscrito con derecho a voto, en la segunda convocatoria bastará solamente la concurrencia de al menos el 25% de las acciones suscritas con derecho a voto. Sin perjuicio de ello, el legislador ha optado por incorporar la posibilidad de que en una tercera convocatoria, la junta se constituya bastando la concurrencia de cualquier número de accionistas titulares de acciones suscritas con derecho a voto, situación que permite abrir el capital de las sociedades anónimas abiertas, hasta los más amplios límites.

Con relación a la adopción de los acuerdos en junta, el legislador también ha optado por una posición que permite a pequeños grupos de accionistas gestores adoptar los acuerdos necesarios para mantener la marcha social sin necesidad de requerir de un gran número de acciones puesto que, según la Ley, los acuerdos se adoptan en cualquier caso por la mayoría absoluta de las acciones suscritas con

derecho a voto representadas en la junta; la ley además establece que el estatuto no podrá exigir quórum ni mayoría más altas.

Como es sabido las grandes sociedades anónimas pueden tener diversas clases de acciones con determinados derechos especiales. Estas clases de acciones necesariamente se reúnen en junta especial de accionistas y se rigen por los mismos quórum y mayorías por los que se rige la junta de accionistas de este tipo societario.

9. Aumento de capital sin derecho de preferencia

Con relación al aumento de capital sin derecho preferente, se debe señalar que las sociedades anónimas abiertas, como cualquier otra sociedad anónima en la que se pretenda aumentar el capital por nuevos aportes, como regla general se reconoce que los accionistas tendrán derecho de adquirir preferentemente las nuevas acciones que se emitan. Sin embargo, en las sociedades anónimas abiertas se prevé la posibilidad que se puedan acordar aumentos de capital por nuevos aportes sin derecho de preferencia de los accionistas.

Este precepto encuentra su sustento en la necesidad que pueden tener grandes sociedades anónimas con voluntad de incorporar posibles "socios estratégicos" que usualmente ingresan a una sociedad aportando las ingentes sumas de dinero o "aportando" adicionalmente sus conocimientos técnicos en un determinado negocio(14).

Este instrumento permite, por ejemplo, ofrecer a terceros un porcentaje interesante de acciones, sin necesidad de recurrir al procedimiento de renuncia del derecho de preferencia. Mediante este mecanismo no solo se facilita las ofertas locales de acciones en el mercado local, sino la colocación en otros mercados a través del mecanismo de los American Depositary Receipts.

Ahora bien, la Ley ha establecido que para que una sociedad se pueda acoger al mecanismo de aumento de capital excluyendo el derecho de preferencia, dicho acuerdo debe necesariamente haber sido adoptado con el quórum y mayoría que corresponda y con el voto de no menos del 40% de las acciones suscritas con derecho a voto.

Así mismo, se necesita o también como una garantía para los accionistas minoritarios o más desprotegidos que el aumento de capital no beneficie directamente o indirectamente la posición accionaria de alguno de los accionistas de la sociedad.

Excepcionalmente se podrá adoptar un acuerdo de aumento de capital por nuevos aportes sin derecho de preferencia con un número de votos inferior al 40% cuando las acciones a incorporarse vayan a ser objeto de oferta pública, situación en la que por tratarse de una colocación en el mercado público de valores al que todo el mercado tiene acceso, no podrá ser considerada como efectuada en beneficio de algún accionista o grupo de accionistas.

10. Auditoría externa anual

El legislador con el objeto de garantizar al mercado que la información que proporcionan estas sociedades es absolutamente certera y fiable, ha establecido que las sociedades anónimas abiertas tienen la obligación de realizar una auditoría anual; la misma que a su vez deberá ser necesariamente efectuada por una de las sociedades auditoras registradas en el Registro Único de Sociedades de Auditoría. Si bien la norma no establece cuál es el mecanismo que debe seguirse para la elección de los auditores, de entre las disposiciones que regulan las sociedades anónimas tipo, especialmente los artículos 225 y 114 de la Ley General de Sociedades, fluye que es la junta obligatoria anual a quien le corresponde nombrar a la sociedad auditora.

11. Derecho de información

Otro de los derechos de los accionistas minoritarios o inversionistas de las sociedades anónimas abiertas, es la facultad de solicitar fuera de junta la información que consideren necesaria para sus intereses, o para conocer mejor el tratamiento de su inversión. Ahora, si bien la Ley reconoce este derecho de información, establece como parámetros para solicitar dicha información que:

1. La solicitud de información sea formulada por accionistas representativos de no menos del 5% del capital pagado;
2. No se trate de hechos reservados o asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad.

Con relación a la aplicación de este segundo parámetro, dicha aplicación podría llevarnos a una situación en que la subjetividad de los administradores de la sociedad podría atentar contra el derecho de información de los accionistas al calificar las solicitudes de éstos como hechos reservados cuya divulgación podría ocasionar daño a la sociedad situación que podría ser utilizada como mecanismo de bloqueo de información. Con el objeto de evitar que los administradores de las sociedades anónimas abiertas arbitrariamente restrinjan información, el legislador ha señalado que cuando se produzca una situación de discrepancia sobre la naturaleza reservada o confidencial de la información solicitada, resolverá la CONASEV. Este derecho de información adicional encuentra también justificación en el ausentismo que se produce en juntas de accionistas en las sociedades anónimas abiertas, por ello es que la Ley le ha concedido a los accionistas un derecho de información fuera de la junta que se encuentra más acorde con su condición de inversionistas.

12. Derecho de separación

Como hemos venido señalando, los accionistas de sociedades anónimas abiertas, y especialmente los inversionistas, encuentran satisfecho su interés con la posibilidad de especular con el valor de sus títulos, por lo que la Ley ha considerado oportuno conceder a los accionistas un derecho de separación

cuando la Junta general de accionistas acuerde el deslistado de sus acciones. El hecho de no reconocer ese derecho a los accionistas atentaría contra sus intereses sustanciales como meros inversionistas.

Por último y a manera de comentario final, es justo señalar que nuestros legisladores desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 672, hasta la promulgación de la vigente Ley General de Sociedades, han logrado situar a nuestra legislación en materia de sociedades dentro de los niveles que actualmente necesitan las empresas e inversionistas para el desarrollo tanto de las propias empresas como el Mercado de Valores, enriqueciendo las posibilidades de inversión en nuevos instrumentos.

LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA (S.A.C.)

Mila GUILLÉN RISPA

I. ANTECEDENTES

Con fecha 23 de abril de 1997 se publicó en el diario oficial El Peruano la Exposición de Presentación del Proyecto de la Ley General de Sociedades, realizada por el Dr. Enrique Normand Sparks, presidente de la Comisión Redactora, a la Comisión Revisora del Congreso de la República.

En dicha exposición se indicó que se había comprobado "que había una gran difusión de la sociedad anónima; sin embargo, ciertas investigaciones e indagaciones, sobre todo a nivel de provincias, arrojaron, por ejemplo, en el caso de Arequipa, que actualmente existen once sociedades en comanditas vigentes y 21 sociedades colectivas frente a varios miles de sociedades anónimas y, lo que es más, que desde 1972 a la fecha solo se ha constituido dos sociedades colectivas, y dos sociedades en comanditas, de las cuales una ya dejó de funcionar. Esta realidad determinó que la Comisión tuviera que respetarla y acatarla. No se podía privar al comerciante o al empresario de la posibilidad, sí así lo quería en determinado momento o si las circunstancias así lo reclamaban, de poder acudir a estas otras formas societarias. A su vez tal comprobación brindó también una orientación a la necesidad de poner más énfasis, más cuidado, más detalle en las sociedades anónimas, pero sin eliminar las otras formas societarias. Así se hizo, solo se eliminó la sociedad comercial de responsabilidad limitada, al estimarse que la función que ésta cumple es, desde un punto de vista doctrinario, una sociedad de capitales con fuertes notas personales las se podía lograr con la nueva forma que ;ntroduc'a el proye que es la sociedad anónima cerrada.

El concepto de sociedad anónima cerrada que contiene el proyecto, recoge las notas más características de la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Entre ellas tenemos que contiene limitaciones a la transferencia de las participaciones; una organización administrativa simple en cuanto puede prescindirse del directorio, admite la posibilidad que la sociedad termine con la muerte del socio, aun cuando quepa pacto en contrario; y se ha limitado el número de socios a veinte. Estos elementos hacen de la sociedad anónima cerrada una sociedad pequeña (1).

Como se puede apreciar, el nacimiento de la sociedad anónima cerrada en nuestra legislación obedece a razones prácticas, funcionales y de adecuación a la realidad empresarial, así como que la sociedad anónima es el tipo societario más difundido en nuestro país. Cabe indicar, incluso, que en el seno de la Comisión se

discutió la posibilidad que la sociedad anónima podía ser considerada como el único tipo societario vigente.

Posteriormente, las instituciones especializadas, empresarios y profesionales del Derecho, no vieron con buenos ojos la eliminación de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, pues entre otros argumentos manifestaron que si se había respetado en el Proyecto la existencia de las sociedades de personas, aun cuando su número era escaso, resultaba incongruente no considerar la existencia de la sociedad comercial de responsabilidad limitada y pretender sustituirla por la sociedad anónima cerrada, pues este tipo societario mantenía una presencia en el mercado, con un número elevadísimo en comparación con las sociedades de personas, era internacionalmente conocido y existían razones de orden tributario, en el marco de la inversión extranjera para que el empresario elija este tipo societario. Los diferentes argumentos vertidos a favor de su incorporación al Proyecto Ley General de Sociedades, fueron debidamente atendidos y producto de ello fue que la sociedad comercial de responsabilidad limitada fue considerada en el proyecto publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de mayo de 1997 y recogida, posteriormente en la Ley.

De esta manera ambos tipos societarios, la sociedad anónima cerrada y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, con características muy similares, pero de origen distinto, se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento legal. Si bien el objetivo de legislar una nueva forma de sociedad anónima y mantener a la sociedad de responsabilidad limitada es satisfacer las necesidades del pequeño o mediano empresario, visto éste, como aquél que desarrolla su actividad en el ámbito familiar y personalmente, no debemos confundir la génesis de la sociedad como persona jurídica con la figura de la empresa individual/ de responsabilidad limitada.

Como expresa el profesor colombiano Iván Jaramillo Tejada "los comerciantes, ante el tráfico mercantil han pretendido limitar su responsabilidad con el fin de reducir ese riesgo, por esto, la tendencia del Derecho comercial se ha orientado hacia una objetividad del principio de responsabilidad, reduciéndolo, en su aplicación, a los bienes individualizados que se afectan para la realización de operaciones empresariales.

El auge de la sociedad de responsabilidad limitada es una respuesta a esa necesidad, pero como no ha alcanzado a resolver todos los problemas de la práctica comercial, los comerciantes buscan una nueva fórmula que le permita dedicar alguna parte de sus bienes al ejercicio del comercio, sin que su responsabilidad comprometa la totalidad de su patrimonio"(2). La razón de existir de este tipo de persona jurídica es lograr que alguien que actúa individualmente, pueda limitar su responsabilidad en el negocio. No sucede así en el caso de las sociedades, las cuales nacen del esfuerzo conjunto para un objetivo común, de dos o más personas. Sin embargo, no podemos desconocer que existen sociedades que se constituyen con el concurso de un grupo de personas, donde solo una participa en ella realmente y donde los demás, cumplen la función de

completar el número requerido por la ley. Definitivamente estas son deformaciones que no alteran la naturaleza jurídica de la sociedad.

En adelante nos ocuparemos de la sociedad anónima cerrada y desarrollaremos sus características, cómo funciona el derecho de adquisición preferente, cómo se realiza la transmisión de acciones, cómo se ejerce el derecho de separación y cuándo se puede excluir a un accionista.

II. CARACTERÍSTICAS

La sociedad anónima cerrada constituye una de las modalidades especiales de la sociedad anónima. Puede nacer como talo teniendo la personería jurídica de sociedad anónima, adaptarse a esta modalidad, mediante la modificación de su Pacto Social y Estatuto, conforme lo establece el artículo 263 de la Ley General de Sociedades. Tratándose de la adaptación a una modalidad, dentro de la misma forma societaria de sociedad anónima, no existe proceso de transformación alguno, pues este ocurre cuando se pretende adoptar otra clase de sociedad o nueva forma societaria, de acuerdo con las disposiciones del artículo 263 de la Ley General de Sociedades.

La características de esta modalidad de sociedad anónima son las siguientes:

1. Carácter cerrado

Creada por un reducido número de personas -hasta veinte (20) socios-. naturales o jurídicas, que tienen el ánimo de constituir una sociedad -affectio societatis- y participar en forma activa y directa en la administración, gestión y representación social.

Debe tenerse presente, que "sin embargo, en ciertos casos, como explican Garrigues y Uría, un grupo de inversionistas, si bien escoge por comodidad la forma de sociedad anónima, quiere que los socios conserven una relación personal entre sí, pensada en la amistad, en la competencia técnica, en lazos familiares, en evitar que la competencia pueda sabotear el negocio desde dentro, en la confianza recíproca, etc. En tal situación la sociedad anónima se constituye también intuitu personae, es decir, teniendo en consideración a las personas. Esto significa que la affectio societatis o intención de las partes de formar una sociedad y trabajar juntos dentro de ella, tiene un elemento personal basado en el conocimiento y la confianza recíprocos"(3).

Sin duda, el legislador para plasmar esta modalidad societaria en la Ley General de Sociedades, ha tomado en consideración, tanto lo anteriormente expuesto como la situación empresarial de nuestro país, donde un gran porcentaje de las sociedades anónimas son de modesta envergadura, priman las relaciones familiares y de confianza y a través de su propia actividad se puede identificar a los socios.

En consecuencia, pues, esta modalidad de sociedad anónima no se aleja de los elementos propios de las sociedades de personas, no obstante haber optado por la forma de sociedad anónima, para gozar entre otras ventajas de la limitación de la responsabilidad de los socios únicamente al aporte entregado a la sociedad.

2. Limitación a la transmisibilidad de acciones derecho de adquisición preferente

Opera en el caso que un accionista desee transferir sus acciones a otros accionistas o terceros Atendiendo al carácter cerrado, así como a la importancia del elemento persona, la Ley General de Sociedades ha regulado para esta modalidad pues no se ha contemplado en el caso de la sociedad anónima regular el Derecho de Adquisición Preferente, que más adelante analizaremos, como una medida de conservación del carácter intuitu personae que está en el animus societatis. Incluso se ha establecido la posibilidad de que el estatuto contemple un derecho de preferencia a favor de la sociedad.

Si bien este derecho se encuentra debidamente contemplado, no es de carácter inflexible, pues la propia norma, el artículo 237 de la Ley General de Sociedades, establece la posibilidad de que el estatuto suprima este derecho.

En realidad, la norma pretende otorgar una adecuada protección al socio, pero si éste considera conveniente a sus intereses no hacer uso de este derecho puede dejarlo de lado. Ello, definitivamente contribuye al desarrollo de la sociedad, pues cada sociedad tiene sus propias notas características~y-muchas veces estas instituciones, en lugar de coadyuvar el desarrollo social, podrían entorpecerlo. Más adelante nos ocuparemos de las implicancias que el ejercicio de este derecho puede generar.

3. Ausencia de directorio

El directorio es un órgano de carácter colegiado que tiene a su cargo la gestión, administración y representación de la sociedad. Está conformado por una pluralidad de miembros, no menor de tres y las decisiones se adoptan por mayoría, no en forma individual.

El tratadista Ernesto Eduardo Martorell, señala que "... un sector de la doctrina, también enrolable en la tendencia realista, manifiesta que el Directorio halla su justificación en la propia dinámica y las necesidades impuestas por los negocios, en la medida en que la centralización del poder en un grupo reducido de personas favorece una dirección eficiente ..." (4).

La estructura organizativa de la sociedad anónima cerrada es pequeña, dado el número de socios y la finalidad que estos persiguen, obviamente, sin perjuicio de la dimensión de las operaciones o inversiones que pueda manejar. De allí que siguiendo a Martorell podemos inferir que el directorio como tal, debería ser

considerado dentro de la estructura organizativa si es que las necesidades sociales, así lo exigen.

Siguiendo la línea, que la sociedad debe ajustar su organización a sus propias necesidades, es que la Ley General de Sociedades ha considerado la posibilidad de incorporar o no al directorio en la estructura de la sociedad anónima cerrada.

En este sentido y si el pacto social o estatuto establecen que la sociedad anónima cerrada, funcionará sin directorio, las funciones establecidas en la Ley General de Sociedades para este órgano, serán ejercidas por el gerente general. De allí la necesidad de evaluar la conveniencia o no de la existencia de este órgano, pues la centralización de la gestión y representación social solo será eficiente en la medida que se logren los objetivos sociales y que la dimensión de la empresa lo permita.

4. Representación del socio en la junta general

En forma curiosa la Ley General de Sociedades, a diferencia de la regulación sobre representación existente en el mismo cuerpo legal, ha establecido que solo pueden actuar como representantes del accionista ante la junta de accionistas, otro accionista, su cónyuge o ascendiente o descendiente en primer grado. Asimismo indica que se puede vía estatuto extender la representación a otras personas.

Esta norma, podrá tener sus ventajas, desde el punto de vista del carácter cerrado y privado de esta modalidad de sociedad anónima, en la que se desea que las decisiones de los accionistas sean discutidas entre ellos, en el seno de la sociedad, con participación directa y sin intervención de personas ajenas a su esfera y si no es el caso, que éstos, puedan estar representados por personas de su entorno; pero es posible que en la práctica su aplicación pueda causar más de un inconveniente. Por ejemplo, que pasaría si en una sociedad anónima cerrada existen únicamente dos accionistas, A 1 (55%) Y 81 (45%) que se encuentran en conflicto y la gerencia general ha convocado a junta de accionistas. El accionista 81, por razones particulares se encuentra imposibilitado de asistir a la reunión y el estatuto no ha establecido norma alguna sobre el tema, con lo cual debemos aplicar las disposiciones de la Ley General de Sociedades. Resulta que el accionista A 1 no lo puede representar, porque existe un conflicto entre ellos y por lo tanto el accionista 81 no le solicitaría que actúe como su representante, pues no confía en A 1; la cónyuge de 81, no se encuentra en el país; no posee ascendientes y su descendiente en primer grado tiene dos años de edad. En puridad el accionista no puede hacerse representar en la Junta, porque ninguna de las personas autorizadas por la Ley General de Sociedades, se encuentran en capacidad de hacerlo.

Por lo tanto el accionista 81 podría perjudicarse con las decisiones que se adopten en la junta, por el solo hecho de encontrarse limitado en su derecho de designar a su representante.

En este aspecto el accionista de una sociedad anónima cerrada deberá ser diligente en el momento de establecer las normas del estatuto, a efecto de evaluar los posibles inconvenientes que pueden surgir, si es que opta por la aplicación de la Ley, ya sea porque es consciente de ello y no ve el futuro o porque simplemente, no fue materia de discusión ni preocupación, cuando lo elaboró. De manera previsora y considerando el plazo de duración de la sociedad anónima, que por lo general, es indeterminado, se recomienda se considere en la norma estatutaria la posibilidad de que otras personas, en forma amplia, puedan actuar como su representante ante la junta general de accionistas, como lo es en el caso de la sociedad anónima regular.

5. Convocatoria a juntas

Enrique Elías Laroza cuando se refiere a la convocatoria a la junta general, indica que "La necesidad de convocar a la junta general de accionistas deriva de uno de los caracteres esenciales de ese órgano social la junta no es un órgano permanente de la sociedad. Por ello, al no tener un funcionamiento estable, para que pueda reunirse es necesario e indispensable que sea debidamente convocado" "Otro de los factores que determinan la convocatoria es la obligación de dar debido cumplimiento a uno de los derechos fundamentales del accionista, contenido en el inc. 2 del artículo 95 de la Ley: intervenir y votar en las juntas. Si el mecanismo de la convocatoria no permite la posibilidad de que todos los accionistas, o sus representantes, puedan conocerla, se estaría burlando este derecho". "... la junta no puede reunirse por decisión espontánea y de nada sirve que se cumpla con el quórum y con las mayorías necesarias para los acuerdos si todos los accionistas no tuvieron oportunidad para concurrir a ella"(5).

En relación con el plazo que se debe considerar para realizar la convocatoria a junta de accionistas, resulta de aplicación el establecido en el artículo 116 de la Ley para la sociedad anónima regular, esto es, no menor de diez días al de la fecha de su celebración para la Junta Obligatoria Anual y las demás juntas previstas en el Estatuto y no menor de tres días para los demás casos, salvo que el Estatuto fije plazos mayores.

La novedad en cuanto a la convocatoria a junta de esta modalidad de sociedad anónima, radica en la forma como se comunica la misma, pues no es necesario efectuar las publicaciones en los diarios, bastará con utilizar un medio que permita obtener constancia de recepción, dirigida al domicilio o dirección designada por el accionista. La Ley General de Sociedades, ha contemplado la posibilidad que la convocatoria pueda realizarse mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, correo electrónico u otro medio. Es importante y beneficioso, incluso desde el punto de vista de costos administrativos, considerar la posibilidad de que el estatuto, establezca el medio más idóneo de comunicación de la convocatoria. Muchas veces el cumplimiento de los requisitos para la convocatoria, cuando estos son rígidos y con plazos extensos, puede obstruir la marcha de la sociedad, razón por la cual representa una ventaja, la forma como la Ley General de Sociedades ha regulado esta figura.

6. Juntas no presenciales

No es un instituto propio de la sociedad anónima cerrada, pero sin embargo, se adecua de manera eficaz a la estructura organizativa, pues los accionistas pueden adoptar las decisiones que consideren convenientes sin necesidad de reunirse físicamente.

Dado el número reducido de accionistas así como las relaciones personales que los une, resulta, por lo general, muy fácil ponerse de acuerdo sin necesidad de cumplir con la formalidad de asistir a la Junta. Únicamente la Ley General de Sociedades exige como requisito para las juntas no presenciales, que se determine un medio que pueda garantizar la autenticidad de los acuerdos. Cabe hacer la salvedad que el hecho que el acuerdo sea adoptado en Junta no presencial no elimina la obligación de llevar un libro de juntas donde se puedan plasmar dichos acuerdos, pues ello representa una garantía de su veracidad y existencia.

7. No tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores

El artículo 234 de la Ley General de Sociedades señala expresamente que la sociedad anónima cerrada no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y que no se puede solicitar la inscripción en dicho Registro de las Acciones de esta modalidad de sociedad anónima.

Es evidente que la prohibición se fundamenta en la naturaleza de este tipo de sociedad, donde los socios no pueden ser más de veinte y están sujetos a diversas obligaciones y limitaciones en cuanto a sus derechos de socio, pues la inscripción de esta modalidad de sociedad anónima en el Registro del Mercado de Valores, implicaría, entre otras cosas, abrir el accionariado a terceros y controles de entidades externas, situación que atenta contra la estructura de este tipo de sociedad, máxime si los socios pugnan por darle permanencia a la estructura originaria.

III. LIMITACIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES. DERECHO DE ADQUISICION PREFERENTE

Para analizar el derecho de adquisición preferente en la sociedad anónima cerrada, consideramos conveniente, referimos al tratamiento que nuestra Ley General de Sociedades le otorga a esta institución, tanto en la sociedad anónima regular, como incluso en la forma societaria de sociedad comercial de responsabilidad limitada, a fin de entender sus alcances.

Atendiendo al carácter transmisible de la acción, el artículo 101 de la Ley General de Sociedades establece que "las limitaciones a la transferencia de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad

cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad.

Constituye voluntad del legislador peruano regular en forma genérica los alcances de la limitación a la transmisión de acciones en la sociedad anónima, para que sus propios titulares puedan establecer libre y voluntariamente estas limitaciones en el pacto social y/o mediante disposiciones estatutarias.

El accionista es el único que puede evaluar la necesidad real de establecer limitaciones a la transmisibilidad de sus propias acciones, pues lo contrario podría representar un serio inconveniente a sus intereses y a los de la sociedad, toda vez que podría perjudicar la realización de las acciones, potencial problema que viene siendo analizado por la doctrina, la cual ha considerado de manera más o menos uniforme, que las disposiciones que limitan la libre transmisibilidad desnaturalizan la función circulatoria especial de la acción e impiden su tráfico. Situación que parece no preocupar a los accionistas cuando se trata de mantener la estructura originalmente concebida de la sociedad.

Siguiendo lo expresado en el artículo titulado "El Derecho de preferencia: suscripción preferente o adquisición", publicado por la Revista Peruana del Derecho de la Empresa. Número 52, año XVI, es pertinente dar respuesta a la siguiente interrogante:

1. ¿Cómo se manifiestan estas limitaciones?

a. Cláusula de autorización o de consentimiento

Antonio Perdices manifiesta que: "Es aquella por la que el socio solo tiene plena facultad para disponer sobre su acción o participación, si cuenta con la autorización del sujeto designado en dicha Cláusula"(6). Por lo general, la doctrina denomina a este sujeto "beneficiario" e indica que éste puede ser la propia sociedad -representada por el órgano de administración- sus socios o bien terceros ajenos a la relación social. Añade Antonio Perdices "...ningún inconveniente existe para que los socios puedan pactar que la facultad de autorización se atribuya a cualquier sujeto en servicio de su propio interés. No se olvide que la causa de las restricciones es asegurar el mantenimiento de los factores transaccionales endógenos que aseguran el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato social y que ese aseguramiento interesa desde luego y naturalmente a la sociedad, pero también puede hacerla a alguno o algunos de los socios en particular como el patriarca fundador que tiene en sus manos el recurso de la disciplina familiar, o incluso a un tercero, caso del padre que constituye la sociedad para sus hijos sin tomar parte de ella, o caso de quien condiciona una inversión imprescindible para la marcha de la sociedad al control de los sujetos que formaran parte de la misma"(7).

Nuestra Ley General de Sociedades admite para la sociedad anónima la posibilidad de introducir estatutariamente la cláusula de autorización o consentimiento. En el caso de la sociedad anónima cerrada, sin perjuicio de

contemplar para esta forma societaria el derecho de adquisición preferente, ha establecido también la facultad de incorporar en el Estatuto una cláusula de consentimiento o autorización a favor de la sociedad. En efecto, reza el artículo 238 de la Ley General de Sociedades, que la Junta General de Accionistas es la encargada de aprobar o desaprobado la transferencia y en este último caso, de ocurrir, la sociedad queda obligada a adquirirlas.

Esta norma parece razonable, toda vez que implica una limitación a la transferencia de acciones mas no una prohibición, sin perjuicio que la Ley General de Sociedades admite prohibiciones temporales a la transferencia. No obstante ello, la doctrina aún considera que la aplicación de este tipo de cláusula puede resultar abusiva y atentar contra el desarrollo normal de las actividades sociales, Por ello, luego de amplias discusiones y en aras de alcanzar un equilibrio en la relación socio, sociedad y terceros recomienda que el contenido de esta cláusula debe expresar las causas que permitan a la sociedad, cuando tenga la calidad de beneficiaria, desaprobado la autorización.

No se debe perder de vista que existen posiciones doctrinarias más radicales que sostienen que el precepto legal es el que debería establecer las causas objetivas para la desaprobación por parte del órgano societario ya que es peligroso y subjetivo que los propios accionistas fijen e individualicen en su estatuto las supuestas situaciones en forma específica.

Consideramos que una exigencia legal de esta naturaleza podría atentar contra el principio de autonomía de la voluntad de los socios, más aún, si cada sociedad es un ente con relaciones internas muy particulares que no necesariamente se podrían ajustar a la discrecionalidad de la norma. Adicionalmente Y de permitirse la presencia de la cláusula de autorización en los términos antes indicados nos estaríamos alejando de la naturaleza capitalista de la sociedad anónima acercándonos a moldes personalistas, muy parecidos a los que legalmente se impone para la sociedad colectiva. De allí que la Ley General de Sociedades, ha recogido esta institución para la sociedad anónima cerrada.

Sin embargo resulta de gran importancia señalar que algunas legislaciones comparadas encuentran amplia justificación a la imposición legal de las causas objetivas que motivarían la desaprobación de la transferencia; por ejemplo, se establece que la transmisión de acciones que incorporen prestaciones accesorias quedan condicionadas, salvo disposición estatutaria, a la autorización de la sociedad. Como puede apreciarse el régimen legal de autorización que incluso puede eliminarse del Estatuto, se fundamenta en la existencia de prestaciones accesorias cuya ejecución por lo general importa la participación de determinada persona, situación que debe ser evaluada por el beneficiario.

Otro aspecto que rodea a este tema y que no debemos dejar de lado es el relacionado al plazo para que el órgano societario se pronuncie sobre la aprobación o denegatoria. En nuestra legislación el plazo es fijado en el estatuto por los socios, lo cual puede ser arbitrario ya que serán los socios mayoritarios los

que decidirán cuán; o no afectar sus intereses o cómo evitar que estos sean vulnerados o amenazados. Es aconsejable, entonces, que el estatuto contemple esta situación, pues de esa manera estaríamos otorgando, o al menos intentando otorgar una protección a los accionistas minoritarios. Más adelante, también nos referiremos a este tema.

Es evidente que la incorporación de cláusulas de consentimiento o autorización tiene límites; en ningún caso podrían contemplarse causas que hagan a la acción intransmisible, esto es que prohíban su transferencia.

b. Cláusulas de preferencia

En las sociedades de capitales se pueden establecer cualesquiera pactos, dentro o fuera del estatuto, en mérito de los cuales los socios se comprometen a cumplir diversas obligaciones permisibles. Como señala Antonio Perdices: "oo. las más típicas y casi exclusivas en nuestra práctica, son las que prevén derechos de adquisición, de modo que imponen al socio la obligación de transmitir, en el caso que el beneficiario de la restricción ejercite su correspondiente derecho de adquisición. La activación de este derecho puede hacerse depender de la voluntad de transmitir del obligado ..." (8), Entre otras, conforme manifiesta Tomás Pelayo sus características son: "(i) tiene siempre origen voluntario, ya que legalmente no se establecen derechos de adquisición preferente, como por el contrario, sí sucede en las sociedades de responsabilidad limitada; (ii) siempre se refiere a acciones en circulación, o lo que es lo mismo, " a acciones viejas, en contraposición al derecho de suscripción preferente, siempre referido a nuevas acciones; (iii) solo puede afectar acciones nominativas nunca a acciones al portador; debe introducirse en los estatutos sociales, fijando en los mismos el contenido exacto de la restricción; (iv) no puede hacer a la acción intransmisible..." (9).

Nuestra Ley General de Sociedades ha dispuesto la aplicación de este tipo de cláusulas restrictivas o limitativas a la transmisibilidad de acciones y/o participaciones que se realicen por acto inter vivos o mortis causa; así como a los supuestos de ejecución forzada. Una vez más indicamos que tampoco la cláusula de preferencia posee una normativa específica para la sociedad anónima regular, es sobre la base de la norma general consagrada en el artículo 101 de la Ley General de Sociedades que los socios incorporan en su estatuto diversas cláusulas celosamente redactadas a fin de cautelar sus intereses.

Debe quedar claro que lo anterior no se extiende a la modalidad especial de sociedad anónima, denominada sociedad anónima cerrada, toda vez que los artículos 237 y 240 de la Ley General de Sociedades han regulado abiertamente la posibilidad de pactar el derecho de preferencia de acciones inter vivos y mortis causa, respectivamente, ya sea en los términos y condiciones señalados en la Ley u otros pactos que libremente fijen los accionistas.

En relación a la adquisición preferente en caso de enajenación forzosa, el legislador atendiendo al carácter cerrado de esta sociedad anónima ha considerado necesario que la Ley establezca este derecho a favor de la sociedad, pues el artículo 239 se ubica en un escenario donde no existe voluntad del accionista de transferir sus acciones; sino por el contrario, un tercero ajeno es el que impone esta transferencia.

Ahora bien, en vista que la limitación en la transmisibilidad de acciones se traduce en un derecho de preferencia para la adquisición de las mismas, resulta de particular importancia analizar cuándo estamos ante el ejercicio de un derecho de tanteo y cuándo ante un derecho de retracto -nombre puesto por la doctrina comparada- . entendido el primero de ellos como aquel que consiste en otorgar a los accionistas titulares del derecho de adquisición preferente, luego de conocida la voluntad de venta de acciones, la posibilidad de adquirirlas al precio fijado o que se fijará de acuerdo al mecanismo de determinación de precio previamente establecido; y, el segundo de ellos como aquel que otorga al titular del derecho de adquisición preferente, la posibilidad de subrogarse en la posición del comprador de acciones en las mismas condiciones que las establecidas para la transferencia. Como bien afirma Pelayo Muñoz "...también puede establecerse un sistema doble de tanteo y retracto, esto es, el titular del derecho tiene una doble oportunidad de adquisición; con carácter previo ejercitar el derecho de tanteo y formalizada la transmisión, ejercitar el derecho de retracto"(10).

Nada impide que el accionista de la sociedad anónima denominada regular, al amparo del artículo 101 de la Ley pueda establecer que el derecho de adquisición preferente sea mediante el ejercicio de un derecho de tanteo o retracto o mediante el sistema mixto.

No así en el caso de la sociedad anónima cerrada, pues el artículo 237 de la Ley General de Sociedades ha establecido como figura legal el derecho de tanteo, sin perjuicio que sobre la base de la autonomía de la voluntad se pacte el denominado derecho de retracto o sistema mixto con o sin variantes en relación a los beneficiarios, precio y plazo, elementos éstos que responden a requerimientos propios de los accionistas y que muchas veces pueden parecer totalmente arbitrarios y peligrosos para la sociedad.

La determinación del precio de compra es, por lo general, uno de los temas más complejos y difíciles de regular, pues es natural que el vendedor de acciones desee obtener el máximo beneficio por la venta y también lo es en el caso del Comprador, que desee un buen precio de realización, pagando el precio real o menor al "real", pero nunca más. Conciliar ambas posiciones no es tarea fácil en el mundo de los negocios. Algunas legislaciones, como la española se han preocupado por establecer que el precio que debe recibir el accionista vendedor es el "valor real" de sus acciones, no obstante, definir qué entendemos por valor real para estos efectos tampoco es un tema resuelto.

Con el afán de abundar sobre los elementos que participan de este pacto de preferencia, ya antes mencionados, nos referiremos a cada uno de ellos:

1) Beneficiario

La Ley General de Sociedades otorga a todos los accionistas de una misma clase, la posibilidad de ser beneficiarios del derecho de adquisición preferente, situación que no vulnera el principio de libertad de contratar, pues no se prohíbe que se realice la transferencia, sino que se regula con quién se ha de contratar. No se excluye al comprador deseado por el vendedor, sino se le ubica en un orden de prelación de acuerdo a determinadas condiciones. Como señala Antonio Perdices "...partiendo de la posición del beneficiario, el derecho de adquisición preferente presenta una doble dimensión; una positiva correspondiente a su causa típica, por la que se cubre el interés del beneficiario a la adquisición del bien objeto del mismo; y otra negativa, por la que se prevé el interés del beneficiario a excluir a terceros de su titularidad. La función positiva tiene una estructura o racionalidad adquisitiva y va dirigida a permitir al beneficiario de la preferencia, la adquisición del bien (interés adquisitivo); la función negativa tiene, por el contrario, una estructura autorizativa; la comunicación al obligado de la intención de vender a un tercero supone pedirle permiso para hacerla, autorización que solo puede denegar adquiriendo el bien (interés de control preclusivo). Según los ámbitos de aplicación, predominará una u otra función "(11). En el ámbito societario la función negativa es la que cumple el objetivo de la restricción. Obviamente ante su no aplicación el accionista queda en libertad para transmitir sus acciones. Antonio Perdices abunda al tema y manifiesta: "...Como es fácil ver, con esta configuración de la restricción no es que se permita una concreta transmisión, sino que se permite la transmisión en genere. En todo caso, sería de desear que expresiones de mero estilo como "El socio queda en plena libertad para transmitir en la forma que desee", "el socio podrá transmitir libremente", etc., no lleven a traicionar la verdadera voluntad de los socios de permitir esa correcta transmisión comunicada..."(12). A propósito de esto último, nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 237 relativa a la sociedad anónima cerrada es muy clara al establecer expresamente que en caso de no ejercicio de la preferencia, el accionista podrá transferir a terceros no accionistas, las acciones en las condiciones comunicadas.

No sucede lo mismo, por ejemplo, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, pues el artículo 291 referido al derecho de adquisición preferente señala: "...Transcurrido el plazo sin que se haya hecho uso de la preferencia, el socio quedará libre para transferir sus participaciones sociales en la forma y en el modo que tenga por conveniente ". Asumimos que eventualmente, la redacción de esta norma, fue poco feliz y que puede llevar a problemas de interpretación entre el socio participacionista vendedor y los demás socios e incluso el tercero extraño futuro adquirente. No obstante, no se debe dejar de lado que el espíritu y la razón de ser de todo pacto de preferencia es que el beneficiario del mismo pueda ejercitar o no el derecho de adquisición en las condiciones establecidas, pues lo contrario, consideramos varía a otorgar nuevamente a los socios el derecho de

preferencia, sin discusión alguna y de superarse este paso, incluso, la transferencia podría ser sancionada con la nulidad que establece el último párrafo del artículo 291 de la Ley General de Sociedades.

Sin perjuicio de lo antes mencionado y conscientes que existe una puerta abierta a potenciales problemas de interpretación en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, consideramos pueden ser solucionadas vía el estatuto, mediante una redacción adecuada de la cláusula de adquisición preferente que precise las condiciones de la preferencia. En el caso de la sociedad anónima regular, al no existir una regulación puntual sobre el derecho de adquisición preferente queda en manos de los accionistas el establecimiento de la cláusula que responda a sus intereses y que produzca la eficacia legal deseada.

2) El Precio

Es un elemento esencial que suscita problemas cuando se trata de determinarlo. La Ley General de Sociedades no contiene disposición alguna respecto a la fijación del precio en las restricciones o limitaciones a las transmisiones por acto inter vivos, para el caso de la sociedad anónima regular, sin embargo sí existen normas relativas a la determinación del precio para la forma de la sociedad anónima cerrada y sociedad comercial de responsabilidad limitada. Nada impide que estas últimas puedan ser de utilidad y aplicación voluntaria a la sociedad anónima regular, si así se establece.

La doctrina y la práctica societaria han demostrado que en el derecho de preferencia, la determinación del precio en el pacto no es necesario, pues por lo general éste se determina en función a la oferta de un tercero, la cual asumimos responde a un criterio de valoración de las acciones que acuerda el vendedor y supuesto comprador. No se debe dejar de lado la premisa general respecto a que la preferencia del accionista opera en relación al tercero ajeno y no a las condiciones de la transmisión, salvo que el pacto señale condiciones distintas.

Es conveniente a los intereses de los accionistas y de la sociedad que la cláusula de adquisición preferente establezca al menos la base de cálculo, parámetros o procedimientos para lograr se fije el precio de la forma más objetiva y transparente a fin de evitar el riesgo que podría originar que la oferta del tercero ajeno sea tan elevada que elimine la intención o posibilidad que tienen los otros accionistas de ejercitar su derecho de preferencia, o también que el precio sea tan inferior al mercado, que los socios o la sociedad adquieran las acciones con el único objeto de no incorporar a un tercero ajeno a la sociedad, pero sin ningún interés en su adquisición, situación que puede atentar contra los fines sociales.

La doctrina ha desarrollado el estudio de diversos sistemas de fijación o determinación del precio. Al respecto Tomás Pelayo utiliza el esquema de Fernández del Pozo y Herrero Moro el cual considera los siguientes:

- . Sistema de precio convenido

Consiste en dejar a las partes la libre fijación del precio. Indudablemente este sistema es perfectamente válido aunque si se establece como único sistema se corre el riesgo de su inaplicabilidad ante la posibilidad cierta de que las partes afectadas no alcancen un acuerdo y tengan que recurrir a persona distinta a ellos.

. Sistema de precio fijo

Ya en los Estatutos se determina el precio de adquisición bien señalando como tal el valor nominal bien un precio referenciado a un índice o a un precio fijo.

. Sistema de precio proyectado

Procedimiento característico de las cláusulas de tanteo puro, es decir, en las que no es posible revisar el precio, de manera que el mismo será el que pretenda el accionista vendedor.

. Sistema de precio de readquisición

Es propio de las cláusulas de retracto sin posibilidad de revisar el precio; el socio o socios que ejerciten el derecho, se subrogan en la posición incluido el precio pactado entre el accionista vendedor y el comprador retraído.

. Sistemas de determinación reglada del precio

Esto es determinación en estatutos sociales de la forma en que debe fijarse el precio: diferenciamos;

i) cláusulas de valor según balance o según libros

ii) valor de cotización en bolsa

iii) valor del activo neto real.";

iv) valor de capitalización de resultados

v) valor actual de flujos monetarios netos

Sistemas de determinación del precio en los que interviene un tercero

En puridad se trata de depositar en el conocimiento de un tercero la determinación más precisa independiente y discrecional del valor de las acciones que son objeto de un derecho de preferente adquisición. Se aleja el sistema del concepto clásico de arbitraje. ya que se dictamina sobre algo sin que todavía exista. Las partes (socios) afectados no solicitan que un tercero medie entre dos posiciones que ya existen, sino que se insta la intervención de un tercero ante el desconocimiento del "valor real" que debe darse a la acción de una determinada compañía en un preciso momento. También podría plantearse la intervención del tercero experto en una posición propiamente dicha de árbitro. Es decir ante dos precios o dos formas de determinar el precio, y por tanto ante una controversia puesta de manifiesto por el socio vendedor y el comprador en virtud del derecho reconocido en los estatutos sociales(13).

Como se puede apreciar son muchos los sistemas y todos responden a la necesidad de lograr una determinación adecuada del precio de adquisición de las acciones, reflejado en el valor real de las mismas lo cual es intrínsecamente el común denominador de la determinación del precio. Ya antes nos hemos referido a la dificultad que presenta la definición de valor real, no obstante, debemos sostener al menos, que éste es aquel por el que el vendedor y comprador desean realizar la transferencia, considerando que para llegar a él se han analizado

factores internos y externos, los cuales han permitido su determinación. Se trata pues de lograr un precio cierto y verdadero.

Si analizamos nuestra normativa societaria sobre el tema de la determinación del precio, ésta se comporta de la siguiente manera: i) La sociedad anónima regular no posee sistema alguno de determinación de precio; ii) La sociedad anónima en la modalidad de sociedad anónima cerrada hace referencia a que el precio es determinado entre las partes o por el mecanismo de valorización que establezca el Estatuto y en su defecto por el Juez; iii) La sociedad anónima cerrada en el caso de enajenación forzosa no establece el sistema de determinación -se entiende que es por la naturaleza de la transferencia-; iv) La sociedad anónima cerrada para el caso de transmisión por sucesión señala que el valor es el de la fecha de fallecimiento y en caso de existir discrepancia se recurre a la determinación de un tercero y en su defecto al juez.

Bajo este panorama regulatorio podemos sostener que no existe impedimento legal para que la sociedad anónima regular utilice uno o más de los sistemas antes descritos, incluso el de precio fijo, a pesar de considerarlo poco viable, toda vez que puede no garantizar al socio vendedor la obtención del valor real de las acciones materia de transferencia. Existen legislaciones que no admiten el sistema de precio fijo.

En cuanto a la sociedad anónima cerrada el legislador peruano ha orientado la utilización de sistemas preestablecidos, sin perjuicio de permitir legalmente la presencia de pactos distintos sobre el particular. En el caso de la transmisión por acto inter vivos, no cabe duda que consagra el sistema de precio convenido y el sistema de determinación reglada de precio sin carácter exclusivo, lo cual implica que admite la interve:1ción legítima de otros sistemas. No tiene igual trato el caso de la enajenación forzosa pero asumimos dada la naturaleza de esta transmisión de acciones que el sistema ha aceptado y que concuerda con las disposiciones del Código Procesal Civil, es el sistema de determinación pericial del precio en los que interviene un tercero, peritos tasadores, pues en este supuesto hay una total ausencia de la voluntad de venta del socio y no se conoce el deseo del adquirente hasta que el precio base, al menos, se encuentre fijado. La transmisión de acciones por sucesión considera un sistema mixto, por un lado se refiere a que se le aplica el sistema de determinación reglada del precio, el cual puede ayudar a superar discrepancias sobre determinación del precio para la transmisión; pero en caso de presentarse éstas se tiene previsto la aplicación del sistema de determinación del precio en los que interviene un tercero o en su defecto el juez.

Es evidente que el éxito del sistema a aplicar dependerá de elementos propios de la sociedad y de las necesidades que ésta manifieste. Ninguna sociedad es igual a otra, pues no podemos perder de vista que el factor humano en la vida de una sociedad, constituye la expresión de su voluntad y por tanto siempre estará expuesta a cambios, como consecuencia de su actividad y del interés de los socios.

Siguiendo este orden y con el ánimo de contribuir a que los sistemas sean eficaces, la doctrina recomienda que es preferible la utilización de sistemas en los que el precio de transmisión de acciones queda determinado en la voluntad del vendedor o comprador, tal como el del precio convenido o precio proyectado, excluyendo así la posibilidad de revisión del precio y solo a falta de acuerdo dejar la determinación a un tercero, lo cual sin perjuicio de desanimar o dilatar la transmisión resulta ser una solución al problema.

Es importante resaltar que es vital que el estatuto señale sobre qué acciones pueden recaer las limitaciones o la transmisión de acciones pues es totalmente válido que éstas afecten solamente a parte de las acciones, situación que conlleva la creación de diferentes clases de acciones, toda vez que existirá una diferencia en cuanto a los derechos incorporados en ellas.

3) Plazo (temporalidad)

Este elemento no se encuentra regulado en el caso de la sociedad anónima regular pero sí en el de la sociedad anónima cerrada para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por acto inter vivos. En este caso no trataremos la transmisión por enajenación forzosa en vista que los plazos son legales y están establecidos en la norma procesal.

Reconocemos que las limitaciones a la libre disponibilidad pueden establecerse al momento de la constitución de la sociedad o posteriormente por acuerdo de socios. Ahora bien, como los plazos son determinados, por lo general, por la libre voluntad de los socios, éstos podrán tener características muy especiales y de alguna manera siempre serán arbitrarios. Por ejemplo, se podrán establecer cláusulas limitativas por un plazo determinado que se agote en el tiempo, no olvidemos que de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades existe la posibilidad, incluso de prohibir temporalmente la transferencia de acciones o que las limitaciones se apliquen a un número limitado de transmisiones, las cuales una vez verificadas se levanta la restricción. Así también se puede establecer plazos de caducidad para el ejercicio del derecho o plazos flexibles con posibilidad de prórroga tácita o concurriendo determinadas condiciones. En cuanto a los plazos incorporados en el procedimiento a seguir para la transmisión, hasta su formalización, se ha sostenido que éstos deben ser cortos y operativos a fin de otorgarle dinamismo a la transferencia y evitar así los plazos largos que pueden perjudicar a los demás socios y a la sociedad, toda vez que en este último caso el socio saliente no se interesa más por la vida social y el socio entrante no se encuentra legitimado para el ejercicio de los derechos de socio, de forma tal que la sociedad puede ingresar en una etapa de aletargamiento con consecuencias negativas. Nuestras sociedades anónimas, por lo general, aplican plazos largos, que en aras de asegurarse un tiempo adecuado para ejercer el derecho de preferencia, pero que, sin embargo, sacrifican muchas veces a la sociedad, no facilitando el tráfico comercial de las acciones, lo cual a todas luces refleja una voluntad de limitar la transmisión de acciones, que se mantiene oculta debajo de plazos excesivos.

c. Cláusulas de rescate

No toda transmisión de acciones se realiza por voluntad de su titular y no toda restricción estatutaria considera la voluntad de transmitir del socio, como puede manifestarse de las cláusulas de adquisición preferente y de autorización o consentimiento, pues existen cláusulas pactadas pero que actúan en el defecto de la voluntad y que le imponen al socio la realización de actos. En este sentido, podemos definir a las cláusulas de rescate como aquellas que operan ante la presencia de determinados supuestos que obligan al socio a transmitir sus acciones a favor de los otros socios, la sociedad o terceros. Como bien señala Antonio Perdices Huetos: "Precisamente por tener un sentido inverso a las restricciones convencionales de autorización o adquisición preferente, ya que no restringen o impiden la transmisión, sino que la exigen...". Continúa señalando: "a poco que se mire, estas cláusulas son equiparables desde un punto de vista funcional a supuestos de exclusión estatutarios, o más simplemente, estas cláusulas son un expediente técnico de arbitrar auténticos supuestos de exclusión"(14).

Dentro de este grupo de cláusulas cabe incluir aquellas relacionadas con la muerte de un socio o aquellas que consideran la enajenación forzosa de acciones en caso de embargo y remate de las mismas o liquidación del patrimonio del socio por causa de quiebra. No olvidemos que en los casos antes indicados, las cláusulas de rescate, por lo general, prevén la transferencia de acciones a la persona indicada en el estatuto; o la adquisición de las acciones por la sociedad para su amortización forzosa y consiguiente reducción de capital.

En nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad anónima, no contiene precepto legal específico sobre este tema, lo cual implica -en sentido genérico- que depende de la voluntad de los socios establecer restricciones. Sin embargo, para el caso de la enajenación forzosa de acciones y para el de la transmisión por sucesión hereditaria, la norma establece supuestos de derechos de adquisición preferente y se incorporan en cláusulas de igual naturaleza. Asumimos que el legislador peruano, ha optado por este tratamiento considerando que toda cláusula de rescate tiene implícita una preferencia a favor de determinada persona; pero no por ello, podemos desconocer que existen rasgos característicos de este tipo de cláusulas; éstas tienen lugar en el ámbito de las transmisiones involuntarias o forzosas y excluyen por la simple aplicación de la cláusula al supuesto nuevo y extraño socio.

Ahora bien, en el caso del artículo 239 de la Ley General de Sociedades Adquisición en caso de enajenación forzosa "la sociedad tiene derecho a subrogarse al adjudicatario por el precio que haya pagado por ellas...", lo cual además de implicar un derecho de retracto a favor de la sociedad, este puede ser o no ejercido. No existe imposición legal bajo sanción. Asimismo, el artículo 240 de la Ley General de Sociedades establece la posibilidad que los otros socios adquieran las acciones del socio fallecido. La diferencia con el artículo 239 del

mismo cuerpo de leyes, radica en que este derecho nace del pacto social o estatuto.

Si bien la discusión puede centrarse en ubicar e incorporar determinadas restricciones en cláusulas de adquisición preferente o rescate, consideramos que ella se agota en este tema, descartando así su ubicación en causales de exclusión o separación de socios, las cuales se ubican en el ámbito de las normas generales que regulan el derecho de las sociedades, afectando así a cualquier forma societaria ya que comportan reglas de sana convivencia social y de respeto de los derechos del socio.

2. La sociedad anónima cerrada y algunos cuestionamientos respecto del derecho de adquisición preferente

Apoyándonos en lo antes expuesto y analizado, respecto al comportamiento de las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad, reguladas por la Ley General de Sociedades para esta forma de sociedad anónima, quedan todavía algunas interrogantes y cuestionamientos, pues nuestra Ley General de Sociedades a diferencia del tratamiento legal otorgado a la sociedad anónima regular y sociedad de responsabilidad limitada, ha establecido un derecho de adquisición preferente que puede manifestarse de forma muy restrictiva o simplemente ser derogado. En efecto, si mediante el mecanismo de las cláusulas restrictivas, esto es, las de preferencia o consentimiento, se persigue la permanencia del vínculo personal deseado por lo socios, en el caso del artículo 237 esta restricción va mas allá. El doctor Fernando de Trazegnies sobre este tema expresa: "Que el derecho de adquisición preferente se aplica en la sociedad cerrada (y en la sociedad ordinaria, si existe pacto) no solo cuando se venden acciones a terceros sino también entre los mismos socios. Una venta interna no afectaría la relación personal (como en el caso de la venta a terceros) pero, en cambio, introduce variaciones de poder dentro de la sociedad. Por la misma razón se establece que los accionistas de la sociedad cerrada que decidan ejercer el derecho de adquisición preferente, lo harán a prorrata de su participación en el capital. Esto significa que si todos los restantes accionistas ejercen su derecho, la proporcionalidad de poder entre los accionistas que quedan dentro de la sociedad no varía. Si alguno o algunos deciden no participar en la compra, ya es un problema derivado (teóricamente) de su exclusiva voluntad y, por consiguiente, es él o ellos mismos quienes están decidiendo modificar su participación en la composición del poder social"(15).

Igual suerte sigue la norma sobre el consentimiento que consagra el artículo 238 de la Ley General de Sociedades, la misma que se manifiesta como una típica cláusula de consentimiento, con las características ya antes expuestas, siendo en el caso peruano, aún más restrictiva, pues solamente la sociedad puede autorizar la transferencia de acciones y cuando nos referimos a ella, estamos ante la decisión del órgano de gobierno supremo, que es la junta de accionistas, la cual debe aprobar la autorización por mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto. Este tipo de cláusula tiende a concentrar y fortalecer el poder de

las mayorías, pues si se deniega la transferencia la sociedad está obligada a adquirirlas, eliminando de esta manera la posibilidad que un tercero ingrese a la sociedad o que un accionista minoritario incremente su participación en ella. Asimismo, de adquirir las acciones, el destino ya establecido, por lo general, es la amortización de las mismas, con la consecuente reducción de capital, situación que origina el incremento de la participación, si bien de todos los socios, no cabe duda que fortalece aún más la posición de los mayoritarios.

En consecuencia podemos afirmar que el derecho de adquisición preferente en la sociedad anónima cerrada, no solo vela por la permanencia del vínculo personal de los socios, sino por la estructura de poder original. Esta situación, si bien puede ser deseada por los socios, no necesariamente será positiva para la sociedad, la cual muchas veces requiere de elementos de poder innovadores y dinámicos para el logro de sus objetivos. De allí, que basados en la libertad de pacto y de asociación, así como, en el riesgo del congelamiento de la estructura de poder, en perjuicio de la marcha de la sociedad, es que el legislador peruano ha considerado la posibilidad de modificar o eliminar el derecho de preferencia.

Tal como nos hemos referido, líneas arriba, la libertad de pacto, en materia societaria tiene una función de contribución al diseño de estructuras societarias más eficientes para el cumplimiento del objeto social y mantenimiento de las relaciones entre socios. Sin embargo, ello no necesariamente se extiende a las minorías, las cuales en este tipo de sociedad, pequeña y cerrada, pueden quedar de lado y verse perjudicadas por los pactos de las mayorías, las que pueden imponer limitaciones a la transferencia que equivalen a casi prohibiciones o liberar estas restricciones, al extremo tal de romper con el vínculo personal de los socios y permitir el ingreso de terceros totalmente ajenos a la sociedad, supuesto que estaría, incluso atentando contra la naturaleza y razón de existir de la sociedad anónima cerrada.

No ocurre lo mismo en el caso de la adquisición preferente por enajenación forzosa, establecida en el artículo 239 de la Ley General de Sociedades. Complementando lo antes analizado, sobre este tema, sostenemos que no se puede calificar de restrictiva una norma legal o cláusula que la incorpore en el pacto social o estatuto, cuyo origen no es voluntario sino forzoso, pues aquí el accionista, naturalmente, no tiene la intención de transferir y menos aún mantiene tratativas o negociaciones, al menos, con el tercero adquirente definitivo, pues éste puede ser cualquier persona, cuyo objetivo no necesariamente es comportarse como un accionista leal y coadyuvar con su conducta a alcanzar los fines sociales, sino por el contrario entorpecer la marcha de ésta en beneficio propio o de tercero. En este sentido, sin perjuicio de la existencia o no del derecho de adquisición preferente para el caso de la transferencia de acciones, el dispositivo del artículo 239 se mantiene inalterable, pues constituye en muchos casos un mecanismo legal de protección del interés de los socios y de la sociedad frente a situaciones externas, que pueden escapar a su control.

IV. TRANSFERENCIA DE ACCIONES

Al referirnos a la transferencia de acciones, podemos aludir tanto al contrato de cambio que la motiva, como a la consecuencia societaria, que ésta genera, la cual es la "Adquisición de la calidad de Socio", tema que a continuación nos referiremos, por sus implicancias en el Derecho societario.

Los tratadistas Fernando H. Mascheroni y Roberto A. Muguillo señalan "que la condición de socio se adquiere: a) Por fundación o participación en el acto constitutivo. Esta es la forma por excelencia de convertirse en socio y, por lo general, presupone la *affectio societatis*.". Decimos "por lo general" en razón de que es frecuente, en las sociedades anónimas y en nuestro medio, que concurren al otorgamiento del instrumento constitutivo personas cuyo único rol es el de meros prestanombres, por lo cual pueden ser considerados, en última instancia, como socios aparentes..."; b) Por adquisición de partes socia/es, cuotas o acciones a título oneroso. En estos supuestos, la incorporación ulterior a la sociedad es voluntaria y deliberada, variando el procedimiento y formalidades de acuerdo a los distintos tipos societarios. Así, por ejemplo, en las sociedades de tipo personal (colectiva, comandita, simple, capital e industria) y mixto (SRL), la incorporación de un nuevo socio por adquisición de partes o cuotas sociales impone la correlativa modificación del contrato social, toda vez que en su texto se hace mención expresa de las personas de los socios. No sucede lo propio en las sociedades por acciones -aun cuando éstas sean nominativas-, por cuanto el estatuto social (o parte institucional del contrato) es autónomo del acto fundacional propiamente dicho y no contiene la individualización de los socios, de manera que los cambios en la composición del elenco societario no se reflejan en el articulado estatutario. En este último supuesto incluimos, desde luego, al suscriptor de acciones emitidas por las sociedades anónimas con posterioridad al acto constitutivo; c) Por sucesión universal "mortis causa". La muerte de un socio transmite, en principio, esa calidad a los herederos, quienes se incorporan a la sociedad ocupando el lugar de aquél, vale decir, asumiendo sus derechos y obligaciones en y con la sociedad..." Cabe aquí puntualizar: 1) Que siendo más de uno los herederos, y en tanto la herencia permanezca en estado de indivisión, se incorpora como socio el ente sucesorio y no cada uno de los herederos, aun cuando las respectivas participaciones resulten de las proporciones legales..."; d) Por adquisición de partes, cuotas o acciones a título gratuito. La calidad de socio se adquiere aquí por legado o donación, que pueden ser con cargo o con reserva de derechos. Cuando se transmiten acciones de sociedades anónimas o cuotas de la SRL por donación entre vivos, reservándose el donante el derecho de usufructo de las acciones o cuotas donadas, la calidad de socio es adquirida por el donatario (o en su caso el legatario), perdiéndola el donante, quien conserva el derecho de los frutos civiles de la cosa donada (es decir, sobre los dividendos, intereses y participación adicional en las ganancias)(16)

Sea cual fuere el modo a través del cual se adquiere la calidad de socio, existe un denominador común en todos estos modos, y es que se crea un tipo especial de relación entre el socio y la sociedad, la cual está obligada a reconocer al socio en la medida que la condición de tal, haya sido adquirida observando las reglas y

procedimientos establecidos en el pacto social, estatuto y Ley General de Sociedades. De lo contrario la sociedad no reconocerá al nuevo socio, toda vez que la transferencia efectuada de las acciones o participaciones del socio-saliente al nuevo socio será ineficaz frente a la sociedad.

1. Procedimiento para la transferencia de acciones

Sin perjuicio que el estatuto regule un procedimiento especial, para el ejercicio del derecho de adquisición preferente, el artículo 237 de la Ley General de Sociedades ha plasmado el procedimiento clásico y uniformemente aceptado por la doctrina e incorporado en la mayoría de legislaciones comparadas que reconocen este derecho. En el caso peruano este procedimiento, con algunas variantes, pero sin alterar su esencia, lo encontramos consagrado, en la normativa de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, desde que este tipo de sociedad fue incorporada a nuestra legislación.

Notemos que este procedimiento es uno, en el que tanto la sociedad como el socio, tienen participación activa, y de la diligencia de sus actos, dependerá el éxito o fracaso de la transferencia. No es un procedimiento rígido en algunos aspectos, ni obligatorio, pues se puede adecuar a situaciones muy particulares en esta forma de sociedad anónima.

Reiterando lo ya expresado, este procedimiento, en la sociedad anónima cerrada, se aplica cuando el accionista desea transferir sus acciones a otros accionistas o terceros, ajenos a la sociedad y se inicia con una comunicación por escrito que envía el accionista vendedor al gerente general de la sociedad.

La comunicación deberá constar el nombre del posible comprador y, si es persona jurídica, el de sus principales socios o accionistas, el número y clase de las acciones que se desea transferir, el precio y demás condiciones a las que se encuentra sujeta la transferencia. La comunicación por escrito es un elemento que eventualmente tiene valor probatorio per se y que puede facilitar su acreditación ante la sociedad, socios, terceros interesados y autoridades, en caso sea requerida.

Consideramos que la obligación de incluir en la comunicación el nombre de los posibles compradores, el precio y demás condiciones de la oferta que formula el accionista vendedor, constituye una medida de protección de los demás socios, pues en caso de no ejercer su derecho de adquisición preferente, tendrán la seguridad que el nuevo adquirente de las acciones ha cumplido con las condiciones de la oferta a cabalidad. Caso contrario esa adquisición no tendrá eficacia frente a la sociedad y puede ser considerada como una nueva oferta, para lo cual se deberá iniciar un nuevo procedimiento; con arreglo a la norma.

Asimismo el artículo 237 prescribe que en caso la transferencia de acciones fuera a título oneroso distinto a la compra venta, o a título gratuito, el precio de adquisición será fijado por acuerdo entre las partes o por el mecanismo de valorización que establezca el estatuto. En su defecto el importe a pagar lo fija el

juez por el proceso sumarísimo. Esta norma reviste gran importancia, por su utilidad, pues, por lo general, el precio es el elemento determinante del éxito o fracaso de una transferencia de acciones; de allí la preocupación del legislador de establecer algunos parámetros para su fijación. Si analizamos esta norma a la luz de los sistemas de fijación de precio, desarrollados por la doctrina y referidos en este artículo, podemos señalar que la norma ha tratado de resolver parte de la problemática, permitiendo que el estatuto pueda establecer otros sistemas o mecanismos que permitan lograr la determinación del precio, no restringiendo su fijación a lo legislativamente establecido.

Es más, la misma norma a efecto de salvar deficiencias a favor de una adecuada transferencia de acciones ha indicado que puede recurrirse al juez para que éste determine el importe a pagar por la transferencia de acciones.

Si bien entendemos, que el legislador se ha propuesto eliminar todas las trabas y vacíos que pudieran dar lugar a que se frustre una transferencia por falta de determinación del precio de las acciones, somos de la opinión que la fijación por resolución judicial, escapa en muchas oportunidades a la voluntad de las partes, pues es más razonable utilizar de común acuerdo cualquiera de los sistemas, que recurrir al juez, pues es evidente, que cuando se acude a él, al menos, existe un tild de discrepancia, con el agravante que no necesariamente sea el juez la persona que posea los conocimientos para fijar el precio de esta clase de bienes muebles, pues en todo caso, su actuación estará destinada a dirimir la discrepancia, en base a las pruebas y sustento que las partes le presenten, mas no por su propia experiencia. En todo caso no podemos desconocer la función tuitiva y de garantía que cumple esta disposición en el tráfico de esta clase de bienes.

Volviendo al tema del procedimiento, se señala que el accionista podrá transferir a terceros no accionistas las acciones en las condiciones comunicadas a la sociedad cuando hayan transcurrido sesenta días de haber puesto en conocimiento de ésta su propósito de transferir, sin que la sociedad y/o los demás accionistas hubieran comunicado su voluntad de compra. En este caso la gerencia de la sociedad deberá actuar con la diligencia necesaria a fin de comunicar en forma oportuna y cierta a los demás socios a fin que estos puedan gozar de un plazo cómodo para tomar su decisión. La demora del trámite de comunicación de la sociedad a los socios puede originar graves perjuicios a ambos, pues en esta clase de transacciones, es muy común que la aceptación y el pago se realice en forma simultánea y ello implica no solo la manifestación de la voluntad, sino la disponibilidad de los fondos para la realización del pago, lo Gual no depende exclusivamerítedel comprador, si es que se trata de conseguir un financiamiento de tercero.

Si es que los socios no logran ejercer su derecho de preferencia, por causas ajenas a ellos como, por ejemplo: la demora en la comunicación y el socio vendedor transfiere sus acciones a un tercero, esa transferencia, será válida, sin cuestionamiento alguno, si se ha ajustado a las condiciones de la oferta. En todo

caso los socios afectados podrán solicitar la indemnización por daños, que correspondan, a la persona que los perjudicó. Situación que es totalmente ajena a la transferencia realizada.

Por lo expuesto resulta recomendable, analizar los plazos para el ejercicio de este derecho y estatutariamente establecerlos de acuerdo a la dimensión de la sociedad y estructura accionaria. Sin perjuicio de considerar que el plazo que se fije, siempre podrá ser calificado de arbitrario.

La tendencia actual en este tipo de sociedad es considerar, en aras de facilitar el tráfico comercial, plazos muy cortos o reducidos. Sin embargo quienes los regulan, son los que luego de poner en práctica el procedimiento y pretender usar el plazo adecuadamente, terminan siendo los perjudicados porque el plazo no les fue suficiente. Cada sociedad es distinta a otra, por lo que el plazo para el ejercicio de este derecho constituye un elemento muy particular y que produce efectos determinantes en la vida de la sociedad.

Consideramos que el procedimiento establecido en el artículo 237 es muy sencillo y puede ser eficaz, como procedimiento supletorio. Constituye un deber del socio ser diligente en el establecimiento de las normas que rigen la vida de la sociedad, tanto al momento de su creación como posteriormente durante el desarrollo de la sociedad. En este sentido dependerá del grado de conocimiento de las necesidades sociales y de sus proyecciones el regular de forma adecuada el ejercicio de este derecho, siempre tratando de conciliar el interés de la sociedad con el de los socios, pues es natural que sean distintos.

2. Ineficacia de la transferencia

El artículo 241 de la Ley General de Sociedades indica que es ineficaz frente a la sociedad la transferencia de acciones que no se sujete a lo establecido en el Título I de la Sección Séptima -Formas Especiales de la Sociedad Anónima-.

Este tema ha sido tratado a lo largo de este artículo, como una consecuencia legal de la inobservancia del procedimiento para el ejercicio del derecho de preferencia; sin embargo consideramos pertinente puntualizar, que en esta forma de sociedad anónima, las transferencias de acciones que se realicen sin observar las restricciones o limitaciones establecidas en el pacto social y el estatuto y en su defecto las disposiciones de la Ley General de Sociedades, no tienen eficacia frente a la sociedad, aun cuando el acto celebrado entre el accionista vendedor de las acciones y el accionista o tercero, comprador de las acciones, sea válido entre ellos. Como señala el doctor Fernando de Trazegnies: "La transferencia no es, entonces, nula sino que no existe para la sociedad: esto significa que el nuevo dueño no percibirá los beneficios ni tampoco podrá votar en las juntas generales ni fiscalizar la gestión ni, en general ejercer los derechos inherentes al accionista. Y cuando quiera vender esas acciones -que se han convertido en títulos impotentes- tendrá que comunicarse con la sociedad para que los demás accionistas se encuentren en aptitud de ejercer el derecho de adquisición preferente que les fue

negado en la venta anterior; venta que, sin embargo, no les causó daño a esos otros accionistas originales porque los nuevos compradores no pudieron participar en la vida de la sociedad.

Todavía la ley establece una garantía adicional al accionista de la sociedad cerrada. Como hemos visto, en algunos casos la ley permite que la junta general, con el procedimiento de la modificación de estatutos, pueda cambiar las reglas sobre la transmisibilidad y, eventualmente eliminar o relativizar el derecho de adquisición preferente. En esta hipótesis, los accionistas que hubieran estado en desacuerdo y lo hayan expresado con su voto en contra, no están obligados a someterse a las decisiones de la junta como en cualquier otro caso sino que, no siendo mayoría y no pudiendo consecuentemente imponer su criterio, tienen -al amparo de lo dispuesto en el artículo 244 de la Ley general de Sociedades- cuando menos el derecho de separarse de la sociedad, debiendo ésta comprarles sus acciones"(1?).

En definitiva, la inobservancia de los procedimientos perjudica al adquirente, pues ni siquiera podrá oponer su buena fe, pues su situación de supuesto titular, no existe para la vida jurídica de la sociedad.

3. Matrícula de acciones

La sociedad anónima cerrada registra todos los actos relativos a las acciones en la matrícula de Acciones, que es un libro de la sociedad y que debe ser legalizado en forma previa a su utilización.

Las transferencias de acciones deben ser comunicadas por escrito a la sociedad a fin que ésta las registre, reconozca al nuevo socio y se le extienda los certificados de acciones, de ser el caso.

Existen discrepancias respecto a quien debe comunicar la transferencia de acciones en caso del ejercicio del derecho de preferencia de esta forma de sociedad anónima. Si la sociedad ha participado en el procedimiento y conoce al nuevo titular, ¿debe ser éste o el antiguo accionista quien comunique por escrito la transferencia efectuada? Se ha considerado que la comunicación debe ser realizada por quien tenga interés en el registro. El problema se genera cuando el interés no es legítimo y se pretende sorprender a la sociedad con anotaciones falsas. De allí la costumbre que el antiguo accionista sea quien realice la comunicación. Es bastante común que se plasme contractualmente la obligación del accionista vendedor de comunicar la transferencia de acciones efectuada, en forma inmediata a su realización.

En el caso que se adquiera la calidad de socio luego de haber seguido un procedimiento para el ejercicio del derecho de adquisición preferente, el tema es más claro, pues la sociedad conoce, dada su intervención, si la transferencia se ha efectuado o no, y por lo tanto es muy posible que conozca al adquirente y en ese sentido si es él, el que comunica, la sociedad no debería dudar de su calidad, pues tiene mayores elementos para acceder o rechazar la solicitud de anotación.

Comprendemos que la situación se puede complicar en aquellas sociedades donde la transferencia es libre y la sociedad no interviene y solo conoce de la existencia de un nuevo socio, cuando recibe la comunicación de transferencia.

En todo caso la sociedad deberá actuar con diligencia y de dudar sobre la legitimidad de la transferencia comunicada, utilizar los medios que la ley le otorga para la comprobación correspondiente. Ejemplo de ello y que por lo general merecen una revisión especial, son las transferencias, supuestamente realizadas con anterioridad al fallecimiento de una persona, pero comunicadas con posterioridad.

V. DERECHO DE SEPARACIÓN

Nuestra Ley General de Sociedades, de manera acertada y a fin de darle agilidad al gobierno de esta modalidad de sociedad anónima, regulado en su artículo 244 el derecho de separación del accionista, indicando que sin perjuicio de los demás casos que concede la ley, tiene derecho a separarse de la sociedad anónima cerrada el socio que no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente".

Josefa Brenes Cortez refiriéndose a la doctrina y derecho español, manifiesta: "que en una primera aproximación el derecho de separación puede conceptuarse como un derecho, reconocido legal y convencionalmente, por el que se permite al socio abandonar voluntaria y unilateralmente la sociedad a la que pertenece, sin provocar su disolución, mediante el reembolso de la cuota que le corresponde en el haber social, amortización de sus cuotas sociales, reducción del capital social y consiguiente extinción del "puesto de socio.. "Este concepto general y amplio subsume todas las modalidades conocidas de este derecho, si bien resulta necesario un examen más detenido de los elementos que lo caracterizan a fin de diferenciar esta institución de otras figuras jurídicas afines". Indica así mismo que los elementos configuradores de este derecho son: "a) Separación voluntaria y unilateral de la sociedad.- Uno de los rasgos más característicos de este derecho es la voluntariedad de su titular. Sin embargo, el derecho de separación aparece subordinado a la necesaria concurrencia de determinados presupuestos o requisitos, y solo podrá ejercitarse en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los estatutos. Ahora bien, una vez que acontezca el concreto supuesto de hecho que posibilita su ejercicio, queda fuera de toda duda que la iniciativa de la separación corresponde al socio que desea abandonar la sociedad "

"...b) Subsistencia de la Sociedad.- La separación del accionista no provoca la apertura del proceso liquidatorio conducente a la extinción de la personalidad jurídica societaria ni es consecuencia de la disolución de la sociedad. Por el contrario, una de las notas características de esta institución es la continuidad de los 'puestos' de socios correspondientes a las acciones no reembolsadas, lo que permitirá que la sociedad subsista integrada por los accionistas que no hayan ejercitado este derecho o incluso por aquellos que lo hayan ejercitado con unas acciones sí y con otras no (en caso de condominio)..." 'le) Extinción del 'puesto' de

socio y reducción del capital social.- Otro de los elementos característicos del derecho de separación del accionista es la amortización de las acciones reembolsadas, la extinción del 'puesto' del socio que se separa y la consiguiente reducción de capital. Efectivamente, la culminación del expediente de separación, tal y como se regula en nuestro ordenamiento, implica la liquidación parcial de la sociedad mediante el reembolso de la participación que corresponde al socio en el haber social, la amortización de sus acciones, la reducción del capital social y la extinción del 'puesto' de socio. Esta nota será la que permitirá diferenciar el derecho de separación de la mera sustitución en la titularidad de las acciones, consecuencia de su transmisión"(18).

Si bien se concibe el derecho de separación como un derecho individual del socio, no podemos perder de vista que éste será ejercitado por el socio de la sociedad anónima cerrada en la medida que no esté de acuerdo con la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente.

En suma, es un derecho, cuyo ejercicio está directamente vinculado a las decisiones y poder de la junta general de accionistas, donde las minorías se esfuerzan por defender sus derechos, utilizando las medidas de protección establecidas por la ley o estatutariamente, pues resultaría evidente que podrían quedar desprotegidos ante un nuevo régimen de transmisión de acciones. Adoración Pérez Troya al analizar la naturaleza de este derecho ha expresado~ qLJ~_"implica una excepción o derogación formal del principio de sometimiento de todos los socios a los acuerdos de la mayoría tomados en junta general. Por su propia naturaleza el derecho contraóJCe, pues, este principio que rige el funcionamiento de la sociedad, e implica un quebrantamiento de la soberanía de la junta en tanto que los socios que no comparten la opinión de la mayoría no quedan constreñidos a someterse a su voluntad si prefieren separarse de la sociedad. El derecho que es de carácter inderogable, es considerado (...) como una medida de defensa de las minoría en sentido estricto que posee por finalidad proteger al accionista aislado y no al grupo minoritario. Se considera, en este sentido, por su función tuitiva, una institución típica del derecho de protección de las minorías y de los inversores. Desde el punto de vista del momento en el que opera, constituye un mecanismo de tutela de los accionistas previo, distinguiéndose así de los denominados mecanismos de tutela, en tanto que el mismo opera antes de que la operación en cuestión surta efectos"(19).

El estudio de este derecho de separación del accionista, también tiene otra arista, que está constituida por el ejercicio del derecho mismo, el cual, tal como opinan algunos tratadistas, siempre ha presentado ciertos problemas, pues las causales reguladas en el artículo 244 para la sociedad anónima cerrada, son solo algunas de las tantas que se manejan en esta institución. Es más, incluso para el caso de esta modalidad societaria existen otras decisiones de la Junta que pueden generar el derecho de separación del accionista. Nos referimos a la figura de la reorganización societaria: fusión, escisión, la misma que contempla este derecho en forma genérica y sin distingas.

Regresando a la problemática del ejercicio de este derecho, podemos referirnos a algunos de los puntos álgidos: i) rapidez, ii) complejidad, iii) beneficiarios, iv) valor de las acciones.

i) Rapidez.- resulta ser un elemento abstracto, pues dependerá del procedimiento que se haya fijado en el Estatuto o posteriormente, incluso por acuerdo de partes. Lo que es cierto es que la institución debería funcionar con eficacia y entendemos que el socio que desea separarse, no tiene la intención de hacerla en el tiempo, sino en forma efectiva a fin de no ser alcanzado por las nuevas disposiciones estatutarias, que según él lo perjudicaron.

ii) Complejidad.- este es un elemento que solamente se puede medir al interior de cada sociedad, pues constituye un tema que va más allá del ejercicio regular de este derecho, pues podrían existir casos en los cuales a la sociedad no le conviene tener alejado al socio, por razones de negocios personales o de competencia, o también al socio no le conviene alejarse de la sociedad, haciendo uso de este derecho, porque mantiene algún conflicto o proceso pendiente, originado con anterioridad a la decisión de separarse. Asimismo, si la sociedad no se encuentra en condiciones de realizar el desembolso del valor de las acciones del socio que se separa, deberá acordar un sistema de pago o al menos garantizarlo.

iii) Beneficiarios.- en el caso del derecho de separación queda claro que este corresponde a las minorías, pues es obvio que son los que no desean someterse al mando de las mayorías y que no tienen el poder para equilibrar sus decisiones.

iv) Valor de las acciones.- el artículo 244 es concordante con el artículo 200 de la Ley General de Sociedades y en este sentido se establece que el valor de reembolso de las acciones será fijado por acuerdo de partes y de no ser posible se considerará el valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones. Nos preguntamos ¿qué pasaría si el patrimonio de la sociedad es negativo?

Creemos en definitiva que el socio no tendría derecho alguno a reembolso, ya que sus acciones no tendrían valor, situación que por su condición de minoritario no percibió con anterioridad y que ahora, recién cuando decide separarse de la sociedad toma debido conocimiento que perdió su aporte. La reflexión que debemos esbozar, es que si existe alguna medida de protección ante esta situación o simplemente es parte del riesgo del socio de una sociedad de capitales. Gran sector de la doctrina se inclina por considerar esto último, como sustento válido.

En el Derecho argentino se regula el caso del derecho de separación llamado por ellos, derecho de receso, en situaciones de falencia de la Sociedad, considerada entre ellas la quiebra. Indican que producida la quiebra de la sociedad cesa la facultad de los socios de ejercitar el derecho de separación, pues la situación de falencia torna improcedente este derecho. Se dice que la razón no es necesariamente la falta de recursos para reembolsar la cuota social al socio, sino que el legislador argentino considera conveniente mantener a intangibilidad del patrimonio de la empresa. No obstante ello, los argentinos pretendieron modificar

esta norma a efecto que los socios puedan ejercer su derecho de separación, aunque el crédito emanado de tal acción solo podrá ser pagado del remanente que, eventualmente, pueda resultar de la liquidación de los bienes sociales. En todo caso y si miramos nuestra legislación, consideraremos que la falencia de la sociedad afecta en todos los casos, el reembolso de la cuota del socio, pues así esta, no sea declarada insolvente, si el patrimonio es negativo, el socio no podrá obtener la devolución de su cuota y si está en estado de insolvencia y luego va a la liquidación es muy probable que sus activos no alcancen para solucionar sus pasivos y entonces igual irá a la quiebra. Etapa en la que el socio en definitiva no podrá recuperar su cuota, así haya ejercido su derecho de separación, tiempo atrás.

VI. EXCLUSIÓN DE SOCIO

La figura jurídica de la exclusión de socio se ubica dentro del instituto de la "Pérdida de Condición de Socio", el cual considera diversas causales: voluntarias: cuando el socio enajena sus acciones; naturales: muerte del socio; derivadas: disolución de la sociedad; y forzosas: por exclusión del socio.

Gran parte de la doctrina se ha pronunciado en relación a la pérdida de la calidad del socio por causa forzosa y ha limitado esta figura a las sociedades de personas. Sin embargo, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, considerada de carácter mixto, sí contempla la posibilidad de excluir al socio de la sociedad. En realidad con el tiempo diversas legislaciones han incorporado esta figura para el caso de las sociedades de capitales, lo que nos parece acertado y en esa línea se han conducido nuestros legisladores.

Es evidente que durante la vida de la sociedad puedan surgir entre 105 compartir los mismos intereses, pretenden entorpecer la marcha de la sociedad y originarle serios perjuicios. Por ejemplo, el socio que también participa en la dirección social -lo que es usual en una sociedad anónima cerrada-, y utiliza los recursos sociales para beneficio personal, en otro negocio de igual naturaleza y con consecuencias graves, pues ello, además, genera una competencia desleal en el mercado donde se desarrollan; así mismo, el socio que por su posición tiene acceso a secretos industriales y se los apropia de manera sistemática y los vende a la competencia. Estos dos ejemplos, que requieren ser fehacientemente probados para encuadrar en supuestas causales de exclusión, resultan claros para poder explicar que un socio que se comporta así, no debe permanecer en la sociedad.

Fernando Mascheroni y Roberto A. Muguillo señalan que: "requisito ineludible para la exclusión es la existencia de causa justa, enfatizado por la ley (argentina) y al punto de declarar nulo todo pacto en contrario. Según el texto legal habrá justa causa "cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existiría en los supuestos de incapacidad, inhábilización, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 91, párr. 2do., ley 19.550). La determinación de la existencia de justa causa para

la exclusión de socio es, en última instancia, una cuestión de criterio, que queda librada a la sana apreciación judicial. Pero esa realidad se halla acotada por la previa aceptación de las pautas calificadoras de su existencia, es decir, los elementos que configuran la causal de exclusión. Indudablemente pueden sintetizarse en un concepto unificante, cual es el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la calidad de socio, a saber: la participación activa en la consecución del fin social, la colaboración, el cumplimiento del aporte, la lealtad hacia la sociedad y sus consocios, la abstención de toda actividad competitiva frente a la sociedad, la diligencia en el cumplimiento de las referidas obligaciones, la prudencia en el manejo de los negocios sociales. Desde luego, la nomenclatura precedente es enunciativa y no taxativa"(20).

En el caso peruano, la Ley General de Sociedades, ha establecido en el artículo 248, la posibilidad que el pacto social o estatuto de la sociedad anónima cerrada puedan establecer causal es de exclusión de los accionistas, indicando que el acuerdo de exclusión deberá ser adoptado por la junta de accionistas.

Así también prevé expresamente, aunque en nuestra opinión en forma innecesaria, la posibilidad de impugnar el acuerdo de exclusión. La impugnación es un derecho ya regulado en la Ley General de Sociedades y abarca también a este tema, por lo que consideramos que su regulación en el artículo 248 de la Ley General de Sociedades es redundante.

Siguiendo con el análisis del artículo en mención, advertimos que las causales deben estar preestablecidas en el pacto social o estatuto, descartando la posibilidad que otros accionistas o la junta exijan la exclusión del socio en forma arbitraria. La norma ha preferido que el pacto social o estatuto regule las causal es, bajo numerus clausus, en garantía de la condición y permanencia del socio en su calidad de tal. El problema puede suscitarse si la enumeración de causales es ambigua o subjetiva, pues de ser así, no representaría ninguna garantía para el socio, sino por el contrario una amenaza a sus derechos.

Aquí la solución no necesariamente está dada por la acción de impugnación que puede promover el socio perjudicado, siempre que cumpla los requisitos establecidos en la ley, porque esta solución es a posteriori de la exclusión, la medida sana es una revisión adecuada del pacto social o estatuto a fin de lograr su modificación y en todo caso, de no ser posible, demandar la nulidad de la disposición estatutaria por contravenir a la ley.

Es evidente que el mal comportamiento del socio en su calidad de tal es el que originará su -exclusión. Esta exclusión no implica pérdida del reembolso de su cuota social ni retención de la misma, a favor de los otros accionistas o la sociedad.

Al socio que se le excluye se le debe reembolsar su participación. Caso distinto es si la conducta del socio le ha originado daños a la sociedad, en ese caso la sociedad tendrá el derecho de reclamar los daños en la vía que corresponda. Es

común, por lo general, que la sociedad retenga el importe de la devolución de la cuota social, hasta las resultas del procedimiento.

Sin embargo, de no llegar el socio excluido y la sociedad a un acuerdo sobre esta posible retención, el socio podrá reclamar legítimamente su entrega, pues la acción de daños, si bien podrá ejercitarse en forma paralela y teniendo el mismo origen, no otorga la posibilidad de establecer la conexidad para su retención, salvo que el Juez lo autorice. Dicha autorización no se basará de ninguna manera en el hecho que la cuota del socio debe ser destinada a pagar la posible reparación que el Juez establezca, sino que dicha devolución se convierte en un crédito que la sociedad debe pagar al accionista excluido, de allí la idea de que dicho crédito garantice a través de una medida cautelar o pague el monto de la reparación.

1. Sustitución del socio

Josefa Brenes Cortez define la figura de la sustitución del socio, diferenciándola de la separación. Al respecto indica "que la culminación del expediente de separación implica la amortización de acciones, la reducción del capital social y la extinción del 'puesto' de socio como consecuencia del reembolso al accionista de su participación. Esta nota permite distinguir esta institución de socios situaciones que lejos de coadyuvar al cumplimiento del objeto social o la mera sustitución de socios en la titularidad de las cuotas sociales, ya que en tal caso la sustitución opera mediante la transmisión de las acciones a los demás accionistas o a terceras personas que adquieren de esta forma la cualidad de socios y no representa variación alguna de la cifra del capital social. Frente a ello el ejercicio legítimo del derecho de separación en los supuestos reconocidos en la ley y los estatutos, tiene como consecuencia una reducción del capital social y una disminución del número de socios que integraban las sociedad, salvo que la desvinculación de la compañía opere mediante la transmisión de la participación del socio a uno o mas adquirentes, en cuyo caso puede ocurrir tanto que se reduzca el número de socios que componen la compañía como que se aumente (esto último ocurrirá en el caso de que sus acciones sean adquiridas por más de una persona).

Ahora bien, no podemos olvidar que si el abandono de la sociedad acontece con esta última vía, las acciones del socio saliente no se amortizan, ni se reduce el capital, puesto que la cuota que aquél ostentaba pasa a titularidad de otra u otras personas.

A modo de conclusión puede afirmarse que la "pérdida de la cualidad de socio" en una sociedad anónima es una situación a la que puede llegarse a través de diferentes expedientes jurídicos. El mecanismo más sencillo de cuantos permiten la salida del accionista es la transmisión de su participación social a otros sujetos, pero no es la única vía, ya que ese mismo resultado puede conseguirse mediante el ejercicio del derecho de separación en aquellos supuestos en que legal o convencionalmente el 'socio aparece legitimado para ejercitar este derecho. Ahora

bien, aun cuando ambos institutos comparten como nota común que la pérdida por parte de un sujeto de la cualidad de accionista no afecta la subsistencia de la sociedad, también pueden apreciarse importantes diferencias entre la transmisión de las acciones y el derecho de separación, así mientras la transmisión de la participación social supone una mera sustitución en la titularidad de las cuotas sociales que no lleva aparejada una modificación sustancial en la estructura de la sociedad, el fenómeno de la separación determina importantes alteraciones en dicha estructura, porque la disolución parcial que el ejercicio de este derecho implica supondrá no solo una disminución del número de "puestos" de socio, sino también una modificación de un elemento tan esencial para la compañía como la cifra de capital, como consecuencia de que el reembolso de la cuota social se realiza con fondos de la propia sociedad(21).

Si bien nuestra legislación, no contempla la figura de la sustitución, con ese nombre, la misma se mantiene presente en todos los casos de transferencia de acciones o participaciones, con las implicancias que puede generar en cada tipo societario, incluso en el de la sociedad de personas. No dejemos de afirmar que la sustitución se concibe como el cambio de una persona en el lugar de otra y por razones que atañen estrictamente a dichas personas y no a la sociedad. En el caso del derecho de separación este ocurre por una causa de la sociedad, que tiene una repercusión de tal importancia en los socios, quienes para proteger sus intereses, se ven, incluso obligados a retirarse de la sociedad.

VII. DIFERENCIA DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO CON LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO

Josefa Brenes Cortez ha realizado el estudio comparativo de estas dos figuras legales y señala que "la nota de voluntariedad permite diferenciar la separación de la exclusión forzosa de la sociedad. Mientras que la separación supone la extinción de la posición de socio debida a su libre voluntad cuando concurran algunas de las causas legales o estatutariamente previstas, en la exclusión la cancelación del puesto de socio tiene lugar por decisión unilateral de la sociedad cuando se produce el acaecimiento de determinados motivos especificados por la ley o por el contrato, sin o contra la voluntad del accionista. Otra importante diferencia entre ambas figuras jurídicas radica en que, mientras las causas de exclusión dejando al margen aquellos supuestos que hacen referencia las vicisitudes personales de los socios cuando tienen relevancia para la sociedad, se han elaborado básicamente en torno a incumplimientos de importantes obligaciones de los socios, los acuerdos que legitiman al socio para separarse no pueden considerarse hipótesis de incumplimiento de pretensiones contractuales, puesto que las modificaciones estatutarias que constituyen el presupuesto material u objetivo del derecho de separación se adoptan en uso legítimo de la facultad que a la junta general le atribuye la LSA (Ley de Sociedades Anónimas Española).

En última instancia, la diferencia de fondo estriba en que, mientras la exclusión aparece configurada como una institución que permite salvaguardar la

subsistencia del ente mediante la expulsión de su seno de quienes por su conducta o circunstancias personales incurran en una justa causa de exclusión previa decisión unilateral de la sociedad, la separación se articula como un instrumento de protección de los socios minoritarios ante la adopción mayoritaria de determinados acuerdos que suponen una alteración de alguno de los elementos esenciales que pudieron motivar el ingreso del socio en la sociedad. Ahora bien, ambas figuras presentan importantes puntos de conexión que determinan su analogía conceptual. Así, tanto la separación como la exclusión se encuadran dentro del concepto genérico de la extinción del puesto de socio, mecanismo que va a permitir la desvinculación de uno o más partícipes de la compañía, con amortización de la cuota correspondiente y sin que la sociedad deba disolverse. En este sentido, puede afirmarse que ambas instituciones se configuran como instrumentos que posibilitan la conservación de la compañía, puesto que, tras la liquidación de la cuota de socio saliente, la sociedad continúa el desempeño de sus actividades con los restantes accionistas. De ahí que pueda afirmarse que tanto el derecho de separación como la exclusión del socio permiten resolver conflictos graves y duraderos entre mayoría y minoría desvinculando al accionista de una relación comercial que ha devenido en intolerable, pero sin provocar la desaparición del entramado contractual y organizativo de la sociedad. Por tanto, el efecto común de la separación y de la exclusión es la pérdida de la condición de socio y, en consecuencia la de los derechos y obligaciones correspondientes a dicha condición"(22).

A manera de conclusión podemos afirmar, que tanto la separación como la exclusión, eliminan al socio de la esfera social, situación que no necesariamente es ventajosa para la sociedad. La separación de un socio puede originar, incluso la disolución de la sociedad, situación que puede configurar una causa típica de disolución de las sociedades de personas. Así, también la exclusión, nos lleva a pensar en la frase, que a veces el remedio es peor que la enfermedad, pues la desaparición del socio de manera forzosa puede traer consecuencias graves en la vida de la sociedad. De allí que los socios tienen una gran responsabilidad frente a la sociedad, por las causales de separación y exclusión que establezcan o incorporen en el estatuto social.

LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Alfredo FERRERO DIEZ CANSECO(*)

Agradezco especialmente al Dr. Eduardo Garcra-Godos M.. por su valiosa contribución al presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad comercial de responsabilidad limitada (SAL) encuentra su origen en Europa el siglo XIX como derivación de la sociedad anónima y recibió un tratamiento paralelo similar en diversos países.

Como no podía ser de otro modo, su origen respondía a la necesidad de regular aquellas actividades no bien atendidas eficazmente por los modelos societarios vigentes.

Hasta ese momento la sociedad anónima se había implantado como el único modelo legal disponible para las iniciativas empresariales cualquiera fuera el capital involucrado. Sin embargo, aquellas actividades emprendidas por un grupo reducido de personas, relacionadas en muchos casos por vínculos familiares o de amistad veían serias dificultades en su estructura, considerando a la sociedad anónima como muy rígida y formal lo cual le restaba dinámica a una organización de dimensión mediana o pequeña que pretendía ser suficientemente flexible. En este sentido, la SRL ofrecía así una propuesta adecuada para empresas de pocos socios quienes mantenían lazos personales estrechos y con goce de autonomía patrimonial a través de la responsabilidad limitada.

Manuel Broseta Pont, observó que el origen de la SRL ofrecía un planteamiento contradictorio y si se quiere paradójico pues se pretendía conjugar la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales (propia de la sociedad anónima) con la mayor libertad posible en orden a su organización interna (rasgo característico de las sociedades de personas y en particular, de la colectiva) en una estructura unitaria y cerrada de la sociedad(1).

Tras comprobar la necesidad de respaldar jurídicamente el tipo de iniciativa empresarial, diversos países comprendieron en sus ordenamientos la estructura básica de dicho modelo. Así, en el Reino Unido fue incorporado en el Companies Act de 1862, correspondió lo propio en Alemania mediante la Ley del 20 de abril de 1892 a la cual, por cierto, tuvo una gran influencia legislativa en Europa. En España, la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada estuvo contenida en la Ley del 17 de julio de 1953. Esta última, comparte elementos en común con el modelo escogido por el legislador nacional y sus características serán comparadas frecuentemente en el presente trabajo.

II. LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL PERÚ

1. Antecedentes

El modelo societario fue regulado por primera vez de manera orgánica en el Perú en la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966; sin embargo, algunos autores consideraron que podría encontrarse en el Código Civil de 1936 un antepasado remoto en la sociedad civil de responsabilidad limitada la que fue propuesta como un instrumento "familiar" para efectuar la división de los pequeños patrimonios sin eliminar la personalidad de los socios, facilitándoles a su vez la administración y directa fiscalización de los intereses comunes(2).

El diseño de la SRL, que respondía a un patrón generalmente aceptado, contenía elementos de las sociedades capitalistas por cuanto, como su denominación lo sugiere, la responsabilidad alcanza únicamente hasta el monto de los aportes efectuados. Asimismo, se incorporaron elementos personalistas en tanto se establecían limitaciones en cuanto al número de socios así como a la transmisibilidad de las participaciones sociales, de modo que se pretendía dificultar la entrada de terceras personas a fin de mantener la cohesión de la sociedad.

La SRL tuvo una amplia acogida en virtud de su compatibilidad con los negocios medianos y pequeños así como su flexibilidad en su regulación.

Como se sabe la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (LGS) vigente no incluyó en el texto presentado a la SRL, en virtud que la creación de la Sociedad Anónima Cerrada (SAC) cumpliría el rol antes desempeñado por dicho modelo aunque tuviese rasgos distintivos particulares que más bien constituían una mejora. Fue la Comisión Revisora del Congreso de la República la que insistió en mantener a la SRL por razones básicamente socio-políticas que merecerían ser tomadas en cuenta. Se sostuvo al respecto, que son generalmente las pequeñas y medianas empresas las que adoptaban dicho modelo societario y dada la probable precariedad de su situación les sería sumamente oneroso afrontar los costos de una adecuación estatutaria a la nuevas regulaciones.

En segundo lugar, diversos especialistas llamaron la atención en el hecho que la SRL había representado una ventaja importante para captar inversiones extranjeras en proyectos de gran envergadura, dado que podía ser calificada como una asociación de personas o "partnerships", para efectos tributarios. Se daba cuenta del caso de empresas multinacionales que están sujetas a imposición tributaria en su propio país y en el país receptor de la inversión, tal como acontecía en el caso de Estados Unidos de Norteamérica.

La calificación como "partnership" que recaía sobre la SRL permitía al inversionista aprovechar un régimen tributario especial a través del cual podía deducir en los Estados Unidos la totalidad del impuesto pagado en el Perú. Dicha

calificación, atribuida a sociedades de carácter personalista, es fundamentalmente por la carencia de dos elementos propios de las sociedades de capitales como son la libre transferencia de participaciones y la administración centralizada(3).

El artículo 283 de la LGS ha reproducido literalmente el de su inmediato antecedente en la ley derogada describiéndola como una sociedad con un capital dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles que no podrán ser incorporadas en títulos valores ni denominarse acciones. Asimismo, limita el número de socios a veinte y consagra, desde luego, la responsabilidad limitada. Es decir, desde ya, el modelo societario contenido en la SRL no se ha visto afectado en cuanto a su estructura, sin embargo en el marco de la reforma introducida a raíz de la entrada en vigencia de la nueva LGS en 1998, sí redefine el escenario y el rol de la SRL como lo veremos más adelante.

2. Características generales de la SRL

De acuerdo a lo expuesto se podría decir que la SRL ha sufrido una evolución de lo que vendría a ser un modelo predominantemente personalista hacia uno que ha adoptado otros elementos propios de un modelo de naturaleza capitalista conforme se verá oportunamente. Recogiendo lo afirmado por el Dr. Elías Laroza: "En un principio la SRL se estructuró sobre la base de las sociedades personalistas en las que predomina el elemento *intuitu personae* y el *affectio societatis*, limitándose la responsabilidad de los socios a su aporte, rasgo característico de las sociedades de capitales. Es decir, tomó elementos de las formas societarias que habían existido hasta esa época para dar origen a un nuevo tipo con características tanto personalistas como capitalistas"(4). La limitación en el número de socios constituye así uno de los rasgos sintomáticos más característicos de la naturaleza cerrada de la SRL.

Ahora bien, es evidente la similitud de la SRL con el modelo de la SAC lo cual como se indicó líneas arriba fue advertido oportunamente pues la SAC fue concebida a su vez para sustituir a la SRL. Vamos a detenemos un instante para comparar las características de ambas, sin perjuicio de los comentarios que deban realizarse a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, conforme se indicó en la introducción, la Comisión Revisora vio conveniente mantener la SRL por los costos "sociales" que ocasionarían más que por una deliberación de orden técnico. Ello en virtud del gran número de empresas que tendrían que abandonar el modelo de constitución de sus sociedades para transformarse en otra, así como las dificultades que ocasionarían en el reconocimiento de una organización distinta por parte de otros países con inversiones en el Perú especialmente los Estados Unidos de Norteamérica.

La SAC y la SRL comparten una estructura similar. En líneas generales, ambas sociedades son de responsabilidad limitada y el número de socios no puede exceder de veinte. No obstante, la SAC resulta ser una modalidad de la SA que ha sido dotada de elementos personalistas, lo que la hace "cerrada" --como su misma

denominación lo sugiere- para hacerla compatible aquellas iniciativas empresariales de grupos reducidos o familiares. Ambas sociedades son de responsabilidad limitada y el número de socios no puede exceder de 20. Asimismo, la SAC, al derivarse de una estructura capitalista es algo más flexible en el régimen de la administración, permitiendo la existencia del Directorio, a su vez, el régimen de transferencia de acciones resulta ser menos rígido que su similar en la SRL, conforme se verá al abordar dicho tópico.

Es importante anotar que a diferencia de otras experiencias, la dimensión de esta sociedad no ha exigido que el legislador imponga un límite máximo al capital como sucedió en España antes de la publicación de la Ley 19/1909 (aunque sí se contempla un capital mínimo) lo cual se puede justificar por el hecho que la dimensión del negocio a través de la inversión no necesariamente le quita la naturaleza de "cerrada".

III. LA DENOMINACIÓN SOCIAL DE LA SRL

El artículo 273 de la anterior LGS dispuso expresamente que la SRL llevaría una denominación objetiva o razón social. El enunciado fue cuestionado dado que la "razón social" corresponde a las sociedades con responsabilidad ilimitada. En ese sentido, la actual ley ha corregido dicha imprecisión indicando que la SRL lleve una "denominación social" al igual que la sociedad anónima.

La denominación social sufrió además un cambio en la abreviatura del modelo societario. Actualmente, la sociedad comercial de responsabilidad limitada debe llevar las siglas "S.R.L" a diferencia de la anterior ley que establecía que estas debían ser "S.R.Ltda."

IV. ÓRGANOS DE LA SRL

La SRL no ha sufrido mayores modificaciones en cuanto a la estructura orgánica de la forma societaria. Los acuerdos más importantes de la sociedad son adoptados por los socios, conforme al procedimiento que acojan para este efecto, correspondiendo la administración de la sociedad a los gerentes.

La incorporación de la SAC aporta sin duda nuevos elementos para un análisis comparativo entre la funcionalidad de ambos modelos. Como se anticipó a diferencia de lo que acontece con la SRL, la SAC puede instituir un Directorio como órgano intermedio aproximándose a la estructura de la sociedad anónima ordinaria. Esta posibilidad está negada para la SRL dada la necesidad de mantener su estructura a pesar de las innovaciones sobrevenidas con la SACo

La organización de la SRL en base a estos dos órganos pretende darle dinámica Y fluidez en la gestión. Debe recordarse para estos efectos que las actividades empresariales compatibles con este modelo son generalmente pe. queños y medianos negocios en los cuales los socios también ejercen la gestión de la sociedad. En este sentido, la habitual concentración de capital y gestión a este modelo podía hacer innecesaria la función de un órgano intermedio.

1. Los socios

La disposición sistemática de la nueva LGS ubicó lo referido a la formación de la voluntad social antes de ocuparse de la administración de la SRL, en un orden jerárquico, mejorando así la organización prevista en la anterior ley.

El artículo 286 de la LGS señala que la voluntad de los socios que representen la mayoría del capital social regirá la vida de la sociedad, dejando que se establezca estatutariamente los mecanismos que garanticen su autenticidad. En ese sentido aunque se le ha denominado junta de socios, la LGS no -ha previsto la constitución de un órgano con dicha nomenclatura, tal como sucede con la junta de accionistas, ni impone formalidades especiales para la celebración de las juntas, salvo lo previsto en el último párrafo del artículo 294 que nos remite al régimen de la SA para los casos de la convocatoria y celebración de las juntas así como la representación.

En esa misma línea, la LGS exige que los acuerdos se adopten con el voto favorable de mayorías del capital social. Ello es en virtud que la LGS no impone que los acuerdos se adopten necesariamente en juntas ni que por ello se apliquen diferentes tratamientos entre la mayoría del capital social y la mayoría del capital concurrente a una junta, dejando a salvo en todo caso a los socios que decidan la forma cómo adoptar acuerdos específicos.

La junta general ha sido definida como reunión de socios debidamente convocados para deliberar y decidir por mayorías los asuntos relativos a la vida de la sociedad en la órbita de su propia competencia(S). Entonces, la denominación de junta de socios sugeriría que se convoca a los socios a una reunión, cuyo objeto sea deliberar y eventualmente, decidir sobre ciertos asuntos de interés de la sociedad o los socios.

El texto de la actual norma mantiene el espíritu de la legislación anterior lo cual pudiera otorgarle flexibilidad a esta forma societaria al prescindir de la denominación de junta de socios. Y es que el número reducido de socios que estas sociedades suelen tener, hace que la voluntad social pueda manifestarse sin necesidad de convocar a una junta o asamblea.

Las posibilidades pueden presentarse desde una SRL que cuente con dos socios de los cuales uno de ellos -que concentre la mayoría del capital social- podrá "decidir" el destino de la sociedad, hasta grupos mayores que podría adoptar acuerdos en un contrato u otro documento que únicamente garantice autenticidad. La libertad estatutaria se torna bastante flexible para la adopción de acuerdos que reflejen la voluntad social, no siendo siquiera necesario que éstos consten en un Libro de Actas y menos que sea legalizado. Asimismo, se resolverá en ese nivel estatuario relativo al quórum y votación. Sin embargo, un documento en el cual consten los acuerdos de los socios disminuye considerablemente los conflictos que pudieran presentarse entre ellos. Ello posibilita recurrir a formas alternativas de registro o archivo de los acuerdos siempre y cuando la voluntad de los socios quede puesta de manifiesto de manera indubitable. Del mismo modo, se permite

que la convocatoria a reunión o junta de socios pueda realizarse mediante esquelas bajo cargo, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción.

2. La administración de la SRL

a. Generalidades

El artículo 287 concentra una serie de disposiciones referidas a la administración de la sociedad. La posibilidad de encargar la administración a más de un Gerente supone brindar mayor flexibilidad en la gestación de la sociedad designando varios responsables.

A diferencia de la SAC, en la SRL no se permite un órgano intermedio como el directorio a cargo de la administración de la sociedad. En ese sentido, la identidad entre la propiedad y administración pudiera ser más visible, a diferencia de lo que suele ocurrir en la SA tradicional en la cual a medida que va dispersándose la propiedad de las acciones de las sociedades, resulta menos frecuente que coincidan en las mismas manos la propiedad y administración de los títulos(6).

Sin embargo, esta realidad propia de la SA de desvincular capital y gestión ha llevado a que diversas legislaciones no exijan la calidad de socio para ser nombrado administrador>. Tal es el caso de nuestra LGS que ha dispuesto que los Gerentes pueden ser socios o no posibilitando que la sociedad cuente con personas expertas en la actividad que la sociedad vaya a emprender. Al comentar un enunciado similar previsto en la ley española Joaquín Garrigues señala que:

"En la regulación de esta materia chocan de nuevo el principio que atribuye el carácter de gestor de todo socio por el solo hecho de serlo y el principio colectivista que funda la gestión en una relación jurídica independiente de la realidad de socio (organicismo de terceros)."(B)

La LGS ratifica la personería de los Gerentes al precisar que éstos representan a la sociedad en las actividades que constituyen su objeto social. La forma y modo de ejercicio deberá ser dispuesto por la junta general en el acto de nombramiento o cuando así lo considere.

Broseta Pont señala al respecto que:

El órgano de administración en las diferentes modalidades que permite la Ley (Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada Española) reviste un carácter eminentemente ejecutivo gestionando y representando a la sociedad bajo las indicaciones de la Junta General. Se trata por tanto de un órgano permanente con una doble vertiente: interna (en tanto gestor de la sociedad) y externa (por su capacidad de representar a la Sociedad Anónima frente a terceros.)(9).

El artículo 278 de la Ley General de Sociedades anterior establecía drásticamente que no tendría validez contra terceros cualquier limitación en las facultades representativas de los gerentes, lo cual a nuestro entender le restaba eficacia

organizativa a la sociedad al no asignar eficientemente las responsabilidades de los gerentes.

La ley actual corrige el criterio anterior eliminando dicha restricción y se limita a señalar que los gerentes representan a la SRL en todos los asuntos relativos a su objeto. De este modo, los socios pueden limitar válidamente el alcance de las facultades de representación de los gerentes, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 12 que dispone que los terceros no se verán afectados por los actos de los representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les hayan conferido aunque tales actos comprometen a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

No obstante ello, el artículo bajo comentario establece desde ya que los gerentes o administradores gozan per se de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de su nombramiento. La opción legislativa sigue el derrotero previsto para la SA en cuanto a los alcances de las facultades de los gerentes lo cual simplifica la determinación de su ámbito de acción en atención a la naturaleza de esta "persona órgano" como representante de la sociedad. Finalmente, cabe indicar que en aplicación del último párrafo del artículo 14 de la LGS estas facultades pueden ser eventualmente recortadas, ampliarse o ser asignadas de otro modo, si así se dispone en el estatuto o lo acuerdan los socios.

b. Nombramiento de los administradores El nombramiento de los gerentes corresponde sin duda a los socios, dada

la ausencia de un órgano intermedio que se ocupe de ello. El acto de nombramiento pone de manifiesto que la relación entre el administrador y la sociedad es de naturaleza orgánica y no contractual, nacida de un acto social unilateral(10) aunque de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la LGS dicho acto surta efectos desde la aceptación expresa o tácita del cargo.

Asimismo, como nos lo recuerda Elías Laroza será necesario que se otorgue a los gerentes las facultades necesarias para la administración de la sociedad. Tales facultades pueden conferirse según la función que cada gerente desempeñe, cuidando que al menos uno de ellos tenga suficientes facultades para celebrar los actos y contratos ordinarios correspondientes al del objeto de la sociedad(11).

Por otro lado, la LGS prohíbe a los Gerentes dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto de la sociedad. El precepto descrito se sustenta en un deber de lealtad consustancial a la condición de administrador previniendo así un aprovechamiento indebido en beneficio propio o incluso de terceros (a través de labor por cuenta ajena) de la información a la cual se accede con ocasión del cargo.

La disposición es claramente prohibitiva pero sugiere la idea si acaso los socios pudieran permitir o autorizar al gerente a realizar dicha actividad si consideran que ello no afectaría la gestión desempeñada en la sociedad.

La legislación española prevé que dicha limitación pueda ser salvada si media el acuerdo expreso de la junta de socios autorizando la actividad competitiva. Según

Broseta Pont, la doctrina no ha valorado positivamente la posibilidad de soslayar la prohibición por la vía del acuerdo de la junta y, para impedir, abusos pide que la autorización se conceda en forma singular e individualizada; por su parte, el artículo 53.2b) de la Ley española dispone que el acuerdo sea adoptado con la concurrencia de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social(12).

c. Obligaciones y responsabilidades de los administradores

Conforme se explicó, la administración de la sociedad se encarga a uno o más gerentes, sean socios o no. La administración tal como sucede en las demás formas societarias es un órgano necesario y permanente al que la Ley confía todas las funciones inherentes a la gestión o administración y a la representación de la sociedad(13).

La similitud estructural con laSAC, incluso para el régimen de la administración, ha llevado a que desde el punto de vista organizacional algunos autores califiquen a la SRL como una SAC sin directorio ya que a diferencia de la facultad prevista para esta última, la SRL no tiene posibilidad de insertar un órgano intermedio como el directorio. Las razones que sustentan la opción legislativa (recogida de la legislación precedente) son consistentes con la dimensión de la sociedad, que permite que frecuentemente los socios se vean involucrados en la gestión directa de las operaciones.

La entrega de la administración en una pluralidad de personas no permite deducir con claridad que se pueda constituir un órgano colegiado siendo más bien que el ejercicio es individual aunque se pueda disponer el ejercicio conjunto de determinadas facultades.

Ciertamente, las innovaciones en la LGS en cuanto a la regulación de la administración de las sociedades anónimas ha proveído de nuevas herramientas para la adopción de los esquemas de administración más compatibles con las necesidades comerciales de la SRL. Así, estimamos que la gestión de la administración podría ser encargada a una persona jurídica, socia o no de la sociedad y ejercer las atribuciones análogas a las previstas en el artículo 188 de la LGS.

Ahora bien, con relación a los deberes de los administradores debemos necesariamente remitirnos a las normas que gobiernan lo propio en la SA. Estimamos así que son aplicables a los administradores los mismos estándares de probidad y profesionalismo exigidos para aquellos de las SA. Señala Broseta Pont: "El nivel de diligencia exigido a los administradores de una sociedad limitada en el ejercicio del cargo coincide con el que se impone en sede de la sociedad anónima al referirse a los directores"(14).

Como se sabe, una de las grandes dificultades enfrentadas por la doctrina ha sido la interpretación del enunciado "ordenado comerciante y representante legal",

indicado en el artículo 171 de la LGS al referirse a los directores de las sociedades anónimas.

No es el propósito tratar un tema que, en extenso, será tratado en los comentarios al régimen de la administración en las SA. Solamente a modo de repaso merece indicarse que la diligencia de un ordenado comerciante y representante legal constituyen los parámetros que nos permiten calificar la situación de un administrador. Las exigencias de la ley están referidas a la actuación de un comerciante, es decir, de un profesional del comercio, lo cual lleva implícito una experiencia y unos conocimientos que no son los mismo que los de una persona que no ejerce el comercio.

En cuanto al deber de actuar con lealtad, cabe citar a Ernesto Eduardo Montorell quien sostiene que este deber:

"Constituye la contrapartida de la confianza depositada por los socios en la designación de aquellos y se vincula con el plexo de facultades con que ha sido investido el administrador para el cumplimiento del. objeto social, las cuales habrán de ser ejercidas en interés de la compañía"(15).

El artículo 288 establece que los gerentes responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades o negligencia grave. Previamente, la sociedad debe decidir la acción de responsabilidad por mayoría simple del capital social.

Sin embargo, la antigua Ley General de Sociedades disponía en el segundo párrafo del artículo 280 que los gerentes responderían en los mismos supuestos (daños por dolo, abuso de facultades o negligencia grave), también frente a los socios o acreedores sociales cuando hubieran lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos.

Cabe por ello preguntarse si se eliminó deliberadamente lo referido a la responsabilidad frente a terceros o socios, que sí está prevista de modo expreso al regular la gerencia en el caso de las SA (al igual que la parte correspondiente en la anterior Ley). Al respecto, estimamos que aun cuando la LGS no haga una remisión expresa al régimen de la SA, éste podría ser de aplicación y por tanto, le corresponde al gerente responder por los daños a terceros y socios(16).

Cabe recordar que en el caso de la SA se acoge un doble tratamiento en la responsabilidad de los administradores. El primero se refiere a la pretensión social de responsabilidad (artículo 181 de la LGS) la cual procede en tanto se ha producido un daño al interés social. El segundo, se refiere a las pretensiones individuales en caso se haya afectado directamente a los socios o terceros.

Ahora bien, los comportamientos indebidos del gerente que lo hacen responsable son el dolo, abuso de facultades y la negligencia grave. Merece comentar esto último dado que la nueva LGS ha optado por excluir a la negligencia leve como causal de responsabilidad poniendo así fin al debate sobre si el standard de "ordenado comerciante" y "representante leal", lo haría también responsable por la negligencia leve.

En este sentido, como se comentó anteriormente, las imputaciones por negligencia leve dejarían a 10\$ administradores demasiado expuestos y vulnerables frente a actividades empresariales que son por naturaleza "de riesgo". Ello involucraría interminables discusiones y potenciales demandas que le restarían dinámica a la actividad comercial en general y creando así costos de transacción no deseados.

d. Remoción de los administradores

Ahora bien, los gerentes podrán ser removidos por los socios requiriéndose para ello la mayoría simple de aquellos que representen las participaciones sociales. Sin embargo, el sesgo personalista de este modelo queda de manifiesto al establecer que cuando el nombramiento del gerente hubiese sido condición del pacto social, solo podrá ser removido judicialmente y por dolo o culpa o inhabilidad para ejercer el cargo (art. 287 de la LGS).

El o los administradores desempeñan un doble rol: (i) en tanto órgano societario dotado de facultades de representación ante terceros, con deberes y derechos provenientes de su estatus y (ii) la dimensión de trabajador en tanto se presenten los elementos esenciales que la ley establece.

En ese sentido, la remoción no enerva aquellos derechos que el~ haya adquirido por el ejercicio del cargo, como los de naturaleza labora.-í que el gerente que reúna a su vez la condición de trabajador gozará de la protección que la ley le franquea(17).

V. TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES

La transferencia de participaciones sociales inter vivos descansa sobre la idea de la defensa de lo que puede considerarse como integridad del grupo social, preservándolo fundamentalmente del ingreso de personas extrañas a éste.

1. Generalidades

Como lo señala el artículo 283 de la LGS el capital de la SRL se encuentra dividida en participaciones iguales, acumulables, indivisibles que no pueden ser incorporadas en títulos valores ni denominarse acciones. Así como en las demás sociedades con visibles componentes personalistas, la participación es una parte del capital y la propiedad provee de derechos a los socios en el marco de un sistema de transmisibilidad rígido.

La configuración jurídica de las participaciones sociales como partes alícuotas de capital social ha sido realizada de manera semejante a la acción y así también cumplen roles afines. Sin embargo, al establecer la naturaleza propia de las participaciones se ha utilizado como rasgo distintivo de la misma, la prohibición de

que las participaciones sociales estén representadas en títulos valores o se denominen acciones.

El impedimento de que las participaciones puedan ser incorporadas en títulos valores y denominarse acciones, proviene del hecho que en principio, las participaciones están sujetas a un estricto régimen de transmisibilidad incompatible con la naturaleza de los títulos valores que poseen vocación de ser circulados. Sin embargo, debe señalarse que dicha prerrogativa puede aplicarse al régimen de transferencia de acciones, empero ello responde a intereses distintos de aquellos que informan el régimen de transmisibilidad en una sociedad con rasgos personalistas.

La igualdad de las participaciones consiste no solo de un mismo valor nominal sino en un mismo contenido de derechos. Uría señala que la acumulabilidad implica sencillamente la posibilidad de que los socios poseen una pluralidad de participaciones sin que por ello pierda ninguna de ellas su autonomía e independencia lo que permitirá la disposición separada de unas y otras para encargarlas, gravarlas, etc. La indivisibilidad por su parte, quiere decir que las participaciones no pueden fraccionarse en participaciones de menor valor^{1B}).

La participación social no es solo la alícuota del capital social, sino que se manifiesta como una relación jurídica tanto entre el socio y la sociedad como con los demás socios, lo cual determina el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial y administrativo que la hacen ver como una realidad unitaria⁽¹⁹⁾.

Según Antonio Perdices, la participación social unifica y sintetiza así una posición de poder y responsabilidad en el seno de una organización sin perjuicio de que esa posición se despliegue como en tantas otras cosas en una pluralidad más o menos compleja de deberes y derechos derivativos⁽²⁰⁾.

2. La acción de la SA y la participación de la SRL

La doctrina y jurisprudencia se han preocupado con reiteración de resaltar las analogías y diferencias que existen entre la acción de la SA y la participación social de la SRL²¹). Ambas son parte del capital social, determinan la posición de socio cuyos derechos se ejercitan en estrecha dependencia del número de acciones o de participaciones que se posean y en ambas se comprueban las notas de igualdad, acumulabilidad e indivisibilidad.

Para algunos autores la diferencia fundamental radica en el hecho que la acción está incorporada en un documento o una anotación en cuenta y constituye por ello un valor mobiliario, mientras que las participaciones carecen de dichos atributos, lo cual ha llevado que se afirmase que la participación es una acción no documentada⁽²²⁾. La doctrina española ha discutido incluso si podría admitirse que se creen participaciones sin derecho a voto, aunque no se hallen expresamente reguladas.

Sin embargo, para Broseta Pont, no debería soslayarse el trasfondo de la participación y su significado dentro del modelo societario. Las diferencias según este autor, se comprobarían con atención al régimen de transmisibilidad de participaciones, especialmente lo referido a las restricciones a la libre transmisibilidad; afirma así que la acción es expresión de un *intuitus pecuniae* y la participación de un *intuitus personae*(23).

3. La transferencia de participaciones *in ter vivos*

La participación social, como parte que es del capital y como conjunto de derechos corporativos, constituye un bien susceptible de ser transferido por cualquiera de los distintos medios que el derecho permite de acuerdo a la naturaleza de este bien(24). La LGS prevé los supuestos de transmisión *inter vivos* y *mortis causa*. Con respecto al primero, el artículo 291 regula el régimen de transferencia describiendo el derecho de adquisición pertinente así como las demás formalidades y requisitos de validez de la operación.

Es en este aspecto en el que se hace visible la naturaleza de la SRL como "cerrada" *prima facie*, permitiendo que el estatuto disponga otros pactos y condiciones para la transferencia de participaciones, pero en ningún caso se podrá pactar la prohibición total de transmitirla. El enunciado "otros pactos y condiciones" entendido en sentido *lato* importa pues que los socios pueden eliminar el derecho de preferencia. Este tópico ha recibido un tratamiento distinto en la legislación española.

Al respecto, Broseta Pont comenta que:

"la sociedad limitada (Oo.) se sitúa en la visión del legislador dentro de la idea clásica de una sociedad "cerrada" sin que los estatutos puedan clausurarla plenamente, impidiendo la salida de los socios de la sociedad (art. 30.3 LSRL española), ni tampoco convertirla en una sociedad "abierta" pues se declara la nulidad de las cláusulas estatutarias "que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos '*inter vivos*' (art. 30. LSRL)"(25).

a. Restricciones a la transferencia de las participaciones

Pues bien, el procedimiento previsto para el ejercicio de derecho de preferencia es similar al que regula las SAC (art. 237 LGS). Sin embargo, el régimen de la SRL viene a ser más estricto. Es importante señalar respecto a este procedimiento que si dentro del plazo indicado de 30 días se hubiera convocado a junta con el objeto de pronunciarse sobre la adquisición de las participaciones por la sociedad y los socios no tomen una decisión al respecto, el socio interesado podrá proceder a transferirlas.

El artículo 291 de la LGS dispone que la transferencia de participaciones se forma/iza en Escritura Pública y debe inscribirse en el Registro Público, siendo esta formalidad visiblemente *adsolemnitatem*. En consecuencia, la transferencia de participaciones sociales se perfecciona solo con la inscripción en el registro y no antes(26). De ahí que además la exigencia de llevar un libro de Registro de Participaciones Sociales resulta innecesaria, toda vez que la publicidad en la

composición del capital social queda comprobada con su aparición en el Registro Público(27).

No podemos negar que las formalidades exigidas para la transferencia de participaciones no necesariamente cumplen el propósito de mantener a la sociedad como cerrada. Y es que la obligación de registrar toda transferencia de participaciones (y otros actos jurídicos que afecte a éstas) pudiera generar una carga adicional más que proveer de una herramienta de protección de la base personal.

El régimen de transferencia de participaciones, como rasgo distintivo de una sociedad de orientación personalista, tiene importancia en una dimensión más interna -en tanto interesa a los socios que buscan la cohesión del grupo-, que externa, puesto que a los terceros pudiera no interesarles la composición de la sociedad. En ese sentido, estimamos que la partida registrar de la sociedad debería reservarse únicamente para aquellos actos inscribibles de interés de terceros. En todo caso, podría exigirse que los actos de disposición deban constar únicamente en Escritura Pública.

Al comentar la legislación española, Mercedes Végez, señala que puede considerarse también que existe cierta lógica en la determinación legal de prohibir las cláusulas que establecen la libre transmisibilidad de las participaciones, si se tiene en cuenta la configuración del tipo social como sociedad cerrada y que el peculiar sistema de las participaciones sociales en el Derecho español como forma de instrumentar la participación del socio en la vida social, distinto del régimen de cuota única por socio, podría distorsionar la caracterización del tipo social si junto a él se previera un régimen de libertad total en las participaciones sociales(28).

Podría también pensarse en la posibilidad de incorporar cláusulas de transmisión obligatoria de las participaciones sociales. Este tipo de cláusulas cuya admisión en el seno de la SA ha sido objeto de distintas posiciones en la doctrina fueron reconocidas como medio de presión en supuestos de incumplimiento de una obligación asumida por el socio en cuanto alternativas de su exclusión. Se trata pues de cláusulas de transmisión conectados con supuestos de exclusión cuya utilización puede ser interesante en relación con el incumplimiento por parte de los socios de su obligación a realizar prestaciones accesorias(29) .

4. Transferencia mortis causa

Las participaciones sociales como bienes forman parte de la masa hereditaria y como tales su transmisión mortis causa se verifica con arreglo al derecho de sucesiones, lo cual supone que la condición de socio podría acarrear una situación de copropiedad entre los herederos sea por razón de una sucesión intestada o testamentaria.

El artículo 290 de la LGS regula lo relativo a la transmisión de las participaciones por sucesión. Al igual que la legislación precedente, el estatuto podría otorgar a la sociedad un derecho de preferencia para la adquisición de las participaciones pertenecientes al socio fallecido. La posición adoptada tiene por objeto prevenir la

descontrolada admisión de cualquier heredero o legatario que exponga a la sociedad a recibir a una persona no deseada. Vergez afirma que:

"Esta solución responde a dos tipos de consideraciones. Por un lado se confirma que no se trata de una sociedad estrictamente personalista, pues no funciona a ultranza el intuïto persona e y, por otro lado, se reconoce el significado especial que la transmisión mortis causa tiene y que no determina en todo caso y de una manera tan clara la entrada de un tercero ajeno por completo al núcleo personal y económico del causante".

Elías Laroza señala que una de las formas de mantener la sociedad cerrada es a través de que los socios puedan subrogarse en el derecho de los herederos o legatarios y adquirir las participaciones de los otros socios, cuando estos fallecen(30). Esta posibilidad aparece a su vez prevista en el artículo 240 de la LGS referido a la SACo Sin embargo, a diferencia de lo previsto en ésta, el artículo 290 de la LGS no hace mención alguna al valor de transferencia de las participaciones ni propone la manera como debe solucionarse cualquier discrepancia en la determinación del mismo, debiendo ser ello contemplado en el estatuto.

Conviene analizar el supuesto de que el socio fallecido haya también estado comprometido a efectuar prestaciones accesorias. Al respecto, habida cuenta el silencio de la ley sobre este punto específico, debemos considerar que aunque la transmisión mortis causa implica una cesión de la condición de socio, ello no se haría extensivo a aquellas obligaciones o relaciones jurídicas atribuidas por consideraciones personalísimas del fallecido, de modo que los herederos o legatarios se verán liberados de esta obligación, salvo pacto en contrario claro está.

VI. GRAVAMENES y CARGAS SOBRES LAS PARTICIPACIONES

Las participaciones sociales como bienes pueden ser objeto de copropiedad y son susceptibles de ser gravadas o sufrir otras cargas como medidas cautelares.

El artículo 292 de la LGS nos remite para estos efectos a los artículos 107 Y 109 de la LGS que regula el tratamiento del usufructo y la prenda de acciones, respectivamente. Exige además que la constitución de éstos deben constar en Escritura Pública e inscribirse en el Registro Público, guardando congruencia con lo requerido para el caso de la transferencia de participaciones.

1. Usufructo sobre participaciones

Para el usufructo y la prenda de participaciones, son de aplicación los artículos 107 Y 109 de la ley. El supuesto bajo comentario no despertó el debate que se originó al regularse el usufructo sobre las acciones(31) en virtud que las participaciones no son incorporadas en títulos valores, de modo que el objeto del derecho real es la participación en tanto de derecho del socio.

Es así que el usufructo sobre una participación nunca podrá tener por objeto una cosa sino únicamente un derecho, lo cual es permisible según nuestro ordenamiento civil. Al respecto, el artículo 999 del Código Civil señala que el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles lo cual nos

remite al numeral 8 del artículo 886 del mismo cuerpo legal que considera como bienes muebles las acciones o participaciones que cada socio tenga en la sociedad.

En aplicación del artículo 107, salvo pacto en contrario, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos o en especie acordadas por la sociedad durante el plazo del usufructo. En este sentido, el usufructuario tiene el derecho a percibir los dividendos, en dinero o en especie, acordadas por la sociedad durante el plazo del usufructuario, mientras que al nudo propietario le corresponde ejercer los derechos de socio.

La estructura de las titularidades en el usufructo de participaciones en este punto no difiere de la del accionista. En primer lugar, la calidad de socio recae en el nudo propietario, dejando en claro que el usufructuario ni es titular único ni es cotitular de la participación en el mismo nivel. Luego, el nudo propietario conserva todos los derechos que como socio la ley y el estatuto le franquea, manteniendo un carácter potencial en cuanto a ciertos beneficios económicos dada su renuncia a los dividendos.

Resulta pertinente lo advertido por Elías Laroza en el sentido que esta LGS otorga al usufructuario el derecho de percibir los dividendos que acuerde la sociedad durante el período del usufructo(32). En consecuencia, la duda sobre si los beneficios del usufructo están limitados a los dividendos provenientes de utilidades de operación o incluyen también las ganancias de capital o cualquier clase de acciones liberadas ha quedado resuelta por nuestra ley. Desde luego los demás derechos del socio distintos del de percibir dividendos permanecen bajo el dominio del nudo propietario.

Vergez comenta sobre el mismo régimen que los créditos a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo nacen directa o inmediatamente en el patrimonio del usufructuario. En tal sentido, si bien en principio el nudo propietario es el legitimado para votar en la junta general que resuelva sobre la aplicación del resultado del ejercicio, una vez adoptado el acuerdo favorable al reparto de dividendos, el usufructuario sería el único legitimado para entablar las acciones correspondientes en defensa de su derecho(33).

Nos referiremos ahora a la interacción del usufructo con el derecho de separación. El derecho de separación, corresponde en principio al nudo propietario, pero el ejercicio de este derecho, tras la adopción por la junta del acuerdo que dé lugar a éste, provocaría un conflicto de intereses entre el nudo propietario y el usufructuario dado que el ejercicio del derecho de separación determinará un cambio de sustancia en el usufructo. Ante esta circunstancia podría exigirse que se requiera tanto el consentimiento del nudo propietario como del usufructuario(34).

Por último, con relación a la transmisión, ha de quedar claro que la existencia de un usufructo no impide que el nudo propietario transmita su nuda propiedad o que el usufructuario enajene su derecho al usufructo tal como lo señala el artículo 1002 del Código Civil.

2. Prenda sobre participaciones

La naturaleza de la participación como bien incorporal importa que su constitución corresponde a una prenda sin entrega física. La opción legislativa guarda congruencia con el artículo 1059 del Código Civil señala al respecto que se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. Se dispone a su vez que la entrega jurídica procede respecto de bienes inscritos, hecho que procede por mandato expreso de la LGS que obliga a que se inscriban en el registro los actos de disposición de las participaciones.

Conforme a lo indicado, la prenda queda perfeccionada con la inscripción en la partida de la sociedad en el Registro Público mientras que en el caso de la prenda de acciones ésta debe ser comunicada a la sociedad y asentada en la matrícula de acciones. No obstante, ninguno de estos actos es requisito constitutivo de la prenda sobre acciones, pues ello no fluye del texto de la norma ni de la naturaleza de la prenda de acciones(35).

El acreedor prendario está obligado a facilitar el ejercicio de sus derechos al accionista. Asimismo, se otorga un derecho de subrogación a favor del acreedor prendario para cumplir con el pago de los dividendos pasivos. Sin embargo, el artículo 109 de la LGS permite el pacto en contrario. Dicho enunciado ha sido frecuentemente criticado pues sus efectos estarían comprendiendo la integridad de las disposiciones del artículo en mención, tales como la naturaleza de la prenda y la obligación del acreedor prendario de facultar el ejercicio de sus derechos al accionista.

Compartimos la opinión mayoritaria en el sentido que tal pacto en contrario operaría únicamente en lo relativo al ejercicio de los derechos como accionista, o para pactar otra forma de pago de dividendos pasivos, a la forma de realización de la prenda e inclusive a los gastos para facilitar el ejercicio de los derechos de accionista, mas no para las demás provisiones del artículo de lo contrario podría la naturaleza de la prenda podría verse afectada por el acuerdo de las partes(36).

3. Medidas cautelares sobre participaciones

El segundo párrafo del artículo 292 de la LGS se refiere a las medidas cautelares que podrían afectar a las participaciones sociales. Señala el texto de la norma que la resolución judicial que ordena la venta de la participación debe ser notificada a la sociedad. Es decir, aunque el título de la norma se refiere a medidas cautelares, la regulación detallada corresponde al remate la cual es una medida de ejecución forzada según lo informa la disciplina procesal.

Se dispone en este sentido, que la sociedad puede sustituirse en los postores que tomarán parte en el remate y podrán así adquirir todas o una parte de las participaciones por el precio base fijado. Elías Laroza advierte que considerando que es posible pactar la ejecución extrajudicial de la prenda y al no estar prevista la sustitución en estos casos, el estatuto debe contemplar el mecanismo que permita ejercer este derecho(37).

Una vez que se adquieran las participaciones por esa vía el gerente ofrecerá las mismas a los socios operando el derecho de adquisición preferente previsto en el artículo 291 de la LGS. En caso los socios rehusen a adquirir las participaciones o adquieran solo una parte, la sociedad procederá a amortizarlas reduciendo el capital.

Cabe señalar, que la LGS derogada contenía una formulación técnica distinta aunque el propósito legislativo era el mismo. En efecto, el actual artículo emplea una terminología más adecuada, no solo circunscribiendo el supuesto al caso del embargo sino a cualquier otra medida cautelar para futura ejecución forzada, tal como reza el artículo 612 del Código Procesal Civil.

Nuevamente, el silencio legislativo exige hacer un esfuerzo de integración dado que el artículo 292 de la LGS no dispone cómo se ejercitarán los derechos del propietario frente a la participaciones afectadas por la medida cautelar. Sin embargo, estimamos que debería aplicarse, para este efecto, el artículo 110 de la LGS que regula el régimen de las acciones, pues no habría razón para no asumir que el ejercicio de los derechos del socio seguirán correspondiendo al titular de las participaciones afectadas por la medida cautelar, salvo que sea la condición de socio la que es materia de disputa.

En cuanto al procedimiento para el caso del remate, la LGS dispone claramente que la sustitución de los postores debe operar antes del acto de remate de modo que carezca de objeto llevarlo a cabo. No obstante, al abordar el mismo régimen para el caso de las SAC se evidencia un procedimiento distinto. Parecería, sin embargo, que la fórmula adoptada en el artículo 292 ofrecería una vía más expeditiva que para las SAC en caso de adquisición de las participaciones por parte de la sociedad, dado que evita la realización del remate y hace innecesaria la subrogación en la adjudicación.

El segundo párrafo del artículo 239 de la LGS señala que dentro de los 10 días útiles de efectuada la venta forzosa la sociedad tiene derecho a subrogarse al adjudicatario de las acciones por el mismo precio que se han pagado por ellas. Es decir, la norma plantea una diferencia en cuanto a la mecánica operativa aplicable para salvaguardar la integridad o cohesión del grupo dado el carácter cerrado atribuido a ambos modelos. No obstante, estimamos que una regulación homogénea hubiera sido mejor desde un punto de vista orgánico o sistemático.

En esta línea surgieron algunas propuestas que sugerían una regulación uniforme sobre ese tema. El Dr. Juan Momoy planteó en ese sentido que si las acciones o participaciones sujetas a medida cautelar pasaran a la etapa procesal de ejecución forzada, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 239 de la LGS (adquisición preferente en caso de enajenación forzada). De esa forma, se eliminarían los artículos 110 Y el segundo párrafo del artículo 292 de la LGS, respectivamente, que mantienen los procedimientos de ejecución disímiles que se indican(38).

Finalmente, la medida cautelar al igual que los gravámenes debe inscribirse en la partida social, requiriéndose para ello la resolución judicial respectiva.

VII. EXCLUSIÓN Y SEPARACIÓN DE LOS SOCIOS

El carácter predominantemente personalista de la SRL conlleva a que la presencia de un socio cobre una importancia mayor que en las SA.

La SRL, al poseer dicho carácter personalista, implica obligaciones más allá de las participaciones. En ese sentido, es importante tomar en cuenta que la exclusión y separación de socios es un mecanismo de protección de la sociedad, por medio de la cual se salvaguarda su existencia. En ocasiones, el socio debe protegerse de la mayoría, mediante la separación y en otras la mayoría debe protegerse del socio utilizando para ello el método de exclusión.

En la legislación española se considera tanto a la separación ya la exclusión de socios como formas de disolución parcial de la sociedad. Dicha denominación se entiende desde la visión de la sociedad con un doble ingrediente: el contractual e institucional(39). Dentro de este punto de vista, las sociedades de personas se encuentran formadas por un contrato plurilateral, el cual se resuelve parcialmente cuando uno de los socios es excluido o decide separarse de la misma, causando así su disolución parcial.

Garrigues define con claridad la exclusión y separación de socios en las sociedades comerciales. Mientras la separación es un acto voluntario del socio, la exclusión por su parte, tiene como finalidad sancionar el incumplimiento de obligaciones sociales importantes. Dicha sanción puede darse en cualquier tipo de sociedad, sin embargo, en el caso de las SA solo puede haber motivo de exclusión en el incumplimiento de la única obligación de socio (la AportaciónY4O).

El derecho de separación del socio permite que. aquel que posee partici -pacfonos de una SRL y que por algún motivo desee dejar de participar en la sociedad, pueda tomar la decisión de retirarse de dicha sociedad protegiéndose de aquello que pudiera perjudicarle por mantenerse dentro de ésta.

Asimismo, si la sociedad considera que uno de los socios ha incurrido en situaciones que motivan su exclusión, ésta tendrá abierta la posibilidad de ex cluir al socio que incumple una obligación social y continuar con su desarrollo.

La exclusión y separación de socios en la SRL es un tema que resulta en cierto modo una novedad, ya que la ley anterior hacía referencia a la normatividad adscrita para las sociedades anónimas como para las sociedades colectivas sin detenerse en el caso específico de las SILL.

La exclusión y separación de socios en la SRL es regulada por el artículo 293 de la LGS. El artículo bajo comentario contiene un enunciado algo confuso pues únicamente se refiere al socio gerente quien puede ser excluido por las causales previstas en dicho artículo.

"Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo genero de negocios que constituye el objeto social. La exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales, sin considerar las del socio cuya exclusión se discute, debe constar en escritura pública y se inscribe en el registro.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos solo puede ser resuelta por el Juez, mediante demanda en proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo cuarto". Todo socio puede separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto. Sin embargo, la norma actual omite referirse a los socios que no tienen ninguna función dentro de la sociedad y sólo hace referencia al socio gerente, con lo cual no quedarían claras las causales aplicables a socios sin funciones.

El Dr. Elías Laroza indica al respecto que:

"Debe entenderse que el procedimiento regulado en el artículo 293, bajo comentario, es aplicable a todos los socios que, en atención a un elemento personalista que caracteriza a esta forma societaria de carácter cerrado, violan los estatutos o cometen actos dolosos contra la sociedad.

En cambio el socio gerente puede ser también excluido cuando se dedique, por cuenta propia o ajena, al mismo género de negocios que constituye el objeto social, supuesto que era innecesario incluir en el artículo 293 por estar previsto en el artículo 287"(41).

Compartimos dicho comentario en el sentido que el socio que no desempeñe el cargo de gerente puede también ser sancionado por la sociedad excluyéndolo de la misma. Sin embargo, el socio gerente podrá ser excluido por razones de lealtad. Por otro lado, Ulises Montoya refiere que el caso de separación del socio gerente que se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad se trata de revocación por inobservancia de la prohibición de competencia(42). Empero, es importante hacer la diferenciación entre gerente y socio. Al socio gerente puede revocársele la condición de gerente de la empresa, es decir, podrá ser "removido" como gerente pero eso no implica que deje de ser socio. Sin embargo, el socio puede ser "excluido" por sus acciones como gerente, en tanto incurra en las infracciones materia de análisis en el presente acápite.

La norma indica, asimismo, que la exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales. Dicha precisión determina un giro en la concepción de la SRL en la actual LGS, al precisar que la mayoría aplicable no se refiere a las personas que integran la sociedad sino a las participaciones que cada socio integrante posee. Dicho esto, se pone fin a la idea que consideraba a la SRL como una sociedad personalista a ultranza y que, en ese sentido, eran los socios en tanto personas y no las participaciones, los que decidían el futuro del socio infractor.

El artículo 296 de la LGS anterior señalaba a la letra que la exclusión y la separación de los socios se regirán por las disposiciones de las sociedades colectivas y anónimas respectivamente, en cuanto sean aplicables. En ese sentido, al carecer de una regulación específica sobre la exclusión habría que observar la normatividad prevista para este tema en las sociedades colectivas y anónimas, hecho que a priori podría haber llamado la atención dada la naturaleza distinta de ambas formas sociales (las sociedades colectivas son marcadamente personalistas y las sociedades anónimas son de corte capitalistas).

El problema se suscitaba con la interpretación de la última frase del artículo indicado, en virtud del cual no quedaba del todo claro si el régimen de las sociedades colectivas resultaba aplicable solo en lo que se refiere a la

determinación de las causales de exclusión acogiendo una forma de adopción del acuerdo por mayoría de capitales, o dicha remisión alcanzaba incluso la mecánica de adopción del acuerdo de exclusión.

Para tal efecto, la inclinación en uno u otro sentido, estaba determinada por el análisis de la naturaleza jurídica de la figura de la exclusión en el contexto de las sociedades de carácter personalistas. César Luna Victoria se adscribía a la posición de considerar que el acuerdo de exclusión se realizara en base a personas y no a capitales sosteniendo que las causales de exclusión son efectivamente parte de la concepción de una sociedad de personas por lo que resultaba coherente aplicar a las causal es de una sociedad de personas con un procedimiento de una sociedad de capitales. Sin embargo, el tema admitía la posición contraria dada la composición mixta de la estructura de la SRL.

La LGS ha puesto fin al debate en el plano regulatorio al disponer que la exclusión del socio se acuerde con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales, sin considerar, desde luego, las del socio cuya exclusión se discute. Se formula la precisión adicional que el acuerdo conste en escritura pública y se inscriba en el registro de sociedades mercantiles.

1. Efectos y consecuencias de la exclusión

La legislación peruana se limita a describir el procedimiento que debe llevarse a cabo en caso de exclusión o separación de socios. Sin embargo, no existe regulación alguna referente a los efectos y/o consecuencias de la exclusión.

Si bien es cierto que, dichas regulaciones pueden ser incluidas en el estatuto de cada sociedad pudo haberse considerado dentro de la norma, de modo que se eviten potenciales abusos de derecho por parte de la mayoría que excluye al socio.

A modo ilustrativo, la legislación argentina regula los efectos de la exclusión del socio de la siguiente forma:

1. El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión.
2. Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas de acuerdo a su participación.
3. La sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación.
4. El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación en el registro público de comercio(43) .

De esta manera, el socio excluido, a pesar de haber sido sancionado, con la decisión de excluirlo no es privado de sus derechos económicos con respecto a la sociedad.

Respecto a la inscripción ante Registros Públicos de la exclusión y separación del socio, la Ley del Registro de Sociedades ratifica que para el cómputo del quórum y la mayoría no se deben considerar las participaciones del socio que ha sido separado o excluido. Del mismo modo indica que la inscripción de la separación del socio puede inscribirse en mérito de escritura pública, sin que sea necesario la

intervención de la sociedad. Dicha inscripción no está sujeta a que se inscriba previa o conjuntamente, al acuerdo de reducción de capital ni la modificación del pacto social.

Es entonces, importante destacar, la necesidad de modificar el estatuto de la sociedad a fin de eliminar de la misma al socio separado o excluido, y adicionalmente, se precisa la reducción del capital correspondiente a dicho socio. No obstante, la ley no obliga a que dicho trámite se efectúe conjuntamente con la inscripción de la separación; con lo cual se evita retrasar el tema de inscripciones innecesariamente, dejando la operatividad de la reducción del capital social que se materialice en acto posterior.

VIII. REFLEXIONES FINALES

A modo de reflexión final, tras haber revisado la concepción, estructura y funcionalidad de la SRL, debemos indicar lo siguiente:

La SRL surge como una necesidad a los requerimientos corporativos que exigían contar con una forma societaria con riesgo limitado el ejercicio de actividades empresariales de menor dimensión que las SA. Ello planteaba dos nuevas exigencias en el ordenamiento jurídico vigente: la simplificación de la constitución y del funcionamiento de la forma social correspondiente y la conveniencia de personalizar las relaciones entre los socios(44).

La mayoría de países que enfrentaron esta demanda respondían de dos maneras:

(i) La primera era concebir dentro del tipo general de la SA 90~ m()delos diferentes de SA la abierta y la cerrada. Para ello, había que dar cabida en la Ley de Sociedades a las dos nuevas necesidades que exigía el nuevo tipo social. La personalización de los socios y la simplificación de la constitución y agilización de su funcionamiento.

La personalización de la sociedad podía conseguirse limitando la libre transmisibilidad de las participaciones del socio, fijando un número máximo de socios y prohibiendo la incorporación de los derechos de socio en títulos negociables de modo que le restara circulación. Por su parte, la simplificación en el establecimiento de la sociedad así como la agilización de su funcionamiento podían lograrse simplificando los requisitos y formalidades para la constitución de la sociedad y facilitando los mecanismos de reunión y actuación de los órganos sociales. Este fue en general el modelo seguido por el legislador inglés.

(ii) La otra manera de responder a estas necesidades era proponiendo un nuevo tipo social, lo cual aconteció en Alemania y tuvo como intención reservar la SA para la empresa de gran dimensión y de habilitar un nuevo tipo social, la SRL para las empresas de pequeña y mediana dimensión.

Sin embargo, la intención del legislador a pesar que intenta proveer de una herramienta compatible con los negocios de mediana o pequeña dimensión no iba necesariamente acompañada de un incentivo para dicho fin, y es que la SA sigue siendo la forma social más usada y de hecho este fenómeno se ha verificado en diversas realidades. Como sucede en España donde la ausencia de un capital mínimo para las sociedades anónimas permite que las empresas de escaso volumen acojan este modelo. No obstante, como lo

señala Otero es también la flexibilidad en la regulación de la SA la que provoca el desinterés por la SRL(45).

¿Cuál es entonces el derrotero seguido por el legislador nacional?

Como se ha explicado al inicio del presente trabajo la regulación de la SRL dentro de la estructura de la nueva LGS obedeció a demandas de orden social o político más que técnico. De ahí que, la profundidad de un análisis sistemático de la SRL presente algunas limitaciones y genere cuestionamientos.

La controversia se ve alimentada aún más con la presencia de la SAC la cual fue concebida precisamente para ocupar el lugar de la SRL dentro de un marco normativo integral e innovador en el nuevo escenario de impulso a la actividad empresarial y a la inversión privada nacional y extranjera.

Así, como se indicó en los párrafos precedentes, la opción legislativa aspiraba a elaborar una modalidad de SA con elementos persona listas que incluso mejorará aspectos de la SRL. Es decir, se ha dejado que coexistan dos modelos similares casi idénticos en su estructura, pero resulta que uno de ellos fue concebido como una versión "mejorada" del otro.

En ese sentido, se ha afirmado con razón que el éxito de la SRL depende de las ventajas de su regulación frente a la SA. Otero nos informa con acierto que en las legislaciones donde se puede introducir un matiz personalista la SA, se produce un retroceso de la SRL.

En ese sentido, la acogida que pueda tener la SRL depende más de la regulación de la SA (46). y para ello quizás no hubiera sido necesario diseñar un modelo como la SAC dado que la personalización de la SA se podría obtener mediante la limitación de la transmisibilidad de acciones. La simplicidad de la gestión queda asegurada con la ausencia de capital mínimo y la gestión de ésta al ocupar los cargos directivos.

El legislador intentó conservar la flexibilidad del modelo de la SRL a través de una regulación dispositiva que privilegiara la libertad estatutaria; sin embargo, en vez de proveerle de agilidad. la escasa regulación legal planteó el problema de tener que determinar la legislación aplicable a muchas cuestiones no resueltas por la ley. Esto nos sugiere que desde una perspectiva estrictamente técnica la SRL no fue un modelo introducido para ser utilizado, sino mas bien como un paliativo para que la nueva regulación no generara mayores costos.

A nuestro modo de ver, la regulación de la SRL no es una iniciativa caprichosa del legislador y aunque sus bondades pueden ser compartidas o quizás superadas por otra forma societaria, ello genera más ventajas que desventajas para los agentes económicos. El análisis costo beneficio sugería mantenerla en vez de eliminarla y de ahí la necesidad de reentender su estructura y funcionalidad en el nuevo contexto en el que la SRL aparece.

Dependerá de los empresarios en este caso elegir cuál es el modelo que mejor se adapte a sus necesidades, si bien se puede anticipar que el número de SAC supere a las SRL. Aun así, por lo menos los empresarios tendrán más opciones en cuanto a sus esquemas societarios que deseen utilizar y en el contexto de una

economía de mercado, debe propiciarse la libertad de elección y sobre todo con opciones.

- (1) BROSErA PONT, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Apéndice de la Cuarta Edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, 1994. Pág. 4.
- (2) Exposición de Motivos del Código Civil de 1936, citado por el Dr. César Guzmán Ferrer. "CÓDIGO CIVIL, Antecedentes, Concordancias y Exposición de Motivos". Tomo 111. Cultural Cuzco S.A. 4ª edición. Lima. 1982. Pág. 1917.
- (3) AMADO, José Daniel. "Proyecto de Ley General de Sociedades". Artículo publicado como parte de los Materiales de enseñanza del curso Derecho Comercial 111 de la Universidad de Lima.
- (4) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades Comentada". Fascículos publicados por Ed. Normas Legales S.A. 1ª edición, Trujillo, 1998. Pág. 575.
- (5) URiA, Rodrigo. "Derecho Mercantil-". Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2ª edición. Madrid 1998. Pág. 498.
- (6) NGO BA THANH. "La Sociedad Anónima Familiar ante la Ley Española de 1951". Editorial Hispano Europea Barcelona. Pág. 32.
- (7) ídem. Pág. 31.
- (8) GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo 11. Reimpresión de 7ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1987. Pág. 252.
- (9) BROSETA PONT, Manuel. Op. Cil. Pág. 19.
- (10) URiA, Rodrigo. Op. Cil. Pág. 509.
- (11) ELIAS LAROZA, Enrique. Op. Cil. Pág. 582.
- (12) BROSETA PONT, Manuel. Op. Cil. -j
- (13) URiA, Rodriga. Op. Cit Pág. 371.
- (14) ídem Pág. 26.
- (15) MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Los Directores de las Sociedades Anónimas". Ediciones Depalma. Buenos Aires. Págs. 361-362.
- (16) La legislación española establece la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, a los socios y ante los acreedores sociales.
- (17) Una remoción injustificada podría ser considerada como una resolución unilateral del vínculo laboral y calificarse como despido arbitrario.
- (18) URiA, Rodrigo. Op. Cil. Pág. 485
- (19) VERGEZ, Mercedes. "Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles". Tomo XIV. Volumen B. Régimen de las Participaciones Sociales en las Sociedades de Responsabilidad Umitada. Civitas Ediciones. Madrid, 1999. Pág. 18.
- (20) PERDICES, Antonio B. "Cláusulas Restrictivas de la Transmisión de Acciones y Participaciones". Editorial Givitas S.A. Madrid, 1997. Pág. 33.
- (21) BROSETA PONT, Manuel. Op. Gil. Pág. 364.
- (22) ídem.
- (23) ídem. Pág. 365. (24) rdem. Pág. 488.
- (25) EMBID IRUJO, José Miguel. "Apéndice a la Décima Edición del Manual de Derecho Mercantil de Manuel Broseta Ponf". 1998. Pág. 16.
- (26) ELIAS LAROZA, Enrique. Op. cil Pág. 585.

- (27) La legislación española ha seguido otro derrotero a este proyecto. al exigir que la transmisión de participaciones se realice mediante "documento público" y se registre en un libro Registro de Socios, destinado a recoger las titularidades. originaria y derivadas sobre las participaciones, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre ellas. BROSETA PONT, Manuel. Op. cil. Pág. 16.
- (28) VERGEZ, Mercedes. Op. Cit. Pág. 115.
- (29) ídem. Pág 112.
- (30) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. Cil. Pág. 584.
- (31) ídem. Pág. 219.
- (32) ídem. Pág. 225.
- (33) VERGEZ, Mercedes. Op. Cil. Pág. 267.
- (34) ídem. Pág. 231.
- (35) ídem.
- (36) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. Cil. Pág..231.
- (37) ídem. Pág. 587.
- (38) MONROY GÁLVEZ, Juan. "El Proceso en la nueva Ley General de Sociedades". Artículo publicado en la revista tus Et Veritas. Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 16. Año IX. Pág. 27.
- (41) ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. Cil. Pág. 588.
- (42) MONTOYA, Ulises. "Derecho Comercial". Tomo I. Cultural Cuzco. Lima,1986. Págs. 323-324.
- (43) VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Derecho de las Sociedades Comerciales". Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988. Págs. 235-237.
- (44) OTERO LASTRES, José Manuel. "Reforma a la Legislación sobre Sociedades.. En: ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992. Pág. 21.
- (45) Sin embargo Urla comenta que el capital mínimo de las sociedades anonimas no podrá ser inferior a 10 millones de pesetas y se expresará en esa moneda. Con esta disposicion se recoge el sistema del capital mlnimo fundacional que responde al propósito de que no se utilice la forma de sociedad anónima a las Pequeñas empresas. (artículo 4 de la Ley de Sociedades Anónimas española). URÍA. Rodrigo. Pág. 230.
- (46) ídem. Pág. 22.

LAS SOCIEDADES CIVILES

Claudia BIANCHI DE LOS RÍOS

I. INTRODUCCIÓN

En los párrafos siguientes analizaremos la figura de las sociedades civiles, priorizando el tratamiento que le da el ordenamiento jurídico peruano.

En tal sentido, empezaremos por ensayar el concepto de este tipo societario, para continuar con los principales elementos que lo caracterizan y las modalidades que adopta, cuales son la sociedad civil ordinaria y la sociedad civil de responsabilidad limitada. En este punto, haremos una breve reseña de la legislación comparada, tomando como referencia la doctrina española e italiana que se ocupa de esta figura societaria.

Luego analizaremos las implicancias de la calidad de socio que recae en los participantes de ambas modalidades de sociedad civil, y desarrollaremos el procedimiento de transferencia de las participaciones sociales recogida en la Ley General de Sociedades. Asimismo, nos detendremos en un examen de los órganos sociales presentes en este tipo societario: la junta general de socios, como órgano supremo de la sociedad encargado de la toma de decisiones; y la administración, como órgano ejecutivo encargado de su gestión y representación legal.

Posteriormente, analizaremos los alcances de la responsabilidad de los socios de ambas modalidades de sociedad civil, para pasar a detallar el procedimiento de distribución de utilidades y de asunción de las pérdidas.

II. CONCEPTO

Tradicionalmente el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividad personal, ha sido concebido como una actividad que se desarrolla en forma individual. Sin embargo, en la actualidad, no cabe duda que la agrupación de profesionales, técnicos, artesanos, etc., es una tendencia creciente, que encuentra sostén en el Derecho Societario como instrumento de ordenamiento de las diversas modalidades de organización utilizadas por las personas que buscan, mediante el esfuerzo conjunto, alcanzar un fin común.

Resulta por demás evidente, que la prestación de servicios personales ejercida en forma grupal trae consigo ventajas competitivas de diversa índole, tales como la especialización y diversificación del trabajo, que permite que un único prestador se encuentre en condiciones de ofrecer diferentes servicios, a la par de maximizar y reducir los costos económicos (economías de escala y de producción conjunta), facilitando de ese modo el ejercicio individual de la profesión, oficio, pericia, práctica u otros, de sus miembros.

Al respecto, Adam SMITH(1) nos ofrece una descripción que no necesita comentario adicional alguno, sobre la forma cómo la especialización y la división del trabajo derivan en la obtención de ganancias, "la división de trabajo, cuando resulta posible, produce en cualquier oficio un incremento considerable de la capacidad de producción (...). Este fuerte incremento en la cantidad de trabajo que, como consecuencia de la división del mismo, puede ser realizado por diversas personas se debe a tres circunstancias distintas: Uno al incremento de pericia de cada uno de los obreros. (En efecto), el incremento de pericia del trabajador aumenta necesariamente la cantidad de trabajo que es capaz de realizar. (En segundo lugar): al ahorro de tiempo que se pierde al cambiar de tarea. Resulta imposible pasar rápidamente de un trabajo a otro. (En tercer lugar), todos deben comprender que la maquinaria adecuada facilita y abrevia en gran medida el trabajo (...). La invención de todas esas máquinas que facilitan y abrevian el trabajo parece tener su origen en la división del trabajo",

Señaladas las ventajas de la prestación de servicios personales ejercida en forma grupal, como modelos clásicos de este tipo de agrupaciones podemos citar a las de profesionales tales como los estudios de abogados, de arquitectos, de contadores, centros médicos y clínicas, etc.; las agrupaciones de técnicos o prácticos, como las de mecánicos, electricistas, gasfiteros, pintores, caro pinteros, etc., entre otros.

Dicho lo anterior, de los diversos tipos de sociedades de personas existentes, el legislador peruano optó por la figura de la Sociedad Civil como la modalidad idónea para el ejercicio de actividades personales brindadas en forma colectiva. Así, la anterior Ley General de Sociedades -aprobada por Decreto Legislativo N° 311-, en su artículo 297 definía a la Sociedad Civil de la siguiente manera: "La sociedad civil se constituye para la realización de un fin preponderantemente económico que no constituya especulación mercantil".

Por su parte, la actual Ley General de Sociedades - Ley N° 26887, en el primer párrafo del artículo 295, define a las Sociedades Civiles de la siguiente manera: "La sociedad civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios". De la lectura de ambos textos (de la anterior y de la actual Ley General de Sociedades), podemos observar que a pesar que la actual Ley mantiene el carácter económico de la finalidad buscada por la sociedad civil, -dado que si se hubiera obviado dicha característica, nos encontraríamos frente a una asociación, un comité o tal vez una fundación(2) el texto del artículo 295 de la nueva Ley elimina toda alusión a la "especulación mercantil(3)", ya que ésta implica la realización de actividades comerciales que producen la movilización de bienes de unas manos a otras para la obtención de tales beneficios, es decir, la circulación de la riqueza ligada a la idea de especular para la obtención de una ganancia(4); y caracterizándose la sociedad civil por la realización del ejercicio de actividades personales por parte de sus miembros, su finalidad económica no abarca a la especulación mercantil.

En este orden de ideas, en el ordenamiento jurídico peruano por Sociedad Civil se entiende aquella constituida con una finalidad común de tipo económica, que se traduce en la realización del ejercicio personal de una profesión, oficio, práctica u otro tipo de actividades, que deben ser desarrolladas por cuanto menos uno de los socios, pudiendo incluso ser desarrolladas por todos los socios.

Mención aparte merecen las sociedades civiles constituidas específicamente para la realización del ejercicio personal de una profesión, por tratarse de una de las modalidades clásicas de este tipo societario.

Respecto de la idoneidad de la sociedad civil para el ejercicio de una profesión, Aurora CAMPINS, considera que "(...) al margen de que, como sociedad de personas, el tipo de la sociedad civil proporcione una regulación supletoria adaptada a las expectativas normativas de los profesionales que pretenden ejercer en común su actividad, es sin duda la extraordinaria flexibilidad de su régimen jurídico, esto es, el amplio margen reservado en las mismas a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que permite hacer atractivas a estas sociedades para el ejercicio de la profesión"(5).

Asimismo, continua diciendo que: "Dicha flexibilidad puede aprovecharse en dos sentidos, dado que, por un lado, permite a los particulares adaptar contractualmente el régimen legal a sus concretas necesidades y, por otro, les permite completar las importantes carencias que presenta el escaso desarrollo normativo de su régimen, y los problemas no resueltos en relación al ejercicio profesional(6)". Como se aprecia de los párrafos anteriores, en el caso específico de los profesionales que prestan sus servicios bajo la forma de sociedades civiles, la flexibilidad de la figura societaria es un beneficio indudable.

No obstante lo anterior, la elección del legislador peruano, de considerar a la sociedad civil como el tipo natural e idóneo de la sociedad de profesionales, no es compartida en forma unánime por la doctrina comparada, o cuanto menos en muchos casos es aún objeto de encendidos debates.

En tal sentido, en el ordenamiento jurídico italiano, una parte de la doctrina continúa cuestionando la viabilidad de la constitución de sociedades profesionales para el ejercicio de la profesión.

Para Gian Franco CAMPOBASSO(7) el carácter rigurosamente personal de las prestaciones entra en contradicción con el ejercicio de las profesiones por parte de un ente impersonal, cual es la sociedad.

Asimismo, en opinión de Francesco GALGANO(8), el ejercicio en común de una actividad, a través de la creación de un centro unitario de imputación de las relaciones jurídicas, comporta inevitablemente la impersonalización de las prestaciones profesionales e impide que las mismas puedan ser jurídicamente imputadas a los socios profesionales que las han brindado efectivamente, alterando inevitablemente también el régimen de la responsabilidad profesional.

En efecto, de los párrafos anteriores se desprende que, con el ejercicio de la actividad profesional en forma societaria, la persona o las personas físicas que hayan ejecutado materialmente la prestación intelectual terminarían por sustraerse de cualquier responsabilidad civil personal y directa en su relación con los terceros, habida cuenta que el contrato intelectual se estipuló con la sociedad y no con el socio profesional, y en dicho caso, solo a la sociedad y no el socio, sería aplicable la responsabilidad civil profesional.

Sin embargo, y como expresamos en párrafos anteriores, la doctrina se encuentra dividida, y en ese sentido, pese a que el ordenamiento italiano no cuenta con un reconocimiento positivo de esta figura, encontramos jurisprudencia casatoria reciente -Decreto del 3 de junio de 1999 del Tribunal de Milán(9), en la cual se reconoce la legalidad de la sociedad de profesionales constituida en forma de sociedad de personas, lo que denota una corriente a favor de la societarización de este tipo de agrupaciones.

Por su parte, en el Derecho español, una parte de la doctrina cuestiona si la personalidad jurídica de la sociedad es compatible con el régimen estatutario del profesional liberal, dado que, los valores propios del ejercicio de las profesiones liberales, tales como la personalidad de la prestación, la independencia en el ejercicio y la responsabilidad personal, entre otros, se encuentran desprotegidos por cuanto los sujetos de imputación son personas jurídicas(10).

Sobre el particular, en nuestra opinión, esta posición es fácilmente rebatible o en todo caso discutible, dado que: i) la relación intuito personae entre el cliente y el profesional puede también darse entre el cliente y un grupo de profesionales, esto es, una sociedad profesional; ii) la independencia del profesional no se ve sometida al poder de dirección de otro sujeto, dado que por "independencia" del profesional debe ser entendida la discrecionalidad técnica, según su ciencia y conciencia, para decidir la forma de llevar a cabo el servicio encomendado; y finalmente iii) que la responsabilidad frente al tercero contratante pasa del socio que efectivamente brinda el servicio, a la sociedad, en base al vínculo contractual, sin que ello exima de la responsabilidad personal del socio derivada de una actuación no diligente.

A manera de conclusión, podemos señalar que, a pesar de las objeciones que aún se presentan al ejercicio societario de este tipo de actividades personales, a nuestro juicio, no se trata de objeciones insalvables que impidan admitir ni reconocer su utilización, y de otro lado, creemos que deba ser resaltado como un aspecto importante del régimen de las Sociedades Civiles regulado en la actual Ley General de Sociedades, la gran libertad que se deja a sus socios para fijar sus propias reglas de funcionamiento, y que como tal, permite la adaptación de esta realidad a la de las sociedades personales, tal y como podremos observar de la lectura de los siguientes capítulos.

III. ELEMENTOS

De la definición ensayada en el capítulo precedente podemos extraer los dos elementos que caracterizan a este tipo societario, y que son:

- . La finalidad de carácter económico; y,
- . El ejercicio personal de una profesión, práctica, oficio u otro tipo de actividad personal, prestada por lo menos por uno de los socios.

1. La finalidad de carácter económico

Toda sociedad constituida con un fin económico tiene como expectativa obtener una utilidad apreciable en dinero, y la sociedad civil no es la excepción, puesto que los socios que la conforman buscan obtener un beneficio económico a ser repartido entre ellos.

Dicho beneficio económico debe ser entendido como el resultado del trabajo, y en consecuencia, al resultar legítimo que todo trabajo venga remunerado, a su vez, resulta legítimo que la empresa obtenga utilidades.

En palabras de MASCHERONI "Es propio de la esencia de la sociedad el fin de lucro ínsito en la unión y comunión de esfuerzos y aportaciones (...), como también la participación de todos los socios tanto en las utilidades como en las pérdidas (...)"(11).

Son los propios socios quienes fijan el modo de distribución de las utilidades y de las pérdidas, distribución que puede guardar proporción directa con los aportes efectuados por cada uno de ellos, o seguir distintos criterios como la mayor o menor disponibilidad horaria para la realización efectiva de los servicios personales brindados a los clientes, dedicación a la sociedad, gestión directa de las actividades que desarrolla la sociedad, etc., que determinen un mayor reparto de beneficios o una menor asunción de las pérdidas.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el ánimo de lucro constituye una característica propia de la realización del ejercicio personal de una profesión, práctica, pericia, oficio u otros, también es cierto, que estas actividades personales puedan realizarse de forma gratuita.

2. El ejercicio personal de una profesión, práctica, oficio u otro tipo de actividad personal, prestada por lo menos por uno de los socios

Como hemos manifestado en los párrafos precedentes, la sociedad civil se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, práctica, pericia, oficio u otro tipo de actividades personales, prestadas por alguno, algunos o todos los socios.

La sociedad civil representa pues, el desarrollo colectivo de actividades personales de diversa índole.

Respecto del ejercicio personal de los socios, tenemos que, por ejemplo en el caso de los socios profesionales, al aportar a la sociedad su actividad profesional,

en estricto, deberían encontrarse debidamente habilitados para ejercer la profesión. El mismo criterio debe ser aplicable a todas las demás actividades.

III. CLASES

La Ley General de Sociedades peruana, distingue dos clases de sociedades civiles, las ordinarias y las de responsabilidad limitada, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 295 del referido cuerpo normativo, que a la letra dice:

"La sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. En la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, salvo pacto distinto, en proporción a sus aportes. En la segunda, cuyos socios no pueden exceder de treinta, no responden personalmente por las deudas sociales".

En los párrafos siguientes, desarrollaremos brevemente las principales características presentes en ambas modalidades, de manera tal que podamos advertir sus similitudes y sus diferencias.

1. La sociedad civil ordinaria

Esta modalidad se caracteriza porque los socios responden en forma personal y subsidiaria, por las obligaciones y deudas sociales, con beneficio de excusión, en proporción a sus aportes, salvo pacto en contrario.

Por responsabilidad personal se entiende que los socios responden por las obligaciones sociales, no solo con los bienes aportados a la sociedad, sino también con los bienes propios (patrimonio particular) en forma ilimitada.

La subsidiariedad de la responsabilidad de los socios implica la imposibilidad de los acreedores sociales de dirigirse simultáneamente contra el socio y contra la sociedad.

En tal sentido, los bienes personales de los socios no pueden ser ejecutados para el pago de la deuda social sino después de ejecutados todos los bienes de la sociedad.

Por el beneficio de excusión, todo socio tiene el derecho de pedir que, previamente a la exigencia del pago de una obligación social con cargo a sus propios bienes, el acreedor social agote todos los medios para exigir el pago de la obligación a la sociedad.

Este beneficio no opera de pleno derecho, sino que necesita que lo oponga el socio interesado. La prueba de la existencia de bienes sociales susceptibles de ejecución, corresponde a quien la interpone.

De otro lado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 296 de la Ley

- General de Sociedades, la sociedad civil ordinaria desarrolla sus actividades bajo una razón social que se integra con el nombre de uno o más socios y con la indicación "Sociedad Civil" o su expresión abreviada "S. Civil".

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la misma ley, la razón social puede conservar el nombre del socio separado o fallecido, si el socio separado o los sucesores del socio fallecido consienten en ello. En este último caso, en la razón social se debe indicar esta circunstancia. En el caso que, un tercero ajeno a la sociedad, consienta la inclusión de su nombre en la razón social, éste queda sujeto a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si hubiere lugar a ello.

2. La sociedad civil de responsabilidad limitada

Por su parte, en las Sociedades Civiles de Responsabilidad Limitada, como su propio nombre lo indica, a diferencia de las anteriores, los socios no responden personalmente por las deudas sociales, limitando así la responsabilidad de éstos a los aportes efectuados a la sociedad.

En esta modalidad la única limitación legal, se presenta en el número de los socios que la conforman, en el sentido que no pueden exceder de treinta miembros.

Respecto de la razón social de la sociedad civil de responsabilidad limitada, el legislador peruano optó porque también se integre con el nombre del o los socios que la conforman y que cuente con la indicación "Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada" o su expresión abreviada "S.Civil de R.L.". En este caso, es igualmente aplicable lo dispuesto en el artículo 9 de la misma ley.

Aunque la elección de la razón social y no de la denominación social, para el caso de las sociedades civiles de responsabilidad limitada, pudiera resultar un tanto contradictoria con la naturaleza propia de la sociedad de responsabilidad limitada, se optó por la razón social principalmente en consideración a que los socios profesionales prestan en forma personal y directa, el servicio o actividad económica que constituye el objeto social, y por ello, el nombre de los socios resulta determinante para las personas que contratan con la sociedad(12).

V. LOS SOCIOS

En el caso de las sociedades civiles, la calidad de socio únicamente puede recaer sobre personas naturales y no sobre personas jurídicas, por el carácter personalísimo de las actividades desarrolladas por los mismos al interior de la sociedad.

Para la constitución de una sociedad civil, se requiere al menos de la presencia de dos (2) socios -para satisfacer la pluralidad exigida por ley- siendo el número máximo de socios indefinido en el caso de las sociedades civiles ordinarias y de un máximo de treinta (30) en el caso de las sociedades civiles de responsabilidad limitada.

Los socios pueden ser de dos tipos(13): socios capitalistas y socios industriales. Los primeros son aquellos que aportan dinero o bienes, mientras que los

segundos participan con su trabajo, asesoría, arte, oficio, entre otros servicios personales.

Los servicios del socio industrial no son objeto de valoración monetaria, ni se aportan al capital. Por tal motivo, en el pacto social debe regularse su participación en las utilidades y pérdidas, en función de porcentajes independientes y diferenciados; asimismo debe regularse su participación en las votaciones de la junta general de socios.

Asimismo, respecto del socio industrial, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, dicho socio debe dar cuenta y entregar a la sociedad las utilidades que haya obtenido en ejercicio de las actividades desarrolladas producto del aporte con que participa de la sociedad, en la extensión y cuantía prevista en el pacto social.

De otro lado, entre los principales deberes, derechos y obligaciones de los socios en las sociedades civiles, tenemos los siguientes:

- . Deber de cumplir con su obligación de hacer comprometida como aporte a la sociedad;
- . Deber de lealtad y buena fe hacia la sociedad y hacia los demás socios, que implica la colaboración para la consecución del fin común;
- . Deber de contribuir a la administración y gestión común de la sociedad, cuando le sea encomendado;
- . Derecho a participar de las utilidades;
- . Derecho de oposición;
- . Obligación de resarcir a la sociedad por todos los actos que pudiere ocasionar en su perjuicio, entre otras.

Mención aparte merecen el Derecho de Oposición y el Derecho de Separación de los Socios, y por ello les dedicaremos las siguientes líneas:

1. El derecho de oposición

Recogido en el numeral 7 del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, constituye un mecanismo de control, incorporado por el legislador peruano, a favor de los socios frente a determinadas operaciones que no aprueben, siempre que manifiesten su oposición antes de que hayan sido concluidas(14).

Formulada la oposición, ésta es discutida en junta general y resuelta por mayoría de votos, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, cuyo procedimiento será materia de nuestros comentarios en los párrafos siguientes.

Finamente cabe precisar, que el ejercicio del derecho de oposición no impide la ejecución de la operación controvertida, pero importa la responsabilidad del administrador que la lleva a cabo, si es que con posterioridad la oposición es amparada por la mayoría de los socios.

2. El derecho de separación

Por su parte, el derecho de separación concede al socio la posibilidad de retirarse de la sociedad, con derecho a la devolución de sus aportes, consideradas las utilidades o las pérdidas que correspondieren.

Tanto las causales, como el procedimiento para que el socio pueda hacer uso del derecho a separarse de la sociedad, deberán fijarse en el pacto social. Asimismo, en el caso del socio que tenga en simultáneo la calidad de capitalista y de industrial, éste tendrá únicamente derecho a la devolución de los aportes que correspondan a su calidad de capitalista, mas no a contraprestación alguna por concepto de los servicios que brinda a la sociedad, por cuanto los mismos no constituyen un valor integrado al capital. Sin embargo, para el cálculo de la parte de las utilidades que deban ser devueltas, se considerará también aquello que corresponda a su participación por ambas calidades. Las disposiciones antes mencionadas, aplicables a los socios industriales, admiten pacto en contrario.

VI. TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES

Al igual que en el caso de las Sociedades Comerciales de Responsabilidad limitada, el capital de las Sociedades Civiles se encuentra dividido en participaciones que no pueden incorporarse en títulos valores, ni denominarse acciones, y se caracterizan por ser iguales (no existen distintas clases), acumulables e indivisibles. Dichas participaciones representan los aportes realizados por los socios en favor de la sociedad.

La Ley General de Sociedades en su artículo 297 establece que el capital debe encontrarse íntegramente pagado al tiempo de la celebración del pacto social, dado que, "(...) tratándose de una 'sociedad de personas' la cual se funda para el ejercicio personal de una profesión u oficio, no tiene sentido regular todo un esquema de circunstancias, opciones, términos, compromisos y condiciones, relativos al capital social, tales como, el suscrito, el pagado, autorizado, informe y valorización de aportes no dinerarios, dividendos pasivos, socios morosos, ejecución forzada, reducción de capital, indemnización, gastos y otros, pues la naturaleza y concepción de esta forma social es distinta. El mayor 'capital' de ésta, es el talento, experiencia, honestidad y esfuerzo de sus socios"(15).

Sin embargo, en los aumentos de capital no es necesario que dichos nuevos montos se encuentren totalmente pagados, puede existir un monto suscrito pendiente de pago.

De otro lado, en el pacto social se establecerá si todas las participaciones representan un monto igual, en cuyo caso cada socio tiene el número de participaciones que corresponda al monto aportado; o si es que representan un monto global, fijado en función del aporte de cada socio, en cuyo caso a cada socio le corresponderá una participación equivalente al monto de su aporte.

Por su parte, la disposición relativa a la transferencia de las participaciones, se encuentra recogida en el artículo 298 de la Ley General de Sociedades, que en la parte pertinente señala que:

"Ningún socio puede transmitir a otra persona, sin el consentimiento de los demás, la participación que tenga en la sociedad, ni tampoco sustituirse en el desempeño de la profesión, oficio o, en general, los servicios que le corresponda realizar personalmente de acuerdo al objeto social".

De tal manera que el socio que tuviera intención de transferir su participación a otra persona, debe contar con el consentimiento de los demás socios.

Esta condición acerca a las sociedades civiles a aquellas de tipo personalista, donde la libertad de transferir la calidad de socio es también ilimitada(16).

La limitación en la transferencia de participaciones en las sociedades civiles, se explica por cuanto este tipo de sociedades normalmente están conformadas por un número pequeño de socios, que se conocen entre sí y que conocen sus respectivas calidades profesionales, siendo todos o casi todos partícipes de la gestión de la sociedad. Es por ello que, resulta entendible que los socios se preocupen por quienes puedan ser en el futuro los posibles profesionales que conformen la sociedad.

Asimismo, esta limitación encuentra justificación en el hecho que el servicio brindado a los clientes por parte de la sociedad civil, debe ser prestado por los socios que la conforman y nunca por un tercero ajeno a ella, habida cuenta que los clientes requieren los servicios de la sociedad en consideración a las calidades personales de sus socios, y la transferencia libre de la participación de uno de los socios a un tercero, sine que medie el consentimiento de los demás y por ende sin haber evaluado las calidades personales de este tercero, podría traer consigo una serie de perjuicios para la sociedad, como por ejemplo la disminución del nivel de calidad del servicio que en forma uniforme brindan los demás socios a los clientes o problemas internos de rivalidad entre los socios, entre otros, supuestos varios que podrían menoscabar el prestigio de la sociedad y con ello el de los socios que la conforman.

Sobre el particular, ELÍAS LAROZA considera que: "El indiscutible elemento intuitivo persona e de la relación entre los socios y respecto de las actividades que éstos deben realizar a favor de la sociedad, obliga a asegurar que el desempeño de la respectiva profesión, oficio, pericia o actividad sea realizado por las personas originalmente comprometidas(17)".

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 298 antes mencionado de la Ley General de Sociedades, la transferencia de participaciones se formaliza elevándola a escritura pública para su inscripción en los Registros Públicos.

VII. LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CIVIL

Los órganos de la Sociedad Civil son: i) la junta general de socios, como órgano supremo de decisión; y, ii) la administración.

En los párrafos siguientes, desarrollaremos brevemente ambos órganos.

1. La junta general de socios

Respecto de la junta general de socios, por definición, corresponde a la reunión de los socios que, cumpliendo los requisitos legales y estatutarios de convocatoria, lugar y quórum, se celebra para deliberar y votar determinados asuntos de su competencia(18).

Como órgano supremo de la sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Ley General de Sociedades, la junta general de socios ejerce los derechos y facultades de decisión y disposición que legalmente le corresponden, salvo que en el pacto social se confieran ciertos de dichos derechos o facultades a la administración.

En tal sentido, la junta de socios puede decidir sobre todas las materias que no se encuentren expresa, excluyente y exclusivamente reservadas por ley o por el pacto social, a la administración.

Como ocurre con todos los tipos societarios existentes, la voluntad de los socios expresada por mayoría rige la vida y marcha de la sociedad.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 301 antes mencionado, los acuerdos de la junta general de socios se adoptan por mayoría de votos, computada conforme al pacto social, y a falta de estipulación expresa sobre el particular, por capitales(19) y no por personas; y en el caso de la modificación del pacto social, se requiere acuerdo unánime de los socios.

A pesar que la ley no se pronuncia respecto del quórum necesario para la instalación de las juntas generales, de la lectura del artículo de la ley comentada en el párrafo precedente, se infiere que, en primera o segunda convocatoria, indistintamente, el quórum está fijado por la concurrencia de socios que representen más de la mitad del capital pagado, como norma general; o por la concurrencia de la totalidad de los socios, cuando la junta general deba decidir sobre materias que impliquen la modificación del pacto social, como norma de excepción.

Respecto de la convocatoria a Junta General para las sociedades civiles, no existe en la Ley General de Sociedades una regulación expresa sobre el particular, lo que nos remite a la voluntad de las partes plasmada en el pacto social.

Sin embargo, resulta necesario que el mecanismo recogido en dicho pacto social, considere un plazo razonable que permita la notificación oportuna de todos los socios.

Cabe señalar, que dada la amplia libertad concedida a los socios en este tipo societario, el pacto social puede establecer niveles de quórum y mayorías más rigurosos, siendo incluso factible que lleguen a exigir la unanimidad para determinadas materia.

Los acuerdos de la junta general de socios deben constar en un libro de actas legalizado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades para las sociedades anónimas, aplicable en forma supletoria.

2. La administración

El órgano ejecutivo de las sociedades civiles es la administración, que se encarga de su gestión y representación legal(20).

A los administradores corresponde la dirección de la marcha de la sociedad, es decir, entre otros, le corresponde la ejecución de los acuerdos y decisiones sobre los negocios, el nombramiento y separación del personal, el poder de mando sobre dicho personal, la convocatoria de las juntas, la dirección de la contabilidad, etc.

De otro lado, el administrador tiene el deber de actuar con diligencia y lealtad, de respetar las disposiciones contenidas en los estatutos sociales y las decisiones de la junta de socios, y de guardar reserva de la información a la que tiene acceso en razón del cargo que desempeña.

Ahora bien, la administración puede ser ejercida de diversas maneras, entre las cuales las más frecuentes son: a través de un administrador único, de varios administradores o incluso por intermedio de una persona jurídica. De este abanico de posibilidades, la modalidad más utilizada en el Perú es el administrador único.

En España por ejemplo, el órgano de administración puede tener cinco variantes: un administrador único; varios administradores que actúan individualmente; dos administradores que actúan conjuntamente; un consejo de administración, sin perjuicio de la facultad de delegar; y, un consejo de administración y una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, con indicación de sus respectivas competencias(21). Como refiriéramos en los párrafos anteriores, tanto en el derecho español como en el derecho comparado, las dos primeras variantes constituyen las más utilizadas.

La administración en las sociedades civiles en la legislación peruana, no está regulada en forma estricta ni en la parte orgánica, ni en el manejo y mucho menos en cuanto a la fiscalización. Es la autonomía de la voluntad y la amplia libertad que tienen los socios en el acto constitutivo, la que prevalece y en este caso regula. No obstante, en nuestra opinión resulta indispensable que en el pacto social se establezca el número de administradores, la duración del cargo, las causales de remoción, el mecanismo de renuncia y las facultades conferidas.

Por otra parte, el o los administradores se encuentran sujetos a la observancia de reglas mínimas y generales, contenidas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades, reglas que en líneas generales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

. La administración de la sociedad civil puede encargarse tanto a los socios como a terceros ajenos a la sociedad.

No obstante lo anterior, el pacto social puede establecer que el cargo de administrador recaiga exclusivamente en socios, eliminando así toda posibilidad de que un tercero ajeno a la sociedad pueda asumir dicho encargo.

Adicionalmente, en el pacto social se pueden establecer menores facultades para el administrador de aquellas que corresponden usualmente a la administración ordinaria de una sociedad.

. La persona encargada de la administración de la sociedad, debe ceñirse a los términos en que le ha sido conferida la administración, limitar su actuación a las facultades que le fueran otorgadas y sujetarse a lo dispuesto en el pacto social.

Asimismo, al administrador no le es permitido contraer a nombre de la sociedad obligaciones distintas o ajenas a las conducentes al objeto social.

Esta regla -aplicable tanto en el caso del administrador socio como en el caso del administrador no socio- pone de manifiesto que una de las facultades conferidas al administrador es la de actuar y representar a la sociedad en todas aquellas operaciones que constituyan actos de administración ordinaria, siempre que se encuentren comprendidas dentro del objeto social.

. En el pacto social se puede establecer que la administración se encargue a uno, a varios socios o incluso a un tercero.

En estos casos la revocación del mandato del o los administradores solo puede hacerse por causa justificada.

La revocación del mandato de un administrador podría presentarse por ejemplo, cuando por un motivo grave el administrador dejase de merecer la confianza de los demás socios o sobreviniese algún impedimento que le imposibilite ejercer a cabalidad sus funciones de administrador.

Asimismo, el administrador puede renunciar a su cargo, por aplicación supletoria de las normas sobre el gerente de la sociedad anónima.

Si en el pacto social no se establece a quien se confiere la administración, sea socio o no, la revocación del o los mismos en sus cargos, puede efectuarse en cualquier momento.

. En tal sentido, en este supuesto específico, la remoción del administrador puede tener lugar en cualquier momento, sin que los socios requieran expresar los motivos que sustentan dicha decisión.

Al igual que lo manifestado en las líneas precedentes, en este supuesto el administrador también puede presentar la renuncia a su cargo en cualquier momento.

El administrador debe rendir cuenta de su administración periódicamente, pudiéndose fijar en el estatuto la periodicidad debida, ya falta de estipulación expresa, deberá rendir cuentas de su gestión en forma trimestral.

Esta norma es de aplicación también en el caso que el administrador no sea socio. El numeral 1° del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, dispone que en el pacto social se debe establecer el mecanismo por el cual los socios puedan hacer

uso de su derecho de estar informados sobre la marcha de la sociedad, el estado de la administración y los registros y cuentas de la sociedad.

Adicionalmente a las reglas anteriores, en el pacto social se deben establecer las reglas y procedimientos que, a discreción de los socios, resulten necesarios para la organización y funcionamiento de la sociedad, tales como los mecanismos de revocación del administrador, sus facultades, las limitaciones y alcances de la representación que detentan, etc., de conformidad con lo establecido en el artículo 303 de la Ley General de Sociedades(22).

VIII. RESPONSABILIDAD

Antes de entrar al desarrollo de este tema, consideramos oportuno hacer una precisión, por más evidente que pudiera parecer, con el objeto de poner en evidencia cuan confusa puede resultar algunas veces la terminología que utilizamos, sin advertirlo.

Así, cuando nos referimos a una sociedad y se la denomina de responsabilidad limitada o ilimitada, debemos tener muy en claro una cosa: la limitación o no de la responsabilidad es respecto de los socios y no respecto de la sociedad, por más que esta última así se llame, dado que todas las modalidades societarias son de responsabilidad ilimitada, puesto que responden con todos sus bienes por sus propias deudas.

En efecto, tal y como advirtiéramos en el párrafo precedente, en uno u otro caso, la responsabilidad de la sociedad frente a terceros tiene como único límite su patrimonio social, mientras que respecto de los socios, la responsabilidad que éstos asumen frente a las obligaciones contraídas por la sociedad, depende de sí en el pacto social ésta se limita a su aporte o si debe comprometer su propio patrimonio.

Ahora bien, hecha la precisión anterior, conforme a lo señalado en el punto 2 precedente, la responsabilidad de los socios, se encuentra condicionada a la modalidad de sociedad civil de que se trate.

Sin embargo, en cualesquiera de las modalidades en la que nos encontremos, respecto de la responsabilidad de los socios, procede el cobro de gastos e indemnización por daños y perjuicios a los socios que hubieren afectado con su accionar a la sociedad o a los demás socios.

Asimismo, como regla general aplicable a ambas modalidades de sociedad civil, ordinaria y de responsabilidad limitada, conforme se señala en el numeral 4 del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, en el pacto social se debe establecer si el socio que solo aporta a la sociedad su profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de servicio personal, tiene algún tipo de responsabilidad frente a las pérdidas cuando éstas fueran mayores al patrimonio social o si, se le exonera totalmente de responder frente a estas pérdidas.

En los puntos siguientes desarrollaremos la responsabilidad aplicable a las sociedades civiles ordinarias y a las sociedades civiles de responsabilidad limitada, cuyos alcances se encuentran recogidos en el segundo párrafo del artículo 295 de la Ley General de Sociedades, que a la letra dispone lo siguiente:

"La sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. En la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, distinto, en proporción a sus aportes. En la segunda los socios no pueden exceder de treinta, no responden personalmente por las deudas sociales."

1. La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles ordinarias

El supuesto normal de la responsabilidad personal (que implica el responder con el patrimonio de la persona deudora) es el de la responsabilidad ilimitada. En tal sentido, nos encontramos ante una responsabilidad ilimitada cuando el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

En el caso de las sociedades civiles ordinarias, la responsabilidad de los socios que la integran es ilimitada, en forma subsidiaria y con beneficio de excusión, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 295 de la Ley General de Sociedades, que señala que en las sociedades civiles ordinarias los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, salvo pacto distinto, en proporción a sus aportes.

En tal sentido, los socios responden con sus propios patrimonios por las obligaciones sociales, asumiendo una responsabilidad personal total frente a los terceros contratantes, pero en forma proporcional a los aportes efectuados por cada uno de ellos, a no ser que los socios acuerden expresamente responder por las deudas sociales en distintas proporciones a los aportes efectuados por ellos mismos.

Resulta de suma importancia precisar, que la responsabilidad de los socios no es solidaria, sino subsidiaria, esto significa que solamente se puede actuar contra el socio, una vez demostrada la ausencia de patrimonio de la sociedad.

Asimismo, no cabe que un socio asuma individualmente el total de la deuda social, sino que, dicha deuda debe ser asumida por todos ellos, dependiente de sus aportes o de lo que establezca el pacto social sobre el particular.

Finalmente, respecto del beneficio de excusión, el numeral 8 del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, establece que en el pacto social, los socios deben definir la forma como se debe ejercer el mismo.

2. La responsabilidad de los socios en las sociedades civiles de responsabilidad limitada

La limitación de la responsabilidad personal (que como señaláramos anteriormente configura la responsabilidad con el patrimonio de la persona deudora)

consiste en que la responsabilidad, aun afectando el patrimonio del deudor, no se extiende más allá de un determinado límite, el cual representa el monto de la responsabilidad. En este caso pues, nos encontramos ante una responsabilidad de tipo impersonal o patrimonial, la cual se presenta cuando el deudor responde con un patrimonio separado o con un objeto patrimonial(23).

En tal sentido, por su parte, en el caso de las sociedades civiles de responsabilidad limitada, los socios no responden en forma personal por las deudas contraídas por la sociedad con terceros.

La sociedad es quien debe responder, con su propio patrimonio, de las obligaciones asumidas, ya que los socios participan de la sociedad comprometiendo exclusivamente sus propios aportes sociales.

Finalmente, cabe recordar que aun en esta modalidad, respecto de la responsabilidad de los socios, procede el cobro de gastos e indemnización por - daños y perjuicios a los socios que hubieren afectado con su accionar a la sociedad o a los demás socios; responsabilidad que halla justificación y contrapartida en la independencia de cada uno de los socios y en la diligencia que ello implica.

IX. UTILIDADES Y PÉRDIDAS

Como señala MONTROYA MANFREDI, para que proceda el reparto de utilidades se requiere necesariamente que éstas existan, o sea, que se trate de beneficios reales que resulten de haberse observado las reglas sobre confección del balance y valoración del activo(24).

En tal sentido, la utilidad del ejercicio corresponde al mayor valor del patrimonio neto obtenido al cierre del mismo, por el ingreso de activos adicionales no provenientes de aportes de capital o por la disminución de pasivos de la sociedad. Las sumas que se repartan entre los socios no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan en un ejercicio. Si se ha perdido una parte del capital social no se puede distribuir utilidades, sino hasta que dicho capital sea reintegrado o en su defecto, reducido el capital en la proporción correspondiente(25).

En la sociedad colectiva, los socios participan de las utilidades y de las pérdidas, de conformidad con lo establecido sobre el particular en el pacto social, o en su defecto, en proporción al aporte efectuado al capital social por parte de cada uno de ellos.

En este segundo supuesto, la participación que corresponde al socio industrial se determina, respecto de las utilidades, con un porcentaje igual al valor promedio de los aportes de los socios capitalistas; y respecto de las pérdidas, también con un porcentaje igual al valor promedio de los aportes de los socios capitalistas, pero

con la salvedad, de que únicamente participa de las pérdidas en el caso que tanto el capital social como las reservas sociales se agoten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 300 de la Ley General de Sociedades.

Incluso, cabe la posibilidad que el pacto social exonere al socio capitalista de participar en las pérdidas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 303 de la misma Ley.

Finalmente, como regla general aplicable tanto a las sociedades civiles ordinarias como a las de responsabilidad limitada, conforme se señala en el numeral 5 del artículo 303 de la Ley General de Sociedades, en el pacto social se debe establecer si el socio industrial, que solo aporta a la sociedad sus servicios, debe o no dar a la sociedad las utilidades que haya obtenido en el ejercicio de esas actividades.

SOCIEDADES COLECTIVAS y EN COMANDITA SOCIEDADES MERCANTILES EN EXTINCIÓN

Raúl AZA DERTEANO

I. SOCIEDADES COLECTIVAS

1. Breves referencias históricas y significación actual

Si bien existen discrepancias entre los estudiosos respecto al momento preciso del nacimiento de esta sociedad, según la doctrina mayoritaria es en la Edad Media donde se pueden encontrar sus orígenes con los rasgos fundamentales que la definen actualmente(1).

Así, refiriéndose a sus orígenes, Broseta(2) manifiesta que "es una sociedad constituida por los herederos del comerciante fallecido para la continuación de su actividad mercantil. Se trataba de una comunidad familiar en la que los herederos, generalmente unidos por vínculos de sangre, aportan su propio esfuerzo para la realización del objeto y fines sociales y responden con todos sus bienes del cumplimiento de las deudas sociales. Posteriormente, esta forma asociativa se utiliza por personas extrañas para el establecimiento de un negocio común, y, si bien falta la base familiar originaria, las personas que lo integran están unidas por vínculos de amistad y recíproca confianza, permaneciendo inalteradas las ideas de comunidad de trabajo y responsabilidad ilimitada que caracterizan la sociedad en su origen. De esta forma, la colectividad de los socios aparece como centro de imputación y punto de convergencia de derechos y deberes distintos de los que corresponden individualmente a cada uno de los socios, aun cuando la responsabilidad por las deudas sociales se extienda sin limitación sobre sus propios patrimonios".

Esta forma de realizar actividad mercantil a través de la sociedad colectiva alcanzó difusión y auge como signos de aquellos tiempos en los que, paulatinamente, resultaba indispensable el asociarse con otros para realizar negocios de mayor envergadura y en los que, para garantizarlos, los factores de confianza entre los socios (de allí el carácter personalista de la sociedad) y la responsabilidad solidaria e ilimitada de estos últimos la convirtieron en el medio idóneo para hacerlos. Por ello es que esta forma de sociedad alcanzó gran difusión y obtuvo su reconocimiento legislativo en la Ordenanza Francesa de 1673 con el nombre de "sociedad general" y también en las Ordenanzas de Bilbao de 1737. De allí pasó a los principales códigos europeos del siglo XIX (el francés de 1807, el español de 1829 y el alemán de 1861). En el Perú, el tratamiento legislativo de esta forma societaria empieza con el Cód. go de Comercio de 1902 (influenciado por su similar español), continúa con la Ley 16123 de 1966 (Ley de Sociedades Mercantiles) y termina en nuestros días con la Ley 26887 (Ley General de Sociedades) actualmente vigente (en adelante LGS).

Sin embargo, lo que pudo ser útil comercialmente dentro de ese contexto histórico y económico ya no lo es más. En efecto, como acertadamente señala Elías(3), "el siglo XX no tiene las mismas características. El fantástico crecimiento de las economías nacionales, la participación del público en la financiación de las empresas, los requisitos de eficiencia y profesionalidad exigidos a los administradores, la necesidad de diversificar las inversiones y. por ende, de limitar la responsabilidad, excluyeron el esquema de las sociedades de personas e impulsaron en forma decidida la utilización de sociedades de capitales, evolución que ya se había iniciado en el siglo anterior. La sociedad colectiva hace surgir el temor a la responsabilidad ilimitada de los socios y. por ello, es cada vez menos empleada".

Dentro de esa misma línea de pensamiento y con ocasión de sus comentarios a la antigua Ley de Sociedades Mercantiles, Montoya(4) refiriéndose a las sociedades colectivas afirmaba ya el año 1967 que "(...) se nota una disminución cada vez mayor del número de sociedades que se constituyen bajo la forma colectiva, contrastando con el aumento de las sociedades de responsabilidad limitada".

Entonces, si la tendencia de este tipo de sociedades apunta hacia su escasa utilización, por no decir su progresiva desaparición, la pregunta que surge a continuación es por qué la LGS de reciente data (1997) ha preferido continuar regulando con algunas variantes esta forma de sociedad. La respuesta, a decir de sus autores, es que aquélla representa una forma de organización social que debe continuar a disposición de los empresarios que deseen emplearla(5). Obviamente, esta tendencia no solo es privativa en el Perú sino también se presenta en la misma magnitud en otros países(6).

2. Definición y notas características

No obstante su constante declive en los tiempos actuales de modernidad y globalización, la sociedad colectiva mantiene fundamentalmente una importancia histórica y conceptual para diferenciarla, por oposición de las sociedades de capital. Si a esto se añade el hecho de que aquélla continúa siendo regulada por la LGS, entonces se impone igualmente seguir estudiando la y conocer sus alcances.

Nuestra LGS no define a la sociedad colectiva. Sin embargo, podemos definirla como aquella de tipo persona lista en la que, bajo una razón social, realiza actividad mercantil y cuyos socios responden solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales frente a terceros.

De la definición que acabamos de formular, se desprenden sus dos notas características fundamentales:

2.1. Es una sociedad personalista.- La doctrina suele calificarla como una "sociedad de personas" para diferenciarla de la "sociedad de capital". Estimamos que resulta más apropiado afirmar que se trata de una sociedad personalista o "intuitu personae": Al fin y al cabo, todas las sociedades, incluyendo las de capital,

están conformadas por personas, sean éstas naturales o jurídicas. El carácter personalista radica precisamente en las calidades personales o patrimoniales de cada socio para emprender la actividad mercantil; son ellas las que determinan la causa., de los demás para constituir y mantener la sociedad.

Ahora bien, si la sociedad colectiva está concebida en función a una recíproca relación personal de confianza y estimación de los atributos personales entre los socios (léase pensado más en personas naturales), cuestión que merece preguntarse es si otras personas jurídicas pueden tener la calidad de socios en una sociedad colectiva. Para responder esta pregunta, se suele distinguir en la doctrina según se trate de una sociedad de responsabilidad ilimitada o limitada, sosteniéndose que tal posibilidad debe negarse para el segundo caso, ya que si una de las notas características de la sociedad colectiva es la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus socios (como veremos en el punto 2.2. siguiente), lo menos que puede exigirse es que si esa persona jurídica adquiere la calidad de socio de una colectiva, aquélla también debe tener una naturaleza similar a la sociedad a la cual pretende integrarse, ello para mantener el principio de responsabilidad ilimitada.

Al respecto, estimamos que esta apreciación para vedar el ingreso de sociedades de responsabilidad limitada como socios de una colectiva es errónea. No existe impedimento conceptual ni legal para que cualquier persona jurídica sea socia, a su vez, de otra sociedad colectiva, más allá de cual sea su forma societaria.

En el ámbito conceptual, sabido es que una persona jurídica es una entidad distinta de los miembros que la conforman y, como centro de imputación de derechos y obligaciones, lo primordial es que dicha persona jurídica socia, considerada en sí misma, responderá con el íntegro de su patrimonio por las obligaciones de la sociedad colectiva de la cual es socia, inclusive con los mismos alcances que la ley prevé para este tipo de sociedades (solidaria e ilimitadamente). En el ámbito legal, por lo demás, el artículo 4 de la LGS(7) confirma expresamente esta apreciación cuando permite expresamente que una sociedad, sea cual fuere su tipo, tener la calidad de socio de una sociedad colectiva.

2.2. Es una sociedad en la cual sus socios responden solidaria e ilimitadamente frente a terceros por las obligaciones de la sociedad, por lo que todo pacto en contrario no produce efectos contra terceros.- Esta característica que no es más que la transcripción literal del artículo 265 de la LGS, y ello es así porque, en esencia y por excelencia, recoge la característica fundamental que la diferencia de otras formas societarias. Tanto es así que, la actual LGS, reproduce en forma idéntica la disposición que la derogada Ley de Sociedades Mercantiles contenía sobre el particular.

Así, los alcances de esta responsabilidad son impuestos de manera imperativa por la ley, de modo tal que los pactos que celebren los socios para limitar tales alcances, en referencia a cada socio o a alguno de ellos, carece de eficacia frente a terceros. Este es el sentido de la segunda parte del artículo comentado. Nótese

que la norma no sanciona con nulidad los pactos que los socios puedan estipular respecto a los alcances de la responsabilidad, sino simplemente se indica que ellos no son oponibles a terceros, por lo que cabe que en las relaciones internas entre aquéllos se pueda modificar o limitar la forma cómo responderán con sus respectivos patrimonios llegado el caso.

En consecuencia, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios hace que esta forma de sociedad sea la más radical. Es ilimitada porque los socios responden por las deudas sociales no solo con el capital aportado a la sociedad sino también con su patrimonio personal, sin límite alguno. Es solidaria, porque el acreedor de la sociedad puede dirigirse por el total de la obligación en forma indistinta y simultánea contra alguno o todos ellos, sin beneficio de división entre ellos.

La cuestión que se plantea ahora es la de determinar si esa responsabilidad de los socios se ofrece en el mismo plano que la responsabilidad de la sociedad o, si por el contrario, tiene un carácter subsidiario respecto de ésta.

La severidad en los alcances de la responsabilidad de los socios no debe inducirnos a error al momento de exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad colectiva, ya que no debe olvidarse que una cosa es la responsabilidad de la sociedad y otra distinta la de los socios. Garrigues(B) aborda este tema de la siguiente manera: "Nos encontramos, pues, ante un sistema de responsabilidad doble: a la acción del acreedor se ofrece un doble blanco patrimonial: la sociedad y los socios, ¿Cómo ordenar estas responsabilidades? ¿Pueden ser actuadas simultáneamente o se establece entre ellas una gradación?" Para responder tales interrogantes, el autor español explica que existen dos formas para tratar este tema en la legislación comparada:

a. El de igualdad de grado.- En este sistema los socios responden en la misma línea que la sociedad. la ejecución por el acreedor en ambos patrimonios (el social y el individual de cada socio) puede ser simultánea, por lo que su facultad de cobro no está supeditada a una previa ejecución de los bienes sociales.

Este sistema es propio de las legislaciones (como el sistema alemán) que no admiten la personalidad jurídica de las sociedades colectivas(9), por tanto, no exigen la formación de un patrimonio social distinto del de los socios. Si la unidad de firma es solo la reunión externa de todos los socios, la sociedad no tendrá deudas propias: las deudas de la sociedad serán únicamente deudas de los socios. Por ello la simultaneidad en la ejecución por el acreedor resulta lógica bajo esta óptica, en tanto resulta difícil separar las deudas del socio y las de la sociedad.

b. El de diversidad de grado.- Este sistema es reconocido por las legislaciones que admiten la personalidad jurídica de la sociedad colectiva, entre ellas la nuestra; y, por tanto, la existencia y autonomía de dos patrimonios diferenciados (el de la sociedad y el del socio). Consecuencia de esta percepción es la necesidad de que

los acreedores sociales se dirijan previamente contra el patrimonio social autónomo, ya que la función primordial de todo patrimonio es servir como objeto de responsabilidad(10); y que únicamente en caso de insuficiencia de este patrimonio, los acreedores tengan acceso al patrimonio de los socios.

En ese orden de ideas, adscribiéndose nuestra legislación al segundo sistema mencionado(11), el acreedor de la sociedad colectiva deberá dirigirse, en primer término, contra su patrimonio social. Solamente cuando éste no fuera suficiente, aquél podrá emplazar a los socios en forma personal, solidaria e ilimitada. Sin embargo, a diferencia de la solidaridad civil en la que un fiador solidario está imposibilitado de oponer el beneficio de excusión(12J, los socios de la colectiva sí están facultados expresamente a oponer al acreedor dicho beneficio amparados en el artículo 273 de la LGS. Por eso es que la responsabilidad de los socios tiene carácter subsidiario.

3. Manifestaciones del carácter personalista de la sociedad colectiva

Hemos visto en los puntos anteriores que, desde sus orígenes hasta la actualidad, el considerar las calidades personales de los socios constituye un elemento fundamental al momento de constituir una sociedad colectiva. Este carácter personalista de la sociedad se manifiesta, directa e indirectamente, en cada uno de los conceptos que afectan la vida de la sociedad: desde la forma cómo se le denomina, pasando por las modificaciones al pacto social, la formación de la voluntad social, cómo es administrada y hasta la salida del socio de la sociedad (sea por transferencia de la participación hasta su separación, exclusión o muerte). Todos estos aspectos que son recogidos por la LGS y a los que nos vamos a referir en adelante, tienen como común denominador el mantener, en lo posible, las condiciones originales de la fundación social basadas en la recíproca confianza; y limitar, cuando sea el caso, la injerencia de elementos que alteren dichas condiciones.

Aun cuando las manifestaciones derivadas del carácter personalista de la sociedad colectiva se presentan en el diario quehacer social, veamos a continuación las más relevantes:

3.1. La sociedad actúa bajo una razón social.- Las sociedades colectivas desarrollan sus actividades y se obligan en el mercado bajo una razón social, atributo especial de la personalidad jurídica, que sirve para individualizarlas y distinguirlas.

¿Por qué una razón social y no una denominación social? Montoya(13) sostiene, por ejemplo, que lo que la ley persigue es que la razón social debe poner de manifiesto, de modo inmediato, quiénes son las personas que forman parte de la sociedad. De este modo, el tercero está defendido eficazmente, conociendo desde el primer momento los alcances de la responsabilidad de los socios y la de aquéllos cuyo nombre figura en la razón social, aunque no tengan esa calidad.

Así, el artículo 266 de la LGS especifica el modo cómo debe formarse la razón social de una sociedad colectiva, esto es, mediante la inclusión del nombre de todos los socios, de alguno de ellos o de uno solo, agregándose la expresión "Sociedad Colectiva" o las siglas "S.C."

De otro lado, este mismo artículo indica que la persona que, sin ser socio, permite que su nombre aparezca en la razón social, responde como si lo fuera(14).

Como podemos apreciar, la razón social no necesariamente debe incluir el nombre de la totalidad de socios, bastando que uno de ellos sólo aparezca en el membrete. Por cierto, el hecho que los nombres de los socios restantes se omitan en la razón social no significa en modo alguno que se liberen de su responsabilidad solidaria e ilimitada, pues esta última se determina fundamentalmente en función a la condición de socio.

Finalmente, la razón social debe enmarcarse dentro de los principios de:

a. Veracidad.- Al consignarse el nombre de todos o alguno de los socios, se tiene que transmitir al mercado la idea más exacta posible de quiénes son las personas o socios que la conforman, máxime si éstos tienen responsabilidad solidaria e ilimitada, de tal forma que si se establecen vínculos con ella, el tercero tenga el pleno conocimiento sobre las calidades de quiénes son los llamados a responder si el patrimonio de la sociedad resultara insuficiente.

Un aspecto que revela cuán importante es que la razón social se aproxime a la verdad lo más posible, está en el hecho manifestado por Beaumont cuando se discutían los alcances de este artículo 266 en la Comisión Redactora de la LGS. Señala este autor que "se sugirió que para los fines del último párrafo de este artículo debería agregarse alguna disposición que precise sus alcances respecto a los casos de homonimia"(15), dado que puede darse el caso que una persona, sin saberlo, no impida (y, por ende, involuntariamente permita) que se utilice su nombre en la razón social de una sociedad colectiva que ni siquiera conoce. Por esa situación, tendría que responder como si fuera socio, aún cuando la persona involucrada sea su homónimo. Finalmente, la sugerencia no fue acogida en la Ley porque, más allá que los nombres de los socios figuren en la razón social, la contrata especificaba como medida preventiva la plena identificación a los socios que realmente puedan responder, no solo bastan sus nombres de Pila. Dicha identificación permitirá entonces distinguir los casos de omonimia,

b. Novedad.- No se puede adoptar una razón social idéntica a la de otra sociedad preexistente de cualquier clase inscrita en el Registro de Personas Jurídicas(16). Además, cabe la posibilidad que la razón social o denominación de una sociedad pueden llegar a convertirse en un "nombre comercial"(17) por su fuerza distintiva y el prestigio ganado en el mercado y, si ese fuera el caso, existe igual prohibición de adoptar un nombre comercial similar a otro preexistente, protección que en este caso proviene del artículo 208 del Decreto Legislativo 823 (Ley de Propiedad Industrial)'18). Vemos pues que, en este caso, la prohibición legal puede llegar por partida doble.

3.2. Una sociedad tiene plazo fijo de duración.- Los socios de una sociedad colectiva deben establecer necesariamente un plazo fijo de duración al momento

de constituirlos. A diferencia de otros tipos societarios en los que se faculta a los socios a optar por la duración de una sociedad como determinada o indeterminada, el artículo 267 de la LGS limita en forma imperativa la duración para esta clase de sociedades. Es más, lo hace en forma más rigurosa y precisa respecto a las reglas generales que dicha ley establece como aplicables a todas las sociedades(19). En efecto, adviértase que el artículo 267 utiliza "plazo fijo" mientras que el artículo 19 alude al "plazo determinado". En este orden de ideas, las consideraciones respecto a que dentro del vocablo "determinado" pueda admitirse también el de "determinable", excluye este último para el presente caso desde el momento mismo en que la norma exige un plazo fijo, esto es, una fecha de vencimiento clara e inequívoca o, en todo caso, un número concreto y específico de años, meses y/o días.

Esta precisión en la duración tiene su razón de ser, coincidiendo con Elías (20) , en que la ley no desea que los socios de una sociedad colectiva se encuentren obligados a un plazo indefinido, esto es, encontrarse vinculados en una forma que puede ser perpetua con una responsabilidad solidaria e ilimitada frente a terceros. Parafraseando a Garrigues(21), "es exigencia equitativa puntualizar el momento en que cesa la responsabilidad ilimitada de los socios".

3.3. La prórroga de la duración de la sociedad requiere el acuerdo unánime de los socios.- Hemos visto en el punto anterior que la duración de la sociedad debe tener plazo fijo por mandato legal. Vencido dicho plazo, la sociedad se disuelve de pleno derecho, salvo que los socios acuerden la prórroga. Si ese fuera el caso, se requieren cumplir dos condiciones según el artículo 267 de la LGS antes de la formalización de la prórroga: (i) Que el acuerdo se adopte en forma unánime por los socios(22); (ii) Que se haya cumplido en forma previa con el artículo 275 de la misma ley.

Este segundo requisito supone a su vez el cumplimiento de los siguientes pasos: (i) Que el acuerdo de prórroga de la sociedad-se...publique por tres veces(23); (ii) Que, transcurridos treinta días desde la última publicación o de la inscripción de la prórroga en el Registro, no mediara la oposición de algún acreedor de un socio con crédito vencido; (iii) Que, alternativamente, si hubiere oposición de dicho acreedor y fuere declarada fundada judicialmente, la sociedad debe liquidar la participación del socio deudor en un lapso no mayor de tres meses.

3.4. La modificación del pacto social requiere el acuerdo unánime de los socios.- Del carácter personalista de la sociedad colectiva deriva que el contrato social no pueda modificarse sino con el acuerdo unánime de los socios. Vemos nuevamente cómo se exige el criterio de unanimidad para el acuerdo. Así lo dispone el artículo 268 de la LGS.

La unanimidad se explica en tanto permite a todo socio cautelar la permanencia de las disposiciones originales del pacto social y el estatuto. Sin embargo, no basta la simple adopción del acuerdo por unanimidad, sino también el citado artículo establece como segundo requisito el que dicha modificación deba inscribirse en

los Registros Públicos. A falta de la inscripción, la modificación no surte efectos contra terceros.

Demás está decir que el acuerdo unánime e inscripción también se requerirán para toda modificación del estatuto de la sociedad colectiva. Con la LGS queda claro que pacto social y estatuto son conceptos distintos(24) y que entre ellos existe una relación de género a especie respectivamente. Así, el estatuto está contenido en el pacto o contrato social como se puede inferir de los artículos 5 y 54 de dicha ley(25).

Finalmente, no hay que confundir el criterio de unanimidad exigido para la modificación del pacto social con la regla del artículo 269 de la LGS, el cual regula cómo se pueden computar las mayorías para la adopción de otra clase de acuerdos.

3.5. La transferencia de las participaciones requiere el consentimiento de los demás.- Consecuencia de esta nota personalista es la no transferencia de la calidad del socio sin el previo consentimiento de los demás, quienes al fundar la sociedad tuvieron en cuenta las cualidades personales del enajenante. Sin embargo, antes de tratar este terna, resulta conveniente comentar brevemente algunos aspectos relacionados con las características especiales que asumen la formación del "patrimonio" y "capital social" en las sociedades colectivas, dado que en este tipo de sociedad no sólo es válido aportar capital sino también servicios.

En cuanto al "patrimonio", los artículos 265 al 277 de la LGS que regulan a la sociedad colectiva no contienen norma alguna relacionada con aquél. Ante este vacío en las disposiciones especiales, resultan de aplicación las reglas generales que sobre este tema son aplicables a todas las sociedades, en este caso, los artículos 22 al 31 de dicha ley. En otras palabras, la formación del patrimonio y los aportes a la sociedad colectiva no difieren de los demás tipos societarios.

En lo que concierne al "capital social", tampoco existen normas expresas en los artículos 265 al 277 de la LGS con relación a dicho concepto. También ante este vacío en las disposiciones especiales, podemos concluir que no son exigibles para la sociedad colectiva los requisitos de aportes mínimos de capital social que sí lo son para otras formas societarias(26). En efecto, si por un lado, advertimos que los citados artículos 265 al 277 no contienen una exigencia expresa a los socios para suscribir y pagar capital; y, por el otro, el artículo 1 de esa misma ley permite aportar servicios en forma alternativa a los bienes (dinerarios o no), podemos concluir que nada obliga a que la sociedad colectiva deba nacer con un capital. Más bien, es perfectamente posible que esta sociedad se constituya únicamente con aportes de servicios por parte de los denominados "socios industriales" .

Ahora bien, Broseta(27) afirma que la opinión más extendida entre los autores es la de negar la posibilidad de sociedades colectivas sin capital social, alegando que la aportación de servicios por su propia naturaleza no puede servir como objeto de garantía de los acreedores sociales. En el mismo sentido y en nuestro medio,

González(28) sostiene que en la LGS se aprecia en forma implícita que las sociedades colectivas necesitan también y en forma imperativa la existencia de capital social como fondo económico de explotación. Sin embargo, este último argumento es erróneo, porque como acertadamente señalan Garrigues(29) y Elías(30), esta posibilidad de constituir la sociedad colectiva sin capital social responde a una naturaleza totalmente diferente a la de una sociedad de capitales. Lo dicho no impide que en la sociedad colectiva también los socios puedan aportar otra clase de bienes (dinerarios o no) y, de este modo, que aquélla nazca con un capital social determinado. Si ese fuera el caso, los efectos y las reglas sobre ese capital serían muy diferentes a los aplicables a las sociedades de capitales. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad que la sociedad colectiva reduzca su capital social y, de esta forma, reintegre los aportes respectivos a los socios. Si hemos visto que los artículos 265 al 277 de la LGS no contienen norma expresa en cuanto al capital social y, por ende, dicho acuerdo de reducción y el consecuente reintegro a los socios no están sujetos a requisito, formalidad o condición alguna, entonces la sociedad colectiva es perfectamente libre de hacerlos. Nótese la notable diferencia con el mismo tratamiento y protección a acreedores que los artículos 215 al 220 de la LGS establecen para las sociedades anónimas.

No obstante, la libertad para este acuerdo de reducción de capital no es del todo irrestricta ya que, por vía indirecta, se deberá observar ciertas formalidades: (i) Al importar la reducción del capital una modificación del pacto social, el acuerdo respectivo de los socios debe ser unánime, ello como hemos visto por mandato del artículo 268 de la LGS; (ii) Al constar el pacto social por escritura pública, la reducción del capital y la consiguiente modificación del pacto deberán también constar en el mismo instrumento público, ello por mandato del artículo 5 de la misma ley.

Con vista a lo expuesto en relación a la conformación del patrimonio y capital social, podemos concluir que: (i) A diferencia de otras formas societarias, la participación en la sociedad colectiva no representa necesariamente partes alícuotas del capital social(31); (ii) la participación que se asigne a cada uno no tiene que guardar necesariamente proporcionalidad con el número de socios, ni con los aportes realizados ni con los servicios que asuman.

En realidad, el contenido o lo que representa la participación está dado por lo que los socios estipulen en el pacto social en cada caso, a tenor de lo dispuesto por los artículos 39 y 277 de la LGS. En ese sentido, el concepto de participación en la sociedad colectiva es amplio (porque puede comprender-derechos económicos y políticos), así como variable (porque puede asumir diferentes alcances y caracteres dependiendo de los pactos en cada sociedad).

Atendiendo a que los alcances de la participación son determinados en el pacto social, es por ello que al artículo 271 de la LGS sujeta la transferencia de participaciones a dos condiciones: (i) Que se obtenga la aprobación expresa de todos los demás socios, lo cual resulta obvio si son estos últimos los que han

determinado el contenido de la participación en el pacto social; (ii) Que se otorgue por escritura pública la modificación respectiva del pacto social.

Finalmente, la responsabilidad solidaria e ilimitada del socio transferente se mantendrá únicamente por aquellas deudas sociales concertadas hasta la fecha de la transferencia, en tanto con ella deja la condición de socio colectivo, no siendo responsable por las obligaciones generadas con posterioridad a aquélla. Hemos visto algunas de las manifestaciones del quehacer social que revelan el carácter personalista de la sociedad colectiva. Nótese la importancia de una relación personalizada entre los socios y cómo en los cinco aspectos señalados el común denominador es la "unanimidad" de criterio entre ellos: en los dos primeros, materializados con el acto de constitución; y en los tres restantes, a través del desarrollo de las actividades de la sociedad, lo que la convierten en una de carácter rígida y cerrada.

4. Relaciones jurídicas internas

Las relaciones jurídicas internas hacen referencia a las que se establecen, por un lado, entre los socios; y, visto de otro modo, entre los socios y la sociedad. Mientras que las relaciones jurídicas externas, que se verán en el punto 5. siguiente, aluden a las relaciones de la sociedad con terceros. Esta distinción entre relaciones internas y externas no es artificial debido al diverso carácter de las normas que regulan cada uno de estos dos ámbitos: para las primeras, las normas son de carácter dispositivo; mientras que para las segundas, de carácter imperativo.

En el ámbito interno, los temas a desarrollarse son los siguientes:

4.1. Estipulaciones a ser incluidas en el pacto social.- Los artículos 265 al 276 de la LGS que contienen las disposiciones especiales que regulan la sociedad colectiva no bastan para su necesaria organización y funcionamiento. Corresponde a los socios pactar en el acto constitutivo los demás aspectos que regirán sus relaciones internas y externas. Es por ello que el artículo 277 de la Ley sugiere una relación de temas que deben ser regulados en dicho pacto o en el estatuto, dependiendo de la naturaleza del tema a reglamentar. El hecho que este artículo aluda únicamente al término "pacto" no significa que excluya al "estatuto", pues es conocido que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie como dijimos anteriormente.

La relación de temas propuestos por el primer párrafo del artículo 277 tiene contenido obligatorio para que el pacto social sea válido como tal y no sea observado por los Registros Públicos. Así, el pacto debe contener obligatoriamente: (i) las reglas generales aplicables a todas las sociedades previstas en los artículos 1 al 49 de la LGS; (ii) las reglas especiales propias de las sociedades colectivas previstas en los artículos 265 al 276 de la misma ley; (iii) los temas previstos en los primeros ocho incisos del artículo 277 en mención.

Existen otros temas que pueden incluirse en el pacto social o el estatuto en forma facultativa como se desprende del último párrafo del citado artículo 277, siempre y cuando no vulneren los aspectos sustantivos de esta forma societaria.

Por último, ¿qué tipo de pactos deben ir en el pacto social y cuáles otros en el estatuto? Para eso deben tener cuenta la finalidad de cada cual. En todo caso, resulta ilustrativa la enunciación propuesta que para cada acto jurídico propone Elías(32).

4.2. Formación de la voluntad social.- Por lo general, la formación de la voluntad social se da a través de la expresión de los socios manifestada en una junta. Sin embargo, en el caso particular de las sociedades colectivas, tal voluntad no se deriva necesariamente de una junta sino puede ser directamente de los socios, sin junta de por medio, precisamente por el carácter personalista de este tipo de sociedades.

Salvo el caso de modificación del pacto social en el que se requiere unanimidad en el acuerdo, el artículo 269 de la LGS establece las pautas para establecer la formación de los acuerdos: o por mayoría de votos personales, o por mayoría de capitales.

Tratándose de las votaciones por persona, la regla general establecida en el artículo 269 es la de un voto por cada socio, lo cual significa que las decisiones se toman por el voto mayoritario de los socios, teniendo cada uno de ellos un voto.

Tratándose de las votaciones por capital, el régimen es casi similar al de las sociedades de capitales, es decir, más votos para quien tiene la mayoría en el capital no importando el número de socios. Sin embargo, para reafirmar el carácter personalista de la sociedad colectiva, el artículo 269 sujeta la formación de esa mayoría de capitales con la observancia de dos requisitos especiales: (i) Que el pacto social establezca el número de votos que corresponden a los socios industriales, no obstante que éstos no aportan capital alguno sino solamente sus servicios; (ii) Si un socio contara con más de la mitad de los votos, necesitará además el voto de otro socio.

El fundamento de este segundo requisito radica, según Montoya(33), en que si bien el monto aportado puede ser considerado para otorgar mayor poder de decisión a uno de los socios, no puede llegarse al punto de reconocerle el dominio absoluto de la sociedad. La responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los socios por los resultados de los negocios sociales, aconseja limitar los poderes de decisión del socio con mayor aporte, impidiendo que imponga su voluntad, que, eventualmente, compromete la responsabilidad de los demás hasta la totalidad de sus bienes.

Finalmente, cabe la posibilidad de establecer formas de cómputo de mayorías distintas a las establecidas en el artículo 269. Para ello, deberá estipularse esas otras formas en el respectivo contrato social como lo permite la primera parte del citado artículo.

4.3. Gestión de la sociedad.- En la sociedad colectiva todos los socios Son sus gestores natos a menos que por propia voluntad renuncien a ese derecho. Ello porque, al tener los socios una responsabilidad personal, solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales por mandato legal, es obvio que una gestión desafortunada, abusiva o temeraria de los demás puede comprometer sus respectivos patrimonios personales.

Por tal razón, el artículo 270 de la LGS señala que, salvo régimen distinto previsto en el pacto social, la administración corresponde separada e individualmente, a cada uno de los socios.

Existe una sutil diferencia entre gestión y representación, según la doctrina(34) y la propia LGS(35), la administración de una sociedad importa diferenciar estos dos conceptos distintos: (i) La gestión se relaciona con los aspectos internos de la sociedad, se agota en su esfera interna y tiende a establecer los límites de lo que el administrador puede realizar sin incurrir en responsabilidad frente a los demás socios; (ii) La representación en cambio se orienta hacia el exterior de la sociedad y su ejercicio determina la vinculación de la sociedad con terceros. A decir de Garrigues(36),la gestión es una cuestión de deber, mientras que la representación es una cuestión de poder.

Esta distinción se dificulta en la práctica debido a que, en la mayoría de los casos, las facultades de gestión y representación concurren en la misma persona, esto es, que el gestor o gerente sea al mismo tiempo el representante de la sociedad. No obstante que el artículo 270 de la LGS establece una regla general para la administración de la sociedad colectiva, esta norma legal admite un pacto en contrario. De hecho la aplicación concordada de la primera parte de este artículo con el inciso 1) del artículo 277 de la misma ley abre a los socios una variada gama de posibilidades en la administración, las cuales pueden clasificarse en forma resumida en las siguientes:

a. Administración a cargo de los socios.- Es la forma de administración que caracteriza a la sociedad colectiva. El negocio de la sociedad es común pero, a la vez, es el negocio de cada socio, por lo que no existe una desatención en su manejo. Puede adoptar las siguientes modalidades:

(i) Administración individual.- Se encarga a un solo socio el monopolio de la administración, lo que supone otorgársele todos los poderes necesarios para realizar las actividades propias del objeto social. No es un supuesto típico para esta clase de sociedades dada su naturaleza personalista, ya que la tendencia es aprovechar al máximo las condiciones personales de todos los socios, utilizando a varios de ellos en la gestión de la empresa.

(ii) Administración plural con carácter solidario.- Se encarga la administración a dos, varios o todos los socios, de tal forma que cada uno puede realizar por sí mismo, en forma separada e indistinta, cualquier acto de administración social sin necesidad del consentimiento de los demás.

(iii) Administración plural con carácter mancomunado.- Se encarga la administración a dos, varios o todos los socios, de tal forma que cada acto concreto de administración requiere el consentimiento de todos los socios gestores. Este sistema puede corregir los excesos de los sistemas de administración anteriores, pero tiene el inconveniente que su rigidez pueda paralizar la marcha de la sociedad.

(iv) Administración plural con carácter diversificado.- Se distribuye la administración entre uno, dos, varios o todos los socios en función de las materias, de tal forma que los asignados no necesitan del consentimiento de los demás para gestionar el área asignada.

b. Administración a cargo de terceros.- No obstante que los socios son los gestores natos en las sociedades colectivas, no existe impedimento legal para que, dentro de la libertad de regular su administración en el pacto social, aquéllos puedan encomendar dicha labor a personas totalmente extrañas a la sociedad, sean éstas naturales o jurídicas.

c. Administración mixta.- Es una combinación de las dos anteriores en tanto el ejercicio de la administración es compartida por uno o más socios con terceros no socios.

4.4. Término de la condición de socio.- Las formas mediante las cuales un socio puede dejar su condición de tal son: (i) con la transferencia de sus participaciones; (ii) con su separación; (iii) con su exclusión; (iv) con la muerte. Respecto a la primera, nos remitimos a los comentarios vertidos anteriormente(37

En lo que concierne a la separación y/o exclusión, más allá de su diferencia conceptual(38), ambas reciben el mismo tratamiento en el artículo 276 de la Ley General de Sociedades en cuanto hasta qué momento subsiste la responsabilidad del socio separado y/o excluido. Señala este artículo que el socio continúa siendo responsable ante terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el día en que concluye su relación con la sociedad. Esta posición asumida por nuestra ley difiere de la sostenida por un sector de la doctrina que opina que la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios no debe continuar operando, ni aun con respecto a las deudas anteriores a la separación o exclusión, en vista que se trata de casos en los que el socio deja de serlo en contra de su voluntad. Según Elías(39), nuestra ley no acoge este planteamiento y la posición asumida por ella es más bien una medida cautelosa y razonable para proteger a los acreedores de la empresa.

Nótese que el artículo 276 no establece una enumeración de las causales de separación o exclusión, pues deja librado tal aspecto al pacto social conforme se desprende de los incisos 7) y 8) del artículo 277 de la Ley (40).

De otro lado, el artículo 276 regula el procedimiento básico conforme al cual un socio puede ser excluido: (i) El acuerdo de exclusión se adopta por la mayoría de ellos, sin que se considere el voto del socio a quien se pretende excluir. El socio

excluido puede demandar judicialmente la oposición a dicho acuerdo dentro de los quince días contados desde la comunicación de la exclusión; (ii) Cuando se trate de sociedades con dos socios, la exclusión de uno de ellos tiene que ser demandada judicialmente por el restante y, si la demanda fuere declarada fundada, tendrá que restituirse el número mínimo legal de socios para no devenir en una disolución de pleno derecho una vez expirado dicho plazo.

Finalmente, en cuanto al fallecimiento del socio, este hecho no implica la entrada automática de sus herederos en la sociedad como sucede en principio con otras formas societarias(41). El último párrafo del artículo 276 no regula esta situación, limitándose a determinar los alcances en la responsabilidad heredada, lo cual nuevamente significa que son los socios los llamados a reglamentar este tema en el pacto social o estatuto.

Esta reglamentación es de vital importancia ya que, tratándose de una sociedad personalista, el ingreso de nuevos socios vía mortis causa puede originar una serie de conflictos entre éstos y los socios sobrevivientes. Así, por ejemplo, los herederos podrán optar entre continuar en la sociedad o no y, si fuera este último caso, pedir la liquidación de la participación del causante. A su vez, los socios sobrevivientes podrán disentir de una u otra medida, lo que agudiza el conflicto. En consecuencia, es recomendable que el pacto social contemple dicha situación dentro de la libertad regulatoria de 105 socios consagrada en el artículo 277 de la LGS(42).

Mas allá de cuál sea la solución pactada por 105 socios, queda claro que los herederos responden solo por las obligaciones contraídas hasta el día del fallecimiento del causante y hasta el límite de la masa hereditaria. Así lo dispone con carácter imperativo el último párrafo del artículo 276 de la LGS que, en cuanto al límite de la responsabilidad, concuerda con lo dispuesto por el artículo 661 del Código Civil(43).

Por último, terminada la condición de socio por cualquiera de las tres primeras formas indicadas (transferencia de participaciones, separación y exclusión), es recomendable que si ~u nombre figurara en la razón social, también desaparezca de ella, si es que no quiere encontrarse sujeto a las responsabilidades que dicha omisión significa al permitir que su nombre continúe apareciendo(44), ello conforme al último párrafo del artículo 266 de la LGS. Nótese que existe entonces un conflicto entre el último párrafo de este artículo y el 276 de la misma ley que limita las responsabilidades del socio separado y/o excluido(45). En nuestro concepto este conflicto es aparente y se resuelve en favor de esta última norma, ya que de la misma manera en que cabe la posibilidad de excluir la responsabilidad probando los casos de homonimia, igualmente puede acreditarse los momentos en que el socio saliente dejó de tener tal condición. Podrá alegarse contra esta opinión el hecho que una cosa es ser un homónimo que, como víctima, no tiene vínculo alguno con la sociedad; y otra muy distinta es que el socio saliente continúa tácitamente vinculado a la sociedad al permitir que su nombre se mantenga en la razón social. Sin embargo, no debe perderse de vista que:

- (i) la responsabilidad viene dada por la condición de socio.
- (ii) la razón social debe enmarcarse dentro del principio de "veracidad"
- (iii) las cuestiones probatorias y de contratación moderna hacen que la razón social no sea el único elemento para determinar responsabilidades.

5. Relaciones jurídicas externas

Como señalamos anteriormente, este tipo de relaciones son las que miran hacia la vida exterior de la sociedad, la de vincularse con terceros, siendo sus manifestaciones más relevantes las siguientes:

5.1. Representación de la sociedad.- Toda sociedad, en su relación con terceros, se vale finalmente de una o más personas naturales⁽⁴⁶⁾ para que la represente. Si bien conceptualmente puede distinguirse entre las facultades administrativas o de mera gestión interna y las facultades representativas o de gestión externa, habíamos dicho anteriormente que ambos tipos de facultades se reúnen normalmente y usualmente para efectos prácticos en la misma persona, por lo que resulta muy complicado diferenciarlas. En tal sentido, los comentarios vertidos anteriormente sobre la gestión de la sociedad resultan igualmente aplicables a este tema.

Lo que resta agregar es que el tema de la representación en las sociedades colectivas asume un matiz especial que la diferencia de las otras formas societarias. En efecto, si como hemos visto, la sociedad colectiva es personalista por excelencia y, por ende, sus socios son gestores natos, la percepción a priori de los terceros y del mercado respecto de ella es que cualquiera de sus socios puede representarla válidamente por el simple hecho de tener tal condición, máxime cuando el tratamiento unitario de la sociedad como persona se realiza bajo una unidad de firma y "razón social". Así, aun cuando el uso de la firma social por cualquiera de los socios puede ser razonable para cualquier tercero, puede darse el caso que la actuación del socio sea en interés propio en la creencia errónea que lo es por la sociedad. En este caso y otros, puede presentarse la figura del abuso de firma social.

Por tal razón, para enervar esta apariencia en cuanto a la representación de la sociedad colectiva, resulta necesario que los socios determinen expresamente en el pacto social o el estatuto las facultades y límites de representación al gestor o administrador. Adviértase que esta precisión en cuanto a qué comprende la gestión y la representación es obligatoria para que el pacto social sea válido por previsión expresa del artículo 277 inciso 1) de la LGS. Inclusive este artículo va más allá cuando en la segunda parte de su inciso 3) señala también que deben incluirse reglas relativas a las consecuencias generadas por el uso de la firma social para fines ajenos a la sociedad, lo que no hace sino ratificar la preocupación legislativa derivada de la idea no necesariamente cierta de que "socio = representante" expresada en el párrafo anterior.

Finalmente, al momento de establecerse en el pacto social o el estatuto las reglas respecto a la gestión y representación, deben tenerse en cuenta ciertas normas

legales de carácter imperativo, concretamente, las generales aplicables a todas las sociedades en materia de representación previstas por los artículos 12 al 14 de la LGS.

5.2. Acciones de los acreedores contra la sociedad.- La esfera de protección para los acreedores de una sociedad colectiva es más amplia que el de una sociedad de capitales, en tanto como hemos visto aquéllos tienen la posibilidad de ejecutar su acreencia contra dos patrimonios claramente diferenciables y autónomos: el de la sociedad y el de cada socio. También hemos manifestado que si bien la responsabilidad de los socios es personal, solidaria e ilimitada, tiene carácter subsidiario(47).

Sin embargo, a veces ocurre que el socio representante actúa sin expresar si obra en nombre propio o en el de la sociedad, en cuyo caso, el límite para determinar la naturaleza de la obligación (si es personal o social) se convierte muchas veces en sutil y difuso dado el carácter personalista de aquélla.

Consciente de esta posibilidad, el artículo 272 de la LGS se ha encargado de precisar y ratificar la distinta naturaleza en ambas clases de negocios, tendiente a independizarlos, ello con la finalidad de evitar confusiones en los acreedores. Sin embargo, cabe la posibilidad que los negocios particulares de los socios queden comprendidos en los de la sociedad si es que así se pactara en el contrato social conforme lo permite la parte final de dicho artículo.

5.3. Acciones de los acreedores del socio de una sociedad colectiva. Complementando el contexto indicado en el punto precedente, es que el artículo 274 de la LGS otorga expresamente dos derechos a los acreedores del socio de una sociedad colectiva:

a. Los acreedores particulares de los socios no pueden pedir la liquidación de la cuota de éstos mientras dure la sociedad.- En tal sentido, su ejercicio de cobro se encuentra limitado por este artículo de la siguiente manera: (i) embargar y percibir todo beneficio que sea repartido al socio; (ii) embargar y percibir todo importe que provenga de la liquidación de las participaciones del socio.

Respecto a este segundo aspecto, Elías(48) advierte que el término "liquidación" empleado por la norma no debe entenderse como sinónimo del acto de liquidación de la sociedad, sino también a cualquier otra forma de liquidación de la participación (enajenación de la cuota o separación, fallecimiento o exclusión, o cualquier otra forma legal o estatutaria que acarrea la liquidación de su cuota social).

b. Los acreedores pueden oponerse a que se prorrogue la duración de la sociedad respecto al socio deudor (49).- Nótese que tal prerrogativa no es para cualquier acreedor en general, sino solo de aquellos que tengan "crédito vencido" como precisa el artículo en cuestión.- Con ello logra: (i) o que la sociedad se disuelva y sea liquidada, en cuyo caso, el socio deudor obtiene su cuota de liquidación que puede ser embargada; (ii) o que la sociedad se prorrogue para los demás socios

liquidándose la cuota del socio deudor, en cuyo caso, también se obtiene el efecto anterior.

II. SOCIEDADES EN COMANDITA

1. Breves referencias históricas y significación actual

Al igual que en el caso de la sociedad colectiva, los orígenes de la sociedad en comandita también se encuentran en la antigua "commenda" de la Edad Media según la opinión mayoritaria de la doctrina. El término "commenda" deriva del latín "commendare" que significa confiar y, pese a su nombre latino, no parece haber sido conocido por los romanos; más bien la tendencia predominante es ubicar sus antecedentes en las ciudades italianas y para el comercio marítimo.

Esta forma de hacer negocio consistía en que una persona entregaba mercancías o una suma de dinero a un mercader o al dueño del navío para que éste, a nombre propio, emprendiese el viaje de negocios, repartiéndose al final de la expedición los beneficios de acuerdo a lo pactado. Sin embargo, en la primitiva "commenda" no hay todavía una verdadera figura social: el capital sigue siendo de propiedad del capitalista, hay más bien una especie de arrendamiento o préstamo con participación en las ganancias, aquél no se encontraba en la situación de un socio ordinario, ya que su identidad se mantenía en secreto y su compromiso en caso de pérdida se limitaba al capital aportado. La forma social aparece y se consolida cuando se vio en esta modalidad de hacer negocios la gran ventaja de permitir que los nobles, los titulares de cargos públicos y los religiosos participasen en operaciones comerciales, dado que por esas épocas no podían ser comerciantes. Se descubrió que el comercio era una fuente de ingresos más rentable que el trabajo de la tierra y, asimismo, era la forma de eludir la prohibición de préstamos a interés, efectuando un aporte de dinero mediante una participación. La actividad rural pasó a un segundo plano frente al avance del comercio y las clases sociales tuvieron que adaptarse al cambio.

Con el correr de los años su uso generalizado fue objeto de regulaciones parciales para la protección de terceros, esto es, exigir el registro de los contratos de "commenda" para conocer los aportes y las posiciones de los socios. Con la Ordenanza Francesa de Comercio de Luis XIV de 1673 es que se la regula integralmente, situándosela aliado de la sociedad colectiva y prescribiéndose que el contrato debía ser otorgado por escrito, inscribirse ante la secretaría de la jurisdicción comercial y publicar un extracto del mismo con el nombre del socio comanditario. Estos principios fueron recogidos posteriormente por el Código de Comercio Francés de 1807, el cual como es sabido fue adoptado como modelo de muchas legislaciones de la materia, entre ellos, el Español; y, por tanto, influenciando nuestra legislación hasta nuestros días.

Sea cual fuere su origen, hay algunos que consideran que la sociedad en comandita es una simple forma evolutiva de la sociedad colectiva. Elías(50)

sostiene que es el resultado de la evolución de la sociedad mercantil desde las fórmulas asociativas llamadas sociedades de personas hacia las denominadas sociedades de capitales: "Esta es, desde luego una forma de asociación que representa el primer paso de la sociedad de personas hacia la sociedad de capitales", En el mismo sentido apunta Ripert(51) cuando señala que: "La sociedad en comandita fue la primera forma social que ha permitido la limitación de la responsabilidad de los socios. Y debe su éxito a que en otros tiempos ha sido extraordinario precisamente a esta regla. La comandita era abierta para todos; podía producir beneficios importantes y permitía, por otra parte, interesarse en las operaciones comerciales a los que no tenían la calidad de comerciantes" . Vemos pues que la importancia de esta sociedad en la actualidad es básicamente histórica, puesto que esta "forma híbrida de sociedad", término acuñado por Rafael Mac Causland, implicó el primer intento de cambio al introducir el concepto de la "responsabilidad limitada" del socio en una sociedad de personas. Sin embargo, al igual que la sociedad colectiva, los elementos personales que son comunes a esta última y las comparaciones con las ventajas que otorgan las sociedades de capital en distintos ámbitos (responsabilidad, administración, etc.) han originado su escasa utilización en los tiempos actuales apuntando hacia su desaparición(52), remitiéndonos a lo expresado anteriormente respecto a las sociedades colectivas en cuanto a su significación actual.

2. Definición y notas características

Precisamente por ser una forma híbrida entre una sociedad de personas con una de capital, en las legislaciones se la regula como una subespecie de la sociedad colectiva(53), por lo que denominando también en la sociedad en comandita el elemento personal, su regulación legal conjuntamente con la colectiva ofrece muchos puntos en común, tanto es así que la LGS para normarla permita que se le apliquen las normas de la sociedad colectiva (54). Por eso, en esta etapa del presente trabajo, omitiremos mayores explicaciones a algunos temas abordados por dicha ley al haberse tratado en los acápites anteriores para la sociedad colectiva.

Esta clase de sociedad se diferencia de la colectiva fundamentalmente por la coexistencia de dos clases de socios: (i) los colectivos, que son aquellos que desempeñan la dirección y la gestión de la sociedad y responden solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales; (ii) los comanditarios, llamados también socios capitalistas, que no intervienen en la gestión social y que responden en forma limitada a lo aportado a la sociedad.

Esta distinción entre socios responde a motivos completamente distintos de cada cual: (i) del lado de los socios colectivos, la sociedad en comandita les satisface el deseo de obtener un capital que no tienen para emprender un negocio, sin tener a cambio que compartir la gestión social con el capitalista, ni abonarle interés alguno a su capital cuando no haya ganancia; (ii) del lado de los comanditarios, la sociedad en comandita les satisface el deseo de participar en los beneficios de la

explotación mercantil sin tener injerencia alguna en la gestión ni responder más allá de lo aportado.

De la coexistencia de ambos tipos de socios podemos inferir como notas características fundamentales:

2.1. La existencia de una responsabilidad mixta.- Unos socios son ilimitada y solidariamente responsables (los colectivos) y los otros responden hasta cierta cantidad determinada (los comanditarios); distinción que se desprende inequívocamente del artículo 278 de la LGS.

En lo que concierne a los alcances de la responsabilidad de los socios colectivos, nos remitimos a los comentarios vertidos anteriormente para la sociedad colectiva respecto a su carácter personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria(55). En lo concerniente a la responsabilidad de los socios comanditarios, baste decir que su-situación es similar a la de cualquier socio" en una sociedad de capitales, esto es, su responsabilidad está limitada a su aporte. Si bien éste es el principio que rige para los socios comanditarios, Elías(56) sostiene que es posible estipular que éstos asuman una responsabilidad mayor, ya sea por haberse estipulado en el pacto social o por consentir que su nombre se incluya en la razón social.

Coincidimos con el autor nacional en ambos supuestos como extensión de la responsabilidad de limitada a ilimitada. En el primer caso, en tanto al amparo del artículo 39 de la LGS, en cuanto a la asunción de pérdidas nada obsta para que, en el contrato social, se pueda ampliar la responsabilidad por encima del aporte. En cuanto al segundo supuesto, no cabe duda alguna por la simple aplicación de la parte final del artículo 279, esto es, el socio que consiente que su nombre figure en la razón social responde frente a terceros por las obligaciones sociales como si fuera colectivo.

Podemos concluir finalmente en señalar cómo se materializa la responsabilidad ante la existencia de pérdidas sociales. La regla general es que éstas deben ser asumidas, en primer término, por los socios comanditarios hasta por el monto de sus aportes; en tanto que cualquier exceso deberá ser asumido solidaria e ilimitadamente por los socios colectivos.

2.2. La actuación bajo una razón social.- Al igual que en el caso de las sociedades colectivas, las sociedades en comandita sea cual fuere su clase deben identificarse por medio de una razón social. El artículo 279 de la LGS señala que ésta se forma con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, agregándose la expresión "Sociedad en Comandita" (léase la Simple) o "Sociedad en Comandita por Acciones", o respectivamente sus siglas "S. en C." o "S. en C. por A".

En tal sentido, nos remitimos a los comentarios vertidos sobre este mismo tema para el caso de las sociedades colectivas pero resaltando una singular diferencia: no deben figurar en la razón social los nombres de los socios comanditarios debido precisamente a la naturaleza de su responsabilidad. De lo contrario, podría crearse confusión en el mercado. Es por ello que la parte final del artículo 279

citado dispone que si un socio comanditario permite que su nombre figure en la razón social responde como si fuera socio colectivo.

Con vista a lo expuesto, podemos definir a la sociedad en comandita como aquella de naturaleza mixta en la que, bajo una razón social, realiza actividad mercantil y en la que coexisten dos clases de socios que responden de manera distinta por las deudas sociales frente-a terceros: unos en forma solidaria e ilimitada, los otros en forma limitada.

3. CLASES DE SOCIEDADES EN COMANDITA

3.1. Sociedad en Comandita Simple.- Es aquella en la que existe un predominio de los socios colectivos sobre los capitalistas, lo que significa que continúe siendo una sociedad personalista, siendo su característica principal el que la gestión se encuentre a cargo de los socios colectivos y que el capital social se encuentre representado en participaciones que se transfieren observando las reglas de la sociedad colectiva.

Aunque la nota personalista puede quedar debilitada por la presencia de los socios comanditarios, la consideración a la persona del socio, aun para estos últimos, continúa jugando un papel importante en la constitución de la sociedad. Así, para los socios colectivos, el escoger al socio en función a sus calidades personales es un aspecto fundamental por las razones que explicamos para la sociedad colectiva (léase la calidad de la gestión y las responsabilidades ilimitadas que a título personal asumirá cada cual); mientras que para los socios comanditarios. estas mismas consideraciones son razonables en tanto preferirán realizar su inversión o aporte en aquellas sociedades cuyos gestores le aseguren, cuando menos, un diligente y responsable uso de los recursos sociales.

Entre las características más importantes de esta clase de sociedad tenemos:

a. Los socios colectivos son los socios gestores.- Los socios colectivos tienen el derecho de administrar; mientras que, por el contrario, a los socios comanditarios les está vedada la gestión aunque excepcionalmente puede permitírseles siempre que el pacto social o el estatuto hayan previsto tal posibilidad. En efecto, el artículo 281 inciso 3) de la LGS señala que los socios comanditarios no participan en la administración, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, entre los socios colectivos la administración puede realizarse bajo alguna de las modalidades que hemos visto para la sociedad colectiva(57).

b. La sociedad tiene un plazo fijo de duración.- Atendiendo a que esa clase de sociedad en comandita presenta más elementos propios de una sociedad personalista, es que se le aplica la regla de plazo fijo de duración a tenor de lo dispuesto por los artículos 281, primer párrafo y 267 de la LGS.

c. La transferencia de las participaciones.- Al existir dos categorías de socios, el artículo 281 inciso 4) de la LGS señala los siguientes supuestos: (i) cuando se trata de transferir la participación de un socio colectivo, se requiere la unanimidad de los socios colectivos y de la mayoría absoluta de los socios comanditarios computadas en función al capital; (ii) en el caso de transferir la participación de un

socio comanditario, se exige la mayoría absoluta de los colectivos (computadas en función a personas) y la mayoría absoluta de los comanditarios (computadas por capital).

Nótese que, en ambos casos, el carácter personalista de este tipo de sociedad en comandita restringe o limita la posibilidad que terceros ajenos a la sociedad puedan incorporarse fácilmente a ella.

3.2. Sociedad en comandita por acciones.- Es aquella en la que existe un predominio de los socios capitalistas sobre los colectivos, lo que significa que ella deja de ser una sociedad personalista para convertirse en una capitalista, dado que el capital social se encuentre representado en acciones que se transfieren observando, por lo general, las reglas de una sociedad de capitales con ciertas limitaciones.

En efecto, para marcar la diferencia entre ambos tipos de sociedad en comandita, hay que destacar que así como la sociedad en comandita simple parten de la premisa que le resultan aplicables las normas de la sociedad colectivas; en el presente caso también existe una premisa: la de series aplicables las disposiciones relativas a la sociedad anónima(58).

Veamos a continuación sus características más importantes:

a. Los socios colectivos continúan siendo los gestores de la sociedad pero los comanditarios que la asumen adquieren la calidad de aquéllos.- Solamente cabe añadir que existen dos diferencias respecto a lo comentado en torno a la administración de la sociedad en comandita simple: (i) los socios colectivos están sujetos a las obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas; (ii) los socios comanditarios que ejerzan la administración adquieren la condición de socios colectivos y, por ende, responden personal, solidaria, ilimitada y subsidiariamente por las obligaciones sociales.

b. La sociedad puede tener plazo fijo o indeterminado de duración. Atendiendo a que esa clase de sociedad en comandita presenta más elementos propios de una sociedad capitalista, es que se cabe la posibilidad de pactarse o un plazo determinado o uno indeterminado a tenor de lo dispuesto por los artículos 282, primer párrafo y 19 de la LGS~

c. La transferencia de las acciones.- Igualmente, al existir dos categorías de socios, el artículo 282 inciso 5) de la LGS señala los siguientes supuestos: (i) cuando se trata de transferir las acciones de un socio colectivo, se requiere la unanimidad de los socios colectivos y de la mayoría absoluta de los socios comanditarios computadas en función al capital; (ii) en el caso de transferirse las acciones de un socio comanditario, éstas son de libre transmisibilidad, salvo las limitaciones que establezca el pacto social con observancia de lo dispuesto por el artículo 101 de la LGS.

En consecuencia, la transferencia para los socios colectivos se encuentra limitada mientras que los comanditarios pueden negociarlas libremente.

III. COMENTARIOS FINALES

Hemos visto que la vigencia de las sociedades colectivas y en comandita está en franco proceso de desaparición, si es que ya no lo están a la fecha. Decimos "proceso de desaparición" porque, en nuestro medio, existe aún la posibilidad teórica de utilizarlas en tanto tienen reconocimiento legislativo en la LGS, ello aunque queden como rezagos o modelos de formas societarias que se constituyeron muchos años atrás pero que no sirven más para los tiempos actuales. Así, primero, la sociedad colectiva fue cediendo a la forma híbrida de la sociedad en comandita; después, esta última cede frente a la sociedad comercial de responsabilidad limitada; para finalmente ésta venir siendo desplazada por la sociedad anónima. Este proceso evolutivo no hace sino reflejar el tránsito y la preferencia de las sociedades de personas hacia las sociedades de capital. Entonces, partiendo sobre la base de su regulación por la LGS y la constatación de la realidad que subsisten aún en nuestro medio sociedades colectivas y en comandita(59), lo que resta es esbozar algunas ideas muy generales en torno a cuál puede ser el destino final de dichas sociedades conforme a esta misma ley ya que no se optó en su momento por la eliminación de esta forma societaria.

Dado que la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple tienen obligatoriamente plazos fijos de duración; y eventualmente, las sociedades en comandita por acciones también cuando así lo hayan pactado; entonces hay que considerar los supuestos previstos en la novena y décima disposiciones transitorias de la LGS, esto es, evaluar los supuestos de sociedades con plazo de duración vencidos o sociedades que mantie,!1en una continua inactividad.

El segundo párrafo del artículo 19 de la LGS señala que vencido el plazo de una sociedad, opera su disolución de pleno derecho. Por su parte, la novena disposición transitoria de la misma ley va más allá e indica que también "está en liquidación" y, por ende, debía nombrar liquidadores y solicitar la correspondiente inscripción en los Registros Públicos. De no hacerla, se le consideraba automáticamente dentro del supuesto de "extinción por prolongada actividad" normada en la décima disposición transitoria.

En ese orden de ideas, atendiendo a que de la interpretación conjunta de ambas disposiciones transitorias y las Directivas dictadas por los Registros Públicos para su aplicación(60), entonces el resultado final será la extinción de este tipo de sociedades y la cancelación de sus correspondientes inscripciones registrales asumiendo la continua y total inactividad de aquéllas.

Finalmente, más allá de que se pueda discrepar o no de las razones expuestas por los autores de la LGS respecto a por qué no se eliminó de una vez por todas estas formas societarias aprovechando el contexto de una nueva ley, lo cierto es que la prudencia en la decisión adoptada en ese entonces finalmente ocasionará que el solo peso de la realidad conduzca, tarde o temprano, a la desaparición definitiva de este tipo de sociedades conforme a las disposiciones transitorias de la LGS y la depuración que debe hacer los Registros Públicos.

SOCIEDADES IRREGULARES

Gonzalo MERIDIDO NEUMAN

I. CONCEPTO

Según el diccionario de la Real Academia Española, el término "irregular" alude a una situación o hecho contrario a una regla establecida. Aplicando el concepto al Derecho Societario, la situación contraria comprende la actuación de sociedades cuyo funcionamiento no guarda armonía con los preceptos que el ordenamiento legal societario impone a las sociedades.

Todas las sociedades irregulares, bien sea que la adquisición de la irregularidad se haya producido en la etapa previa a la inscripción registral o con posterioridad a ella, se caracterizan por ser sociedades que actúan en el tráfico, real y efectivamente, constituyéndose en parte activa y pasiva de relaciones jurídicas, cuya eficacia es reconocida por el Derecho en defensa de los terceros.

En el caso de las sociedades irregulares de origen se distinguen de las sociedades regulares por la circunstancia de no haber satisfecho los requisitos de forma e inscripción. El cumplimiento de estos dos requisitos determina el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad como un centro de imputación de derechos y obligaciones independiente de los socios que la conforman.

Con relación al primer requisito, la constitución por escritura pública, debe señalarse que aquélla no es una formalidad ad solemnitatem cuya inobservancia determine la nulidad o ineficacia interpartes del contrato social. Contrariamente, el contrato social existe y precede a la escritura y por ello los socios tienen acción para compelerse recíprocamente a llenar la formalidad exigida por los cauces del proceso sumarísimo. Desde el instante en que concurren los requisitos de validez del acto jurídico, artículo 144 del Código Civil, existe contrato de sociedad en virtud del cual dos o más personas se obligan a realizar una actividad en común aportando bienes, industria o una combinación de ambos para obtener ganancias. Lo antes mencionado significa que la sociedad como tal nace con independencia de la escritura pública, constituyendo esta última un presupuesto necesario para la inscripción del pacto social. El no cumplimiento de la formalidad impedirá la inscripción en el registro.

En cuanto al segundo requisito, la inscripción, cumple la doble función de dar lugar al nacimiento de la personalidad jurídica y dar publicidad legal al contenido del pacto social. La inscripción determina, además, el cierre del procedimiento complejo fundacional de la sociedad que comenzara en su momento con el

acuerdo de voluntades de crear una sociedad y luego con el otorgamiento de la escritura pública (la constitución).

A la luz de lo antes señalado, se puede sostener que las sociedades regulares son aquellas que han completado con éxito el proceso fundacional, adquiriendo plenamente la aptitud y capacidad reconocidas por la ley para el tipo social elegido por las partes. La inscripción hará posible a los terceros conocer los estatutos de la sociedad, su objeto, capital, la persona ría de las personas que van a contratar en nombre de la sociedad, su organización, etc.

Contrariamente, las sociedades irregulares de origen se caracterizan por no haber terminado el proceso fundacional quedándose a mitad del camino del *iter societatis*. Esta circunstancia, la frustración del proceso fundacional, no causa desde luego, su nulidad. Lejos de ello, la ley les reconoce determinada aptitud para actuar en el tráfico en salvaguarda de los terceros que se relacionan con ella. En las sociedades irregulares existe una voluntad concreta y efectiva de realizar las actividades que constituyen su objeto. Si no existiese esa real voluntad de actuar en común, el contrato social estaría desprovisto de causa y vacío de contenido. Como expresión de ese *ánimus societatis*, la sociedad irregular actuará como sociedad, revelándose como tal a los terceros. Surge así uno de los principios configuradores de la sociedad irregular: la actuación en nombre propio y no en nombre de los socios que la conforman. La actuación de la sociedad irregular en nombre propio informa a los terceros su identidad, generándose con ello una publicidad de hecho. La actuación en nombre propio es de la esencia de la sociedad irregular al punto que al faltar esta característica no habrá sociedad irregular. Como sostiene el tratadista español Eduardo Valpuesta(1): "Es fundamental el hecho de que frente a terceros se actúe como sociedad, y en nombre de la sociedad. Si el socio no actúa en nombre de la sociedad sino en nombre propio, ocultando su condición de socio, existe una sociedad interna y no sociedad irregular".

Cuando los socios contratan en nombre propio y no en el de la sociedad expresan a los terceros no la voluntad de la sociedad sino su propia voluntad: obligándose directamente, es decir, que todos los efectos de las relaciones realizadas con terceros van a recaer en su propia esfera jurídica y no en la de la sociedad. Para Paz Ares(2) "la sociedad interna es en efecto, la sociedad que solo tiene efectos obligatorios, la sociedad en que los efectos organizativos han quedado excluidos. Por el contrario, la sociedad externa -la sociedad a que responde el modelo legal- es la sociedad personificada. La sociedad interna es la sociedad que se estructura como vínculo; la sociedad externa es la que se estructura como organización. La primera es una mera relación obligatoria; la segunda es un sujeto de derecho".

Eduardo Valpuesta(3) define a la sociedad irregular como "aquella que desarrolla una actividad mercantil y que sin intención de inscribirse se exterioriza frente a terceros como tal sociedad. Resulta irrelevante, a estos efectos, que se haya elevado o no el contrato a escritura pública. En cualquiera de los casos, si se cumplen los demás requisitos existe sociedad irregular".

Resulta esencial en la sociedad irregular una actuación pública a falta de publicidad registral: de esta única manera la sociedad soportará el peso de los actos y contratos realizados en su nombre por los socios y administradores, respondiendo con el patrimonio aportado por los socios.

II. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Existen sobre el régimen jurídico de sociedad irregular dos posiciones marcadas y antagónicas. La primera, que llamaremos tradicional o clásica, cuyos exponentes más distinguidos son Garrigues(4), Rubio(5), Uría(6), Bergamo(7) y Gay de Montella(8), sostiene que la sociedad irregular por estar al margen del registro no puede oponer a los terceros los pactos del contrato social y al carecer de personalidad jurídica, los contratos celebrados en su nombre son inválidos, no produciendo efectos entre las partes, respondiendo los administradores en forma personal frente a los terceros con quienes hubiesen contratado. Faltándole el atributo de la personalidad jurídica que dimana solo de la inscripción, no es posible legitimar la actuación de la sociedad irregular con los terceros, siendo ineficaces los actos realizados en su nombre. Los pilares de la doctrina tradicional son, pues, dos: la inexistencia de los contratos celebrados con terceros y la responsabilidad personal de los administradores.

Muy pronto fue advertida la deficiencia del enfoque de la postura tradicional. En efecto, los acreedores sociales, a quienes se buscaba proteger, resultaban a la larga perjudicados por cuanto la sociedad irregular al carecer de personalidad jurídica no era responsable del cumplimiento de los actos celebrados en su nombre sino los administradores personalmente. El patrimonio "social" de la sociedad irregular quedaba al margen de la acción de los acreedores sociales aun cuando éste se hubiese beneficiado con las prestaciones efectuadas por los terceros, quedando afecto únicamente el patrimonio particular de las personas que hubiesen contratado en su nombre. Bastaba con colocar testaferros insolventes como administradores de las sociedades irregulares para burlar a los acreedores sociales, quedando desprotegidos al no tener acción contra los socios no administradores.

Adicionalmente, resulta que los administradores cuando se relacionan con los terceros lo hacen en nombre de la sociedad, advirtiendo a los terceros de tal hecho, publicando su condición de sociedad. Si ello es así, entonces, no tiene ningún sentido negarle a la sociedad irregular aptitud para responder por los actos realizados en su nombre. El énfasis de la postura clásica, efectos internos, sí; efectos externos, no, a la larga termina incentivando la persistencia de las sociedades irregulares "pues en vez de sancionarlas por la falta de cumplimiento de los requisitos de forma y publicidad se las deja totalmente libres de compromiso alguno" (Eduardo Valpuesta).

Frente a la postura clásica surge la posición moderna, representada por Girón Tena(9), De la Cámara(10), Paz Ares(11), Valpuesta(12), Sánchez Calero(13),

Broseta(14) García Villaverde(15), Tapia Hermida(16) y Alonso García(17), al denunciar el perjuicio que representa la ausencia de personalidad jurídica de la sociedad irregular con que sanciona la ley el no cumplimiento de los requisitos de forma e inscripción. Se parte de la idea que la sociedad irregular cuando actúa en el tráfico trasciende su ámbito interno, contractual, produciendo efectos externos frente a los terceros, los que deben tutelarse adecuadamente.

Como señala Valpuesta(18) "Se razona entonces que al carecerse de personalidad jurídica no cabe actuación válida frente a terceros, y que los contratos celebrados en nombre de la 'Sociedad' son nulos. Todo ello sugiere dar a la figura de la personalidad jurídica un alcance que desde luego no tiene". Más adelante señala el mismo autor que(19) "El error (de la doctrina tradicional) está en atribuir a ese concepto (la personalidad jurídica) puramente instrumental y explicativo, un alcance sustantivo. En pensar que la personalidad jurídica es un concepto que se justifica a sí mismo, una realidad; y que solo los entes a los que se reconoce tal personalidad jurídica pueden actuar en el tráfico":

Para la postura moderna, la falta de inscripción no implica la negación de los efectos externos sino únicamente el nacimiento de la personalidad jurídica plena correspondiente al tipo social elegido por las partes. El incumplimiento de la inscripción hace que no se produzcan los efectos típicos de forma y estructura previstos en la ley para cada tipo societario, pero ese incumplimiento no quita ni añade al hecho de que existe un ente despersonalizado que actúa real y efectivamente en el tráfico con un patrimonio propio. Para la posición moderna lo esencial, entonces, es diseñar un régimen jurídico que a la par reconozca la realidad de la sociedad irregular y proteja a los terceros con mayor celo que el previsto normalmente, con la finalidad de incentivar su regularización o, en su caso, su disolución. Si los socios voluntariamente, en uso de su autonomía privada deciden incumplir los requisitos de forma y publicidad y actuar al margen del orden societario, el derecho cuidará que los efectos externos de dicha actuación no lesionen a los terceros de buena fe, incrementando al efecto los costos de la responsabilidad libremente asumida por los socios con un régimen riguroso y exigente.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Para nuestro sistema legal la inscripción registrar es constitutiva para el nacimiento de la personalidad jurídica. "La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción" (art. 6 de la Ley General de Sociedades, en adelante LGS). En el caso de las sociedades anónimas, la inscripción del pacto social determina además otras consecuencias muy importantes: la limitación de responsabilidad de los socios, quienes no responderán con su patrimonio personal por las obligaciones sociales y la posibilidad de emitir y enajenar las acciones representativas del capital.

Es pertinente referirse a cuáles son los alcances de los efectos del nacimiento de la personalidad jurídica con la inscripción del pacto social. En primer lugar, hay que destacar que la existencia del sujeto, del ente social. no depende de la

inscripción en los casos en que dicha existencia es revelada a los terceros por los representantes que actúan "en nombre de la sociedad y por su cuenta. De esa manera, se produce una publicidad de hecho que impedirá que los terceros que contratan con esa sociedad no inscrita puedan desconocer el hecho de haber realizado actos con los representantes de la sociedad y, por ende, en caso de ser requeridos por dicha sociedad al cumplimiento de las obligaciones contraídas con ella no podrán negarse a cumplirlas.

Precisado que la existencia del sujeto social no depende de la inscripción para su reconocimiento por los terceros que contratan con ella, el contenido del acto constitutivo, por el contrario, sí dependerá del hecho de la inscripción del pacto social para poder ser opuesto a los terceros. Una vez inscrito el pacto social, las limitaciones de responsabilidad de los socios, el objeto de la sociedad, su capital, el ámbito de actuación de sus representantes, pasan a ser conocidos por todos sin excepción como expresión del principio registral de la publicidad legal. La sociedad inscrita podrá oponer a los terceros de buena fe los pactos que se aparten de las normas legales dispositivas.

La inscripción cumple, además, una función de control de la legalidad del acto constitutivo. El registrador debe comprobar la validez intrínseca y extrínseca del contenido de los documentos presentados al Registro. Adicionalmente, el control está dirigido a asegurar el cumplimiento de los requisitos estructurales del tipo social elegido, lo que adquiere una especial importancia en el caso de sociedades capitalistas o corporativas que limitan su responsabilidad al patrimonio social.

En el caso de las sociedades irregulares de origen se advierte una doble voluntad de actuar realmente en sociedad y de no inscribir el pacto social. Ante dicha realidad, el derecho no puede cerrar los ojos y dejar de desconocer a esa voluntad firme de actuar en sociedad efectos jurídicos. Razones de respeto a la autonomía privada justifican ampliamente dicho reconocimiento; también la seguridad del tráfico y la protección de los terceros de buena fe aconsejan reconocerle eficacia a dicha voluntad de actuar en sociedad.

Si se reconoce aptitud legal a la sociedad irregular para realizar externamente actos con terceros, respondiendo con el patrimonio social de las consecuencias de su actuación en el tráfico, es porque la sociedad irregular tiene una personalidad jurídica imperfecta, limitada o básica en contraposición de la personalidad jurídica plena y completa que surge de la inscripción.

Como sostiene correctamente Paz Ares(20) "las sociedades irregulares poseen una personalidad jurídica limitada, restringida en el sentido que pueda realizar actos con terceros. Empero, dicha personalidad limitada puede ampliarse con la inscripción, hecho que producirá la plenitud de la personalidad jurídica del tipo social",

Sin embargo, aliado de la voluntad de exteriorizarse como sociedad, y de ser parte activa o pasiva de una relación jurídica, existe una voluntad de no inscribir el acto

constitutivo. Esta falta de voluntad de inscribir determina únicamente la imposibilidad de oponer las cláusulas y pactos del contrato social a los terceros, conforme al principio de la publicidad negativa: lo no inscrito no perjudica al tercero de buena fe.

En virtud del reconocimiento legal de la voluntad de exteriorizar la organización creada por el contrato social, las sociedades irregulares poseen un grado de personalidad jurídica con entidad suficiente para anudar relaciones jurídicas válidas y eficaces con los terceros.

Expresión de esa relativa personificación externa de la sociedad irregular es que puede ser titular de derechos y bienes adquiridos por cualquier título por quienes ejerzan su representación. Lo aportado a la sociedad por los socios pasa a ser de su propiedad, aunque ello en cierta manera colisione con los intereses de los acreedores particulares del socio, que ya no podrán trabar embargo sobre los bienes aportados en propiedad pero sí sobre el valor de sus participaciones. Estando la sociedad irregular fuera del Registro, cualquier adquisición de bienes registrables que realice no podrá inscribirse a su nombre en el Registro si no cumple ella con inscribirse previamente en el Registro de Sociedades.

De otro lado, debe señalarse que por efecto de la personalidad jurídica limitada que caracteriza a la sociedad irregular, existirá siempre una sociedad irregular general sometida al régimen común de irregularidad, con independencia de cuál haya sido la forma social elegida nominalmente en el contrato social. Una sociedad irregular que actúa en el tráfico es, lisa y llanamente, sociedad irregular y no "sociedad anónima irregular" o "sociedad civil irregular". Poco importa para los terceros el tipo social designado por los socios en el contrato, si éste no puede desplegar efectos externos por estar fuera del Registro siendo, por ende, inoponible. El tipo social elegido por las partes en el contrato y las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, surtirán efectos solo entre las partes intervinientes como manifestación de la relatividad de los contratos. El régimen legal típico asignado a la forma social elegida por las partes, es decir, la personalidad jurídica dependerá exclusivamente de la inscripción. Antes de la inscripción solo puede haber sociedad irregular con total abstracción del tipo social asignado por los socios. En el caso de sociedades de capital o de responsabilidad limitada, la adquisición de la personalidad jurídica, vía inscripción, produce el efecto de la limitación de responsabilidad. Con su inscripción se cancelará el estado de irregularidad y nacerá la sociedad anónima con toda la aptitud y eficacia legal reconocida plenamente en la ley; de ahí pues que resulte impropio denominar "sociedad anónima irregular" a la sociedad irregular.

En síntesis, se puede afirmar que la sociedad irregular posee un grado de subjetivación jurídica con entidad suficiente para ser parte activa y pasiva de relaciones con terceros, respondiendo de su actuación en el tráfico.

III. LA SOCIEDAD IRREGULAR EN LA Legislación NACIONAL

El Código de Comercio de 1902 no regulaba a las sociedades irregulares de manera directa. Sin embargo, el artículo 128, concordado con lo señalado en los artículos 124, 125 Y 127, hacía recaer sobre los administradores de sociedades que no habían satisfecho los requisitos de forma y publicidad la responsabilidad del cumplimiento de los contratos celebrados en su nombre (para el Código de Comercio, los contratos celebrados en nombre de la sociedad irregular eran inválidos al no tener ésta personería jurídica, respondiendo personal y solidariamente los encargados de la gestión social).

La Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 reguló en forma especial a la sociedad irregular en el Título Único de la Sección Quinta, definiéndola como aquella que no se ha constituido e inscrito conforme lo dispone la ley, la que no ha observado sus disposiciones al transformarse, o la que continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley o en el contrato social. Lo relevante en la Ley 16123 fue el reconocimiento explícito de la validez de los contratos que la sociedad celebre con terceros (art. 389, in fine). Las relaciones externas establecidas por la sociedad no inscrita encuentran así pleno reconocimiento legal en salvaguarda de los acreedores sociales. La falta de inscripción juega solo en el plano de la oponibilidad o no del contrato social como una manifestación del principio de la publicidad legal negativa. Las relaciones internas en las sociedades irregulares se regularán por lo establecido en el contrato del que hubieran derivado y, en su defecto, por las disposiciones supletorias de esta ley, según la clase de sociedad que se trate. El pacto y sus efectos no perjudican a terceros, quienes pueden utilizarlo en lo que les sea favorable (art. 389 primer y segundo párrafos).

Otro cambio importante con relación al Código de Comercio, lo constituyó el tratamiento de la responsabilidad de los administradores de la sociedad irregular. Así, partiendo del postulado de la validez de las relaciones externas, los administradores en adelante van a responder frente a los terceros en forma adicional a la que corresponde a los socios. No va a ser una responsabilidad sustitutiva sino complementaria para reforzar la garantía de los acreedores sociales. Los representantes tienen la misma responsabilidad que los socios, siendo el contenido de dicha responsabilidad específica o responsabilidad por cumplimiento. El acreedor social indistintamente podrá reclamar la prestación prometida a la sociedad, al socio o al representante. La responsabilidad de los administradores de las sociedades irregulares evoluciona significativamente de ser los solitarios responsables frente a los acreedores sociales a pasar a compartir dicha responsabilidad con la sociedad y los socios, a fin de inducirlos a la formalización de la sociedad.

1. La sociedad irregular en la Ley General de Sociedades

La vigente Ley 26887, Ley General de Sociedades, promulgada el 9 de diciembre de 1997, regula a las sociedades irregulares en la Sección Quinta del

Libro Cuarto y artículos 423 al 432. En sustancia el tratamiento del tema sigue siendo el mismo que en la Ley 16123: validez de las relaciones externas, responsabilidad solidaria de los administradores y los socios frente a los acreedores sociales. Ha habido sí ajustes positivos en algunos temas poco claros o ambiguos en la legislación derogada que van a ser comentados más adelante.

2. Concepto de sociedad irregular

Manteniendo en esencia la definición del artículo 385 de la derogada Ley de Sociedades Mercantiles, el artículo 423 de la Ley General de Sociedades empieza considerando irregular a la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a sus disposiciones. Para el legislador, será irregular la sociedad que no ha completado el proceso fundacional que comienza con el contrato, sigue con el otorgamiento de la escritura pública y culmina con la inscripción. Igualmente, a diferencia de la norma derogada, que no decía nada al respecto, extiende la calificación de irregular a la situación de hecho por la cual dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En sede de sociedad de hecho, lo relevante es la conducta de las partes de actuar públicamente como sociedad sin que exista un contrato formal válido de sociedad entre ellas.

Aunque la LGS no lo exprese abiertamente, lo esencial en la categoría de la sociedad irregular es la verificación de una falta de voluntad de inscripción. Como dice Eduardo Valpuesta(21) "La sociedad irregular es tal desde que las partes pactaron crear una sociedad y, por carecer de voluntad real, firme y efectiva de inscribirla actuaron de forma continuada sin esa inscripción".

La segunda parte del artículo 423 de la LGS se refiere al momento en que la sociedad adquiere la condición de irregular. En los casos de sociedades irregulares de origen, la condición de irregularidad se hace depender de un criterio objetivo: el transcurso de un determinado plazo, vencido el cual, se considera de jure que los socios han declinado inscribir el pacto social, decidiendo actuar como sociedad fuera del registro. Tales son los supuestos contemplados en los incisos 1, 2, 3 Y 4.

Según el inciso 1, la irregularidad se adquiere por transcurrir sesenta días desde la fecha de suscripción del pacto social sin haberse solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución, que, como sabemos, es el presupuesto para conseguir la inscripción. En este supuesto el estado de irregularidad se producirá fatalmente vencido el plazo sin que sea relevante para paralizar sus efectos el hecho de que uno de los socios plantee la acción de otorgamiento de la escritura prevista en el artículo 5, in fine, de la LGS, acción que de resultar fundada surtirá efectos recién a partir de la sentencia que ordene el otorgamiento de la escritura, la cual, por otra parte, deberá inscribirse para la cesación del estado de irregularidad. Entre tanto, los actos realizados por los socios durante el estado de

la irregularidad estarán sujetos al régimen propio de la irregularidad prevista en la ley.

Según el inciso 2, la irregularidad se obtiene por transcurrir treinta días desde que la asamblea de suscriptores, en un proceso de fundación por oferta a terceros, designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos hayan solicitado el otorgamiento.

De acuerdo al inciso 3, la sociedad deviene irregular por transcurrir treinta días desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado su inscripción. El inciso 4 se refiere al plazo de treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro. En ambos casos, la voluntad de no inscribir el pacto social se revela en el nulo interés de los socios en cumplir con los requisitos legales exigidos para la inscripción.

Debe anotarse que en los cuatro incisos antes comentados, la verificación de los plazos sirve para poner de manifiesto el carácter irregular de la sociedad, declarando un hecho producido anteladamente. La adquisición de irregularidad opera retroactivamente al momento de suscripción del pacto social, es decir, la sociedad será irregular desde el momento de su concepción. La exteriorización de la falta de intención de inscribirse no es causa constitutiva del estatus sino una manifestación de dicha falta de voluntad.

Los incisos 5 y 6 del artículo 423 de la ley se refieren a la adquisición de la irregularidad societaria sobrevenida, esto es, situaciones especiales por las que una sociedad en su momento constituida e inscrita con arreglo a derecho, pierde su condición de regular, ingresando a la categoría de las sociedades irregulares. Según el inciso 5, la adquisición de irregularidad se produce cuando una sociedad se transforma en otra sin observar los preceptos exigidos por la ley. La sanción de la irregularidad se aplica por el no cumplimiento del proceso de transformación previsto en el ordenamiento legal. Por virtud de este inciso, la sociedad que en su momento estuvo constituida e inscrita conforme a ley, al incumplir las disposiciones imperativas sobre transformación, no solo no se habrá transformado en el tipo social que se perseguía, sino que habrá devenido en irregular.

De otro lado, el inciso 6 determina la adquisición de la irregularidad cuando una sociedad continúa actuando no obstante haber incurrido en una causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto. La disolución importa el comienzo de la etapa de liquidación y extinción de la sociedad. Con la disolución la sociedad empieza el lento proceso de la desintegración del patrimonio social. Con el inciso 6, el legislador penaliza a la sociedad incurrida en una causal de disolución que ha decidido continuar sus actividades, convirtiéndola en irregular a manera de sanción por su falta de voluntad de cumplir con las normas de disolución y liquidación.

3. Sociedad irregular versus sociedad en formación

Un tema conexo con la sociedad irregular es el de la sociedad en formación. ¿En qué momento la sociedad en formación deja de ser tal para convertirse en irregular?

Todas las sociedades una vez creadas por el contrato social inician automáticamente el proceso complejo fundacional que pasa por el otorgamiento de la escritura pública y culmina con la inscripción. Como dichos actos, escritura e inscripción, no se consiguen de la noche a la mañana sino que toman necesariamente un cierto tiempo, va a haber un período durante el cual los socios actúan en nombre de la futura sociedad, recibiendo el calificativo legal de sociedad en formación o sociedad en proceso de gestación. Una vez cerrado el ciclo formativo con la inscripción oportuna, nace la sociedad como un sujeto de derechos. Ese nuevo sujeto podrá ratificar los actos realizados por los socios o administradores durante el proceso formativo. Si así lo hiciera, la sociedad libera a los socios, asumiendo ella la responsabilidad del cumplimiento de los actos realizados en su nombre. En caso contrario, si no ratifica los actos celebrados por los socios, éstos y nadie más que éstos, responderán de su cumplimiento frente a los terceros.

En el caso de una sociedad irregular es sustancialmente diferente: si ella optara por regularizarse vía el artículo 426, ello no producirá la liberación de responsabilidad de los socios por los actos realizados por la sociedad durante el período de irregularidad; la regularización no surte efectos retroactivos sino para el futuro.

En el supuesto de una sociedad anónima en formación, la inscripción hace surgir el efecto de la responsabilidad limitada con efecto retroactivo siempre que la sociedad inscrita consienta en ratificar los actos previos a la inscripción. En el caso de una "sociedad anónima irregular" que opte por regularizarse, no sucede así: la responsabilidad limitada derivada de la inscripción surtirá efectos recién para el futuro, nunca para atrás.

Ello es para poner de relieve algunas diferencias entre la sociedad en formación y la sociedad irregular, que son dos conceptos diferentes y excluyentes. Sociedad en formación es un estado interino, transitorio en cuya virtud la sociedad se encuentra en estado de completar el proceso fundacional y que de hecho lo completará oportunamente, dejando con ello de ser sociedad en formación. En cambio, la sociedad irregular es la que actúa abierta y permanentemente al margen del registro, siendo irregular desde su concepción contractual y no desde el vencimiento de los plazos previstos en los incisos 1 al 4 del artículo 423 de la LGS.

Lo que sucede es que hasta que no se verifiquen los plazos señalados en el artículo 423 de la LGS, existe una especie de presunción legal de que la voluntad de los socios es por la culminación y no por la frustración del proceso fundacional. Esa presunción se desvanecerá una vez que se constate el vencimiento de los plazos sin haberse completado el proceso. En ese momento recién habrá plena certeza sobre la irregularidad de la sociedad, siéndole de aplicación en forma

definitiva el régimen jurídico de la irregularidad desde su nacimiento. El transcurso de los plazos simplemente demuestra o evidencia la existencia de la sociedad irregular, pero no constituye su partida de nacimiento jurídica, que no es otra que el contrato social.

4. El derecho de separación

El artículo 427 de la ley concede el derecho de separación al socio disconforme con la decisión de la mayoría de rechazar su pedido de regularización de la sociedad o de disolverla. El derecho de separación, mecanismo creado por la ley para mitigar el rigor del principio mayoritario imperante en las sociedades, permite la desvinculación del socio en los casos que se produzcan alteraciones sustanciales del contrato social. El presupuesto del derecho de separación es una modificación esencial de las bases estructurales de la sociedad dispuesta por la mayoría que le permite al socio disconforme disolver su vinculación con una sociedad de índole diferente a la que perteneció.

Con la concesión del derecho de separación, la LGS tutela los intereses del socio disconforme con el estado de irregularidad, brindándole la posibilidad de desvincularse definitivamente de la sociedad, siempre y cuando haya requerido formalmente a ésta la regularización o la disolución y dicho requerimiento no haya sido atendido en tiempo y forma. Al respecto cabe preguntarse qué pasa si ante la solicitud del socio la junta general no se reúne o si reuniéndose no se pronuncia sobre el pedido. La ley no dice nada sobre el particular pero una interpretación acorde con la naturaleza del derecho de separación de ser un acto unilateral, haría injusta para el socio disconforme el tener que supeditar el ejercicio de su derecho al previo pronunciamiento negativo de la junta general. Lo que se necesita imperativamente es el requerimiento del socio a la junta general, poniendo de manifiesto su voluntad de regularización o de disolver la sociedad, bajo apercibimiento de ejercer su derecho de separación si el pedido no es atendido en un tiempo prudencial. La concesión legal del derecho de separación parece completamente justificada si se tiene en cuenta el régimen jurídico riguroso aplicable a la sociedad irregular que hace responder al socio de todas las deudas de la sociedad.

Para no perjudicar a los terceros que han contratado con la sociedad irregular confiando en el patrimonio de los socios, la LGS dispone, acertadamente, que el ejercicio del derecho de separación no libera al socio de los derechos adquiridos por la sociedad hasta el momento de su separación, surtiendo efectos solo a futuro. Hasta la fecha de su separación, el socio disconforme continuará respondiendo personal, ilimitada y solidariamente con los demás socios y administradores a menos de que los acreedores sociales consientan expresamente en liberarlo. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en la ley será nulo e ineficaz para los terceros, quienes continuarán contando con la garantía del patrimonio del socio saliente en adición al patrimonio social y el de los

demás socios y administradores por las deudas contraídas por la sociedad hasta el momento de su separación.

¿Cómo se opone la separación a los terceros? La ley tampoco dice nada sobre el particular. Importando la separación la desvinculación efectiva del socio y respondiendo éste de todas las deudas de la sociedad, su ejercicio efectivo le impone la carga de tener que notificar a los terceros su separación de la sociedad. Si no lo hiciera, los terceros no tendrían forma de conocer la separación del socio y para ellos el socio seguirá perteneciendo a la sociedad para todos los efectos, no pudiendo ser perjudicados por la acción negligente del socio.

Otra cuestión conexas con el ejercicio del derecho de separación es la relativa a su concreción, El derecho de separación recién se consume cuando el socio es reembolsado del valor de su participación en la sociedad. Ante el silencio de la ley, deberá aplicarse por analogía el procedimiento previsto en el artículo 200, constituyendo el importe del precio de su participación un crédito del socio disconforme frente a la sociedad y los demás socios.

5. Regularización de la sociedad

Para salvar el estado de irregularidad, la ley ofrece la posibilidad de regularizar o formalizar la sociedad. La regularización, en el caso de irregularidad de origen, importa la culminación tardía, extemporánea del proceso fundacional con la inscripción del contrato de sociedad, lográndose con ello la adquisición de la personalidad jurídica plena asignada al tipo social elegido. La inscripción de la sociedad hará que el contenido del estatuto y, en su caso, los acuerdos parasocietarios, puedan ser opuestos a los terceros como efecto de la publicidad legal registra!.

La regularización de la sociedad irregular puede ser solicitada por los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores a través de convocatoria judicial, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119 de La LGS. Sin embargo, la convocatoria judicial no será necesaria en el supuesto de junta universal previsto en el artículo 120 de la LGS. La decisión de regularizar es competencia de la junta general y será tomada con el voto mayoritario de los socios, si se trata de una sociedad de irregularidad sobrevenida. La regularización de una sociedad de irregularidad sobrevenida importará la subsanación de la causal que originó en su momento la adquisición del estado de irregularidad.

La regularización en caso de una sociedad irregular de origen, será acordada por los socios y comprenderá todos y cada uno de los actos necesarios para completar el proceso de fundación: el pacto social y el estatuto se tendrán que elevar a escritura pública para su ulterior inscripción en el Registro.

En el caso de sociedades de origen que se regularizan, debe precisarse que lo que se inscribe tardíamente es el pacto social o la escritura pública original constitutiva de la sociedad que llegó a nacer y actuar efectivamente al margen del

Registro, siendo irregular únicamente por el hecho de inscribirse. Si hubiere nuevo pacto social entonces se trataría de una nueva o distinta en sustancia de la sociedad irregular que venía actuando, y si se inscribiera un nuevo pacto no se trataría de una regularización posterior sino de una nueva inscripción del acto constitutivo.

La sociedad que va a surgir de la posterior inscripción va a continuar las actividades realizadas por la sociedad irregular, subrogándose en todas y cada una de las relaciones jurídicas existentes sobre la base del patrimonio social o negocio existente al momento de la regularización.

En el caso de que se regularice una sociedad irregular creada como sociedad anónima, al efectuarse la inscripción, la responsabilidad limitada, efecto propio del tipo social de sociedad anónima, surtirá efectos plenos para el futuro. La sociedad anónima regularizada responderá con sus socios de las deudas anteriores a la inscripción. En efecto, las responsabilidades nacidas antes de la inscripción, tanto de la sociedad como de los socios y administradores seguirán vigentes sin que la regularización tenga efecto sobre ellas. El artículo 7 de la ley que regula los actos realizados en nombre de una sociedad con anterioridad a la inscripción, no puede ser de ninguna manera de aplicación a la regularización por ser un supuesto ajeno y diferente al de dicha norma, que es el de reglar a las sociedades en formación que se inscriben oportunamente.

Para el supuesto de regularización de una sociedad anónima se debe aplicar por analogía el artículo 334 de la ley. "La transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente". De otra manera, los acreedores de la sociedad irregular que se regulariza como anónima se verían seriamente lesionados en sus legítimos derechos si se aceptase la tesis de la retroactividad de los efectos de la inscripción al momento de su creación, al variarse la composición del patrimonio afecto al cumplimiento de sus créditos. En efecto, durante el estado de irregularidad respondía además del patrimonio social el patrimonio individual de todos los socios y los administradores. Tal solución no solo atentaría contra elementales principios de justicia favoreciendo injustamente a los socios que fueron los que en su momento decidieron actuar como sociedad irregular.

6. Disolución y liquidación de la sociedad irregular

Aliado de la opción de regularizar la sociedad, está la de pedir su disolución y liquidación, facultad que pertenece por igual a los socios, a los acreedores de éstos y de la sociedad y a los administradores, precisándose que el procedimiento para declarar la disolución es el previsto en el artículo 409 de la ley. El artículo 431 de la LGS señala que la disolución puede tener lugar sin observancia de formalidades, pudiendo acreditarse entre los socios y frente a los terceros por

cualquier medio de prueba. Un cambio importante en la LGS es el de permitir la inscripción de la disolución, liquidación y extinción de la sociedad irregular, lo cual constituye una excepción al principio del tracto sucesivo de las inscripciones (artículo X del Título Preliminar del Registro de las Sociedades). De esa manera, se va a oponer la disolución y liquidación a los terceros, quienes ya no podrán alegar ignorancia. La disolución importa el cese de las actividades que constituyen el objeto de la sociedad y el comienzo del lento proceso de desintegración del patrimonio social, que culminará en su momento con la extinción de la sociedad, luego de pagados los acreedores sociales y distribuido el haber social.

La disolución de la sociedad irregular no va a impedir que los socios sigan respondiendo de las deudas ya asumidas de forma ilimitada y solidaria. En el caso de disolución de una sociedad irregular de origen, todos los socios van a responder de los contratos y por los actos jurídicos realizados en nombre de la sociedad, sin que sea relevante si alguno de los socios no consintió con el estado de irregularidad, o no fue culpable de la falta de inscripción. La ley no distingue al respecto. En consecuencia, los acreedores sociales van a continuar teniendo la garantía del patrimonio de todos los socios y de los administradores en caso de que el patrimonio social no alcance a cubrir el importe de sus créditos.

La causa de disolución de la sociedad irregular es la declaración de voluntad de los socios o acreedores de la sociedad o de los socios de disolver la sociedad en razón de su estado de irregularidad, sin que sea relevante la voluntad de la mayoría. Si ésta se opusiera al pedido de disolución, el interesado podrá acudir al juez del domicilio social para que declare la disolución conforme a las normas del proceso sumarísimo.

Luego de liquidada la sociedad y pagadas que sean las deudas sociales, se entregarán a los socios las cuotas de liquidación resultantes del haber social en proporción a sus participaciones en la sociedad.

El patrimonio que va a ser objeto de liquidación es el patrimonio formado por las aportaciones de los socios y los bienes y derechos adquiridos por la sociedad durante su existencia. Si las aportaciones o prestaciones de los socios no estuviesen cumplidas en su totalidad al momento de la liquidación, éstos deberán proceder a su regularización a fin de cautelar las obligaciones contraídas con los terceros.

7. Responsabilidad de los socios y administradores

Como regla general y siguiendo la tendencia mayoritaria de la doctrina, el artículo 424 de la LGS declara que los administradores, representantes y en general, quienes se presenten ante terceros actuando en nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos realizados desde que se produjo la irregularidad.

Esta responsabilidad amplísima de los administradores de la sociedad irregular es adicional a la responsabilidad de la propia sociedad y la de sus socios, en los

casos de sociedades irregulares de origen. Los administradores van a responder conjuntamente con la sociedad y los socios para proteger a los terceros con mayor rigor, portadas los actos realizados en su nombre y por su cuenta.

Las responsabilidades de los administradores comprenden el cumplimiento específico de las obligaciones así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los propios socios o los terceros.

Siendo la responsabilidad amplia de los administradores una consecuencia de la actuación de la sociedad irregular configurada por la ley para tutelar los intereses de los terceros, no podrá ser oponible a éstos el pacto de exoneración o limitación de su responsabilidad, el cual solo podrá surtir efectos en el plano interno, tal como lo señala el tercer párrafo del artículo 428 de la ley. En el caso de que los administradores vengan obligados a pagar con sus bienes una deuda de la sociedad, tendrán derecho a reclamar a ésta el reembolso total o exigirlo a los socios. De otro lado y dada la amplitud de la responsabilidad solidaria de los administradores, éstos no podrán oponer a los terceros la excusión del patrimonio de la sociedad.

Debe señalarse que en el caso de sociedades de irregularidad sobrevenida, la responsabilidad de los administradores no es adicional a la de los socios no administradores, quienes no responden personalmente de los contratos celebrados por los administradores. En el caso de irregularidad sobrevenida, la responsabilidad alcanza solo a los administradores y a la propia sociedad. La responsabilidad amplia de los administradores comenzará desde el momento en que se produjo la causal de irregularidad y no antes, cesando ésta en el momento en que la sociedad se regularice. Empero, por los actos realizados durante el período de irregularidad continuarán respondiendo personal, solidaria e ilimitadamente.

LAS SUCURSALES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES PERUANA

Percy CASTLE ÁLVAREZ MASA

I. PREÁMBULO

Una constante en la experiencia mundial sobre la regulación de las sucursales es precisamente la falta de ésta. Son pues pocos y, en su caso, escaso y corto lo escrito acerca de sus antecedentes y el análisis doctrinario realizado respecto de estos establecimientos mercantiles.

La legislación específica y de carácter societario dedicada a las sucursales y, en general, a los establecimientos permanentes no ha sido de mayor trascendencia. La mayoría de la existente está relacionada sobre todo con los aspectos registrales, con la apertura de sucursales de empresas del sistema financiero y con la regulación tributaria de los establecimientos permanentes o "permanents establishments":

Pese a ello, debemos reconocer que a raíz de la dación de la vigente Ley General de Sociedades ("LGS")(1) y el nuevo Reglamento del Registro de Sociedades ("RRS")(2), la regulación de las sucursales en el Perú es privilegiada.

Las sucursales constituyen, ni más ni menos, con las sociedades y otras formas empresariales permitidas por nuestra legislación(3), un verdadero vehículo por el cual los empresarios nacionales o extranjeros pueden canalizar sus actividades, y desarrollar todo o parte de su objeto social en un territorio determinado. En cuanto a la inversión extranjera, la práctica nos enseña que el dilema del medio idóneo de establecer vehículos empresariales se baraja entre la alternativa de constituir alguna sociedad o empresa de responsabilidad limitada, las denominadas subsidiarias o filiales, versus la de establecer una sucursal, siendo de extrema relevancia determinar en cada momento cuáles son las diferencias entre uno u otro vehículo, con la finalidad de que el inversionista pueda realizar su evaluación acerca de la eficiencia de la entidad legal elegida.

En ese sentido, consideramos importante en este mundo globalizado y de mercados abiertos, examinar la presencia de las sucursales en el país y los alcances de su regulación general (lo que en el presente caso se circunscribirá principalmente a sus alcances societarios), pues a la luz de las necesidades de la inversión extranjera tan requerida en nuestros países y la mente del empresario, existe un nivel de paridad respecto a las sociedades. Consecuentemente, debemos contribuir en resaltar sus bondades, y llamar la atención sobre aquellos aspectos en los cuales la legislación específica de las sucursales podría afinarse.

II. RESEÑA HISTÓRICA

La escasez doctrinaria y legislativa anotada, nos obliga a transmitir en algunas líneas un esbozo de lo que habrían sido los antecedentes históricos de la sucursal en el Derecho Societario y, en particular, en el Derecho peruano, tanto más cuando ello alimentará y cimentará los conceptos y puntos de vista sobre los cuales se desarrolla este trabajo.

Según cuentan algunos autores(4), las sucursales nacen a partir del siglo XII, como consecuencia inmediata del desarrollo del comercio, creándose a lo largo del Mediterráneo y de los Mares Báltico y del Norte, las primeras por los comerciantes italianos y por los comerciantes de La Hansa(5).

De un análisis sobre el entorno histórico de la sucursal puede señalarse, sin embargo, que ella no nace en el mismo sentido o bajo la misma perspectiva que la persona jurídica o las sociedades. Al tener las sucursales autonomías no individualidad dentro de un contexto jurídico, como sí lo tiene la persona jurídica, su creación se sustenta de manera general en aquellos conceptos (de sociedad, persona jurídica, empresa y empresario), pero de manera particular en otros caracteres elementales del derecho mercantil y de las sociedades, como son: (i) el establecimiento mercantil, (ii) el domicilio; y, (iii) la representación.

En efecto, la voluntad natural del empresario de expandir sus actividades fuera del lugar inicial o habitual de sus negocios, genera lo que en términos societarios entenderíamos como la realización de actos de la sociedad, destinados a ampliar el entorno de desarrollo del objeto social a lugares distintos al de su sede social, mediante el establecimiento de un lugar fijo y continuo de negocios realizado por un representante.

1. El establecimiento mercantil

Uría y Menéndez(6) señalan que, en sentido vulgar, la expresión establecimiento mercantil alude tanto a la tienda como al almacén abiertos al público, en los que el empresario ejerce el comercio al por menor o mayor.

Garrigues(7) señala que es normal que la empresa tenga un punto fijo, centro de operaciones y sede de los elementos corporales que exteriorizan la organización económica, por lo que señala que "de quien comienza la explotación de un negocio mercantil se dice que se establece", por lo que a la empresa comercial también se le llama establecimiento.

En lo que aún queda del vigente Código de Comercio solo existen algunas referencias a las compañías mercantiles y a los comerciantes individuales. . El paso de las sociedades, las empresas y sus elementos esenciales a normas especiales ha dejado de lado cualquier relevante referencia al establecimiento mercantil.

Sin embargo, el término de establecimiento mercantil ha quedado superado por otros dos términos, uno de alcance amplio, derivado del uso dado por los italianos a los términos "azienda" y "fondo de comercio" respectivamente, y que en nuestro país se ha venido a llamar el fondo mercantil, cuya amplitud puede verse en el Proyecto de la Ley General de la Actividad Empresarial (que sustituiría el Código de Comercio)(8).

Por su parte, el Derecho también ha incorporado el término "establecimiento permanente" para ser usado principalmente en materia tributaria(9), calificando como tales a ciertas entidades, tanto sociedades como sucursales o agencias, así como a ciertas personas naturales como contribuyentes domiciliados en el país según la frecuencia, volumen o tipo de actividades que realizan, con la finalidad última de que las rentas o beneficios no dejen de tributar en el país. Dentro de estos establecimientos permanentes están consideradas las sucursales.

Sea como fuere, lo cierto es que el desarrollo de actividades empresariales o mercantiles son realizadas por o en un establecimiento, palabra que a decir de Garrigues(10) tiene un doble significado: como acto de establecerse, es decir, de dedicarse a una actividad estable en armonía con la permanencia de la empresa; y como lugar donde habitualmente se ejerce una actividad mercantil. El establecimiento, concluye el autor, no puede confundirse con la empresa que es un organismo de producción vivo y dinámico, pues aquél es la base inerte, estática de esa organización.

Ahora bien, el nexo principal entre establecimiento y sucursal está dado por la potencialidad que tiene la actividad de la sociedad (la actividad empresarial) de manifestarse en diversos lugares -léase en diversos domicilios-. Dicho de otra manera, es la facultad que tiene de desarrollar su objeto social no solo en un lugar principal que constituye su sede social sino, además, en otros lugares sin perder su identidad o personalidad jurídica, y a mérito de lo cual establece otro tipo de entidades a las que el Derecho ha tipificado como sucursales. Las sucursales, por tanto, resumen esa voluntad empresarial de llevar a cabo actividades en domicilios distintos, estableciéndose en ellos mediante la dotación de fondos y facultades a uno o más representantes.

En ese sentido, mientras que la sociedad es el vehículo que el Derecho le da al empresario para desarrollar ordenadamente sus actividades, la sucursal es el vehículo que el mismo Derecho Societario le da a la empresa para domiciliarse empresarialmente en lugares distintos a los de la principal. Si la legislación societaria no hubiese captado y construido la figura de la sucursal, el empresario y sus clientes tendrían que desarrollar sus actividades acudiendo a las figuras de la representación y el domicilio.

III. ENTORNO NORMATIVO

En líneas generales puede señalarse que la historia societaria en el Perú parte con el Código de Comercio del año 1902, el cual reguló a las Compañías Mercantiles. Esta historia continuó con el Código Civil de 1936 que se ocupó de las Sociedades Civiles. Sin embargo, no es sino hasta la dación de la Ley de

Sociedades Mercantiles dispuesta por Ley NI! 16123(11), que el derecho societario se consolidó tanto dentro de la normatividad legal como en los estudios doctrinarios.

En cuanto al tema que nos ocupa, es sin duda esta última Ley de Sociedades Mercantiles la que en el ámbito del derecho societario contiene, aunque en escasos dos artículos (297 y 298), la hasta entonces inexistente regulación sobre sucursales, regulando en ellos a las sucursales establecidas por sociedades o empresas constituidas en el Perú como de las constituidas en el extranjero.

Se sumó a aquella regulación el reciente derogado Reglamento del Registro Mercantil(12), el que igualmente en ocho artículos (61 a 68) se ocupó de las sucursales.

Es sabido que fruto de la fuerte corriente unificadora del derecho civil y mercantil en nuestro país durante la década de los ochenta, se realizó un trabajo de modificación de la legislación vertebral del derecho de sociedades, que concluyó en el año 1984 con la promulgación del Decreto Legislativo NI! 311 (13), expedido el 12 de noviembre de 1984. También es conocido que dicho decreto que ordenó se promulgara el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades aprobado por Decreto Supremo NI! 003-85-JUS del 14 de enero de 1985(14), en vigor hasta el año 1997, no hizo más que recopilar y juntar en un solo cuerpo normativo a las Sociedades Civiles y Mercantiles. En ese sentido, la regulación de las sucursales no cambió prácticamente en nada entre el año 1966 y el año 1997. Como se ha señalado, las sucursales son un vehículo importante para la inversión, sin embargo, no hay duda que la inversión extranjera, según la coyuntura, acude a otros vehículos o estructuras otorgadas por la ley local o la ley de la jurisdicción de su principal para proteger sus inversiones(15). En ese sentido, puede entenderse que durante la década de los setenta y parte de los ochenta no se exigiera mayor regulación, dados los sistemas nacionalistas y proteccionistas existentes en el país.

Distinta fue la década de los años noventa donde la aplicación del sistema de economía de mercado, acrecentado por la venta de grandes y estratégicas empresas por el Estado, generó el establecimiento de inversiones extranjeras en el país y, en ese sentido, la elección de la sucursal como vehículo mercantil para canalizar dichas inversiones. Desde entonces, la casuística respecto de las necesidades requeridas por las sociedades como por las sucursales para su constitución, desenvolvimiento, reorganización y cancelación se presentó de manera relevante en términos de volumen como de complejidad en el quehacer del derecho mercantil peruano.

Este aspecto se ha reflejado nítidamente en la legislación vigente, dispuesta principalmente por una ampliación a más de diez artículos reguladores de las sucursales en la actual LGS, como un número casi igual en el RRS(16). J.

A la par de los referidos antecedentes de regulación directa de las sucursales existe otra de manera particular, sobre todo en el campo del derecho bancario y

tributario(17), aspectos sobre los cuales trataremos de manera soslayada dadas las finalidades societarias de este trabajo.

III. RÉGIMEN SOCIETARIO DE LAS SUCURSALES EN EL DERECHO PERUANO

La regulación de las sucursales en la LGS peruana está contenida en las disposiciones siguientes: (i) artículo 21 del Libro 1, al regular el domicilio de las sociedades y sus dependencias; (ii) artículo 395 del Libro IV, incorporando una novedosa figura sobre la reorganización de sucursales en el país de sociedades extranjeras en sociedades peruanas; (iii) artículos 396 a 406 del Libro IV, que de manera específica regula al régimen de las sucursales de sociedades peruanas como extranjeras; (iv) las Disposiciones Finales Segunda y Séptima, así como la Disposición Transitoria Primera, que también tratan de las sucursales, aun cuando a la fecha, la mayoría de estas normas ya cumplieron con su finalidad.

Por su parte, podemos señalar que dentro del entorno normativo societario están contenidas las normas legales del RRS sobre las sucursales(18), aun cuando de manera adjetiva para los fines de la publicidad de los actos jurídicos que conforme a la LGS u otras aplicables exijan del registro público (IV Registro). Con respecto a las sucursales, el RRS se ocupa de manera específica en varios artículos: (i) artículo 111 del Título Preliminar, que regula la partida registral de la sucursal; (ii) artículos 1, 2, 3, 4, 10, 14, 28, 29, 30 Y 31 referidos a varios aspectos, como son la necesaria inscripción de las sucursales, la competencia registral, el acceso al registro, los actos y anotaciones preventivas inscribibles o no, la designación y cambio del domicilio de la sucursal y los aspectos relacionados con el nombramiento de sus apoderados y el otorgamiento de poderes; (iii) los artículos 140 a 146, referidos a la ya mencionada reorganización de sucursales en sociedades, como a los actos a seguir a fin de registrar los efectos de la reorganización de sociedades que tengan sucursales en el país; (iv) los artículos 147 a 155, que reglamentan los aspectos propios y principales de la vida de las sucursales para los fines de inscribir en el registro su establecimiento, como de los actos requeridos para su desarrollo y los de su cancelación y extinción; y (v) por último, el artículo 165, que determina la regulación de la inscripción de poderes otorgados por sucursales domiciliadas en el extranjero.

La Ley de la Empresa de Responsabilidad Limitada (Decreto Ley N° 21621)(19), igualmente contiene un régimen aplicable a las sucursales de este tipo de persona jurídica (artículo 69).

Si a esto agregamos otra serie de normas en el campo de la banca(20) como de la tributación(21) y las disposiciones del derecho concursal(22), sin duda, podemos repetir que la producción legislativa acerca de las sucursales en el Perú no es poca y, de hecho, es mucho mayor a la que pueda encontrarse en la mayoría de las legislaciones del mundo. A este contexto normativo le falta, por tanto, una similar abundancia doctrinaria que permita explicar sus alcances y efectos, buenos

o malos, en términos concretos y de manera específica, de forma tal que por la vía de su análisis se pueda contribuir, no solo de manera teórica a perfeccionarla, sino de manera práctica a entenderla e interpretarla para que forme parte de aquel derecho vivo con el que acertadamente Garrigues calificó al derecho mercantil.

1. El derecho de establecer sucursales

Si bien creemos que la sucursal es por sí misma un concepto con caracteres bien definidos por la doctrina nacional y extranjera, es antes que eso el fruto derivado de un derecho esencial mucho más trascendental que ha sido conferido a las sociedades, en el sentido de ser vehículos que consagran el derecho de los individuos nacionales y extranjeros de asociarse, hacer empresa y, en tal sentido, de realizar sus actividades empresariales en cualquier parte del país de la forma que quien quiera: (i) individualmente (como empresario individual), adoptando las formas societarias que confiere nuestra legislación; o, (ii) simplemente extendiendo su establecimiento originalmente en el extranjero o en el Perú a cualquier parte o a todo el territorio del país, u originalmente en el país para desarrollarlo en otras partes del mismo.

En el campo netamente societario, el artículo 21 de la LGS otorga a las sociedades dicha facultad esencial.

2. Concepto

No es sino hasta la dación de la actual LGS que la sucursal encuentra legislativamente una definición como concepto integral, aspecto que ha contribuido sobremanera a facilitar la cantidad y precisión legislativa de su participación en la actividad empresarial y, por tanto en el campo académico, lo que estamos seguros contribuirá en el futuro a exponer las necesidades legislativas que se presenten sobre el particular.

En efecto, ni el Código de Comercio ni los dos escasos artículos 344 y 345 de la Ley General de Sociedades vigente entre el año 1966 y 1997(23) expresaron un alcance conceptual. Estos artículos solo se limitaron a señalar los requisitos de su establecimiento según la sucursal fuera de una sociedad constituida en el país o de una constituida en el extranjero.

Sin embargo, dicha regulación, para los fines de la época, era bastante útil. El maestro Ulises Montoya Manfredi(24) comentaba que hasta entonces no había legislación orgánica para establecer la distinción entre establecimiento principal y sucursal, por lo que se aprovechó la reforma de la ley, societaria(25) para legislar lo referente a las sucursales. En ese contexto, no había aún una clara noción de la sucursal sino, en todo caso, del establecimiento mercantil versus sus dependencias, aspectos sobre los cuales ya hemos tratado.

Cabe precisar que desde la dación del Código de Comercio peruano de 1902 y hasta, podría decirse, el año 1997, nuestra legislación societaria estuvo sumamente apegada a la legislación societaria española, lo que sin embargo no ha sido el caso de las sucursales. La legislación española ha tratado a las

sucursales mas como establecimiento anexo que como institución relevante desde que, salvo lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada(26), ha remitido su regulación principalmente al campo registral(27). Al respecto, Díaz Ruiz señala lo siguiente(28):

"Por último, no deja de llamar la atención que ni en nuestro Derecho positivo sustantivo, es decir, ni en el Código de Comercio ni en las leyes relativas a los tipos especiales de sociedades, específicamente en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se contenga caracterización alguna de la sucursal ni de su régimen jurídico, también llama la atención que la Directiva 89/666/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado ('D.O.CE', núm. L39S, de 30 de diciembre de 1989) tampoco contiene definición o noción alguna de qué se considera sucursal. Sin embargo, esta directiva es la que ha dado lugar a los preceptos ahora contenidos en nuestro Reglamento del Registro Mercantil sobre inscripción de sucursales extranjeras en España, al menos en una gran parte".

Algunas legislaciones latinoamericanas sin embargo sí las definen. Es el caso del Código de Comercio de Colombia que en su artículo 263(29) señala que "Son sucursales los establecimientos de comercio abierto por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad". Por su parte el artículo 471 del mismo Código colombiano señala acerca de las sucursales de sociedades extranjeras que "para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos...".

En ese sentido, la LGS vigente tiene la virtud de señalar claramente el concepto de la sucursal, revelando de manera precisa cada uno de sus caracteres y en particular su condición de extensión de su principal (30).

En este contexto, los artículos 396 y 397 de la LGS en marcan principalmente el aspecto conceptual de la sucursal dentro de nuestra legislación societaria:

"Artículo 396.- Concepto

Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes".

"Artículo 397.- Responsabilidad de la principal

La sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal. Es nulo todo pacto en contrario".

El artículo 396 contiene los caracteres básicos que delimitan el establecimiento de una sucursal, a saber:

a) Desarrollo de parte de las actividades empresariales o profesionales que son objeto social de la principal

Lo que determina que la sucursal será todo establecimiento por el cual el empresario o profesional celebra o ejecuta contratos y actos que son el objeto de una actividad empresarial o profesional.

A decir de la doctrina española, por medio de la sucursal se realiza un "ciclo mercantil completo"(31), de tal suerte no es considerada como tal la que tenga por objeto desarrollar actividades auxiliares, como por ejemplo las exclusivas de almacenaje, transporte y similares salvo que éstas correspondan a la actividad primordial de la principal.

Señalan Garrigues y Uría(32), que la actividad negociar de una sucursal supone una organización empresarial que podría subsistir incluso sin que existiera el establecimiento principal.

Resulta interesante el texto del artículo 396 de la LGS cuando señala que las sucursales realizan: "...determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social; es decir, del objeto social de la principal. Este texto trae a colación el tema de si la sucursal puede llevar a cabo todas las actividades relacionadas con el objeto social o, como lo dice el citado artículo solo determinadas actividades de dicho objeto. Al respecto, cabe indicar que es el órgano de administración, por regla general (directorio o gerencia)(33), el que dispone el establecimiento de la sucursal señalando sus funciones o actividades y las facultades de su representante legal permanente y otros apoderados.

Sobre el tema, consideramos que no existe razón alguna (salvo una tibia interpretación literal), que impida a una sucursal desarrollar toda o parte de las actividades que son materia del objeto social. Cualquier restricción que se quiera entender del texto antes citado iría contra la finalidad propia del Derecho Societario, en el sentido de ser un vehículo por medio del cual pueden desarrollarse actividades empresariales, económicas o profesionales. En todo caso, cualquier prohibición en ese sentido hubiera requerido que la disposición legal lo señalare así indubitablemente.

Finalmente, la limitación que pudiera leerse de los artículos glosados no podría, o en todo caso no debería, alcanzar a las sucursales de sociedades extranjeras pues en realidad los alcances acerca de la capacidad que tienen estas sociedades para conferir facultades a su sucursal de desarrollar todo o parte de su objeto social no podría estar establecida por nuestra legislación sino por la legislación de la principal (34). En todo caso, la legislación peruana debería preocuparse de la licitud del objeto o actividades de las sucursales o de que éstas se enmarquen dentro del ámbito del objeto social establecido por la principal, más que del alcance de sus funciones dentro del entorno de dicho objeto social(35).

b) Domicilio

Agregado a lo anterior, se suma el elemento relacionado con la territorialidad, sobre la base del cual, según el texto expreso del artículo 396 de la LGS, la sucursal debe desarrollar sus actividades en domicilio distinto al de su principal.

En ese sentido, el domicilio de la sucursal es el lugar designado por el órgano social para el desarrollo de las actividades que le han sido asignadas, el que conforme a lo citado debe estar ubicado en "un domicilio distinto al de la principal". El domicilio de la sociedad es la zona geográfica, es decir la ciudad, provincia o departamento que sirve de lugar de instalación y ubicación de una sociedad(3sJ. Es el lugar donde está la sede social; donde se reúnen sus órganos sociales y de administración; se realizan y formalizan los actos de publicidad registrar; se determina la competencia judicial, contencioso administrativa, tributaria y similares. El artículo 20 de la LGS señala expresamente que el domicilio de la sociedad es el lugar: (i) señalado en el estatuto; (ii) donde desarrolla alguna de sus actividades principales; o (iii) donde instala su administración.

Ahora bien, según el texto de la definición de sucursal, pareciera que ella solo puede establecerse en un domicilio distinto al designado para la principal. Así, si el estatuto de una sociedad señala que el domicilio de la sociedad es la ciudad de Lima, no se podrá establecer una sucursal en dicha ciudad. Sin embargo, ello no pareciera ser así en la práctica, tomando en consideración que ciertas empresas supervisadas tendrían establecidas sucursales en la misma ciudad del domicilio social principal.

En efecto, cuando la principal está en el extranjero el asunto podría quedar claro (salvo algunas consideraciones que seguidamente se señalarán). Sin embargo, cuando ella está en el país el asunto cambia, pues puede suceder (37) que una sociedad establezca sucursales en función a diversos criterios, por ejemplo, territoriales de donde las sucursales podrían abrirse en función a jurisdicciones divididas sobre la base de regiones, departamentos o provincias del país, o también sobre la base de distritos municipales; o sobre la base de criterios funcionales o por actividad si se trata, por ejemplo, de una sociedad con varios negocios u operaciones dentro de su objeto social, caso este último que pudiera dar lugar a que en una misma jurisdicción territorial exista más de una sucursal. Independientemente a los temas de costos y de confusión en el mercado, éstas son opciones empresariales válidas.

Por tanto, el criterio de domicilio no es el único que motiva la apertura de una sucursal, desde que su definición admite que por medio de ella se desarrollen ciertas actividades propias de su objeto social. Sin embargo, desde el lado positivo y objetivo de la disposición solo sería factible abrir sucursales en lugar distinto al del domicilio de la principal: En todo caso, si se aceptara la literalidad de la norma comentada como válida, hay que señalar que el artículo 20 de la LGS no precisa el criterio de prioridad entre los tres supuestos señalados líneas arriba para determinar el domicilio de la sociedad, por lo que ella podría tener, dentro del territorio de la República del Perú, hasta tres domicilios distintos de manera simultánea. Éste sería por ejemplo el caso de que el estatuto de la sociedad señale que su domicilio será la ciudad de Lima, pero sin embargo la administración está basada en la ciudad de Iquitos mientras que las actividades del objeto principal se desarrollan en la ciudad de Trujillo. Véase rápidamente las actividades de una empresa maderera. minera, petrolera o similar para ver que el

supuesto es absolutamente factible, sobre todo en un país poco descentralizado como el nuestro. En este caso, ¿tendría acaso también que admitirse que la sociedad no podría establecer sucursales en ninguno de tales domicilios? En realidad no creemos que ése sea el objetivo de una norma societaria, sin embargo otra redacción ayudaría a solucionar el posible impase.

c) Carencia de personería jurídica independiente

Aceptado unánimemente por la doctrina y ahora predicado expresamente por la LGS. Es la base que permite reconocer que el verdadero sujeto de imputación de derecho y obligaciones es la principal, pese a las circunstancias de la autonomía de administración y gestión que le son reconocidas a la sucursal. De este postulado se infiere el concepto de responsabilidad de la principal por los actos de su sucursal al que seguidamente nos referiremos.

Esta circunstancia es transparente y sin mayores discusiones en el caso de sucursales de sociedad peruanas. Sin embargo, la tendencia relacionada con las sucursales de las sociedades extranjeras no pareciera verlo de manera tan clara. En efecto, dentro del ámbito tributario las sucursales son establecimientos permanentes, y (por lo menos para los fines del impuesto a la renta) tienen el carácter de personas jurídicas, por supuesto para los fines exclusivos del tratamiento de dicho tributo. En ese sentido, las sucursales de sociedades extranjeras tributan de manera independiente por sus rentas de fuente peruana(38)

En la misma materia tributaria, puede verse también que las sucursales deben actuar con autonomía, no solo frente a terceros sino también con respecto a la propia principal con la cual puede identificarse operaciones comerciales -que de hecho existen- susceptibles de facturación, generándose en ese sentido la necesidad de elaborar documentación que acredite tales operaciones como contratos, órdenes de compra y similares.

Por su parte, como se ha citado anteriormente, las leyes concursales han admitido y siguen admitiendo la posibilidad de que las sucursales de sociedades extranjeras puedan ser sometidas a procedimientos concursales.

Asimismo, cabe agregar a este tema de la personalidad jurídica los casos legislativos y las innumerables decisiones jurisprudenciales del extranjero, así como las variadas lecturas doctrinarias acerca de la dilución o allanamiento de la personalidad jurídica también conocida como la doctrina del levantamiento del velo societario.

Finalmente, de una revisión de las normas contenidas en la LGS sobre las sucursales en cuanto a su extinción, cabe recordar que mientras que para las sucursales de sociedades peruanas la ley establece un simple procedimiento de cancelación del registro, en el caso de las sucursales de sociedades extranjeras la LGS exige un procedimiento regular de disolución y liquidación como el aplicable a las sociedades, reconociendo por tanto la existencia de un patrimonio autónomo que requiere liquidarse.

Una revisión de los casos citados nos permite establecer que las sucursales si bien no tienen personalidad jurídica propia, sino que la que tienen es la de la

propia principal, sí tienen autonomía. En ese sentido, el criterio de la personalidad jurídica, aunque relevante, quedaría circunscrito al ámbito de la responsabilidad, siendo el criterio de la autonomía uno de mayor relevancia en materia mercantil y empresarial. Veremos seguidamente más sobre este concepto de autonomía.

d) Establecimiento secundario

Al igual que lo señalado en el Reglamento del Registro Mercantil español, que es el que se ocupa de las sucursales en España, la LGS dota a las sucursales de la condición de establecimiento secundario, es decir, que solo es sucursal un establecimiento distinto al de la sede central(39),

El profesor Enrique Elías Laroza señala sobre el particular que las sucursales son establecimientos secundarios en la medida en que mantienen un nivel de subordinación administrativa respecto de la principal y que detentan una jerarquía superior a la de la sucursal(40), También señala que la calidad de establecimiento secundario suele ir aparejada con un volumen de operaciones menor al de la principal, reconociendo sin embargo que esto puede no darse en determinadas circunstancias(41),

Si aceptamos que la sucursal puede desarrollar todas las actividades relacionadas con el objeto social de la principal, la última situación señalada no identifica para nada la condición de establecimiento secundario de la sucursal. De hecho, según la situación de negocios de la principal o de la sucursal puede inclusive ocurrir que la sucursal lleve a cabo más actividades que la principal, ello es claro en el caso de principales constituidas en paraísos legales, las que en la realidad terminan desarrollando sus actividades por medio de sucursales en otros territorios,

En realidad la circunstancia de que la sucursal sea un establecimiento secundario se da por el mero hecho de que está constituida como tal por una sociedad respecto de la cual hay que diferenciarla, Si bien es cierto que existe entre ellas una dualidad de autonomía de gestión pero a su vez una dependencia administrativa y política general de la principal, de manera universal la diferencia relevante se da en el hecho que la sucursal es una opción legal de crear una entidad por voluntad de la principal susceptible de inscripción en el Registro y, por tanto no es el establecimiento principal sino otro de carácter secundario,

e) Autonomía de gestión

Como hemos anotado al abordar el tema de la personalidad jurídica, la autonomía de gestión, junto con la capacidad de inscripción en el Registro, es uno de los pilares para identificar a la sucursal, por cuanto ella lleva a cabo una actividad empresarial, con organización propia, pero con la característica de carecer de independencia y de compartir la responsabilidad patrimonial con su principal. Así, las sucursales tienen su propio domicilio, instalaciones y organización, maneja sus propios ingresos y gastos. Además, tratándose de sucursales de sociedades extranjeras éstas tributan separadamente, facturan inclusive a la principal y desarrollan sus propios servicios, salvo aquellos que compartan naturalmente con la principal.

En conclusión, si bien la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, reiteramos que el elemento relevante para identificarla, diferenciarla de otro tipo de entidad es la existencia de "autonomía", concepto que debe ser entendido como la facultad

funcional que tiene cualquier establecimiento de la sociedad para actuar independientemente pero dentro de la política general de la sociedad, en la conclusión y ejecución de actos jurídicos relacionados con las actividades asignadas por la principal.

La autonomía permite así diferenciar a la sucursal de otros establecimientos auxiliares como la agencia (entendido como establecimiento y no como contrato de agencia), oficinas de representación y similares por medio de las cuales las actividades desarrolladas no están dirigidas a concluir actos jurídicos funcionalmente independientes y dentro del contexto de un ciclo económico, sino en todo caso como mero apoderado con facultades limitadas.

Hay que recordar que la autonomía ha cobrado hoy por hoy una relevancia en materia jurídica como sustento de efectivas consecuencias legales, no solo en el ámbito de las sucursales sino principalmente de los ya citados establecimientos permanentes. Asimismo, esta autonomía tiene relevante presencia en torno a la regulación de los patrimonios autónomos, los que si bien no tienen personalidad jurídica tienen la condición de sujetos en varios campos del Derecho, como por ejemplo el procesal dentro del cual le es conferida la legitimación activa (artículo 65 del Código Procesal Civil), o el Derecho Tributario conforme al cual son o han sido considerados contribuyentes los patrimonios fideicometidos de titulización, los contratos de colaboración empresarial con contabilidad independiente y similares. En el ámbito mercantil y civil los mismos patrimonios fideicometidos frutos del contrato de fideicomiso y otros fondos de inversión, denotan sin lugar a dudas la gran importancia del criterio de la autonomía versus el de la personalidad jurídica. Sin embargo la autonomía funcional no es el único elemento diferenciador, pues en ciertos casos el sendero comparativo es sutil (como es el caso de las agencias de entidades del sistema financiero). Como ya hemos señalado, la capacidad de ser inscribible en el registro es por cierto el elemento diferenciador práctico.

f) Estabilidad o permanencia

Basta decir que constituye una vocación esencial de la sucursal el que dentro del contexto de la definición dada por la LGS, se traduce en la necesidad de contar con un representante permanente que asuma la representación del establecimiento, aspecto sobre el cual redundaremos en otros acápite de este trabajo.

g) Responsabilidad de la principal

Nota característica de la dependencia de la sucursal y que si bien era incuestionable en nuestra práctica legal, ha sido expresa e imperativamente establecida en nuestra legislación, bajo sanción de nulidad en caso de pactarse lo contrario.

3. La denominación de las sucursales

El tema de la denominación de la sucursal pareciera ser una nimiedad en el entorno del estudio de estas entidades, sin embargo, tanto desde el aspecto técnico como práctico tiene un alcance realmente interesante.

Dado que la ley no se pronuncia expresamente sobre el tema, el primer aspecto que nos trae a reflexión es el de establecer si la sucursal tiene denominación o no (42), o en todo caso si tiene denominación propia o ella le es atribuida por la principal. Basta retornar a lo explicado sobre la inexistencia de una personalidad jurídica propia o independiente de la principal, para arribar a la elemental conclusión de que la sucursal no tiene una denominación propia, sino que, siendo la sucursal una extensión en domicilio y representación de la principal, es decir, siendo ella el mismo sujeto de derechos que la principal, la denominación con la cual debe identificarse es la misma que la de la principal. El tema de la identidad entre la denominación de la sucursal y su principal cobra mayor importancia en el caso de sociedades personales y sociedades civiles. Este argumento creemos que ampara la obligación impuesta por los artículos 148 y 151 del RRS, según se trate de la inscripción de sucursales de sociedades peruanas o extranjeras respectivamente, dado que en el asiento de inscripción de las sucursales debe constar la "denominación o razón social de la sociedad principal-

A lo anterior cabe agregar que si se trata de una sucursal de sociedad peruana, la sucursal podrá identificarse indistintamente por medio de su denominación o del nombre abreviado que haya registrado la sociedad, conforme lo permite el artículo 9 de la LGS y el artículo 15 del RRS.

Acto seguido, nos viene la inquietud acerca de si la sucursal en la ejecución de sus actividades debe identificarse como tal en el territorio donde desarrolla éstas y, de ser así, si debe o no actuar agregando a su denominación, es decir a la denominación de la principal o el nombre abreviado, alguna indicación que la identifique como sucursal (como por ejemplo Sociedad Industrial Sucursal de Arequipa o Empresa Pesquera Colombiana Sucursal del Perú). Sobre el particular, ni la LGS ni el RRS se pronuncian, por lo que en principio podría aceptarse que ello no es una exigencia legal cuya omisión acarreará la carencia de identificación de la sucursal en cualquier acto jurídico, por ejemplo, para los fines de identificar al representante legal permanente. En ese sentido, el representante legal permanente podría válidamente suscribir cualquier documento que contenga un acto jurídico en el cual se identifica a su representada con el nombre de la principal, sin que por tanto se agregue a éste la palabra sucursal.

Sin embargo, visto desde otra perspectiva, podría señalarse que siendo la sucursal en esencia un medio o vehículo por el cual actúa la principal en un territorio determinado y respecto del cual la principal le ha dado facultades a un representante designado, a mérito de las exigencias que caracterizan a la representación(43), es elemental que en ejercicio del acto de representación deba identificar claramente a su representado y los poderes con los que actúa, lo que exigirá que siempre se señale que su representada es la sucursal.

Al respecto, consideramos que por sentido de orden la LGS debió exigir que las sucursales se identifiquen como tales o, en su caso, que sus representantes legales permanentes las identifiquen como tales en todos los actos en que la representen, tanto más cuando cabe que en similares actos o negocios jurídicos puedan participar sujetos apoderados para desarrollar actos de la principal pero ajenos a la sucursal(44)(45). Sin embargo, no existiendo una obligación legal en ese sentido, bastará que los actos que realice el representante legal permanente estén dentro del marco de las facultades legalmente válidas de actuación de la sucursal (tanto en cuanto a poderes como en cuanto al ámbito geográfico), para que los actos o negocios jurídicos realizados puedan ser considerados como válidos más allá de que se haya o no identificado a la entidad actuante como sucursal o principal.

Las entendibles conclusiones señaladas se complican sin embargo al tratar la situación de la identidad o similitud de denominación que pudiera tener una sucursal con una sociedad inscrita en el Perú o con un signo distintivo registrado o protegido según la legislación protectora de estos derechos.

Al respecto, el artículo 9 de la LGS establece claras prohibiciones acerca de la igualdad o similitud de denominación o razones sociales adoptadas por sociedades. En ese sentido señala que:

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social "igual" a la de otra sociedad preexistente(46);

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social "similar" a la de otra sociedad preexistente;

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga el nombre de organismos públicos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor.

La comparación requerida para verificar la existencia de las referidas prohibiciones no distingue el tipo societario elegido y permiten la excepción de la previa legitimación para el uso de tales denominaciones, es decir que las igualdades y similitudes serían factibles en caso de que aquel que trate de adoptarla sea autorizado por quien tenga mejor derecho(47).

La norma comentada tiende a proteger los derechos adquiridos sobre las denominaciones y razones sociales en virtud a los derechos de prioridad registral y propiedad o derecho de exclusiva conferidos por las normas protectoras de signos distintivos y derechos de autor. Ahora bien, por sentido práctico el propio artículo 9 de la LGS conjuntamente con los artículos 15 y 16 del RRS, señalan que el Registro solo puede denegar los actos de inscripción de la denominación "igual", sea que provengan del acto de constitución de la sociedad o de la modificación del estatuto (48). Por tanto, los supuestos de similitud con otras denominaciones o razones sociales o con signos distintivos deberán ventilarse ante la instancia jurisdiccional siguiendo el proceso sumarísimo.

En cuanto a las sucursales de sociedades peruanas no vemos más problema que el que pueda originar la falta de una ordenada integración informática entre las distintas jurisdicciones registrales del país. El asunto tiene mayor trascendencia cuando una sociedad extranjera quiera actuar en el país estableciendo una sucursal y su denominación o nombre abreviado ha sido adoptado por una sociedad previamente inscrita en el Registro peruano. Como se ha mencionado, la sucursal no tiene otra opción que utilizar el nombre de la principal.

Si queremos hacer un análisis de cómo aplicar lo señalado por el artículo 9 de la LGS a este supuesto podemos encontrar varias sorpresas. En primer lugar, la LGS no tiene jurisdicción sobre la principal extranjera por lo que no puede exigirle cambiar su nombre ni impedirle tomar decisión sobre establecer sucursales en el Perú, sin embargo, la ley peruana sí es aplicable al momento de establecer la sucursal, oportunidad en que se harían presentes las prohibiciones establecidas por el artículo 9.

Las prohibiciones del citado artículo se refieren a sociedades y no a sucursales, pero este argumento podría dejarse de lado si volvemos al presupuesto de que es la propia sociedad extranjera la que desarrollará actividades en el país, dado que la sucursal carece de personalidad jurídica. Por tanto, la norma debe ser aplicable.

Sin embargo, la norma también se refiere a la preexistencia, por lo que el problema se presenta respecto de una sociedad extranjera que haya preexistido a la sociedad peruana con cuya denominación se identifica o iguala. Pese a ello, puede también decirse que la preexistencia a la que se refiere la ley al registro en el Perú de la sociedad o de la denominación o razón social según sea el caso(49), razón por la cual sería imposible que una sucursal de sociedad extranjera con una denominación igual a la de una sociedad con denominación preexistente en el Registro pueda establecerse en el país, aun cuando por ejemplo, se trate de una sociedad constituida mucho antes que la sociedad peruana, o sea el caso de una sociedad reconocida en su país, región o en el mundo. En este caso, solo le quedaría a la pretendida inscripción de sucursal acudir previamente a las instancias de protección de su denominación en el ámbito del derecho de propiedad industrial o del derecho de autor para que se modifique su denominación por una parte. Entre tanto, solo podrá realizar sus actividades en el país constituyendo una filial o subsidiaria con alguna denominación creativa que impida que la competencia, que por cierto no tiene igual problema, le arrebatte el mercado querido.

A este respecto, es interesante lo explicado por Emilio Díaz Ruiz(50) cuando analiza los alcances conceptuales de la sucursal, señalando lo siguiente.

"Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 febrero de 1992, al examinar si una entidad educativa, pero con ánimo de lucro, podía inscribir una sucursal en España, establecía que 'en nuestro Derecho, (...) están sujetas a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil (artículo 81.k) del Reglamento del Registro Mercantil 'Las sucursales de

sociedades extranjeras', habiendo desaparecido las dudas que suscitaba la redacción originaria del texto reglamentario (artículos 84.2 y 88 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956) en cuanto a si lo que debía inscribirse era la propia sucursal o la sociedad extranjera. Establece hoy con claridad el artículo 264 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 que 'las sociedades extranjeras que establezcan una sucursal en el territorio español la inscribirán en el Registro Mercantil correspondiente al lugar de su domicilio' de tal manera que lo que debe acceder al Registro es la sucursal y no la Sociedad extranjera (oo.). Las sociedades extranjeras a que se refiere el apartado k) del artículo 81 no han de coincidir por tanto necesariamente con los tipos societarios reconocidos por el ordenamiento español. Ha de partirse de un concepto amplio de sociedad mercantil, para el que puede servir de orientación, particularmente en este caso, en que se trata de una entidad británica, del concepto de sociedad establecido en el artículo 58 del Tratado CEE, aprobado en Roma en marzo de 1957, precepto que, en el marco del capítulo II, dedicado al derecho de establecimiento, afirma que por sociedades entienden 'las sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con la excepción de las que no persigan un fin lucrativo'. El Registrador Mercantil ha de limitarse a comprobar si la sociedad extranjera está efectivamente considerada como tal en su propio ordenamiento y si se halla constituida válidamente conforme al mismo. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 11 de septiembre de 1990, señala que la función del Registrador con respecto a las sociedades extranjeras que creen sus sucursales en España se limita a verificar si la sociedad en cuestión se halla válidamente constituida conforme a su propia legislación, además de controlar la legalidad de esta misma de creación o establecimiento de la sucursal. Por último, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 1990 (B.O.E. de 17 de octubre), si bien referida al Reglamento del Registro Mercantil de 1956, trataba de la denominación de una sucursal en España de una empresa extranjera que coincidía, en cuanto al núcleo de su denominación, con la de una sociedad española preexistente. Esta resolución, en resumen, viene a autorizar la inscripción de la sucursal en España de la empresa extranjera con el argumento de que el problema de la identidad de las denominaciones no debe resolverse por la vía registral, que solo trata de identificar sin lugar a confusión a personas o empresarios diferentes, y no combatir simplemente las confusiones que puedan surgir ni siquiera las infracciones a derechos de propiedad industrial, como el nombre comercial, que también pudieran producirse. Añade esta resolución otros argumentos, de entre los cuales destacamos el de que el establecimiento de una sucursal es solamente un acto de ampliación territorial de las actividades de una sociedad extranjera que está válidamente constituida en su país y, en el caso que nos ocupaba, además en un país miembro de la Comunidad Económica Europea, sin que nazca una nueva persona jurídica y sin que, por otra parte, teniendo la sucursal la misma personalidad jurídica que su casa matriz, deba tener una denominación distinta a la de ésta".

De ello se desprenden dos asuntos importantes. Por una parte, el que desde un punto de vista registral lo que accede al Registro es la sucursal y no la principal extranjera, lo que en nuestro caso nos llevaría a la conclusión de que el artículo 9 de la LGS realiza comparación entre sociedades, es decir, entre una sociedad peruana preexistente y una sociedad que quiere constituirse e inscribirse en el Registro con una denominación igual, o entre dos sociedades preexistentes una de las cuales modificando su denominación vigente pretende adoptar la de la otra. En ese sentido ni el artículo mencionado ni otros del RRS aluden a la igualdad de denominaciones entre una sociedad extranjera y una sociedad peruana o entre una sucursal de una sociedad extranjera y una sociedad peruana preexistente. Consideramos que la posición de la jurisprudencia registral española es atendible en el extremo de que no compete al registro resolver la identidad o igualdad en las denominaciones entre una sucursal de sociedad extranjera y una sociedad preexistente debiendo inscribirse la sucursal o en su caso la sociedad, siendo solo competencia del juez establecer la preferencia. El mismo criterio será más atendible en el caso de que no se trate de identidad o igualdad sino de similitud dentro del marco regulador del artículo 9 de la LGS.

Los argumentos puntuales de nuestra posición al respecto pueden citarse como sigue: (i) siendo el artículo 9 de la LGS de carácter prohibitivo debe interpretarse de manera restrictiva y por tanto debe entenderse respecto de sociedades y no de sucursales o, en su caso, solo respecto de sociedades en el Perú; (ii) El impedir vía registral la inscripción de una sucursal bajo el criterio de igualdad o identidad podría restringir el derecho de las libertades de empresa, comercio, industria, así como a la inversión extranjera, todos ellos reconocidos por nuestra Constitución y otras disposiciones legales específicas con relación a la libertad de comercio y a las garantías de la inversión extranjera(51). Al respecto debe recordarse que a diferencia de la constitución de una sociedad donde la denominación puede ser modificada como consecuencia de la identidad, en el caso de una sucursal estamos en el caso de una identidad creada, tal vez con mucha anterioridad a la sociedad preexistente, en cuyo caso no es posible pedirle a la sociedad extranjera que modifique su denominación sino que la sociedad simplemente no podrá participar en el mercado con la identificación que ya ha adquirido.

La conclusión anterior por supuesto no impide, a quien considere tener mejor derecho sobre la denominación, iniciar las acciones administrativas y judiciales tendientes a proteger sus derechos de propiedad industrial o intelectual y, en ese sentido, obtener por esa vía inclusive la cancelación de la inscripción registral de la sucursal. En este caso, la fuerza de la distintividad, el mercado, la protección del consumidor y similares son los que primarán.

Como se ha señalado, nuestra posición, que podría tener la debilidad práctica en los problemas temporales de distintividad que podrían generarse, se verían disminuidos si la ley estableciera la exigencia de que las sucursales deben identificarse como tales después de su denominación, es decir, la necesidad de usar la palabra sucursal luego de la denominación o razón social de la principal.

En este asunto, también resulta interesante el tema de si al elegir denominar a una sucursal, agregando la palabra sucursal, debe además sumarse a tal agregado identificar el lugar de su domicilio en función a los alcances territoriales otorgados en el acuerdo de establecimiento adoptado por la principal (ver en este aspecto nuestros comentarios en el acápite anterior sobre los alcances acerca del territorio). Es decir, si una sucursal de sociedad peruana que quiera desarrollar sus actividades en la ciudad de Arequipa debe necesariamente agregar en su identificación sucursal de Arequipa o similares.

Sin perjuicio del hecho de que la ley no contiene una obligación en tal sentido, consideramos que una norma con tal exigencia sería absolutamente ineficiente por el carácter restrictivo e indeterminable que tendría, dado que la circunscripción territorial puede estar basada, en nuestro ejemplo, solo en la ciudad de Arequipa o en la provincia de Arequipa o en el departamento de Arequipa y por tanto absurdo sería llegar a tal nivel de identificación. Creo que en ese sentido debe haber absoluta libertad. Sin embargo, no es tan fácil arribar a la misma conclusión si una sociedad pretende inscribirse como sucursal de Arequipa cuando el domicilio y por tanto el territorio asignado es otra ciudad, provincia, departamento o región. Tomando en consideración que el Registro tiene una función de publicidad, el admitir la inscripción de una sucursal con una identificación de lugar distinto a su domicilio conllevaría admitir el publicitar un acto que vulneraría la buena fe que pretende transmitir un acto registrado al mercado en general, violentándose de tal manera además del sentido de publicidad material y formal registral, principios registrales como el de la fe pública registral, conceptos todos contenidos a la fecha en el Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por la Resolución SUNARP N° 195-2001-SUNARP/SN.

4. El representante legal permanente

Como se ha señalado al inicio de este trabajo, conjuntamente con la definición de establecimiento y domicilio, la representación es otro de los elementos que históricamente han dado vida a la sucursal, por tanto, tal como lo exige el artículo 399 de la LGS, es requisito la designación de uno o más representantes de la sucursal, a quienes la LGS denomina representantes legales permanentes.

El artículo 400 de la LGS confiere a tal representante las mismas facultades, impedimentos y prohibiciones conferidas por la LGS a los gerentes generales de una sociedad en cuanto resulten aplicables(52).

Entre estas facultades(53), queremos destacar el hecho de que su designación puede ser indefinida o por un tiempo determinado o determinable; el habersele conferido las facultades de representación procesal mínimas establecidas en el Código Procesal Civil (54); la capacidad de celebrar contratos y realizar actos relacionados con las actividades otorgadas por la principal a la Sucursal dentro del ámbito territorial de su domicilio; entre otras establecidas por los artículos 46 (expedir copias certificadas, en concordancia con el artículo 188 numeral 5); artículo 186 (duración del cargo, que puede ser indefinido); artículo 187 (remoción del cargo); artículo 188 numerales 1) Y 2) (atribuciones del gerente).

Asimismo son aplicables los artículos 189 a 197 de la LGS, sobre impedimentos y responsabilidades, en cuyo caso el representante legal permanente será, al igual que el gerente general, responsable solidario por los actos relacionados con las actividades de la sucursal con el directorio de la principal y también con el gerente general de dicha principal a falta de directorio (éste sería el caso de las sociedades anónimas cerradas o de las demás sociedades que no tengan directorio), con los mismos alcances de la responsabilidad subjetiva señalada por el artículo 190 de la LGS, es decir, responsabilidad frente a la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, con dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

Los artículos 148 y 154 del RRS, según se trate de sucursales de sociedades peruanas o extranjeras, señalan que en el asiento de inscripción correspondiente debe constar el: "...nombre o documento de identidad del representante legal permanente. Si hubiera más de uno, la misma información respecto de cada uno de ellos".

El profesor Enrique Elías Laroza(55) señala que la autonomía de gestión de las sucursales requiere que la administración de sus negocios sea encargada al menos a un representante que goce de facultades para obligar a la sociedad por las operaciones que realice la sucursal y las generales de representación procesal. En concordancia, el artículo 399 citado agrega que las demás facultades de dicho representante constan del poder que se le otorgue.

El mismo autor señala que nada impide que la principal designe a otros apoderados de la sociedad. Para ello se sustenta en: una antigua Resolución N° 001/94-J US-JVR de la Junta de Vigilancia Registral; en el hecho de que la ley no lo impide y, finalmente, citando el artículo 74 del derogado Reglamento del Registro Mercantil, en el sentido que éste señalaba que en la hoja de cada sucursal debían inscribirse los poderes de los encargados de su administración, admitiendo así textualmente la posibilidad de designación de varios apoderados. Coincidimos en la efectiva posibilidad de que la sociedad principal pueda elegir otros apoderados de la sucursal, basados no solo en el hecho de que la ley no lo prohíbe sino también en lo dispuesto por los artículos 153, 154 Y 165 a 169 del RRS(56).

Sin embargo, sobre este tema los siguientes asuntos se revelan. Por una parte, cuál es la posición de tales apoderados a la luz de las disposiciones de la LGS y el RRS, es decir, si todos tendrán la condición de apoderados permanentes y si como tales podrán actuar a la vez; y, por otro lado, la posibilidad de que dichos apoderados puedan ser nombrados por el o los representantes legales permanentes.

En cuanto al primer tema, una lectura de los artículos 399, 400,401 Y 403 nos lleva a pensar que la sucursal debe designar un solo representante legal permanente titular. Así, el primero de los artículos referidos señala que: "El acuerdo de establecimiento de la sucursal contiene el nombramiento del

representante legal permanente que goza, cuando menos... ". La parte de interés sobre el tema del artículo 400 señala que: "El representante legal permanente de una sucursal se rige por... "las normas aplicables al gerente general, precisando que al término de su representación la sociedad principal debe nombrar su reemplazo, "...salvo que la sociedad principal tenga nombrado un sustituto... ": Por su parte, el artículo 401 indica que el Registro cancelará la sucursal si en 90 días de haber vacada en el cargo el representante legal permanente no se ha nombrado al sustituto. Finalmente, al tratar el artículo 403 sobre las sucursales de sociedades extranjeras, éste señala que la escritura pública de establecimiento deberá contener "la designación de por lo menos un representante legal permanente en el país...".

Por su parte, como ya mencionamos líneas arriba, los artículos 148 y 151 del RRS señalan que el asiento de inscripción deberá contener el "...nombre o documento de identidad del representante legal permanente. Si hubiera más de uno, la misma información respecto de cada uno de ellos".

De las referidas disposiciones de la LGS se desprende que: (i) debe designarse un representante legal permanente con facultades iguales a las del gerente general; (ii) puede designarse un representante legal permanente sustituto para el caso de vacancia del titular; y, (iii) que en el caso de sucursales de sociedades extranjeras pueden designarse varios representantes legales permanentes.

Por su lado, de las normas del RRS citadas se desprende que solo pueden designarse varios representantes legales permanentes independientemente si se trata de sucursales de sociedades peruanas o extranjeras, sin embargo, los artículos 148 inciso c) y 151 inciso e) del RRS no señalan que en la partida deban registrarse otros apoderados sino solo parecen referirse a todos los representantes legales permanentes elegidos. Podría por tanto verse que todos los apoderados designados por la principal para la sucursal siempre tendrán la condición de representantes legales permanentes.

Como se puede ver, si bien está claro que existe la posibilidad de elegir varios representantes legales permanentes, no es tan sencillo establecer si la ley permite tener uno o más titulares bajo ese cargo, o si uno es el titular y los demás tienen la condición de apoderados o de sustitutos.

Debemos recordar que la ley confiere al representante legal permanente las facultades del gerente general. En ese sentido, conforme al artículo 185 de la LGS, cuando se designe un solo gerente éste será el gerente general y cuando se designe más de uno, debe indicarse en cuál o cuáles de ellos recae el título de gerente general. Creemos que la misma regla debe aplicarse para la determinación del representante legal permanente. Las sucursales por tanto siempre tendrán un solo representante legal permanente titular por lo que los demás solo tendrán la condición de sustitutos. En el caso sea designado un representante legal permanente para actuar de inmediato y de manera directa, en realidad éste solo será un apoderado, indistintamente al nombre que se le haya

otorgado. Con tal alcance también debe entenderse el numeral 3. del artículo 403 al señalar expresamente que, para el caso de sucursales de sociedades extranjeras, debe indicarse "...por lo menos un representante legal permanente". Como hemos expresado, las sucursales se sustentan en la designación de un representante para realizar una parte o todos los negocios de la principal en un domicilio o territorio determinado. La sociedad por tanto se identificará en dicho lugar principalmente por su representante legal permanente. La pluralidad de actuación conjunta de varios representantes legales permanentes diluiría a nuestro juicio la condición de la sucursal. Dicho de otra forma, la designación de varios representantes legales permanentes para actuar en nombre e interés de la principal en un mismo territorio equivaldría a reconocer tantas sucursales como representantes actúen conjuntamente.

Por su parte, consideramos que así como la principal puede designar apoderados, los representantes legales permanentes podrán también hacerla siempre que hayan sido facultados para ello por la principal. Lo que no podrá hacer el representante legal permanente es designar y apoderar a otros representantes legales permanentes.

Finalmente, otro tema interesante en cuanto al representante legal permanente es el momento a partir del cual puede ejercer su representación. El artículo 399 señala que para poder ejercer su representación basta la copia certificada de su nombramiento inscrito en el Registro.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 14 de la LGS el nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes. Agrega además que tales actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso. El artículo 16 de la LGS referida a los plazos de inscripción de los actos de la sociedad -entre los que están los de nombramiento de representantes y otorgamiento de facultades-, permite que toda persona pueda ampararse en los actos o acuerdos de designación de representantes y en los poderes que se les haya otorgado aun cuando éstos no se hayan inscrito. Finalmente, el artículo 17 de la misma ley indica que cuando un acto inscribible se celebra mediante representación, basta que se inserte el poder en virtud del cual actúa.

En conclusión, de acuerdo a los términos generales aplicables a los representantes de la sociedad, el ejercicio de sus facultades no requiere la inscripción, lo que no sucede en el caso del representante legal permanente, de acuerdo al texto glosado del artículo 399 pese a que éste no es más que otro mandatario de la sociedad.

5. El establecimiento, la cancelación y la disolución y liquidación de las sucursales

En cuanto al nacimiento de las sucursales, debe señalarse que éstas no se constituyen sino que se establecen. En realidad, como ha quedado explicado al comentar acerca de los establecimientos mercantiles, las que realmente se establecen son las sociedades constituidas en el país o el extranjero. Por lo que a su extinción se refiere, las sucursales de sociedades peruanas se cancelan, pues siendo éstas producto de una inscripción registral, el acto por el cual la sociedad decide la extinción de la sucursal implica la cancelación de la partida y asiento registral donde se inscribió. Además, encontrándose la principal en el país, no se requiere realizar el trámite de liquidación. Por el contrario, las sucursales de sociedades extranjeras se disuelven, liquidan y extinguen a la par que las sociedades.

En ese sentido, la cancelación a la que se refieren los artículos 401 y 402 de 1a LGS es aplicable a las sucursales de sociedades peruanas, mientras que el artículo 404 de la misma leyes la norma aplicable para la extinción de las sucursales de sociedades extranjeras.

En cuanto a estas últimas, la ley contempla otra forma de extinción de las sucursales en el caso de que las principales sean objeto de un proceso de reorganización, como es el caso de las fusiones y escisiones de las sociedades principales; y en el caso de reorganización y transformación de sucursales en otras sociedades conforme analizaremos en acápite siguientes.

Dadas las diferencias existentes según se trate de sucursales de sociedades peruanas o extranjeras, veremos estos temas por separado.

a) Sucursales de sociedades constituidas en el Perú
Establecimiento

El artículo 398 señala que "... falta de norma distinta en el estatuto, el directorio de la sociedad decide el establecimiento de su sucursal...".

La redacción señalada por este artículo trae la inquietud de si las sociedades constituidas en el Perú que no tengan directorio pueden establecer sucursales, incluyendo a las sociedades anónimas cerradas que hayan optado por no tener directorio.

De lo expuesto por la doctrina, las disposiciones sobre sucursales y el artículo mencionado contenido en el Libro IV de la LGS sobre normas complementarias (por tanto aplicable a todas las sociedades), no creemos que haya impedimento para que cualquier tipo societario pueda establecer una sucursal en el país o el extranjero.

El profesor Enrique Elías Laroza (57), señala que respecto de dicho artículo debe hacerse la precisión que cuando se trate de una persona jurídica que decide establecer la sucursal no tiene directorio, la facultad recae en el órgano de administración de la sociedad.

De manera práctica sin embargo, puede ser complicado para una sociedad peruana que no cuente con directorio el intentar inscribir una sucursal en el

extranjero, pues la ley extranjera podría observar el registro al amparo del artículo 398 citado.

Urge por tanto su modificación. Para ello debemos precisar que dado que el establecimiento de la sucursal es un acto de administración bastaría que la gerencia general tenga dicha facultad siempre y cuando ello no se haya reservado a la junta o siempre que el establecimiento de la sucursal no implique un acto de disposición de activos por más del 50% del capital social, pues en tal caso se estará ante una exclusiva atribución otorgada a la junta por el numeral 5) del artículo 115 de la LGS.

Debe tenerse en cuenta que si el estatuto dispone que solo el directorio o la gerencia tendrán las facultades de establecer sucursales, a mérito del artículo 38 de la LGS, la junta no podrá arrogarse la misma facultad bajo sanción de nulidad del acuerdo adoptado.

Dada la deficiencia del artículo 398 de la LGS, si bien el procedimiento de establecimiento de la sucursal es sencillo, pues el registro se realiza a mérito de la copia certificada del acuerdo o de la escritura pública de constitución social según tal establecimiento se haya decidido en el acto de constitución o en acto posterior, éste no se refiere al caso de las sociedades sin directorio. Por tanto, siendo el caso que la gerencia o la gerencia general no es un órgano colegiado que tenga actas en las cuales conste el alcance de sus acuerdos, la decisión que éste adopte para establecer la sucursal deberá quedar acreditada en un documento para fines de registro, que le permita al registrador del país o del extranjero constatar la decisión de establecer la sucursal para proceder a su inscripción. Este documento, por lo general, sería la propia declaración del gerente general en el instrumento de establecimiento o de un poder (sobre todo para el caso de establecer sucursales en otros países), por el cual el gerente delega el establecimiento de la sucursal a un apoderado para que lo declare en el documento o procedimiento que exija la ley aplicable.

En cuanto a la inscripción de la sucursal de una sociedad peruana, el artículo 398 de la LGS y el artículo 147 del RRS exigen que debe constar tanto, en el lugar del domicilio de la principal como en el lugar de "funcionamiento" de la sucursal. Es decir, tanto en la partida de la sociedad como en el registro del lugar de su funcionamiento. Consideramos que el término funcionamiento es realmente amplio y va más allá de lo exigido por el artículo 399 de la LGS, el cual no asigna a la sucursal lugar de funcionamiento sino "un lugar distinto al domicilio de la principal". Por tanto es el domicilio asignado por la principal al que se refiere la ley. Si no fuera así, por ejemplo una sucursal que tenga por objeto funcionar en todo el norte del país se tendría que inscribir en todas las jurisdicciones registrales de dicha parte de la República, lo cual no compartimos.

Ya hemos señalado que esta inscripción se hace a mérito de la copia certificada del acuerdo pertinente, y que el artículo 148 del RRS señala con precisión los

aspectos que deberán constar en el asiento de inscripción de este tipo de sucursales.

En este punto, cabe indicar que a diferencia de las sucursales de sociedades extranjeras, el establecimiento de sucursales de sociedades peruanas no exige que se asigne un capital a la sucursal, sin embargo, ello no está prohibido por la ley. En todo caso, en los hechos, la provisión de fondos para abrir la sucursal e iniciar sus funciones constituye un capital asignado.

Cancelación

En cuanto a este aspecto, el procedimiento de cancelación exigido por el artículo 402 de la IGS (artículo aplicable solo para la extinción de sucursales de sociedades peruanas), es igualmente sencillo. Se realiza a mérito de copia certificada, acompañando el balance de cierre de operaciones pertinente(58). Este último documento tiene por finalidad que los acreedores identifiquen las obligaciones pendientes de la sucursal que serán asumidas directamente por la principal.

Dado que sucursal y principal son la misma persona jurídica, la cancelación no genera ningún acto traslativo de los activos, pasivo o patrimonio de la sucursal.

b) Sucursales de sociedades constituidas en el extranjero

En realidad la riqueza jurídica de las sucursales se encuentra en este supuesto. Como hemos señalado inicialmente, en este caso todos los aspectos jurídicos que comprenden las inversiones internacionales se ven involucrados, tales como la ley aplicable, conflictos normativos, legislación tributaria nacional e internacional (tratados de doble imposición), impedimentos o limitaciones a la actuación de los extranjeros, normas sobre vinculación económica, grupos de interés y sociedades imbricadas, así como asuntos más específicos relacionados con la aplicación de normas contables y cumplimiento de tratados internacionales, entre otros.

Pese a que en nuestro país es simple establecer cuándo estamos en este supuesto, a saber, cuando se trate de sociedades no constituidas en el Perú, en otros ello no es tan simple tomando en consideración la existencia de convenios de integración, como es el caso de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, según los cuales lo primero que se debe determinar es cuándo una sociedad es extranjera. De alguna manera, en tales casos, la regulación general aplicable a las sucursales de sociedades constituidas en distintos países varía según la principal esté constituida o no en alguno de los países miembros del tratado o convenio de integración. Asimismo, dentro del territorio económicamente integrado el tratamiento será distinto según el sector económico o productivo al que pertenezca la sociedad principal.

Podemos además indicar que estas sucursales requieren de hecho un tratamiento muy distinto en el aspecto jurídico (relacionado principalmente con la responsabilidad, personería jurídica y el ámbito de aplicación de la ley), en comparación a sus aspectos económicos y financieros. De ahí que áreas del

Derecho allegadas a la transparencia de la actividad empresarial, dotan a estas sucursales de autonomía jurídica(59).

Lo señalado se traduce en la práctica cuando el empresario opta por desarrollar sus actividades en el país por medio de una filial o subsidiaria o por medio de una sucursal. Desde un punto de vista estrictamente legal podemos señalar que son cuatro las razones que se analizan para ello. Veamos

- a) La sucursal no tiene personería jurídica propia a diferencia de la subsidiaria, por lo que su principal responde por las obligaciones que la sucursal asuma en el país;
- b) De acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta peruana, las sucursales tributan solo por sus rentas de fuente peruana, mientras que las subsidiarias por sus rentas de fuente peruana y extranjera;
- c) En términos generales, las sucursales consolidan sus estados financieros con los de la principal. Si bien las filiales también los consolidan pues la exigencia está basada en el control más que en la diferencia de personalidad jurídica, ello no sucede en todos los países necesariamente.
- d) Dado que la sucursal no tiene personalidad jurídica distinta que la principal, en el caso de concursos y licitaciones públicas puede hacer suya la capacidad de contratación(60) de su principal, situación inadmisibles en muchos casos si se presenta al mismo concurso una filial.

Establecimiento

Las sucursales de sociedades extranjeras, a diferencia de las que crean las sociedades peruanas(61), se establecen por escritura pública, la cual debe contener por lo menos todos los requisitos señalados por el artículo 403 de la LGS. Entre ellos cabe comentar los siguientes:

Según el numeral 1) del referido artículo, debe de obtenerse un certificado de vigencia de la sociedad principal en su país de origen, emitido por autoridad competente (que puede ser el registro público, un notario, una cámara de comercio u otro funcionario público o inclusive privado según los alcances de la ley aplicable a la principal). Este certificado debe expresar que no existe impedimento del pacto social o el estatuto para establecer sucursales en el extranjero. El texto es sumamente apropiado por cuanto el usado por la Ley General de Sociedades anterior (art. 345) y el derogado Reglamento del Registro Mercantil exigía que la constancia pruebe que el estatuto o el pacto social expresarán el permiso de abrir sucursal, lo que en la práctica sucedía en pocos casos.

Cabe indicar que conforme al artículo VI del Título Preliminar del RRS los documentos exigidos para el establecimiento de la sucursal que hayan sido otorgados en el extranjero deben ser presentados a los registros en española traducidos a éste y legalizados conforme a ley(62).

El numeral 3) del citado artículo 403, exige además que se inserte en la escritura pública de establecimiento de la sucursal el acuerdo adoptado por el órgano competente. En este caso, como tiene que ser, a diferencia de lo exigido para el establecimiento de sucursales de sociedades peruanas la ley no se refiere al directorio sino que solo exige que lo celebre el órgano social competente. La competencia debe entenderse en función a lo exigido por la ley aplicable a la sociedad extranjera(63).

Por propia disposición del artículo 403, numeral 3), el acuerdo debe indicar entre otros aspectos: "...el capital que se le asigna para el giro de sus actividades en el país;(...) y su sometimiento a las leyes del Perú para responder por las obligaciones que contraiga la sucursal en el país"(64).

En cuanto a lo primero, estamos ante el denominado capital asignado, que no es otra cosa que la provisión de fondos que le entrega, otorga o asigna la principal a la sucursal para su establecimiento y funcionamiento. Éste nada tiene que ver con el capital social de la sociedad desde un punto de vista jurídico(65), pues no genera acciones, participaciones, títulos o similares; ni tampoco derechos o limitaciones sobre la base de él. Es simplemente el capital de trabajo que se entrega para que se funde y funcione la entidad.

Para fines económicos, financieros y contables, sin embargo dicho capital, por su naturaleza, constituye el patrimonio de la sucursal en tanto será base para medir y establecer los beneficios o pérdidas que resulten del desarrollo de las actividades de la sucursal.

En ese sentido, el capital asignado no tiene por qué sujetarse a formalidades para su aumento o disminución. Según la principal vaya dotando a la sucursal de mayor capital o, en su caso, la sucursal remita o devuelva parte de dicho capital a la principal, éste se aumentará o reducirá. Tal reconocimiento es meramente económico, financiero y contable, mas no jurídico-societario o jurídico-registral (66) Ante la confusión conceptual y formal que existía sobre este capital, los propios registros públicos admitían acuerdos de modificación del capital asignado. Léase por ejemplo la Resolución del Tribunal Registral N° 117-99-ORLC/TR del 7 de mayo de 1999, que resuelve un caso sobre el particular, en virtud del cual el registrador deniega la modificación del capital asignado sobre la base de la incapacidad del representante legal permanente para modificarlo, decisión que fue confirmada por el Tribunal al señalar que adoptar tales acuerdos solo era de competencia de la principal. Sin embargo, el Tribunal no analizó si en realidad se trataba de un acto inscribible, tomando en consideración que en todo caso el acto solicitado a inscripción debió ser el de modificación del acuerdo de establecimiento.

El artículo 152 del RRS ha establecido que para el establecimiento de la sucursal no es necesario acreditar al Registro el capital asignado a la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero.

Beaumont Callirgos(67) al analizar el referido artículo del RRS cita una interesante Resolución del Tribunal Registral N° 124-2001-ORLC/TR que confirmando la decisión del registrador, deniegan el establecimiento de una sucursal por no haberse acreditado el capital asignado. Esta resolución define al capital asignado como la dotación económica que la principal asigna y que responde a una verdadera dotación patrimonial(68).

En realidad compartimos en parte los alcances de dicha resolución, la que concuerda también con lo dispuesto por el artículo 152 del RRS.

En efecto, como bien lo afirma la resolución, la asignación de un capital es un requisito de establecimiento exigido por el numeral 3) del artículo 403 de la LGS. Por tanto, ante la primacía jerárquica y normativa de la LGS frente al RRS, la autoridad debe preferir la primera(69). Ahora bien, decimos en parte, pues de acuerdo a la resolución y a la decisión del registrador que se confirma, éste exigía al solicitante acreditar la suma del referido capital con depósitos u abonos bancarios, lo cual es incorrecto, primero porque la ley no determina cómo se acredita éste y tampoco pueden utilizarse por analogía las reglas del capital social por su evidente diferencia. Asimismo, siendo la principal y la sucursal un mismo sujeto la determinación del capital asignado se acredita con la sola decisión o acuerdo de la principal de proveerle los fondos requeridos, por lo cual basta que en el acuerdo de establecimiento se exprese la dotación de fondos para que éste se entienda "asignado" o conferido. En todo caso, ello también puede quedar acreditado con una constancia o declaración emitida por el representante legal permanente o con un balance emitido por la sucursal o la propia principal. Sin embargo, esto no es necesario en la actualidad.

En ese sentido, consideramos que un procedimiento de aumento o disminución del capital asignado que concluya en una ulterior escritura pública y solicitud registral no es en sí mismo un acto inscribible. Lo que en todo caso podría ser un acto inscribible sería un acuerdo de modificación del instrumento de establecimiento en la parte que se consigna el capital asignado, trámite en realidad un tanto ocioso e ineficaz en la práctica pero que en su caso solo es admisible por acuerdo de la principal.

Por último, la declaración de sometimiento a ley peruana exigida por el numeral 3) del artículo 403 de la LGS da seguridad a los terceros de que la sucursal no tiene protección de otra nación o del Derecho internacional. Es pues una disposición de seguridad mercantil y jurídica.

Disolución y liquidación

La disolución es el acto o circunstancia establecida por la ley o el estatuto a mérito del cual una entidad legal deja de actuar como empresa en marcha para iniciar el proceso necesario que la llevará a su extinción. Por tanto, la ocurrencia de tal circunstancia determina el inicio del proceso de liquidación, es decir, el conjunto de actos llevados a cabo por un administrador especialmente designado (liquidador), para realizar los activos y pagar los pasivos y, de haber un

remanente, entregarlo al titular o socio del patrimonio resultante de la entidad. Concluido dicho proceso, la entidad se extinguirá previa inscripción en el Registro pertinente.

Tomando en consideración que las sucursales de sociedades extranjeras una vez extinguidas no dejan un responsable en el país, su proceso de extinción debe ser tan igual como el de cualquier sociedad, pues si bien la principal responderá frente a los acreedores insatisfechos en el proceso de liquidación, el costo e inseguridad que puede significarles el tener que trasladarse a otra jurisdicción para exigir su derecho involucra no solo un tema de costos de transacción sino, además, la aplicación de otra legislación.

El artículo 408 de la LGS señala principalmente la aplicación supletoria de las normas generales de disolución y liquidación de las sociedades establecidas en la LGS para extinguir a la sucursal, por supuesto, previo acuerdo en tal sentido del órgano competente de la principal que designe a el o los liquidadores que se harán cargo.

6. Reorganización de sucursales

De acuerdo a la Sección Segunda del Libro IV de la LGS, la reorganización de sociedades comprende las figuras de la transformación, fusión(70) escisión(71), reorganización simple, reorganizaciones múltiples simples o combinadas(72), así como dos formas particulares establecidas por los artículos 394 y 395 de la LGS, la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y la de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero.

Sobre esta última forma de reorganización y sobre los efectos en las sucursales por la reorganización de sus sociedades principales, nos ocuparemos en las líneas siguientes.

a) Efecto de la reorganización de las sociedades principales en las sucursales

Los artículos 405 y 406 de la LGS se ocupan de los efectos en las sucursales derivados de la fusión o escisión de las sociedades según se trate de sucursales de sociedades principales peruanas o extranjeras respectivamente.

Así, según la modalidad de fusión o escisión de la que se trate, el efecto será que la o las sucursales de las sociedades principales comprometidas tendrán un nuevo titular, quien asumirá el bloque patrimonial bajo gestión de la sucursal, salvo indicación en contrario según señala el numeral 1) del artículo 405. Esto último significa que el acuerdo de reorganización puede establecer otros efectos, como por ejemplo que se cancelen las sucursales de la o las sociedades que se extinguen en el caso de fusión; o de la o las sociedades a quienes pertenezca el bloque patrimonial que se escinde de ser el caso.

Concordamos con el profesor Enrique Elías Laroza(73) al señalar que en el caso de fusión el tema no reviste mayor complicación en comparación con la escisión,

tomando en consideración la necesidad de identificar a qué bloque patrimonial pertenecen la o las sucursales involucradas, más aún cuando ellas podrían incluso pertenecer a todos los bloques patrimoniales involucrados desde que hemos señalado la factibilidad de que la sucursal desarrolle actividades que comprendan el íntegro del objeto social de su principal. La situación tiene dos salidas: o se señala con precisión en los instrumentos en los que se acuerda la escisión a qué bloque o bloques patrimoniales pertenecen o simplemente se cancelan las sucursales.

En este último caso, dada la simplicidad del tema registral, el artículo 405 numeral 2) indica que para la inscripción en el Registro del cambio de sociedad titular solo se requiere presentar la certificación expedida por el Registro de que la fusión o escisión quedó inscrita en las partidas de "todas" las sociedades principales involucradas.

En el caso de que los procesos de reorganización involucren a sociedades extranjeras la regulación establecida por el artículo 406 está igualmente destinada a establecer, comprobar e inscribir en el Registro los datos del nuevo titular de la sucursal. En este caso, la complejidad viene solo por la circunstancia que debe ser probada la reorganización de acuerdo a la ley aplicable a las sociedades principales involucradas. En particular, lo que debe probarse no es tanto la ejecución del proceso de reorganización, sino, principalmente, el que dicho proceso haya entrado en vigencia

Debe notarse que los artículos comentados solo se refieren al caso de fusiones o escisiones y no así a las demás formas de reorganización contempladas por la ley(74). Esto es entendible en el caso de la transformación, pues en ella no existe el efecto traslativo de ningún bloque patrimonial, pero no así en las reorganizaciones simples y en las múltiples, o en el caso particular de la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero a que se refiere el artículo 394, donde si bien tampoco hay un efecto traslativo de bloque patrimonial, la o las sucursales involucradas pasarán a ser sucursales de sociedades principales extranjeras a sucursales de sociedades principales peruanas, con las diferencias anotadas en este trabajo, hecho que debe ser anotado tanto en la partida registral de la sociedad reorganizada como en la de la sucursa((75).

De lo expuesto, es importante resaltar que los artículos 405 y 406 no regulan en realidad de manera directa la reorganización de sucursales según veremos más adelante (por ejemplo la fusión de dos o más sucursales como consecuencia de la reorganización de sus principales), sino solo su efecto, constituido por el cambio de su titularidad en virtud de la reorganización acordada por sus respectivas principales(76). Asimismo, las normas referidas tampoco regulan exactamente el cambio de titularidad en caso la reorganización involucre a sociedades peruanas con sociedades extranjeras. Sin embargo, cualquiera de los artículos analizados puede ajustarse a ese supuesto.

b) La reorganización de sucursales de sociedades extranjeras

El artículo 395 de la LGS contiene una de las disposiciones más singulares que ha traído al derecho societario peruano con la LGS vigente desde 1998. Según su texto, la sucursal establecida en el país de una sociedad extranjera tiene la posibilidad de: (i) reorganizarse; y, (ii) transformarse con la finalidad de constituirse en el Perú por medio de cualquiera de los tipos societarios regulados por la LGS(77).

A decir del profesor Enrique Elías Laroza (78), a mérito de la reorganización de las sucursales dispuesto por el citado artículo, está permitido que el patrimonio integral de dicha sucursal se sujete a cualquiera de los procedimientos que son denominados como reorganizaciones, incluyendo la fusión, la escisión, la transformación y también las otras formas de reorganización previstas en los artículos 391 y 392.

Al respecto, puede advertirse que las formas de reorganización señaladas por el profesor Enrique Elías Laroza son en definitiva todas aquellas señaladas los artículos 333 a 394 de la LGS. Alonso Morales Acosta(79) señala por su parte que la reorganización de las sociedades descansa sobre tres pilares: transformación, fusión y escisión(80), con lo cual acertadamente precisa que las formas de reorganización indicadas en el Título I de la sección se refieren a los supuestos de reorganización de sociedades. Además, qué duda cabe, ese es el título que tiene la citada sección.

En este contexto normativo, principalmente son dos los aspectos que pueden ser analizados en torno a lo expuesto por el artículo 395 de la LGS, a saber:

La reorganización de sucursales; y

La figura particular denominada por la LGS como transformación de sucursales en sociedades domiciliadas en el país.

En todo caso, cabe anotar que esta disposición solo es aplicable al caso de procesos de reorganización o transformación particular donde éste presente una sucursal de sociedad extranjera.

La reorganización de sucursales

Ya hemos señalado en acápite anterior que los artículos 405 y 406 de la LGS no regulan en realidad la reorganización de sucursales sino su cambio de titularidad en virtud de la reorganización acordada por sus respectivas principales.

Ahora bien, el artículo 140 del RRS ha señalado las diversas formas de "reorganización" de las sucursales, como son: (i) La transformación de la sucursal; (ii) la reorganización simple; (iii) la fusión por absorción en la cual la sucursal absorbe a una o más sociedades; (iv) la escisión del patrimonio de la sucursal, ya sea mediante la transferencia de uno o más bloques patrimoniales a uno o más sociedades existentes o que se constituyan para el efecto y la transferencia de bloques patrimoniales a favor de otra sucursal; y (v) cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones o escisiones.

A nuestro entender la norma registral señalada se ha extralimitado pues regula supuestos no contemplados por el artículo 395 de la LGS u otra norma societaria. Por tanto, ha rebasado el ámbito de la LGS, reglamentando supuestos inexistentes, tanto más cuando la disposición legal del RRS tiene rango administrativo y es esencialmente de carácter registral. Nótese además que salvo lo señalado en el último párrafo del referido artículo 140 del RRS, éste no tiene ningún mandato de procedimiento, sino solo un texto declarativo y calificador que, como repetimos, va más allá de su cometido. Por tanto, dicha disposición no debió extenderse a supuestos distintos a los cuales el patrimonio constituido por una o más sucursales se sometía a un proceso de reorganización entre una o más sucursales.

No es que estemos en desacuerdo con las innovadoras figuras a las que se ha extendido el RRS, sin embargo, dado que el tema involucra otros efectos en el campo del Derecho, como es el caso del tributario, concursal, administrativo, entre otros, la seguridad jurídica es requerida, lo que bien se puede lograr con incorporar las figuras a la propia LGS, o a una norma de igual especialidad y jerarquía conjuntamente con las necesarias normas operativas sobre las que nos referiremos seguidamente.

En ese sentido, nuestro análisis acerca de la reorganización de las sucursales se limitará a lo que creemos es su vigente extensión, es decir, cuando la reorganización involucra a dos o más sucursales. Pero además comentaremos nuestras discrepancias con las figuras de reorganización señaladas por el artículo RRS.

En efecto, si bien la reorganización de una sucursal puede originarse como efecto de la decisión de su principal, también puede suceder que no sea tal el caso.

Cuando dos o más sociedades principales extranjeras, o cuando una sociedad principal extranjera y una sociedad principal peruana acuerdan fusionarse por ejemplo, y todas ellas cuentan con sucursales establecidas en el país, pueden darse varios supuestos:

(i) Que todas las sucursales involucradas se extingan, en cuyo caso no habrá ni cambio de titularidad ni reorganización;

(ii) Que en el proceso solo subsista una de las sucursales, en cuyo caso, de ser la principal absorbida operará un cambio de titularidad bajo las reglas del artículo 406 de la LGS; o,

(iii) Que dos o más sucursales subsistan y por tanto unan sus patrimonios administrativamente autónomos. Éste repetimos es un claro caso de reorganización de sucursales, en el cual a falta de normas particulares, por analogía, deben aplicarse las reglas procedimentales sobre cambio de titularidad contenidas en el artículo 406 de la LGS (con la amplitud señalada por el artículo 395 in fine de la LGS en cuanto señala que la reorganización deberá cumplir con los requisitos legales exigidos para ello y formalizarlo ante el Registro), así como los principios y normas que informan a la fusión.

Lo señalado en los párrafos precedentes será aplicable por igual al caso de la escisión, la reorganización simple y las reorganizaciones múltiples o combinadas, por supuesto con las complejidades que en cada caso particular se dan.

Ahora bien, al analizar el artículo 140 del RRS, debemos comenzar por señalar que a nuestro entender no creemos que sea posible la "transformación de una sucursal", es decir transformar una sucursal en otra sucursal, pues para ello se requiere de dos aspectos sustanciales: (a) la existencia de una personalidad jurídica independiente, que como ha quedado dicho no tienen las sucursales; y, (b) la existencia de tipos diferentes de sucursales, lo cual no existe. Asunto muy distinto es la particular transformación a la que se refiere el artículo 395 de la LGS bajo comentario, lo que está permitido por la ley pero que en realidad se aleja mucho de ser la transformación a la que se refieren nuestra LGS, el Derecho comparado y la doctrina(S1). Más adelante entraremos al detalle de este tema.

Por su parte, creemos que se confunde cuando el RRS señala que opera una "fusión por absorción de una sucursal cuando ella absorbe a una o más sociedades". Lo que realmente sucede en este caso es una fusión por absorción de la principal de dicha sucursal, que deberá regularse por la legislación aplicable de la principal que en buena cuenta es la que incrementará sus activos y pasivos por el bloque absorbido y emitirá las acciones o partes sociales correspondientes, para seguidamente acordar asignar el respectivo patrimonio a la sucursal en el Perú (acto este último que como ya hemos explicado al tratar acerca del capital asignado no tiene que seguir procedimiento alguno). En ese sentido, no vemos la utilidad de que la norma registral comentada regule un supuesto de reorganización cuyo control procedimental se basa en una norma foránea y menos aún que exija requisitos registrables en el país sobre actos -léase la asignación del patrimonio- que por su naturaleza no requieren más que el correspondiente ajuste en la contabilidad de la sucursal en el país. El artículo 406 del RRS por tanto ha complicado este proceso desde que el artículo 141 del RRS exigiría indebidamente la inscripción del acuerdo. En todo caso, lo único inscribible son las transferencias de los bienes registrados, situación que puede realizarse a mérito de los documentos comprobatorios pertinentes.

En cuanto a la escisión a la que se refiere el numeral d) del artículo 140 de RRS bajo comentario, sucede algo similar. La escisión de sucursales según dicho artículo involucra por una parte la transferencia de uno o más bloques patrimoniales de la sucursal a sociedades existentes o que se constituyan. En ese caso, en realidad lo que sucede es que la principal escinde parte de su patrimonio en manos de su sucursal, por lo que la escisión debe regularse por la ley aplicable a la sociedad principal. Por tanto, a mérito de la escisión acordada por la principal ocurrirá una simple transferencia del patrimonio involucrado a la sociedad o entidad receptora del patrimonio escindido, no siendo tampoco necesario que dicho acto de escisión deba ser inscrito, sino en todo caso la transferencia de los bienes registra les involucrados.

Los últimos comentarios son aplicables para el supuesto de reorganización simple al que se refiere el numeral b) del artículo 140, dado que es la sociedad principal

la que recibe las acciones o partes sociales de la sociedad receptora del bloque patrimonial. Este tipo de reorganización tampoco podría darse respecto de dos sucursales.

Cabe señalar que el numeral d) del artículo 140 también califica como reorganización a la transferencia de bloques patrimoniales entre sucursales, situación dentro de la cual sí creemos que se enmarca el artículo 395 de la LGS, sin perjuicio de los problemas que en todo caso acarrea el hecho de que tal decisión sea calificada como una escisión según las leyes aplicables a la principal. También son aplicables las inquietudes antes mencionadas cuando se trate de las demás formas múltiples y combinadas de reorganización.

Finalmente, sobre este punto sí creemos que las figuras a las que nos hemos referido son útiles en tanto éstas se consignen en su verdadero contexto. En efecto, por lo leído y oído sobre el particular por los involucrados en la dación de la vigente LGS, la intención de estos supuestos parten del gran principio de "neutralidad", que a nuestro entender soporta a las reorganizaciones societarias y empresariales en general.

La idea por tanto es que ante la decisión de las sociedades extranjeras de involucrar a todo o parte de su patrimonio en un acto de reorganización con el objeto de buscar sinergias y eficiencia administrativas. la legislación societaria(82) debe ser amigable a los cambios que ello involucre en el esta tus jurídico patrimonio y de las sociedades o entidades involucradas. Éste es el caso de poder sustentar y gestionar ágilmente transferencia de bienes (muebles o inmuebles) o derechos (sería el caso de las marcas o concesiones mineras) inscritos en registros públicos o privados (este último sería el de las acciones inscritas en una matricula de acciones) producto del acuerdo de reorganización.

Para ello sin embargo, basta con manifestar legislativamente la intención o el requerimiento para lograr tal neutralidad, sin que sea necesario desnaturalizar las figuras existentes cuando éstas, además, no son exigibles en jurisdicciones distintas a las nuestras. En ese sentido, fácilmente pudo haberse legislado de manera directa para facilitar, por ejemplo, los actos traslaticios derivados de los acuerdos de reorganización adoptados en el extranjero que involucren no solo patrimonios incluidos en sucursales sino, en general activos o patrimonios ubicados en el país(83).

La transformación de sucursales en sociedades

Se trata de un supuesto expresamente permitido por la LGS, pero que no tiene regulación operativa. Importa el hecho de que la sucursal de una sociedad extranjera, a mérito del acuerdo adoptado por esta última, se convierta en una sociedad constituida y domiciliada en el país eligiendo cualquiera de los tipos societarios establecidos por la LGS.

Valga: señalar que conforme al artículo 333 de la LGS la transformación societaria es admisible no solo entre tipos societarios sino también para cualquier otra persona jurídica (asociación, fundación, comité, empresa individual de responsabilidad limitada, cooperativa, etc.)(B4), sin embargo el texto del artículo 395 solo permite que esta denominada transformación opere en sucursales de sociedades constituidas en el extranjero a sociedades peruanas.

En un símil con la transformación de sociedades, los artículos 140 a 143 del RRS, exigen que este tipo de transformación se tramite vía escritura pública tomando en consideración que, señala el artículo 142, "...se requiere la presentación de la escritura pública de la constitución de la sociedad por la transformación de la sucursal, otorgada ante notario o cónsul peruano...".

Sin embargo, concordando con lo que hemos señalado en acápites precedentes, los doctores Maribel Castillo Wong y Alonso Morales Acosta(85) señalan que: "... la transformación prevista en el artículo 395 tiene características particulares que no permiten asimilarla a ninguna de las otras modalidades de reorganización contempladas en la ley. Es justamente por esa razón que la ley distingue la transformación de las demás formas de reorganización".

Este primer requisito y otros tantos que mencionaremos seguidamente generan la inquietud acerca de si en realidad ésta es una nueva figura que pueda ser calificada de reorganización, o si simplemente estamos ante un mero acto de constitución de una nueva sociedad.

Antes de analizar y arribar a una conclusión sobre el particular hay que destacar la importancia de una u otra conclusión.

En efecto, si estuviéramos ante un efectivo proceso de reorganización, cuatro aspectos básicos serían aplicables:

- a) La reorganización importa una voluntad dirigida esencialmente a la eficiencia administrativa y empresarial de la sociedad, por lo que ésta debe ser manifiesta;
- b) En ese sentido, la reorganización está imbuida en cuanto a sus alcances e interpretación del ya explicado principio de neutralidad(86);
- c) En cuanto al acuerdo de transferencia del patrimonio, en la reorganización los activos y pasivos que lo conforman se transfieren en acto único y a título universal, con lo que, por un lado, basta el acuerdo para sustentar la transmisión de todos los bienes y derechos que constituyen el patrimonio involucrado y de ser el caso los pasivos relacionados, no siendo necesario tener que manifestar voluntad traslativa o detallar cada uno de dicho bienes en el acuerdo respectivo. Y, por otro lado, el acuerdo adoptado será aplicable erga omnes, no siendo necesario tener que convenir con los acreedores y terceros por la transferencia de los bienes.
- d) En virtud de lo anterior, tendrán que ser aplicables de manera supletoria normas básicas de protección de los acreedores y de la minoría involucrada a fin de evitar el abuso del derecho.

Si no fuera éste el caso, estamos ante simples actos de aportación y constitución de sociedades, con las consecuencias propias de ello.

Si concordamos en que la reorganización importa los elementos descritos en los párrafos anteriores al precedente, salvo el hecho de que la transformación que se realice al amparo del artículo 395 comentado tenga por parte de la principal una voluntad reorganizadora, no encontramos otro argumento que pueda diferenciar este supuesto del acto por el cual la sociedad extranjera acuerda disolver y liquidar la sucursal para aportar su patrimonio a una nueva sociedad que se constituye.

Si por el contrario consideramos que una reorganización solo busca una facilidad de trámite constitutivo, evitando el trámite de liquidación, para, como en el caso de las fusiones y escisiones, saltar de la disolución a la constitución de una sociedad, entonces debemos aceptar que sí sería una reorganización.

Dado que nos inclinamos por que la reorganización sea entendida en el verdadero contexto empresarial que involucra principalmente los cuatro supuestos señalados, consideramos que, por lo menos, mientras no se dote al supuesto bajo análisis de normas que garanticen el derecho de los acreedores y terceros en general, estamos ante la figura jurídica de un acto de disolución sin liquidación y aporte para constituir una sociedad, tomando en consideración que los artículos 142 y 143 del RRS así lo permiten.

Además, una simple lectura de los referidos artículos del RRS evidencian este hecho. Así, según el artículo 142: debe elaborarse y presentarse una escritura de constitución social otorgada con todas las formalidades propias del acto constitutivo en el cual participa un socio extranjero(87); debe acreditarse la vigencia de la sociedad principal en el extranjero; tiene que intervenir otro socio para otorgarle la pluralidad exigida por ley, quien por supuesto debe realizar su aporte sujeto a las reglas de aportación dineraria y no dineraria establecidas por los artículos 26 a 30 de la LGS y las propias aplicables al tipo societario elegido. Por su parte, el artículo 143 del mismo reglamento exige que se abra una nueva partida registral(88) como cualquier otro supuesto de constitución.

Como consecuencia, aspectos relevantes como la transmisión en acto único y título universal no se dan, por lo que, por ejemplo, los documentos de constitución deberán incorporar necesariamente un detalle de todos los bienes del bloque patrimonial transferido, aplicando las reglas de descripción y valuación de los aportes no dinerarios establecidos por la LGS en protección de las minorías de la sociedad principal (aspecto que en el caso particular corresponderá tratar según las normas de la ley aplicable a dicha sociedad), y de los acreedores de la sucursal. Asimismo, estos últimos tendrán que participar para validar las cesiones de posiciones contractuales y demás transferencias, así como para evitar la violación de los acuerdos y contratos que la sucursal haya celebrado con limitación o penalidades por su extinción o la transferencia de sus bienes, sin perjuicio de los mismos problemas que el caso puede acarrear a la principal respecto a los compromisos y limitaciones de actuación que haya asumido respecto de la transferencia de los bienes y derechos de sus sucursales.

Cabe señalar que no compartimos la posición en el sentido que esta figura no produce transferencia ni sucesión sobre el patrimonio social, aun cuando el tipo societario elegido genere responsabilidad limitada(89). Consideramos que el texto actual del artículo 395 de la LGS no puede generar tremenda desprotección e inseguridad a los acreedores. Ello sería admitir el hecho de que cualquier acreedor que haya sustentado el otorgamiento de su crédito no solo en el patrimonio de la sucursal sino, como suele ocurrir, en el de la sociedad principal, podría quedar fácilmente desprotegido por un acto de supuesta transformación como el comentado. Creemos que incentivar tal posición crearía una verdadera inseguridad jurídica en los contratos con las sucursales y por ende la dejaría de lado como una de las grandes opciones de inversión, sobre todo de capitales extranjeros.

Si queremos dotara esta espléndida figura de verdadero contenido reorganizador, es indispensable darle reglas societarias en protección de las minorías (a fin de hacerla viable en el país de la principal) y sobre todo de reglas de protección de los acreedores, tal y como sucede en el caso de transformación por cambio de tipo societario de una sociedad de responsabilidad ilimitada a una de carácter limitada, o en la fusión y escisión que contienen niveles de información y de publicidad mínimos exigidos.

(1) Ley N° 26887. con vigencia desde el 1 de enero de 1998.

(2) Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N. 200-2001-SUNARP/SN. Esta disposición fue publicada en el diario oficial "El Peruano" de 27 de julio de 1997 y entró en vigencia el 1 de setiembre de 2001.

(3) Las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, Cooperativas en el caso del Perú, entre otras.

(4) DÍAZ RUIZ, Emilio. "Régimen de las Sucursales en el Derecho Español". 1ª ed. Editorial Civitas, SA

Madrid, 1994. Pág. 14; también puede verse alguna reseña sobre el particular citada por GALGANO. Francesa. "Historia del Derecho Mercantil". Barcelona, 1981.

(5) Se refiere a las ordenanzas y disposiciones similares de la Liga Hanseática Teutónica, que fue la agrupación de las ciudades alemanas asociadas para defenderse, allá por el siglo XIV, contra los piratas del Báltico y del Mar del Norte.

(5) URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. -Curso de Derecho Mercantil". Editorial Civitas. Madrid, 1999. Pág. 99.

(6) GARRIGUES, Joaquín. -Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A. México. 1981. Págs. 205 Y 206.

(7) Según publicación de este proyecto realizada en separata especial del diario oficial "El Peruano". el día 6 de mayo de 1999.

(9) Las leyes que regulan el Impuesto a la Renta en nuestro país desde los años setenta y sus respectivos reglamentos han determinado los alcances de los establecimientos permanentes y sus efectos en materia de dicho tributo. Un profundo análisis de los establecimientos permanentes en el Perú y el Derecho Comparado puede verse en el libro del Dr. Alfredo GILDEMEISIER RUIZ-HUIDOBRO. "Derecho Tributario Internacional, Los Establecimientos

Permanentes", Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima-Perú, 1995.

(10) GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. Pág. 206.

(11) Ley promulgada en julio de 1966 y que entró en vigencia desde el 1 de noviembre del mismo año. (12) Aprobado por acuerdo de la Corte Suprema. en Sala Plena, el 15 de mayo de 1969.

(13) Y también de nuestro vigente Código Civil.

(14) Publicado en el diario oficial. El Peruano. el 13 de mayo de 1985.

(15) Para los fines de este trabajo nos referiremos indistintamente a la 'sociedad principal' o simplemente

"principal", para identificar a la sociedad constituida en el Perú o en el extranjero que ha establecido una sucursal. Evitaremos así usar la denominación de Matriz, tomando en consideración que si bien para fines prácticos una u otra expresan con claridad a la sociedad nacional o extranjera ~ adopta la decisión de establecer una sucursal, la denominación Matriz suele usarse también para referirse a empresas madres en el caso de subsidiarias y empresas vinculadas, concepto por tanto que alcanza no solo a las sociedades o empresas principales de sucursales, sino en general a todas aquellas que directa o indirectamente tienen inversiones en una sociedad, empresa o entidad legal que controlan.

(16) Un caso que muestra con meridiana claridad la situación descrita, se encuentra en la LGS al regularse a la Reorganización de Sucursales de sociedades constituidas en el extranjero (artículo 395), como a los efectos en las sucursales derivados de la fusión o escisión de sus principales (artículos 405 y 406), puntos sobre los cuales nos ocuparemos al detalle en acápite siguientes.

(17) En materia bancaria es particular lo dispuesto por los artículos 30 a 49 de la Ley de Bancos y las Circula

res, dictadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, que regulan las autorizaciones administrativas para la apertura, funcionamiento y cierre de sucursales, agencias y oficinas similares. Por su parte, en materia tributaria, véanse los diversos comentarios sobre el particular que se hacen a lo largo de este trabajo.

(18) Vale la pena indicar que el RRS está conformado por un Título Preliminar, cuatro Títulos que responden a los mismos nombres de los primeros cuatro libros de la LGS y, por tanto, regulan los alcances registrales involucrados en los actos referidos a cada uno de dichos libros, así como también Disposiciones Transitorias y Disposiciones Finales.

(19) Aun cuando la referida Ley -<el 15 de setiembre de 1976- ha tenido una serie de modificaciones (entre otras por las Leyes N.s. 26312, 26364, 26380, 26887, 27075 Y Decretos Legislativos como los N.s. 650, 677, 645 Y 892), su estructura y disposiciones principales son prácticamente las mismas, como es el caso de las normas señaladas con respecto a las sucursales.

(20) Ver nota a pie de página número 18.

(21) La regulación de las sucursales y los establecimientos permanentes se pueden encontrar principalmente en los artículos 6 y 14 de la Ley del Impuesto a la Renta vigente (según Texto Único aprobado por Decreto Supremo N. 054-99-EF) Y los artículos 3, 4 Y 5 de su reglamento (aprobado por Decreto Supremo N.12294-EF), así como en la Ley del Impuesto General a las Ventas y su

reglamento, aprobados por el Texto Único Ordenado, Decreto Supremo N. 055-99-EF, Y el Decreto Supremo N. 136-96-EF, respectivamente.

(22) La definición de Empresa contenida en las Leyes de Reestructuración Empresarial N. 26116 Y de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo 845 entre otros articulas contenidos en ellas, no dejaban duda de la posibilidad de que las sucursales de sociedades u organismos extranjeros puedan ser deudas. radas insolventes e inclusive que se sometieran al procedimiento de quiebra; por su parte, el artículo 1 de la Ley General del Sistema Concursal, aprobada por la Ley N° 27809, al definir a los Deudores, y los articulos 17.4 Y 99.6 establecen por igual la posibilidad de que las sucursales de sociedades extrar1eras puedan entrar a concurso.

(23) Con las modificaciones ya comentadas acerca de ciertas incorporaciones legislativas en el año 1984.

(24) MONTROYA MANFREDI, Ulises. "Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles", Universidad Nacional Mayor de San Marcos Lima-Perú, 1967. Pág. 508.

(25) Refiriéndose a la que generó la dación de la Ley de Sociedades Mercantiles N216123 del año 1966. (26) Aprobada por Ley 2/1995 de 23 de marzo de 1995.

(27) Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1.784/1996 de 19 de julio de 1996. (28) DIAZ RUIZ, Emilio. Ob. cit. Págs. 19 Y 20.

(29) El que además está contenido en el título sobre "Matrices, subordinadas y sucursales".

(30) DIAZ RUIZ, Emilio. Ob. cit, se queja en el sentido de que la definición de las sucursales en la legislación española, al provenir del Reglamento del Registro Mercantil no contiene un alcance societario sino que, en su palabra: tienen "...una noción delimitadora de qué debe inscribirse en el Registro..." Pág. 22.

(31) DIAZ RUIZ, Emilio. Ob. cit. Pág. 27.

(32) GARRIGUES. Joaquín y URÍA, Rodrigo. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas". Tomo 1. Madrid, 1976.

(33) Por lo menos de acuerdo a la mayoría de la legislación tanto de origen del Derecho romano-germánico como angloamericano.

(34) Resultan interesantes los alcances de la Resolución del Tribunal Registral N° 226-96-QRUTR de fecha 8 de julio de 1996 acerca de la relación entre el objeto social de la principal y los negocios de las sucursales, así como los comentarios del Dr. Ricardo Beaumont Callirgos de dicha resolución en la última edición de su obra Comentarios a la Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica. Uma-Pen), 2002. Págs. 747 a 749.

(35) Esto se cumple a mérito de la publicidad registral en la partida de la sociedad principal para el caso del establecimiento de las sucursales de sociedades peruanas; ya mérito del artículo 403 numeral 3) para el caso de las sucursales de sociedades extranjeras. al obligar a incorporar en la escritura pública de establecimiento el estatuto vigente de la principal y a emitir una declaración en el sentido de que las actividades de la principal están comprendidas dentro del objeto social de la principal.

(36) BEAUMONT CALURGOS. Ricardo. -Comentarios a la Ley General de Sociedades". Gaceta Jurídica. 2ª edición. Lima-Perú, 2002. Pág. 73.

(37) Como en efecto sucede en sucursales de empresas del sistema financiero.

- (38) Artículos 6, 9, 10 Y 14 de la vigente Ley del Impuesto a la Renta.
- (39) DÍAZ RUIZ, Emilio. Ob. cit. Pág. 17,
- (40) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades comentada", Editora Normas Legales SA Tomo 11. Lima-Perú, 1999. Pág. 803.
- (41) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. Tomo 11. Pág. 803.
- (42) o en su caso razón social, según se trate de sociedades de capitales o de personas de acuerdo a la clasificación clásica de las sociedades.
- (43) Conforme a los artículos 164 (representación) y 1806 (mandato conrepresentación) del Código Civil y el artículo 240 del Código de Comercio. el representante siempre debe señalar en su gestión que actúa en nombre de su representado
- (44) El RRS establece la necesidad de inscribir poderes de sociedades extranjeras distintos a los que son propios de las actividades conferidas a la sucursal (véase el artículo 154 modificado por la Resolución SUNARP N° 078-2002-SUNARPISN publicada el 11 de marzo de 2002).
- (45) Además. como se verá más adelante. la identificación de la sucursal puede ser irrevocable para aquellos casos en los cuales exista identidad de denominaciones entre una sociedad peruana y una Sucursal de sociedad extranjera.
- (46) Sobre el asunto de la preexistencia es interesante establecer si se refiere a sociedades inscritas o también se incluye por ejemplo a sociedades irregulares por origen.
- (47) Aspecto que en cuanto a la identidad de denominaciones o razones sociales solo vemos que podría ser factible en caso se trate de distintos tipos sociales.
- (48) Hay que tener en consideración que el artículo 16 del RRS, acudiendo a la Resolución del Tribunal Registral N° 220-98-ORLCITR del 11 de junio de 1998 entre otras (las que a su vez se han sustentado en varias resoluciones de instancias similares registrales durante 1980), tiene su propia interpretación de lo que debe entenderse por igualdad. Lo que en todo caso a nuestro juicio parte del hecho que el párrafo del artículo 9 de la LGS (tercero para ser más preciso) no debió usar la palabra igualdad sino "identidad", aspecto que constituye la prohibición establecida en el segundo párrafo del mismo artículo 9 de la LGS.
- (49) Esta interpretación tiene el problema de que el artículo no habla de la preexistencia del Registro o de la preexistencia de la persona jurídica. sino de la sociedad, con lo cual se evita dejar de lado a las sociedades irregulares por origen quienes válidamente podrían discutir su preexistencia y mejor derecho sobre una denominación. Esto más allá de la preferencia de reservaregstral. tomando en cuenta que ésta se podría mantener en tanto y en cuanto la sociedad haya presentado su solicitud de constitución o de modificación de denominación o razón social al Registro antes del plazo de caducidad.
- (50) DÍAZ RUIZ, Emilio. Ob. cit. Págs. 20 a 22.
- (51) Es el caso de los derechos contenidos en los artículos 58 a 65 de la Constitución o las garantías dispuestas por los Decretos Legislativos 662, 668 Y 757. así como una serie de disposiciones internacionales dentro del marco de la

Comunidad Andina de Naciones o la Organización Mundial de Comercio por citar algunos

(52) No serían por ejemplo aplicables las facultades del gerente general de asistir y representar en la Junta General de Accionistas establecidas por los artículos 121 y 1220 los numerales 3., 4. Y 6. del artículo 186 de la LGS, pues no existe tal órgano y el caso no es aplicable a la Jun'.a de la principal entre otros similares.

(53) Puede verse en ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. cil. Tomo II. Pág, 809, un defallado análisis de las reglas gerenciales aplicables.

(54) El artículo 14 de la LGS señala: "El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto",

(55) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. dl. Tomo 11. Pág. 808.

(56) Referidos a la inscripción de poderes en la partida registral de la sociedad; los poderes otorgados por sociedades extranjeras para otros fines distintos a la sucursal; y la inscripción de poderes otorgados por Sociedades o sucursales constautadas o establecidas en el extranjero.

(57) ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. dl. Tomo 11. Pág. 806.

(58) Conforme al artículo 223 de la LGS, el balance debe elaborarse a mérito de las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados. estos últimos conformados por la Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) conforme a lo dispuesto por Resolución N° 013.98EF193.01 del Consejo Normativo de Contabilidad.

(59) Como se ha anticipado, éste es el caso de nuestra legislación tributaria, para la cual principal y suansal son entidades distintas, así como para la aplicación de normas de control en empresas vigiladas o supervisadas, sea por la legislación relacionada con el mercado de valores y capitales con las de los sistemas financieros entre otros ya mencionados.

(60) Entiéndase los antecedentes o récord empresarial de la principal.

(61) Las sucursales de sociedades peruanas que éstas establezcan en el extranjero se registrarán por regla general por la ley del país donde domiciliará la sucursal.

(62) La legalización se realiza ante cónsul peruano cuya firma debe quedar autorizada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú.

(63) En ese aspecto, desde un punto de vista registral ha venido siendo relevante el hecho de si tal competencia debe o no ser probada ante el registrador peruano o si dicho registrador tiene la facultad de exigir la prueba de ello. Al respecto puede verse la Resolución de Tribunal Registral N' 090-2000-ORLCfTR del 4 de abril del 2000. También puede consultarse a: Álvaro DELGADO SCHEELJE en Aplicación de los Principios Registrales en la Calificación Registral en IUS ET VERITAS. Mo IX. N' 18; Y Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS. Comentarios al Reglamento del Registro de Sociedades. Gaceta Jurídica. l' edición. Octubre 2001. Uma.Perú.

(64) El numeral indicado exige además otras obligaciones como: la declaración de que las actividades que se le han asignado están dentro de su objeto social; el lugar del domicilio de la sucursal, la designación de por lo menos un representante

legal permanente en el país y los poderes que se le confiere, temas que han sido abordados en varios otros puntos de este trabajo.

(65) Hacemos la aclaración por cuanto desde un punto de vista contable y financiero ambos conceptos son tratados similarmente como partidas del patrimonio.

(66) Hacemos la aclaración también pues la variación de dicho capital si puede tener efectos para los fines de legislaciones como la tributaria y de inversión extranjera en general.

(67) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ob. cit. Págs. 381 a 383. (68) La Resolución del Tribunal Registral N° 385-97 -CRLCRR también distingue adecuadamente la diferencia entre el capital social y el capital asignado en relación con una solicitud de reducción de capital social.

(69) Nos referimos a la estricta aplicación de principio de jerarquía de las normas, lo cual es distinto a la aplicación de reglas de control difuso, lo que por supuesto no es practicable por la autoridad administrativa.

(70) En sus diversas formas: fusión por absorción; por creación; y, la fusión simple.

(71) Mediante la segregación; la escisión-fusión; división; por excorporación; etc.

(72) Que comprenden entrelazadas formas de transformación, fusión y escisión,

(73) ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. cit. Pág. 817.

(74) Las que en realidad pueden ser múltiples según sea la imaginación del estructurador.

(75) Sobre esto último no señalan nada los artículos pertinentes del RRS (135 a 139).

(76) Sin embargo, como se verá en el siguiente punto, dado que la LGS no determina procedimiento aplicable para la reorganización de OOS o más sucursales el señalado por los artículos comentados será de utilidad.

(77) Nótese que en la redacción del artículo comentado existe un punto y coma entre los dos supuestos, por lo que no debe confundirse la reorganización de la transformación particular a la que el referido artículo se refiere. Además el artículo 140 del RRS claramente alude a los supuestos de reorganización.

(78) ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. cit. Tomo n. Pág. 798.

(79) MORALES ACOSTA, Alonso. "Concentración empresarial: fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades". En: Nuevo Derecho Societario. I Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Urna. 1998. Pág. 112.

(80) Tal afirmación resulta congruente con los alcances del numeral 5 del artículo 392 de la LGS según el cual, a modo de numeral omnibus, señala que serán consideradas otras formas de reorganización a: "5. Cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones o escisiones".

(81) En los comentarios que hicieramos en el artículo publicado sobre Transformación de Sociedades y Sucursales en: Nuevo Derecho Societario, I Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. 1998. Págs. 130 Y 131, nominamos a esta figura como una transformación solo por usar la misma denominación señalada por la ley. En todo caso hoy queremos dejar en claro que si bien pueden usarse

supletoriamente algunas, en realidad muy pocas, de las reglas sobre transformación de sociedades, la figura dista mucho de ser una transformación.

(82) A nuestro juicio también la tributaria, administrativa o sectorial deben tender a lo mismo.

(83) En realidad el RAS y el Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución SUNARP N° 195-2001-SUNARP/SN, contienen normas en ese sentido, por lo que en realidad se genera una innecesaria duplicidad de registros.

(84) Sobre la transformación de sociedades pueden leerse nuestros comentarios en el artículo publicado sobre Transformación de Sociedades y Sucursales, en: Nuevo Derecho Societario, I Seminario Nacional sobre la ley General de Sociedades. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Urna. 1998 Págs. 129 a 137.

(85) MORALES ACOSTA, Alonso y CASTILLO WONG, Maribel. "Implicancias Jurídicas de la Transformación de la Sucursal de una Sociedad Constituida en el Extranjero", En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa Temas Societarios. N° 54, Año XVII. Urna-Petú, 2002. Pág. 35.

(86) Este aspecto en materia tributaria es relevante. Aun cuando es necesaria la mención expresa de dicha

legislación para excluir de sus alcances los diversos supuestos de reorganización, el que por cierto no se encuentra en el caso comentado, el reconocimiento de esta figura como una forma de reorganización societaria pueda ser relevante para que, a mérito del principio de igualdad, la legislación tributaria o en su caso la jurisprudencia incorpore esta figura como un supuesto de reorganización empresarial.

(87) Compárese su texto con lo dispuesto por los artículos pertinentes del propio RAS y la LGS sobre acreditación de la existencia de los socios.

(88) Cabe indicar que en este dispositivo no se señala nada acerca de la cancelación de la partida de la sucursal. Dado que en este caso no habría una suerte de disolución sin liquidación, o en un símil al caso de las sucursales de sociedades peruanas, una cancelación de la partida registral.

(89) Ver MORALES ACOSTA, A Jonso y CASTILLO WONG, Maribel. Ob. cit. Págs. 35, 36 y 37.

LA TRANSFORMACIÓN: MÁS ALLÁ DEL DERECHO SOCIETARIO⁽¹⁾

Fernando MOLINA REY DE CASTRO

Para el excepcional maestro Enrique Elias,
este pequeño trabajo a manera de homenaje,
Con certeza de que él lo hubiese corregido
y comentado con lucidez. severidad y, al cabo,
con una sonrisa generosa.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque propiamente nace con la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966 (Ley N° 16123), la regulación sobre transformación de sociedades ha experimentado una radical renovación con la Ley General de Sociedades vigente (en adelante, la LGS), que no tiene precedentes en la legislación comparada,

La transformación de sociedades pasó desapercibida para el Código de Comercio de 1902, que al igual que su referente, el Código español de 1885, no le prodigó un solo artículo, La Ley de Sociedades Mercantiles, en cambio, le otorgó un tratamiento relativamente completo para la época. No obstante, siguiendo a la mayoría de las legislaciones de ese entonces⁽¹⁾, la Ley de Sociedades Mercantiles concibió a la transformación como una figura estrictamente societaria, admitiendo que una sociedad se transforme únicamente en otras sociedades mercantiles⁽²⁾.

La actual LGS no se limitó a corregir ciertas imperfecciones de su antecesora. El legislador actual ha dado un importante salto cualitativo, extendiendo sustancialmente los alcances de esta figura. No solo ha incluido dentro del concepto de transformación a modelos empresariales distintos a la sociedad (lo que ya era un aspecto sumamente debatido en la doctrina), sino que ha contemplado, de manera implícita, que también puedan ser objeto de transformación las personas jurídicas sin fines de lucro.

Adicionalmente, ha incluido dentro del concepto de transformación a la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y a la reorganización de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

A despecho de las innovaciones legislativas, la transformación es una figura cada vez menos utilizada en la práctica societaria. El reconocimiento, casi unánime, de las ventajas de la sociedad anónima frente a las demás formas societarias, así como la flexibilidad de su regulación actual (que incluye las formas especiales de sociedad anónima: la sociedad anónima cerrada y la sociedad anónima abierta), ha tenido como consecuencia que prácticamente todos los intereses

empresariales, desde las inversiones que requieren del mercado de capitales hasta la realización de un negocio familiar, hayan sido canalizados a través de la constitución de una sociedad anónima. Las ventajas que podrían haber supuesto para los acreedores las sociedades de responsabilidad ilimitada, han sido suplidas con la exigencia de fianzas o avales por parte de los accionistas de la sociedad anónima; situación que vemos diariamente en las operaciones de las empresas del sistema financiero. El escaso número de transformaciones que se ha producido en los últimos años de una sociedad anónima hacia otra forma social, se ha debido principalmente a razones de planificación fiscal por parte de empresas domiciliadas en Estados Unidos que mantienen subsidiarias en el Perú (el caso de la adaptación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada).

La extensión de los alcances de la transformación contemplada en la actual LGS, aunque polémica, podrá significar un renacimiento de esta figura, últimamente sumida en un letargo por su cuasi nula utilización.

II. CONCEPTO DE TRANSFORMACIÓN

La transformación es un fenómeno propio de la estructura in sociedad. Se diferencia de la fusión o de las otras formas de reorganización, en que la transformación no entraña un cambio fundamental de la empresa misma. En la fusión, por ejemplo, dos empresas autónomas se unen, tanto jurídica como patrimonialmente, en una sola. En la escisión, un bloque patrimonial, normalmente compuesto por una unidad de producción o negocio, se segrega de la sociedad para formar una nueva o integrar a otra ya preexistente.

En la transformación, en cambio, la empresa, sustrato de la sociedad, se mantiene incólume. Es el revestimiento jurídico mediante el cual se realiza la actividad empresarial, vale decir, la forma legal que utiliza para su actuación en el mercado, la que se transforma. En palabras de Brunetti, "fa transformación, no es más que el cambio del tipo legal de una sociedad comercial operado por voluntad de fa misma'P).

Ahora bien, el cambio del revestimiento jurídico, como es evidente, no supone solamente una mera "corrección" o "ajuste", como podría ser el caso de la modificación de estatutos. En la transformación, la modificación es estructural y afectará sustancialmente la configuración jurídica de la sociedad, tanto en el ámbito interno -al interior de sus propios órganos sociales- como externo -vale decir- de su relación frente a los socios y terceros. En ese sentido, siguiendo a Rodriga Uría:

Aun circunscrita la transformación al mero cambio de forma, sus efectos no se limitan, sin embargo, al orden puramente externo, porque la forma decide siempre la interna estructura de la sociedad, la organización de poderes en el seno de la

misma y la sumisión de sus relaciones con los socios y con terceros a un régimen jurídico peculiar(4).

La decisión social de transformar una sociedad puede obedecer a una concepción distinta por parte de los socios de la manera misma de hacer empresa (la transformación de una sociedad colectiva en una sociedad anónima, por ejemplo), o simplemente a razones meramente tributarias (el caso muchas veces de la transformación a una sociedad de responsabilidad limitada).

¿Qué es, entonces, la transformación? La transformación es, en primer lugar, un proceso de reorganización societaria. Es una reorganización porque, en términos genéricos, la transformación supone una manera distinta de organizar a una sociedad(5). Así además la concibe la LGS, que incluye a la transformación dentro de un Título de la Sección Segunda del Libro Cuarto de la IGS, denominado "Reorganización de Sociedades".

Delimitando más el concepto, podemos apreciar que la transformación es una reorganización de la forma legal de una persona jurídica. Debido a que la mayoría de las legislaciones conciben a la transformación como una operación exclusivamente aplicable a las sociedades mercantiles (o en su caso extensiva a las sociedades civiles), la doctrina ha delimitado el concepto en ese sentido. Así, por ejemplo, de acuerdo con Garrigues, la transformación consiste "en el cambio experimentado por una compañía que pasa de un tipo de sociedad a otro distinto del que tenía, conservando, sin embargo, la misma personalidad jurídica "(6J. Uría, por su parte conceptúa a la transformación, en sentido estricto, de la siguiente manera:

(...) la operación jurídica mediante la cual la sociedad por acto o decisión voluntaria abandona su primitiva investidura, adopta la que corresponde a un tipo legal distinto y se somete para el futuro a las normas legales ordenadoras del nuevo tipo societario" (7).

En el Perú una definición sobre transformación debe tener alcances más amplios, ya que abarca formas jurídicas distintas a la sociedad. La transformación dentro del marco del artículo 333 de la LGS será, en términos generales, un proceso de reorganización mediante el cual una persona jurídica (nacional o extranjera) adopta una forma jurídica distinta, manteniendo su personalidad jurídica y siempre que la forma jurídica preexistente o resultante de dicho proceso sea una sociedad regulada por la IGS.

El artículo 333 de la IGS abre el ámbito de la transformación hacia personas jurídicas no societarias. El hecho de que la LGS contemple que la persona jurídica a transformarse sea una sociedad o se convierta en una, constituye el frágil nexo que aún une a la transformación con la sociedad. El paso siguiente, la regulación de la transformación como un proceso de reorganización aplicable a todas las personas jurídicas, ya está claramente anticipado con el artículo 333.

III. SUBSISTENCIA DE PERSONA JURÍDICA

La consideración sobre si, como consecuencia de la transformación, la sociedad mantenía o no su personalidad jurídica, fue un tema largamente discutido en la doctrina de hace algunas décadas.

La doctrina deliberaba entre considerarla como una simple modificación del revestimiento jurídico de la sociedad, "que no afecta a su esencia, ni a su personalidad jurídica y que por lo tanto no conlleva la disolución de la sociedad y la fundación de otra", o, por el contrario, considerar que en el cambio de forma de una sociedad mercantil hay "disolución de la sociedad, cuya forma se abandona y constitución de otra sociedad distinta con forma nueva"(8).

No obstante, desde hace algunos años ya, tanto la doctrina como la legislación peruana y comparada, han coincidido de manera unánime en sostener que en la transformación la personalidad jurídica de la sociedad no sufre alteración alguna y que es la misma sociedad que, producto de la transformación, subsiste bajo una nueva forma(9), Como señala Florencia Lozano:

La sociedad puede evolucionar y adoptar formas diversas sin mudar su personalidad, ya que la personalidad de todas las sociedades es de la misma naturaleza -entes jurídicos distintos de la persona de los socios-; así pues, no se puede atribuir nueva personalidad a la sociedad cuyo contenido ha quedado esencialmente invariable(10).

Naturalmente, el hecho de que se mantenga la personalidad jurídica de la sociedad transformada no obsta para que, de estimarlo conveniente, la sociedad decida efectivamente extinguirse y constituir una nueva sociedad de forma legal distinta, Esta posibilidad ha sido expresamente contemplada en el numeral 2. del artículo 228 de la ley española. La LGS no ha contemplado esta posibilidad; probablemente porque el legislador asumió que era innecesario regular de manera específica algo que es naturalmente obvio(11).

Ahora bien, conviene anotar que muchos de los debates en el Derecho comparado en torno al mantenimiento de la personalidad jurídica en el supuesto de la transformación, no se debían tanto a la consideración de que el cambio de tipo social dentro de una sociedad mercantil implicase la extinción de la personalidad jurídica. La polémica se centraba en un caso específico consistente en el hecho de que, en algunas legislaciones, las sociedades personales, si bien poseían autonomía patrimonial, carecían de personalidad jurídica. En ese sentido, la transformación de una forma jurídica que poseía personalidad jurídica en otra que la carecía o viceversa, presentaba razonables cuestionamientos que han sido superados no tanto por una toma de posición en la doctrina, sino más bien, por la elección del legislador de otorgarle personalidad jurídica a las sociedades personales.

Brunetti trata este problema en el siguiente pasaje:

Hoy, que el Código ha creado dos grupos distintos de sociedades, uno provisto de propia personalidad y otro de simple autonomía patrimonial, no puede afirmarse que todas las sociedades sean de la misma especie y que no hay novación porque permanece inalterado el substractum de la comunidad de bienes.

Existirá transubstanciación -prosigue Brunetti- en el traspaso de una a otra forma de las sociedades personales, o de una a otra forma de las sociedades de capitales, pero una colectiva que pasa a ser sociedad por acciones y una comandita simple que se transforma en comandita por acciones crean un nuevo sujeto necesariamente distinto de aquella asociación en mano común que constituía la sociedad transformada. El razonamiento de Salandra, sobre la nueva ley, de que 'la personalidad jurídica es solamente una cualidad que el ordenamiento jurídico atribuye a la sociedad cuando adopta un cierto tipo del que se derivan efectos determinados y no elemento inherente a su esencia', cae en el mismo vicio lógico porque la personalidad no es una cualidad sino un modo de ser de sujeto(12).

Similar situación se mantiene en el Derecho inglés, donde una private company puede transformarse en public company, y viceversa, mediante la modificación de los estatutos por resolución especial sin que sea necesario formar una nueva sociedad. No obstante, como sostiene Felipe de Solá Cañizares, la conversión de una company en partnership, o viceversa, no puede tener el sentido de mutua transformación en razón de la estructura especial del Derecho inglés en materia de sociedades incorporadas y no incorporadas, por lo que en dichos casos, debe disolverse la sociedad y constituir la del otro tipo(13).

Una cuestión análoga podría presentarse incluso en nuestro ordenamiento jurídico vigente, en caso de que se plantee una eventual transformación que involucre un patrimonio autónomo (patrimonio fideicometido, patrimonio fideicometido de titularización, patrimonio autónomo de fondo de fondos de inversión, etc.). No obstante que los bienes, derechos y obligaciones que forman parte del patrimonio autónomo son independientes de las personas jurídicas que lo administran o mantienen un interés frente al mismo, resulta claro que la carencia de personalidad jurídica impediría que un patrimonio autónomo sea objeto de un proceso de transformación.

IV. NUEVOS ALCANCES DE LA TRANSFORMACIÓN

1. Transformación en personas jurídicas distintas a la sociedad

Sin lugar a dudas, la mayor novedad de la actual LGS en materia de transformación es la regulación de la posibilidad de que una persona jurídica distinta a una sociedad pueda ser materia de una transformación.

Así, el artículo 333 contempla que las sociedades reguladas por la LGS se transformen en cualquier otra clase de sociedad e incluso, en cualquier "persona

jurídica contemplada en las leyes del Perú: Y viceversa, admite que cualquier persona jurídica constituida en el Perú se transforme en alguna sociedad regulada por la LGS, siempre que "la ley no lo impida"

Con esta regulación se amplía, de manera considerable, el abanico de entes jurídicos que pueden involucrarse en un proceso de transformación. Naturalmente, ello no implica que previamente al artículo 333 estas transformaciones no eran posibles(14). No obstante, el reconocimiento expreso por parte de la LGS le otorga una saludable bendición formal a este tipo de transformaciones.

Pero lo que podría ser aún más trascendente, es la posibilidad de que la transformación incluya a las personas jurídicas sin fines de lucro. La transformación entre sociedades y personas jurídicas sin fines de lucro, es atípica en el Derecho comparado(15), es materia de opiniones divergentes en nuestra doctrina nacional desde la entrada en vigencia de la LGS y consecuentemente, del artículo 333.

Abona en favor del reconocimiento legal de esa posibilidad, en primer lugar, la literalidad del propio artículo 333 y el principio interpretativo de que "no se debe distinguir donde la ley no distingue". Vale decir, la referida norma admite la transformación respecto de cualquier persona jurídica contemplada en las leyes del Perú, sin distinguir si éstas tienen o no fines de lucro. Se adhieren a esta posición dos miembros de la Comisión Elaboradora del Anteproyecto de la nueva Ley General de Sociedades, Enrique Elías y Ricardo Beaumont, así como Alonso Morales Acosta.

Si bien no lo manifiesta explícitamente, Enrique Elías parece sostener esta tesis cuando afirma que la LGS incursiona "no solamente en la transformación del tipo societario que era lo único previsto en nuestra anterior ley de 1966, sino también en caso de transformación de la naturaleza de la persona jurídica o en transformaciones que implican simultáneamente la adquisición o modificación sustancial de la personalidad jurídica(16). Y dentro de aquellas transformaciones que implican cambios sustanciales en la naturaleza de la persona jurídica, cita a la transformación de las fundaciones -típica persona jurídica sin fines de lucro- en sociedades con fines de lucro(17).

Beaumont también sigue esa línea al comparar la legislación peruana con la legislación comparada (códigos de comercio de Colombia, Honduras y México, así como las leyes de sociedades anónimas de Chile y España). La posibilidad de salir del ámbito societario para mudarse al civil (por ejemplo, la transformación de sociedad anónima en fundación) o de que en un futuro, pueda ocurrir lo inverso (cambio de asociación a sociedad comercial de responsabilidad limitada) constituye, según Beaumont "un avance típico y originario del Perú"(18).

Por último, Morales Acosta, al comentar el artículo 333 de la LGS, concluye que "es perfectamente posible que la sociedad que se transforma pueda adoptar la forma de una cooperativa, asociación, fundación, comité, etc., y viceversa (por ejemplo una cooperativa podría transformarse en una sociedad anónima)" (19).

La tesis contraria a la admisibilidad de una transformación que involucre a una persona jurídica sin fines de lucro es sostenida principalmente desde la orilla del Derecho Civil. Comentando la regulación (o propiamente, ausencia de regulación) sobre reorganización de las personas jurídicas sin fines de lucro, Juan Espinoza sostiene lo siguiente:

Insisto en que la naturaleza de las personas no lucrativas no puede cambiar a una de carácter lucrativo. Ello entra en manifiesto contraste con la esencia de este tipo de personas jurídicas, por cuanto no se explicaría que, en una opción más extrema, como es la de la extinción de la misma, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante. Así, el artículo 98 C.C. (cuando se excluye expresamente a los asociados a percibir el haber neto resultante posliquidación), el artículo 110 (en el caso de la fundación, se aplica el haber neto la finalidad no lucrativa prevista, o a propuesta del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones a aplicarlo a otras fundaciones de finalidad análoga o a la Beneficencia Pública y el artículo 122 C.C. (si se trata de comités, el haber neto se entregará a los erogantes o, en su defecto, a la Beneficencia Pública). La finalidad no lucrativa de este tipo de personas jurídicas se mantiene aun después de su liquidación. El transformar una persona jurídica no lucrativa en una lucrativa haría que los integrantes se beneficien directamente con el patrimonio de la persona jurídica, posibilidad que no está permitida por ley, según los artículos citados. Esta posibilidad queda excluida desde la constitución de la persona jurídica no lucrativa, durante su vigencia (de ahí que no cabe la transformación) e incluso, después de su extinción(20).

A favor de Espinoza -y como el autor también advierte(21) podríamos citar al propio artículo 333, que, curiosamente, no cita la frase "cuando la ley no lo impida" al momento de admitir la transformación de una sociedad en otra persona jurídica, mas sí lo hace cuando prevé que una persona jurídica se transforme en una sociedad. En el primer caso, podría sostenerse, no hay afectación a interés alguno si una sociedad se transforma en una persona jurídica sin fines de lucro (más allá del interés del socio, quien tiene como vía alternativa el derecho de separación), mientras que en el segundo se afectaría la razón de ser del ente no lucrativo, razón por la que habría el presunto impedimento legal.

Éste es un tema sumamente polémico. ya que por el solo mérito del acuerdo de transformación los socios adquirirían el derecho al haber social resultante de la persona jurídica, con lo cual se trastocaría uno de los fines primigenios de la persona jurídica sin fines de lucro. Y paralelamente, el interés de terceros puede también verse perjudicado por el acuerdo, como es el caso de terceros que hayan contratado con la asociación, bajo el presupuesto del fin no lucrativo (a través de donaciones, por ejemplo), o del propio Estado que otorga inafectaciones o exoneraciones tributarias a las entidades sin fines de lucro si cumplen con determinados supuestos(22).

Ahora bien, tampoco se puede desconocer que existen asociaciones de personas en las que el fin no lucrativo no es esencial a la actividad desarrollada ni al interés

de los asociados, en cuyos casos la transformación en una sociedad no acarrearía resultados dramáticos. Ello sucede, por ejemplo, en los clubes profesionales o en los centros educativos. En muchos de estos casos, incluso los terceros no se verían afectados por la transformación de la persona jurídica.

Las personas jurídicas sin fines de lucro han desbordado el tradicional esquema de las entidades benéficas para convertirse en vehículos legales para organizar los más diversos tipos de actividades. En muchos casos, por lo tanto, podría ser perfectamente plausible que el grupo de personas que formó una asociación, por ejemplo, decida modificar su esquema asociativo y agruparse bajo la forma de una sociedad.

Por lo tanto, en nuestra opinión, la transformación podría implicar que una persona jurídica sin fines de lucro se transforme en una sociedad, salvo que dicha transformación constituya un acto en fraude a las leyes que regulan el destino del haber social remanente, los terceros -incluyendo el propio Estado que contrataron con la sociedad en atención a la finalidad no lucrativa del ente en cuestión. En estos casos, quienes tengan legítimo interés, podrán iniciar las pretensiones que busquen evitar que se consuma el acto fraudulento o exigir la reparación debida. Adicionalmente, los casos de fraude a terceros serían menos de los imaginados si asumimos -como dicta la lógica- que la utilidad o renta obtenida por la entidad sin fines de lucro hasta la fecha de entrada en vigencia de la transformación no puede distribuirse a favor de los socios. En otras palabras, solamente los beneficios o ganancias obtenidos a partir de la entrada en vigencia de la transformación podrían ser materia de reparto.

Cabe mencionar que la legislación específica en el país parecería apuntar al reconocimiento más que a la negación de la posibilidad de que personas jurídicas sin fines de lucro se transformen en sociedades, como se desprende de la Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, Decreto Legislativo N° 882, Y del Reglamento de Transformaciones de las instituciones educativas particulares, aprobado por Decreto Supremo N° 007 -98-ED. Las referidas normas reconocen de manera expresa la posibilidad de que una institución educativa particular constituida, por ejemplo, como una asociación civil, se transforme "en cualquiera de las formas previstas en el derecho común y en el régimen societario, incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativa, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal,(23). Sobre la base de dicho marco jurídico, además, ya se han producido transformaciones de instituciones educativas particulares en el país(24) y seguramente otras más llevarán a cabo dicho proceso en el futuro. Éste, además, es 'el rumbo que ha adoptado la legislación especial de otros países en materias, por ejemplo, de organizaciones deportivas(25).

Reconocida legalmente la posibilidad de transformación entre sociedades y personas jurídicas no societarias, cabría que nuestro ordenamiento jurídico dé un paso más allá. En efecto, aunque contemplada en la propia LGS, la

transformación ha dejado de ser un fenómeno estrictamente societario, para convertirse en una institución aplicable a todas las personas jurídicas.

Resulta recomendable, por tanto, que la transformación tenga un tratamiento sistémico, y no el fragmentario de la LGS, que, si bien contempla la transformación de y en otras personas jurídicas, solamente regula el proceso aplicable a la transformación de una sociedad. Mientras el proceso de transformación, visto desde la óptica de las personas jurídicas no societarias, no se regule con el mismo detalle que el previsto por la LGS para las sociedades, va a permanecer una fuerte incertidumbre que desincentivará la realización de los procesos de transformación.

2. Transformación de sociedades o sucursales del extranjero

Aunque en un título distinto al dedicado a la transformación, los artículos 394 y 395 prevén dos supuestos de transformación: (i) la transformación de una sociedad domiciliada en el extranjero en una forma societaria contemplada en la legislación peruana, como consecuencia de la decisión de la persona jurídica extranjera de radicar en el país (art. 394), y (ii) la transformación de una sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero, a través de su constitución en el Perú como una sociedad regulada en la LGS (art. 395).

Consideramos aCertado que el legislador califique como transformación a aquellas situaciones en las que una persona jurídica domiciliada en el extranjero se domicilie en el Perú. En efecto, en estos casos hablamos de una persona jurídica que, en razón de su sometimiento a la legislación peruana, debe adoptar alguna de las formas societarias previstas en el país, sin por ello perder su personalidad jurídica.

Discrepamos, sin embargo, de que se considere transformación a los casos en los que la sucursal de una sociedad extranjera se constituye como una persona jurídica domiciliada en el país. En este supuesto, no se trata de una persona jurídica preexistente (requisito conceptual indispensable para la transformación) que altera su forma jurídica.

En nuestra opinión, se trata propiamente de un proceso de reorganización simple: una sociedad constituida en el extranjero decide segregar un bloque patrimonial (precisamente aquellos activos y pasivos asignados a la sucursal peruana) y aportarlo a una sociedad nueva. A cambio, recibirá acciones o participaciones correspondientes al aporte.

Como se puede apreciar, ésta es una típica operación definida en el artículo 391 de la LGS como "reorganización". El hecho de que la sociedad que decide la reorganización sea extranjera no altera la naturaleza de la figura. Simplemente, esta circunstancia será relevante para definir la ley aplicable (la extranjera o la local) a cada uno de los actos que se desarrollen dentro del marco de la reorganización.

Cabe anotar que esta consideración no es meramente teórica ni superflua. La reorganización simple y la transformación, aunque se enmarquen dentro de los procesos de reorganización en sentido amplio, son figuras que tienen un tratamiento legal y tributario claramente diferenciado, por lo que la precisión en torno a la naturaleza jurídica de la figura es de fundamental importancia tanto en lo que respecta a la sociedad, como a los socios y terceros.

V. EFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN

Como hemos mencionado anteriormente, la transformación tiene efectos sumamente importantes, tanto respecto de la sociedad transformada, como sobre los socios y los terceros. Veamos cada uno de estos casos:

(i) Para la propia sociedad. La transformación tiene un efecto directo sobre el régimen jurídico de la sociedad, ya que implica la adopción de una reglamentación interna acorde con un tipo legal distinto al aplicable previamente a la transformación. Esa es la finalidad misma de la transformación. Como señala Garrigues, la organización y funcionamiento de la sociedad serán, por efecto de la transformación, los que correspondan al tipo de sociedad adoptado(26).

(ii) Para los socios. La transformación también es determinante para los socios, ya que su situación jurídica no es la misma en las distintas formas legales. La situación legal de un accionista de una sociedad anónima es distinta, aunque similar a la del participacionista de una sociedad de responsabilidad limitada. No obstante, en el caso de las sociedades de responsabilidad ilimitada de los socios (sociedades colectivas, sociedades de comandita, sociedades civiles ordinarias) la transformación en una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada o viceversa, afectará uno de los elementos esenciales de la condición de socio: el régimen de responsabilidad del socio por las deudas sociales.

Atendiendo a esta modificación en la situación jurídica de los socios, el artículo 338 de la LGS ha previsto el derecho de separación para el socio que se oponga al acuerdo de transformación(27).

Sin perjuicio del cambio de la situación jurídica del socio, la LGS busca que la transformación no altere la proporción de los socios en el capital de la sociedad. En ese sentido, el artículo 335 establece que la transformación no modifica la participación porcentual de los socios en el capital de la sociedad(28).

(iii) Para los acreedores. Uno de los objetivos de la regulación sobre transformación es cautelar que el proceso sea, en la medida de lo posible, neutral para los acreedores. Así, en los casos en los que la transformación involucra la pérdida o asunción de responsabilidad ilimitada de los socios, la LGS prevé que los acreedores que ya hubieran contratado con la sociedad, no se vean perjudicados en absoluto por este proceso,

En efecto, para los acreedores de una sociedad en la que rige la responsabilidad ilimitada, los socios permanecerán siendo responsables a pesar de que la

sociedad ha asumido un régimen de responsabilidad limitada. Y viceversa, en la sociedad con responsabilidad limitada de los socios que se transforma en una de responsabilidad ilimitada, la pérdida de las garantías y protecciones al capital social se compensa con la asunción por parte de los socios, de responsabilidad ilimitada por todas las deudas sociales, tanto las ya asumidas como las que sean asumidas en el futuro por la sociedad. En el numeral siguiente veremos con más detalle la situación de los acreedores frente a la transformación.

VI. CAMBIO EN LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS

Ya hemos visto anteriormente que la transformación no entraña un cambio en la personalidad jurídica, sino que existe una línea de continuidad en la persona jurídica que acuerda su transformación y la forma social adoptada. Esta línea de continuidad supone que la persona jurídica seguirá afectada a los mismos derechos y obligaciones adquiridos antes de la transformación, toda vez que como señala Pedro Ávila Navarro: "Las relaciones jurídicas de las que la sociedad fuese titular o parte no deben sufrir interrupción"(29).

En ese sentido, la sociedad transformada deberá responder frente a sus acreedores por todas las deudas que hubiera contraído antes de la transformación pues nos encontramos, en esencia, frente al mismo sujeto integrante de la relación obligatoria. El acuerdo de transformación no podrá alterar válidamente el crédito de los acreedores frente a la sociedad, pues la sociedad bajo su nueva forma está obligada a responder por sus deudas en los mismos términos que los convenidos con el acreedor respectivo previamente a la transformación(30) .

Adicionalmente, en el numeral III pudimos comprobar que, a diferencia de las otras formas de reorganización, la transformación no supone una variación de la situación patrimonial de la sociedad. Los activos y pasivos de la sociedad seguirán siendo los mismos una vez entrada en vigencia la transformación. Lo que experimenta un cambio es el revestimiento jurídico, vale decir, la forma legal a través de la cual actúa en el mercado.

Asumiendo estos presupuestos, corresponderá analizar las distintas situaciones que pueden producirse entre la sociedad y los acreedores sociales, como consecuencia de un acuerdo de transformación.

1. El cambio de la estructura jurídica social originado por la transformación, no tendría mayor relevancia frente a los acreedores tratándose de una transformación en la que se mantendrá el esquema de responsabilidad de los socios. Es decir, en aquellos supuestos en los que, como producto del acuerdo, los socios seguirán asumiendo responsabilidad limitada, o en su caso, los socios mantendrán una responsabilidad subsidiaria por las deudas sociales. En estos casos, la posición jurídica de los acreedores se mantiene inalterable y la transformación no afecta de modo alguno su interés, ya que la sociedad estará obligada a responder por sus deudas en los mismos términos que los acordados en un inicio.

2. Radicalmente distinta es la situación que se presenta cuando la transformación supone el cambio de la responsabilidad de los socios. En estos casos, si bien los términos contractuales de la relación con el acreedor así como la garantía genérica del patrimonio de la sociedad se mantendrán, las garantías que tenía el acreedor de ver satisfecho su derecho de crédito podrían verse perjudicadas.

2.1. Así, en los acuerdos de transformación mediante los cuales una sociedad con responsabilidad ilimitada de los socios⁽³¹⁾ se transforma en una en la que los socios asumen responsabilidad limitada, los acreedores se verían claramente perjudicados, al no poder exigir a los socios que respondan con su patrimonio en caso la sociedad no cuente con recursos suficientes. La sociedad no dejará de encontrarse obligada a cumplir con la prestación a su cargo pero la situación jurídica de los acreedores, en tanto titulares de un derecho de crédito, variaría al no poder exigir a los socios una responsabilidad mayor a la de los aportes realizados o por realizar.

Este aspecto es de fundamental importancia para el acreedor, ya que resulta evidente que quien contrata con una sociedad con responsabilidad ilimitada de sus socios lo hace usualmente amparado en la garantía genérica del patrimonio de los socios, que responderá en caso el patrimonio social resultase insuficiente.

2.2. Importantes consecuencias para el acreedor también se producirán si el acuerdo de transformación supone que una sociedad de responsabilidad limitada se transforme en una en la que los socios asumen responsabilidad ilimitada. Aunque el acreedor no contaba previamente al acuerdo con la garantía personal de los socios, sí contaba con un importante medio de tutela de su crédito: los medios de defensa del capital social que se prevén para las sociedades anónimas.

Esta problemática es la que pretende superar el artículo 334 de la LGS. A través de esta norma, la LGS recoge la opción adoptada por la gran mayoría de la legislación comparada de buscar que la transformación afecte en la menor medida posible a los acreedores de la sociedad y de esa manera, evitar que el acuerdo de transformación constituya un instrumento para el perjuicio de los derechos de crédito de terceros. Como explica Brunetti, "la transformación de la sociedad realizada sin el consentimiento de los acreedores de la compañía no puede afectar a los derechos adquiridos por ellos tanto frente a la sociedad como frente a los socios"⁽³²⁾.

A continuación, analizamos el tratamiento de la LGS, tanto a la transformación que supone la asunción por parte de los socios de responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, como el supuesto inverso, es decir, la transformación que implica la adopción de un régimen de responsabilidad limitada.

1. Transformación que supone la asunción por los socios de responsabilidad ilimitada por las deudas sociales

En virtud del artículo 334 de la LGS, los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responderán en la misma forma de las deudas contraídas antes de la transformación.

Como se puede apreciar, a pesar de que el socio gozaba del privilegio de la responsabilidad limitada antes del acuerdo de transformación, se le impone la responsabilidad personal y subsidiaria incluso por las deudas sociales existentes previamente a la entrada en vigencia de la transformación. Así, pues, a los acreedores incluso se le conceden a unos derechos frente a los socios que no tenían previamente a la transformación(33).

Esta elección del legislador, que de una primera lectura de la norma podría resultar excesivamente gravosa para los socios, es analizada por la doctrina. Así Rodrigo Uría al comentar el texto análogo de la Ley española de 1951 señala que se quiso aplicar este postulado de la responsabilidad ilimitada frente a las deudas anteriores a la transformación "para evitar que unos acreedores sociales (los posteriores a la transformación) se beneficiasen de la responsabilidad subsidiaria de los socios y otros (los anteriores) contasen solo con la garantía del patrimonio social" (34).

Discrepamos de este sustento. No creemos que la "equiparación" de todos los acreedores con el "beneficio" de la responsabilidad ilimitada sea un interés digno de tutela. Tanto el acreedor como la sociedad contratan bajo determinadas condiciones, sobre las que nacen intereses legítimos. Pero una sociedad decide contratar con otro acreedor bajo condiciones más beneficiosas -y siempre que ello no suponga un deterioro fraudulento del crédito inicial dicho acto no podrá ser cuestionado por los acreedores anteriores.

Somos más bien de la opinión que la responsabilidad solidaria constituye una medida de contrapeso para el acreedor frente a la pérdida de la garantía que supone la contratación con una sociedad de responsabilidad limitada. Compartimos en ese sentido la opinión de Rubio, quien explica el sustento de la responsabilidad ilimitada de los socios frente a deudas contraídas previamente a la transformación de la manera siguiente:

Razones que parecen evidentes: Cada tipo social descansa sobre un sistema peculiar de garantías. Al desaparecer el que supone la reglamentación del capital para la sociedad anónima, el propio de la nueva forma debe atender a todas aquellas obligaciones -anteriores y posteriores a la transformación- que ya el antiguo no cubre. Los socios que no quieran perder el privilegio que supone la separación patrimonial propia de la sociedad anónima no tienen más que pagar las deudas o, si no han vencido, afianzarlas(35).

En igual sentido se expresa Enrique Elías:

Al cambiar una persona jurídica de responsabilidad limitada en ilimitada, desaparece el sistema de garantías de la forma anterior, constituido básicamente por la existencia e inmovilidad del capital social: en tal virtud, la nueva estructura debe proveer a los terceros con su propio sistema de garantías, que es el de la responsabilidad ilimitada, el que debe cubrir todos los pasivos, inclusive los contraídos con anterioridad a la transformación(36).

Esta garantía concedida a los acreedores no es pues gratuita, sino que busca balancear una situación de eventual desprotección al acreedor preexistente a la transformación derivada de la pérdida de las garantías propias de las sociedades de responsabilidad limitada.

2. Transformación que supone un cambio de responsabilidad ilimitada a limitada de los socios

Adiferencia del supuesto anterior, que en la actualidad constituye básicamente una "discusión de salón", coincidimos con Enrique Elías en que la segunda parte del artículo 334 regula un supuesto que sí ha ocurrido con más frecuencia en las últimas décadas (aunque cabría anotar que con cada vez menos frecuencia, dado que el número de sociedades distintas a la sociedad anónima que podría ser materia de adaptación es cada vez menos significativo): "El abandono de las formas de responsabilidad ilimitada (antes usadas mayoritariamente), por parte de las personas jurídicas, reemplazándolas con esquemas en los que impera la responsabilidad limitada" (37).

El artículo 334 de laLGS señala que la transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada no afectará la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor las acepte expresamente.

Como vemos, la LGS ha mantenido la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales anteriores a la transformación, salvo que lo contrario sea acordado expresamente con el acreedor. Con ello, se evita el perjuicio a los acreedores que contrataron con la sociedad amparados en la garantía de que los socios responderían subsidiariamente en caso el patrimonio social resulte insuficiente para satisfacer su crédito. Como señala Brunetti:

Los acreedores, por consiguiente, mantienen sin alteración su derecho sobre estas garantías, por haber contratado con la sociedad atendiendo a la corresponsabilidad solidaria de los socios y sabiendo que tal responsabilidad perdura en el trámite de liquidación cuando los fondos destinados a satisfacerles sean insuficientes(38).

Estamos entonces frente a un supuesto en el que la situación jurídica del acreedor no sufre alteración alguna, pues los términos bajo los cuales contrató con la sociedad permanecen intactos luego de adoptado el acuerdo de transformación; con la ventaja, inclusive, de que el acreedor contará adicionalmente con las medidas de protección al capital social propias de las sociedades de responsabilidad limitada.

Hubiera sido interesante saber qué hubiera sucedido con los acreedores frente a la transformación, si no hubiera una disposición legal de esta naturaleza.

Probablemente, desde la óptica del Derecho Civil (la imposibilidad de que se libere a un deudor o fiador sin el consentimiento expreso del acreedor), existirían importantes argumentos para sostener que, a pesar del acuerdo, los socios mantendrían la responsabilidad subsidiaria por las deudas sociales. No obstante, no cabe explayarnos más en este asunto que ya no tiene relevancia práctica.

Finalmente, resulta lógico que el artículo 334 de la LGS faculte a los acreedores a optar si desean o no continuar con la garantía de la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales contraídas antes de la transformación. En este supuesto, de no continuarse con la responsabilidad ilimitada de los socios, es el acreedor quien consiente que se modifique su situación jurídica subjetiva y no la sociedad de manera unilateral.

VII. MODIFICACIÓN DE PARTICIPACIONES O DERECHOS

1. Consideraciones generales

El artículo 335 de la LGS busca que la transformación no afecte la participación de los socios en el capital de la sociedad ni los derechos de terceros emanados de título distinto de las acciones o participaciones. Dos excepciones, totalmente plausibles, alterarían el principio general: (i) los cambios derivados del ejercicio del derecho de separación, que implican un incremento proporcional de los restantes socios y (ii) la aceptación expresa por parte del socio o del tercero, de la alteración de la participación porcentual o de las modificaciones al derecho emanado de título distinto de las acciones, respectivamente.

Esta regla general respondería a la necesidad de evitar que el cambio del tipo societario por otro distinto pueda perjudicar intereses patrimoniales de unos socios en beneficio de otros alterando la respectiva proporción con que cada uno participa en el capital social⁽³⁹⁾. La transformación, por tanto, podrá implicar cambios trascendentales en la estructura de la sociedad y su relación con los socios, pero no podrá significar cambios en el interés de un socio en beneficio (o desmedro) de otros.

Respecto a la inalterabilidad de los derechos de terceros también contenido en el artículo 335, compartimos la posición de Enrique Elías, cuando señala que la norma debe ser interpretada en su sentido más amplio, ya que el referido texto legal recoge un principio general aplicable a las transformaciones, consistente en la neutralidad de las mismas frente a los derechos de terceros ⁽⁴⁰⁾. De la misma manera que en el caso de la responsabilidad subsidiaria de los socios luego de adoptado el acuerdo de transformación, resulta lógico que la LGS adopte una posición similar en el sentido de no afectar la situación de terceros por un acuerdo del cual no han formado parte y ante el cual no pueden oponerse.

El propio Elías enumera algunos derechos de terceros que emanan de título distinto al de la acción o participación (dentro de los que podríamos incluir a derechos de los socios que no emanan de la acción o participación): los títulos de

participación en las utilidades, los derechos de terceros registrados ante la sociedad, los beneficios de los fundadores, entre otros.

2. Situaciones especiales

La disímil naturaleza de algunas transformaciones puede ocasionar ciertos inconvenientes al principio general de pleno respeto a la participación de los socios y los derechos de terceros. En otras palabras, el hecho de que el tipo legal de la sociedad sea tan radicalmente distinto al de la sociedad a transformarse, puede hacer sumamente compleja la aplicación del artículo 335 de la LGS.

A continuación, describimos algunas situaciones especiales en las que la discordancia entre la forma legal de la persona jurídica previa a la transformación y el tipo legal adoptado, puede afectar la plena aplicación del artículo 335:

2.1. Transformación de sociedades de personas a sociedades de capitales

En las sociedades de personas, los derechos de los socios pueden nacer tanto de aportes de bienes y derechos, como de servicios. El socio industrial, por lo tanto, aunque sus aportes no se vean reflejados en el capital de la sociedad, tendrá, al igual que los restantes socios, participaciones que representarán derechos políticos y económicos en la misma.

Cuando una sociedad de personas se transforma en una sociedad de capitales, los derechos de los socios deberán calcularse sobre la cifra del capital social, el mismo que solamente puede estar integrado por aportes en bienes o derechos susceptibles de valoración económica, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 74 de la LGS.

Corresponde determinar, por tanto, qué sucederá con los derechos nacidos del socio industrial, teniendo en cuenta que su aporte no podrá representar una alícuota del capital. Consideramos que, en aras de respetar plenamente el principio general contenido en el artículo 355, los títulos representativos del capital social que se emitan a la fecha de entrada en vigencia de la transformación, deberán otorgar a todos los socios, incluidos los industriales, la misma participación que éstos tenían de manera previa a la transformación.

En otras palabras, si bien el capital social estará representado únicamente por el aporte de los socios capitalistas, las acciones o participaciones que lo representen deberán emitirse de manera tal que reproduzcan la situación de los socios existente previamente a la entrada en vigencia de la transformación. De esa manera se respetan, por un lado, los principios que informan al capital social, propios de las sociedades de capitales y por otro, los derechos políticos y económicos de los socios antes de la transformación.

2.2. Transformación de personas jurídicas sin fines de lucro a sociedades

En el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, la situación es aún más compleja que la descrita en el numeral 2.1. precedente, ya que propiamente no

existe interés jurídico de los asociados o miembros de la persona jurídica, sobre el capital o el patrimonio de la misma.

Existe, por tanto, un vacío respecto a qué criterio se deberá utilizar para la emisión de acciones y participaciones, así como para su respectiva distribución entre los antiguos asociados.

La resolución de este tema variará dependiendo de la persona jurídica involucrada. En el caso de una asociación, un criterio razonable sería que todos los asociados reciban la misma proporción de acciones o participaciones de la sociedad a adaptarse, ya que previamente a la transformación, tenían los mismos derechos políticos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 88 del Código Civil. No obstante, deben reconocerse de alguna manera las cuotas que han ido abonando algunos socios desde que se convirtieron en asociados frente a las de otros que asumieron esa condición de manera reciente. Si bien dichas aportaciones se vieron recompensadas, en cierta medida, por la pertenencia a la asociación, existen otros beneficios derivados de la aportación (por ejemplo, devenir en socio vitalicio y por tanto, no tener obligación de seguir abonando las cuotas), que se perderían si a todos los asociados se les otorgan los mismos derechos frente a la sociedad anónima adoptada.

Aunque planteado, no cabe aquí extendernos sobre este interesante y complejo tema, que pertenece propiamente al ámbito del Código Civil y al caso concreto de la persona jurídica que pretende transformarse.

2.3. Situación de las acciones suscritas y no pagadas

Resulta interesante analizar la situación de las acciones suscritas pero no pagadas⁽⁴¹⁾ cuando una sociedad anónima acuerda transformarse en un tipo social en el que el desembolso del íntegro de las participaciones sociales debe realizarse en el mismo acto que el de suscripción.

Uría, Menéndez y Carlón⁽⁴²⁾ señalan que la sociedad que teniendo acciones no desembolsadas, se proponga transformarse en sociedad de responsabilidad limitada, habrá de exigir previamente el desembolso íntegro de aquéllas, algo que implicará bien una modificación estatutaria, bien la simple reclamación por los administradores, dependiendo del sistema prefijado para la exigibilidad de los dividendos pasivos.

Por nuestra parte, consideramos que la aceleración de los plazos para el pago de los dividendos pasivos, significaría una imposición a los accionistas; conminada, además, por un acuerdo del que alguno de los obligados al pago del dividendo pasivo podría disentir. Se podría argumentar que una salida para los accionistas es que ejerzan el derecho de separación. No obstante, no resulta claro qué tan equitativo resulte que un accionista, que está en proceso de concretar un aporte a la sociedad, se vea conminado a separarse por el hecho de que la sociedad modifique unilateralmente el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones.

Otra opción a considerarse es que se mantengan los dividendos pasivos en la sociedad resultante de la transformación, sobre la base de que el derecho al pago diferido nació previamente a la entrada en vigencia de la transformación. En nuestra opinión esta situación, meramente transitoria y proveniente de una situación jurídica preexistente, no tendría por qué ser considerada inadmisibles para el nuevo tipo social.

2.4. Situación de los derechos y gravámenes sobre las acciones y participaciones

Un supuesto no contemplado en la LGS es el relativo a los efectos de la transformación, respecto de los derechos o gravámenes sobre acciones o participaciones (usufructo, prenda, medidas cautelares sobre las mismas).

Al respecto conviene indicar que como consecuencia de la transformación, se emiten nuevos títulos o nacen derechos representativos del capital de la sociedad resultante de la transformación, mientras que los títulos o derechos anteriores se extinguen. La pregunta es si los derechos sobre las acciones se mantienen en la nueva sociedad o se extinguen luego de la entrada en vigencia de la transformación.

En la medida en que se trata de la misma persona jurídica, aunque transformada, podríamos interpretar que los derechos y gravámenes se mantienen. Esta consecuencia jurídica se presenta, además, en la fusión y escisión de sociedades. No obstante, consideramos que el título que emite la sociedad una vez transformada, es un bien distinto al existente de manera previa a la transformación, ya que los derechos y obligaciones de ambos varían radicalmente, al punto que la propia representación del derecho del socio respecto de la sociedad será completamente distinta (como es el caso, por ejemplo, de una acción y una participación).

En estos casos, por tanto, los terceros deberán acudir a las medidas que les concede la legislación para la defensa de sus derechos. Así, por ejemplo, en el caso de la prenda, el artículo 1073 del Código Civil concede al acreedor pignoratario la posibilidad de solicitar judicialmente la sustitución de la prenda por otra.

VIII. REQUISITOS DEL ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

La transformación, si bien no supone un cambio en la personalidad jurídica, conlleva a una modificación sustancial en la estructura de la sociedad, que tiene trascendentales consecuencias frente a los accionistas. Por ello, resulta de fundamental importancia que, previamente a la decisión sobre la transformación, los accionistas tengan la información necesaria y suficiente para sopesar todas las ventajas y riesgos que ésta conlleva.

El quórum y mayorías para tomar los acuerdos variarán dependiendo de la persona jurídica. Para el acuerdo en la asamblea de una asociación, por ejemplo,

se requerirá, en primera convocatoria, de la asistencia de más de la mitad de los asociados y los acuerdos se adoptarán con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte(44).

En lo que se refiere a las formas societarias reguladas en la LGS, los requisitos específicos difieren. Una sociedad colectiva deberá contar con el acuerdo unánime de los socios (art. 268), al igual que una sociedad civil (art. 301).

En el caso de la sociedad anónima, existen disposiciones específicas que regulan el quórum y mayorías necesarios para el acuerdo de transformación, aunque coinciden con los requeridos para la modificación de estatutos. De acuerdo con los artículos 126 y 127, para que la junta general de accionistas adopte válidamente un acuerdo de transformación, es necesaria en primera convocatoria, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto. Los acuerdos se adoptan por un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto. El estatuto puede establecer quórum y mayorías superiores mas no inferiores.

2. Regulación de la nueva forma jurídica

En la medida en que la naturaleza de la transformación excede de una simple modificación estatutaria, los requisitos para la modificación de estatutos son necesarios pero insuficientes para la adopción de un acuerdo de transformación.

Cómo señala Brunneti, para ser válido y eficaz, el acuerdo de transformación ha de responder a rigurosas condiciones de forma(45) que aseguren que los derechos de los socios minoritarios, así como de los terceros, no se vean perjudicados por el acuerdo. Uno de estos requisitos es, sin duda, la necesidad de que el acuerdo contemple la regulación interna de la persona jurídica resultante de la transformación.

La ausencia de regulación de la LGS sobre este extremo es suplida por el Reglamento del Registro de Sociedades(46). Al regular los requisitos de la escritura pública de transformación, el referido Reglamento ha introducido una importante precisión al señalar, en su artículo 117 que, sin perjuicio de cualquier otro requisito que las leyes o el Reglamento del Registro de Sociedades establezcan para la inscripción del acuerdo en el Registro, "la escritura pública de transformación deberá contener todos los requisitos exigidos para la nueva forma societaria".

De esta manera, el Reglamento del Registro de Sociedades llena un vacío de la LGS y regula un aspecto que tanto la lógica como la experiencia habían determinado: la regulación integral de la nueva forma societaria.

Este aspecto ya había sido advertido por Enrique Elías, quien, al tratar sobre el contenido del acuerdo señalaba que éste debía contener, además del tipo societario adoptado o de la persona jurídica resultante del proceso de

transformación, las disposiciones del pacto social y estatuto de la forma societaria o, en el caso de personas jurídicas no societarias, las disposiciones necesarias para el funcionamiento de la persona jurídica y de sus órganos, así como las relaciones entre los socios y su estatuto o reglamento, en su caso(47).

3. Relaciones entre la sociedad y los socios

Íntimamente vinculada a la regulación de la nueva forma societaria y al cumplimiento de sus requisitos legales, es el tratamiento de los derechos de los socios y de terceros distintos al socio.

La transformación puede alterar profundamente determinados derechos de los socios y de terceros vinculados a ellos. Probablemente los derechos más emblemáticos que podrían verse afectados son los derechos económicos, en caso que, por ejemplo, se acuerde la transformación de una sociedad a una persona jurídica sin fines de lucro, o en otra persona jurídica con fines de lucro pero con un régimen económico radicalmente distinto.

Otros aspectos que también pueden sufrir alteración son, entre otros: (i) los derechos provenientes de una clase de acciones, que como consecuencia de la transformación, desaparecerían por no ser admisibles en la persona jurídica adoptada, (ii) los derechos de accionistas o terceros resultantes de convenios de accionistas o de otros contratos sobre acciones y (iii) los derechos especiales de los socios y terceros, distintos a las acciones o participaciones (como es el caso, por ejemplo, de las obligaciones convertibles, o de los certificados de suscripción preferente).

Si bien la transformación debe afectar, en la menor medida posible, los derechos de los socios (como hemos visto en el numeral VII, al comentar el arto 335 de la LGS), el hecho es que, por la esencia misma de la persona jurídica resultante de la transformación, algunos términos de la relación entre socios y entre socios y la sociedad, se ven alterados. Ante esta circunstancia, resulta de fundamental importancia que el acuerdo de transformación contemple el régimen aplicable para los derechos de los socios y terceros, de manera que, por un lado, se respeten en la medida de lo posible dichos derechos, pero, por otro, se asegure que sean compatibles con la persona jurídica adoptada(48).

En el caso concreto de los terceros, sin embargo, la situación tiene una particularidad. En efecto, constituye un principio elemental aplicable a toda transformación societaria -recogido de manera parcial en los artículos 334 y 335 de la LGS- que la transformación no debe afectar el interés de los acreedores. Los socios pueden verse eventualmente perjudicados por la nueva forma societaria por la persona jurídica adoptada, pero tienen en su favor la alternativa de separarse de la sociedad. Los acreedores, en cambio, no tienen esta posibilidad.

Por lo tanto, la junta de accionistas o de socios que acuerde la transformación deberá prestar un especial énfasis en velar por que el derecho de los acreedores no se vea alterado o perjudicado por la transformación.

IX. PUBLICACIÓN

Al igual que en el tercer párrafo del artículo 248 de la Ley de Sociedades antigua, el artículo 337 de la ley actual exige que el acuerdo de transformación sea publicado por tres veces, con intervalo de cinco días entre cada aviso. El régimen de publicaciones es el mismo que el previsto para la fusión y escisión (arts. 355 y 380, respectivamente). No obstante, en la transformación la finalidad de la publicación es distinta a la de las otras modalidades de reorganización.

En la fusión o escisión, la finalidad principal de las publicaciones es permitir a los acreedores tener conocimiento del acuerdo, para eventualmente oponerse al mismo. Sin duda, la publicación también sirve para que los accionistas lo conozcan y puedan ejercer su derecho de separación. No obstante, si no hubiera existido una norma específica en los títulos relativos a fusión o escisión, los accionistas hubieran podido invocar el artículo 200, que les otorga un plazo de diez (10) días después de publicado el acuerdo por una sola vez.

La exigencia de tres publicaciones en el caso del acuerdo de fusión o escisión, tiene como principal propósito que los acreedores tengan la oportunidad de tomar conocimiento, a través de los diarios, del acuerdo de la junta de fusionar o escindir la empresa y, de esa manera, decidir si se oponen o no al proceso de reorganización acordado. De lo contrario, al no ser necesaria su aprobación previa (en la medida en que la transmisión patrimonial operada en virtud de una fusión o escisión, no se realiza a título individual), el acreedor podría resultar viendo perjudicada la posibilidad de cobro de su crédito si es que la fusión o escisión supone un eventual menoscabo del patrimonio del deudor.

La transformación, en cambio, no perjudica la posición jurídica del acreedor ni el patrimonio que respalda su acreencia, tal como hemos visto en el numeral VI. Por el contrario, las disposiciones sobre transformación buscan precisamente que el acreedor no se vea afectado por la toma de decisión de la junta de accionistas.

Así, pues, siguiendo a Uría, Menéndez y Carlón, las publicaciones están dirigidas especialmente a los accionistas y no a los acreedores:

(oo.) éstos (los acreedores) en la transformación de la sociedad anónima no corren peligro, y cuando la sociedad toma una forma personalista incluso ven fortificada la garantía de sus créditos con la responsabilidad personal de los socios colectivos(49).

En una transformación, por lo tanto, la publicidad tendría como finalidad "única" la de permitir a los socios ejercer, si lo estiman conveniente, el derecho de separación(50).

En ese orden de ideas, siendo los accionistas los únicos que requieren la tutela de la publicación, no habría ningún inconveniente para que, como lo sostienen Uría,

Menéndez y Carlón, este régimen de publicaciones sea menos riguroso y costoso cuando el acuerdo de transformación se adopta en junta universal o cuando se tome en una reunión de la junta a la que asistan todos los socios(51). Si concluimos que los accionistas son los únicos que tienen legítimo interés en el acuerdo, debería prescindirse de las publicaciones si ya 'todos' pudieron conocer del mismo al asistir a la junta general de accionistas(52).

El hecho de que los accionistas sean los destinatarios naturales de la publicación ¿justifica que eventualmente se prescinda de publicación alguna y que los acreedores puedan no llegar a tomar conocimiento del acuerdo? Según Alberto Díaz Moreno, los acreedores en efecto no tienen por qué conocer del contenido del acuerdo:

"La falta de reconocimiento de cualquier derecho de oposición convierte igualmente en superflua la notificación o comunicación del acuerdo de transformación. La ausencia de derecho de oposición o, en sentido genérico, de cualquier posibilidad de que los acreedores intervengan en el proceso de transformación para la defensa de sus intereses, se ha venido justificando porque su protección podía considerarse absoluta en la disciplina tradicional de la transformación" (53).

Es seguramente bajo ese orden de ideas que el segundo párrafo del artículo 117 del Reglamento del Registro de Sociedades, contempla que si el acuerdo de transformación se adopta en junta universal, "el Registrador no exigirá que la escritura publica contenga la constancia de la publicación de los avisos establecida en el artículo 340 de la Ley (General de Sociedades)":

En nuestra opinión, por la trascendencia del acuerdo de transformación y el amplio abanico de tipos legales en los que -hoy en día- puede transformarse una sociedad, hubiera sido recomendable que se mantengan las publicaciones, incluso cuando el acuerdo es adoptado en junta universal.

La modificación estructural de la situación jurídica de la sociedad, amerita, a nuestro juicio, que el acuerdo siempre deba ser publicado, ya que, de lo contrario, los acreedores o terceros en general tendrían la carga de tomar conocimiento del mismo mediante la revisión periódica de la información contenida en registros públicos. Si bien la información registral es pública, resulta excesivo pretender que un acreedor revise constantemente la información registral para constatar si la sociedad ha experimentado cambios sustanciales o no. Ello iría más allá, sin dudas, del más estricto estándar de diligencia que se le puede exigir a un acreedor. Otro tema que es importante comentar es la conveniencia de un régimen de tres publicaciones, con intervalos. Dado que los principales destinatarios de las publicaciones son los propios accionistas, podría resultar excesiva dicha formalidad respecto de aquellas transformaciones que no entrañan un cambio en el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En estos casos, consideramos que una sola publicación hubiera sido suficiente.

X. DERECHO DE SEPARACIÓN

1. Consideraciones generales

El cambio estructural de la situación jurídica de la sociedad y, sobre todo, de los socios, ha llevado al legislador a otorgar al socio el derecho de separación frente al acuerdo de transformación.

En determinados supuestos, el acuerdo de transformación entraña una alteración de la situación legal de los socios que no se compara con ningún otro acuerdo social. Muchos acuerdos pueden entrañar una discrepancia radical entre sociedad y la razón de ser del aporte del socio: Así por ejemplo, el cambio del objeto social puede determinar que el socio se vea inmerso en inversiones de la sociedad en un giro de actividades en el que no pretendía participar. Igualmente sucede con la fusión, en la que el socio verá la configuración patrimonial y política de una sociedad resultante de la fusión -absorbente o incorporante- que podrá diferir radicalmente de aquella en la que decidió en algún momento invertir.

Sin embargo, algunos acuerdos de transformación implican una alteración de otra magnitud a la de cualquier otro acuerdo societario. El acuerdo de transformación es probablemente el único en el que, por mérito de la decisión de junta general de accionistas -y no necesariamente por su propia voluntad--, el accionista asume obligaciones de carácter económico y cambios en su situación jurídica. En virtud de un acuerdo de transformación, el accionista puede asumir la calidad de deudor solidario frente a las obligaciones de la sociedad, existentes y futuras, o puede perder la totalidad del retorno de su inversión, porque la sociedad se transforma E:n una persona jurídica sin fines de lucro.

2. Derecho de separación vs. derecho de no adhesión

En ningún otro acuerdo social la posibilidad de que el socio pueda retirar se de la sociedad se hace más imperativa y justa que en el caso del acuerdo de transformación. Ello al punto que en algunas legislaciones, la tutela del socio va más allá del derecho de separación y se prevé que las cargas económicas del acuerdo de transformación, solamente surtirán efecto frente al socio si éste consiente expresamente en ellas. Así por ejemplo, en España, la trascendencia del acuerdo de transformación ha llevado al legislador a un tratamiento muy particular de la naturaleza misma del derecho de separación.

Como han manifestado diversos comentaristas de la ley española, el artículo 225 de la Ley de Sociedades Anónimas actual (como el arto 135 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951) no prevé propiamente un derecho de separación, sino más bien un derecho de "no adhesión", en el que la falta de manifestación de voluntad del socio, es reputada como su intención de excluirse del contrato social(54). Ahora bien, ¿cuál es la razón para este tratamiento tan particular?

De acuerdo con Uría:

La importancia y trascendencia que normalmente tienen los acuerdos de transformación aconseja no imponerlos a nadie que no los consienta

expresamente y estimar que tienen voluntad de separarse de la sociedad los accionistas que no habiendo ejercitado el derecho en forma activa no presten tampoco su adhesión, conformidad o consentimiento, al acuerdo de transformación por la junta(55,.

En el mismo orden de ideas encontramos a Uría, Menéndez y Carlón:

Que la ley haya regulado la separación tácita se explica por razones obvias de tutela de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. En realidad estamos ante un sistema tutelar de doble efecto que por un lado facilita la separación del socio sin necesidad de una expresa declaración de voluntad, y por otro deja a la voluntad del socio continuar en la sociedad adhiriéndose por escrito al acuerdo no votado. La importancia y trascendencia que normalmente tienen los acuerdos de transformación aconseja, de una parte, no imponerlos a nadie que no los consienta expresamente y, al propio tiempo, reputar que tienen voluntad de separación de la sociedad aquellos accionistas que no habiendo ejercitado en forma activa el derecho de separación tampoco presten su adhesión al acuerdo de transformación tomado por la junta (56)

Como se puede apreciar, la importancia del acuerdo de transformación ha determinado que el legislador español considere más adecuado presumir de pleno derecho la inacción del socio como causal para su exclusión, en lugar de aplicarle las cargas legales derivadas del ejercicio de la separación.

Pero no es solamente por la importancia del acuerdo de transformación que se da este tratamiento singular al derecho de separación. Es también por una razón de orden estrictamente técnico. Es un principio del Derecho privado que no se puede afectar negativamente el patrimonio de una persona sin su previo consentimiento. Este principio se recoge expresamente en la LGS, que en su artículo 199 establece que "ninguna modificación del estatuto puede imponer a los accionistas nuevas obligaciones de carácter económico, salvo para aquellos que hayan dejado constancia expresa de su aceptación en la junta general o que lo hagan posteriormente de manera indubitable⁸.

Naturalmente, el acuerdo de transformación constituye un supuesto de excepción -el único en materia societaria- a este principio, mediatizado por el hecho de que las cargas económicas no serán exigibles si el accionista manifiesta su voluntad de ejercer el derecho de separación.

Ahora bien, ¿justifica el acuerdo de transformación apartarnos de este principio general? En nuestra opinión, no. Por muy importante que sea el acuerdo de transformación y la pretensión de que éste tenga plenos efectos, no creemos que amerite la imposición de cargas tan pesadas para el socio. Entre la opción de presunción de falta de voluntad del socio como aceptación de la transformación y la de interpretarla como un deseo de separarse de la sociedad, preferimos esta última.

El accionista que invierte en una sociedad anónima puede anticipar cambios radicales en su patrimonio o en su estructura, pero en la práctica no incorpora a su razonamiento la posibilidad de asumir una responsabilidad ilimitada por las deudas sociales. Desde un punto de vista económico, las consecuencias del cambio de responsabilidad limitada en una misma sociedad son mayores que la decisión de invertir en otra sociedad. De igual manera sucede, a nuestro juicio, con la transformación que involucra la finalidad lucrativa. Una sociedad que se transforma en una asociación civil, puede ser desde el punto de vista jurídico la misma persona jurídica, pero desde un punto de vista económico es un ente totalmente distinto.

Hubiera sido preferible que el legislador peruano considerara las otras opciones de la legislación comparada, para apartarse del tratamiento de la ley anterior sobre esta materia. Pero teniendo en cuenta la opción elegida por la LGS actual, simplemente corresponderá a los socios que no asistan regularmente a las juntas generales de accionistas, estar atentos a los diarios, por si se adopta un acuerdo de transformación -afortunadamente para eUos, algo muy poco usual- para oponerse a tiempo.

3. El derecho de separación en la transformación que involucra una sociedad anónima y una sociedad de responsabilidad limitada

Hemos visto la necesidad de tutelar al socio frente a una decisión de tanta trascendencia como es el acuerdo de transformación, que puede trastocar las causas más profundas de la participación de un socio en una sociedad. No obstante, consideramos que las consecuencias de una transformación no son tan radicales y sustantivas en todos los casos.

Ello sucede en el acuerdo de transformación de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada y viceversa. Una sociedad anónima cerrada y una sociedad de responsabilidad limitada tienen probablemente más rasgos en común que los existentes entre una sociedad anónima cerrada y una sociedad anónima abierta, a pesar de que la adaptación en este último caso no acarrea el derecho de separación para los disidentes.

Los mayores efectos para el socio derivados de una transformación de esta naturaleza, pueden consistir en las limitaciones a la transferencia de acciones, inherentes a la sociedad de responsabilidad limitada y que pueden no presentarse en la sociedad anónima. No obstante, para este caso concreto ya existe una causal específica de derecho de separación -numeral 3 del artículo 200 de la LGS- por lo que no es necesario que se contemple una causal adicional.

En nuestra opinión, en la transformación entre estas dos formas sociales, el derecho de separación puede constituir un obstáculo para la ejecución de un acuerdo que realmente no tiene mayores consecuencias respecto de la estructura interna de la sociedad y del estatus jurídico del socio que forma parte de ella.

Al respecto la ley española, siguiendo la tendencia moderna de restringir las causales para el ejercicio del derecho de separación, ha eliminado el derecho de separación en las transformaciones de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada y viceversa. Siguiendo a Uría, Menéndez y Carlón:

Estamos, en definitiva, ante una postura restrictiva del legislador español de 1989, que se enmarca en el cuadro de la moderna tendencia general hacia la debilitación del reconocimiento legal de la separación voluntaria de los accionistas minoritarios cuando pueda conseguirse la tutela de éstos por medios que no rocen el principio de la soberanía de la Junta general (V. Rojo 'La transformación', 202 y 203). Tendencia que está clara en nuestra vigente Ley de sociedades anónimas, que no solo niega el derecho de separación en el supuesto que ahora consideramos de transformación en sociedad de responsabilidad limitada, sino que también recorta o suprime ese derecho en otros supuestos que contemplaba la ley anterior(57).

Las razones para la supresión del derecho de separación son principalmente el principio de conservación de la empresa y la identidad sustancial de la sociedad anónima con la sociedad de responsabilidad limitada(58).

Cabe anotar que no obstante que la ley española elimina el derecho de separación de transformación en una sociedad de responsabilidad limitada, prevé un lapso de libre circulación de las acciones -denominado "vacatio"por la doctrina- para que los accionistas de la sociedad anónima puedan transferir las acciones a un tercero y, de esa manera deshacerse de su inversión. Consideramos que, en este caso, el remedio, o más bien, el paliativo, resulta peor que la enfermedad, ya que la vacatio puede ser nefasta para los socios, si éstos han querido evitar que terceros se incorporen a la sociedad.

En nuestra opinión, el legislador hubiera podido simplemente suprimir el derecho de separación cuando una sociedad de responsabilidad limitada se convierte en una sociedad anónima y viceversa, teniendo en cuenta la sustancial similitud entre ambas formas sociales, frente al costo que supone para la sociedad la amortización de acciones producto del ejercicio del derecho de separación.

XI. BALANCE

La LGS prevé la formulación de un solo balance a lo largo del proceso de transformación: el balance de transformación cerrado al día anterior a la fecha de entrada en vigencia de la transformación.

De esa manera, la LGS elimina la exigencia de contar con un balance cerrado al día anterior del acuerdo de transformación, prevista en el artículo 248 de la ley anterior. Al respecto, Enrique Elías critica duramente la exigencia de la ley anterior sosteniendo que el referido balance no tenía utilidad alguna, ya que no servía como referencia para el derecho de separación, ni era conocido (y por tanto

aprobado) por la junta general de accionistas, ya que se formulaba después de adoptado el acuerdo. En la misma línea se expresa Díaz Moreno(59).

Ahora bien, no obstante que el balance previsto en la ley anterior resultaba innecesario, sí resulta fundamental que los accionistas cuenten con información financiera suficiente para tomar una decisión adecuada sobre la transformación. En ese sentido señala el propio Díaz Moreno:

El balance cerrado el día anterior a la adopción del acuerdo tendrá como finalidad fundamental servir de base para que los accionistas puedan decidir sobre la oportunidad de la transformación con conocimiento suficiente de la situación patrimonial de la sociedad"(60).

Coincidimos con Díaz Moreno en el fondo, sobre la necesidad de que los accionistas tengan información, aunque no con la forma. Es sumamente difícil en una sociedad con una mediana actividad económica, tener formulado un balance al día siguiente de la fecha de cierre del mismo. Más bien, podía haberse exigido que para la adopción del acuerdo se cuente con información financiera actualizada a la fecha y con un balance cerrado, por lo menos, el trimestre anterior.

La necesidad de contar con un balance y, en general, con la información sobre la situación patrimonial de la sociedad de manera previa a la toma de decisiones, se justifica sobre todo en aquellos supuestos de transformación que entrañan un cambio en los alcances de la responsabilidad de los socios. Si, como consecuencia del acuerdo, los socios van a asumir responsabilidad ilimitada, es natural que requieran conocer los pasivos de la sociedad al momento de la toma de decisión, ya que deberán responder respecto de ellos. Un elevado nivel de deudas puede ser razón suficiente para que los socios decidan no aprobar una transformación. En otros supuestos, la información financiera será de bastante menor relevancia (transformación de una sociedad anónima en una sociedad de responsabilidad limitada y viceversa).

La información financiera también es importante para la toma de otra decisión: el ejercicio o no del derecho de separación. En la medida en que el precio de reembolso de la acción se calcula sobre el valor en libros, el balance será necesario para que el accionista decida si se separa o no de la sociedad. Puede que el accionista o socio se encuentre radicalmente en contra del acuerdo de la transformación, pero si verifica que el valor patrimonial de las acciones es diminuto, es posible que reconsidere su decisión de separarse de la sociedad.

Por lo tanto, si bien con el artículo 200 de la LGS ya no es necesario formular un balance para determinar el valor de reembolso de las acciones como consecuencia de la separación, siempre será necesario contar con información financiera para que el accionista pueda decidir si se separa o no de la sociedad.

En ese sentido, hubiera sido recomendable que la LGS contemple la presentación de información financiera a la junta en la que se deba adoptar la transformación, a efectos de que los accionistas o socios tengan los suficientes elementos tanto

como para tomar una decisión correcta sobre la conveniencia de la transformación de la sociedad, como sobre la separación de la misma.

El balance formulado al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la transformación -el único requerido por la LGS- tiene una finalidad muy clara: revelar la situación integral de los activos y pasivos de la sociedad antes de la entrada en vigencia de la transformación(61).

De esa manera, se podrá conocer con certeza información que es fundamental para la sociedad, acreedores y socios, por las siguientes razones: (i) en la transformación a una sociedad en la que los socios asumen responsabilidad limitada, se determinará el monto de acreencias de la sociedad que contarán con la responsabilidad ilimitada de los socios, (ii) en la transformación a una sociedad en la que los socios asumen responsabilidad ilimitada, los socios podrán conocer las acreencias de la sociedad sobre las que, desde la entrada en vigencia de la transformación, van a responder ilimitadamente y (iii) se conocerán las consecuencias, respecto de la situación patrimonial de la sociedad, del ejercicio del derecho de separación por parte de los accionistas disidentes.

Ya no es necesario con la ley actual insertar el balance en la escritura pública de transformación. De esa manera, señala Elías, se evitan los problemas y tardanzas que la inserción de balances originaba con respecto de la escritura pública(62). Esta solución de la ley nos parece acertada, ya que resultaba pretensioso exigir que el balance esté listo al día siguiente de la fecha de cierre. El plazo de treinta (30) días calendario previsto en la ley actual resulta prudente.

Ahora bien, en la medida en que el balance no estará insertado en la escritura pública, deberá acudir a otros medios para que dicha información esté debidamente difundida, ya que es necesaria para socios y acreedores. Al respecto, el artículo 339 exige que la sociedad ponga el balance a disposición de los terceros e interesados en el domicilio social, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de la escritura pública de transformación. Si bien, por tanto, no estará el balance en registros públicos, la sociedad estará obligada a proporcionar dicha información a las personas que tengan legítimo interés.

XII. ESCRITURA PÚBLICA DE Transformación Y FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA

Como hemos visto anteriormente, el legislador actual ha buscado que el otorgamiento de la escritura pública de transformación sea lo menos engorroso y problemático posible; razón por la cual no se requiere insertar en la escritura pública el balance de cierre de la transformación.

Sí será necesario que contenga la constancia de publicación de los avisos de transformación, conforme a lo establecido en el artículo 337. No obstante, según el Reglamento de Registro de Sociedades, estos avisos no requerirán insertarse si el acuerdo ha sido adoptado mediante junta universal; situación que se acreditará

con el acta de junta general de accionistas (y la lista de asistentes si no forma parte de la junta) que se insertará en la escritura pública.

Pero más allá de los requisitos formales para su otorgamiento, la escritura pública de transformación tiene, bajo la nueva LGS, una importancia capital, ya que su otorgamiento determina, a su vez, el despojo de la forma jurídica previa y el revestimiento de la nueva investidura legal. La fecha de la escritura pública constituye, según lo establecido en el artículo 341 de la LGS, la fecha de entrada en vigencia de la transformación. Con ello se superan los problemas de interpretación de la LGS anterior, que omitió fijar la fecha en la que se entendía que la transformación entraba en vigencia(63).

Ahora bien, no obstante que la transformación entra en vigencia en la fecha en que se otorga la escritura pública, el artículo 341 también establece que la eficacia "de esta disposición (vale decir, la entrada en vigencia a la fecha de la escritura pública) está supeditada a la inscripción de la transformación en el Registro".

Lo anterior implica que si bien la transformación surte efectos jurídicos inmediatos con la escritura pública (aunque no erga omnes, naturalmente), los referidos efectos requieren ser convalidados con la inscripción de la transformación en los Registros Públicos. Durante el lapso que media entre la escritura pública y la inscripción, por lo tanto, será la sociedad, bajo su nueva forma jurídica, la que realice los actos, pero los mismos podrán ser cuestionados si la transformación no cuenta finalmente con el visto de legalidad del registrador público.

XIII. TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

El artículo 342 de la LGS permite que las sociedades que se encuentren en liquidación puedan transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución. Las excepciones a la transformación de sociedades en liquidación contempladas en la norma, son taxativas: (i) que la liquidación haya sido consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, (ii) que la liquidación sea consecuencia del vencimiento de su plazo de duración, y (iii) que se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios. Cabe mencionar que similar disposición encontramos para los casos de fusión (art. 364 de la LGS) y escisión de sociedades (art. 388 de la LGS).

Por argumento a contrario, podemos concluir que si la disolución y liquidación de la sociedad es consecuencia de la ocurrencia de cualquiera otra de las causales de disolución previstas en el artículo 407 o en alguna otra disposición de la LGS, la transformación podrá operar sin inconvenientes, con la sola revocación del acuerdo de disolución.

No obstante, consideramos que existen otros casos, no contemplados expresamente en la norma, en los que la disolución no obedece a la voluntad de la sociedad, sino a razones ajenas a ella. En dichos supuestos, además de la revocación, será necesario rectificar o dejar sin efecto el hecho o acto jurídico que motivó la disolución. Uno de estos supuestos es el de la sociedad irregular, en el que, como señala Enrique Elías, es necesario previamente regularizar la situación

de irregularidad, en los términos previstos en el artículo 426 de la LGS, para que la sociedad pueda transformarse(64).

Otros supuestos previstos en el artículo 407 de la LGS son: (i) la existencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, (ii) falta de pluralidad de socios; y, (iii) resolución adoptada por la Corte Suprema por realizar actividades contrarias al orden público y las buenas costumbres.

En todos los casos anteriormente mencionados, será necesario que se supere la causal que motivó la disolución para que la sociedad pueda válidamente transformarse.

No corresponde desarrollar aquí los requisitos que deben contemplarse para que la sociedad pueda revocar el acuerdo de disolución y, como consecuencia de ello, transformarse. El problema central a resolver es cuándo y cómo una sociedad puede revocar una disolución, al margen de los actos que ésta realice una vez que la disolución es revocada. Es, por tanto, un asunto a dilucidar al interior de la regulación y principios de la disolución y liquidación de sociedad, más que a nivel del tratamiento sobre transformación. La transformación así como la fusión, escisión, o cualquier otro acuerdo societario, operarán dependiendo de si la disolución puede o no ser revocada.

XI NULIDAD

El artículo 343 es una muestra más de una clara y sistemática intención del legislador, presente a lo largo de la LGS, de limitar tanto las causales de nulidad de los actos societarios como el plazo para su impugnación.

Al igual que en otros casos, la LGS privilegia la seguridad jurídica al interés de los terceros que puedan verse afectados por el acto societario. Debido a que la sociedad constituye, por lejos, el principal actor jurídico del derecho privado, se ha buscado evitar las funestas consecuencias que supondría para el mercado que la manifestación de voluntad de su principal agente pueda ser fácilmente impugnada o invalidada.

Al restringir la pretensión de invalidez del acuerdo social a aquella que se sustente en la nulidad de los acuerdos de junta general o asamblea de socios, deberemos remitirnos necesariamente al artículo 38 de la LGS, que contempla las causales de nulidad de los acuerdos societarios, así como a los artículos 34 (convalidación de la nulidad), 35 (vía procedimental y plazo de caducidad) y 36 (efectos de la sentencia de nulidad).

Asimismo, aunque no exista una remisión expresa por parte del artículo 38, resulta claro que debemos entender aplicable a la regulación sobre la nulidad del acuerdo de transformación, el tratamiento del artículo 37 sobre los terceros de buena fe. Al

igual, pues, que en el caso de la nulidad del pacto social o el estatuto, la nulidad del acuerdo societario no surte efectos frente a terceros de buena fe(65).

En el caso concreto del plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad, el artículo 343 prevé un plazo aún más corto que el previsto en el artículo 35. Así, mientras como regla general la pretensión de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro Público, el plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de la escritura pública de transformación.

El tratamiento restrictivo de la pretensión de nulidad de acuerdos societarios puede no ser del todo acertado cuando la transformación implica la adaptación de una sociedad en una persona jurídica de naturaleza distinta y viceversa. La complejidad inmanente a este tipo de procesos y la eventualidad de que el acuerdo tenga una finalidad fraudulenta o abusiva, debería ameritar un reexamen del tratamiento sobre la ineficacia de las transformaciones.

EL ALLANAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Carlos Alberto MISPIRETA GÁLVEZ

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez se presenta con mayor frecuencia la evasión de obligaciones legales, contractuales o extracontractuales, usando como respaldo la subjetividad independiente con la que cuentan las personas jurídicas -en especial las sociedades comerciales-, así como las reglas que les son aplicables, por constituirse en un centro de imputación de consecuencias jurídicas diferente de los miembros que las integran. De esta forma, la figura de las organizaciones colectivas ha sido usada en muchos casos como un instrumento para realizar actos antijurídicos en beneficio de sus integrantes y en perjuicio de terceros.

En efecto, lamentablemente la constitución de una persona jurídica o los actos que son realizados mediante ésta, son muchas veces efectuados de manera abusiva o fraudulenta, lo cual ha resultado siempre encubierto por la diferencia subjetiva que se ha pregonado existiría como intangible entre el ente asociativo y sus miembros, nos referimos al llamado "hermetismo de la persona jurídica" y la ventaja que ello ofrece al derivar en la separación patrimonial de ambos. Así, en muchas ocasiones las personas que se asocian se escudan, especialmente, en la responsabilidad limitada con la que cuentan y realizan actos maliciosos en su propio interés, a través de reducidos patrimonios de garantía, de grupos económicos, de confusiones patrimoniales o de esferas y de otras formas de fraude contra terceros.

En ese sentido, debemos indicar que se han presentado problemas concretos para la jurisprudencia de tradición romano-germánica, que han ameritado la aplicación de principios jurídicos generales en protección de los abusos y fraudes que se realizan mediante la persona colectiva, desestimando ciertas características con las que cuenta la misma, como son la separación subjetiva y patrimonial que existe respecto a sus miembros, aunque debemos destacar que dichos remedios han resultado aún imprecisos y carentes de sustentos sólidos.

Ante la situación antes descrita, consideramos que debería implementarse un mecanismo específico a fin de eliminar los abusos que cometen, básicamente, los socios de empresas capitalistas que cuentan con un régimen de responsabilidad limitada, mediante actos contrarios al ordenamiento jurídico. Pensamos, pues, que la sociedad comercial debe ser reconcebida dentro de su verdadera dimensión y finalidad, considerándola como una institución del Derecho que sea útil no solo al inversionista, sino también a los demás miembros de la sociedad. Además, el ordenamiento jurídico debe proteger a estos últimos de los actos que realice la institución colectiva con responsabilidad limitada, cuando sea manejada como un mero instrumento de sus integrantes para obtener beneficios mediante actos

antijurídicos. A esta solución, creemos, se debe llegar rescatando principios generales y fundamentales, dentro de los cuales se deben enmarcar otras figuras jurídicas.

Como se sabe, es misión del Derecho y de sus operadores regular los hechos que se presentan en un determinado contexto de la realidad, creando remedios para solucionar los problemas que la misma pueda presentarnos. En este caso en especial, se pretende determinar cómo funcionaría y cuáles serían los supuestos en que no se apliquen algunas características atribuidas a la organización colectiva, tales como la separación subjetiva y patrimonial entre los miembros de la sociedad comercial y ésta.

II. ABUSOS Y FRAUDES REALIZADOS A TRAVÉS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Como ya se dijo, por lo general, han sido las sociedades comerciales las formas asociativas de las que más se han obtenido beneficios antijurídicos. Particularmente han sido la sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada, las formas instrumentales que se han convertido en la máscara de actuación de los socios que se ocultan tras las mismas y tras la responsabilidad limitada que éstas les ofrecen. De igual manera, la empresa individual de responsabilidad limitada ha sido otro mecanismo que brinda "protección jurídica" a los actos maliciosos que en muchas ocasiones titulares de las mismas.

Así es, lamentablemente la constitución de una persona jurídica o los actos que son realizados mediante ésta, son muchas veces efectuados de manera abusiva o fraudulenta, lo cual ha resultado siempre encubierto por la diferencia que se pregonó existiría como intangible entre las organizaciones colectivas y sus miembros, posición que intentamos desmitificar, de alguna manera, en el presente trabajo.

Dobson(1) ratifica nuestros comentarios cuando señala que "se han utilizado las formas jurídicas previstas por la ley, para admitir la responsabilidad limitada con el objeto de consumir fraudes y perjuicios diversos a terceros, a los fines de eludir el pago de impuestos, sanciones administrativas, obligaciones contractuales, deberes familiares, nacionalidades adversas, obligaciones de todo tipo".

Existen diferentes manifestaciones de los actos ilegítimos que se han producido a través de las personas colectivas, en los diferentes ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Por citar algunos ejemplos ocurridos en el contexto internacional, debemos manifestar que Rolf Serick(2) ha escrito que en el 'Reich' de Alemania se crearon personas jurídicas de Derecho Privado, cuyo miembro único o principal era el propio Estado germano. Dichas empresas se negaron a efectuar

compensaciones con créditos que los particulares tenían contra el Reich, alegándose la distinción subjetiva y patrimonial de este último y las sociedades formadas por el mismo.

Otro caso de un acto antijurídico realizado a través de una persona colectiva se presentó a fines del siglo pasado en el conocido caso Salomon vs. Salomon and Company Limited que llegó a los tribunales del Reino Unido. Aron Salomon decidió transferir su negocio de venta de pieles a una sociedad formada por él mismo y seis integrantes de su familia, ostentando estos últimos una acción cada uno. Él se reservó las restantes 20,000 acciones. Salomon constituyó unas obligaciones privilegiadas a favor de sí mismo por la venta del negocio; es decir, en caso de que se liquidara la empresa él tenía preferencia en el cobro sobre los demás acreedores. Ello ocurrió. El negocio no prosperó y Salomon hizo valer su condición de acreedor privilegiado para cobrar, absorbiendo todos los bienes de la sociedad en perjuicio de los restantes acreedores (3).

Uno de los primeros y más conocidos casos que se han presentado en España, fue el de la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. de Palmas de Mallorca (E MAYA) y el ayuntamiento de esa ciudad. Una sociedad anónima había sufrido daños en sus instalaciones como consecuencia de inundaciones y humedades resultantes de averías producidas en la red municipal de abastecimiento de agua de Palma de Mallorca. Cuando dicha empresa perjudicada acudió a los tribunales para reclamar su derecho a ser indemnizada, las demandadas hicieron valer en el proceso la distinción jurídica y patrimonial como ayuntamiento y como empresa municipal, utilizándose así con un fin ilegítimo la referida persona jurídica(4).

En la ciudad norteamericana de Nueva York, un taxi de la empresa 'Sean Cab Corporation' atropelló al señor Walkovszky. Éste demandó una indemnización al conductor del taxi, a la empresa, a otras nueve empresas similares y al señor Carlton, quien era el principal accionista de 'Sean Cab Corporation' y de las otras nueve empresas demandadas, señalando que todas ellas operaban como una sola entidad, unidad y empresa. Es decir, Carlton habría disgregado de manera fraudulenta el patrimonio que invirtió en las empresas de taxis, contando cada una de las diez empresas (de las cuales era el principal accionista) con solo dos automóviles, y cada taxi con un seguro de responsabilidad civil limitado a US\$ 10 000,00; según lo que establecían las normas de Nueva York(5). Ello, con la clara finalidad de evitar el riesgo de inversión que originaría crear una sola empresa de taxis, causando perjuicios a terceros como ocurrió en este caso.

La jurisprudencia italiana también ha emitido pronunciamientos sobre este tema; así por ejemplo, podemos resaltar el caso que conoció el Tribunal de Venecia cuando rechazó la oposición a la declaratoria de quiebra, de un socio que con medios propios hacía frente a las exigencias financieras de una sociedad que se había constituido con un capital exiguo, desproporcionando por completo el tipo de actividad económica estipulada en el acto constitutivo de la misma(6). Igualmente, podemos citar el caso resuelto por la Corte de Apelación de Roma, en el cual a

través de una 'anstalt' extranjera (equivalente a nuestra empresa individual de responsabilidad limitada), dos residentes italianos pretendían "vestir de extranjeros" ('esterovestizione') bienes ubicados en Italia, con fines de evasión fiscal (7).

De igual manera, en nuestro país se han presentado algunos casos en los cuales se utilizó de manera antijurídica a la sociedad comercial. Así, un ejemplo lo constituye en materia laboral el reclamo que planteó el señor Alejandro Orihuela Meza contra las empresas Cerro de Paseo Mining Company, Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus y Johnston del Perú, pues se pretendía oponer la diferencia subjetiva que existía entre ellas, integrantes de un mismo grupo económico, a efectos de evitar la acumulación de los períodos de servicios prestados por el señor Orihuela Meza a las tres sociedades antes mencionadas(8).

Como puede verse en los ejemplos que hemos mencionado, que constituyen solo algunos de los casos que se presentan, muchas veces los actos que se realizan a través de las personas jurídicas no respetan la verdadera finalidad para la cual se recogió legislativamente esta figura(9). En ese sentido, somos de la opinión que deben ser sancionadas por el ordenamiento jurídico, las situaciones en las que se manifiesten estos comportamientos abusivos o fraudulentos, usando como máscara protectora la posibilidad de conformar una sociedad comercial que adquiere sus propios derechos y deberes, y separando el patrimonio personal de los socios de la propia organización colectiva.

Ahora bien, antes de establecer cuál es el remedio a aplicar, debemos tener en claro cuál es la patología; por dicha razón, resulta de particular importancia determinar, brevemente, cuándo estamos ante un supuesto de abuso del derecho y cuándo ante un caso de fraude a la ley.

1. La sociedad comercial y el abuso del derecho

La noción sobre la teoría del abuso del derecho ha sido arduamente debatida y no existe aún hoy convergencia total sobre este tema en la doctrina comparada. Sin embargo, a fin de realizar una apreciación de lo que se entiende por abuso del derecho, queremos iniciar nuestro análisis con la definición que nos ha dado el profesor Fernández Sessarego, para 'luego, sobre esa base, emitir algunos comentarios. De esta forma, el citado autor (10) señala que "se entiende por abuso del derecho a una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. Ello origina un sui generis acto ilícito que no es materia de la responsabilidad civil. Lo antisocial es lo 'irregular', lo 'anormal', es decir, contrario a la solidaridad y, por ende, a la moral social".

Así, para entender cómo es que el abuso del derecho se presenta cuando un sujeto excede mediante su conducta un derecho subjetivo, primero debemos determinar qué entendemos por este concepto jurídico, que ha sido considerado por muchos como la piedra angular de todo el Derecho Privado. Desde nuestra perspectiva, el derecho subjetivo se trata de una potestad que se otorga a un determinado sujeto de Derecho, a fin de que pueda actuar como tal para la consecución de sus intereses, dentro del marco del ordenamiento positivo que garantiza la titularidad de su derecho. Escobar (11) apunta además que el instrumento jurídico que es el derecho subjetivo (12) puede traducirse en un poder, en caso de que el interés pueda ser satisfecho por un comportamiento propio, o en una pretensión, en caso de que se deba recurrir a un tercero para lograr dicha realización.

Como se ha podido notar, el derecho subjetivo implica una facultad con la que cuenta el sujeto considerado de manera individual; es por dicha razón que un gran sector de la doctrina ha dirigido su atención a una nueva figura del Derecho, nos referimos a la "situación jurídica subjetiva" que toma en cuenta al individuo en su doble dimensión, como ser individual y como ser social. Así pues, se dice que el derecho subjetivo está contenido dentro de la concepción de situación jurídica subjetiva; sin embargo, esta última además de la facultad de obrar que le otorga al ser humano considerado como fin en sí mismo, contempla ciertos deberes jurídicos que implican respetar los derechos de los demás, con lo cual se incluye el aspecto coexistencial dentro de esta moderna figura central del Derecho (13).

La conducta antisocial se presenta -tomando las ideas vertidas por el propio Fernández Sessarego(14)- cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo no se respeta ese genérico deber del individuo frente a los intereses de los demás; es decir, se vulnera el ámbito externo que existe en una relación jurídica subjetiva, según lo que hemos manifestado anteriormente.

Siendo así las cosas, conviene establecer cuál es el criterio para determinar en qué casos nos encontramos ante una situación de abuso del derecho. Desde nuestra perspectiva debe aplicarse el criterio objetivo que toma como referencia la inmoralidad social de las conductas consideradas abusivas. Martín Bemol (15) nos dice al respecto, que para la aplicación de la teoría del abuso del derecho es la moral social la que debe ser aplicada, entendida ésta desde el punto de vista de nuestros deberes para con los demás, contrariamente a la moral que cada ser humano tiene individualmente.

Esta opinión ya había sido elaborada por Dabin(16), cuando apuntaba que "el uso de un derecho legal se transforma en abuso de ese derecho legal cuando se hace de él un uso contrario a la moralidad". Pero "con el nombre de moralidad llamada a corregir el derecho, no se entiende la totalidad de los deberes morales del hombre, sino solamente aquella parte de la moral que se refiere a nuestros deberes para con los demás".

Dentro de ese contexto, se ha equiparado el valor de solidaridad al de la moral social. Así lo expresan por ejemplo Niel Puig⁽¹⁷⁾, cuando manifiesta que "existe un nuevo planteamiento iusfilosófico respecto al hombre-mundo donde aparece como valor superlativo la solidaridad de las relaciones comunitarias"; y Martín Bernal⁽¹⁸⁾, al destacar que la moral social viene dada "por la solidaridad social como ética colectiva que obra, en definitiva, como cobertura del orden jurídico al recoger éste una serie de principios, de reglas y de modos de comportamiento exigibles en una convivencia justa".

Ahora bien, ¿quiénes pueden ser titulares de derechos subjetivos? ¿Puede serlo la persona jurídica? Creemos que cualquier sujeto de Derecho por ostentar dicha calidad puede ser portador de los derechos que le otorgue el ordenamiento jurídico. En ese sentido, una sociedad comercial -o cualquier persona jurídica- perfectamente puede ser considerada titular de derechos subjetivos.

Continuando con el análisis de la definición sobre la teoría del abuso del derecho que hemos citado al iniciar este punto, debemos analizar el carácter de ilicitud que se les adjudica a las conductas abusivas. Sin ánimos de extendernos demasiado en este tema específico, que creemos no tendrá connotaciones trascendentales en el campo práctico que nos ocupa, debemos manifestar que apoyamos la idea de calificar como ilícita la conducta que se ha realizado excediendo las facultades que un derecho subjetivo otorga, teniendo en cuenta para ello las situaciones jurídicas subjetivas que se presenten.

En efecto, creemos que desde que existen normas generales que prohíben el abuso del derecho⁽¹⁹⁾, cualquier acto que vulnere el respeto a los intereses ajenos debe ser considerado ilícito, ya que se contravienen disposiciones expresas que, aunque laxas, determinan límites de conducta al titular de un derecho subjetivo en protección de determinados intereses de terceros. Nos adherimos pues a lo dicho por Martín Bernal⁽²⁰⁾ cuando señala que "el acto abusivo viene a constituir una modalidad del ilícito caracterizada porque en él, la tipificación alcanza un grado mínimo de precisión, dando lugar, por consecuencia, a un máximo nivel de integración de la norma por parte del órgano judicial que la aplica".

Otra característica que se atribuye a la teoría general del abuso del derecho y que conviene precisar, es la necesidad de que exista daño para que una conducta sea considerada antisocial. Pues bien, desde nuestro punto de vista no es necesario que se produzca un daño efectivo, bastaría con que se vea amenazado un interés ajeno para que sea considerada excesiva una conducta, teniendo en cuenta que dicha amenaza debe ser real y el daño que se quiere evitar inminente.

Pese a lo dicho, en nuestro país existen posiciones encontradas sobre este tema. Apoyando la afirmación que hemos planteado, Fernández Sessarego ⁽²¹⁾ es contundente al afirmar que "el daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo, sino que representa tan solo el presupuesto del efecto compensatorio". En la tesis contraria se encuentra Cuentas Ormachea ⁽²²⁾

para quien "solo se puede hablar de abuso del derecho cuando en su ejercicio se causa un daño a otro, a pesar de que ese ejercicio puede resultar impune en el derecho positivo por no aparecer limitado ese modo de ejercitar el derecho".

Ahora bien, queremos concluir esta breve explicación acerca de la teoría general del abuso del derecho, señalando que se ha atacado desde diferentes sectores doctrinarios la denominación que adopta este principio general, pues por una cuestión meramente terminológica lo correcto sería hablar del abuso en el ejercicio de un derecho, debido a que en realidad el exceso que se comete es el acto a través del cual el titular de un derecho subjetivo hace un uso antisocial del mismo. Sería entonces un contrasentido hablar de abuso del derecho, pues justamente lo que pretende evitar el ordenamiento jurídico es que se abuse de las facultades concedidas por éste.

Ahora bien, volviendo al tema central que nos ocupa, debemos decir que los socios muchas veces buscan conseguir fines distintos de los pensados cuando se crearon las normas que posibilitan la conformación de las sociedades comerciales, o buscan causar perjuicios a los demás atentando contra la moral social.

Recordemos que el ordenamiento positivo ha recogido expresamente la facultad para que diferentes personas puedan crear una organización que actúe con capacidad autónoma de sus miembros, que pueda emitir su propia voluntad jurídica y que cuente con su propio patrimonio, con el que responderá por las deudas que pueda asumir en el desarrollo de sus actividades. Así, hay que destacar que el derecho de asociación es un derecho fundamental de todo ser humano, y así lo contempla puntualmente el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, resulta claro que uno de los derechos subjetivos que le son inherentes a cualquier persona desde que es tal, es la posibilidad de formar personas jurídicas (entre ellas sociedades comerciales) mediante las cuales pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio.

Sin embargo, ya hemos visto antes que cuando un derecho subjetivo excede los límites que debe imponer una situación jurídica subjetiva; esto es, cuando se vulneran intereses que son ajenos al titular de un derecho subjetivo, se ingresa en el campo de lo ilícito. De esta forma, cuando se habla del ejercicio abusivo del derecho a través de la persona colectiva, podemos señalar que de manera mediata son los asociados quienes abusan del derecho de asociación que les ha otorgado el ordenamiento positivo de manera expresa (23), así como de las reglas que son aplicables para el ejercicio de este derecho (24).

Dentro de ese orden de ideas, no estamos de acuerdo con Boldó Roda(25) cuando manifiesta que la persona jurídica por sí misma no constituye un derecho subjetivo, en tal sentido no cabe aplicarle la teoría que sanciona el ejercicio abusivo de los derechos. De lo dicho podría pensarse que los actos que se deben considerar abusivos son realizados por la propia organización colectiva, entendida ésta como un sujeto de Derecho independiente de los miembros que forman el

substrato asociativo. Esto no es así, hay recordar que la persona jurídica es una institución cuya base es la agrupación de personas que desean realizar cierta actividad en común, a la cual el ordenamiento positivo concede personalidad, dotándole de la capacidad necesaria para que pueda actuar básicamente dentro de los parámetros de su objeto social. De esta manera, la figura de la organización colectiva ha sido considerada suficientemente valiosa por el legislador, pues las personas pueden agruparse para actuar a través de aquel sujeto que se convierte en un nuevo centro de imputaciones jurídicas.

Pues bien, así como el ordenamiento jurídico posibilita a los seres humanos, que son el fin último del Derecho, la creación de estas formas asociativas así también puede prohibir y sancionar aquellas conductas que no estén ordenadas según lo que se ha buscado al reconocer la institución de la persona jurídica e incorporarla al ordenamiento legal. En consecuencia, estamos convencidos de que son los socios -y no la propia sociedad- los que en muchas ocasiones abusan del derecho subjetivo con el que cuentan, pues desvían los fines para los que les fue dada la posibilidad de formar una organización colectiva, con el objeto de obtener resultados antijurídicos.

Ahora bien, lo anteriormente indicado no implica que la misma sociedad no pueda abusar de las facultades con las que cuenta en su calidad de sujeto de Derecho independiente, pues la propia organización colectiva también cuenta con derechos subjetivos desde que se le pueden imputar deberes y derechos, y por ende se puede abusar de ellos a través de los actos que realiza mediante sus órganos, representantes o dependientes. De esta forma, la sociedad comercial de manera inmediata puede actuar antijurídicamente, por ejemplo, abusando de la autonomía negocial con la que cuenta para regular sus relaciones obligacionales frente a terceros.

En cuanto a la finalidad que puede haber tenido el legislador al contemplar expresamente el derecho de asociación, y al prever la posibilidad de que existan formas societarias que limiten su responsabilidad patrimonial, creemos que es claro que se ha buscado favorecer, fundamentalmente, a los socios para que puedan obtener beneficios -sean éstos patrimoniales o no- desarrollando las actividades permitidas en su objeto social; no así para que usen la persona jurídica como una "máscara" en perjuicio de terceros, eludiendo obligaciones contractuales, tributarias, laborales o responsabilidades civiles. Es en estos últimos casos en los que el juez debe verificar que se ha cometido un abuso del derecho subjetivo de asociación, cualquiera que sea la modalidad de la sociedad comercial, y declarar que efectivamente se ha hecho un uso antisocial de dicha prerrogativa legal, imponiendo los correctivos y las sanciones que sean necesarios.

Así. para determinar cuándo nos encontramos ante actos reñidos contra la moral social realizados a través de la persona jurídica, la evaluación de dichas conductas debe ser efectuada por el juez según criterios que de manera objetiva debe comprobar; esto es, la moral social no debe ser lo que entienda por ésta el

magistrado, sino una determinada línea de conducta que seguiría cualquier .ciudadano promedio", teniendo en cuenta la solidaridad que debe existir en cualquier situación jurídica subjetiva dentro de determinado contexto jurídico, social, económico y político. A tal efecto, creemos que son válidas las consideraciones elaboradas en materia de responsabilidad civil, cuando para determinar el factor atributivo de responsabilidad se habla del "'hombre razonable"(26).

Así lo ha entendido también Dabin(27), cuando señala que "el juez, por lo demás, habrá de referirse en su apreciación a la moral de las personas honradas y no a sus propias opiniones personales: ésta es la garantía indispensable contra interpretaciones demasiado severas o demasiado amplias, por no decir fantásticas".

2. La sociedad comercial y el fraude

El fraude, entendido como una concepción genérica y unitaria, según lo que explica el profesor español Luis Díez-Picazo(28), "se trata de eludir el cumplimiento de un deber jurídico que en ocasiones lleva como contrapartida un derecho de otra persona". El mismo autor afirma que se debería hablar en todos los casos de fraude a la ley, aunque técnicamente la doctrina deslinde el fraude a los acreedores y el 'fraus legis', como veremos en un momento. José Vidal(29:, por su parte, ha destacado que el fraude como concepción unitaria se trata del "apartamiento de un comportamiento predispuesto". Igualmente, Lohmann(30) reconoce que "el fraude de acreedores viene a constituir, si no exactamente fraude a una norma, sí un fraude al ordenamiento, porque en uso de un medio comercial admitido pretende evadirse un deber jurídico, una regla legal que ordena al deudor un determinado cumplimiento ante el acreedor".

Como ya lo adelantamos, se ha separado por razones de técnica jurídica el fraude a los acreedores del fraude a la ley. En cuanto al primero, debemos destacar que está caracterizado por el perjuicio que se causa a un particular que es el sujeto activo en la relación jurídica creditoria, mientras que en el caso del fraude a la ley se causa perjuicio a intereses superiores de la comunidad, el dañado no es un particular sino la comunidad personificada por el Estado(31).

La diferencia sustancial entre las dos figuras mencionadas estaría, según Mosset Iturraspe(32), en la sanción aplicable en uno y en otro caso, pues en el fraude a los acreedores el acto realizado fraudulentamente sería ineficaz, mientras que en el fraude a la ley el acto sería más bien inválido.

Desde nuestra perspectiva, más allá de las elaboraciones dogmáticas, debe entenderse el fraude a los acreedores como una forma específica de fraude a la ley, aunque es claro que en el fraude a los acreedores la violación a las normas que los respaldan se produce más bien de manera mediata o indirecta. Sobre las consecuencias jurídicas que puedan presentarse en uno y otro caso, es

conveniente resaltar que para nosotros el juzgador deberá aplicar las reglas que hayan sido burladas mediante el acto defraudatorio, según cada caso específico.

El fraude a la ley se presenta en apariencia como un acto legítimamente realizado y bajo el amparo de normas legales expresas, Para que exista fraude a la ley deben presentarse dos normas jurídicas, una que es la llamada "ley de cobertura" y la otra que es la "ley defraudada", La ley de cobertura es un dispositivo general que permite encubrir el acto malicioso y darle un tono aparente de legalidad, La ley defraudada, en cambio, no es un precepto específico para un caso determinado, lo que se atenta de esta norma es la finalidad por la cual fue creada; es decir, se ataca la razón - 'ratio legis'- que llevó al legislador a emitir dicho dispositivo. Sobre este último punto, debemos indicar que estamos conformes con la afirmación que hace Mosset Iturraspe(33) al destacar que "el contenido o los fines que se indagan para proceder a la interpretación extensiva de la norma defraudada (a efectos de determinar cuál fue su finalidad), no son los que estuvieron ni los que pudieron estar en la mente del legislador -'mens legislatoris'- sino los que se desprenden de la propia ley, de su interpretación objetiva - 'mens legis'...

Ahora bien, debe quedar en claro que la norma burlada debe ser de obligatorio cumplimiento; es decir, una ley de carácter imperativo, pues no cabe hablar de fraude a la ley tratándose de una norma declarativa o dispositiva, que establezca los alcances de una figura jurídica o que pueda ser variada por la autonomía de la voluntad de las partes. Esta característica, que como se verá más adelante es de fundamental importancia, tiene su razón central en la protección del orden público y las buenas costumbres(34).

Debemos destacar que la mayoría de las veces las situaciones de fraude no se presentan en un solo acto, sino en una sucesión de los mismos, los cuales -según lo que explica Rosembuj(35)- singularmente considerados manifiestan una perfecta licitud. El mismo autor refuerza este argumento cuando señala que 'a pluralidad de actos aparece instrumentalmente necesaria para configurar el rodeo a la ley, mediante su violación indirecta'.

Se discute si la protección que se pretende otorgar al aplicar la teoría del fraude se hace a favor de la norma específica que ha sido defraudada, o también se podría impedir un atentado contra el ordenamiento jurídico en su conjunto. Voces muy autorizadas se han adherido a la primera postura, resaltando entre ellas las de Díez-Picazo y Gullón(36), el primero de los cuales dice que como el propio nombre del fenómeno indica lo que se defrauda no es el ordenamiento en bloque sino una ley concreta"(37). En cambio, para De la Vega(38) la norma defraudada "podría ser una norma consuetudinaria, un principio general del Derecho o normas vigentes del derecho judicial: sería tarea del intérprete determinar cuál de las normas es la en concreto desconocida, eludida o violada".

Sobre el particular, somos de la opinión que no se puede hacer una extensión demasiado general al momento de aplicar la figura jurídica del fraude a la ley,

pues hay que recordar que como contraparte de la misma debe respetarse el principio de seguridad jurídica; mas, teniendo en cuenta que el acto o los actos que podrían considerarse defraudatorios se hacen dentro del marco legal que le brinda la norma de cobertura. Sin embargo, sí creemos que los efectos del fraude a la ley pueden extenderse en los casos en que se viole la finalidad que podría tener un sistema normativo determinado; esto es, cuando se atenta contra los objetivos que se han tenido para crear un ordenamiento legal referido a determinada situación de hecho bastante bien delimitada.

Ciertamente, se ha destacado que mediante la aplicación arbitraria de la teoría del fraude a la ley podría crearse inseguridad jurídica, ya que la decisión final para determinar si una conducta ha sido defraudatoria queda en manos de los magistrados; sin embargo, creemos que es conveniente recordar lo que hemos resaltado anteriormente sobre la función del Derecho en su aspecto social, lo cual ha sido recogido por la figura de la situación jurídica subjetiva, la misma que junto a la facultad de obrar que le otorga a un individuo, le asigna el deber genérico de respetar los intereses de terceros. Ello se concatena con la visión bidimensional del ser humano que se desarrolló con gran fuerza a partir de las nociones brindadas por la filosofía existencialista(39). Por estas últimas razones, es necesario que exista un mecanismo judicial que sancione los actos fraudulentos, pero respetando los requisitos indispensables para que se considere una conducta como defraudatoria, los cuales hacen que no resulte de ninguna manera arbitraria la decisión que pueda tomar un juez.

Respecto a la necesidad de que exista daño para que se apliquen las consecuencias de la teoría del fraude a la ley, nuestra posición es concordante con la que han planteado por ejemplo Díez-Picazo(40) y Giorgianni(41), cuando afirman que no es necesario que se lesione un bien jurídico tutelado para que determinados actos se consideren defraudatorios. A ello debemos agregar que entendemos plenamente justificada esta posición, pues lo que se pretende es evitar la evasión de las finalidades perseguidas por normas de carácter imperativo, en ese sentido, no tendría razón esperar que se produzca un daño debido a que de manera inmediata se está atentando contra el orden público.

Al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio que consideramos el más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo, que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.

Por mencionar entre los juristas que han respaldado el criterio objetivo para determinar la existencia de fraude, se encuentra Castán(42), quien apunta que "la doctrina de la prohibición del fraude legal se basa no tanto en el propósito de reprimir la mala fe -finalidad a la que responden otras instituciones cuanto en la necesidad de proteger los fines de las leyes Y. en definitiva, de la organización

jurídica". Igualmente, Albaladejo(43) destaca que "parece difícil que pueda existir un presupuesto de fraude a la ley en el que la conexión de actos descarte la intención de sus autores o proponga la 'inexistencia'; los actos que objetivamente defraudan a la leyes que suelen realizarse con propósito de defraudarla, aunque no queda constancia palpable del mismo". Por último, en esa línea argumental se encuentra Luis Díez-Picazo (44) cuando indica que "toda evolución moderna del fraude consiste en un intento de despegarse de la original línea subjetiva, sin tener que entrar a discernir cuáles fueron las intenciones o las motivaciones que impulsaron a los sujetos".

En cuanto al fraude realizado a través de las sociedades comerciales, el alemán Rolf Serick (45) ha manifestado que Muna ley puede quedar burlada con la utilización de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si solo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal". Serick también ha distinguido la aplicación del fraude a la ley como posibilidad para sancionar los manejos antifuncionales de la persona jurídica, del fraude y lesión del contrato y de otros daños causados a terceros a través de la organización colectiva.

Por su parte, Carmen Boldó Roda se ha mostrado conforme con la aplicación del fraude a la ley como mecanismo para evitar que los asociados de una persona jurídica la constituyan o realicen actos a través de ella, con la intención de burlar la finalidad que persigue un determinado ordenamiento legal. La mencionada jurista española(46) destaca, con mucha razón, que respecto a la norma defraudada o soslayable, la variedad de sentencias ponen de manifiesto que pueden ser una multitud de normas jurídicas: las que regulan la prescripción, el traspaso in consentido, derechos de retracto, etcétera. Con respecto a las normas básicas que servirían de cobertura, éstas serían las que otorgan responsabilidad limitada a la persona jurídica y las que declaran la personalidad distinta de los socios.

A manera de aclaración de lo apuntado por la última autora, debemos decir que, a nuestro modo de ver, en realidad contra lo que se atenta en el caso del fraude a través de las sociedades comerciales, es la concreta finalidad que se ha tenido al posibilitar normativamente la conformación de sujetos de Derecho que puedan contar con capacidad de actuación autónoma, vale decir, la potestad para que un individuo o una agrupación de éstos puedan realizar una actividad en común aunando esfuerzos y patrimonios, sin que ello implique arriesgar el íntegro de los bienes propios con los que cuenta cada socio.

Nuestra legislación vigente no sanciona expresamente el fraude a la ley; sin embargo, sí ha previsto el fraude a los acreedores dentro de la figura de la acción pauliana o revocatoria. En efecto, el artículo 195 del Código Civil declara la ineficacia de los actos realizados en fraude a los acreedores, cuando el deudor renuncie a derechos que le correspondan o disminuya su patrimonio conocido perjudicando el cobro del crédito.

3. Diferencias entre el abuso del derecho y el fraude a la ley

En este punto se hace necesario destacar las diferencias existentes entre el fraude a la ley y el ejercicio abusivo del derecho, aunque algunos hayan asimilado una figura a la otra o hayan incorporado una dentro de la otra. Así por ejemplo, Ligeorulo(47) identificó el fraude y el abuso del derecho desde el punto de vista de la norma violada, mientras que para Josserand(48), el abuso del derecho es un concepto genérico o más comprensivo, y el fraude de ley no es otra cosa que una forma concreta de cometer un abuso de derecho. En este último sentido se han pronunciado también Julliot de la Morandiere y Desbois(49).

Sin embargo, si bien existen muchas similitudes entre ambas figuras(50). hay también diferencias sustanciales entre el ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley, que ameritan una separación no solo doctrinaria sino que se verifica en la aplicación de las mismas. La primera de las diferencias que han sido destacadas, radica en que mientras en las conductas abusivas se ejerce un derecho de manera antisocial, en el fraude a la ley se rodea una norma legal acogiéndose a otra que le brinda aparente amparo.

Como consecuencia de la primera diferencia se derivan otras más. En el caso del abuso del derecho se produce un incumplimiento directo de una obligación genérica, mientras que en el caso del fraude existe un incumplimiento indirecto de dicha obligación a través de esquivar la norma defraudada.

Díez-Picazo(51) extrae otra diferencia que, aunque a nuestro modo de ver, no es absoluta, sí nos da indicios acerca de la distinción entre estos conceptos generales; así, menciona que "el 'fraus legis' opera ante todo cuando el individuo actúa negocialmente (negocio en fraude a la ley) y, por extensión, cuando actúa en el campo en que el ordenamiento jurídico le reconoce libertad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas". Por su parte, en el abuso del derecho "la persona encuentra una situación acotada por el ordenamiento jurídico como 'derecho' y la utiliza en perjuicio de un tercero, que no posee especial derecho y cuyo interés no se haya amparado por una especial prerrogativa jurídica".

Con el riesgo de reiterar de alguna forma las diferencias antes referidas, particularmente creemos que las más importantes que existen entre el fraude a la ley y el ejercicio abusivo del derecho son las siguientes:

1. El fraude a la ley pone énfasis en la violación de normas jurídicas o preceptos legales que forman parte del derecho objetivo, mientras que en el abuso del derecho se hace un uso u omisión excesiva de un derecho subjetivo (52) .
2. En el fraude a la ley se presentan dos normas. la primera de ellas es la ley de cobertura y la segunda la ley defraudada, esta última necesariamente de carácter imperativo; por su parte, en el ejercicio abusivo del derecho existe una potestad jurídica para obrar contenida en una norma legal.

3. En el fraude a la ley el criterio para determinar que un supuesto de hecho encaja en dicha teoría general lo constituye la finalidad social, económica o política que ha determinado la promulgación de la norma defraudada; en cambio, en el caso del ejercicio abusivo del derecho, el parámetro para establecer una conducta excesiva está dado por la moral social que objetivamente pueda determinar el juzgador dentro de determinado contexto.

4. Por último, debemos decir que en el fraude a la ley, el enfoque sancionatorio viene dado desde la perspectiva del deber impuesto por la norma legal cuya finalidad no se ha respetado; mientras que en el ejercicio abusivo de una conducta, el énfasis está puesto en la actuación de un derecho que posteriormente resulta lesivo para los intereses de terceros.

III. ALGUNAS FORMAS DE ABUSOS Y FRAUDES REALIZADOS A TRAVÉS DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Hemos comprobado anteriormente que los socios pueden cometer abusos y fraudes a través de la creación de una sociedad mercantil o mediante las actividades que ésta realiza, tomando como instrumento antijurídico la subjetividad que la ley otorga a la persona jurídica así como las reglas que le son aplicables en tanto sujeto de Derecho autónomo.

En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia comparada han destacado innumerables situaciones específicas en las cuales se manifiestan con mayor regularidad el abuso y el fraude a través de las personas jurídicas. Así por ejemplo, ya comentamos que Serick (53) señaló que el fraude a la persona jurídica podía presentarse en tres diversas modalidades: el fraude a la ley, el fraude y lesión del contrato y otros casos de daño causados fraudulentamente o con deslealtad a terceros con el recurso de la persona jurídica.

De los Mozos(54), por su parte, ha señalado que el problema de los excesos cometidos mediante la persona jurídica se produce en los siguientes campos: nacionalidad, ámbito fiscal, en las sociedades de un solo socio, en personas jurídicas que actúan por grupos ('cartels'), y los casos de limitación de la concurrencia o extensión de la quiebra a personas o entidades que se hallen en conexión con el quebrado.

De Ángel Yagüez(55) relaciona los fraudes y abusos a través de la persona jurídica con los siguientes temas: responsabilidad civil, tercería de dominio y otras manifestaciones procesales, actos fiduciarios y, finalmente, persona jurídica de un único miembro.

Desde nuestro punto de vista, es conveniente precisar cuáles son los supuestos en los que se presentan con mayor continuidad actos antijurídicos, utilizando a la sociedad comercial de manera maliciosa e instrumental, a fin de que sean los juzgadores quienes determinen, con un criterio discrecional, si se han verificado los suficientes indicios como para aplicar los remedios jurídicos que propondremos

más adelante. Sin embargo, también pensamos que la determinación de los supuestos de abuso y fraude por medio de las personas jurídicas no puede ser demasiado taxativa, pues crearía el efecto contrario y limitaría la capacidad de actuación de los propios jueces en los casos concretos, al establecer puntualmente qué condiciones deben presentarse para considerar una conducta como antijurídica.

Además, debemos manifestar que si se presentan prohibiciones expresas para una determinada situación, ya no se podría hablar de abuso ni de fraude, pues para que se apliquen estas dos figuras jurídicas, se presume la inexistencia de normas expresas que restrinjan determinadas conductas. Es decir, ambas son aplicables cuando la norma legal no se ha pronunciado puntualmente sobre la ilicitud de la conducta que debe ser sancionada a través de ellas.

Por tales razones, hemos considerado conveniente tomar los supuestos de hecho que ha rescatado Carmen Boldó Roda(56) de la doctrina comparada, destacando los casos de insuficiencia patrimonial, dirección externa o grupos económicos y confusiones de esferas o de patrimonios, todos ellos con las precisiones que en cada caso iremos haciendo. Pero antes de entrar al análisis de cada una de estas situaciones, debemos manifestar que aunque ellas sean estudiadas de manera individual, en los hechos pueden presentarse supuestos que reúnan más de una característica de los casos que a continuación expondremos.

1. Infracapitalización (infrapatrimonialización)" de la sociedad

La infracapitalización de la sociedad comercial se produce cuando esta no cuenta con los medios económicos suficientes como para cubrir las Obligaciones que generen las actividades que realiza en el desarrollo de su objeto social, tomando como criterios para determinar esta situación el tipo de actividad de la organización colectiva, el riesgo creado en el desarrollo de dicha actividad y los volúmenes de operaciones comerciales o de obligaciones que pueda contraer la persona jurídica sobre la base de los documentos contables que maneje.

Ahora bien, el patrimonio de la sociedad puede estar integrado por bienes que forman parte de su capital social, pero también aquélla, desde que se ha constituido como un sujeto de Derecho independiente de sus miembros, puede adquirir bienes propios que pasan a formar parte de su patrimonio personal, entendido éste en el sentido más amplio(57). De esta manera, si bien la garantía mínima con la que cuentan-los acreedores está conformada por el capital social de la persona colectiva, no se puede negar que todos los bienes que se encuentran dentro de la esfera jurídica patrimonial de la organización, respaldarán las actividades que ésta realice, y por tanto las obligaciones que contraiga.

Sin embargo, la doctrina ha enfatizado el aspecto referido al capital social, entendido como una cuenta del balance de la sociedad, y ha estudiado algunos supuestos en los cuales se presentan algunas "irregularidades" de esta cuenta del patrimonio de la persona jurídica. En efecto, los autores hablan de la "infracapitalización" de la persona jurídica, como en el caso del jurista español Paz-Ares(58), para quien se trata de "una desproporción conmensurable-o manifiesta- entre la magnitud del capital fijado en los estatutos y el nivel de riesgo de la empresa social que en cada caso se programe para la realización del objeto social".

En suma, por ser el íntegro del patrimonio de la sociedad comercial el que garantiza los créditos que ésta adquiere frente a terceros; en vista de que el capital social constituye únicamente una cuenta del pasivo del balance de toda organización colectiva; y por los motivos que más adelante expondremos, preferimos hablar de "infrapatrimonialización de la persona jurídica" para hacer alusión a esta particular situación económica que atraviesa una sociedad, aunque como ya lo indicamos, la doctrina hace referencia en todos los supuestos a la "infracapitalización" de la persona colectiva.

Así, Massaguer (59) ha sostenido que la infracapitalización se presenta como "un doble fenómeno relativo a la financiación de una sociedad de capitales por parte de sus socios: de una parte, la insuficiencia de los medios aportados por los socios en concepto de capital de riesgo para cubrir las exigencias financieras de la empresa social y, de otra, la sustitución de aportación de capital de riesgo por préstamos efectuados por los socios a la sociedad, o mediante otras operaciones económicamente equivalentes".

Pues bien, la definición que nos da Massaguer contiene en sí misma las dos clases de infracapitalización que ha elaborado la doctrina. La primera es la llamada infracapitalización "material", que se presenta cuando los socios aportan un capital ínfimo a la persona jurídica, el cual no posibilita que ésta se desarrolle según las actividades para las que fue creada. La segunda forma de infracapitalización es la llamada "nominal", que se da cuando la organización colectiva cuenta con los recursos para desarrollar sus actividades, pero esos recursos no provienen de un capital social suficiente, sino de actos de financiación por parte de los socios o de terceros, los cuales por ello adquieren la calidad de acreedores de la sociedad.

Desde nuestro punto de vista, la infracapitalización material de la persona jurídica, como un mecanismo para cometer abusos y fraudes a través de esta última, podría ser solucionada mediante la imposición legislativa de que la sociedad mantenga un patrimonio neto mínimo, a partir de los criterios que hemos resaltado al empezar a tratar este punto; esto es, por el tipo de actividad desarrollada, por el nivel de riesgo creado y por las obligaciones contraídas en términos contables(60).

Puesto que la solución para el supuesto de la infracapitalización material sería -a nuestro entender- de carácter legislativo, no entraremos a analizar en este trabajo

el aspecto patrimonial que pudiera tener la persona colectiva(61), ya que el patrimonio, además de ser de carácter variable (recordemos que el patrimonio de la organización se altera según el desarrollo de sus actividades), no tendría mayor relevancia, ya que de no cumplirse la provisión económica mínima que establecería la ley, se produciría un acto contrario al ordenamiento jurídico y en consecuencia la constitución de la sociedad sería nula(62) o se tendrían que aplicar los remedios que más adelante expondremos.

Algún autor (63) ha resaltado la gran dificultad para determinar los criterios de aplicación de una norma Que prohíba expresamente la infracapitalización material, señalando además Que ésta generalmente se presenta junto a la infracapitalización nominal y Que existen mecanismos suficientes de mercado "para poner remedio preventivamente a las situaciones más frecuentes y graves, Que soolas que afectan a los acreedores contractuales".

Discrepamos de lo señalado, ya que únicamente serían los grandes acreedores quienes a través de mecanismos de mercado podrían verificar el patrimonio de la sociedad y, de ser el caso, exigir las garantías suficientes. No es igual la situación, por ejemplo, en el caso de los pequeños proveedores, los trabajadores, los acreedores extracontractuales o el propio Estado, los cuales no están en posición de verificar la situación patrimonial de la empresa o les resulta muy oneroso.

Si bien proponemos la regulación legislativa de un patrimonio mínimo, se podría pensar que ya no se debería hablar de infracapitalización nominal, pues la persona jurídica contaría con una dotación económica suficiente que respalde las actividades y el riesgo creado por la misma. Sin embargo, puede darse el caso de que una persona jurídica a pesar de contar con esta dotación patrimonial mínima, realice operaciones comerciales o tenga obligaciones por montos mucho mayores que los presupuestos por las normas que fijan un capital mínimo, por lo cual igualmente puede obtener financiamiento de sus miembros o de terceros vinculados. Sería fundamentalmente en esos casos en los que pueden presentarse situaciones de abuso o fraude cometidos a través de la persona jurídica.

Aunque es conveniente diferenciar dos tipos de préstamos que pueden ser otorgados a la sociedad comercial por los socios o por terceros vinculados a ellos; son, por un lado, los llamados "créditos puente", que están destinados a superar una etapa de iliquidez coyuntural que se presenta en el desarrollo de las actividades de la persona jurídica, y se recuperan tan pronto como se ha solucionado la situación de crisis; y de otro lado, los "créditos de refinanciación", que tienen el objetivo de reorganizar la situación financiera de la sociedad, como paso imprescindible para la adopción de otras medidas igualmente importantes (modernización de la producción, reestructuración de la red de ventas, abandono de líneas de producción o apertura de otras nuevas, recortes de planillas, cambios de gerencia, etcétera){64}. Pensamos que esencialmente en estos últimos casos se configurarían situaciones de abuso o de fraude a través de la persona jurídica.

Pero hay que tener en cuenta que en el caso de la infracapitalización nominal, no bastará con el hecho de que las operaciones sean inmensas comparadas con la cobertura de riesgo por actividad que brinda el capital social, ni que los socios o terceros vinculados hayan financiado a la organización(65); lo que se debe verificar es el patrimonio íntegro con el que cuenta la persona jurídica, y no solo su capital, pues, como ya lo dijimos, es aquél el que sirve como garantía de hecho a los acreedores de la organización colectiva. Esta situación puede ser verificada en los documentos contables que debe llevar la sociedad, según lo que ya habíamos apuntado. En virtud de ello, creemos que se debería hablar más propiamente de infrapatrimonialización nominal de la entidad asociativa.

De esta forma, sería en los casos de infrapatrimonialización nominal en los que de manera efectiva los socios abusan o defraudan a terceros, a través de la responsabilidad limitada que se otorga a la sociedad comercial y a sus miembros. Cabanellas de las Cuevas(66), ha destacado que "las limitaciones que, en función de los tipos societarios, se reconocen respecto de la responsabilidad de 10\$ socios, se basan en que existirá una inversión de los socios que debe ser protegida y estimulada mediante limitaciones sobre su responsabilidad. Pero si tal inversión no es realmente significativa, el fundamento económico de la restricción de la responsabilidad estaría perdido".

Estamos de acuerdo con Massaguer(67) cuando apunta que "los problemas discutidos en ambos casos giran en torno a las mismas claves: la formación de un capital de riesgo suficiente y la legitimidad de la responsabilidad limitada de los asociados ante la insuficiencia de dicho capital"; aunque la solución al problema de la infracapitalización nominal (para nosotros infrapatrimonialización) que defiende el mencionado autor, haya sido la postergación legal de los créditos en materia fundamentalmente concursal(68).

Para concluir, queremos destacar que un sector de la doctrina comparada ha reconducido el problema de la infrapatrimonialización nominal al ámbito del fraude a la ley y al empleo abusivo de la institución del "contrato de préstamo"(69) con lo cual queda ratificada nuestra posición respecto a la aplicación de ambas figuras jurídicas en los casos de manejos ilegítimos de la sociedad comercial. Corresponderá pues al juez determinar cuándo se encuentra ante un supuesto o ante otro, según el caso que llegue a sus manos.

Desde la óptica del fraude a la ley, lo que pretenden los miembros de la sociedad a través de la infrapatrimonialización de la misma, es eludir las normas que disponen el pago de las obligaciones a terceros, acogiéndose a la posibilidad de crear una organización colectiva a la cual se le puedan otorgar préstamos como sujeto deudor de la relación obligatoria, y que cuenta además con la limitación de su responsabilidad patrimonial. Con ello burlan el deber de pago que tiene la sociedad frente a sus acreedores, pues existen deudas frente a los socios que se encuentran en una mejor posición para el cobro.

Por su parte, en el caso del abuso del contrato de préstamo, los socios y la persona colectiva recurren a dicho negocio jurídico, excediéndose en las facultades con las que cuentan para celebrar actos 'inter' partes que tengan eficacia vinculatoria, y que además generen entre ellas relaciones obligatorias. Es decir, el derecho subjetivo abusado es precisamente la autonomía negocial, en perjuicio de los parámetros morales que objetivamente deben respetarse dentro de un contexto social determinado.

Algunos casos de la jurisprudencia comparada

Antes hemos mencionado el caso que se presentó en los tribunales del Estado de Nueva York en Estados Unidos de América, en el cual el señor Walkovsky demandó a la empresa 'Seon Cab Corporation' y al señor Carlton para que lo indemnicen por los daños que le causó uno de los vehículos de la referida empresa. Efectivamente, el señor Walkovsky demandó al señor Carlton por ser el mayor accionista de la empresa de taxis que era propietaria del automóvil que le causó el accidente, la misma que contaba con un capital social exiguo comparado con el riesgo que generaba por su actividad económica. Como se debe recordar, el señor Carlton además era socio de otras 9 empresas dedicadas a la misma actividad, por lo cual quedaba acreditada la voluntad de "atomizar" el patrimonio con el que contaba el señor Carlton y así aprovecharse maliciosamente del beneficio de responsabilidad limitada concedido a la persona jurídica.

Cabanellas de las Cuevas(70) trae a colación la sentencia emitida por un tribunal argentino en la que se indica que mediante la persona jurídica "se buscaban legalizar actos abusivos" a través -como lo dice la propia resolución- de la "insuficiente capitalización de la sociedad controlada, que pasa a ser una sociedad fantasma, sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores". El principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima presupone que la misma debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto.

2. Grupos económicos

El segundo caso en el que se dan con mayor frecuencia situaciones de abusos y fraudes realizados a través de las sociedades comerciales, es cuando éstas se presentan formando grupos económicos, también llamados "grupos empresariales" o "grupos de control".

Ciertamente, los grupos económicos no han encontrado una definición ni una delimitación exacta dentro de la doctrina comparada, pues es un fenómeno que si bien surgió a fines del siglo XIX en el Reino Unido como una consecuencia de la concentración de grandes capitales, hasta este momento han seguido apareciendo nuevas manifestaciones de esta figura, que más que de Derecho resultan de situaciones económicas que se verifican en el contexto de las economías de libre mercado existentes a nivel mundial (71).

En ese sentido, hemos creído conveniente recoger la definición que con un criterio económico nos brinda Andrés Sanfuentes(72), quien ha señalado que un grupo económico "constituye una forma de conglomerado que está destinado a dirigir centralizadamente un conjunto de empresas". El mismo autor ha resaltado las características fundamentales de los grupos económicos que a continuación hemos sintetizado:

a) Existe una dirección centralizada de un conjunto de empresas que tendrían en común la propiedad y la administración, y donde los propietarios cumplen también roles ejecutivos (un elemento central es el sentido de lealtad y de equipo).

b) El objetivo central es la maximización de la rentabilidad a largo plazo del conjunto de empresas y no de cada una individualmente.

c) Por su tamaño y poder económico ejercen algún grado de influencia en la formulación de las políticas públicas y en la institucionalidad vigente.

d) Diversifican sus actividades, con lo cual reducen el riesgo de sus inversiones (por dicha razón pueden realizar proyectos de largo plazo).

e) Son una respuesta microeconómica para enfrentar las deficiencias con las que operan los mercados de factores primarios y el riesgo de los países menos desarrollados.

f) La información pasa a ser una especie de bien público para todas las entidades del grupo.

g) La concentración de recursos humanos y técnicos permite formar una importante capacidad de innovación y modernización de todas las facetas del proceso de producción.

h) Tienen la posibilidad de movilizar con rapidez algunos recursos como el capital financiero.

Villegas(73) ha destacado las justificaciones y los problemas que trae consigo la creación de los grupos económicos, señalando que se justifican porque aumentan la producción, abaratan los costos, desarrollan la tecnificación, convienen al autofinanciamiento y permiten el financiamiento en investigación y desarrollo. Por otro lado, los inconvenientes de que existan los grupos empresariales son que afectan la sana competencia, sirven como instrumentos para deslindar responsabilidades entre una matriz y sus filiales, se pueden causar perjuicios a los accionistas minoritarios, pueden existir contratos de trabajo para una empresa del grupo y que se trabaje efectivamente para otra, y puede surgir un problema de información para los terceros cuando ésta no se brinda de manera consolidada.

Creemos que en la relación de problemas que generan los grupos económicos que antes hemos mencionado, se ha omitido un inconveniente que consideramos

trascendental, nos referimos al costo social que implica el aumento en el número de los grandes grupos de empresas. En efecto, la concentración de la riqueza hace que los grupos detentores de la misma sean cada vez menores, se haga más difícil competir con ellos, puedan decidir -por ejemplo- cuáles serán las remuneraciones de sus trabajadores, y además cuenten con una influencia política enorme, si no decisiva(74), que normalmente redundará en su propio beneficio.

La gran mayoría de los juristas que tratan este tema y que hemos tenido oportunidad de consultar, centran su atención en "el control" y en la "dirección unificada" como notas distintivas de las agrupaciones de sociedades comerciales. Así, Martorell(75), de lo dicho por Pavone La Rosa, ha señalado que las características más importantes del grupo son las siguientes:

1. Existencia de personalidades jurídicas autónomas, lo que implica una estructura diferenciada en los órganos sociales y patrimonios separados. Ello es respaldado por Octavio Bueno(76), quien añade que si los integrantes de un grupo no son autónomos, sino que son meras unidades técnicas, no existiría pluralidad de sujetos, requisito elemental del concepto de grupo.

2. Una relación de control y dominación(77).

3. La existencia de una dirección unificada que es la que determina las políticas grupales en función de los intereses económicos establecidos por quienes tienen el poder de conducir.

Ahora bien, según lo que apunta Villegas(78), siguiendo a Claude Champaud, la unidad de decisión "requiere de una organización y ella debe ser consecuencia de una técnica jurídica precisa, elaborada y estable". Mientras tanto, sobre el control señala que "es el resultado de la unidad de decisión y es un señorío organizado por medio del Derecho, que transfiere a los detentadores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario". El propio Villegas(79) añade que el control es una "situación de 'dominio' de una sociedad sobre otra u otras; o, a la inversa, de 'dependencia' de una sociedad respecto a otras".

Para el autor brasileño Octavio Bueno(80), al hablar de dominación y control nos referimos a dos momentos de una misma realidad; el control se presenta como una dominación virtual, en potencia, mientras que la dirección es la dominación ejercida en los hechos.

Desde otra perspectiva, Carmen Boldó(81) dice que se presentan casos de control cuando "la voluntad de la sociedad controlada es la voluntad de la sociedad dominante, por lo que la primera no perseguirá sus propios intereses sino que su actuación estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella, los de la sociedad dominante". Así, parece que esta autora se adhiere a otro sector de la doctrina que pone en primer plano el interés común del grupo, al cual se le ha

llamado "concepto amplio", sobre la dirección unitaria y la dependencia, al cual se ha llamado "concepto estricto"(82).

Señala pues la citada jurista española(83), recurriendo a Font i Ribas, que el interés del grupo es el que "permite individualizar la noción de grupo y justificar su regulación". La misma autora continúa diciendo que "lo que verdaderamente interesa para llegar a una noción de grupo es el hecho de la dirección unitaria"(84). Entre nosotros, Hundskopf también se ha adherido a esta posición cuando, al desarrollar la idea de la dirección unificada, destaca que "el interés propio de cada sociedad queda sometido a los intereses del grupo expresados por la empresa o empresas dominantes".

Al respecto, Dobson(85) destaca que "el interés social puede ser conceptualizado como la finalidad, que se presume existente en todo socio, de que se harán todos los esfuerzos posibles y razonables tendientes a obtener una ganancia mediante la persecución del objeto social previsto".

Ciertamente, al sostener que el criterio de verificación de la existencia de un grupo económico reside en la primacía de un interés grupal sobre el interés social que existe en cada persona jurídica controlada, se reconoce la posibilidad de que se presenten conflictos de interés, pues los administradores deberán lealtad tanto a la sociedad, entendida de manera individual, como al grupo de ellas. En caso de que predomine el interés grupal sobre el de cada componente se producirá una degeneración del interés social(86).

Teniendo en cuenta ello, podemos decir que el dominio y la dirección unificada con el que cuentan una o más personas jurídicas sobre otra u otras, implica que el interés de la organización controlada va a estar en función del interés que tenga el grupo económico. Entonces, podemos afirmar que deben confluír las tres circunstancias para que el juzgador pueda determinar la existencia de una agrupación de personas jurídicas, éstas son: relación de dominio, dirección unificada y por último un interés grupal que resulta como consecuencia de las dos primeras.

Ahora bien, ya en el caso de los grupos económicos se han presentado abusos y fraudes a través de las sociedades que se encuentran comprometidas en estas situaciones de control y dirección unificada. Sobre el particular, Galgano(87) resaltó que "las grandes 'holdings' (sociedades controladoras) del mundo en muy raras ocasiones recurren a la figura de la sociedad nacional con sedes secundarias en el exterior; más bien, recurren, en la mayoría de las ocasiones, a crear una proliferación de sociedades, tantas cuanto son los mercados exteriores en que la empresa opera, todas controladas por la sociedad nacional. Se obtiene así la ventaja de separar los riesgos del mercado exterior de los del mercado nacional y, en otras ocasiones, de separar entre ellos los riesgos relativos a cada uno de los mercados exteriores".

Por lo menos dos autores nacionales⁽⁸⁸⁾ se han pronunciado sobre los intereses que pueden ser vulnerados, mediante los malos manejos que se realicen de las sociedades que integran un determinado grupo económico. Así, han mencionado en primer lugar el interés de los socios minoritarios (también llamados "socios externos"). Al respecto, se han tomado del modelo alemán tres posibles soluciones para este caso, a saber: 1) que los accionistas se separen de la empresa (recibiendo una indemnización previamente pactada); 2) que permanezcan en ella en calidad de rentistas (percibiendo un dividendo garantizado); 0,3) que pasen a integrar parte del grupo (entregándoseles acciones de la empresa dominante). También se ha puesto énfasis en la necesidad de brindar información consolidada, no solo del grupo sino también de cada una de las empresas que lo integran.

En cuanto a la protección a los accionistas minoritarios, en nuestro país se ha dado la Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas, Ley N° 26985, mediante la cual se obliga a esta clase de sociedades a publicar periódicamente el número total de los títulos representativos de acciones no reclamados y el valor de los mismos, así como el monto total de los dividendos no cobrados y exigibles. La entrega de los títulos representativos de acciones y el pago de dividendos, se deben realizar bajo la supervisión de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

Otro de los intereses que puede resultar atentado es el de los acreedores, ya que éstos pueden ver burlados sus derechos mediante transferencias patrimoniales de las empresas del grupo, nuevas políticas de inversión, liquidación o insolvencia de una de las sociedades comerciales, etcétera. En otras legislaciones, como en la alemana o la francesa, la solución ha sido extender la responsabilidad hasta las personas jurídicas controlantes.

En tercer lugar, consideramos que también pueden verse afectados los intereses de los trabajadores, debido a que es posible transferir los ingresos de una empresa para beneficiar a otra, perjudicando al trabajador que tiene el derecho de percibir los beneficios a utilidades anuales; además, los trabajadores están sujetos a los riesgos propios de la actividad que realiza el grupo, se pueden producir traslados de trabajadores de una empresa a otra, entre otras situaciones que pueden resultar perjudiciales para ellos.

Por último, creemos que el interés del Estado también puede verse perjudicado cuando el grupo de empresas realiza actos tendentes a defraudar al Fisco, evadiendo el pago de sus obligaciones tributarias.

En el Perú se han dado algunas normas especiales referidas a los grupos económicos. Así, en el ámbito del mercado de valores existe el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, Resolución CONASEV N° 722-97-EF, el mismo que en su artículo 5° define al grupo económico como "el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo

conjunto de personas naturales". Asimismo, la referida norma establece que se entiende por control "la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica".

El artículo 7° del comentado texto legal dispone la obligación de las personas jurídicas que se encuentran inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores y las que mantienen valores inscritos en el citado Registro, de comunicar a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) el listado de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenecen, aunque aquéllas no estén inscritas en el mencionado Registro. En igual forma, se debe comunicar la relación de accionistas con más del 5% de participación en cada una de las personas jurídicas, sus directores, gerentes y asesores. Esta información es considerada como hecho de importancia para los efectos establecidos en artículo 28° del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Decreto Supremo N° 093-2002-EF.

De igual manera, en el caso de las entidades financieras y de seguros se encuentra vigente el texto que contiene las Normas Especiales Sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución SBS N° 445-2000, que establece en su artículo 8° que se entiende por grupo económico "al conjunto de personas jurídicas nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión".

La misma norma establece que se entiende por control a la "influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica". Distingue entre el "control directo", cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de socios a través de la propiedad directa o indirecta (B9J, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio; y el "control indirecto", cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de socios.

Hay que añadir que en este último caso, la información sobre los grupos económicos de las entidades financieras y de seguros (conglomerado financiero), y de grupos económicos integrados por entidades financieras y de seguros y aquellas que no lo son (conglomerados mixtos), debe ser necesariamente remitida anualmente a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) a efectos de realizar una supervisión consolidada para determinar los riesgos de los conglomerados y realizar el análisis de cumplimiento de los requerimientos patrimoniales. El balance y el estado de ganancias y pérdidas consolidados deberán ser publicados anualmente en el Diario Oficial El Peruano y en uno de circulación nacional(90).

En materia tributaria, el artículo 24 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta(91), Decreto Supremo NQ 122-94-EF, ha establecido el concepto de grupo económico; lo propio, y en similares términos, se ha previsto en el artículo 54 del Texto Unico Ordenado de la Ley del Impuesto General a las ventas, Decreto Supremo N° 055-99-EF.

Finalmente existen normas en el ámbito de las concesiones de infraestructura ferroviaria, que han precisado la interpretación del término "control efectivo" empleado en las bases de los procedimientos para adjudicar las referidas concesiones(92).

Sin perjuicio de los dispositivos legales antes mencionados, creemos, como lo ha manifestado algún sector de la doctrina, que debe crearse en nuestro país una regulación legal de carácter general, que contemple las múltiples situaciones que se originan en virtud a la existencia de los grupos económicos.

Ahora bien, somos de la opinión que los abusos o fraudes cometidos a través de las sociedades que integran un grupo económico, podrían seguirse presentando a pesar de dicha regulación; por tal motivo, incluimos esta figura económica dentro del grupo de casos en que pueden manifestarse actos antijurídicos realizados a través de las sociedades comerciales, y en ese sentido, esas patologías deberán ser solucionadas aplicando los remedios que más adelante propondremos.

Algunos casos de la jurisprudencia comparada

Cabanellas(93) trae a colación un caso de la jurisprudencia argentina relacionado con la existencia de un grupo económico, nos referimos al caso Zamora Ventas S.R.L. contra Técnica Comercial Hoy S.A., en el cual los fuertes tenedores de acciones de esta última y de la empresa Virtus S.A. eran las mismas personas, usaban bienes y servicios comunes, y trabajaban en ellas empleados y funcionarios en muchos casos coincidentes. El juzgador destaca que entre ambas existe coincidencia en los fines económicos (llámese interés grupal), los cuales son válidos y lícitos siempre que se respete el derecho de los terceros que han contratado y colaborado con aquéllas.

En Argentina también se presentó el conocido caso de la empresa Swift de la Plata S.A., en el que la quiebra de esta empresa se extendió a su principal accionista Deltec International Limited, así como a otras sociedades del grupo, en beneficio de los restantes acreedores concursales de la empresa fallida(94). Conviene mencionar la parte de la sentencia emitida por la Corte Suprema que resalta que "el régimen de la persona jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros (...), las políticas económicas y financieras seguidas por el grupo controlante (Deltec) obedecen a pautas no solo gravosas para el interés comercial sino para el de la comunidad toda"(95).

Antes hemos destacado un caso que se ha presentado en materia laboral en nuestros tribunales; estamos hablando del caso del trabajador Alejandro Orihuela

Meza contra el grupo de Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera. Backus y Johnston. En dicha oportunidad, los magistrados que resolvieron este conflicto consideraron la vinculación económica existente entre las empresas del grupo y no su autonomía jurídica, y aunque no hicieron referencia expresa ni al abuso del derecho ni al fraude a la ley, aplicaron la normativa que establecía que las leyes sociales son persecutorias del negocio(96).

Ricardo de Ángel Yagüez(97) ha recogido otro caso laboral referido a la conformación de grupos económicos, en el cual el Juzgado de lo Social de Castilla - La Mancha estimó parcialmente la demanda interpuesta por Rafael C.C. frente a Géneros de Punto Santa Quiteria, S.A., don Juan Manuel M.M., don Juan C.I., don Julián G.O. y Manufacturas Eurocastellanos, S.A. sobre resolución de contrato laboral. Se puede deducir de la resolución comentada que las personas físicas demandadas, que eran socias de la empresa Géneros de Punto Santa Quiteria, S.A., en un determinado momento decidieron vaciar de contenido, de actividad y de patrimonio a la misma, liquidándola posteriormente sin que exista causa justificativa para ello, salvo eludir sus responsabilidades -laborales en este caso- con un ánimo defraudatorio, para con lo sustraído iniciar una nueva actividad empresarial en Manufacturas Eurocastellanos, S.A. La Corte entendió que se trataba de un conjunto económico único y que por ello debían responder todos sus componentes, por lo que extendió la responsabilidad de la empresa empleadora Géneros de Punto Santa Quiteria, S.A. a las personas que fueron demandadas.

3. Confusión patrimonial y confusión de esferas

La tercera forma más común en la que se han venido cometiendo abusos y fraudes a través de las sociedades comerciales, son las llamadas confusiones patrimoniales y confusiones de esferas jurídicas. Estas situaciones se presentan cuando el patrimonio de la organización y el de sus socios no pueden diferenciarse claramente, o cuando resulta muy difícil distinguir entre ambos sujetos de Derecho -la sociedad y el socio- externamente, según el caso(98). Así ocurre por ejemplo en las sociedades en las que, aparentemente independientes, comparten todos o la mayor parte de sus miembros, en las personas jurídicas de un solo miembro o en las llamadas "sociedades de favor" (99).

Hablando exclusivamente sobre la confusión de patrimonios, Olivencia(100) señala que esta situación se presenta cuando "aun apareciendo patrimonios distintos, titulados por personas diferentes, las facultades, derechos o potestades que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un patrimonio se ejercitan de hecho, también o exclusivamente, por persona diversa de su titular jurídico, y cuando las consecuencias económicas de los beneficios o pérdidas experimentados por un patrimonio repercutan de hecho en otro distinto".

Como bien ha apuntado Boldó Roda(101), existen situaciones más propicias para que la persona jurídica sea usada en fines para los que no fue concebida; cuanto mayor sea el grado de dominación o de influencia del miembro que integra dicha

entidad, con mayor facilidad podrán presentarse los casos de confusión de esferas o de patrimonios. Así por ejemplo, debemos resaltar el caso de las personas jurídicas constituidas por un solo miembro o las que devienen en unipersonales.

En efecto, las situaciones de confusiones patrimoniales o de esferas se presentan con mayor continuidad en los casos de las personas jurídicas formadas por un solo integrante, pues es más factible que en dichos supuestos no se pueda distinguir exteriormente, ni a la persona que actúa ni los bienes con los que cuenta la organización colectiva. En nuestro país existe la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada, que implica que una persona natural(102) pueda crear una persona jurídica independiente en sus relaciones y sus responsabilidades, a fin de que realice actividades de carácter comercial.

Por otra parte, en el artículo 40° del Anteproyecto de la Ley del Empresariado se ha previsto, en una medida que nos parece acertada, la figura del empresario con responsabilidad limitada, la cual posibilitará que las personas que realizan actividades empresariales de manera individual, puedan contar con la limitación de su responsabilidad patrimonial, sin que sea necesaria la conformación de un nuevo sujeto de Derecho, esto es, de una persona jurídica, siempre que constituyan un fondo empresarial y manifiesten su deseo de limitar su responsabilidad hasta por los bienes aportados al fondo, en el momento de inscribirlo en los Registros Públicos. De esta forma, la imputación de las consecuencias jurídicas recaerá en el mismo titular del patrimonio que ha sido afectado para realizar la actividad empresarial.

Asimismo, en nuestro sistema legal se ha previsto la posibilidad de que exista temporalmente una "sociedad unipersonal"(103), devenida cuando una persona colectiva de naturaleza comercial, con un número plural de miembros, ha perdido dicha característica y queda únicamente con un socio. Esta situación, de acuerdo al artículo 4Q de la Ley General de Sociedades, puede durar un plazo máximo de seis meses, plazo durante el cual la sociedad deberá recuperar el número mínimo de socios, de no ser así la sociedad se disolverá de pleno derecho(104).

Debemos destacar que en muchos otros países existe la figura de la sociedad unipersonal originaria, así por ejemplo tenemos los casos en Europa de Alemania, España, Francia, Italia, Holanda y Bélgica(105J. La sociedad unipersonal actúa con capacidad propia y con la limitación de su responsabilidad patrimonial, y en términos generales es una figura muy similar a nuestra empresa individual de responsabilidad limitada.

Sobre el particular, recogiendo la idea vertida por Cabanellas de las Cuevas (106), podemos señalar que la división del patrimonio de la sociedad respecto al de los socios, es uno de los pilares sobre los que se forman las distintas relaciones jurídicas de los terceros con la organización colectiva. Por ello, cuando un miembro de la sociedad utiliza o dispone como propios los bienes de ésta, produciéndose confusiones patrimoniales, está afectando el patrimonio que obra como garantía de los acreedores, creándoles así un perjuicio potencial.

En los casos de confusiones patrimoniales y de esferas, se han incluido también los de personas jurídicas constituidas a través de testafierros, los cuales son empleados para cubrir un requisito previsto en la ley, fundamentalmente nos referimos a la exigencia de un número mínimo de personas que deben conformar la organización colectiva, o también cuando a ésta la integran únicamente testafierros que actúan en realidad en interés de otra persona (socio encubierto) (107). A estas formas de sociedades se les denomina también sociedades de favor (108).

Se podrá notar que pueden existir situaciones en las cuales resultará difícil determinar cuándo estamos ante un caso de control y cuándo ante una situación de unipersonalidad. Como se recordará, en principio, para la existencia de un grupo económico deben reunirse sujetos autónomos que lo integren, mientras que en el caso de la organización unipersonal esto no se presenta, pues la misma está formada por un único miembro. Sin embargo, se presentan situaciones que pueden no ser tan claras, como por ejemplo cuando existen dos socios y uno de ellos cuenta con el 99% de las participaciones y el otro con el 1 %. Creemos que en estos supuestos debe ser el juez quien debe determinar en qué casos estamos ante la mera existencia de testafierros, y por ello ante una persona jurídica materialmente unipersonal, o cuándo estamos ante una situación de control que implique la existencia de un grupo económico(09).

Sobre los casos de las sociedades de favor compartimos los comentarios emitidos por el profesor italiano Grisoli (110), pues creemos que los testafierros son verdaderos miembros de la sociedad y no se puede hablar de una simulación, ya que el deseo de constituir la persona jurídica realmente habría existido(111); sin embargo, sí creemos que esta situación debe ir acompañada de una debida regulación legislativa en la que se posibilite realizar actividades empresariales de manera individual, y si se quiere, posibilitar la conformación de una persona jurídica de un solo miembro, pero a su vez, se deben prever los remedios jurídicos que puedan ser útiles para evitar los abusos y fraudes que se puedan realizar a través de las organizaciones colectivas con esas características.

Se han planteado algunas situaciones antijurídicas que se pueden originar en virtud a la existencia de organizaciones colectivas integradas por una sola persona(112). Así por ejemplo, los casos de compensación que podría realizar un tercero que tiene una deuda frente a la persona jurídica, pero tiene un crédito en su favor contra el miembro de la misma; la disposición testamentaria de la organización colectiva unipersonal; los casos de prenda de bienes; y los contratos de los socios.

En cuanto a la compensación de créditos serían aplicables las reglas del Derecho común, por tal motivo, no creemos que se pueda efectuar dicha forma de pago en los casos estudiados, pues se trata de dos centros de imputación de relaciones jurídicas diferentes: la persona jurídica y el miembro de ésta. Cada uno de los dos tiene sus propios derechos y deberes, por lo tanto procedería una compensación,

por ejemplo, en caso de que el titular o el socio cedan sus derechos a la empresa individual de responsabilidad limitada o a la sociedad unipersonal, respectivamente. Aunque en ese supuesto debe evaluarse si la transferencia del crédito mediante cesión, se ha efectuado de manera fraudulenta a fin de aplicar el remedio que sea conveniente.

Respecto a la transmisión 'mortis causa', el artículo 27 de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada ha establecido que el derecho del titular puede ser transferido en caso de fallecimiento del titular; en ese sentido, no existe ninguna dificultad para que el miembro de una persona jurídica unipersonal como la indicada, transfiera su derecho a través de un acto testamentario.

Mediante la constitución de garantías prendarias pueden evadirse obligaciones legales o contractuales; hay que recordar que la constitución de una prenda, en principio, implica la desposesión del bien prendado y su entrega al acreedor garantizado(113), salvo en el caso de bienes muebles inscribibles en los que se puede dar una entrega jurídica, esto es, sin desposesión, o en los casos de las prendas industriales(114).

Por último, se han señalado los casos en que no se sabe exactamente si quien ha contratado es la propia persona jurídica o el titular de ésta, o los casos en que la celebración del contrato es efectuada por uno de ellos y la ejecución del mismo es llevada a cabo por la otra persona. Al respecto, según lo apuntado por Fuller (115), por seguridad "el juzgador debe indagar la intención que llevó a las partes a contratar" cuando en el acto participe una persona jurídica unipersonal.

Permítasenos concluir este punto, citando un fragmento de una sentencia emitida por un tribunal de Estados Unidos de América que ha recogido Dobson(116) "la cual puede darnos una idea de la cantidad de actos antijurídicos que se realizan a través de las confusiones patrimoniales o de esferas. Así, la mencionada resolución señala que "en toda la experiencia del Derecho no ha existido una causante más prolífica de fraudes que la sociedad de un solo socio. Es un medio muy utilizado para soslayar la responsabilidad personal".

Algunos casos de la jurisprudencia comparada

En España se presentó el caso en que la entidad Karl Heinz Eisenblatter GmbH & Co. KG reclamó al señor Víctor G.M. el precio impago de unas mercancías que le había suministrado; éste se opuso alegando la existencia de un ente social Recubrimientos Eisenblatter, SL, que figuraba como destinatario de la mercancía enviada, sociedad de la que él era tan solo su representante. Sin embargo se constató que el envío de la mercancía iba dirigido al señor Víctor G.M. como persona física.

En efecto, el contrato lo había celebrado la entidad de la que el señor Víctor G.M. era socio único, pero se presentó la confusión de determinar si el demandado

había actuado en forma personal o como representante y gestor de la sociedad unipersonal. Como lo indicó la Sala que resolvió este caso el demandado "en situación de unititudaridad del ente social, contrató como gestor único con terceros, ostentando ante éstos un estado equívoco de apariencia societaria puramente formal propicia al fraude y contrario a la buena fe que ha de presidir el tráfico jurídico"(117).

Otro caso de confusión se presentó en la ciudad de Nueva York, en donde existían leyes de prórroga de las locaciones dándose lugar a los denominados "inquilinos de ley". La propiedad de un departamento ubicado en la calle N° 112 era de una sociedad anónima, cuya totalidad del paquete accionario pertenecía a una misma persona natural. El accionista de la sociedad anónima demandó el desahucio de su inquilino a título personal, sustentando su pretensión en una norma que posibilitaba la recuperación del inmueble cuando existiera inmediata y urgente necesidad personal de usar y ocupar el inmueble, o de su familia inmediata. En ese sentido, solicitó se desentienda la personalidad jurídica que reviste a la sociedad de la cual es el único miembro. Se intentó pues confundir en beneficio propio a la Corte, usando para ello a la persona jurídica como instrumento (118).

Otro caso muy interesante se presentó en el año 1987 en España, es el del señor Antonio C.D. quien demandó a la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla para que le sea devuelta la cantidad de dinero que depositó en una cuenta de ahorros, cuyo reintegro se le negó por una orden de la Junta Rectora para congelar todos los saldos por tiempo indefinido. Sin embargo, la demandada argumentó que la cuenta de ahorros fue abierta en la Caja Rural de Jumilla - Cooperativa de Crédito, la cual funcionaba como una especie de departamento de la mencionada caja agrícola, pero que contaba con personalidad independiente. Esta situación originaba confusión en los ahorristas, pues además de estar la cooperativa de ahorro subordinada a la agrícola, la documentación empleada y las personas encargadas de dirigir ambas cooperativas eran las mismas (115).

IV. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

1. Orígenes

La doctrina del levantamiento del velo debe sus orígenes a la jurisprudencia anglosajona, la cual, como se sabe, es poseedora de una inmensa riqueza en cuanto a los fallos que emiten sus tribunales, y su sistema jurídico en general se ve innovado con la diversidad de criterios que para cada caso concreto deben aplicar los magistrados del 'common law', principalmente los de las cortes de equidad, lo que le da una flexibilidad y adaptabilidad que en el sistema, romano-germánico no poseemos.

Es así que las primeras evidencias de la teoría del levantamiento del velo, allanamiento de la persona jurídica o, como lo llaman en los países de doctrina anglosajona, 'disregard of legal entity' o 'piercing the corporate veil', aparecen

como una manifestación de principios generales que son aplicados por los tribunales tanto del Reino Unido como de Estados Unidos, a fin de remediar los actos antijurídicos que realizan los socios a través de la organización colectiva, utilizándola como una "pantalla" o "máscara" que les sirva de cobertura. Como lo ha señalado Carmen Soldó Roda(120), los tres pilares fundamentales en que se sustenta la doctrina del levantamiento del velo en dichos países son los conceptos de equidad, fraude y la doctrina de la 'agency', cada uno de los cuales analizaremos detenidamente más adelante.

La misma autora(121) ha señalado que el antecedente más remoto de la aplicación del levantamiento del velo se encuentra en una resolución emitida por los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año 1809. Se trata del caso *Bank of the United States vs. Deveaux*, en el que los miembros de la sociedad recurrente eran ciudadanos extranjeros, los cuales impugnaban la competencia de la Corte Federal pues ésta solo podía resolver causas referidas a "ciudadanos" de un Estado. Alegaban los mencionados socios que siendo la sociedad una reunión de varias personas, es invisible, inmortal, y su existencia solo descansa en su reconocimiento por la ley, por lo cual la persona jurídica no podía ser considerada "ciudadano". Ante tal situación, el juez Marschall se vio obligado a mirar más allá de la entidad al carácter de las personas individuales que componían la sociedad, con el objeto de mantener la competencia del Tribunal Federal. A partir de esta sentencia los casos de *disregard of legal entity* empezaron a ser cada vez más frecuentes.

Mientras tanto, la jurisprudencia inglesa ha sido más respetuosa que la norteamericana al momento de desestimar la personalidad jurídica o eliminar la responsabilidad limitada de los socios que la integran; sin embargo, existen casos en los que de manera excepcional se ha recurrido a la doctrina del *disregard of legal entity*. Así, el primer antecedente que se registra en este sistema jurídico fue el caso *Salomon vs. Saloman & Ca. Ltda.* en el año 1897, el mismo que ha sido anteriormente descrito. Si bien en este caso no se levantó el velo societario, sí destaca el fallo emitido por el magistrado *Vaughan Williams*, quien se mostró conforme con el planteamiento del liquidador de la empresa *Salomon & Ca. Ltda.*, señalando que los suscriptores del negocio fundacional eran meros testaferreros y que el solo propósito del señor Salomon al formar la sociedad fue usarla como un "agente" que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a una conclusión similar señalando que las 'Companies Acts' conferían el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que en realidad era el único propietario del negocio y que solo se dedicó a encontrar seis testaferreros juntos con los que cumplir las formalidades de constitución de la sociedad. Pese a ello, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez *Williams* y del Tribunal de Apelación sosteniendo que el señor Salomon no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores(122).

Creemos que es conveniente destacar que para la concepción de los sistemas jurídicos del common law, la persona jurídica es un ente artificial que tiene existencia en virtud a una concesión estatal, lo cual hasta hace algún tiempo diferenciaba a las corporaciones ('corporations) de las compañías colectivas ('partner schip, (123). En ese sentido, Serick (124) hace un paralelo con la teoría de la ficción elaborada por Savigny en el contexto del ordenamiento jurídico de origen romano. La doctrina anglosajona no es proclive pues, a realizar grandes elaboraciones teóricas, sino más bien a aplicar reglas generales, principios de Derecho según las situaciones particulares. Es por dicha razón que ellos optan por un criterio "naturalista" cuando a través de él pueden llegar a una solución más justa según criterios de conciencia.

En el Derecho francés, posteriormente, en virtud al acelerado crecimiento tecnológico y empresarial que se originó con las Revoluciones Industriales y que fomentaron la masiva creación de sociedades con responsabilidad limitada, aparecieron procedimientos que hicieron posible una regresión para atribuir responsabilidad patrimonial a los socios o a quienes actuaron detrás de la maquinaria social, en beneficio propio y en detrimento de terceros. En Francia estas soluciones, que fueron consideradas como casos especiales dentro del marco de la teoría del ejercicio abusivo del derecho(125), pusieron remedio a los inconvenientes que surgían principalmente en el ámbito concursal(126). Sería éste el primer antecedente en el que se aplicó la doctrina del levantamiento del velo en un sistema jurídico de origen romano, aunque el primer análisis que se conoce en materia doctrinaria y en el que se estudia a profundidad el levantamiento del velo es en el trabajo que hemos citado de Rolf Serick, elaborado en el año 1955.

2. El levantamiento del velo: una forma de evitar abusos y fraudes realizados a través de las sociedades comerciales

Se ha indicado en múltiples ocasiones que hablar del "levantamiento del velo" supone un eufemismo para designar las situaciones de abusos y fraudes realizados por los socios, a través de la organización colectiva o de las reglas que le son aplicables(127); sin embargo, nosotros pensamos que este término, si bien no es el más feliz, sirve para designar la particular técnica que se aplicaría en situaciones de abusos y fraudes realizados a través de la sociedad comercial, que puede implicar en algunas ocasiones soluciones más complejas que la mera atribución de responsabilidad, como lo han pretendido argumentar algunos autores(128).

Ciertamente, reconocemos que el término "levantamiento del velo" podría confundir al incauto operador del Derecho, que no entiende que una sociedad comercial es un sujeto de Derecho con un substrato real que son sus socios, y que ha sido reconocida e incorporada en los ordenamientos jurídicos por haber sido considerada lo suficientemente valiosa como para conseguir un mejor funcionamiento social(129). Así, podría ocurrir que al igual que en el caso de la elaboración del concepto pandectista que se hizo del 'nomen "'persona jurídica", se pretendan elaborar teorías metafísicas y complejas que se aparten de la

verdadera utilidad práctica de la figura jurídica del levantamiento del velo. Pero de antemano queremos decir que nosotros emplearemos este término para designar a la técnica jurídica que estudiamos y no como una metáfora para desvanecer un ente artificial o gaseoso.

Pues bien, el levantamiento del velo o la desestimación de ciertas características de la persona colectiva, se constituye en una particular técnica para corregir y sancionar los actos antijurídicos que sean perpetrados, usando de manera antijurídica el centro de imputación creado por los socios, así como la separación patrimonial que a aquél se ha atribuido. Para Dobson (130) se trata de un particular "remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de Derecho frente a una situación jurídica particular".

Por su parte, Álvarez de Toledo(131) ha apuntado que se trata de un procedimiento complejo de carácter bifásico, que a primera vista muestra una cierta similitud con la labor médica de diagnóstico-tratamiento: así, en un primer momento, el juez levanta la caparazón social, sin saber, 'a priori', lo que va a descubrir, e inmediatamente diagnostica, esto es, constata la existencia o no de patología, de abuso de personificación. A la vista de la persona jurídica desvelada, resuelve si debe "penetrar" el velo levantado, o lo que es lo mismo "desenmascarar" a quienes actuaban a su sombra en perjuicio de intereses y derechos ajenos; o, si, por el contrario, al no existir anomalía de ninguna clase, debe respetar el hermetismo patrimonial de la entidad sujeta a su examen".

El jurista español Ricardo de Ángel Yagüez(132) señaló que se trata de una "técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, 'levantar su velo' y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior. En suma, adentrarse en el seno de la persona jurídica (su 'substratum'), para de ese modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del 'manto protector' de la persona jurídica se pueden cometer".

Mientras tanto, Villegas(133) explica que "cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presente el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad sino directamente a los socios, prescindiendo por alto la personalidad jurídica atribuida".

Otro autor español que se ha pronunciado al respecto es Embid Irujo (134) para el cual "con dicha técnica no se pretende otra cosa que superar las consecuencias inicuas, derivadas de comportamientos abusivos o fraudulentos, y que no obstante, podrían verse amparadas por el entendimiento intangible de la personalidad jurídica propia de una sociedad mercantil de capital".

Cabanellas de las Cuevas (135) considera más bien que la doctrina del levantamiento del velo, o de -desestimación de la persona jurídica" -como prefiere

llamarla él-, consiste en la modificación de las reglas de imputación de ciertas consecuencias jurídicas que normalmente le son atribuidas a la organización colectiva, recayendo las consecuencias en personas distintas de esta última.

De esta forma, como hemos visto, el levantamiento del velo constituye un 'nomen iuris' que se ha adoptado de la traducción efectuada del Derecho anglosajón, para denominar a una particular técnica que pretende solucionar los casos de abusos y fraudes realizados a través de las personas jurídicas. Esta doctrina no tiene el mismo alcance que en la jurisprudencia de equidad y del common law; sin embargo, creemos que es perfectamente posible llamar así a esta teoría que se infiere de principios generales amplios, pero que presenta una especificidad que por la naturaleza del instituto estudiado merece un tratamiento también especial, que derivará en las consecuencias que deben ser delimitadas para cada caso.

Ahora bien, como apuntó Álvarez de Toledo, el levantamiento del velo implica un método intelectual que realiza el juez para determinar cuáles han sido las patologías que existen y que han cometido los miembros de la sociedad utilizándola de manera instrumental, de tal suerte que vulneran con ello la moral social o la finalidad por la cual se incorporó la organización colectiva como una institución jurídica digna de tutela y regulación normativa. Sobre la base de dicha determinación que deben hacer los magistrados, éstos establecerán cuáles son los efectos que se deriven de la aplicación del levantamiento del velo según el caso del que se trate.

3. Dificultades que plantea la aplicación del levantamiento del velo

Una de las más grandes críticas que se le han hecho a la posibilidad de desestimar las características de la persona jurídica, es que no se ha establecido con precisión cuáles serían los argumentos que le servirían de base(136); vale decir, no se ha precisado si esta teoría es una aplicación de principios generales ya existentes en los ordenamientos jurídicos de origen romano, o es más bien una nueva fórmula que algún autor no ha dudado en calificar de "exotismo doctrinal"(137).

Nuestra posición ya ha sido planteada sobre este punto; para nosotros "el levantamiento del velo" o "la desestimación de ciertas características de la persona jurídica", son denominaciones que se le ha dado al especial mecanismo por el cual se canalizan -o el juez canaliza- las particulares soluciones para los casos de abusos y fraudes realizados a través de la organización colectiva por parte de sus miembros.

Con igual tenacidad se discute la inexistencia de parámetros que delimiten en qué supuestos puede aplicarse la doctrina del levantamiento del velo. Faltarían pues establecer, según se dice(138), los criterios claros que precisen cuándo se puede aplicar el levantamiento del velo como una solución a los casos de abusos y fraudes cometidos a través de la sociedad comercial. Es a raíz de esta situación que ha surgido la predicada confrontación entre la seguridad jurídica y la justicia

como principios fundamentales del Derecho. Con ocasión de ello, se ha sostenido la aplicación "excepcional" de la doctrina del levantamiento del velo.

Anteriormente, hemos planteado cuáles son los grupos de casos en los que se presentan con mayor continuidad los usos antijurídicos de la sociedad comercial. Es decir, existen circunstancias específicas en las que se manifiestan situaciones de abusos y fraudes cometidos por los miembros de una entidad asociativa, que han sido corroboradas por la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, las cuales ameritan la aplicación de un remedio eficaz como sería el levantamiento del velo. Esta reiteración de los casos hace de alguna forma que nos encontremos de acuerdo con Molina Navarrete(139), cuando señala que "no es posible desconocer el intenso proceso de tipificación de los casos, o mejor de los 'grupos de casos', o de individualización de 'figuras sintomáticas' o Indicativas, caracterizado por un riguroso proceso de fijación de los valotes e intereses a los que la cláusula reenvía (entiéndase las teorías generales de la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y el fraude) y, al mínimo tiempo, de reconstrucción del instrumento conceptual o técnica jurídica que permite realizar o concretar tales valores o intereses".

En efecto, creemos que los casos más notorios y reiterativos en los que 10 presenta la utilización disfuncional de la sociedad comercial por parte de sus miembros, son en los que existen situaciones de infrapatrimonialización, grupos económicos y/o confusiones patrimoniales o de esferas, según lo que hemos mencionado antes.

En cuanto al conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, atendiendo al mismo Molina(140). que la seguridad jurídica no puede implicar un principio inflexible que mantenga una situación normativa intacta. Creemos que la seguridad jurídica contiene la posibilidad de que los sujetos de Derecho tengan la facultad de conocer cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actos, no solo por lo establecido en las normas legales, sino también en las otras fuentes del Derecho que continuamente lo nutren. Asimismo, hay que recordar que es el Derecho el que debe seguir a las realidades sociales y no al revés, no son los hechos los que deben amoldarse a dispositivos legales que sean invariables y atemporales. En ese sentido, somos de la opinión de que en tanto se planteen bases sólidas y situaciones específicas en las cuales pueda aplicarse el levantamiento del velo, no se generará inseguridad jurídica, sino más bien se concatenarán los principios que han pretendido ser confrontados.

Siguiendo con esa línea argumental, debemos decir que el carácter excepcional que se ha predicado debería tener la aplicación del levantamiento del velo; al parecer no ha sido debidamente percibido por algunos juristas, que al hablar de "excepcionalidad" confunden el término con el de "subsidiariedad"(141), para indicar que el levantamiento del velo "debe ser aplicado como 'ultima ratio', solo cuando el caso no pueda ser resuelto mediante otras instituciones"(142).

Al margen de dicha confusión de términos, debemos reiterar que el levantamiento del velo constituye una técnica para una particular situación anómala que se

presenta por la utilización de las sociedades comerciales, y como otras figuras podría ser aplicada perfectamente ante una situación de abuso o de fraude realizado a través de la misma(143); sin embargo, es claro que para admitir a trámite la demanda, ésta deberá cumplir con los requisitos que antes hemos comentado.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, debemos poner énfasis en la prudencia que debería tener el juzgador al momento de estimar la aplicación del levantamiento del velo, con todos los efectos que éste pueda conllevar. En ese sentido, coincidimos con Richar(1144) cuando señala que "debe producirse prueba acabada de la interdependencia entre el tercero no afectado por la sentencia (la sociedad) y el condenado, y de la identidad entre aquél y las personas físicas que la componen, pues una cuestión de la gravedad de la planteada no puede decirse sobre la base de meros indicios".

Se discute también cuáles serían los efectos que resultan de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Así por ejemplo, Álvarez de Toledo(145) al comentar las decisiones jurisprudenciales de los tribunales españoles, apunta que "al concentrarse la atención del Supremo en los presupuestos de la aplicación de la técnica judicial, se ha descuidado el perfil de los efectos que el levantamiento del velo es susceptible de producir en el propio proceso y en otros".

Adicionalmente, debemos resaltar que existen otras interrogantes que surgen como consecuencia de desestimar algunas de las características de la persona jurídica. Así por ejemplo, podemos cuestionarnos acerca de la posibilidad de que esta doctrina se encuentre legislada y, si fuera el caso, si debe existir una norma general o una restrictiva; quién o quiénes pueden ser los que demanden la aplicación de esta doctrina; contra quién o quiénes se debe dirigir esta demanda; si los efectos del levantamiento serán únicamente entre las partes ('inter partes) o serán oponibles a todos ('erga omnes); entre otras cuestiones que más adelante desarrollaremos.

4. El levantamiento del velo y la globalización

Definitivamente, no podemos dirigir nuestros esfuerzos para insertar la doctrina del levantamiento del velo dentro del sistema legal peruano -y en general dentro de cualquier sistema legal-, sin tomar en cuenta los demás ámbitos que conforman la estructura social. Es decir, para que dicha técnica pueda ser considerada una herramienta útil dentro del ordenamiento jurídico, debe analizarse cuál es el lugar que puede ocupar y cuáles serían sus efectos en los otros campos que rigen la vida colectiva del ser humano.

En ese sentido, debemos tener en cuenta que se está produciendo, cada vez con mayor intensidad, un proceso de globalización mundial en diferentes aspectos. Así, la información, las economías, los sistemas políticos, los sistemas jurídicos, la integración territorial, la educación, los sistemas de producción. la cultura, las

modas, entre otros aspectos, forman parte ahora de un desarrollo unificado que hacen que el hombre se deba adaptar a nuevas "realidades globalizadas".

Esta situación se viene produciendo cada vez en mayor escala, y es misión de los juristas prever las situaciones adversas que se puedan generar y situar sus efectos dentro del campo jurídico, teniendo en cuenta en todo momento que la protección al ser humano debe ser la entelequia que guíe el rumbo de nuestras conclusiones. No debemos, pues, entusiasmarnos indebidamente con figuras que ponen en primer plano aspectos económicos, las que aunque generen teorizaciones interesantes -y útiles en muchas ocasiones-, no deben hacernos perder el principio y el fin e nuestra misión: el ser humano.

Como se dijo, la globalización ha traído consigo la unificación de los sistemas de producción, de comercio y de precios. Son las empresas transnacionales las que dirigen las economías en los países capitalistas del mundo, y éstas adoptan las formas de conglomerados o grupos económicos(146). Así, se ha afirmado que "en su vertiente económica, la globalización surge a raíz de la aceleración del proceso tecnológico que incide en la competitividad en todos los sectores y por los avances de las tecnologías de información y transporte que provocan cambios de las formas como empresas y países comercian con ellos. Estos fenómenos han conducido al establecimiento de redes o sistemas productivos transnacionales, debido a la ampliación de la esfera o influencia de las empresas multinacionales, la concertación de alianzas estratégicas entre empresas, incluyendo las pertenecientes a distintos sectores, y la utilización de redes de información y comunicación mundiales"(147).

Es por ello que cada vez se busca dispersar o "atomizar" más el empleo de los recursos económicos; expandir las inversiones para evitar grandes riesgos y maximizar las ganancias. Sin embargo, esta situación, que puede resultar totalmente válida, debe ir acompañada de sólidas estructuras jurídicas que protejan a todos los miembros de una comunidad y que no solo beneficien a los inversores interesados en formar grandes empresas a fin de obtener beneficios económicos. Recordemos que el incentivo jurídico para la formación de empresas, al igual que en el caso de las personas colectivas, pasa por proteger los diferentes intereses que se generan alrededor de dicha posibilidad (148).

Pues bien, corresponde al Derecho prohibir y sancionar los actos antijurídicos que puedan cometerse debido a estas nuevas realidades que se manifiestan, intentando canalizar su presencia en beneficio de la comunidad. La sociedad comercial, dentro de ese contexto, cumple una función primordial en las economías de grandes escalas, ya través del establecimiento de filiales, alianzas estratégicas, fusiones, nuevas líneas de producción, "atomización" de capitales, confusiones patrimoniales, entre otras formas, es instrumentalizada y usada "en perjuicio de terceros, apartándosele de los intereses reales para los cuales ha sido recogida por los ordenamientos legales.

Ante tal situación, consideramos que la incorporación normativa de la posibilidad de desestimar algunas características de la sociedad comercial, señalando en qué casos procede la aplicación de dicha doctrina, no implicará que se deje de diversificar la inversión o de crear nuevos grupos económicos; más bien, estas situaciones irán aparejadas de la utilización adecuada de la organización colectiva. En efecto, creemos que si se establece con antelación cuáles son los supuestos genéricos en los que el inversionista incurre en usos disfuncionales de la sociedad, no se generará una situación de inseguridad jurídica, sino que se velará por que se respeten los derechos que tienen los sujetos que de una u otra manera se relacionan con la empresa.

En ese sentido, aquellos que alegan que el levantamiento del velo generaría inseguridad jurídica y por ello un incremento en los costos de inversión, debido a que existiría un mayor riesgo cuando se toman ciertas decisiones -como por ejemplo la conformación de grupos de empresas-, únicamente enfocan su visión desde el ámbito económico y no perciben las demás consecuencias sociales que tienen los usos abusivos y fraudulentos de las formas jurídicas.

De esa manera se han pronunciado los defensores de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, quienes opinan que todas las decisiones humanas son adoptadas teniendo en cuenta un análisis de los costos que las mismas impliquen. Al respecto, Horn (149) señala que "todas las valoraciones jurídicas deben ser interpretadas y definidas con arreglo a las categorías que proporciona el pensamiento económico". Cuenta pues, para esta doctrina, la más eficiente asignación de recursos, postulando que el hombre es esencialmente un 'homo economicus' que busca maximizar racionalmente sus objetivos en la vida lo que hace que, en términos económicos, adopte la más valiosa y eficiente decisión entre todas las posibles(150).

La piedra angular sobre la que se sostiene la Teoría del Análisis Económico del Derecho es el Teorema de Coase(151), postulado por un profesor de la Universidad de Chicago que sustentó que los costos que impiden que se optimice la utilización de recursos, pueden "internalizarse" a través de la libre contratación entre las partes; sin la intervención del Estado, salvo que esta intervención resulte más eficiente.

La doctrina norteamericana del 'Economic Analysis of Law' admite la responsabilidad limitada de las 'corporations', pero permite que para la prevención de los abusos que puedan hacerse de ella, se aplique la equidad caso por caso, a fin de levantar el velo luego de efectuar un análisis riguroso(152).

A pesar de todo lo dicho, los autores no han encontrado un criterio pacífico sobre la eficiencia de aplicar el levantamiento del velo en términos económicos, pues se ha sostenido que "las fórmulas empleadas por los tribunales están llenas de buen sentido económico y deben ser interpretadas como tentativas de compensar los beneficios de la responsabilidad limitada con sus costes"(153); pero por otro lado, se ha sostenido que levantar el velo tiene consecuencias negativas ya que "por

una parte se verán desalentadas las inversiones del sector, ya sea por la imposibilidad de limitar la responsabilidad, ya sea por el aumento de los costes de información a cargo de los acreedores de las sociedades afiliadas. Y el problema no se resuelve fácilmente mediante el trámite del mecanismo asegurador"(154),

Ahora bien, es indudable que el juez que conozca algún caso de abuso o fraude cometido a través de la sociedad comercial, contará con un gran poder de discrecionalidad para determinar si procede la aplicación del levantamiento del velo a fin de solucionar dicha anomalía. A pesar de ello, no creemos que éste sea un motivo suficiente como para descartar la aplicación de la comentada doctrina, pues los jueces también cuentan con amplias facultades discrecionales cuando se trata de otras figuras jurídicas reconocidas, como la propia sanción al ejercicio abusivo del derecho o la responsabilidad civil; sin embargo, el magistrado deberá tener mucha cautela y estar lo suficientemente convencido de la situación antijurídica que se ha producido a través de la organización colectiva. Para tal efecto, contará con algunos parámetros generales que son los grupos de casos en los que puede aplicar dicha técnica, los cuales se ven enriquecidos por la doctrina y la jurisprudencia; además, esos supuestos deben encontrarse expresamente previstos legislativamente,

En igual sentido se pronuncia Favier Dubois(155) cuando, en un breve trabajo en el que comenta la jurisprudencia argentina, concluye que "el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria debe ser interpretado en un modo que importe un límite al poder económico en general y, en particular, que coadyuve a la actuación de los agentes financieros (bancos y financieras 'off shore') y de las empresas multinacionales (sociedades 'extranjeras') se sujete a pautas de seriedad y de responsabilidad"[sic.].

En suma, dentro del contexto de una economía de mercado, creemos que para que se pueda implementar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, deben preverse expresamente supuestos en los cuales el juez pueda tener la certeza de que se halla ante una situación de abuso o fraude cometido a través de la sociedad comercial. En ese sentido, dicha posibilidad, y la cautela que deben tener los magistrados, implicarán que no se genere inestabilidad en las inversiones empresariales y en las decisiones económicas que se quieran adoptar. Sin embargo, hay que anotar que el levantamiento del velo se yergue por encima del aspecto económico, por ser un remedio para las situaciones antijurídicas y la defensa de finalidades sociales que deben ser puestas por encima de algunos intereses particulares. Pero nuevamente debemos resaltar que esta figura jurídica debe ser aplicada cuando el juez haya llegado a la convicción de que ésta era la alternativa adecuada, y que existían las pruebas suficientes como para recurrir a ella. De esta forma, el mensaje que percibiría el inversor y los empresarios sería: "se pueden realizar actividades económicas a través de una sociedad comercial, pero respetando los fines para los que el ordenamiento aprobó su creación".

5. Aplicación y efectos del levantamiento del velo societario

Antes de entrar a analizar los casos específicos en los que se podría aplicar la doctrina del levantamiento del velo, creemos conveniente recordar que los supuestos que se plantean no necesariamente son independientes entre sí; es decir, no siempre existirán únicamente infrapatrimonializaciones, grupos económicos o confusiones patrimoniales o de esferas, sino que pueden presentarse situaciones que contengan más de una de las posibilidades antes planteadas, y que por tal motivo, cuando sea aplicado el levantamiento del velo, se produzcan los efectos propios de cada uno de dichos supuestos o de algunos de ellos simultáneamente.

a. En casos de infrapatrimonialización de las sociedades comerciales

Consideramos que cuando uno de los integrantes de la sociedad la dota de cierto patrimonio a través de un préstamo, éste debe ser reconocido como tal en caso de que haya existido una evidente necesidad para que sea otorgado, de no ser así, en caso de que resulte evidente la necesidad de que la empresa deba contar con una mayor solvencia económica, deben ser desestimadas las reglas o características aplicables a la organización colectiva.

Hay que recordar' que en las situaciones de iliquidez coyuntural de las sociedades comerciales, son los integrantes de las mismas los primeros interesados en superar dicha circunstancia, para lo cual otorgan préstamos que sirvan para capear los momentos difíciles que atraviese la organización. Efectivamente, como apunta Massaguer(156), "con frecuencia los socios ante la imposibilidad de obtener crédito ajeno al mercado, no realizan aportaciones de capital, sino que, en el mejor de los casos, ponen a disposición de la sociedad los fondos necesarios a través de préstamos u operaciones análogas".

Estos préstamos, denominados créditos puente, creemos que deben ser admitidos como obligaciones que debe pagar la sociedad a sus socios, de acuerdo a las condiciones contractuales que se hayan pactado, siempre que no resulten leoninas, pues es obvio que no se han realizado de manera abusiva o fraudulenta, sino con la intención de continuar desarrollando las actividades propias de la organización.

En el caso de los créditos de refinanciación, la sociedad no atraviesa dificultades económicas ni financieras, sin embargo sus miembros otorgan créditos con la finalidad de ampliar las actividades a las que se dedica, mejorar la calidad de sus productos o servicios, ampliar el mercado de ventas, ampliar el mercado de distribución, crear nuevas líneas de producción, modernizar los equipos o las estructuras con los que dispone, entre otras que impliquen un crecimiento de la empresa. Como puede verse, existe en este supuesto una clara intención oculta de no transferir definitivamente el patrimonio que es materia del crédito, a fin de no arriesgarse al aportarlo al ente colectivo; ello traerá como consecuencia que este último quede infrapatrimonializado, con el perjuicio que cause a los terceros acreedores de la sociedad que actúan de buena fe. Hay que precisar que el

crédito de refinanciación no necesariamente debe ser en dinero, ya que también podría ser en especies (arrendamientos, comodatos, cesión de derechos, etcétera).

Es claro que esta situación tiene el agravante de que el miembro de la persona jurídica cuenta con una posición privilegiada respecto a los demás acreedores, pues conoce información sobre la entidad deudora y puede obtener garantías preferentes en respaldo de su crédito. Así, en palabras de Massaguer(157) "esta técnica de financiación de la empresa social libera a los socios del riesgo empresarial característico de la aportación de capital; únicamente les expone al riesgo de insolvencia propio de todo crédito, y ello con una matización que no puede pasarse por alto: su condición de 'insiders' favorece su posición entre los acreedores, sea mediante la obtención de privilegios sobre los activos sociales para garantizar sus créditos, sea mediante su cancelación total o parcial con preferencia a los demás en cuanto se tiene la certeza de que el naufragio es irremediable".

Cuando estos últimos casos se encuentren acompañados de una situación de abuso o fraude, de acuerdo a los términos que han sido expuestos, el juez debería contar con la facultad de levantar el velo y disponer la aplicación de los remedios jurídicos que resulten necesarios en cada supuesto, a fin de solucionar la situación antijurídica que pretenda consumir -o que ha consumado- el socio a través de la sociedad comercial.

Así, ante dicho supuesto, los terceros que resulten perjudicados por el bajo capital con el que cuenta la sociedad, pueden acudir al juez demandando se desestimen algunas reglas que se aplican a la persona jurídica, y en ese sentido, que el crédito de refinanciación se entienda como un aporte de capital; que se postergue el cobro del crédito otorgado por el socio; que se desconozca la diferencia patrimonial y la responsabilidad limitada entre la organización colectiva y el patrimonio personal del socio; que se levanten o se ejecuten las garantías otorgadas en favor del crédito de refinanciación; que se indemnice a quienes resulten perjudicados por dicho crédito; que se suspenda o elimine el derecho de voto del socio prestamista en la junta de acreedores(158); entre otras soluciones que se puedan adoptar según el caso específico del cual se trate.

Como puede notarse, las soluciones pueden ser diversas, y es que las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina comparadas han previsto diversos remedios para estos casos de levantamiento del velo. De esta forma, las cortes estadounidenses y alemanas coinciden en señalar que el tratamiento que se debe dar a los créditos de refinanciación, en situaciones de concurso, es el que recibiría un aporte de capital(159).

Cabanellas de las Cuevas(160), por su parte, reconoce que "la capitalización insuficiente puede llevar a que se desestime la personalidad jurídica, haciendo directamente responsables a los socios por las obligaciones de la sociedad; puede llevar a que las obligaciones de la sociedad frente a sus socios no sean

reconocidas como tales, sino que se les atribuya el carácter de aportes de capital; y puede también conducir a que se desconozca a las obligaciones el carácter de tales, a los fines impositivos".

Para Massaguer (161) la solución pasa por la postergación de los créditos de refinanciación, hasta que cobren los acreedores que no se encuentran vinculados a la organización colectiva; de igual forma, opina que no se pueden ejecutar las garantías que hayan sido otorgadas en tanto no se satisfagan los créditos de terceros.

Nosotros no creemos que la solución debe ser hermética, sino que debe dársele a los magistrados la posibilidad de resolver según un criterio de equidad, optando por la opción más justa entre las que han sido mencionadas anteriormente, según el caso del que se trate.

Pero centremos nuestra atención en los dos principales efectos que se pueden producir en este caso y que antes hemos apuntado: 1) que el crédito de refinanciación otorgado se entienda como un aporte del capital social, o, 2) que se postergue el cobro del crédito del socio. En cuanto a la primera solución, ésta implicaría un aumento del capital de la sociedad, en aplicación de lo previsto en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades.

Aunque debemos decir que no se ha regulado expresamente la posibilidad de que un juez pueda ordenar el aumento del capital, sino que debe ser la junta de socios o el titular de la persona jurídica los que tomen dicho acuerdo. Por tal razón, la posibilidad de que judicialmente se produzca un aumento del capital en casos de levantamiento del velo, importaría previamente la previsión legislativa para conseguir el remedio específico comentado.

Siguiendo ese orden de ideas, debemos destacar que, de ser el caso, en las sociedades comerciales en las que sea posible, los socios deberán contar con la facultad de ejercer su derecho de suscripción preferente establecido en el artículo 207 de la Ley General de Sociedades, para lo cual podrán realizar los aportes necesarios, que les permitan mantener el porcentaje de participaciones con el que contaban antes de que se capitalice el crédito de refinanciación.

Respecto a la postergación de los créditos de refinanciación que hayan otorgado los socios de la persona jurídica, el magistrado deberá establecer cuál será el momento para cobrar este tipo de obligaciones, pues los términos en los que se pactaron las mismas podrían causar perjuicios a los demás acreedores de la sociedad. Esta solución iría aparejada de la posibilidad de levantar las garantías otorgadas por la organización ° de aplazar su ejecución.

En el mismo sentido, en el ámbito concursal el juez debería tener la posibilidad de suspender el pago de los créditos a los socios hasta que se les pague a los demás acreedores, pues hay que considerar que según el artículo 42 de la Ley General del Sistema Concursal, aquéllos podrían estar ubicados en mejores posiciones

que los acreedores de buena fe ajenos a la sociedad. Asimismo, el juzgador tendría eventualmente la facultad de modificar el plan de reestructuración, el convenio de liquidación o cualquier otro documento de refinanciación de las deudas del insolvente, según lo anteriormente argumentado; ello sin perjuicio de que la autoridad concursar pueda declarar la nulidad de los acuerdos adoptados en las juntas de acreedores, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 118 del citado dispositivo legal.

Ahora bien, los medios para que el juez se convenza de que se encuentra ante una situación de infrapatrimonialización, que merece ser solucionada a través del levantamiento del velo societario, serían en su mayor parte de naturaleza indiciaria; pero para lograr un convencimiento pleno podría exigir a la sociedad los documentos relativos al contrato de refinanciación, si los hubiera, y en ellos verificaría la condición del socio que otorgó el crédito, las tasas de interés establecidas, las condiciones y los plazos pactados, las garantías otorgadas, entre otros aspectos. Por otra parte, debe verificar los documentos contables de la persona jurídica y si ésta cumple con tener el patrimonio mínimo que consideramos debería prever la ley; igualmente puede recurrir a las pruebas testimoniales, a los peritajes y a todo aquel medio probatorio que considere adecuado para acreditar los hechos alegados. Hay que tener presente que de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho, por lo tanto será el demandante quien tenga la obligación de presentar las pruebas suficientes como para crear en el juez la suficiente convicción de que resulta necesaria la aplicación del levantamiento del velo de la sociedad.

b. En casos de grupos económicos

Cuando a través de la formación de un grupo económico se pretenda abusar o defraudar los derechos de terceras personas, o de los accionistas minoritarios o externos, recurriendo a la posibilidad de disgregar las responsabilidades de la empresa, consideramos que puede acudir al juez para conseguir el levantamiento del velo de las personas jurídicas que lo integran.

En efecto, uno de los supuestos en los cuales se podrían desestimar algunas características de la sociedad comercial, sería aquel en que se realicen actos antijurídicos a través de ésta mediante la formación de grupos económicos. Como se ha dicho, "si quienes controlan la sociedad hacen que la misma actúe en contra del interés social, de forma que perjudique actual o potencialmente a sus acreedores, se habrían violado las bases sustanciales en que se apoya el reconocimiento legal de la personalidad societaria, sentándose así las bases para el desconocimiento de dicha personalidad"(162).

Para la doctrina anglosajona, la solución a los casos de actos antijurídicos cometidos mediante los grupos económicos, se cimienta en la idea de que "los que disfrutan del poder corporativo son responsables por su uso o abuso"(163).

Por tal razón, la principal consecuencia de la aplicación del 'disregard of legal entity' en las cortes de equidad, es la extensión de la responsabilidad a las organizaciones controlantes.

Desde esa perspectiva, el abogado neoyorkino Frederick Powell (164) señaló que para que exista responsabilidad por parte de la persona jurídica controlante dentro de un grupo económico, debían cumplirse tres requisitos indispensables: 1) una situación de control; 2) una actuación ilícita o fraudulenta; y, 3) un perjuicio.

Hemos recogido algunas de las situaciones que, según el mismo autor, determinan que una sociedad que forma parte de un grupo económico esté siendo usada de manera instrumental, y que si se presentan en una apropiada combinación son decisivas para la aplicación de levantamiento del velo. Ellas son:

- a) La controlante y la subsidiaria tienen directores y funcionarios comunes.
- b) La controlante financia a la subsidiaria.
- c) El capital de la subsidiaria es manifiestamente inadecuado.
- d) La controlante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria.
- e) La subsidiaria no tiene actividades de importancia excepto con su controlante, ni otros activos que no fueron transferidos por aquélla.
- f) En la papelería de sus funcionarios la subsidiaria es descrita como un departamento o división de la controlante, o su actividad o responsabilidad financiera es referida a la de la controlante.
- g) La controlante utiliza los bienes de la controlada como si fueran propios.
- h) Los directores y funcionarios de la subsidiaria no actúan con independencia y en interés de ésta, sino que reciben instrucciones de la controlante en interés de esta última.
- i) Los formalismos legales de la subsidiaria no son observados.

En nuestro continente, la legislación argentina ha previsto en materia concursal la extensión de la quiebra a toda persona que, bajo la aparente actuación de la fallida, hubiere efectuado actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude de los acreedores. Asimismo, el mencionado remedio se aplica al controlante de la sociedad fallida, cuando hubiere desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. Sobre este punto, nos encontramos de acuerdo con el jurista argentino Cabanellas de las Cuevas(165) cuando señala que "la doctrina de la penetración supone una pluralidad de posibles remedios legales, aplicables cuando la personalidad societaria entra en conflicto con otras normas. La extensión de la quiebra es solo uno de tales posibles remedios".

Al igual que el mencionado autor, creemos que los efectos que pueden derivarse de la aplicación del levantamiento del velo en los casos de grupos económicos pueden ser múltiples (166). Aunque debemos reconocer que la consecuencia principal que se produciría en este supuesto, sería la extensión de la

responsabilidad a la empresa controladora y a las filiales, pero en ambos casos de manera subsidiaria; esto es, se recurrirá primero a la persona jurídica directamente responsable, y si su patrimonio no fuera suficiente recién se acudiría a las otras organizaciones que conforman el grupo económico. En ese sentido, Soldó Roda(167) reconoce que "el efecto pretendido normalmente con la utilización de esta doctrina en materia de grupos será el lograr la comunicación de la responsabilidad por deudas entre los miembros de la misma, aunque ello no excluye otros resultados".

De esta forma, pensamos que el juez podría decidir entre la extensión de la responsabilidad, desconociendo la diferencia patrimonial y la responsabilidad limitada de la sociedad; declarar la nulidad o ineficacia de los actos "anormales"(168) celebrados entre las personas jurídicas que integran un mismo grupo; indemnizar a los que resulten perjudicados por el abuso o fraude realizado a través de la sociedad; entre otras soluciones jurídicas que puedan ser solicitadas por el demandante o declaradas por el juez de oficio en defensa del orden público. Hay que recordar que en tanto el levantamiento del velo se constituye en una técnica para remediar los casos de abusos y fraudes realizados a través de la persona jurídica, y en tanto esta última viene a ser un centro referencial de reglas del Derecho que el legislador recogió de la realidad por resultar valioso para la sociedad en su conjunto, no se pueden limitar ni recortar las soluciones que se le den al uso disfuncional de la organización colectiva.

Reforzando lo antes indicado, Cabanellas(169) apunta que "la desestimación de la personalidad societaria no implica un único efecto sobre la sociedad de cuya personalidad se trata y sobre las personas vinculadas a ella", El mismo autor ha destacado que el levantamiento del velo también puede tener por consecuencia la responsabilidad de los socios, la disolución de la sociedad, la imputación a la sociedad de ciertos actos formalmente ajenos a la misma, etcétera.

Por otra parte, para que el juez pueda tener la certeza de que debe aplicar el levantamiento del velo, y pueda saber cuáles son los remedios específicos a los que recurrirá, debe contar con las pruebas suficientes que le den tal convencimiento. En ese sentido, creemos que las principales pruebas que pueden presentarse son las que acrediten las situaciones anómalas que ha planteado Powell y que hemos transcrito anteriormente; ello, sin descartar otros medios probatorios que puedan presentar indicios razonables que ameriten la aplicación del levantamiento del velo.

Hay que recordar que el demandante debe acreditar en este caso, además de la existencia del grupo económico -que tal vez resulte lo más sencillo de demostrar-, que se han cometido actos abusivos o fraudulentos aprovechando la distinción subjetiva y patrimonial que existe entre las organizaciones colectivas que integran el grupo y entre aquéllas y sus socios.

c. En casos de confusiones patrimoniales o de esferas

Hemos señalado que la utilización de la forma jurídica puede resultar disfuncional, cuando se pretenda hacer creer a los terceros que se actúa o se responde a nombre propio, mientras quien actúa o responde es una persona o un patrimonio distinto. Estas circunstancias se presentan fundamentalmente cuando se actúa a través de las personas jurídicas de un solo miembro o a través de las sociedades de favor.

Así, las confusiones patrimoniales y las confusiones de esferas se presentan como situaciones en las que se abusa o defrauda a los acreedores de la organización colectiva, y en ese sentido, la doctrina ha planteado diversas soluciones para eliminar los problemas que se presentan. Para algún sector, la figura de la persona jurídica unipersonal no debe existir, en tanto que para otros debe existir siempre que se prevean una serie de reglas que protejan a los terceros que se relacionen con ella.

Ahora bien, dentro de ese contexto, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en los casos en que no se permite la unipersonalidad, pero ésta se presenta de hecho, debería originar la responsabilidad personal por parte del miembro oculto y de los miembros aparentes de la misma. En efecto, consideramos que la consecuencia de la confusión de esferas o patrimonios en los casos propuestos, debería ser la responsabilidad personal y directa, no sujeta a excusión, pues la falta de distinción entre la supuesta persona jurídica y sus titulares no se ha respetado frente a terceros, por lo cual tampoco debe respetarla el juez al momento de imponer la sanción correspondiente(170).

Para ilustrar mejor nuestras afirmaciones, pensemos en una sociedad anónima en la que un socio cuenta con el 99% de las acciones y el 1 % de las restantes se encuentra en manos de un testaferro que actúa en interés de la primera. Como se sabe, la sociedad anónima es una persona jurídica que necesita cumplir con el requisito de la pluralidad de sus miembros para ser considerada como tal. En ese sentido, podemos hablar en nuestro ejemplo de una sociedad de favor. Ante la aplicación del levantamiento del velo, la consecuencia que debería darse es la responsabilidad directa del socio que de hecho cuenta con la totalidad accionaria; siempre que hayan existido situaciones de abuso o de fraude a través de la persona jurídica y se hayan presentado confusiones patrimoniales o de esferas.

De acuerdo a nuestra legislación societaria, aquella persona jurídica que no cuente con un mínimo de dos miembros y no haya restituido el número plural de los mismos dentro del plazo de seis meses, incurre en una causal de disolución y deberá ser posteriormente liquidada. Si continúa realizando actividades a pesar de que dicha situación deviene en irregular(171); por lo cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 424 de la Ley General de Sociedades, serán responsables de manera personal solidaria e ilimitada los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular. De igual manera, serán responsables los socios cuando la irregularidad exista desde la constitución de la persona colectiva.

Es decir, según lo anterior, tal como están elaborados los preceptos legislativos que regulan las sociedades comerciales en nuestro país, es posible desestimar la aplicación de algunas características de la persona jurídica de naturaleza unipersonal, cuando por ejemplo la causal de irregularidad en caso de falta de pluralidad de miembros no sea originaria sino sobrevenida, pues de darse el caso contrario, la ley ya lo ha sancionado con la extensión de responsabilidad al miembro "fundador".

Resulta interesante señalar que para Juan Dobson(172), el medio jurídico para solucionar los casos de abusos y fraudes a través de las personas jurídicas que cuentan con un solo miembro, se encuentra en la simulación del acto jurídico. Al respecto el citado jurista nos dice que "el Derecho argentino ofrece un remedio propio para lograr el acatamiento de las formas a la realidad: consiste en la confluencia de los institutos de la simulación y de la sociedad unipersonal". En ese sentido, el mismo autor señala que los efectos de declarar la simulación de la organización unipersonal serían la invalidez del acto societario aparente, con la consecuente disolución de la persona jurídica, y la responsabilidad solidaria por parte del sujeto real del interés, que se escudaba tras la organización colectiva y de los socios aparentes(173).

Sobre este punto ya nos hemos pronunciado anteriormente; a nuestro entender no existe simulación cuando se crean sociedades de favor, pues los testaferros o socios aparentes generalmente tienen la voluntad de crear la persona jurídica, el problema es que actúan en interés del socio oculto que resultará siendo quien maneje la organización, y que finalmente confunda a los terceros. Compartimos, pues, la idea de Cabanellas(174) cuando afirma que el error se encuentra en "aplicar al período de existencia de la sociedad como personas, normas que corresponden, fundamentalmente, al momento de su constitución. Si la sociedad es simulada -por unipersonal- 'ab initio', resultará inexistente, nula o anulable, según las circunstancias, y no estaremos ya ante un problema de aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, sino de determinación de los efectos de la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto constitutivo societario".

Ahora bien, se desprende de lo dicho por Cabanellas de las Cuevas que él ha admitido la posibilidad de aplicar el levantamiento del velo en casos en que no sea aceptada la unipersonalidad, siempre que se haya constituido válidamente una persona colectiva y que posteriormente haya perdido el requisito de pluralidad de miembros, o que la mantenga "artificial mente" como una sociedad de favor. Dentro de ese esquema, para el citado jurista(175) los efectos del levantamiento del velo -teniendo en cuenta que en el sistema argentino no se prevé la figura de la unipersonalidad-, serían los siguientes:

- 1) Desconocimiento de los actos de la sociedad y de su socio: Se aplica en particular respecto a los contratos. Si se desconoce la personalidad de la

organización colectiva estaríamos ante un contrato inexistente por falta de bilateralidad para adoptar dicho acuerdo.

2) Responsabilidad del socio por las obligaciones de la sociedad: Este tipo de responsabilidad es de carácter directo e inmediato, como si hubieran sido contraídas en su nombre.

3) Extensión de la quiebra: Pues la quiebra es una situación jurídica que incide sobre el patrimonio de la persona jurídica; si ésta no existe como tal, esa situación pesará sobre la persona a la que se le imputan los derechos y obligaciones en principio atribuidos a la sociedad, o sea su socio único.

4) Disolución de la sociedad: Ésta sería más bien una consecuencia de la aplicación de reglas específicas, establecidas para la disolución y liquidación de las personas jurídicas en caso de falta de pluralidad de sus miembros. En nuestro ordenamiento esta sanción está prevista en el numeral 6 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades.

Por otra parte, en los casos en que la unipersonalidad de la organización jurídica se encuentra permitida, se deben alternar las previsiones legales que persigan evitar las confusiones frente a terceros, junto con la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo en los casos de abusos o fraudes realizados a través de este tipo de personas jurídicas.

Así, en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada, en virtud de norma legal expresa, el titular responderá personal e ilimitadamente cuando la empresa no esté debidamente representada; si hubiera efectuado retiros que no corresponden a beneficios debidamente comprobados; o si se produjera la pérdida del 50% o más del capital y no hubiera realizado aportes de capital que solucionen ese problema o no decide la disolución de la persona jurídica(176). Sin embargo, estas previsiones legales no constituyen supuestos del levantamiento del velo, pues para la extensión de responsabilidad en esos casos -que es la única sanción- no se requiere que exista mala fe por parte del titular, lo cual sí es necesario para aplicar la doctrina antes mencionada.

Las situaciones de confusión patrimonial o de esferas también pueden presentarse cuando la sociedad permanezca solamente con un socio durante el plazo de seis meses, sin que se recomponga en ese lapso la pluralidad exigida en el artículo 4 de la Ley General de Sociedades. Ante tal circunstancia, y de existir abusos o fraudes a través de la sociedad unipersonal, podría ser aplicable la doctrina del levantamiento del velo.

Por ello, creemos que la desestimación de algunas características de la persona jurídica, en los casos en que sí es posible que ésta se encuentre integrada por un solo miembro, resulta un complemento adecuado para la protección de los intereses de sujetos ajenos a la organización, que se relacionen con esta última y que se vean perjudicados por los actos antijurídicos que no sean sancionados por normas expresas.

Sobre el particular, la autora española Carmen Boldó Roda(177) se ha pronunciado diciendo que "si se dan los supuestos necesarios para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, independientemente de que una sociedad sea unipersonal o pluripersonal o de que esta última sea material o de favor, ésta será la medida más adecuada y efectiva, ya que además existe una consolidada jurisprudencia al respecto".

En cuanto a los efectos que se producirían por la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ante situaciones de confusiones patrimoniales o de esferas mediante las personas jurídicas unipersonales, creemos que, dependiendo del supuesto específico, aquéllos serían: la extensión de responsabilidad patrimonial al miembro de la persona jurídica; la indemnización de los daños y perjuicios a los terceros; la nulidad o la ineficacia de los actos celebrados por la persona jurídica o por sus miembros; la incorporación de los miembros de la persona jurídica en el procedimiento concursal, entre otros.

Reiteramos que uno de los puntos en los que reside la peculiaridad de la doctrina del levantamiento del velo, es la posibilidad de que el juez determine las consecuencias concretas de su aplicación y establezca las soluciones adecuadas según el supuesto del cual se trate. Es decir, la teoría del levantamiento del velo actúa como "embudo" en el que ingresan los casos de abusos y fraudes realizados a través de la persona jurídica, para llegar a una solución concreta al caso específico que se presente.

A pesar de ello, queda claro que uno de los efectos principales en los casos de confusión, también es la extensión de la responsabilidad al miembro integrante de la organización jurídica, al igual que en el caso de las situaciones de control existentes en los grupos económicos; por tal motivo, no nos extenderemos en la explicación de este remedio y nos remitiremos a lo dicho al tratar ese punto.

Más bien ahora nos interesa explicar brevemente la posibilidad de incorporar en el procedimiento de insolvencia al miembro de la persona jurídica unipersonal. Esta solución consistiría en incluir el patrimonio del único miembro dentro de la masa concursal, por entenderse que no se han respetado las esferas jurídicas diferentes entre aquél y la organización. Hay que recordar que el patrimonio de la persona jurídica es el que sirve de garantía a los acreedores de la misma, y si este patrimonio es destinado a fines extrasocietarios se causará un perjuicio a los terceros, que se verán afectados también ante la situación de falencia.

Sobre dicha posibilidad las normas concursales no han previsto nada, por lo cual creemos que ella sería materia de una futura legislación. Sin embargo, debemos decir que el artículo 94 de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada dispone que la situación de falencia de la empresa no conlleva la de su titular; en consecuencia, tendría que preverse la excepción para que el juzgado pueda oficiar a la autoridad concursal, a fin de que ésta incorpore el patrimonio del titular de la persona jurídica dentro de la masa patrimonial concursada, en virtud de haberse detectado una situación de abuso o de fraude.

Finalmente, debemos recordar que no basta con que el demandante demuestre la unipersonalidad de la organización jurídica, en cuyo caso se aplicarían las normas pertinentes dependiendo si la ley recoge dicha posibilidad o si no lo hace, sino que además debe acreditar que se ha cometido algún abuso o fraude a través de la confusión de patrimonios o de esferas jurídicas.

6. Los sistemas judiciales frente al levantamiento del velo societario

a. Jurisprudencia extranjera

En la jurisprudencia española existe una gran variedad de resoluciones que han desestimado ciertas características de la persona jurídica para evitar abusos y fraudes, fundamentalmente la atribución de responsabilidad limitada. El profesor Ricardo de Ángel Yagüez ha recopilado en una gran obra las sentencias que sobre el levantamiento del velo han emitido los magistrados de ese país. De la obra del citado autor, hemos tomado dos sentencias que han llamado nuestra atención y que a continuación transcribiremos; la primera de ellas es un caso de confusión de esferas y la segunda se trata de una resolución de contrato de trabajo en el caso de un grupo económico, en la cual no se llega a aplicar la doctrina del levantamiento del velo por falta de pruebas, pero resulta interesante conocer los argumentos de la Corte.

La primera sentencia fue emitida por la Audiencia Provincial de Palencia España el 7 de abril de 1997(178). Una empresa suministradora de materiales demandó al señor Miguel y a su hermano Carlos, ambos socios de la empresa "S, S.L.". En primera instancia la sentencia favoreció al demandante; el señor Miguel apeló la demanda ante la Audiencia Provincial de Palencia alegando indefensión, ya que la sentencia apelada no explica el "salto" para imputarle responsabilidad en el pago del precio de los materiales que se habrían suministrado a "S, S.L.", que también había sido demandada pero declarada rebelde.

La sentencia de segunda instancia resolvió lo siguiente:

"... que como ya se alegaba en la demanda origen de esta litis, la sociedad demandada, constituida por dos hermanos demandados y por un tercero no traído a litis, es una sociedad 'fantasma', o meramente aparente, carente absolutamente de toda clase de bienes, desconocida en el domicilio social que se dice tener en la escritura de constitución (véase diligencia obrante al folio 209), de todo lo cual ha de llegarse a la conclusión que la extensión de responsabilidad a los socios demandados no se ampara en el artículo 133° Ley de sociedades anónimas, a que se remite el artículo 69° de Ley de sociedades de responsabilidad limitada, sino lisa y llanamente en que la citada sociedad, con un supuesto capital social de 600 000 pesetas, no constituye más que una simple apariencia que utilizan los socios para eludir el pago de las obligaciones que en su nombre se asumen, como lo prueba el caso enjuiciado, en que los materiales los compran o solicitan en nombre de la sociedad, que por supuesto no paga el precio, pero la obra en que son empleados dichos materiales sí la cobran los socios, mas no para la sociedad

sino para ellos mismos, como personas físicas; trátase, en definitiva, de un supuesto típico de sociedad aparente que obliga, conforme la conocida doctrina sustentada por el Tribunal Supremo de 'levantar el velo', a superar la mera apariencia para imputar la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que se dicen asumidas en nombre de la sociedad a los verdaderos interesados, es decir, a los socios que se lucran con dichas operaciones y se amparan en la existencia de la sociedad para incumplir las obligaciones derivadas del tráfico jurídico, en el que formalmente interviene la sociedad; así pues, la responsabilidad que se deriva al recurrente no resulta de su condición de apoderado o posible factor, como afirma, sino simplemente de su condición de socio de una sociedad aparente, resultando por ello irrelevante que el contrato de suministro de material aparezca firmado por el señor Miguel, en su condición de representante de 'S, S.L.', porque las consecuencias de dicho contrato, es decir, el pago del precio de los materiales suministrados, por las razones antes expuestas, le son imputables". La segunda sentencia fue emitida por la Sala Sexta del Tribunal Supremo de España el 25 de setiembre de 1989(179). Se formuló demanda de resolución indemnizatoria de contrato de trabajo por incumplimiento en el pago salarial, contra la sociedad empleadora, otra sociedad integrante de un grupo económico y los socios de ambas. Se estimó parcialmente la demanda, por lo que el demandante interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo resolvió lo siguiente:

"Es cierto desde luego, que no alcanza valor absoluto el hermetismo producido por la utilización de formas societarias, generadora, para las entidades así creadas, de personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios, dado que en singulares supuestos en los que la sociedad se constituye, si bien con el amparo formal en norma determinada, pero con propósito abusivo, persiguiendo lograr un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, pueden los Tribunales, para dispensar de la tutela efectiva (...), 'penetrar' en el 'substratum' personal de dichas entidades, levantando su 'velo', en protección de los derechos de quienes de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto 'el derecho de los demás' es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (...)' La conclusión que precede, (..) requiere, sin embargo, para su aplicación, (...) que las circunstancias posibilitadoras de la 'penetración' en el 'substratum' personal de la persona jurídica hubieran quedado debidamente constatadas, con reflejo en la declaración de hechos probados de la sentencia no figura dato alguno referente a ánimo defraudatorio en la constitución de las sociedades demandadas, producida en todo caso con anterioridad a la celebración del contrato de trabajo que vincula a una de ellas hoy con el recurrente (...)".

En Italia los jueces también han aplicado la desestimación de las reglas que se aplican a la persona colectiva ante determinadas situaciones antijurídicas. Así, el Tribunal de Venecia en 1982 resolvió un caso de infracapitalización de la organización colectiva "rechazando la oposición a la declaratoria de quiebra de un socio que con medios propios hacía frente a las exigencias financieras de una sociedad que se había constituido con un capital exiguo, desproporcionando por

completo del tipo de actividad económica estipulada en el acto constitutivo de la misma"(180).

En el mismo país, el Tribunal Laboral de Milano decidió en el año 1994 que "un empleado formalmente de una sociedad que formaba parte de una 'holding', o grupo societario, que fue despedido, habiendo en la sociedad empleadora un número de dependientes inferior a35, mientras que las ocho sociedades del grupo ocupaban en total 40 dependientes, aplicando el principio de la confusión de los patrimonios entre las sociedades del grupo"(181).

En Francia, un caso muy conocido referido a la confusión de patrimonios dentro del ámbito concursal, es el que protagonizaron Mary-Raynaud contra Maillard(182). En dicho proceso judicial se pudo llegar a la siguiente conclusión, "el director de una sociedad anónima es un comerciante que puede ser declarado en quiebra, cuando no se ha limitado a cumplir con sus funciones como director y ha enmascarado sus operaciones sociales, por lo que reúne en su propia persona la sociedad bajo cobertura de la cual se entregará a operaciones de comercio y de bolsa por cuenta propia". En ese mismo país, otro caso destacable de confusión es el caso Vidal de 1929(183), en donde se estableció que "aunque la sociedad haya tenido una existencia propia y una apariencia regular, Vidal no ha sido por ello menos su dueño (.oo), ha ejercido el comercio por su intermedio y debe ser considerado como responsable de sus actos y del pasivo de la sociedad".

En Argentina la jurisprudencia ha emitido una gran cantidad de fallos relacionados con el levantamiento del velo, sobre todo en temas referidos a los grupos económicos y a confusiones patrimoniales y de esferas. Una de las sentencias más representativas es la que se dio en el caso "Mellor Goodwin" en el año 1973(184). "La Corte Suprema estableció que las operaciones realizadas entre las empresas 'Mellor Combustion' y 'Mellor Goodwin', que eran integrantes de un conjunto económico en el cual la segunda poseía el 99% del capital de la primera, no implicaban una venta, ya que las operaciones celebradas entre ellas solo importaban traslados de mercaderías entre sectores diferenciados a efectos formales exclusivamente".

Otra sentencia argentina más reciente es la emitida por la Cámara Nacional en el caso del señor Julio Fuentes contra Todovino S.A. y otro, en el año1994(185). En la resolución de segunda instancia el Tribunal manifiesta:

"(...) que consagra en nuestro ordenamiento la teoría del disregard of legal entity, en un supuesto donde o bien la sociedad ha desnaturalizado su objeto mediante actos que contrarían la razón para la que fue creada, o bien sus socios la han utilizado como mecanismo para mediatizar su objeto concreto de violentar los límites a la disposición gratuita de su patrimonio o esterilizar o neutralizar el principio esencialmente igualitario consustancial a la sucesión 'mortis causa' de herederos forzosos".

b. Jurisprudencia nacional

El caso quizá más claro es aquel en el que se solicitó la nulidad de la constitución de dos asociaciones y su subsecuente disolución y liquidación, por haber sido creadas por dos sociedades anónimas con la finalidad de evitar cuestionamientos sobre supuestos actos de discriminación en el ingreso a dos exclusivas discotecas limeñas. Las empresas ampararon dichos actos de constitución en el derecho constitucional de asociación, mientras que los demandantes sostuvieron que mediante las referidas empresas se incurría en fraude a la ley contraviniendo el orden público. Resulta interesante citar un breve fragmento de la reciente resolución emitida en primera instancia que declaró fundada la demanda:

"(...) la voluntad de los constituyentes de la asociación no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal amparo, teniendo intencionalidad ilícita generando así la nulidad absoluta del acto jurídico de constitución por cuanto contrarían los fines de la asociación (...), las demandadas con el fin de justificar la selección de sus concurrentes han creado las referidas asociaciones como pantalla de sus transgresiones, tratando de proteger doblemente las prácticas discriminatorias al impedir el ingreso de los candidatos a las asociaciones cuestionadas y consecuentemente a las referidas discotecas (...)"

Otro de los casos conocidos fue el reclamo que planteó el señor Alejandro Orihuela Meza contra las empresas Cerro de Pasco Mining Company, Cerro de Pasco Corporation y la Sociedad Minera Backus y Johnston del Perú, pues se pretendía oponer la diferencia subjetiva que existía entre ellas, integrantes de un mismo grupo económico, a efectos de evitar la acumulación de los períodos de servicios prestados por el señor Orihuela Meza a las tres sociedades antes mencionadas(186).

En este caso, la Sala resolvió aplicando dispositivos laborales expresos que establecían que "las acciones provenientes de las leyes sociales son persecutorias del negocio". Por tal motivo, la sentencia declaró fundada la demanda del señor Orihuela Meza y ordenó que el pago de la suma adeudada por sus beneficios sociales, podría ser ejecutado "indistinta y solidariamente contra cualquiera de las empresas demandadas que constituyen una sola entidad económica responsable, (187).

Otro caso en el Derecho laboral, similar al anterior, ha sido el que resolvió el Tribunal del Trabajo en el año 1982, ordenando que las empresas Alfombraza S.A., Importadora Maderera SA y el señor José Zapata Salmón paguen solidariamente al señor Fernando Díaz Díaz los beneficios sociales que se le adeudaban en virtud a que "la acción de pago de beneficios sociales es persecutoria del negocio"(186).

En materia tributaria, el Tribunal Fiscal se ha pronunciado sobre la vinculación económica de las empresas, en una acotación formulada por la empresa Occidental Peruana Inc. - Sucursal Perú ante el cobro del Impuesto al Patrimonio Empresarial. En efecto, a través de la Resolución N° 18 463 del 15 de junio de

1984, el Tribunal señaló que "resulta plenamente comprobado que Occidental Exploration and Production Company, propietaria de Occidental Peruana Inc. (léase propietaria de la totalidad de sus acciones), le está otorgando préstamos a ésta a través de su sucursal, la Occidental Peruana Inc. - Sucursal Peruana' por lo que procede mantener el giro impugnado, ya que estas dos últimas constituyen una sola unidad legal y económica, bajo el control económico de la primera".

En igual sentido se pronunció el mismo Tribunal en la Resolución N° 18 464 de la misma fecha que la anterior, por una acotación similar formulada por Bidas Exploraciones y Producción S.A. - Sucursal del Perú. En dicha oportunidad, uno de los considerandos de la sala fue el siguiente: "sostener que ese saldo acreedor está limitado a la cuenta con la principal, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente con la principal, tales como sucursales en otros países, subsidiarias, filiales, incorporadas o, en su caso, matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar una realidad económica".

V. REFLEXIONES FINALES

Ahora bien, de acuerdo a como se encuentra nuestro ordenamiento jurídico, ¿sería posible desestimar algunas características de la persona jurídica en nuestro país? ¿Están nuestros jueces preparados para aplicar la doctrina del levantamiento del velo? En estos momentos, dentro del contexto político, económico y social en el que se encuentra el Perú ¿es posible implementar la aplicación de esta teoría?

Como ya hemos visto, la aplicación del levantamiento del velo de la sociedad comercial se deriva de los principios jurídicos que sancionan el ejercicio abusivo del derecho y el fraude a la ley; siendo ello así, en términos estrictos sería posible extender estos principios y, sustentándose en ellos, los jueces podrían evitar o sancionar los actos antijurídicos que sean realizados a través de la organización colectiva, contando con un criterio discrecional en la aplicación de los mismos y en los efectos que puedan originar.

En ese orden de ideas, es conveniente tener en cuenta lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 184 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que a falta de norma jurídica pertinente los magistrados deben resolver aplicando los principios generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho Peruano.

Sin embargo, por resultar la técnica jurídica del levantamiento del velo una aplicación especial de los referidos principios, y por la implicancia jurídica, económica, política y social que tiene la posibilidad de desestimar algunas características de la persona colectiva, consideramos que no es conveniente que los magistrados aún debieran aventurarse a aplicar esta doctrina que todavía se presenta como exótica en nuestro país.

Más bien, somos de la opinión de que es necesario implementar las normas legales que prevean expresamente la posibilidad de desestimar algunas características, no solo de las sociedades comerciales sino también de cualquier tipo de persona jurídica, cuando se haga un uso abusivo o fraudulento de las mismas; pero hay que tener en cuenta que esta introducción debe ir acompañada de una capacitación permanente y profunda de los jueces que aplicarán esta teoría.

Es necesario además que el Poder Judicial se encuentre libre de cualquier tipo de influencias que no sean estrictamente jurídicas(189); esto es, no deben existir influencias políticas, económicas o de otra índole que perjudiquen la correcta aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, pues esta teoría no puede ser empleada para conseguir beneficios o intereses particulares, que desnaturalicen su finalidad y la hagan una técnica que genere inseguridad jurídica.

En efecto, de darse el caso de un Poder Judicial que no sea independiente en sus decisiones, en vez de implementarse un medio para conseguir mayor protección del orden público y evitar que se causen perjuicios a través de la constitución de organizaciones colectivas, se estaría poniendo en manos de los jueces una "bomba de tiempo" que crearía inestabilidad jurídica e inseguridad económica para las inversiones; en ese supuesto, resultaría nociva la implementación de una doctrina como la del levantamiento del velo.

Por dicha razón, consideramos que de incorporarse la posibilidad de desestimar algunas características de la sociedad comercial, aquélla debería ir acompañada de una norma que establezca la responsabilidad de los magistrados que apliquen este remedio sin que tengan el convencimiento de que es el más adecuado, o sin que cuenten con las pruebas e indicios que hagan necesaria su aplicación para solucionar un caso de abuso o fraude(190).

Al mismo tiempo que se implemente legislativa mente el remedio contra las conductas disfuncionales que se realizan a través de la sociedad comercial, creemos que sería obligación de todos los operadores del Derecho conocer a fondo la teoría comentada, pues no se podría demandar el levantamiento del velo de manera irresponsable y ligera, sin contar con las pruebas suficientes que justifiquen tal medida. En ese sentido, queremos recordar que, de ser el caso, el demandado o los demandados a quienes perjudique una solicitud infundada de levantamiento del velo, tienen las vías pertinentes para solicitar la reparación de los daños que esta situación pudiera haberles causado.

Ahora bien, es conveniente destacar que el levantamiento del velo no procedería contra todos los miembros de la sociedad, sino que sus efectos recaerían únicamente sobre aquellos que con sus acciones u omisiones, hayan coadyuvado a que se consuma la situación de abuso o fraude a través de la organización empresarial. Así por ejemplo, las consecuencias de la desestimación de ciertas características de la persona jurídica no alcanzarían, en principio, a los socios inversionistas que buscan obtener réditos económicos o algún otro tipo de

beneficio sin participar directamente en la gestión o dirección de la sociedad(191). Sin embargo, esta situación deberá ser evaluada por el juez, quien determinará expresamente cuáles son las causales y los motivos por los que procede la aplicación del levantamiento del velo, cuáles son sus efectos, fundamentar su decisión y señalar a qué miembros de la entidad colectiva alcanzan los términos de su resolución.

Tendrán la facultad de demandar el levantamiento del velo aquellos que aleguen un derecho contra la persona jurídica o contra sus miembros. La demanda deberá estar dirigida contra estos últimos de manera conjunta, produciéndose en este caso la figura procesal del litisconsorcio necesario pasivo(192). De igual manera, hay que destacar que la vía jurisdiccional en la que se siga un proceso de levantamiento del velo, sería aquella que determine la ley procesal según la pretensión que se persiga, esto es, según las reglas que se dejarían de aplicar a la persona jurídica demandada.

(1) DOBSON, Juan M. "El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado)". Ediciones Depalma. Buenos Aires-1985. Pág. 69.

(2) SERICK, Ro~. "Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles". Ed~orial Ariel. Barcelona-1958. Págs. 33-36.

(3) DE ÁNGEL YAGOEZ, Ricardo. "La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia". Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid-1997. Pág. 62.

(4) DE ÁNGEL Y AGÜEZ, Ricardo. Ob. ci!. Págs. 66-67.

(5) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Estudios de Análisis Económico del Derecho". ARA Editores. Uma1996. Pág. 367.

(6) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Una Aplicación de 'Los Abusos de Derecho' en la Experiencia Jurldica; El Problema del Abuso de la Personalidad Jurídica". En revista "Gaceta Jurídica". Lima. Mayo-199S. Tomo N" 17. Pág. 57-A.

(7) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. ci!. Pág. 57-A.

(8) DE IOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. "Manual de Jurisprudencia laborar. Tomo 1. H&M Ediciones y Servicios S.A. Lima. Págs. 1-2.

(9) Sobre nuestra opinión acerca de la utilidad que reviste la formación de una persona jurídica, véase MISPIRETA GÁIVEZ, Carlos Alberto. "Abusos y Fraudes Realizados a Través de la Persona JurídicaProblemas y Alternativas de Solución en el Derecho Peruano", Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Lima, 2001.

(10) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso del Derecho". Editorial Grijley. Segunda Edición. Lima-1999. Pág. 163.

(11) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Teoría General del Derecho Civil". Ara Editores. Lima-2002. Págs 170-171. IZQUIERDO ALCOLEA también ha atribuido el carácter de "instrumento de realización del ordenamiento juridico" al derecho subjetivo. (12)

IZQUIERDO ALCOLEA, Ignacio. "Consideraciones Acerca del Sujeto como Pretendido Elemento del Derecho Subjetivo - Con Especial Referencia al Derecho de Obligaciones". En "Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual- Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalte-. Tomo I. Grupo Peruano de la Asociación Henry Capítan!. Lima. Pág. 270.

- (13) Si se desea profundizar más sobre este tema ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos- Ob. cit. Págs. 60 y siguientes; o en ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Hacia una Nueva Concepción Sobre el Denominado Abuso del Derecho Frente a la Crisis de Tipicidad del Derecho Subjetivo". En "Ensayos Sobre Teoría General del Derecho y los Derechos de las Personas". Editorial Huallaga. Lima-1996. Págs. 27-29.
- (14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Cartas. Ob. cit. Pág. 131.
- (15) MARTÍN BERNAL, José Manuel. "El Abuso del Derecho". Editorial Montecorvo. Madrid-1982. Págs. 159
160.
- (16) DASIN, Jean. "El Derecho Subjetivo". Editorial eJe Derecho Privado. Madrid-1955. Págs. 365-366.
- (17) NIEL PUIG, Luis. "Abuso del Derecho", En "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", Editorial Abeledo Perro!. Buenos Aires-1997. Pág. 1076.
- (18) MARTÍN BERNAL, José Manuel. Ob. cit. Pág. 160.
- (19) Así, pueden verse los artículos 103 de la Constitución Política del Perú y el artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil
- (20) MARTÍN BERNAL, José Manuel Ob. cit. Pág. 140.
- (21) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit. Pág. 144.
- (22) CUENTAS ORMACHEA, Enrique "El Abuso del Derecho". En "Derecho". N° 51. Lima. Diciembre.1997. Pág. 473.
- (23) Se ha destacado que el derecho de asociación constituye un derecho natural, y por tanto una prerrogativa fundamental del ser humano; pero a la vez, se ha puesto en relieve que el derecho de asociación, así como el de reunión, pertenecen a un grupo de derechos que consideran al hombre como un ser social. LÓPEZ-NIETO, Francisco. "Manual de Asociaciones". Editorial Tecnos. Segunda Edición. Madrid-1988. Págs. 19-20.
- (24) Que en términos generales son el Código Civil, la Ley General de Sociedades y la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Pero además están las normas específicas en el caso de ciertas personas jurídicas en particular (por ejemplo, las dedicadas a hidrocarburos, minería, pesca, telecomunicaciones, agroindustria, etcétera).
- (25) BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español". Editorial Aranzadi. Segunda Edición. Pamplona-1997. Págs. 288-294.
- (26) Al respecto se puede ver DE TRAZEGNIES, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual" Tomo 1. Fondo Editorial PUCP. Lima-1995. Págs. 146-149.
- (27) DASIN, Jean. Ob. cit. Pág. 370.
- (28) DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. "El Abuso del Derecho y el Fraude a la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y el Problema de sus Recíprocas Relaciones". En revista 'Ius et Veritas'. Año 3. N° 5. Lima. Noviembre-1992. Pág. 11.
- (29) VIDAL, José. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El Fraude a la Ley". En revista "Derecho Privado y Comunitario". N° 4. Santa Fe. Septiembre-Diciembre-1993. Pág. 11.

- (3D) LOHMAN, N LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "El Negocio Jurídico". Editorial Grijley. Segunda Edición. Lima-1997. Pág. 399.
- (31) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cil Págs. 12-13. (32) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit. Pág. 13.
- (33) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cil. Pág. 22.
- (34) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. dl. Pág. 54.
- (35) ROSEMBUJ, Tulio. "El Fraude a la Ley y el Abuso de las Formas en el Derecho Tributario". Ediciones Marcial Pons. Madrid-1994. Pág. 20.
- (36) DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Cita"dos por ROSEMBUJ, Tulio. Ob. eil. Pág. 25.
- (37) DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. eil. Pág. 12.
- (38) DE LA VEGA, C. Citado por ROSEMBUJ, Tulio. Ob. eil. Pág. 26.
- (39) Al respecto, puede revisarse FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El Histórico Problema de la Capacidad Jurídica". En "Diez Años del Código Civil Peruano". Tomo 1. Universidad de Urna. Urna-1995. Pág. 73. (40) DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. cit. Pág. 13.
- (41) GIORGIANNI. Citado por ROSEMBUJ, Tulio. Ob. cit. Pág. 34.
- (42) CASTÁN, J. Citado por ROSEMBUJ, Tulio. Ob. cit. Pág. 23.
- (43) ALBALADEJO, Manuel. Citado por ROSEMBUJ, Tulio. Ob. dt Pág. 25.
- (44) DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob.,.cit. Pág. 12. (45) SERICK, Roll. Ob. dl. Pág. 44.
- (46) SOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cil. Pág. 261.
- (47) LIGEPORULO, Alexandre. Citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cil. Pág. 48. (48) JOSSERAND, Louis. Citado por DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. cil. Pág. 13. (49) MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cil. Págs. 44, 47-48.
- (SO) Nos adherimos a la postura de Díez.Picazo cuando señala que en términos generales entre el abuso del derecho y el fraude a la ley existe por lo menos un elemento común que es la desviación que se trata de conseguir respecto de las líneas marcadas por el ordenamiento jurídico. DíEZ.PICAZO y PONCE DE LEON, Luis. Ob. cil. Pág. 13.
- (51) DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. Ob. cil. Pág. 14.
- (52) Esta distinción también ha sido recogida por LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. Ob. cit. Pág. 399. (53) SERICK, Roll. Ob. cit. Págs. 44 y siguientes.
- (54) DE LOS MOZOS, José Luis. Citado por SOLDÓ RODA, Carmen. Ob. ei!. Pág. 312.
- (55) DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo. Citado por SOLDÓ RODA, Carmen. Ob. ei!. Págs. 312-313.
- (56) SOLDÓ RODA, Carmen. Ob. ei!. Págs. 314-317. De la misma autora, "El Levantamiento del Velo" y la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles". Editorial Tecnos. Madrid-1993. Págs. 25-27.
- (57) Según lo que señala LARENZ, "el patrimonio de una persona aparece desde el punto de vista~ridocivil y de la responsabilidad. en cierto modo, como el depósito del que pueden hacer extracción los acreedores del titular del patrimonio, en tanto sea suficiente, a fin de satisfacerse por sus aéditos". LARENZ, Karl. "El

Patrimonio". En revista "Gaceta Jurídica". Tomo XI. Lima. Noviembre-1994. Pág. 97-A.

(58) PAZ-ARES, C citado por MACHADO PIAZAS, José. "Pérdida del Capital Social y Responsabilidad de los Administradores por las Deudas Sociales". Editorial Civitas. Madrid-1997. Pág. 223.

(59) MASSAGUER FUENTES, José. '1..a Infracapitalización: La Postergación Legal de los Créditos de Socios".

En "La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada". Editorial Dykinson. Madrid-1994. Pág. 943.

(60) Hemos expuesto esta idea con mayor detalle en nuestra Tesis para obtener el título de abogado "Abusos

y Fraudes Realizados a Través de la Persona Jurídica - Problemas y Alternativas de Solución en el

Derecho Peruano", Universidad de Lima, 2001.

(61) Somos de la opinión que de no existir una regulación legislativa que prevea la necesidad de un patrimo

nio mínimo, para que se presenten abusos o fraudes a través de la persona jurídica, se tendría que hablar de la infrapatrimonialización material de la misma, pues la garantía de los acreedores no es únicamente su capital, sino todos los bienes que integran la esfera jurídica patrimonial de la organización colectiva.

(~2) ~e.conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que establece que: "Es nulo el acto Jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

(63) PAZ-ARES. C. citado por MASSAGUER FUENTES, José. Ob. dl. Pág. 945.

(64) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cil. Pág. 951.

(65) Hay que recordar que en situaciones de crisis empresariales, sobre todo en nuestro país, muchas veces son los propios socios los que deciden financiar a la empresa, ante la dificultad que reviste acceder a un crédito bancario o a otros tipos de financiamiento. Massaguer ha señalado que "si la limitación de responsabilidad a la aportación tiene su legitimación en la suficiencia del capital con ellas formado, el saneamiento de la empresa en crisis por los socios ha de construirse sobre una suficiente dotación de capital propio-. MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cil. Pág. 951.

(66) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "Derecho Societario- Parte General". Editorial Heliasta. Buenos Aires-1994. Pág. 363.

(67) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cil. Pág. 944.

(68) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cil. Págs. 947 y siguientes. En palabras de este jurista español "la postergación de créditos es la noción que comprende la postposición de ciertos créditos y la extinción de ciertas garantías que gravan el patrimonio de la sociedad nominalmente infracapitalizada. así como la restitución a la sociedad de las cantidades por ella satisfechas a los titulares de tales créditos". Ob. cil. Pág. 945.

(69) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cil. Pág. 954.

(70) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Págs. 364-365. Nota al pie N2 620.

(71) Así, para Luis Arturo Fuentes las causas de formación de los grupos económicos se explican por tres teorías, la primera que es la de la Eficiencia, según la cual los grupos "aprovechan las economías de escala y de ámbito que, de otro modo, se perderían"; la segunda que es la Teoría de Monopolio, por la cual a través de los grupos se les "permite alcanzar rentabilidades por encima de las que se conseguirían en un mercado competitivo"; y la tercera referida al poder político. que se basa en la "influencia que pueden llegar a tener estos grupos sobre los gobernantes de un país". FUENTES E., Luis Arturo. "Grandes Grupos Económicos en Chile y los Modelos de Propiedad en Otros Paises". Dolmen Ediciones. Santiago de Chile-1997. Pág. 23.

(72) SAN FUENTES V., Andrés. "Los Grupos Económicos, Control y Políticas". En: Colección de Estudios CIEPLAN N' 15. Estudio N' 98. Alfabetá Impresores. Santiago de Chile. Diciembre-1984. Págs. 134-137.

(73) VILLEGAS, Carlos Gilberto. 'Sociedades Comerciales', Tomo 1. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe1997. Pág. 634.

(74) A manera ilustrativa, Martorell nos cuenta que "en Argentina en el mes de julio de 1989 se produjo un verdadero 'golpe de estado' de los mercados (eufemismo con el que se identifica sin nombrarlos a los 5 ó 6 grandes 'grupos económicos' 10rmadores de precios'), que obligó al Dr. Alfonsín (ex presidente argentino) a acortar su periodo renunciando varios meses antes de su conclusión. Sencillamente, los grandes 'holdings' dijeron ¡Basta!, y la gobernabilidad de las variables económicas se volvió absolutamente imposible para la administración que en ese entonces se hallaba a cargo del poder". MARTORELL, Ernesto Eduardo. "Los Grupos Económicos y de Sociedades". Ad Hoc. Buenos Aires-1991. Págs. 74-75.

(75) MARTORELL, EmestoEduardo. Ob. ci!. Pág. 217.

(76) BUENO MAGAN O, Oclavio. "Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho". Editora Revista dos Tribunais. Sao Paulo-1979. Pág. 93.

(77) Sobre este punto, debemos mencionar que el artículo 105 de la Ley General de Sociedades referido al control indirecto de adcones, establece que una sociedad es controlada cuando, directa o indirectamente la propiedad de más del 50% de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir la mayoría de los miembros del directorio, corresponde a la sociedad emisora de las acciones.

(78) VILLEGAS, Carlos Gilbet1o. Ob. ci!. Pág. 636.

(79) VILLEGAS, Carlos Gilbet1o. Ob. ci!. Pág. 639.

(80) BUENO MAGANO, Oclavio. Ob. ci!. Pág. 101.

(81) BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurldica ...". Ob. ci!. Pág. 383.

(82) BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica u.". Ob. ei!. Pág. 385.

(83) BOIDó RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica u.". Ob. ei!. Pág. 385.

(84) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Derecho Comercial". Tomo 111. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Lima-2000. Pág. 98. "

(85) DOBSON, Juan M. Ob. ei!. Pág. 405.

(86) MARTORELL, Ernesto Eduardo. Ob. cit. Pág. 220.

(87) GALGANO, Francesco. "Las Instituciones de la Economía Capitalista - Sociedad Anónima, Estado y Clases Sociales". Editor Fernando Torres. Madrid, 1986. Pág. 107.

(88) MORALES ACOSTA, Alooso. "Los Grupos de Sociedades". En "Revista Peruana de Derecho de la Empresa". N° 44. Lima-1994. Pág. 118-127; y, HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Ob. cit. Págs. 203-215.

(89) El artículo 4° de las Normas Especiales Sobre Vinculación y Grupo Económico señala que existe relación de propiedad cuando de manera directa o indirecta una persona tiene el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural (hasta segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad) son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica, o cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas (cadena).

(90) En ese sentido se pronuncia el artículo 17° del Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos, Resolución SBS N° 446-2000.

(91) La referida norma expresamente señala que: Para efecto de lo dispuesto en la ley, se entenderá que existe conjunto económico o vinculación económica cuando se dé cualquiera de las siguientes situaciones: 1. Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de un tercero.

2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.

3. En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

4. El capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.

5. Las empresas cuenten con directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros y comerciales que se adopten.

6. Dos o más empresas consoliden Estados Financieros.

7. Una empresa efectúe el cincuenta por ciento (50%) o más de sus ventas de bienes o servicios a una empresa o a empresas vinculadas entre sí durante los doce meses inmediatamente anteriores al mes en el que ocurre la transacción.

8. Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente, en cuyo caso el

contrato se considerará vinculado con cada una de las partes contratantes.

9. Cuando una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en

cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos

permanentes y entre los establecimientos permanentes entre sí.

Para que se configure la vinculación económica, las situaciones descritas en los numerales 1 al 6 de este artículo deben darse a la fecha de la transacción, en algún momento del ejercicio gravable en el que la transacción se lleve a cabo o en el ejercicio gravable inmediato anterior a aquél en que ésta se efectúe. Configurada la vinculación económica, ésta regirá por todo el ejercicio gravable.

(92) Así, pueden revisarse la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2000-CD/OSITRAN y la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2000-CD/OSITRAN.

(93) CABANELIAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Pág. 341.

(94) MOSSET ITURRASPE, Jorge. "La Persona Jurídica. Sus límites. Inoponibilidad de la Personalidad. Pe

netración. Grupos Económicos". En "Revista de Derecho Privado y Comunitario". N° 8. Santa Fe. Enero-abril-1995. Pág. 130. Nota al pie N° 21.

(95) MARTORELL, Ernesto Eduardo. Ob. cit. Pág. 308.

(96) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit. Pág. 2.

(97) DE ÁNGEL Y AGÜEZ, Ricardo. Ob. cit. Págs. 488-492.

(98) En igual sentido, puede verse SOLDÓ RODA, Carmen. "El 'Levantamiento del Velo' y de la ...". Ob. cit.

Pág. 25. (99) "Memento Práctico Francis Lefebvre". Sociedades Mercantiles. Madrid-1998. Pág. V.

(100) OLIVENCIA M. Citado por SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...". Ob. cit. Pág. 321. Nota al pie N° 3.

(101) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica",. Ob. cit. Pág. 321.

(102) Aunque debemos señalar que el artículo 54° del Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, estableció que tanto las personas naturales como las jurídicas podrían constituir una empresa individual de responsabilidad limitada.

(103) Aunque este término no haya sido empleado por la Ley General de Sociedades, es el más frecuente para designar esta situación transitoria de pérdida del número plural de socios. Sin embargo, creemos que el calificativo usado no es el más apropiado, ya que al hablar de "sociedad", se hace referencia a una reunión de personas y no a un solo miembro que conforma la organización colectiva, por lo que entendemos que una expresión más feliz resultaría la de "persona jurídica unipersonal".

(104) Concordante con el numeral 6 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades.

(105) En general, debemos indicar que a nivel de la Comunidad Europea, la Duodécima Directiva emitida por

dicha institución supranacional en el año 1989 admite la posibilidad de que los países que la integran formen sociedades unipersonales de carácter originario. En efecto, el apartado 1 del artículo 2 del comentado texto legal dispone textualmente que "la sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (socio unipersonal)". Puede verse en www.europa.eu.int/eur-lex

(106) CASANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Págs. 347-348.

(107) Resulta interesante lo apuntado por Álvarez de Toledo cuando señala que cuando el mandante actúa

habitualmente en el comercio a través de personas interpuestas, esta opción se enmarca "en un contexto de instrumentalización de un ente social sin vida ni voluntad propias, al servicio exclusivo de la única voluntad operativa y activa". El citado autor concluye señalando que esta situación constituye un "ejercicio clandestino del comercio". ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "Abuso de Personificación, Levantamiento del Velo y Desenmascaramiento". Editorial Colex. Madrid-1997. Pág. 29.

(108) Refiriéndose a las sociedades de favor, Soldó Roda comenta que se trata de aquellas sociedades que formalmente se presentan como pluripersonales, pero 'de facto' o desde un punto de vista material son unipersonales. SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cil. Pág. m.

(109) Ya hemos manifestado que los grupos de casos en los que se producen abusos y fraudes a través de la sociedad comercial no son compartimentos estancos, sino que pueden presentarse situaciones en las que existan, en mayor o menor medida, características que incorporen a uno u otro supuesto.

(110) GRISOLI, Angelo. "Las Sociedades de un Solo Socio". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1976. Págs. 306 y siguientes.

(111) Ello sin negar la posibilidad de que durante la existencia de la sociedad se puedan presentar situaciones que puedan ser calificadas como simulación. Así también lo advierte Cabanellas de las Cuevas al señalar que en este caso se trata de "una sociedad correctamente constituida, a la que viene a faltar luego una pluralidad de socios, falta que es encubierta mediante una simulación". El mismo autor pone el siguiente ejemplo: Hay una sociedad de dos socios, A y B. los cuales venden sus participaciones a C. Para evitar que la sociedad quede con un único socio aparente, B retiene una parte de sus participaciones, con un contradocumento a favor de C". CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cil. Pág. 311.

(112) DOBSON, Juan M. Ob. cil. Págs. 488 Y siguientes.

(113) Al respecto pueden verse los artículos 1055 y 1659 del Código Civil.

(114) Al respecto se puede revisar el artículo 82 de la Ley General de Industrias, Ley N° 23407. (115) FULLER, Warner. Citado por DOBSON, Juan M. Ob. ei!. Pág. 492.

(116) DOBSON, Juan M. Ob. ei!. Pág. 481.

(117) DE ÁNGEL Y AGÜEZ, Ricardo. Ob. cil. Págs. 294-296; y, BOLDÓ RODA, Carmen. "levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cil. Págs. 362.363.

(118) DOBSON, Juan M. Ob. cil. Págs. 493-494.

(119) DE ÁNGEL Y AGÜEZ, Ricardo. Ob. cil. Págs. 285-289; y, BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cil. Págs. 363-365.

(120) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Pág. 93. Esta situación también es comentada por Álvarez de Quintana, Lorenzo. Ob. cit. Pág. 48.

(121) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 141.142.

(122) BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 115-116. (123) SERICK, Ro~. Ob. cit. Pág. 91. A partir de 1994 en Estados Unidos, con la reforma de la 'Uniform Partnership

Act'(UPA), se atribuyó personalidad jurídica a las partnerships (sociedades semejantes a nuestras sociedades de personas). PALMER OLIDEN. Carmen Julia. "El Abuso de la Responsabilidad Limitada por los Socios de las Sociedades Anónimas - Estudio de Derecho Comparado". En revista "Gaceta Jurídica". Urna. Juli0-2000. Tomo BO-B. Pág. 3B.

(124) SERICK, Ro~. Ob. cit Págs. 90-94. En esta obra señala que "con sorprendente sobriedad el jurista americano se plantea, de manera esporádica. con ocasión de algún caso concreto. y casi siempre sin entrar en una profunda discusión teórica. el problema de la naturaleza de la persona jurídica. cuando ello aparece precisamente para resolver el problema jurídico concreto".

(125) CHAUVEAU. Mencionado por RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Civil". Tomo 11. Editorial

Abeledo-Perrol. Buenos Aires-1993. Pág. 256. (126) DOBSON, Juan M. Ob. cil. Págs. 2-3. (127) Así, pueden verse FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Apuntes sobre el Abuso de la Personalidad

Jurídica". En revista "Gaceta Jurídica". Uma. Diciembre-1999. Tomo 73-8. Pág. 20; Y RICHARD, Efraín Hugo. "La Frustración del Sistema Jurídico por Uso Abusivo de Sociedades". En "Revista de Derecho Privado y Comunitario". W 4. Santa Fe. Diciembre-1993. Pág. 86.

(128) Richard, citando a Le Pera, se ha referido sobre el particular en los siguientes términos: "to disregard the legal entityyo piercing the corporate veil, o 'allanar la personalidad jurídica' son aquí términos de arte-y quizá en alguna medida eufemismos- para expresar la idea sustancial de que en ciertos supuestos se prescinde de la limitación de la responsabilidad que tradicionalmente se conceptúa implícita en una sociedad por acciones. Ese eufemismo ha generado ciertas aplicaciones literales que serían disvaliosas". RICHARD, Efraín Hugo. Ob. cil. Pág. 86. En igual sentido se ha pronunciado Reyes Villamizar cuando dice que "el único atributo que se ignora al aplicar esa doctrina es la separación patrimonial para alguno o algunos de los socios, y que la sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados no desaparece, ni sus atributos se pierden". REYES VILLAMIZAR, Francisco. Citado por VILLEGAS, Carlos Gilberto. Ob. cil. Pág. 172..,

(129) Por ello, resultaría más conveniente hablar de "desestimación de características de la persona jurídica" o de "inaplicación de las reglas sobre la persona jurídica"; aunque a lo largo de nuestro trabajo emplearemos indistintamente estos términos.

(130) DOSSON. Juan M. Ob. cit. Pág. 11.

(131) ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. cit. Págs. 18-19. (132) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Ob. cit. Pág. 44.

(133) VILLEGAS, Carlos Gilberto. Ob. cit Pág. 173.

(134) EMBID tRUJO, José Miguel. "Protección de Acreedores, Grupo de Sociedades y Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica". En: Selección de Texto!! para el Curso de Personas Jurídicas de la PUCP. Lima2001. Págs. 336-337.

(135) CABANELIAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. "La Personalidad Jurídica Societaria". Editorial Heliasta. Buenos Aires-1994. Pág. 65.

(136) En ese sentido, puede verse CAPILLA RONCERO, Francisco. "Las Personas Jurídicas - Funciones y Distinciones". Editorial Tecnos. Madrid-1984. Pág. 70; SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 297-298 y, de la misma autora, "El 'Levantamiento del Velo' y la Personalidad Jurídica ...". Ob. cit. Pág. 11.

(137) DE ÁNGEL Y AGÜEZ, Ricardo. Ob. cit. Págs. 60, 65.

(138) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 310-311. (139) MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. "El 'Levantamiento del Velo Jurídico' en el ámbito de un mismo grupo de sociedades: ¿Un Falso Debate?". En "Anuario de Derecho Civil". N° 48. Madrid. Abril/Junio-1995. Pág. 799.

(140) Así, el autor nos dice que es suficiente que deje de recurrirse a la seguridad jurídica como garantía última del 'statu quo' social y contractual para ser, como dice el Tribunal Constitucional, "equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad". Añade por último que "la seguridad jurídica no puede dejar de fundamentarse ya, en su dimensión constitucional, sobre un principio inescindible de justicia". MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Ob. cit. Págs. 801-802.

(141) Así, ver entre otros a Lobato de Bias y Embid Iruja, mencionados por BOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Pág. 309.

(142) BOLDÓ RODA, Carmen. "El 'Levantamiento del Velo' y la Personalidad Jurídica ...". Ob. cit. Pág. 18.

(143) Boldó ha reseñado las ideas planteadas por De la Cámara que se ha pronunciado también en esa dirección, cuando apunta que "no tiene sentido el sostener que la desestimación de la persona jurídica constituye una excepción". Continúa más adelante, "el fenómeno debe plantearse como consecuencia de la función meramente instrumental de la persona jurídica, que ha sido concebida para la consecución de unos fines concretos". DE LA CÁMARA, Manuel. Citado por BOLDÓ RODA, Carmen. "El 'Levantamiento del Velo', y la Personalidad ...". Ob. cit. Pág. 18. De igual forma, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Ob. cit. Pág. 806.

(144) RICHARD, Efraín Hugo. Ob. cit. Págs. 118-119.

(145) ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. cit. Pág. 66.

(146) Sobre el particular, ha escrito Galgano que "la tendencia de la economía contemporánea está orientada hacia una creciente concentración industrial y comercial; el fenómeno al que hoy se asiste es, como es conocido, aquél por el que las empresas que operan en el mercado llegan a ser cada vez más grandes y menos numerosas". GALGANO, Francesco. Ob. cit. Pág. 103.

(147) TEJADA, Pilar y ANGUIO, Cecilia. "Inversión Extranjera Mundial, Globalización y Estrategias Empresariales". En revista "Entorno Económico", N° 47. Lima. Octubre-Diciembre-1993. Pág. 34.

(148) El beneficio de constituir una sociedad comercial no solo recae en los socios, sino también en los trabajadores, el Estado y la sociedad en su conjunto. Sobre el particular puede revisarse MISPIRETA GÁLVEZ. Carlos Alberto. "Abusos y Fraudes Realizados a Través de la Persona Jurídica. Problemas y Alternativas

de Solución en el Derecho Peruano", Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Lima. 2001.

(149) HORN, N. citado por ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. cit. Pág. 38. (150) ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. cit. Págs. 38-39.

(151) Sullard en uno de sus trabajos nos explica que el Teorema de Coase puede formularse de dos maneras,

la primera es que "si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente". La segunda formulación es que "si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente". SULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Ronald Coase y El Sistema Jurídico - Sobre el Nobel de Economía 1991". En: "Estudios de Análisis Económico del Derecho". ARA Editores. Lima-1 996. Págs. 130-131.

(152) ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. Ob. cit. Pág. 40.

(153) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 91-92. (154) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Pág. 89.

(155) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. -la Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria como Umite al Globalismo en la Argentina del Siglo XXI-, Obtenido en legalmania.com.arel28 de octubre del 2002.

(156) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cit. Pág. 948.

(157) MASSAGUER FUENTES, José. Ob. cit. Pág. 948.

(158) En nuestro sistema concursal vigente los acreedores vinculados mantienen su derecho de voto, pero se ha dispuesto que si existiera alguna relación entre el acreedor y el deudor concursado, cualquiera de ellos deberá hacer de conocimiento de la Comisión de Procedimientos Concursales y de la junta de acreedores la existencia de dicha vinculación, según los términos establecidos en el artículo 12 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809. Por otra parte, el artículo 59 del citado texto legal ha previsto que si los acreedores vinculados representan más del 66,6% del monto total de los créditos reconocidos, es requisito de validez para la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación y sus modificaciones, el que se alcance mayoría calificada de más del 66,6% en la clase de acreedores vinculados y la clase de acreedores no vinculados al deudor insolvente. respectivamente,

(159) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del velo y Persona Jurídica ...", Ob. cit. Pág. 425.

(160) CASANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Págs. 360-361.

(161) MASSAGUER FUENTES, José, Ob. cit. Págs. 973-975,

(162) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Ob. cit. Pág. 345.

(163) STONE, Ferdinand. Citado por MARTORELL. Ernesto Eduardo. Ob. cit. Pág. 103,

(164) POWELL. Frederiek James. citado por LE PERA, Sergio, "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno".

Editorial Astrea, Buenos Aires-1974, Págs. 138-139.

(165) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Pág. 344.

- (166) SOLDÓ RODA, Carmen, al comentar las diferentes soluciones que se dan a los casos de abusos y fraudes a través de las personas jurídicas que integran grupos económicos en los países europeos, ha señalado que "nos encontramos con la asunción por parte de la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de la sociedad dependiente, contemplada por el Derecho alemán; la responsabilidad subsidiaria por parte de la sociedad dominante por las deudas del dependiente establecido en el Proyecto de Novena Directiva Comunitaria, o por último, un sistema mixto que incluye las dos medidas anteriores, y que es el sistema adoptado por el Código de Sociedades portugués. En otros países, en concreto en Italia, la defensa de los intereses de los acreedores de la sociedad dominada se articula por medio de leyes concursales". SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica B"" Ob, cil. Pág. 407.
- (167) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica B"" Ob, ell. Pág. 409.
- (168) Dobson resalta la distinción entre actos "normales" o regulares y "anormales" o irregulares elaborada por el Tribunal Fiscal argentino, siendo los actos normales "aquellos que a pesar de haber sido celebrados entre matriz y filial, lo han sido en las mismas e idénticas condiciones en que se hubieran celebrado con extraños, terceros autónomos en la relación". DOSSON, Juan M. Ob, cil. Pág. 373.
- (169) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cil. Pág. 343.
- (170) Al respecto, Carmen Soldó señala que .si el propio socio no ha respetado la independencia de la sociedad que. como persona jurídica separada de sus miembros ostenta la titularidad de un conjunto de relaciones jurídicas así como de un patrimonio, los tribunales estarán también legitimados para no respetarla". SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cil. Pág. 320.
- (171) Numeral 6 del artículo 423 de la Ley General de Sociedades.
- (172) DOBSON, Juan M. Ob. cit. Pág. 518.
- (173) DOBSON, Juan M. Ob. cit. Págs. 518-519.
- (174) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Pág. 316.
- (175) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Ob. cit. Págs. 317-324.
- (176) As(puede verse el artículo 41 de la Ley de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, Decreto Ley N2 21621 .
- (177) SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica '00"" Ob. cil. Pág. 383.
- (178) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Ob. cil. Págs. 176.178.
- (179) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Ob. cit. Págs. 468.470; y SOLDÓ RODA, Carmen. "Levantamiento del Velo y Persona Jurídica ...". Ob. cit. Págs. 417-418.
- (180) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de Derecho de las Personas". Editorial Huallaga. Tercera Edición. Lima-2001 . Pág. 444; Y del mismo autor, "Una Aplicación de 'Los Abusos de Derecho' en la Experiencia Jurídica: El Problema del Abuso en la Persona Jurídica". En "Gaceta Jurídica". Tomo N" 17. Lima. Mayo-1995. Pág. 57-A
- (181) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de derecho ...". Ob. Gil. Pág. 444.

- (182) DOBSON, Juan M. Ob. cit. Pág. 484.
- (183) DOBSON, Juan M. Ob. cit. Pág. 485.
- (184) DOBSON, Juan M. Ob. cit. Pág. 503.
- (185) VILLEGAS, Carlos Gilberto. Ob. cit. Pág. 180.
- (186) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit. Pág. 1.
- (187) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit. Págs. 1-2.
- (188) DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Ob. cit. Pág. 259.
- (189) Al respecto, el artículo 2 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 01793-JUS, señala que el Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político-administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la ley. De igual manera, el artículo 16 del mismo texto legal establece que los magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia.
- (190) Así, el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que "los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causen, con arreglo a las leyes de la materia. Son igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas".
- (191) Pensemos por ejemplo en los inversionistas que adquieren la calidad de accionistas de empresas que cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores, que no tienen ninguna injerencia en las decisiones políticas o en los actos que ocurren al interior de la persona jurídica.
- (192) El litisconsorcio necesario se encuentra previsto en el artículo 93 del Código Procesal Civil, e implica, en palabras de Ana María Arrarte, que "la parte demandante o demandada está compuesta indivisiblemente por más de una persona, titulares de la relación material, y quienes en conjunto tienen una sola pretensión y un mismo interés para obrar (...), estaríamos ante un caso en el que la ausencia de una de estas personas que conforman un ente procesal generaría un defecto en la condición de la acción, concretamente habría un problema de falta de legitimidad para obrar que impediría un pronunciamiento válido sobre el fondo". ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "Sobre el Litisconsorcio y la Intervención de Terceros, y su tratamiento en el Código Procesal Civil Peruano". En "Revista de Derecho Procesal". Lima. Septiembre-1997. Pág. 134.