

✓ LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA Y LA SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES: ¿UNA COEXISTENCIA NECESARIA?

IVO S. GAGLIUFFI PIERCECHI¹

Abogada
Universidad de Lima

I. ANTECEDENTES DE LA REFORMA E INTRODUCCIÓN AL TEMA

La reforma de la legislación societaria² obedeció, esencialmente, a la dinámica del Derecho Comercial y a la necesidad de contar con una norma novedosa que se encontrara en armonía con la transformación económico-empresarial operada a nivel nacional y mundial, así como que se adecuara a los lineamientos demarcados en el régimen económico de la Constitución Política de 1993, caracterizado por un modelo liberal a ultranza, no obstante la economía social de mercado que proclama.³

En tal sentido, mediante Resolución Ministerial N° 424-94-JUS de 1° de setiembre de 1994, el Ministerio de Justicia constituyó la Comisión Elaboradora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, denominada luego Comisión Redactora (en adelante, la "Comisión Re-

doctora"), otorgándole un plazo para que formule el documento encomendado, el cual se amplió en diversas oportunidades, fijándose finalmente como fecha de entrega el 31 de diciembre de 1996.

El Congreso de la República expidió la Resolución N° 001-97-CR de 20 de febrero de 1997, mediante la cual delegó a la Comisión Permanente facultades legislativas por un plazo determinado, a efectos de dictar una nueva Ley General de Sociedades, en virtud a lo dispuesto por el artículo 101° numeral 4 de la Constitución Política de 1993.⁴

La Comisión Permanente en la sesión celebrada con fecha 26 de febrero de 1997, constituyó a la Comisión Revisora del Congreso de la República del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades (en adelante, la "Comisión Revisora").

¹ Deseo expresar mi agradecimiento al Estudio Jurídico Echecopar García por el apoyo brindado para la elaboración del presente artículo.

² Conviene precisar que el antecedente inmediato es la Ley N° 16123, Ley de Sociedades Mercantiles, promulgada por Decreto Supremo de 27 de julio de 1966; luego modificada por el Decreto Legislativo N° 311 de 12 de noviembre de 1984, denominada Ley General de Sociedades; derivado, posteriormente, en el Decreto Supremo N° 003-85-JUS, Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, de 13 de mayo de 1985.

³ Sobre el régimen económico consagrado en la actual Carta Magna, recomendamos consultar: *Fernández Segado, Francisca*, "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993". En: *la Constitución Peruana de 1993*, Editora Jurídica Grifley, Lima, 1994, pp. 54-60. Otra posición es: *Torres y Torres Lara, Carlos*, "La Constitución económica en el Perú", (Serie: Debate Constitucional), Ediciones del Congreso de la República, Lima, 1998, 136 pp.

⁴ Resulta importante referir que luego de que la Comisión Redactora entregó el Anteproyecto a la Comisión Revisora, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la delegación de la facultad de legislar, resolviendo un proyecto de ley a tal efecto, todo vez que consideró que lo suya norma contenía, en su mayoría, disposiciones de carácter técnico y, en consecuencia, correspondiendo aprobarlo a través de un decreto legislativo en virtud al artículo 104° de la Carta Magna. No obstante, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o cargo del análisis del proyecto respaldado acordó por unanimidad denegar dicho pedido, considerándolo innecesario y proponiendo, a su vez, la delegación de tales facultades a la Comisión Permanente, siendo la primera oportunidad en que se utilizó la posibilidad prevista en el artículo 101° de la Constitución Política y, en tal sentido, la primera ley aprobada en esta comisión.

El Anteproyecto de la Ley General de Sociedades elaborado por la Comisión Redactora fue publicado el 02 de marzo de 1997 (en adelante, el "Anteproyecto"). Este documento contenía, entre otras innovaciones, el planteamiento de dos variantes derivadas de la sociedad anónima: la sociedad anónima cerrada (en adelante, la "SAC") y la sociedad anónima abierta; del mismo modo, omite a la sociedad comercial de responsabilidad limitada (en adelante, la "SRL"). Tales decisiones generarían un arduo debate acerca del mantenimiento o eliminación de esta tradicional forma societaria.

La Comisión Revisora celebró un total de nueve sesiones, en las cuales se debatieron y propusieron textos alternativos al del Anteproyecto, con la participación de la Comisión Redactora, a fin de entregar una versión que fuese aprobada finalmente por la Comisión Permanente. Precisamente, en la sesión de 11 de marzo de 1997 se realizó la Exposición de Presentación del Anteproyecto a cargo del Presidente de la Comisión Redactora, Dr. Enrique Normand Sparks, a la Comisión Revisora (en adelante, la "Exposición Normand"), la misma que fue publicada el 23 de abril de 1997 debido a su trascendencia, indicando los principales cambios contenidos en el Anteproyecto.

La Exposición Normand, como correspondía, se constituyó en el primer documento que planteaba la disyuntiva, fundamentando su decisión de eliminar la SRL en la introducción de la modalidad societaria denominada SAC, toda vez que ésta recogía las características esenciales de aquélla, a saber: una organización administrativa simple, al facultarse de prescindir de directorio; la limitación máxima del número de socios a la cantidad de veinte; entre otras. En tal sentido, el texto estimaba innecesaria la coexistencia de otra sociedad de capitales con notas personalistas.

Sin embargo, la sustentación sobre el tema en cuestión contenida en la Exposición Normand resultó insuficiente ya que se encontró desprovista de los fundamentos doctrinarios y fácticos necesarios, limitándose a justificar su planteamiento en la priorización de la sociedad anónima como figura societaria de amplia aceptación.

Durante las sesiones de la Comisión Revisora surgieron nuevamente las dos propuestas, considerando unos

que era innecesario conservar la SRL paralelamente con la SAC, en tanto que otros propusieron no limitar la libertad de asociación y, en tal sentido, mantener la SRL, produciéndose una vigencia ultractiva que importaría su coexistencia en la nueva norma con la SAC.⁵

Asimismo, cabe señalar que en la Sexta Sesión de 09 de abril de 1997 se discutieron los artículos 111^o al 264^o del Anteproyecto, entre los cuales se encontraba la regulación de la SAC. En esta instancia se produjo un interesante debate en el cual se manifestó que el derecho de adquisición preferente de los socios de la SAC y el consentimiento por la sociedad en caso de transferencia de acciones, atentaban contra el principio de libre negociación, desnaturalizando a la sociedad anónima, en tanto sociedad de capitales. Del mismo modo, otro punto importante se trató en la Séptima Sesión de 16 de abril de 1997, al exponerse los planteamientos respecto de la Quinta Disposición Transitoria, toda vez que imponía la transformación de la SRL a SAC u otra forma societaria de acuerdo con el Anteproyecto, el cual no contemplaba como figura a aquélla.

En la Octava Sesión de 30 de abril de 1997, la Comisión Redactora entregó el Anteproyecto corregido, señalando, entre otros cambios, la inserción de un título referido a normas societarias, "con la intención de incluir reglas propias de la SRL".⁶ Finalmente, en la Novena Sesión y última de 07 de mayo de 1997, el Dr. Normand explicó a la Comisión Revisora los últimos ajustes a la Ley General de Sociedades en virtud de las propuestas que ésta formulara, informando acerca de la incorporación de una nueva sección correspondiente a la SRL.⁷ Como consecuencia de dicha incorporación, se modificó el artículo 3^o del Anteproyecto, referido a las modalidades de constitución de sociedad, agregándose la referencia a la SRL, así como procediéndose a eliminar la Quinta Disposición Transitoria, debido a la subsistencia de esta forma societaria.

Concluida la labor de la Comisión Revisora en cuanto al análisis del articulado del Anteproyecto, se publicó el Proyecto de Ley General de Sociedades, versión aprobado por esta comisión (en adelante, el "Proyecto Revisor") el 10 de mayo de 1997, el cual se elevó a la Comisión Permanente el 03 de junio del mismo año. Esta

⁵ El debate se produjo específicamente en la Tercera Sesión de 19 de marzo de 1997. Véase consultara: Congreso de la República, Presidencia, "Memoria Ley General de Sociedades 1997" Ediciones del Congreso de la República, Lima, 1998, pp. 43-44.

⁶ Congreso de la República, Presidencia, Op. Cit. p. 61.

⁷ Cabe señalar que el acto de esta sesión al "reproducir" lo expuesto por el Dr. Normand sostiene que "en las sociedades civiles se ha incorporado la sección nueva" sobre SRL. Entendemos que se ha incurrido en error, ya que tal como mencionamos luego, la SRL no es precisamente una sociedad civil. Nuestra posición se va respaldado por el hecho mismo del Proyecto entregado por la Comisión Revisora de 10 de mayo de 1997, en el cual, si bien la SRL y las sociedades civiles están dentro del Libro II dedicado a "Otras Formas Societarias", cada una se encuentra regulada en una sección distinta.

comisión se dedicó al estudio del Proyecto Revisora en sesiones que se desarrollaron en tres etapas.

La primera etapa comprendió siete sesiones que fueron anteriores a la publicación de la versión del Proyecto de la Ley General de Sociedades aprobada por la Comisión Permanente el 29 de setiembre de 1997 (en adelante, el "Proyecto Permanente I"). Dentro de esta etapa, la sesión de mayor importancia a efectos del presente artículo, es aquella celebrada el 22 de setiembre, en la cual se modificaron, entre otros, diversos artículos relacionados con la SAC y con la SRL contenidos en el Proyecto Revisora.

Las modificaciones más trascendentes correspondieron al artículo 234⁸, ya que al definirse la SAC se estableció que una sociedad anónima puede sujetarse al régimen de esta novedosa figura societaria (eliminandose la cláusula que confirmaba que era SAC), cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores (eliminandose la prohibición de contar con "valores" inscritos en dicho registro). Tal modificación flexibilizaba el texto del Proyecto Revisora, toda vez que no convertía automáticamente a una sociedad anónima en SAC si cumplía con las características mencionadas, sino que le permitía adaptarse a dicha figura; asimismo, respecto al cambio del término "valores" por el de "acciones", se otorgaba a la SAC la posibilidad de emitir valores para la oferta pública y así optar por la desintermediación financiera, salvo el caso de obligaciones convertibles en acciones, en concordancia con el artículo 249⁹ del Proyecto Revisora, protegiéndose su carácter cerrado. Del mismo modo, se agregó al artículo 293¹⁰, correspondiente a la SRL, dos párrafos adicionales que regulaban con mayor precisión la exclusión de sus socios.⁸

La segunda etapa, posterior a la publicación del Proyecto Permanente I con fecha 03 de octubre de 1997, fue dedicada al debate de los artículos que en la primera etapa fueron calificados como "Reservados", así como al análisis de las propuestas enviadas por el público. La Comisión Redactora, invitada a participar, formuló una nueva redacción de dichos artículos.⁹ Culinado esta etapa se publicó con fecha 28 de octubre de 1997 el texto final de la versión del Proyecto de Ley General de Sociedades aprobada por la Comisión Per-

manente el 27 de octubre del mismo año (en adelante, el "Proyecto Permanente II").

En la tercera y última etapa de sesiones, se efectuó el análisis de las observaciones finales del público. En tal sentido, se modificaron, entre otros, los artículos 291⁹ y 293⁹ correspondientes a la SRL, agregándose un texto al primero de ellos destinado a mejorar la regulación del derecho de adquisición preferente; asimismo, respecto al segundo, se replanteó la redacción de su texto sin variación sustancial alguna.

Aprobado el Proyecto Permanente II, la NLGS fue promulgada el 19 de noviembre de 1997 y se publicó bajo la Ley N° 26887 el día 09 de diciembre del mismo año.

Como puede apreciarse, los actos de las sesiones de la Comisión Revisora y de la Permanente no permiten comprender realmente las razones que motivaron el mantenimiento de la SRL como forma societaria en la NLGS, posición diametralmente opuesta a la original de la Comisión Redactora, la cual la eliminaba. Así se generó una importante polémica alrededor del tema que nos ocupa.

II. EL PLANTEAMIENTO TIPOLOGICO DE LA SAC Y DE LA SRL

Ahora bien, a fin de comprender las razones de su creación, así como la naturaleza y alcances de la SAC y de la SRL, resulta pertinente rescatar un punto de suma importancia: la clasificación tipológica de estas sociedades.

Los intentos por clasificar a las sociedades que regula el Derecho Comercial según sus características principales, desembocan, básicamente, en dos categorías: clasificación por la responsabilidad y clasificación de sociedades de capitales o de personas.

En virtud al elemento de la responsabilidad, las sociedades pueden ser de responsabilidad limitada o ilimitada. Montoya Manfredi sostiene que "la referencia a la responsabilidad alude a lo que corresponde a los socios, no a la sociedad".¹⁰ En efecto, queda claramente establecido que la sociedad, en tanto entidad diferente a quienes la conformaron, responde frente a ter-

8. El artículo 234⁸, entre otros, fue calificado como "Reservado" por considerarse que la materia que regulaba era de tal importancia que debía ser estudiada y analizada en sesión especial, con la participación de la Comisión Redactora.

9. Dentro de tal modificación se tomó la suma del artículo 234⁸, pasando del término "Declaración" al de "Requisitos", por considerarse más acorde con su redacción.

10. Montoya Manfredi, Ulises. "Derecho Comercial" (Tomo II). Cultural Cruce S.A. Editores, Lima, 1985, p. 158.

ceros con todos sus bienes en el desarrollo de sus actividades. El aspecto institucional cobra especial relevancia, ya que si la sociedad es de responsabilidad limitada, los socios responden hasta por el monto de sus aportes; por el contrario, si la responsabilidad es ilimitada, los socios que la conforman responden también con aquellos bienes que les son propios.

Por otro lado, las sociedades pueden ser de capitales o de personas. Esta clasificación no se ajusta a una delimitación concreta, resultando relativa, toda vez que en una sociedad coexisten tanto el elemento personal, relacionado con los socios que la conforman, como el elemento capitalista, relacionado con los aportes de dichos socios. Ripert señala que en las sociedades de personas "los socios se conocen, contratan en constatación de la persona, se obligan personal y solidariamente, y no pueden ceder sus participaciones sin el consentimiento de todos", en tanto que en las sociedades de capitales "la personalidad de los socios es indiferente; cada uno de ellos hace un aporte y no es responsable más que hasta la concurrencia del mismo, recibiendo una acción que es negociable (...)".¹¹

Como puede advertirse, para Ripert el elemento "responsabilidad" no justifica la creación de una clasificación adicional, sino que es utilizado con el objeto de establecer la naturaleza "capitalista" o "personalista" de una figura societaria.¹²

En conclusión, el elemento "responsabilidad" mantiene una marcada influencia en la explicación tipológica de las sociedades, en razón que cuando la ley establezca una responsabilidad limitada entonces prevalecerán los elementos capitalistas, debido a que la calidad personal del socio no influenciará necesariamente en el afecto societatis, la consideración a la persona, predominando su aportación, ya que dicha transferencia de capital servirá para que la sociedad desarrolle sus actividades y responda frente a terceros. Por el contrario, si la ley establece una responsabilidad ilimitada, entonces se producirá, ocurrirá un predominio de los elementos personalistas, toda vez que la calidad

personal del socio, basada en una solvencia económica o moral, puede convenir más a una sociedad que no se limita únicamente a sus propios bienes, sino también a los de los socios que la conforman.

Sin embargo, este planteamiento no es absoluto, en razón que, si bien respecto de los elementos capitalistas son los aportes y la responsabilidad limitada de la sociedad los que los explican y delimitan, no ocurre lo mismo con los elementos personalistas, pues no podemos comprenderlos sólo en mérito la solvencia económica o moral del socio y la responsabilidad limitada de la sociedad.

Conviene empezar recordando que todo contrato de sociedad posee como elemento particular el *affectio societatis*, es decir, el ánimo de formar una sociedad.¹³ Ahora bien, la explicación que nos permitirá comprender la diferencia entre las sociedades de capitales y de personas, prescindiendo de la responsabilidad, se remite a los elementos denominados *intuitu personae* e *intuitu pecuniae*.

Se entiende por *intuitu personae* a la motivación que nos lleva a relacionarnos o simplemente contratar con alguien por razón de la persona misma o en consideración a ella. Por su parte, el *intuitu pecuniae* será aquella motivación dirigida a relacionarnos con otras personas en razón del dinero.

En tal sentido, los elementos personalistas adquieren una dimensión de mayor complejidad frente a los elementos capitalistas. Las personas pueden constituir una sociedad en virtud al *affectio societatis* provocada por relaciones familiares o amicales, en donde los vínculos personales (*intuitu personae*) priman sobre los económicos (*intuitu pecuniae*).

La premisa admite discusión, por cuanto toda sociedad requiere de aportes para constituirse y desarrollarse sus actividades; sin embargo, ello no desestima la preponderancia de los elementos personalistas. La menor complejidad de los elementos capitalistas se explica en que el factor económico posee un plano único,

¹¹ Ripert, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Editorial TEA, Buenos Aires, 1954, p. 41.

¹² Es más, Montoya Manfredi reconoce tal interacción señalando que en "las sociedades de personas predomina la consideración al elemento personal. No es indiferente que sea socio de una sociedad una persona u otra. Si se trata de persona de adivino académico o moral, este hecho influye en la vida de la sociedad. Tal como ocurre en las sociedades colectivas, en vista de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por los deudas sociales la persona de los socios es tomada en cuenta por los acreedores para el otorgamiento de los créditos, puesto que aquellos son responsables en caso de insolvencia de la sociedad. En cambio, en las sociedades de capitales la consideración a la persona de los socios no tiene una importancia, pues la influencia del socio en la vida de la sociedad se mide por los aportes que hubiese efectuado. A los acreedores les resulta indiferente el patrimonio de los socios, las calidades personales de éstos, puesto que en último término la que responderá por el importe de sus créditos es únicamente el patrimonio de la sociedad". En Montoya Manfredi, *Usoes*. Op. Cit. p. 159.

¹³ Rivier, Cabanellas, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", (Tomo II). Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1995, p. 196.

El dinero se mide en relación a su cantidad numérica, sin admitir otras variantes. Esto no sucede en las relaciones personales, las cuales reúnen diferentes planos de afecto o consideración, imposibles de estratificar o clasificar.

Como hemos señalado, las sociedades en general poseen tanto elementos capitalistas como personalistas, en mayor o menor medida. La doctrina ha intentado identificar a las figuras societarias como sociedades de capitales o de personas a fin de poder comprender eficientemente su naturaleza y alcances. Así, se considera como la típica sociedad de capitales o la sociedad anónima, por prevalecer en ésta el íntimo pecuniario; en tanto que la sociedad de personas tradicional sería la sociedad colectiva, por el predominio del íntimo personal.

No obstante, como consecuencia del desarrollo de la actividad empresarial y económica, la cual influye directamente en la característico dinámica del Derecho Comercial, surgieron sociedades en las cuales los elementos capitalistas y personalistas interactúan, confundiendo constantemente, originando en mérito a ello el término "sociedades mixtas", es decir, aquellas que reúnen equilibradamente las características tanto de sociedades de capitales como de personas.

Es dentro de estas "sociedades mixtas" donde podemos ubicar a la SAC y a la SRL. El estudio de sus orígenes es un tema interesante y de especial importancia para explicarnos la confusión doctrinaria acerca de su tipología. A tal efecto, indagaremos en dichas orígenes a partir de los antecedentes históricos de la SRL, mediante los cuales pueden comprenderse también los de la SAC, en tanto sociedades mixtas.

Una ubica el surgimiento de la SRL en la segunda mitad del siglo XIX, provocado por un "impulso paralelo del Derecho alemán y de la práctica inglesa, obedeciendo a razones económicas que aconsejaban extender a los pequeños sociedades el beneficio de la responsabilidad limitada de los socios, sin los inconvenientes que la organización más complicada de la sociedad anónima suele traer para las sociedades de pocos socios".¹⁴

En efecto, si bien las sociedades mixtas se originan en un principio en Inglaterra, fue el Derecho continen-

tal, antes que el anglosajón, el que se adelantó en regularlas, específicamente en Alemania.

En el año 1862 se expidió en Inglaterra la ley que reguló a las sociedades anónimas ("companies limited by shares"), siendo identificadas como empresas de gran envergadura ("public companies"). Sin embargo, como consecuencia de la rigurosa reglamentación legal, la complejidad de su organización y las elevadas costas de fundación de estas sociedades, es que hacen su aparición las sociedades mixtas.

Según Garrigues, la SRL nace en la vida comercial inglesa "como una subespecie de la sociedad anónima: es una sociedad anónima privada (private company), una sociedad anónima modesta, es decir, una sociedad con pocos socios, fundada en el conocimiento mutuo, y que no se dirige al público para la suscripción del capital ni permite que las participaciones sociales se negocien libremente como acciones".¹⁵

En tal sentido, las private companies nacieron como sociedades de personas, en virtud a sus preponderantes elementos personalistas, para con un elemento atribuible a las sociedades de capital: la limitación de la responsabilidad. Según Halperin, la primera norma inglesa que integra a las private companies vendría a ser la *Company's Act* de 1907¹⁶; sin embargo, a pesar de tal reconocimiento legislativo, continuaron siendo comprendidas como sociedades anónimas y, por lo tanto, sometidas a la regulación general de éstas.

Ahora bien, esta novedosa figura societaria se expande y es tomada en consideración por el Derecho continental, siendo regulada en Alemania en el año 1892, pero como una forma autónoma (a diferencia de la posición adoptada posteriormente por el Derecho anglosajón en 1907), independiente de la sociedad anónima, a fin de conseguirse "el beneficio de la limitación de responsabilidad, liberándose al propio tiempo de las formalidades y de la rigidez de las normas legales de la sociedad anónima", según Garrigues.¹⁷

Consideramos conveniente realizar una analogía de lo hasta aquí expuesto con la regulación contenida en la NLCS. Nótese que la SRL es un producto tipológico del Derecho continental, el cual estuvo pertinente regular independientemente de la sociedad anónima o esta nueva figura societaria; por su parte, la tipología

¹⁴ Uria, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 474.

¹⁵ Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". (Tomo I), Editorial Porrúa S.A., México D.F., 1981, p. 542.

¹⁶ Halperin, Isaac. "Sociedad de Responsabilidad Limitada". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 1.

¹⁷ Garrigues, Joaquín. Op. Cit. pp. 542-543.

de la SAC se encuentra más acorde con la alternativa legal del Derecho anglosajón, toda vez que, no obstante sus características personalistas particulares, continúa siendo considerada como una modalidad de la sociedad anónima.

De acuerdo con Elias, la SRL se introduce en el Perú dentro del Código Civil de 1936, bajo la forma de sociedad civil de carácter eminentemente personalista, con responsabilidad limitada de sus socios, toda vez que establecía en su artículo 1725º que podían "constituirse sociedades civiles de responsabilidad limitada expresándolo así en el acta constitutivo de ellas".¹⁸

Aunque resulta difícil de creer, la legislación española, de indiscutible influencia y modelo de nuestra Ley de Sociedades Mercantiles de 1966, recién reguló la SRL en el año 1953.¹⁹ Dicha regulación, a criterio de los tratadistas de ese país, contenía preceptos que permitían concluir acerca del carácter predominantemente capitalista de la SRL, aunque con disposiciones más flexibles que las de la sociedad anónima. Menéndez señala que dicha ley, no obstante "su propósito de alcanzar la proclamada equidistancia de esta forma social (la SRL) entre la sociedad anónima y la sociedad colectiva, nació ya como una ley ambigua, de perfiles poco claros y, sobre todo de contenido insuficiente, manifestándose así como una disciplina de la SRL con notables lagunas, algo que contribuyó (...) a un cierto retraimiento o reserva en la utilización de esta forma social".²⁰

La regulación de la SRL contemplada en la respectiva ley española de 1953 fue, como ya lo mencionamos, la fuente de la disciplina legal que estableció la legislación peruana de 1966 respecto de la misma figura societaria e, inclusive posteriormente, de la NLGS, aunque con diversas adaptaciones en concordancia con su nuevo articulado.

Respecto de la SAC como figura societaria moderna convencionalmente aceptada, Otaechea señala que la distinción de la sociedad anónima en las modalidades cerrada y abierta, se origina en los Estados Unidos de Norteamérica, extendiéndose luego a Brasil, Argentina y Chile. "En todos los casos, lo que los diferencia es la cotización en Bolsa, el monto de capital, el número de accionistas. Y nada más".²¹

En tal sentido, la legislación chilena adopta dichas variantes societarias por "el recargo de las labores que la supervisión de todas las sociedades anónimas había creado a la entidad controladora";²² y, a efectos de eliminar tal carga administrativa, se recurre a las sociedades anónimas abiertas y cerradas, excluyéndose del control a las segundas y reduciéndose, consecuentemente, el número de sociedades sujetas a supervisión. El motivo fundamental para continuar la supervigilancia de las sociedades anónimas abiertas es la cotización de sus acciones en el mercado de valores, captando los ahorros del público inversionista, el cual requiere protección.

En tal sentido, cabe plantearse cuál es la tipología adoptada por nuestro legislador en la NLGS a efectos de regular la SRL por un lado y de crear la SAC por otro. De la lectura de dicha norma no se desprende meridariamente la naturaleza jurídica de estas figuras. Resulta oportuno citar a Rojas, quien señala que "la receta más clásica para elaborar una Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es aquella que aconseja combinar elementos propios de las sociedades de capital con elementos procedentes de las sociedades de personas. Los primeros, en el plano externo; los segundos, en el plano interno: "una anónima por fuera y una colectiva por dentro". Ahora bien, como en toda combinación de elementos es posible añadir más de unos que de otros, es decir acentuar el carácter capitalista en detrimento del carácter personalista, o viceversa. Este es, en efecto, el "problema esencial" de esta forma social".²³

¹⁸ Elias, Enrique. "Ley General de Sociedades comentada". Editorial Norma Legal S.A. Trujillo, 1998. p. 575.

¹⁹ Brasero Port señala que a pesar del prolongado silencio normativo, se constituyeron en España una gran cantidad de sociedades en base a la figura de la SRL, confusión que se estimaba posible gracias al principio de libertad de tipos sociales consagrado en la normatividad comercial española. Ver: Brasero Port, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Editorial Temis, Madrid, 1986. pp. 304-305. Asimismo, Garrigues explica esta clara disposición del legislador español en el hecho de que el régimen de su Código de Comercio de 1855 reguló de forma escasa y flexible a las sociedades anónimas, permitiendo que estas se adapten a todas las de empresas y, en consecuencia no existió apremio por regular la SRL. Tal necesidad se hizo imperiosa cuando se leguló a la sociedad anónima en 1951, siendo "preciso evitar que las grandes empresas capitalistas escaparan a las normas restrictivas dictadas para la sociedad anónima, revistiendo la forma de SRL". Garrigues, Joaquín. Op. Cit. p. 344.

²⁰ Menéndez, Aurelio. "Notas sobre la significación histórica, el proceso de formación y la orientación fundamental del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada". En: Bonardel, Rafael. *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. (Compilador). Consejo General de los Colegios Oficiales de Comederos de Comercio. Editorial Dykinson S.L. Madrid, 1994. p. 23.

²¹ Otaechea, Manuel. "Proyecto Nueva Ley General de Sociedades; su recombinatorialidad y deficiencias". Estudio Otaechea. Lima, 1997. p. 55.

²² Otaechea, Manuel. Op. Cit. p. 55.

²³ Rojas, Angel. "La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Problemas de política y de técnica legislativos". En: Bonardel, Rafael. *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. (Compilador). Consejo General de los Colegios Oficiales de Comederos de Comercio. Ediciones Dykinson S.L. Madrid, 1994. p. 49.

Tal problema esencialmente se ha planteado, indudablemente, para nuestro legislador al mantener dos figuras societarias que califican como sociedades mixtas, poseedoras de elementos capitalistas y personalistas, en una misma norma (la NLGS) que al evitar delimitar claramente sus naturalezas jurídicas, provoca, en consecuencia, un serio obstáculo, tanto de orden teórico como práctico para diferenciarlas entre ellas, para acceder a una correcta interpretación de sus ventajas y desventajas, lo cual equivale a crear un ambiente de inseguridad no sólo para la comunidad de agentes económicos sobre las que la NLGS se aplica, sino también y he aquí lo más grave- para las profesionales del Derecho.

Finalmente, identificado el tema con relación a la coexistencia de la SAC y la SRL en la NLGS, y habiéndose establecido el marco teórico necesario, corresponde analizar la naturaleza atribuida por el legislador nacional a estas formas societarias.

III. CONFRONTACIÓN TIPOLÓGICA DE LA SAC Y LA SRL EN LA NLGS: EL BINOMIO CAPITALISTA - PERSONALISTA

La intención original de la Comisión Redactora consistió en la eliminación de la SRL como consecuencia de una política prioritaria de la sociedad anónima, en tanto forma societaria de mayor aceptación, originando la incorporación de la SAC, una sociedad pequeña que recoge todas las características de la SRL, a criterio de la Exposición Normand. Sin embargo, como se sabe, la propuesta contenida en el Anteproyecto no prosperó, manteniéndose alternativamente la SRL en mérito a diversos argumentos que exponemos más adelante.

El debate sobre la naturaleza jurídica de estas figuras no adquiere aún entre los tratadistas nacionales la atención que merece, lo cual deriva en la inexistencia de consenso acerca de la tipología de éstas, circunstancia que representa no sólo una desorientación a nivel teórico, sino también un factor riesgoso en el plano práctico, influyendo directamente en la toma de decisiones del público que pretende desenvolverse en el

ámbito empresarial en virtud de la nueva legislación mercantil.

En tal sentido, conviene efectuar una confrontación tipológica de la SAC y la SRL, a efectos de delimitar el espacio propio y alcances que les otorga la NLGS, siendo la base de este análisis el binomio de elementos capitalistas y personalistas que se presentan en sus principales instituciones, las mismas que las caracterizan como sociedades mixtas.²⁴

1. Régimen del capital social y su representación

El capital social se encuentra constituido por el valor de los aportes, los cuales sólo pueden ser bienes o derechos susceptibles de valoración económica (dinero y aportes no dinerarios), no pudiendo estar integrado por prestaciones accesorias. Esta regla se aplica tanto a la SAC como a la SRL (artículo 51° y 285°), toda vez que como sociedades con responsabilidad limitada, el capital social representa la garantía mínima frente a los terceros.²⁵

Ahora bien, el capital social per se no es un elemento diferenciador, en razón que es común en todas las sociedades. Sin embargo, es en la forma en que se representa el capital social donde radica la distinción entre estas sociedades. En efecto, en la SAC dicho capital se encuentra dividido en acciones nominativas e indivisibles, las cuales pueden ser de diversas clases y, de acuerdo a ello, contener diferentes derechos u obligaciones a cargo de sus titulares o ambas cosas a la vez. Por su parte, en la SRL el capital social está dividido en participaciones, las que deben ser iguales, acumulables e indivisibles.

Mientras que las acciones sólo deben ser siempre iguales en cuanto a su valor nominal (artículo 82°), las participaciones deben serlo también respecto a los derechos y obligaciones que contienen, no pudiendo existir, por ejemplo, "participaciones privilegiadas". La utilidad de la regla de "igualdad de las participaciones" ha sido objeto de críticas por algunos tratadistas. Ben-Covitz sostiene que en una sociedad con matiz fundamentalmente personalista y cuyos derechos de so-

²⁴ Acerca de la tipología de una sociedad mixta, recomendamos consultar: **Enbald, José**, "Cautiones tipológicas en la sociedad de responsabilidad limitada". En: **Barandak, Rafael**, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. (Compilador), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Ediciones Dykinson S.L. Madrid, 1994, pp. 110-130.

²⁵ En otras legislaciones, como la española, se exige un monto mínimo de capital social para poder constituirse en sociedad anónima o en SRL, respectivamente. Esto responde a la intención del legislador por evitar que tales formas societarias sean utilizadas por los agentes económicos sin correspondencia, en realidad, los beneficios de tales regímenes en mérito a las operaciones que planean realizar. En la NLGS no se exige capital mínimo para ninguno de las sociedades que regula; sin embargo su artículo 3° establece una diferencia para la constitución de dichas entidades: la sociedad anónima, así como la SAC, se pueden constituir simultáneamente en un solo acto o en forma sucesiva mediante oferta a terceros; en cambio, las demás formas societarias, entre ellas la SRL, únicamente pueden constituirse de esa manera simultánea en un solo acto.

cio no están destinados a la negociación en el mercado, carece de sentido imponer la igualdad e, inclusive, que no existe razón para que sólo las sociedades anónimas puedan admitir privilegios en sus acciones.²⁶

En nuestra opinión, la creación de títulos privilegiados constituye un elemento netamente capitalista, pues el socio que los adquiere sacrifica derechos políticos a efectos de obtener mayores beneficios económicos. En tal sentido, serán otros socios quienes tendrán el control, la toma de decisiones respecto a los políticos de actividad y desarrollo de la sociedad; es decir, que se trata de un factor de reciprocidad que despersonaliza a una sociedad, toda vez que se prescinde de la intervención en el manejo de ésta por parte de algunos socios, dándoles a cambio una ganancia más atractiva.

La "igualdad de participaciones" es una regla que pretende conservar la naturaleza personalista en una SRL, porque los socios participan sin distinción alguna; sin embargo, tal como advierte Bercovitz, el casi inexistente mercado para la negociación de una participación, en tanto el carácter cerrado de una SRL, desmerece esta rígida imposición legal, motivo por el que debería permitirse la eventual creación de "participaciones privilegiadas" en base a la autonomía de la voluntad y, por qué no decirlo, también en virtud de la tipología mixta de esta forma societaria, la cual permitiría la inclusión de un elemento capitalista adicional.

La acumulatividad e indivisibilidad son elementos capitalistas contemplados en la SRL, al igual que en la SAC. La acumulatividad permite a un socio poseer varios títulos, viendo incrementada su importancia en la sociedad de una manera simétrica. Por su parte, la indivisibilidad convierte los títulos en ineducibles, toda vez que éstos representan ya una fracción alícuota del capital social.

En conclusión, en cuanto al régimen del capital social y las características de sus elementos de representatividad, existe sólo una diferencia esencial: la regla de igualdad de las participaciones, respecto de la cual creemos que puede obviarse, toda vez que no implica ni una ventaja comparativa de la SRL que pueda traducirse en progresos económicos, ni una aberración de la naturaleza de esta forma societaria, en tanto sociedad mixta.

2. Régimen de transmisión de los títulos

Las acciones de una SAC, modalidad de sociedad anónima, además de ser partes alícuotas del capital social y expresar la calidad de socio, son títulos-valores y, por lo tanto, constituyen instrumentos destinados a la circulación, pudiendo estar soportados en certificados o en anotaciones en cuenta. Según Hundskopf, "son Títulos Valores "sui generis" o especiales, a los cuales se les incorpora los derechos de carácter corporativo, siendo títulos de participación social".²⁷

En una SRL las participaciones son reconocidas por los mismos conceptos, salvo la radical diferencia en cuanto a la calidad de título-valor que posee la acción. En efecto, la NLGS establece que las participaciones no pueden ser incorporadas a títulos-valores (artículo 283º). Tal restricción se entiende como una consecuencia de la naturaleza cerrada de la SRL. Blas sostiene que "en la medida en que quienes convienen en constituir una SRL lo hacen no sólo en función del aporte al capital sino también en consideración a las personas con quienes se agrupan, el sistema de representación del capital en participaciones, que impide su libre negociabilidad por la prohibición de incorporarlos en títulos-valores, pretende asegurar que no ingresen extraños a la sociedad".²⁸

Como puede observarse, la legislación niega a las participaciones la posibilidad de constituirse en títulos-valores a efectos de mantener el carácter cerrado de la SRL y, de tal forma, "respetar" la intención de los socios al adoptar esta forma societaria.

Sin embargo, creemos que tal opción legislativa y doctrinaria carece de fundamento y utilidad práctica alguna. En efecto, se pretende restringir la transmisión de las participaciones mediante una fórmula que, lejos de tener un efecto beneficioso, importa una contradicción teórico-normativa, y representa desventajas de índole comercial, producto de formalidades y costos injustificados, circunstancias que han desincentivado la utilización de la SRL.

La contradicción teórico-normativa se explica en el hecho que siendo uno el objetivo del legislador: restringir la entrada de terceros en la SRL, la existencia de dos mecanismos para lograrlo resulta excesiva, a la vez que innecesaria.

²⁶ Véase: Bercovitz, Alberto, "Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada". En: Bonarda, Rafael, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. (Compilador). Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Ediciones Dylexion S.L. Madrid, 1994, pp. 93-94.

²⁷ Hundskopf, Oswaldo, "Régimen legal de las acciones de la sociedad anónima en la nueva Ley General de Sociedades aprobada por Ley 26887". En: *Ley General de Sociedades*. Goate Jurídica Editoras. Lima, 1998, p. 11.

²⁸ Blas, Enrique, *Op. Cit.* p. 377.

El primero de ellos consiste en la prohibición de otorgar el carácter de título-valor a la participación. Consideramos irrelevante esta fórmula, en razón que con tal medida no se logra coherentemente la restricción a la transmisibilidad del título. Es más, la participación es un título que tiene vocación circulatoria, en razón que puede transmitirse sin restricción alguna entre los socios.

Puede pensarse que tal vocación es limitada y por tanto no corresponde catalogar como título-valor a la participación, pero no debe olvidarse que no existe prohibición absoluta para que ésta circule, sino únicamente restricciones materializadas en las instituciones del derecho de adquisición preferente de los socios o de la sociedad cuando pretenden transmitirse (artículos 290º y 291º), e igual derecho de ésta en caso de enajenación forzosa de participaciones (artículo 292º, segundo y tercer párrafo). En este punto es donde radica la mencionada contradicción teórica.

Precisamente, el segundo mecanismo de restricción en la SRL está compuesto por las instituciones citadas: el derecho de adquisición preferente en condiciones normales (*inter vivos* o *mortis causa*) o en caso de enajenación forzosa. ¿Acaso no constituyen suficiente restricción en cuanto a la transferencia de participaciones? En efecto, con estas instituciones se consigue el objetivo del legislador, resultando innecesario negar la calidad de título-valor a la participación. Aquí se presenta la contradicción normativa.

Asimismo, la transferencia de participaciones presenta aún más restricciones, en razón que la validez de esta operación depende también del cumplimiento de formalidades *ad solemnitatem* que resultan contraproducentes: la transmisión debe efectuarse mediante escritura pública, perfeccionándose sólo cuando se inscribe en los registros públicos (artículo 291º, último párrafo).

Definitivamente, estas medidas resultan disuasivas al momento de elegir entre la SRL o la SAC. Esto es una consecuencia de que la participación no sea título-valor, perdiendo la oportunidad de circular por sistemas racionales y ventajosos. En efecto, debe transmitirse a través de escritura pública e inscribirse, con el consiguiente incremento de gastos notariales y registrales, así como de tiempo.

¿Se mantiene de este modo el carácter cerrado de una SRL? En absoluto. Tal carácter podría conservarse simplemente mediante la regulación estatutaria basada en la autonomía de la voluntad de los socios. En consecuencia, las formalidades añadidas constituyen un factor disuasivo adicional para adoptar a la SRL como forma societaria.

Finalmente, no logramos comprender la utilidad de la inscripción de la transmisión de participaciones en los registros públicos. Desde la posición de los socios de la SRL, no otorga ventaja alguna, toda vez que les impide conservar el anonimato en sus actividades empresariales. Pero llama aún más la atención si analizamos el tema desde la posición de los terceros acreedores de la sociedad, supuestos beneficiarios de tal disposición, en razón que el hecho de conocer la identidad de los socios no les significa ninguna ventaja comparativa, pues al existir responsabilidad limitada no responderán dichos socios con sus bienes propios en caso que el cumplimiento de la acreencia se encuentre en riesgo.

La SAC resuelve, a nuestro parecer, todas estas desventajas y medidas inútiles e, inclusive, posee un mecanismo de restricción de transmisión mejor estructurado, que cuenta además con la institución del consentimiento previo de la sociedad en caso de transmisión de acciones a terceros (artículo 238º). En conclusión, la SRL posee una regulación en cuanto al régimen de transmisión de participaciones que puede calificarse de absoluta, resultando más una "trampa" que una forma legal a fin de realizar actividades económicas para aquellas personas que opten por ella. Esto explica, en parte, la menor aceptación que ha tenido en nuestro medio.

Si bien puede sostenerse que este régimen de transmisión en la SRL está elaborado en base a elementos personalistas que buscan mantener en lo posible a los mismos socios, consideramos que no representan ninguna utilidad práctica, pues en definitiva la incorporación de terceros siempre será factible y, a veces, necesaria, siendo el mecanismo esencial la restricción por vía estatutaria en virtud a la autonomía de la voluntad y no mediante la imposición legal de conceptos teóricos y formalidades innecesarias.

3. Régimen de los órganos sociales

El estudio de este régimen es uno de los aspectos más interesantes de las figuras societarias bajo análisis, presentándose con mayor claridad los elementos capitalistas y personalistas que delimitan sus tipologías.

La SAC hereda de la sociedad anónima su estructura organizacional, contando con Junta General de Accionistas, Directorio y Gerencia. Sin embargo, la flexibilidad otorgada por el legislador respecto a este régimen la convierte en una figura societaria de especial atracción.

Tal flexibilidad se plasma, fundamentalmente, en la posibilidad de prescindir del Directorio, ejerciendo las funciones que le corresponden a dicho órgano el gerente general (artículo 247º). Esta disposición se explica

en que el reducido número de socios en una SAC puede determinar que la Junta General de Accionistas y el Directorio se encuentren conformados por las mismas personas, lo cual podría no justificar la existencia de éste; asimismo, también influyen las dimensiones de sus operaciones, entre otros factores.

Otras ventajas de la SAC en este régimen son las convocatorias a Junta General de Accionistas sin necesidad de efectuar publicaciones, siendo suficiente la utilización de medios de comunicación que permitan comprobar que los socios fueron informados sobre su próxima realización (artículo 245^o); los sesiones de juntas generales de accionistas y, de ser el caso, las del Directorio, no presenciales (artículo 246^o)²⁹; y, la representación del socio en la Junta General de Accionistas sólo por otro socio, el cónyuge o un ascendente o descendiente en primer grado, salvo pacto estatutario extensivo (artículo 243^o).

Definitivamente, las ventajas de la flexibilidad en la estructura organizacional de la SAC, señaladas en los párrafos precedentes, constituyen elementos personalistas que tienen por objeto facilitar el manejo de la sociedad y mantener su carácter cerrado, pero siempre bajo la regulación supletoria de las normas dispuestas para la sociedad anónima, en cuanto le sean aplicables (artículo 236^o).

Respecto a la SRL, su estructura organizacional es aún más flexible, en razón que sólo debe contar obligatoriamente con Gerencia. En efecto, la SRL no tiene Directorio y, de acuerdo al texto de la NLGS, puede prescindir de Junta General, toda vez que su artículo 286^o establece que la voluntad social de la mayoría regirá la vida de la sociedad, determinándose dicha voluntad mediante disposiciones estatutarias.

Cabe señalar que la antigua Ley General de Sociedades, si bien reconocía el principio de formación de la voluntad social en la SRL, establecía en su artículo 281^o, segundo párrafo, la existencia obligatoria de Junta General cuando el número de socios excedía de cinco. La NLGS no adopta tal disposición, pero determina la obligatoriedad de la Junta General cuando soliciten su realización aquellos socios que representen, por lo menos, la quinta parte del capital social.

En tal sentido, consideramos que la constitución de este órgano social es obligatoria en el estatuto respectivo, en razón que si se produce el supuesto mencionado no existirán disposiciones estatutarias que regulen la

convocatoria a Junta General, quórums de instalación y adopción de acuerdos, entre otras circunstancias. En consecuencia, la NLGS, al intentar otorgar mayor flexibilidad a este régimen en la SRL, comete un grave error de técnica legislativa que deberá ser enmendado en la práctica por los socios, de ser el caso: aplicando supletoriamente las disposiciones de la sociedad anónima (artículo 294^o, último párrafo), al igual que en una SAC.

La ausencia de disposiciones expresas respecto a la Junta General de la SRL en la NLGS, pretende superarse con una extensa regulación sobre la Gerencia, incidiendo manifiestamente en la fiscalización de los administradores por parte de los socios (artículos 287^o, 288^o y 289^o). ¿No sería más seguro, a tal efecto, la existencia obligatoria de Junta General? Somos de la opinión que, si bien la intención del legislador es positiva al otorgar a la voluntad social la trascendencia necesaria para regir la vida de la sociedad, se protegerían de una manera más efectiva los intereses de los socios con la existencia obligatoria de la Junta General, la cual es una institución del Derecho Comercial que cuenta con un alto grado de sofisticación, siendo ideal para hacer efectivos los acuerdos de los socios, así como la fiscalización de los otros órganos sociales.

La autonomía de la voluntad no resulta una fórmula eficiente para suplantar a la Junta General, pues se corre el riesgo de que las disposiciones estatutarias no posean la calidad suficiente para formalizar debidamente los acuerdos sociales, pudiendo suscitarse conflictos internos y/o externos que terminen con el *affectio societatis* y el *intuitu personae*, pilares de la SRL.

En conclusión, el régimen correspondiente a los órganos sociales tanto en la SAC como en la SRL es más flexible, toda vez que se otorga mayor preponderancia a los elementos personalistas como consecuencia de su carácter cerrado; sin embargo, como en el caso de la SRL una libertad tan amplia para la libertad social puede atentar contra la sociedad misma, por lo que resulta más conveniente la estructura de la SAC.

4. Régimen de los derechos de los socios

En relación a este régimen, tanto en la SAC como en la SRL existen derechos característicos en los que prevalecen los elementos personalistas, plasmándose el carácter *intuitu personae* de estas formas societarias; sin embargo, como se aprecia en los demás regímenes, se presentan elementos capitalistas que influyen directamente.

²⁹ En el caso de las sociedades anónimas, sólo las sesiones de Directorio pueden ser no presenciales (artículo 169^o).

En la SAC existe la posibilidad de que el pacto social o el estatuto dispongan la realización de una auditoría externa anual; no obstante, en caso de no estar prevista por éstos, también la pueden acordar en Junta General de Accionistas los socios que representen el 50% de las acciones suscritas con derecho a voto (artículo 242º). En la SRL no existe regulación expresa sobre este punto; sin embargo, tampoco existiría inconveniente para establecer en el pacto social la realización de tal auditoría, pues no colisiona con aspecto sustantivo alguno de esta forma societaria (artículo 294º, penúltimo párrafo) e, incluso, podrán pedirlo la mayoría de socios conforme al principio de autonomía de la voluntad o lograrla a través de un acuerdo de Junta General los socios minoritarios, de conformidad con el artículo 286º.

En tal sentido, puede apreciarse que la realización de la auditoría externa anual es un derecho de los socios, en caso de no haberse establecido en el pacto social o en el estatuto. Consideramos que este derecho no representa un elemento típicamente personalista, salvo por el hecho de que su objetivo es que los socios accedan a información sobre la situación de la sociedad. Nótese que el porcentaje establecido en la SAC (50%) no permite calificarlo como un derecho de accionistas minoritarios, como lo es el caso de la sociedad anónima, en el cual se requiere sólo el 10% (artículo 226º). Asimismo, en ambas figuras societarias se aplica el elemento capitalista del mayor porcentaje accionario para que el acuerdo se materialice.

Por otro lado, en la SAC se dispone la representación especial en las juntas generales de accionistas por otro socio, el cónyuge o parientes de primer grado (como lo hemos comentado anteriormente) salvo ampliación de dicho universo por la vía estatutaria. Este es un elemento personalista que persigue restringir el acceso de terceros sin relación alguna con los socios de la SAC. No obstante, lejos de constituir un derecho, la ley lo regula como una disposición obligatoria en el estatuto social, pero manejable.

En una SRL debería regularse también este tema como una estipulación del pacto social, pues consideramos que la regulación de la Junta General es necesaria (ver punto III.3). Indudablemente, es un elemento personalista que refuerza el carácter cerrado en estas sociedades, lo cual es beneficioso para su flogología.

Finalmente, los derechos de separación y exclusión de socios son regulados de manera expresa para ambas formas societarias. El derecho de separación es un elemento personalista destinado a proteger a los socios minoritarios frente a eventuales cambios en las reglas por parte de los mayoritarios.

En la SAC, la norma del derecho de separación está deficientemente planteada, en razón que establece que el socio puede separarse de acuerdo con las causales previstas por la ley o cuando no ha votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones o al derecho de adquisición preferente (artículo 244º). En tal sentido, parecería ser una disposición taxativa, pero de conformidad con el artículo 200º inciso 4, aplicable supletoriamente, el estatuto puede establecer otras causales. En el caso de la SRL, la norma no es más flexible sino que su texto está mejor logrado, toda vez que otorga el derecho de separación al socio en los casos previstos en la ley y en el estatuto (artículo 293º, último párrafo).

La exclusión de socios es un derecho contemplado únicamente en sociedades que poseen un carácter cerrado. Consiste en un elemento personalista que pretende mantener el *affectio societatis* que originó la creación de la sociedad frente a aquellos socios que pierden el *intuitu personae* que justificó su incorporación, por diversos actos contrarios a los intereses sociales.

La regulación de este derecho presenta otra incoherencia en la NLGS. En efecto, en la SAC puede ocurrir a cualquier socio cuando incurra en las causales previstas en el pacto social o en el estatuto (artículo 248º). En la SRL, dicha exclusión procede únicamente contra el socio gerente por causales previstas en el estatuto, actos dolosos contra la sociedad o dedicación por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituya el objeto social (artículo 293º).

No existe motivo alguno para restringir la exclusión en la SRL sólo al socio gerente, en razón que cualquier otro socio que no ostente tal cargo podría incurrir en las causales estatutarias o legales y, en consecuencia, ser pasible de exclusión. En caso de ser ésta la interpretación correcta de la disposición, el derecho de exclusión de la SRL resultaría desventajoso y poco efectivo. Asimismo, la formalidad de que el acuerdo de exclusión conste en escritura pública y deba registrarse constituye otra desventaja, tanto por los gastos notariales y registrales como por la desacreditación pública del socio excluido, que debe entenderse, en contrapartida, como una ventaja adicional de la SAC.

En conclusión, los elementos personalistas que originan el régimen de derechos de los socios, son esencialmente iguales en ambas sociedades; sin embargo, se encuentra regulado de manera más eficiente en la SAC (salvo el derecho de separación, lo cual es subsanable), por cuanto contiene disposiciones expresas que establecen reglas de juego más claras y menos costosas.

IV. LA SAC Y LA SRL EN LA NLGS: ¿UNA COEXISTENCIA NECESARIA?

La publicación del Anteproyecto suscitó, tal como lo hemos señalado, un interesante debate que se centró, fundamentalmente, en las consecuencias que generaría la eliminación de la SRL, el cual se ha prolongado hasta la actualidad.³⁰

Los partidarios de la SAC señalaron que esta nueva forma societaria recogía las notas más características y ventajosas de la SRL, razón por la cual no se producía ciertamente la eliminación de ésta, sino una especie de perfeccionamiento, una metamorfosis beneficiosa que le otorgaría mayor competitividad y una regulación acorde con la economía contemporánea.

Por su parte, quienes propugnaron el mantenimiento de la SRL en la NLGS, lo hicieron con argumentos que se sustentaban en el papel de ésta como forma societaria determinante para la captación de inversiones extranjeras (sobre todo, norteamericanas y británicas); los elevados costos que implicaría una transformación obligatoria de esta figura a la innovadora SAC; y, el hecho de que no constituye desventaja alguna ampliar las posibilidades de elección para invertir, en base a una mayor cantidad de figuras societarias, de acuerdo con los intereses particulares de los empresarios. Conviene revisar brevemente la validez de estos argumentos.

En cuanto a las posibles implicancias sobre la inversión extranjera, el sustento radicaba en que la SRL, en países como los Estados Unidos de Norteamérica era calificada como un *partnership*, en virtud a su naturaleza de sociedad mixta (restricciones a la transferencia de las participaciones e inexistencia de un órgano que centralice la administración), calificación que permitía al inversionista deducir en su país de origen la totalidad del impuesto pagado en el país de la inversión (Perú), lo cual representaba una indiscutible ventaja tributaria. Una SAC nunca calificaría como *partnership* porque, en tanto modalidad de la sociedad anónima, estaría clasi-

ficada en la legislación de corporaciones, la misma que no contemplaba el citado beneficio.

Sin embargo, el Código de Impuestos Internos de los Estados Unidos de Norteamérica ("Internal Revenue Code") fue modificado en este aspecto incluso antes que se presentara el Anteproyecto, por lo cual perdió validez tal argumento.³¹

Respecto a los costos que generaría la transformación de la SRL a la SAC, el argumento es atendible; no obstante, las disposiciones contenidas en la Cuarta y Segunda Disposiciones Transitorias de la NLGS, referidas a la adaptación de formas societarias distintas a la sociedad anónima (entre ellas, la SRL) a la nueva legislación y sus consecuencias en caso contrario, permiten apreciar que, si bien el mantenimiento de la SRL evitaría los costos de una transformación, las mencionadas disposiciones imponen la adaptación a la NLGS, lo cual significa también gastos notariales y registrales. Claro está que aquellos costos serán menores, pero ¿se justificaba realmente la no eliminación por este criterio? En nuestra opinión las ventajas comparativas de la SAC bien merecen un gasto adicional para transformarse a ella, teniendo en cuenta los beneficios que proporciona.

Por último, la defensa de la coexistencia de diversas formas societarias en mérito a la libertad de asociación y de empresa, no considera los perjuicios que puede ocasionar tal diversidad. En efecto, si bien es respetable este argumento, la similitud de la SAC y la SRL puede conducir a deplorables elecciones para aquellos que quieren constituir una sociedad de carácter cerrado o transformarse en alguna de estas sociedades: sobre todo, en el caso de la SRL por el régimen aplicable a las participaciones y su transferencia.

Luego de revisar el presente artículo, queda clara nuestra posición: la SRL no debe coexistir con la SAC. Resultaba conveniente la eliminación de la primera de ellas. La Comisión Redactora debió defender su planteamiento original con mayor firmeza, en razón que la SAC consi-

³⁰ En relación con la presencia de la SRL en la NLGS, resulta conveniente revisar: *Beccomati, Ricardo*, "¿Por qué debiéramos elegir la sociedad anónima cerrada con preferencia a la sociedad comercial de responsabilidad limitada?", En: *Gaceta Jurídica. Especial de Sociedades*, (Tomo N° 52), Lima, Alari, 1998, pp. 27-37. Asimismo, consultar: *Stewart, Alberto*, "La sociedad comercial de responsabilidad limitada (SRL) y la Ley General de Sociedades N° 26887", En: *Nuevo Derecho Societario. I Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades*, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1998, pp. 37-47.

³¹ Sobre el particular, revisar: *Beccomati, Ricardo*, "Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades", *Gaceta Jurídica Editores S.R.L.*, Lima, 1999, p. 319. Ahora bien, resulta inútil que hablando sido Beccomati y Ferrero miembros de la Comisión Redactora, luego de la publicación de la NLGS expresen opiniones dudosas respecto a este tema. En efecto, Beccomati reconoce que el argumento del *partnership* no motivó el mantenimiento de la SRL en la NLGS, sino los costos que generaría a los pequeños y medianos empresarios que operaban bajo esta forma societaria si transformación a SAC u otras formas en caso que se hubiera eliminado la SRL. Por su parte, Ferrero afirma que el tema de los inversionistas fue determinante para incorporar a la SRL en la NLGS. Ver: *Ferrero, Alberto*, "Las formas especiales de sociedad anónima en la nueva Ley General de Sociedades", En: *Thémis - Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 37, Lima, 1998, pp. 27-28.

tituye una sociedad mixta que contempla los más ventajosos elementos personalistas, tal como se ha podido apreciar al contrastar los principales regímenes de ésta con la SRL, siendo posible, incluso, perfeccionarla aún más.

Compartimos la opinión de Ferrero cuando sostiene que "la subsistencia de la regulación de la SRL en la ley no era necesaria y es más, al haberse legislado la SAC existe una superposición entre ambas, ya que van dirigidas al mismo "consumidor". (...) En las legislaciones donde se introduce un matiz personalista en la sociedad anónima (caso de la SAC), se produce un retroceso de la sociedad comercial de responsabilidad limitada y ésto es lo que puede ocurrir en el caso del Perú".³²

El tratadista español Rojo señala que se puede criticar "la opción de política legislativa, pero no invocando un "tipo ideal" de sociedad de responsabilidad limitada, sino desde consideraciones de conveniencia o de oportunidad, atendiendo a la realidad práctica (...)".³³

En tal sentido, a manera de conclusión final, consideramos que la SAC se constituye en una forma societaria que por su tipología y conveniencia práctica, más acorde con la economía actual, reemplaza y supera exitosamente a la SRL, motivo por el cual la eliminación de ésta no debe ser una decisión a largo plazo, sino una política a la cual el legislador debe atender con urgencia.

³² Ferrero, Alfredo. Op. Cit. p. 27.

³³ Rojo, Angel. "la sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativa". En: Bonaldi, Rafael. La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada. [Congelador]. Consejo General de los Colegios Oficiales de Comerciantes de Comercio. Ediciones Dykinson S.L. Madrid, 1994, p. 42.