

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LA INFRACAPITALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL
REGULADAS EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

VERONICA AGUILAR JAUREGUI

ASESOR

SANDRO OMAR AGUILAR GAITÁN

<https://orcid.org/0000-0002-5980-5159>

Chiclayo, 2021

**LA INFRACAPITALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE
CAPITAL REGULADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO**

PRESENTADA POR:

VERONICA AGUILAR JAUREGUI

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Víctor Javier Sánchez Seclén

PRESIDENTE

Manuel Francisco Porro Rivadeneira

SECRETARIO

Sandro Omar Aguilar Gaitán

VOCAL

Dedicatoria

A mi madre, por el esfuerzo realizado para brindarme una educación, por confiar en mí y por ser mi ejemplo de mujer a seguir.

A la memoria de mi padre, por ser la motivación y la razón para cumplir mis metas.

Agradecimientos

A mi asesor Sandro Omar Aguilar Gaitán, por ser la guía en la realización de la presente investigación.

Y, también, a mi familia, por el apoyo constante y su acompañamiento a lo largo de mi vida universitaria.

Índice

Resumen	8
Abstract	9
I. Introducción.....	10
II. Marco Teórico	13
2.1. CAPÍTULO I: La organización empresarial y las sociedades de capital en el ordenamiento jurídico peruano	13
2.1.1. La empresa.....	13
2.1.2. El empresario.....	16
2.1.3. El empresario como persona jurídica.....	19
2.1.3.1. Antecedentes históricos	19
2.1.3.2. Definición	20
2.1.3.3. Caracteres generales.....	22
2.1.3.4. Clasificación	24
2.1.4. Sociedades de capital.....	29
2.1.4.1. Definición	29
2.1.4.2. Sociedad anónima	34
2.1.4.3. Sociedades por acciones simplificadas cerradas	45
2.2. CAPÍTULO II: El capital social y su función en sociedades de capital en el ordenamiento jurídico peruano	56
2.2.1. Capital social.....	56
2.2.1.1. Definición	56
2.2.1.2. Principios	59
2.2.1.3. Funciones	62
2.2.1.4. El capital social y su relación con el patrimonio social	65
2.2.1.5. El capital social y la responsabilidad limitada	67
2.2.1.6. Regulación normativa del capital social	70
2.3. CAPÍTULO III: El mecanismo legal de capital mínimo y la infracapitalización en relación con el derecho de libertad de empresa.....	86

2.3.1. La libertad de empresa en el Régimen Constitucional Económico del Perú	86
2.3.1.1. Noción del derecho fundamental de libertad de empresa	86
2.3.1.2. Contenido del derecho fundamental de libertad de empresa: la libertad de acceso al mercado	92
2.3.1.3. Límites al derecho de libertad de empresa.....	95
2.3.2. La infracapitalización de las sociedades de capital	97
2.3.2.1. Concepto	97
2.3.2.2. Clasificación	100
2.3.2.3. Propuestas de solución	103
2.3.3. Mecanismo legal de fijación de capital mínimo.....	107
2.3.3.1. Definición	107
2.3.3.2. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional.....	110
2.3.3.3. Crítica.....	112
2.3.4. La infracapitalización y la implementación del mecanismo de capital mínimo en la legislación peruana en el marco del derecho fundamental libertad de empresa.	116
III. Conclusiones	129
IV. Referencias.....	131

Lista de tablas

Tabla 1: Cantidad de S.A.S. creadas en el año 2010, Colombia (Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.882)	46
Tabla 2: Constitución de S.A.S. y su dimensión, Colombia, 2017 (Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.884)	47
Tabla 3: Empresas financieras y su capital mínimo reguladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Fuente: Elaboración propia).....	80
Tabla 4: Establecimiento de empresas de servicios complementarios y conexos y su capital mínimo reguladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Fuente: Elaboración propia)	80
Tabla 5: Sociedades reguladas con exigencia de capital mínimo en el ordenamiento jurídico peruano (Fuente: Elaboración propia).....	111
Tabla 6: Stock y variación neta de empresas por trimestre, 2016-2019 (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.2)	118

Lista de figuras

Figura 1: Sunarp, mayo 2019 (Fuente: La Constitución legal de las sociedades en el Perú, "Radiografía" registral, Guerra, p.24)	33
Figura 2: Sunarp, 2017 (Fuente: La Constitución legal de las sociedades en el Perú, "Radiografía", registral, Guerra, p.24)	33
Figura 3. Aumento de Formalización entre 2009 y 2010 en Colombia (Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.884)	45
Figura 4: Altas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre 2019 (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, INEI, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.9)	119
Figura 5: Bajas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, INEI, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.11) ...	120
Figura 6: Altas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre 2019 (Fuente: Perú Estructura Empresarial, INEI, 2018, p.23)	121

Resumen

La presente investigación abordará uno de los problemas más críticos de las sociedades de capital: la infracapitalización, es decir la ausencia de capital social suficiente para la realización de su objeto social y el cumplimiento de su función de garantía frente a terceros. La elaboración del presente trabajo contó con una investigación cualitativa y una metodología básica o fundamental. El objetivo general de la presente tesis es proponer el mecanismo de fijación de capital mínimo en la legislación peruana como solución ante el fenómeno de la infracapitalización. Ahora bien, sus objetivos específicos son: describir las características de los tipos de sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico peruano; analizar las funciones que cumple el capital social en las sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico peruano; y, por último, estudiar el mecanismo legal de fijación de capital mínimo ante el fenómeno de la infracapitalización en el marco de la libertad de empresa. De esta forma, se analizará si efectivamente, la implementación del mecanismo mencionado es idóneo o permisible en el Perú, tomando en cuenta la experiencia en legislaciones extranjeras y la ponderación del derecho fundamental de libertad de empresa regulada en la Constitución Política del Perú.

Palabras clave: sociedades de capital, capital social, capital mínimo, libertad de empresa.

Abstract

This research will address one of the most critical problems of capital companies: undercapitalization, that is, the absence of sufficient capital to carry out its corporate purpose and fulfill its function of guarantee against third parties. The preparation of this work relied on qualitative research and a basic or fundamental methodology. The general objective of this thesis is to propose the mechanism for fixing the minimum capital in Peruvian legislation as a solution to the phenomenon of undercapitalization. However, its specific objectives are: to describe the characteristics of the types of capital companies regulated in the Peruvian legal system; analyze the functions of the capital stock in capital companies regulated in the Peruvian legal system; and, finally, study the legal mechanism for fixing the minimum capital in the face of the undercapitalization phenomenon within the framework of free enterprise. In this way, it will be analyzed whether, in fact, the implementation of the aforementioned mechanism is suitable or permissible in Peru, taking into account the experience in foreign legislation and the weighting of the fundamental right to freedom of business regulated in the Political Constitution of Peru.

Keywords: capital companies, social capital, minimum capital, business freedom.

I. Introducción

En la realidad peruana un gran porcentaje de sus ciudadanos se aventuran a hacer empresa, “el sueño del negocio propio”, ingresando, de este modo al mercado, ya sea, como proveedor de bienes o servicios. Ello es posible, gracias a que, nos encontramos ante un Régimen de Economía Social de Mercado, en mérito a su regulación en la Constitución Política del Perú.

Siguiendo con lo dicho, tales iniciativas comerciales se canalizan a través de diversas formas, ya sea, como personas naturales o como jurídicas. Respecto a esta última forma, interesan para el desarrollo de la presente investigación, las sociedades de capital, en la que sus miembros, cuentan con el privilegio de una responsabilidad limitada y otorgan un aporte del capital que impera para su configuración y desenvolvimiento. De esta forma, el capital social cobra gran importancia, y es punto de partida principal para la realización de las mencionadas iniciativas empresariales.

En ese orden de ideas, cabe indicar que, en el ordenamiento jurídico peruano no se exige un monto de capital mínimo para la configuración de las sociedades de capital. Y es que, la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), Ley N° 26887, prescribe que en la constitución de las sociedades se establezca por un capital, pero no señala un monto mínimo, estando supeditado a la libre decisión de los socios.

Lo mencionado, da lugar a que sea la voluntad de los miembros de la sociedad mercantil la que establezca el monto del capital social, que en numerosas oportunidades puede ser insuficiente para llevar a cabo sus actividades. Aparece así, el fenómeno de la infracapitalización, que consiste en la ausencia de un capital suficiente para desarrollar sus actividades empresariales y afrontar sus obligaciones frente a terceros acreedores.

Lo expuesto, produce inseguridad jurídica y la desvalorización del capital social. Y es que, al no tener un capital que permita realizar las actividades sociales, los acreedores (prestamistas, proveedores, trabajadores, el Estado) se encuentran en una desprotección, pues lo dicho supone que no habrá rentabilidad, por lo que sus derechos no serán atendidos, y al exigirlos, será el capital, a veces irrisorio, el que afrontará, más no los socios, en cuanto se esté frente a las personas jurídicas de responsabilidad limitada. Se ocasiona, así, un triste espectáculo en el

que existen entes en quiebra, acreedores frustrados y socios o accionistas que se hacen los desatendidos apelando al dogma de la limitación de responsabilidad.

Todo lo indicado, se reduce a la salida del mercado de los microempresarios, y por consiguiente, a una menor producción de la economía, así como también, a la defraudación de acreencias y al desempleo de miles de ciudadanos. Dato, del que parte la presente investigación, al no haber tratamiento legal que los dote de una base sólida que les permita un mantenimiento y seguridad durante su estancia en el mercado.

De acuerdo con la situación que se ha descrito, se ha formulado el siguiente problema: ¿Qué mecanismo legal solucionará el fenómeno de la infracapitalización en las sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico peruano?

La investigación tiene como objetivo general proponer el mecanismo legal de fijación de capital social mínimo en las sociedades de capital como solución al fenómeno de la infracapitalización. Y como objetivos específicos son los siguientes: describir las características de los tipos de sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico peruano; analizar las funciones que cumple el capital social en las sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico peruano; y, por último, estudiar el mecanismo legal de fijación de capital mínimo ante el fenómeno de la infracapitalización en el marco de la libertad de empresa.

A partir de ello, se plantea la siguiente hipótesis: “Si el capital social es el elemento para el desarrollo del objeto social y garantía para los acreedores en las sociedades de capital entonces se debe establecer el mecanismo legal de fijación de un capital social mínimo para solucionar el fenómeno de la infracapitalización”.

Para validación de la hipótesis planteada se ha estructurado la presente investigación en tres capítulos. En el primer capítulo, se abordará desde la empresa como persona jurídica, la amplia clasificación de las sociedades mercantiles, abstrayendo las que son meramente de capital, para posteriormente identificarlas en el ordenamiento jurídico peruano y desarrollarlas específicamente, desde su origen, naturaleza, regulación, entre otros aspectos. Ello, con la finalidad, de comprender su funcionamiento y dinámica, en la regulación nacional.

Tal como se podrá identificar, el capital social es el elemento clave de la presente investigación, y mantiene diferentes funciones como principios, resultando indispensable en determinados tipos sociales, como lo es en las sociedades de capital. Por ello, en el segundo capítulo, se analizará el capital social, su definición, características, funciones, principios, su diferencia con el patrimonio y su relación con el presupuesto de responsabilidad limitada. De esta forma, se busca entender su importancia, y analizar si realmente el capital social, a la actualidad, es esencial para el funcionamiento adecuado de las sociedades y cumple con sus fines en comunión con el interés común.

Por último, en el capítulo tercero, se abordará el fenómeno de la infracapitalización en las sociedades de capital, es decir, sus efectos y materialización en la realidad práctica. Relacionado a ello, se analizará el mecanismo legal de capital mínimo social y su regulación, a modo de comparación, en las legislaciones extranjeras, verificando su aplicabilidad en la realidad peruana frente al derecho fundamental de libertad de empresa en el marco de la Economía Social de Mercado.

II. Marco Teórico

2.1. CAPÍTULO I: La organización empresarial y las sociedades de capital en el ordenamiento jurídico peruano

El presente capítulo se orienta a analizar el escenario en el que se encuentran las sociedades de capitales en el ordenamiento jurídico peruano. En principio, se distinguirá al empresario como persona natural o jurídica; y en respecto de esta última, se deslindarán la clasificación de las personas jurídicas mercantiles colectivas de capital. Posterior a ello, se hará un repaso sobre las sociedades de capital reguladas en nuestra legislación societaria.

2.1.1. La empresa

Es de suma importancia comenzar el presente capítulo con la comprensión de la actividad empresarial o empresa, elemento fundamental en el derecho mercantil, ya que, es entorno a ella, que aparecen las instituciones necesarias para plantear la problemática que se abordará en la presente tesis. Resulta, entonces, indispensable, comprender qué es la empresa. Para ello, se debe distinguir que existen dos visiones que la definen: una económica, y otra jurídica. En el presente apartado se abordará la primera.

Desde una visión económica, el reconocido doctrinario Echaiz (2012) comprende a la empresa como la “organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios” (p.51). Asimismo, Sánchez y Sánchez (2008), desde la misma perspectiva, la define como:

Una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo, con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a diferencia de unos precios u otros. (p.93)

Del mismo modo, Montoya (2004) explica que empresa, al significar el comenzar una cosa, emprender o empezar, puede reputarse como cualquier actividad humana dirigida a determinadas finalidades. Especificando, propone que es toda “organización de factores de producción, capital, trabajo, que tiene como fin el obtener una utilidad; otorgando total importancia a la actividad humana”, la misma que en su opinión, es la que le confiere unidad a la empresa.

Por su parte, Garrigues (1987) la propone como una organización, y elige como elemento fundamental de la empresa el fin al que se dirige, indica que:

Económicamente, la empresa es una organización de los factores de producción con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de la ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme las exigencias de la explotación económica. (p.162)

No hace falta citar a todos los doctrinarios, para que uno identifique el concepto de empresa desde la perspectiva económica, donde claramente se distingue una organización, elementos de tal (capital y trabajo) y una finalidad (ganancia o renta), ligado todo ello en una unidad. Sin embargo, si el lector ha caído en cuenta, los autores citados, son representativos del Derecho Mercantil, y han sido avocados, porque lo que se busca es cómo logran diferenciar tal concepto económico del jurídico. Se debe advertir, desde ahora, que las diferencias no logran ser muy arraigadas.

Lo que debe aclararse, además, es que el concepto económico de empresa no puede equivaler al jurídico, sin embargo, es obvio que le interesa al derecho. Sobre ello, Sánchez y Sánchez (2008), opina lo siguiente:

La empresa como realidad económica es objeto de una profunda atención por parte del ordenamiento jurídico. Pero este no puede asumir pura y simplemente el concepto económico de la empresa y transformarlo en un concepto jurídico, sino que han de afrontar los distintos aspectos del régimen jurídico de la empresa. (p.35)

Ante lo examinado, corresponde analizar a la empresa desde una perspectiva jurídica. Asimismo, es menester averiguar si es que, realmente, existe un concepto jurídico que se diferencie del económico; o si, tan solo, el derecho la regula desde determinados aspectos. De lo que no se puede dudar, es de la incidencia de la empresa en el campo jurídico.

El derecho está presente en distintas dimensiones del ser humano, ya sea en el ámbito familiar, contractual, laboral, etc.; no siendo la empresa, esa actividad organizativa, perteneciente al ámbito económico, una excepción. Ahora, si bien el derecho puede regular determinados fenómenos de la realidad, no siempre los acoge dentro de sí, es decir, no los asume como instituciones jurídicas. Al respecto Valdivieso (2016) indica que “más que una realidad jurídica, la empresa es una realidad económica, que, por su innegable influencia en el desarrollo social, ha sido recogida por el derecho” (p.128). Sin embargo, se

discrepa, ya que, en realidad el derecho, como se explicará líneas abajo, solo ha regulado determinados aspectos de ella.

Hay quienes se animan a definir la empresa en un sentido jurídico mercantil, como Uría (2002) quien afirma que es “el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes y servicios” (p.33). Empero, cabría el interrogante de qué tan apartada está esa definición de la económica; pues, al parecer, no hay mucha distancia. Al respecto, Garrigues (1987) opina que:

Cuando los juristas definen la empresa como organización o como actividad, en realidad están tomando como empresa lo que no es sino una parte suya (...): patrimonio, actividad, empresario u organización. Por lo tanto, la empresa como unidad escapa al análisis de los juristas, quienes al definirla se limitan a tomar la parte por el todo. (...) Hay que confesar, sin embargo, que hasta el momento no se ha conseguido formular un concepto jurídico unitario, quizá porque (citando a Ferrara), las organizaciones llamadas empresas carecen de individualidad jurídica y se resuelven en una combinación de elementos varios únicamente ligados por vínculos de finalidad. (p.171)

Por su parte Montoya (2004) define la empresa en el ámbito del derecho, proponiendo que:

Para el ordenamiento jurídico la empresa es solamente un conjunto heterogéneo de diversos elementos sujetos cada uno a las normas que a su naturaleza corresponde como bienes, muebles o inmuebles, derechos y acciones, elementos incorporables, contratos, suministros. (p.76)

En consideración a lo dicho, se puede concluir, que el derecho no acoge a la empresa como una institución jurídica, sino que tan solo regula determinados aspectos de ella. Así, Sánchez y Sánchez (2008) indican que la empresa enfrenta distintos aspectos de su régimen jurídico, es decir, que el derecho regulará a la empresa no en unidad, sino elemento por elemento, y lo que sea de interés jurídico. Presenta, por tanto, cuatro aspectos: el primero, es el subjetivo, donde el derecho regulará al empresario, el titular de la empresa, como persona natural o jurídica. El segundo, es el funcional, en el que el derecho regulará lo respecto a su organización, presentando a la libertad de empresa, la libre iniciativa privada u otros como principios que la deben regir. El tercero es el aspecto objetivo, donde se observará a la empresa como objeto de derecho susceptible de tráfico jurídico. El último, es el laboral, en tanto, que para su desarrollo le es indispensable la organización de un conjunto de personas bajo su subordinación, siendo importante la existencia de un marco jurídica para su respectiva protección.

En esta instancia, solo queda sentar las bases de una definición económica de empresa, entendiéndola como un conjunto heterogéneo de actividades organizadoras y dinámicas, bienes patrimoniales (materiales e inmateriales) y demás elementos necesarios para su funcionalidad, que manteniendo su independencia se comportan unitariamente con el fin de participar en el mercado económico para generar una renta o ganancia. Todo lo dicho, ya en el ámbito jurídico, sin ser meramente actividad, organización, sujeto, universalidad, ni individualidad, si no, todo ello en su conjunto; regulándose jurídicamente de forma separada, pero relacionada.

2.1.2. El empresario

Como ya se ha explicado, la definición jurídica aborda el aspecto subjetivo de la empresa, es decir, lo referente al sujeto que es su titular: el empresario. Por ello, resulta relevante conocer sobre él, en especial, cuando en variadas oportunidades, ya sea a nivel normativo o jurisprudencial, en el Derecho, lo han confundido con la empresa. Entonces, será importante saber quién es el empresario y cómo puede reconocérsele, arribando posteriormente sobre la relación indudable que tiene con la empresa.

Siguiendo con lo dicho, Montoya (2004), definiendo al empresario explica que es:

Una persona física o jurídica, que imprime el ímpetu inicial (de actividad organizadora); que es su promotora y al mismo tiempo su principal responsable, siendo su titular; y que actúa en todas las relaciones jurídicas emergentes de dicha actividad (...). Él es el titular de la empresa, es quien organiza el trabajo ajeno, quien ejerce una actividad coordinadora, continuada, y sistemática con habitualidad, con carácter de profesionalidad encaminada hacia un objetivo de ganancia o beneficio. (p.77)

Por su lado, Sánchez y Sánchez (2008) indica que el empresario es “la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado” (p.99). Asimismo, Uría (2002) otorgándole un concepto jurídico al empresario, indica que es una “persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad” (p.31).

Empero, no todo sujeto relacionado con la empresa, es empresario, sino que debe reunir determinados rasgos. Sánchez y Sánchez (2008) propone las siguientes notas características: actividad de organización, actividad profesional y actividad en nombre propio.

Entonces, un sujeto será empresario si ejercita una actividad que tiende a la organización de elementos personales y materiales para la producción de bienes y servicios, poniéndolos en el mercado. También, si ejercita tal actividad de forma profesional, es decir, de forma pública, habitual y para satisfacer el interés de terceros, dejando de lado su interés propio o de sus familiares. Por último, es necesario, que ejercite profesionalmente esa actividad organizativa, en nombre propio, es decir, que sea él quien asuma las consecuencias jurídicas de todas las relaciones jurídicas, valga la redundancia, pudieran existir en su desarrollo.

En especial, es por la última nota característica, la de en nombre propio, que al Derecho le importa el empresario, y desde la cual, se le puede diferenciar de un concepto puramente económico. Esto debido a que, desde una perspectiva económica, importaría que tal sujeto realice directamente esa actividad organizativa de factores que forman parte de la empresa. Sin embargo, desde una jurídica, importa que el sujeto deba hacerlo en nombre propio, asumiendo las consecuencias jurídicas que aparecen sin importar que se valga de otros sujetos (Uría, 2002).

Ahora, una vez revelado lo referente a empresario es momento de fijar su relación con la empresa, la que indudablemente existe, pues “no puede existir empresa, sin empresario, es decir, sin desarrollar efectivamente esa actividad económica cualificada, ni empresa sin sujeto que la ejercite y desarrolle” (Uría, 2002, p.30). Por lo mismo, no se pueden aislar, pero, sí, diferenciar.

A simple lógica, el empresario es el sujeto, y la empresa, la actividad que realiza este. Al respecto, Vásquez (1994) hace la siguiente salvación: “la empresa no es sujeto de derecho, el empresario es quien con la capacidad que le otorga la ley, la ejerce” (p.120). Del mismo modo Uría (2002) explica que “empresario es la persona que ejercita la empresa y ésta es una especial forma de desarrollar, dentro del mercado, una actividad económica

cualificada” (p.31). Empero, distintos problemas aparecen, una vez, que se presta atención a las confusiones que existen, puesto que, en la práctica en vez de hablar de empresa se hace referencia al empresario.

Aparece, entonces, la interrogante sobre la causa que provocaría tal confusión, sobre lo cual muchos autores han establecido que se debería la importancia del empresario. Entonces, cabe dilucidar primero, si la empresa se desprende del empresario, o, al contrario. Siguiendo con tal idea, debe entender, al respecto, que “como creación de su actividad organizadora y como fruto de su idea, la empresa queda necesariamente ligada a la persona del empresario, como un motor que ha recibido un impulso y que lo mantiene en el tiempo” (Vásquez, 1994, p.121). Ello supone, que es a partir de la iniciativa del empresario, que existe la empresa; pues solo se puede hablar de empresa si es que existe la voluntad del sujeto configurador y creador. A pesar, de ello, no se puede hacer referencia al empresario, si es que él no realiza esa actividad organizativa de factores, es decir, la empresa.

En esa línea, el protagonista de esta relación sería el empresario. Por ello, se podría concluir que tal confusión se debería a que “el empresario personaliza a su empresa, y el derecho pone su atención más sobre el sujeto actor que asume las consecuencias jurídicas del tráfico que realiza, que sobre el modo o forma en que esa actividad o tráfico se desarrolla” (Uría, 2002, p.30). Es por ello, que muchos doctrinarios, al verificar la importancia del empresario como punto de partida del Derecho Mercantil, afirman que se trataría de una rama jurídica que aborda al empresario y su actividad en el mercado.

Corresponde, como otro punto del análisis del empresario, identificando en la realidad jurídica. Este puede presentarse en el mercado de dos formas, ya sea, como una persona física, por ejemplo, un ambulante, un taxista, un agricultor, etc., o, como una persona jurídica. En esta última, haría uso de una personificación otorgada por el ordenamiento jurídico, la misma que le exige determinados requisitos; pudiendo exteriorizarse, ya sea en una asociación, fundación, sociedad, etc. Por ello, en el siguiente punto se desarrollará su respectiva clasificación.

2.1.3. *El empresario como persona jurídica*

Como también se mencionó, el empresario, también puede ser un ente personificado, es decir, una persona jurídica. No corresponde hablar sobre de su actuación en forma colectiva, sino, la que realiza mediante una personificación jurídica. Queda, así, descartada la idea de que la causa inmediata de su existencia es la reunión de esfuerzos. En ese sentido, sí tendría sentido hablar de las entidades conformadas por un solo sujeto.

Por otro lado, Sánchez y Sánchez (2008) sostienen que puede decirse que el empresario social surge de un “contrato que tiende precisamente a crear una organización de esas personas a la que, por regla general, se reconoce por Derecho positivo personalidad jurídica. Esta persona jurídica nacida del contrato adquiere la condición de empresario que no tiene los socios” (p.226). Entonces, debe plantearse que este tipo de empresario depende de la voluntad del hombre y de las exigencias del ordenamiento jurídico.

A continuación, se analizará a la persona jurídica, sin intención de realizar un desarrollo exhaustivo, ya que este no es objeto de estudio de la presente tesis, sino con el fin de abordar a las sociedades de capital, ubicándolas en el espectro tan amplio del Derecho Mercantil.

2.1.3.1. *Antecedentes históricos*

Como la mayoría de las instituciones jurídicas su origen se encuentra en el derecho romano, específicamente en su Etapa de Imperio cuando los pueblos conquistados debieron regirse por el *ius singularum* y presentarse como un ente ante la autoridad (Borda, 1993). Sin embargo, tal como lo afirma Varsi (2014) “los romanos no regularon ni crearon el término persona jurídica, solo conocieron los denominados centros de imputación jurídica” (p. 250).

A pesar de ello, alcanza su culmen en el capitalismo, ya que fue utilizada como “resorte principal de su expansión y predominio” (Llambías, 1997. p.12). Esto, debido a que, permitía reunir capitales para llevar a cabo iniciativas comerciales y restringir

responsabilidades propias del riesgo a que se atenían normalmente sus miembros (Borda, 1993).

Sin embargo, dieron lugar a inconvenientes, existiendo concentraciones de poder y, por tanto, grandes abusos, ya sea en el mismo mercado con la imposición de precios, en la política, debido a la gran influencia de estos entes, o en el ámbito laboral y social, pues se explotaba a los estratos más pobres. Actualmente, no han desaparecido, sino que se han aseverado, ya que la personería jurídica se ha utilizado para disimular patrimonios, eludir el cumplimiento de leyes y burlar el derecho de terceros. Ante ello, ha sido evidente que el ordenamiento jurídico establezca controles y responsabilidades; sin embargo, es indudable que la legislación debe cuidar que no se sofoque y esterilice un instrumento tan precioso de producción y de desarrollo industrial (Borda, 1993).

2.1.3.2. Definición

Teniendo en cuenta, la importancia, que denota en la historia, para el desarrollo productivo, y porque no, personal, de los hombres, corresponde verificar su definición. Como ya se advirtió *supra*, no es afán en esta tesis, investigar exhaustivamente a la persona jurídica, es por ello, que se abordará una noción general de tal institución y sus caracteres comunes a todos sus tipos, dejando de lado las interminables discusiones sobre su naturaleza, esencia y teorías sobre su existencia. De esa forma, se intenta conseguir una aproximación del empresario como persona jurídica.

En primer lugar, ya que toda institución jurídica nace por y para el hombre, es importante indicar que “las personas jurídicas constituyen el recurso técnico que atiende a un dato de la realidad: la naturaleza social del hombre” (Tobías, 2009, p.9). Es por ello, que la persona jurídica es creación del hombre, de la ley positiva. En ese sentido, la base en la que recae es ese dato fundamental de sociabilidad del ser humano, por lo que no puede ser privado de configurarla.

Se debe tener como primera idea, que la persona jurídica es un sujeto de derecho, al igual que una persona natural, física, como lo es el hombre. Así, lo indica Varsi (2014) quien sostiene que “la persona jurídica es un sujeto de derecho colectivo, autónomo e individual

en su actuar, con capacidad y responsabilidad que surge de una formalidad establecida por la norma, siendo la inscripción la pauta de su inicio” (p.257). Del mismo modo, Ferrara (1929) indica que “junto a las personas físicas existen y son reconocidas por el Derecho otros sujetos jurídicos que no son hombres, los cuales también quieren, obran, persiguen sus fines a semejanza de aquellos; estos son las personas jurídicas” (p.5).

Además, tendrá existencia según las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico. Entre las normas del ordenamiento jurídico peruano que regulan en específico a la persona jurídica, se encuentra el Código Civil Peruano de 1984. En su artículo 76, establece que “la existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación”.

Asimismo, respecto a su inicio de ser, la misma norma en su artículo 77 instituye que “la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley”. Pues, a comparación de la persona natural, a la persona jurídica se le otorga existencia, la tan ansiada personalidad jurídica; mas no se le reconoce su existencia. Y es debido a tal formalidad, que quedan excluidos los grupos familiares, las sucesiones intestadas, sociedades conyugales, etc.

Por otro lado, la persona jurídica es creada por otro sujeto o sujetos de derecho, ya sean personas naturales, o, también, personas jurídicas, de las que se diferencia, imputándosele derechos y obligaciones. Entonces, puede ser comprendida como “centros de imputación normativa, formas que el Derecho proporciona para que los seres humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el ordenamiento jurídico estima dignos de amparo” (De Belaunde, 2003, p.1383). Del mismo modo, Fernández Sessarego (2012) explica que “es un centro unitario, ideal, de referencia de situaciones jurídicas, de imputación de deberes y derechos” (p.305). Es debido a la personalidad jurídica que se le otorga, que no logra confundirse con sus integrantes, pues es un sujeto totalmente nuevo y diferente a ellos.

Una vez constituidas, existiendo por la voluntad de otro u otros sujetos de derecho, las personas jurídicas persiguen un fin, el mismo, que le otorga unidad. En ese sentido, De

Belaunde (2003) sostiene que “son entes que el Derecho crea, con el objetivo que los seres humanos se organicen para alcanzar ciertos fines” (p.1384). Siguiendo la misma línea, Espinoza (2012) indica que “es una organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumplen con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (...)” (p.25).

Entonces, bajo un concepto general, la persona jurídica es un sujeto derecho, al que el ordenamiento jurídico le reconoce existencia, a solicitud de la voluntad de otro sujeto o sujetos de derecho, personas naturales o jurídicas, de quienes se diferencia, que persigue una finalidad, y al que se le imputa derechos y obligaciones.

Asimismo, la persona jurídica tiene distintos caracteres los mismos que se trataran en el siguiente punto. Empero, una vez más, se debe dejar asentado que no se abordarán todos ellos, debido a que no es objeto de estudio, sino, tan solo los más relevantes y comunes a sus diferentes tipos, como lo son: la personalidad jurídica y la autonomía patrimonial.

2.1.3.3. Caracteres generales

2.1.3.3.1. Personalidad jurídica

De forma general, la personalidad jurídica si bien corresponde en primera instancia a la persona humana, “ella debe ser conferida a los núcleos humanos constituidos por esa apetencia de sociabilidad propia de su naturaleza, cuando tales núcleos reúnen los caracteres esenciales de la institución” (Llambías, 1997, p.50). Entonces, gracias a ella, la persona jurídica, puede ser titular de obligaciones y derechos.

El Código Civil Peruano (en adelante CCP) establece en su artículo 78 que “la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”. Es decir que, gracias a la personalidad jurídica adquirida, logra diferenciarse de sus miembros, adquiriendo derechos y obligaciones propias.

Siguiendo con su análisis, Borda (1993) indica que “los miembros de una entidad no son sino el *substractum* humano indispensable para la existencia de la personería jurídica; pero una vez otorgada ésta, adquiere una individualidad jurídica totalmente independiente de la de sus miembros” (p.334). Entonces, el efecto que surge con la constitución de una persona jurídica, es que se otorgue personalidad jurídica a un ente totalmente nuevo, individual y diferente a sus integrantes.

En ese sentido, los derechos y obligaciones que adquiera la persona jurídica, no serán de titularidad de sus miembros. De ello, se desprende, la existencia de distintos patrimonios; cuestión que será analizada en el siguiente punto.

2.1.3.3.2. Autonomía patrimonial

El patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones, activos y pasivos, del que es titular todo sujeto de derecho. En ese sentido, al ser la persona jurídica un sujeto de derecho “tiene un patrimonio que no se confunde con los patrimonios de los individuos que concurren a conformar el sustrato material de la entidad, pues siendo el patrimonio un atributo de la persona, si ésta careciese de ello no sería persona” (Llambías, 1997, p.53).

Cabe agregar, que tal patrimonio es utilizado para el fin que persigue la persona jurídica, por lo que, Seoane, citado por Varsi (2014), indica que “es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a su finalidad; es la base económica que le permite alcanzar sus objetivos y responder a sus obligaciones” (p.267). Algunos autores se han atrevido a declarar, según Varsi (2014) a que “la función principal de la persona jurídica, como se ha consolidado en los últimos doscientos años, es la de asegurar la separación entre los patrimonios de la entidad y de las personas físicas que la integran” (p.267), citando a Lobo.

Tal como establece el artículo 78 del CCP, respecto de los miembros “ninguno de estos ni todos ellos tiene derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”, lo que alude a la autonomía patrimonial, ya que “al surgir un nuevo sujeto de derecho, este es titular de su propio patrimonio y no responderán por sus obligaciones sus integrantes” (Espinoza, 2012, p. 67). Al respecto, Barros y Rojas (2007) se refieren al patrimonio y su autonomía como un principio, indicando que:

El principio general es que toda persona jurídica tiene un patrimonio autónomo y distinto de los patrimonios personales de los miembros que la componen (...)

Sólo los bienes de la persona jurídica se afectan al pago de las deudas sociales, de modo que los acreedores de la sociedad no pueden hacer valer sus créditos en el patrimonio personal de los miembros de la persona jurídica. Los acreedores personales de los socios como se comprenderá tampoco pueden hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio de la persona jurídica. (p.28)

Este carácter tan esencial de la persona jurídica ha ocasionado en el mundo contemporáneo, que su existencia sea vista como la vía idónea para separar la propiedad en distintos patrimonios, y obtener ventajas injustas bajo el marco de la ley. Sin embargo, excepcionalmente cabe la posibilidad de que el miembro o miembros de la persona jurídica asuman la responsabilidad de las obligaciones.

2.1.3.4. Clasificación

Existe una variedad de propuestas de clasificación de la persona jurídica. Sin embargo, la expuesta en la presente tesis, se orienta a ubicar a las sociedades de capital reguladas en el ordenamiento jurídico nacional.

2.1.3.4.1. Por su naturaleza: Públicas y privadas

Por su naturaleza, la persona jurídica puede ser pública o privada. Sobre la primera, Borda (1993) indica que tiene su origen en una ley especial, siendo su fin inmediato, exclusivo y directamente público, poseyendo el famoso *ius imperium*. Pertenecen a acá, según la doctrina, el Estado en sus distintos niveles, las municipalidades, ministerios, órganos autónomos, etc.

Las de naturaleza privada, en cambio, emergen de la autonomía privada: existen tras un acto jurídico voluntario privado y persiguen fines particulares, ya sean lucrativos o no (Barros y Rojas, 2007). Según Varsi (2014), señala “su interés netamente particular, es la particularidad la que determina sus objetivos” (p.265). Por ello, a pesar de que busque el bienestar social o asistencial de la comunidad, sigue manteniendo un interés privado.

Asimismo, no cuenta con el *ius imperium*. Sobre ello, Arnau (2009) indica que desenvuelven su actividad en el ámbito privado lo que supone que ni ejercitan funciones públicas ni están dotadas de prerrogativas especiales. Resulta interesante, por otro lado, la posibilidad de que el Estado se inserte bajo su forma, despojándose de sus facultades, y actúe en términos de igual con otros privados el mercado.

Para la presente investigación importarán solo los entes con naturaleza privada, por lo que, las clasificaciones posteriores emergerán de esta. Por lo tanto, de las personas jurídicas se desglosan, en forma general, los entes de carácter civil y mercantil, según su regulación.

2.1.3.4.2. Por su regulación: civiles y mercantiles

En atención a las personas jurídicas privadas, en el ordenamiento jurídico son establecidas por el Código Civil Peruano, a partir del artículo 80, entre las que están: la fundación, la asociación y el comité. Básicamente, estas formas, no tiene un fin lucrativo, es decir, que no hay repartición de las ganancias, lo que no impide como menciona Espinoza (2012) que realicen actividades económicas que se orienten al fin que persiguen.

Este fin no lucrativo se persigue, ya sea, mediante una actividad en común (art. 80 del CCP), como en el caso de la asociación; o la afectación de uno o más bienes para realizar objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social (art. 99 del CCP), como en la fundación; o la recaudación de aportes destinados a una finalidad altruista (art. 111 del CCP), como en el caso del comité. Además, pueden estar constituidas por personas naturales o jurídicas, ya sea por varias o por una sola, como sucede en la fundación. Legalmente, se acepta la existencia de todas ellas, de hecho, o sea, sin que se inscriban en el registro correspondiente.

Aquí también están integradas, las comunidades campesinas, a pesar de que son organizaciones de interés público, estas se constituyen “por personas naturales y se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral” (art.134 del CC). Sin embargo, existen interminables discusiones sobre su tipo de naturaleza, ya que, se encuentran reguladas en una ley especial, Ley N°24656.

Empero, se han de dejar fuera de nuestro ámbito de estudio, ya que como se ha dicho *supra* lo que se ha propuesto a tratar es sobre las sociedades de capital. Y estas, se desglosan de las personas jurídicas mercantiles.

Por su lado, las personas jurídicas privadas mercantiles, como su mismo nombre lo dicen, están destinadas a actuar en el mercado, realizando actos de comercio, actividades mercantiles, propias de una empresa, caracterizándose por un fin lucrativo. Esto último, propone que haya una repartición de las ganancias entre los sujetos que la conforman. Lamentablemente la doctrina no las desarrolla, como tampoco establece cuáles son.

Lo que las caracteriza es que están inmersas en el mercado para desarrollar una actividad económica, pero, sobre todo que buscan conseguir una rentabilidad en medio de la competencia, satisfaciendo su interés, meramente, privado. Entonces, entre ellas encontramos a todas las sociedades mercantiles reguladas por la LGS, Ley N°26887, entre las que están: la sociedad anónima y sus tipos, la de responsabilidad limitada, colectiva, y la sociedad en comandita y sus tipos. Todas ellas, están constituidas por dos miembros, o más, y su fin es puramente lucrativo.

Partiendo del objetivo de la presente investigación, es pertinente mencionar que las personas jurídicas mercantiles, dadas las necesidades del mercado, se constituyen por uno o varios sujetos de derecho. En ese sentido, en atención al número de sus miembros pueden dividirse en individuales o colectivas.

2.1.3.4.3. Por el número de integrantes: individuales y colectivas

En mérito a lo mencionado, hasta esta etapa clasificatoria, se reconocen a las personas jurídicas privadas mercantiles de titularidad individual, las mismas que se caracterizan porque su miembro solamente es un sujeto de derecho. En el ordenamiento jurídico peruano, en estricto, solamente hay una categoría que pertenece a esta clasificación: la empresa individual de responsabilidad limitada.

Su regulación es otorgada por el Decreto Ley N° 21621, disponiendo en el artículo 1 que “es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa”. Entonces, tiene personalidad jurídica y patrimonio distinto a quien la constituyó. Sin embargo, la misma norma impone en su artículo 4 que “sólo las personas naturales pueden constituir o ser titulares de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada”. Por lo que, se descarta que su titular pueda ser una persona jurídica.

En muchas ocasiones, en la doctrina y en la práctica jurídica se ha considerado dentro de esta clasificación, también a la sociedad unipersonal. Empero, se debe hacer hincapié, de que se trataría de una configuración del derecho tributario, para personas naturales, que realicen algún negocio, con el fin de que declaren sus ingresos o egresos. Por lo que, no contaría con una personalidad jurídica, y no sería parte de esta categoría.

Ahora bien, las personas jurídicas colectivas, hace referencia a las constituidas por más de dos sujetos de derechos. De esta manera, a diferencia de la anterior categoría (la individual) pueden estar constituidas por personas naturales o jurídicas. En ella, se ubican todas las sociedades mercantiles, ya sea, las mencionadas por la LGS o por una ley especial, como en el caso, por ejemplo, de las sociedades anónimas financieras o laborales, entre otras.

Sobre tal, Kodzman (2017) sostiene que “una sociedad comercial es una persona jurídica que tiene por objeto la realización de actos de comercio o la realización de una actividad sujeta al Derecho Comercial” (p.54). Para Uría (2012) la sociedad mercantil es “una asociación voluntaria de personas que crean un fondo común para colaborar con la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan” (p.166). Según Montoya (2004) indica que es “la manifestación jurídica del esfuerzo originado de una pluralidad de personas para realizar determinadas actividades económicas” (p.139). Debe tenerse en cuenta, que su fin es puramente lucrativo.

Las personas jurídicas mercantiles colectivas, pueden clasificarse a partir de distintos criterios, ya sea, si asumen o no responsabilidad sus socios, o si su elemento característico son sus miembros o el capital que aporten. En esta oportunidad se tomará el segundo criterio, dividiéndose en sociedades mercantiles de capital y de personas.

2.1.3.4.4. Por el carácter relevante: de personas o de capital

Ahora bien, habiendo llegado a la ramificación de las personas jurídicas comerciales colectivas, tal como se ha indicado *supra*, estas pueden clasificarse en sociedades de personas o sociedades de capital. Las primeras, tendrán como elemento fundamental y predominante a sus miembros. Según Montoya (2004) en las sociedades mercantiles de personas “predomina la consideración al elemento personal, y no es indiferente que sea socio una persona u otra” (p.161). Entonces, lo que interesará son sus miembros: los socios y sus características, más no el aporte que puedan otorgar.

Del mismo modo, Echaíz (2012) indica que “la sociedad da relevancia a las calidades personales del socio, antes que al monto de su aporte al capital social” (p. 237). De este modo, lo que se busca en este tipo de sociedad no es acumular capital, sino agrupar a personas por la calidad que cada una de ellas mantiene. Aquí, pertenecen las sociedades colectivas, comanditarias y civiles.

Asimismo, para completar su comprensión, Sánchez y Sánchez (2008) mencionan que:

En las sociedades de personas el elemento personal, esto es, las características personales de los socios que la constituyen tienen una influencia más directa en su organización, de forma que la separación entre el ente creado y el grupo de socios es menor que en las sociedades de capital. (p.231)

Por otro lado, corresponde analizar las sociedades de capital, en las que lo más importante no serán los individuos ni sus características, sino, el aporte que realizan. Serán desarrolladas en el siguiente punto.

2.1.4. Sociedades de capital

2.1.4.1. Definición

Tal como se ha enunciado, en las sociedades capital, aunque pueda resultar redundante, el elemento imperante será el capital y girará en torno a él. Al respecto Montoya (2004) indica que:

La consideración del socio se mide por los aportes que hubiese efectuado, y a los acreedores les resulta indiferente el patrimonio de los socios o las cualidades personales de estos, puesto que en ultimo termino, será ello lo que responderá por el patrimonio de la sociedad. (p.161)

Además, Sánchez y Sánchez (2008) indican que en las sociedades de capital las “características personales son irrelevantes a los efectos de la organización social, que adquiere una autonomía más amplia” (p.231). Del mismo modo, Córdova (2008) sostiene que:

En las sociedades capitalistas el elemento relevante es el capital aportado y no las condiciones personales de los socios; por tanto, este tipo de sociedades se construye en forma corporativa e impersonal, es decir, se crean órganos con distintas competencias que deciden la vida de la sociedad, los socios no necesariamente son administradores, los socios pueden transmitir su condición como tal y apartarse de la sociedad, sin que se modifique, etc. (...) las potestades al interior de la corporación se rigen por el capital y no por las personas. (p.127)

Asimismo, otro de los elementos que identifican este tipo de sociedades, es que sus miembros tienen responsabilidad limitada. Al respecto, Sánchez y Sánchez (2008), explica que por regla general en este tipo de sociedades “los socios no responden por las deudas y dan origen a una organización más compleja, en la que la variabilidad de los socios es en principio mayor que lo que sucede en las de personas” (p. 231). A consecuencia de ello, “se produce pues no solo una separación entre el patrimonio de los socios y el patrimonio social, sino un aislamiento entre ellos” (Alfaro, 2008, p.71).

Igualmente, Dávalos (2010) opina que estas sociedades “los socios asumen una responsabilidad limitada por las deudas de la sociedad. Por esta razón, el capital social con el que cuenta una sociedad es esencial para los acreedores, mientras que la identidad de los socios es irrelevante” (p.127). Estos dos elementos que identifican a las sociedades de capital mantienen una eminente relación, puesto que, la trascendencia del capital social es

consecuencia directa de la responsabilidad limitada que mantienen los socios. Sobre ello, Córdova (2008) indica que “la importancia de este elemento (el capital) en las sociedades es fundamental, ya que constituye una contrapartida necesaria ante la responsabilidad limitada” (p.165). Ello, en razón a que, como los socios no responderán las deudas sociales con su patrimonio personal, el capital debe suplir tal privilegio; esto se explicará con más detalle en el segundo capítulo.

Asimismo, Palmadera (2011), refiriéndose a sus elementos esenciales, señala que las sociedades de capitales son reconocidas como:

Aquellas en que el aporte al capital prevalece sobre cualquier consideración respecto del socio, ya sea en su faceta personal o profesional. Esto es que en las sociedades de capitales el ejercicio de los derechos del socio se rige en función a la importancia del aporte en la formación del capital social, siendo irrelevante a la situación personal del socio. Y así, como el ingreso, desenvolvimiento y posición del socio queda determinada por el valor de sus aportes a la sociedad, de la misma forma que, su responsabilidad por las obligaciones asumidas por la sociedad queda limitada a la pérdida de referidos aportes, sin alcanzar su patrimonio individual. (p.19)

Entonces, según lo desarrollado en líneas anteriores, de las sociedades de capitales se pueden abstraer determinados elementos característicos que permitan reconocerlas. En principio, el capital será el protagonista, más no las cualidades personales de los sujetos de derecho (personas naturales o jurídicas) que las integren. Partiendo del capital, de este dependerá la situación jurídica del participante en la estructura social, la misma que generará sus derechos y obligaciones durante y hasta el final de su estadía. Asimismo, de tal elemento principal, se desglosará otra de las características esenciales de este tipo de sociedades: la responsabilidad limitada, como privilegio en contrapartida. Y, por último, el capital, como elemento central de estas sociedades, no puede verse limitado por los caracteres personales de los socios, los mismos que pueden variar innumerables veces, sin que ello afecte la existencia u organización de la sociedad.

De lo expresado se infiere que son sociedades de capital, en la normativa nacional: las sociedades anónimas, y las sociedades de acciones cerradas simplificadas, recientemente creadas en la legislación peruana por Decreto Legislativo N° 1409 en el año 2018.

Ahora bien, antes de adentrarse al desarrollo las sociedades mencionadas, es posible que lector se pregunte si la Sociedad comercial de responsabilidad limitada, SRL, pertenecería a la clasificación de las sociedades de capital, por lo que conviene aclarar tal interrogante.

Para comenzar, amerita mencionar que existen innumerables posiciones cuando se trata de explicar la naturaleza de este tipo societario. En ese sentido, Villegas (1997), haciendo una revisión doctrinaria, señala que para la doctrina germánica es una sociedad de capitales dada su organización y por su responsabilidad limitada. En Italia, citando a Brunetti, indica que, debido a su elasticidad, las partes pueden arrimarlas a las sociedades personales o de capital. En Argentina, citando a Haperin, estas son un nuevo tipo social con rasgos de sociedad de personas y de capitales, pero dada su legislación se ubica en la clasificación última. Por otro lado, en España, se propone que es una forma societaria híbrida, con mezcla de elementos personales y capitalistas.

Al respecto, Echaiz (2012) señala que “existe un consenso en no calificar a la sociedad comercial de responsabilidad limitada ni como sociedad de capitales ni como de personas, sino como un modelo autónomo, mixto, híbrido, distinto y *sui generis*” (p.237). Sobre ello, Uría (2002) indica que tiene un perfil propio de las demás formas societarias; pues de la sociedad anónima, se distingue esencialmente por no tener capital dividido en acciones y respecto de las sociedades personales, que no asume responsabilidad por las deudas sociales. Asimismo, O’Donell (2012) sostiene que “es una sociedad de naturaleza mixta, de un tipo social encasillado entre las sociedades por interés y las sociedades por acciones” (p.313).

Además, Font (2017) explica que “se dice que es una sociedad de carácter mixto porque (...) la personalidad de los socios no es esencial momento de constituir la sociedad (como sucede en las sociedades colectivas), pero tampoco es indiferente (como en las sociedades anónimas)”(p.165). Esto, debido a que, para la transferencia de las participaciones el proceso suele ser engorroso y limitador, en tanto, exige la modificación del estatuto y su respectiva inscripción en registros públicos.

Además, Palmadera (2011) narra los orígenes de la regulación de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, mencionando que su configuración se inició en Alemania, con el

fin de generar un tipo societario más flexible para medianos empresarios. En el Perú, apareció en la Ley General de Sociedades de 1966, y posteriormente, se propuso su reemplazo por la sociedad anónima cerrada, en la actual Ley N° 26887. Ello, en tanto, el legislador peruano, acogió la normativa española, la misma que tenía una estricta regulación de la sociedad anónima, sin considerar que, en la normativa nacional, la creación de este mencionado tipo societario era muy flexible en razón a la ausencia de un capital mínimo para su constitución. A la actualidad, es preciso mencionar que, debido a su escasa regulación, su relación subsidiaria con la normativa de la sociedad anónima y el alto costo para su desenvolvimiento ha quedado en las sombras; lo mencionado, se revela en su poca utilización en el mercado peruano.

Al respecto, Guerra (2018) indica, en atención a los datos presentados por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, SUNARP, que la inscripción de las sociedades anónimas se ha incrementado (desde al año 1998 al 2017), pero no hay variación desde el 2009 en el número de sociedades de responsabilidad limitada. Por ello, puede decirse que, a pesar de que, este tipo societario busco atender las necesidades de empresas menores, la adaptabilidad de la sociedad anónima ha ganado la partida, por su preferencia en el mercado. Ello, se revela en los siguientes gráficos.

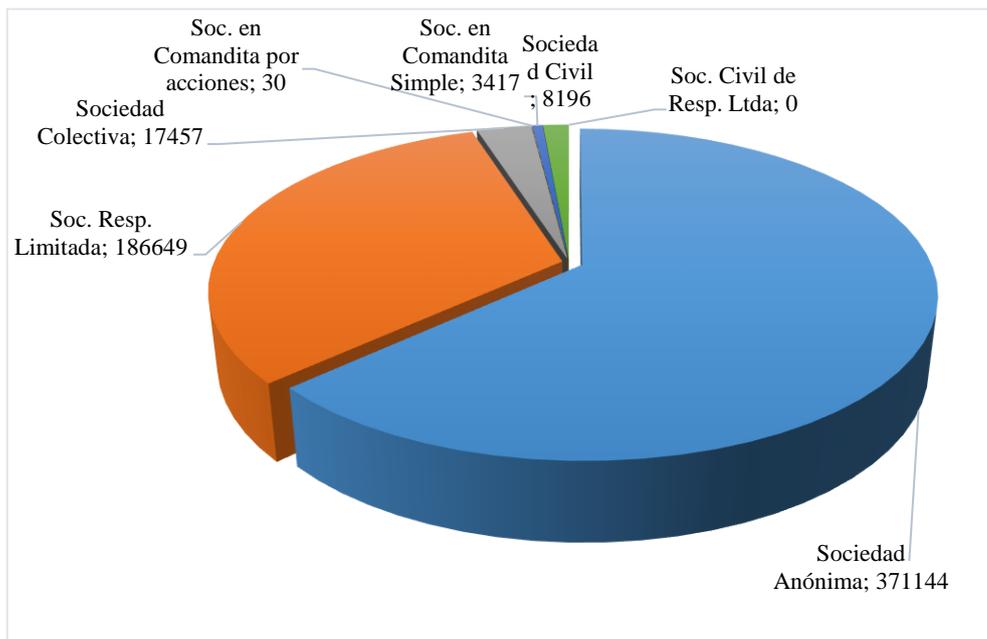


Figura 1: Sunarp, mayo 2019 (Fuente: La Constitución legal de las sociedades en el Perú, "Radiografía" registral, Guerra, p.24)

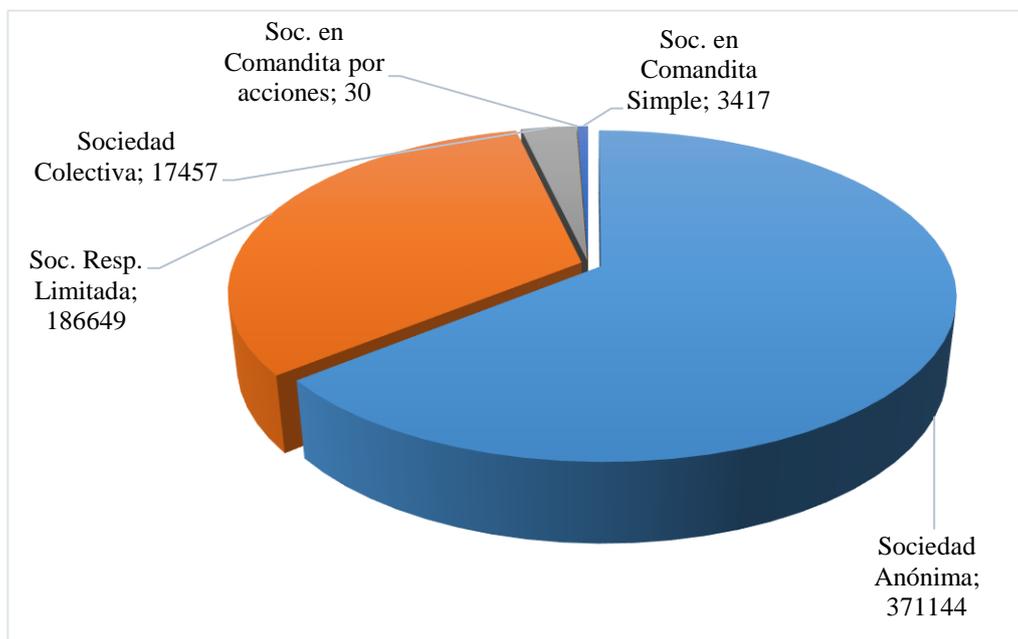


Figura 2: Sunarp, 2017 (Fuente: La Constitución legal de las sociedades en el Perú, "Radiografía", registral, Guerra, p.24)

Ahora bien, habiendo abordado la naturaleza y la regulación nacional de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, cabe indicar que, si bien, tiene rasgos capitalistas, como el aporte de capital (dividido en participaciones), y la responsabilidad limitada de sus socios; no es inexcusable, también, cuenta con rasgos personales, como el número limitado de sus integrantes y la poca versatilidad para la negociación de sus participaciones, las mismas que son imposibles de ser incorporadas en títulos valores (Echaiz, 2012). En ese sentido, aunque existe un capital social, la forma en la que se encuentra (participaciones) restringe el carácter de negociabilidad y, por ende, peyora la esencialidad de una insinuada y somera naturaleza capitalista, sobre todo, teniendo en cuenta, que no interesan los sujetos que la integren, sino el aporte que mantienen. Por ello, esta investigación no abordará el menciona tipo societario, considerando que, su dimensión personalista abarca mayor protagonismo que la capitalista.

2.1.4.2.Sociedad anónima

2.1.4.2.1. Antecedentes

La sociedad anónima tuvo lugar en la realidad jurídica, no de un momento a otro, sino en el transcurso del tiempo. Por ello, para comprender su existencia es necesario hacer un recorrido histórico.

Al respecto, Torres (2005) indica que la doctrina ha considerado dos cauces históricos, uno italiano y otro holandés. El primero, vinculado a las relaciones del Estado con los particulares, y el segundo, como menciona Garrigues (1987), con las operaciones de ultramar.

Su origen está ligado, según Uría (2002) a las compañías creadas en el siglo XVII para el comercio con las Indias orientales y occidentales, gracias a los nuevos descubrimientos geográficos. A partir de ello, se necesita grandes montajes para expediciones y empresas comerciales, de las que no se podían hacer cargo las compañías tradicionales (colectiva y en comandita). Es así, que se tuvo la idea de constituir compañías con el capital divididos en alícuotas (acciones), para la reunión de grandes capitales.

La primera fue la Compañía Holandesa de las Indias Orientales de 1602, la misma que contaba con un capital dividido en acciones. Luego, apareció, en Holanda, también, la Compañía de las Indias Occidentales de 1612, la que se constituyó en Inglaterra en 1621. Ello se extendió en Francia, y, después, en otros países europeos.

Sin embargo, todas ellas, eran semipúblicas, ya que, estaban constituidas por decisiones gubernamentales, conteniendo privilegios para la explotación comercial y beneficiando de las ganancias al sector público, quien se entrometía en los asuntos sociales (Uría, 2002). Tales compañías, según Torres y Torres (1987), fueron creadas por iniciativas de los propios monarcas y con recursos económicos de grandes sectores de la burguesía, para dar lugar a las expediciones de conquista, por lo que iban premunidas de una carta constitutiva, y con capacidad jurídica para resolver conflictos con poder jurisdiccional. Hasta este momento permanece la etapa *octri*, caracterizada por la presencia del Estado (Torres, 2005).

Su evolución, hasta tal como se le entiende hoy, se inicia con la Revolución Francesa, gracias a la corriente del capitalismo liberal (Sánchez y Sánchez, 2008). Es así, que, en el Código Napoleónico, ya no se funda por decisión gubernativa, sino por la voluntad de los socios. Sin embargo, aún no había total independencia del poder estatal, ya que si bien, era creada por voluntad de los privados, el Estado autorizaba su constitución, evaluando para ello su legitimidad y conveniencia de su creación; reconociéndose a esta etapa como la de autorización (Torres, 2005).

En la segunda mitad del siglo XIX, desaparece el sistema de previa autorización para dar lugar al de libre constitución de sociedades, el mismo que fue inaugurado por la Ley Francesa de 1867 y Española de 1869. Según Torres (2005) existe un “tránsito desde la omnipresencia de la voluntad del estado hasta su total independización para pasar a depender en cuanto constitución, organización, desarrollo y decisiones sociales, exclusivamente de sus socios” (p.321). Al respecto, Villegas (1997) indica que el capitalismo moderno pudo utilizar una nueva forma jurídica de empresa que fue el resultado de la yuxtaposición de elementos modernos: la limitación de responsabilidad de sus miembros y títulos negociables.

Por otro lado, Sánchez y Sánchez (2008) sostienen que han sido dos de las causas que han influido en el éxito de la sociedad anónima. La primera es la división del capital en acciones representados por valores negociables, lo que facilita la inversión, pues puede canalizarse como una forma de ahorro; la segunda, es la ausencia de responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales a las que ha de hacerse frente únicamente con el patrimonio social.

Por su lado, Uría (2002) hace referencia a su importancia en el sistema económico, sosteniendo que:

La división del capital en acciones, la movilidad de estas a merced a su incorporación a títulos esencialmente negociables y la limitación individual del riesgo al capital representado por acciones poseídas, han convertido a la sociedad anónima en el instrumento jurídico preferido para desarrollar empresas más audaces y costosas. (p.230)

De esta forma, tiene lugar la sociedad anónima en la realidad jurídica mercantil, como un ente idóneo para la acumulación de capital, lo que para el comercio resulto tan provechoso que permanece hasta la actualidad. Asimismo, debido a su gran variabilidad y adaptabilidad es muchas veces utilizado, aunque no debería ser así, por empresas medianas y pequeñas.

2.1.4.2.2. *Noción*

La noción que otorga la doctrina oscila entre dos elementos: la negociabilidad de las acciones conformantes del capital social y la responsabilidad limitada de la de la sociedad anónima. Así, “el capital de propiedad de la compañía no tiene conexión directa o indirecta con el de los socios, se divide en acciones y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada” (Montoya, 2004, p.180).

De la misma forma, Mondragón (2017) la define como “aquella persona jurídica colectiva que al exteriorizarse como tal respecto de terceros, (...) la responsabilidad de los socios se limita al pago de sus acciones” (p.229). Por otro lado, Villegas (1997) sostiene que “la sociedad anónima es un centro de poder, económico y financiero, pero también político y social” (p.154). Esto, debido a su transcendencia en la realidad de forma continua donde se acumulan diversos intereses. Siguiendo con lo dicho, Quevedo (2008) indica que “la

sociedad anónima es el claro y típico ejemplo de las sociedades de capital (el poder y derechos de los socios se determina por cuantía o el monto de su aportación social)”.

A continuación, se desarrollará un breve repaso de algunos elementos de la sociedad anónima, reservándose el análisis del capital y la responsabilidad limitada para el capítulo segundo. De igual forma, no se intenta citar la Ley General de Sociedades, por lo que se manejarán nociones básicas y generales.

2.1.4.2.3. Características

Existen tres características de toda sociedad anónima: es capitalista, de acciones y su responsabilidad es limitada.

La primera característica, es porque como ya se dijo *supra* es *intuitio pecuniae*, no interesando los socios sino su participación en el capital social según su aporte (Uría, 2002). Al respecto, Villegas (1997) indica que el vínculo societario no está fundado en razones de interés personal, sino por posesión de acciones, esto es porciones de capital. Además, según Torres (2005) sostiene tiene esa calidad porque requiere el aporte efectivo, económico y cuantificable, por el socio para que tal pueda adquirir esa calidad.

Ahora bien, la segunda, referente a que es una sociedad de acciones, se basa en que su capital habrá de estar esencialmente dividido en partes alícuotas denominadas acciones, las que confieren a su titular la condición de socios (Uría, 2002). Por su parte, Villegas (1997) sostiene que los derechos de tales acciones pueden ser circulados en el mercado de capitales y permite la configuración de enormes masas de ahorro. Estas acciones, según Torres (2005) son nominativas, iguales, acumulables e indivisibles, estando representadas en títulos o valores que faciliten su fácil transmisión.

Y por última, la tercera, es que es una sociedad de responsabilidad limitada, en tanto, que el socio solo se obliga por lo que se comprometió a aportar, más no, por las deudas sociales (Uría, 2002). Del mismo modo Villegas (1997), propone que no solo se busca distribuir el riesgo de pérdidas, sino también la limitación de responsabilidad al aporte otorgado. Y es que, en buena cuenta “el único acreedor del socio es la sociedad” (Torres, 2005, p.328).

2.1.4.2.4. Denominación

Debido a la gran importancia que tiene la sociedad anónima y los efectos frente a terceros, es que la LGS requiere que sea reconocida fácilmente. Por ello, impera a que incluya en la denominación “sociedad anónima” o las iniciales “S.A.”, en mérito al artículo 50.

Pero, además, este indica que cuando se trate de sociedades cuyas actividades sólo pueden desarrollarse, de acuerdo con la ley, por sociedades anónimas, el uso de la indicación o de las siglas será facultativo. Esto sucede con las empresas del sistema financiero.

De esta manera, cabe hacer hincapié en la diferenciación entre denominación y razón social. Esto, debido a que, la segunda exige la introducción del nombre de algún miembro de la sociedad. Sin embargo, esta última no es utilizada por las sociedades anónimas, ya que, debido a su carácter capitalista, no interesa quien o quienes son sus titulares.

2.1.4.2.5. Formas de constitución

Existen dos formas para su constitución: la simultánea y la que se hace mediante oferta a terceros.

La primera según el artículo 53 de la LGS se realiza por “los fundadores, al momento de otorgarse la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto, en cuyo acto suscriben íntegramente las acciones”. Por lo tanto, será en un solo acto, por lo que sus fundadores serán sus primeros accionistas. Entonces, todos los socios habrán de concurrir por sí o por medio de representante al otorgamiento de la escritura pública y todos son parte en el contrato plurilateral, asumiendo el total de las acciones en que esté dividido el capital (Uría, 2002). De este modo, se debe aportar al menos el veinticinco por ciento del capital suscrito en el acto de constitución.

Mientras que, la segunda forma, en mérito al art. 56 del mismo cuerpo normativo que establece que “puede constituirse por oferta a terceros, sobre la base del programa suscrito por los fundadores”. Y, por lo tanto, exige el desarrollo de distintas etapas sucesivas. Al respecto, Hundskopf (2016) indica que se pueden reconocer cuatro: programa de

constitución, suscripción de acciones, asamblea de suscriptores y otorgamiento de escritura pública de constitución social. Este mecanismo de constitución es utilizado cuando se requiere de grandes inversiones de capital. Sin embargo, a diferencia de la primera forma, en el acto de constitución requiere el aporte total del capital suscrito.

Según Uría (2002) este “doble sistema se justifica por la dificultad de que los socios fundadores asuman todo el capital en la constitución de las sociedades de capital” (p.244). De igual manera, en las dos formas se concluye con la inscripción de la escritura pública, que contiene su constitución, en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, donde recién se adquiere la tan aclamada personalidad jurídica.

2.1.4.2.6. Órganos

A. La junta general

Este el órgano principal de la sociedad anónima. Según Mondragón (2017) es “el órgano supremo del cual emanan las decisiones que le dan vida e impulso a la sociedad en su marcha, políticas y proyectos” (p.238). Sobre ello, Hundskopf y García (2005) indican que “resulta indispensable para la realización de su objeto social y la disposición de derechos y adquisición de obligaciones (...)” (p.413). Agrega Garrigues (1987) que se está frente un órgano deliberante en el que se manifiesta la voluntad colectiva o social.

Para Montoya (2004) la Junta General es “el órgano supremo de la sociedad debidamente convocada y con el quorum correspondiente, deciden por la mayoría que establece la ley, en atención al número de acciones en que está dividido el capital social, los asuntos propios de su competencia”. A pesar de ello, su instalación depende de otros órganos como el directorio, sin embargo, los miembros de este último son elegidos por la junta.

Asimismo, al ser el conducto por el que se manifiesta la voluntad de los socios, tiene distintas formalidades para su instalación y requisitos para aprobación de acuerdos, los mismos que van íntimamente ligados al capital social. De esa forma, cobra importancia el quorum (simple o calificado) y las mayorías, para determinados asuntos dictados por Ley, con relación a la instalación o toma de decisiones en la junta general. Estos dos elementos mencionados requieren un mínimo de concurrencia de miembros que representen un

porcentaje considerable de las acciones suscritas con derecho a voto, como también, la venia de estos para la adopción de acuerdos.

Igualmente, explica Montoya (2004) que existen tres clases de junta: la obligatoria anual, especial y universal. Sobre la primera, refiere que debe instalarse al menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual, para examinar cuentas y balances económicos. Mientras tanto, las especiales son aquellas en que se reúnen un determinado número de accionistas que gozan de derechos particulares frente a las acciones comunes y que concurren para tratar los asuntos que les conciernen.

Por último, sobre la universal, resuelve que es aquella que se entiende convocada y válidamente constituida para tratar sobre cualquier asunto y tratar sobre los asuntos 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.

B. El directorio

El directorio, según Montoya (2004) es “un cuerpo colegiado en que se advierte la desvinculación entre el capital y la gestión, donde sus miembros, elegidos mínimamente tres por Junta General, y no son necesariamente socios”. Asimismo, la función principal del directorio es la gestión social con carácter permanente y no tienen decisión sobre los temas atribuidos a la Junta General. Su obligación es la informar a los demás órganos sobre la marcha de los asuntos sociales y de su estado económico. Sobre ello, Hundskopf (2005) lo define como:

Un órgano subordinado a la junta general, que cumple un rol fundamental en la marca 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 políticas generales que deben ser ejecutadas a través de la gerencia y en suma es el órgano de administración de la sociedad. (p.34.

Siguiendo con ello, Jiménez (2018) indica sobre este órgano que:

El directorio es un órgano colegiado porque toma sus decisiones en forma conjunta, elegido por junta general de accionistas. Su rol es administrar, gestionar y representar a la sociedad, dirigiendo su rumbo, fijando las políticas generales que gerencia ejecutará,

aprobando los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la empresa. (pp. 408-409)

C. La gerencia

Por último, la gerencia es el órgano representado por uno o varios gerentes, según estatuto, sin que se forme un cuerpo colegiado e indicándose quién es el “gerente general”. Además, este es un cargo de confianza, por lo que puede ser revocable por el director o por la junta general u otro órgano según el estatuto.

Se encarga, en especial, de celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social, como de representar a la sociedad, entre otras funciones más (Montoya, 2004). Por su lado, Okuma (2018) señala que “la sociedad anónima puede contar con uno o varios gerentes debiendo señalar quién o quiénes se desempeñaran como gerente general” (p.436).

Al respecto, Reyes y Trelles (2005) sostiene que el gerente general es “uno de los dos órganos de administración con el 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” (p.624). Por otro lado, Echaiz (2009) indica que “identificada por las siglas S.A., es la modalidad societaria tradicional y se encuentra recogida por la mayoría de las legislaciones del mundo, bien con esa denominación o con otra como, por ejemplo, sociedades por acciones” (p.232).

2.1.4.2.7. Modalidades

Cabe indicar que la sociedad anónima cuenta con tres modalidades: ordinaria, abierta y cerrada. Al respecto, Torres (2005) sostiene que “estas modalidades no constituyen nuevas formas societarias permiten que su adaptación sea muy sencilla, a través de una simple modificación en el estatuto, característica que no se presenta en ninguna otra forma societaria” (p.335). Por ello, no se puede hablar de una transformación, sino, solo de adaptaciones.

A. Sociedad anónima ordinaria

Esta sociedad tiene “todos los caracteres propios de una sociedad netamente capitalista” (Torres, 2005, p.335). En específico es la sociedad anónima que no se ha constituido como abierta o cerrada, sino que sigue las reglas generales. Asimismo, sus normas serán supletorias para la sociedad anónima abierta, o para la cerrada.

Al respecto, Figueroa (2018) revela que “la S.A. ordinaria se desprende de la LGS y está implícitamente regulada; mientras que sus modalidades (S.A.C y S.A.A), son la misma, pero con elementos diferenciadores” (pp.505-506). En ese sentido, de la LGS se desprende que será aquella tenga menos de setecientos cincuenta socios, de lo contrario, se estaría frente a su modalidad de sociedad anónima abierta.

Por lo expuesto, se puede concluir que esta es la modalidad básica de la sociedad anónima.

B. Sociedad anónima abierta

Esta modalidad de organización jurídica empresarial surge “en el contexto de las grandes empresas comerciales coloniales, que requerían acopiar inmensos capitales de muchos inversionistas distintos, para poder hacer frente a las grandes necesidades financieras” (Payet, 2017, p.17). Según Echaiz (2012), la sociedad anónima abierta tiene sus antecedentes legislativos en la Ley de Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido, Decreto Legislativo N° 672, así como, en la Ley del Mercado de Valores Decreto Legislativo N° 755, normas ahora derogadas.

Ello provoca un accionariado difundido, en el que las acciones se encuentran difundidas en miles de accionistas (Montoya, 2004). En relación con lo dicho, Pickmann (2005) opina que debido al “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” (p.928). Pero, además, debido a su gran magnitud, está sometida al control y supervisión de la Superintendencia del

Mercado de Valores, (SMV), ya sea de sus estados financieros o de la falta de registro de las acciones; teniendo, este órgano institucional la facultad para regular aspectos sobre ella.

Según el artículo de 249 de la LGS, establece las siguientes condiciones en las que se puede constituir: 1) Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; 2) Tiene más de setecientos cincuenta accionistas; 3) más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco 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; 4) Se constituya como tal; 5) Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

Para Villegas (1997) la sociedad anónima es abierta por el solo hecho de realizar oferta pública de sus títulos valores, cualquiera sea su número de accionistas, porque ello significa recurrir al ahorro público. Del mismo modo Echaiz (2012) indica que esta modalidad societaria se define “como aquella que recurre al ahorro público para financiarse o que tiene gran dimensión, (...) su regulación promueve definitivamente el mercado de capitales, la gran empresa y el financiamiento bursátil” (pp.61-62). Por su parte, Gil (2018), concluye que “la sociedad anónima abierta ha sido pensada para regular sociedades con un gran número de accionistas o que tienen voluntad de tener gran número de accionistas” (p.487).

Por último, su denominación debe incluir la indicación de “Sociedad Anónima Abierta” o las siglas “S.A.A.”.

C. Sociedad anónima cerrada

Ese es el extremo más personalista de la sociedad anónima, debido a que, mantiene una limitación para la incorporación de socios. Aunque, sigue siendo capitalista, con grandes rasgos personalistas (Torres, 2005).

La LGS en su art. 234 indica que “la sociedad anónima puede sujetarse al régimen de la sociedad anónima cerrada cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones

inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada”.

Huella de ello, es que en la LGS, se rige por el derecho de adquisición preferente (art.238), la posibilidad de someter la transferencia de acciones al previo consentimiento de la sociedad (art. 238), la posibilidad de subrogar a los herederos del socio fallecido la titularidad de las acciones (art. 240), las limitaciones a la representación en la junta general, al restringir la posibilidad al cónyuge, ascendiente o descendiente en primer grado del accionista (art. 243), la posibilidad de no contar con directorio (art. 247), y la facultad de establecer causales para la exclusión de accionistas (art. 248).

Sobre la posibilidad de no contar con directorio, Guillen (2005) indica que como se está frente a una sociedad con una dimensión reducida, se debe dejar a elección el tener un directorio según las necesidades de la sociedad, y que las funciones serán asumidas, en ese caso, por el gerente. Siguiendo con lo dicho, Alva (2018) señala que, debido a su carácter cerrado, existen incentivos necesarios para fiscalizar a los administradores, pues la inversión realizada en la sociedad o es la única o es una de las más importantes. Del mismo modo la administración, al ser pocos los socios, tienen el incentivo de actuar en mejor beneficio pues la presión es material.

Asimismo, según Montoya (2004) “son aquellas que no se abren al público para financiarse a través de la emisión de la acción. Son sociedades frecuentemente familiares y con muy escaso número de accionistas en los que predomina el *intuitus personae* frente al *intuitus pecunie*” (p.289). La LGS, establece que el número máximo de miembros es de veinte y que sus acciones no se pueden comercializar en el Mercado de Valores. Por otro lado, su denominación es debe incluir la indicación de “Sociedad Anónima Cerrada” o las siglas “S.A.C.”.

Por último, Echaiz (2012) indica que este tipo societario calza con las empresas de origen familiar, donde sus titulares son grupos de personas reducidos, respondiendo a una realidad vigente. Por su lado, Guillen (2005) sostiene que su objetivo es “satisfacer las necesidades del pequeño o mediano empresario, visto éste como aquel que desarrolla su actividad en el ámbito familiar” (p.891).

2.1.4.3. *Sociedades por acciones simplificadas cerradas*

2.1.4.3.1. *Antecedentes: Ley Modelo de la OEA sobre Sociedades por Acciones Simplificadas*

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, OEA, el 20 de junio del 2017 adoptó la Resolución AG/RES 2906 (XLVIIIO/7) mediante la cual solicitó al Comité Jurídico Interamericano y a la Secretaría Técnica darle la más amplia difusión posible entre los estados miembros a la Ley Modelo de Sociedades Simplificada. Este modelo presentado por la OEA, tiene como antecedente inmediato la Ley N° 1258, el 05 de diciembre del 2008, la misma que tuvo un gran éxito en su implementación. Esto, debido a que proponía un método rápido, accesible, menos costoso, y como no, mucho más moderno con el que ordinariamente se cuenta en las legislaciones societaria de Latinoamérica, bastante antiguas, donde la necesidad de una escritura pública y otras formalidades, desincentivan su constitución.

En principio, logró en Colombia uno de sus cometidos, la formalización de la actividad empresarial. Esto se sustenta en que en el año 2009 el número de inscripción era de 35 921 SAS, mientras que, en el año 2010, el número creció en 48084.

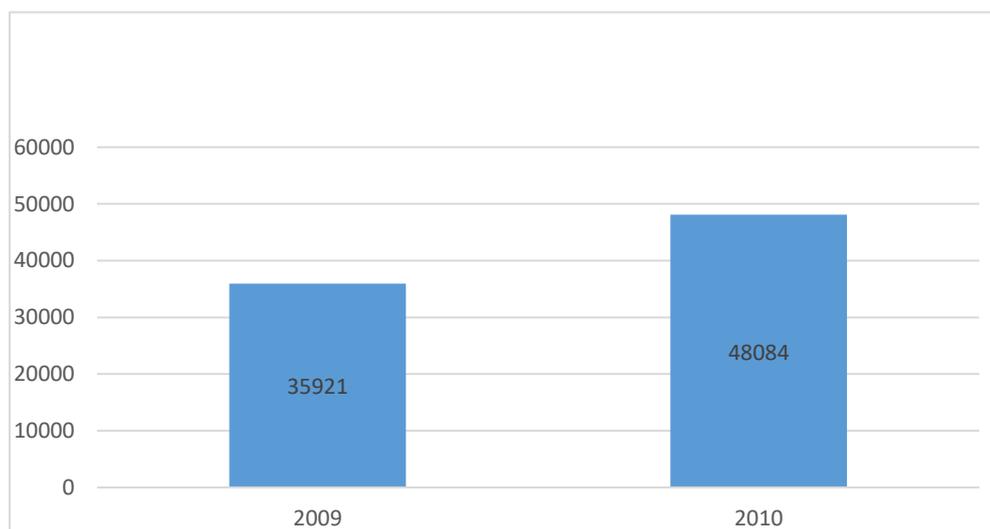


Figura 3. Aumento de Formalización entre 2009 y 2010 en Colombia (Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.884)

Por otro lado, se produjo una consolidación de las SAS, pues se volvió la principal forma societaria, ya que tal como lo demuestran resultados del año 2010, represento más del 70% entre los modelos inscritos en el Registro Mercantil.

Y, por último, respecto a su impacto, cabe señalar que no solo fue utilizada por iniciativas empresariales de poca envergadura, sino, también por las de mayor tamaño.

Mes	Cantidad de SAS	Porcentaje
Enero	2422	70%
Febrero	3091	71%
Marzo	3364	74%
Abril	2817	74%
Mayo	2879	77%
Junio	3069	79%
Julio	2923	78%
Agosto	3448	81%
Setiembre	3734	82%
Octubre	3414	83%
Noviembre	3275	84%
Diciembre	2935	82%

Tabla 1: Cantidad de S.A.S. creadas en el año 2010, Colombia
(Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios
a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.882)

Tamaño	Empleados	Activos totales	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Micro	1-10	< 500	86263	84776	81744	77954	75679	62229	56262	60570
Pequeña	11-50	501-5000	443	1736	4095	7060	8508	8275	5753	3966
Mediana	51-200	5001- 30000	46	279	849	1484	2079	1397	947	590
Grande	>200	> 30000	10	52	173	363	577	312	242	113

Tabla 2: Constitución de S.A.S. y su dimensión, Colombia, 2017 (Fuente: Ley General de Sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia, Reyes, 2018, p.884)

En opinión de Reyes (2018), se indica que “las SAS colombiana ha gozado de notoria aceptación como el vehículo de asociativo predilecto de los empresarios, gracias a su naturaleza simplificada y al reducido nivel de costos de contratación relacionados con su constitución y funcionamiento” (p.881). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, han reconocido los beneficios de este modelo societario, que busca en resumidas cuentas simplificar el proceso de constitución, opinando que “la productividad y las oportunidades de trabajo han mejorado también por reformas recientes que facilitan la configuración de empresas, la obtención de permisos de construcción, el cumplimiento de los registros de propiedad y el pago de impuesto”. A partir de ello, tal modelo societario fue acogido por la OEA, con el fin de que el resto países se vean beneficiados, en busca de la formalidad y la eliminación de barreras burocráticas.

En base a lo dicho, son dos las causas que se buscaron eliminar con la creación de la implementación buscaban acabar con el proceso ordinario lento y burocrático para la constitución de las sociedades que provocaba costos innecesarios, y, así como erradicar la informalidad en el mercado. Es por ello, que el modelo tiene como objetivo “reducir los costos de contratación derivados de la constitución, el funcionamiento y la liquidación de cualquier compañía, independientemente de sus dimensiones o de su actividad empresarial.

La reducción de estos costos fomenta el crecimiento económico y el comercio incentiva el crecimiento de las actividades económicas formalizadas en países en vías de desarrollo”

(Reyes, 2018, p. 828). Posterior a ello, países en Latinoamérica, como Chile, Argentina y México también lo han implementado.

2.1.4.3.2. Regulación

A. Nacional

En el Perú, el 11 de setiembre del 2018, se publicó el Decreto Legislativo 1409, Decreto que promueve la formalización y dinamización de micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada. Presenta así una forma societaria, totalmente nueva a las ya existentes.

Asimismo, establece el citado Decreto Legislativo, en su artículo 1, que “tiene por objeto crear y regular un régimen societario alternativo de responsabilidad limitada para la formalización y dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa, denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada”. Siguiendo lo dicho, en su artículo 2, prescribe que tiene como finalidad “promover una alternativa de formalización de actividades económicas de las personas naturales e impulsar con ello el desarrollo productivo y empresarial de la micro, pequeña y mediana empresa”.

A simple vista, coincide con la Ley Modelo de las Sociedades por Acciones Simplificadas; sin embargo, ya como se ha explicado, lo que se proponía la OEA para este modelo es que sea utilizado para iniciativas empresariales independientemente de sus dimensiones o de su actividad empresarial.

Por otro lado, en nuestra legislación, su constitución da origen a una persona jurídica. Así, en su artículo 4, se propone que “la SACS se constituye por el acuerdo privado de dos (02) o hasta veinte (20) personas naturales, quienes son responsables económicamente hasta por el monto de sus respectivos aportes, (...)”. Adquiriendo, personalidad jurídica, una vez registrada en el Registro de Personas Jurídicas de SUNARP, Superintendencia Nacional de Registros Públicos.

Deja de lado, además, la utilización de la escritura pública; típico instrumento utilizado para la constitución del resto de las sociedades reguladas por la LGS. Propone entonces, en su artículo 7, que “el documento privado que contiene el acto de constitución de una SACS se genera mediante el uso del SID-SUNARP, suscribiendo dicho acto por medio de la

firma digital de los accionistas fundadores conforme con la ley de la materia y el Código Civil”.

Agrega, en su artículo 9, que “el documento electrónico firmado digitalmente por los accionistas fundadores que contiene los requisitos señalados en el artículo 6 del presente Decreto Legislativo, es título suficiente para la calificación e inscripción de la constitución de la S.A.C.S. en el registro de Personas Jurídicas de la SUNARP. Una de las cuestiones que más llama la atención, es que, si bien los miembros de la sociedad mantienen una responsabilidad limitada, esta tiene demarcaciones y no es total. Ello se verifica, cuando prescribe en su artículo 4 que tal responsabilidad permanecerá “salvo en los casos de fraude laboral cometido contra terceros y sin perjuicio de la legislación vigente en materia de obligaciones tributarias”. De la misma forma en su artículo 8 regula que:

Los accionistas fundadores de la SACS son responsables de la existencia y veracidad de la información que proporcionan en el documento de constitución. Responden solidariamente por los daños y perjuicios que pudieran causar por la inexactitud o falsedad de la información, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

De esa forma, en la legislación peruana, se introduce una nueva forma societaria, de la misma que aún no se puede evaluar su impacto, pero se espera cumpla con los objetivos que propone. Los mismos, tuvieron cabida ante la realidad nacional, en la que se observa la informalidad de la Mypes, en el ámbito laboral y los altos costos temporales como económicos para constituir una sociedad. Con relación a ello, se indica en la Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1409, que “la baja productividad de las Mypes está vinculada a la atomización de la estructura empresarial peruana comparada con otros países, y a la alta informalidad tributaria y laboral de este segmento”. Asimismo, resaltando el indicador de la Apertura de Negocios del Ranking *Doing Business* 2018, indica que:

El Perú se encuentra en el puesto 114, es decir posicionado en la mitad inferior de entre los 190 países evaluados. Acorde con dicho ranking, en nuestro país la constitución de empresas demora en promedio unos 26,5 días, y comprende los siguientes costos promedio: entre USO 200 a USO 300 por la tarifa notarial más pago de tasas de registro que están compuestas por: 0.3% del capital social + S/. 44.00 para realizar el registro.
(p.5)

Por lo que, desde el 2014, SUNARP implementó la constitución de empresas en línea a través del SID-SUNARP, con el objetivo de reducir tal procedimiento a 24 horas. Para ello, se utilizarían formatos que reemplazaran a la minuta, manteniendo el requisito de que sea elevado a escritura pública notarial de constitución; existiendo (i) la presencial tradicional y (ii) en línea a través del SID SUNARP, pero en ambos casos se mantiene el mismo número de procedimientos y se requiere de escritura pública. No teniendo, lo comentado una gran acogida, y prevaleciendo el trámite ordinario. Tal sistema electrónico, fue aprovechado para sustentar la posible viabilidad de la creación de las sociedades por acciones cerradas simplificadas.

Como se ha mencionado, en otros países de Latinoamérica se han implementado la introducción de este modelo societario, por ello a continuación se analizará la legislación extranjera.

B. Extranjera

a. Chile

En Chile, el 08 de febrero del 2013, se publicó Ley N° 20.659, Ley que simplifica el Régimen de constitución, modificación y disolución de las Sociedades Comerciales. Presenta un régimen de constitución, es decir, una vía para constituir modelos societarios ya regulados por su legislación; mas no, un nuevo modelo societario. De esa forma, en su artículo primero, establece que:

Lo establecido en esta ley rige para todas las personas jurídicas que voluntariamente se constituyan o acojan a ésta, de manera que todos los actos jurídicos indicados en el inciso anterior deberán celebrarse o ejecutarse conforme a sus disposiciones. Las personas jurídicas que no se acojan a esta ley deberán celebrar o ejecutar dichos actos de acuerdo a las normas que las establecen y regulan, y no les serán aplicables las disposiciones del presente cuerpo legal.

Para ello, el sistema implementado consta dos elementos para su materialización: el formulario y el registro electrónico. El primero, es definido por la Ley, en su artículo 3, 2, como “el documento electrónico que contiene el contrato social y sus modificaciones”; mientras que, el segundo, según el artículo 11, se entiende como el “registro de Empresas y Sociedades (que) deberá constar en un sitio electrónico, al que deberán incorporarse las personas jurídicas que se acojan a esta ley para los efectos de ser constituidas, modificadas,

transformadas, fusionadas, divididas, terminadas, disueltas o migradas”. Este sitio electrónico se identifica con la plataforma virtual Tu Empresa.

Resalta la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1409, respecto a la implementación de este régimen que “solo en el año 2017 en Chile se constituyeron 118,733 nuevas empresas de las cuales un promedio de 73,37% (87,115) se constituyeron bajo la modalidad virtual”. Constituyendo un avance significativo respecto del acogimiento del régimen de constitución virtual propuesto en la presente norma. Sin embargo, debe quedar claro, que no se regula la creación de una nueva persona jurídica.

b. Argentina

En Argentina, se introdujo el modelo societario, Sociedad por Acciones Simplificada, mediante la Ley Apoyo al capital emprendedor, Ley N° 27349, en su Título III, en el 13 de abril del 2017, estableciendo no un mecanismo de constitución societario, como sucedió en Chile, sino una nueva forma societaria. Así, en su artículo 34, establece que:

Podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43. La S.A.S. unipersonal no puede constituir ni participar en otra S.A.S. unipersonal.

Asimismo, requiere de un capital mínimo, exigiendo en su artículo 40 que este “no podrá ser inferior al importe equivalente a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil. Además, prescribe una garantía respecto de los aportes, regulando en su artículo 43 que “los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes”. Por lo que, requiere de condiciones para su constitución.

Por otro lado, según artículo 41, sobre la suscripción e integración de las acciones, establece que:

Deberá hacerse en las condiciones, proporciones y plazos previstos en el instrumento constitutivo. Los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento (25 %) cómo mínimo al momento de la suscripción. La integración del saldo no podrá superar el plazo máximo de dos (2) años. Los aportes en especie deben integrarse en un cien por ciento (100 %) al momento de la suscripción.

Por ello, en Argentina, puede concretarse que acogió la Ley modelo de la OEA, y por obvias razones, la Ley de Colombia sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas.

c. México

En México, se estableció mediante Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de fecha 14 de marzo del 2016, incluyéndose un nuevo modelo societario, la sociedad por acciones simplificada. Estableciendo en su artículo 260, su constitución y definición:

La sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII, del artículo 1o. de esta Ley, si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración, en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores.

Asimismo, limita la utilización de este modelo societario a un determinado monto de ingresos. Indicando en el segundo párrafo del mismo artículo citado que “los ingresos totales anuales de una sociedad por acciones simplificada no podrán rebasar de 5 millones de pesos”. Al igual que las anteriores legislaciones, en su artículo 263, de la mencionada ley regula que “el mecanismo moderno, por el que se reducirá el proceso de constitución, estableciendo que “el sistema electrónico de constitución estará a cargo de la Secretaría de Economía y se llevará por medios digitales mediante el programa informático establecido para tal efecto (...)”.

Del mismo modo, que la Legislación Peruana acogió, establece tal Ley Mexicana, como base de la constitución de esta sociedad, en su artículo 263, VIII, que:

Los accionistas que soliciten la constitución de una sociedad por acciones simplificada serán responsables de la existencia y veracidad de la información proporcionada en el sistema. De lo contrario responden por los daños y perjuicios que se pudieran originar, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

Según se menciona, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1409, sobre su impacto ante su implementación:

Acorde con su Dirección General de Normatividad Mercantil en menos de dos años desde la implementación del nuevo modelo societario simplificado en octubre de 2016 hasta el 15 de marzo de 2018, se han logrado constituir 11,407 nuevas micro y pequeñas empresas. Esto quiere decir que estadísticamente vienen constituyendo una nueva empresa SAS cada 55 minutos, gracias a la facilidad de constitución en línea y con documentos privados.

Por lo que se puede verificar, el éxito que mantuvo este modelo societario con su implementación.

2.1.4.3.3. Rasgos generales

A. Simplificación del proceso de constitución

Como ya se advirtió *supra*, la Ley modelo de la sociedad por acciones simplificada de la OEA, tenía como objetivo disminuir el tiempo, costos y formalidad, la constitución de una sociedad. Por ello, en su artículo 5 propone que “se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio”. Entonces, descarta el uso de escrituras públicas.

Sobre ello Reyes (2018) opinando sobre la ausencia de la escritura pública, indica que:

Es relevante, pues la eliminación del trámite notarial se inscribe en la tendencia internacional de suprimir el concurso intermediario en el proceso de constitución, esta medida atenúa, sin lugar a dudas, los notorios costos de contratación que se derivan de esas formalidades. (p.123)

Sin embargo, en la Legislación Peruana, si bien se ha descartado la minuta mediante los formularios, de igual forma se exige que este sea elevado a escritura pública para su respectivo registro en SUNARP. Por lo que, el resultado sigue siendo el mismo: costos elevados y existencia de intermediación. En Chile, en cambio, la utilización del instrumento público es opcional y su ausencia está condicionado a la titularidad por parte de los socios de una firma digital, regulado en segundo párrafo del artículo 9 de la Ley N° 20.659, Ley que simplifica el Régimen de constitución, modificación y disolución de las

Sociedades Comerciales, que prescribe que “el constituyente, socio o accionista que no cuente con firma electrónica avanzada deberá suscribir los formularios ante un notario”.

En Argentina, al igual que Chile, el uso tal instrumento público es opcional. Ello, se verifica en el art. 35 de la Ley de Apoyo al capital emprendedor, Ley N° 27349, que prescribe que “la S.A.S. podrá ser constituida por instrumento público o privado. En este último caso, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo”. Por último, en México no se exige, en lo absoluto el uso de escrituras públicas; según artículo 262 del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, último párrafo regula que “en ningún caso se exigirá el requisito de escritura pública, póliza o cualquier otra formalidad adicional, para la constitución de la sociedad por acciones simplificada”.

De esta forma, se puede analizar que no todas las legislaciones latinoamericanas han acogido por completo la expulsión de la escritura pública en el proceso de constitución de las sociedades.

B. Limitación de responsabilidad

La Ley modelo de la sociedad por acciones simplificada de la OEA, tiene como una de sus novedades la separación de patrimonios y la excepcional extensión de responsabilidad.

En el artículo 2 de la citada Ley, propone sobre la limitación de responsabilidad que “la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”.

Mientras que, en su artículo 41, indica como supuesto de desestimación que:

“Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

De esa forma, opina Reyes (2018) que “en la iniciativa se propone limitar aquellas situaciones en la que los jueces pueden extender la responsabilidad por obligaciones sociales a los accionistas” (p.864), acudiendo solo a la instancia judicial, solo en casos de

fraude laboral o de utilización abusiva de la sociedad. Sin embargo, tal iniciativa, no se podría aplicar del todo en la legislación peruana, ya que, hasta la actualidad el levantamiento del velo societario o la negación de personalidad jurídica a alguna sociedad, no se ha visto ejercida.

2.2. CAPÍTULO II: El capital social y su función en sociedades de capital en el ordenamiento jurídico peruano

En el presente capítulo se ha propuesto examinar el capital social desde su definición, complementando su entendimiento con los principios que guían su espíritu y sus funciones. Posterior a ello, se estudiará cómo se encuentra regulado a nivel internacional, enfocado al mecanismo legal de fijación de capital mínimo, y a nivel nacional, dando lugar a una comparativa sobre su estado actual.

2.2.1. Capital social

2.2.1.1. Definición

Ha de ser base de la presente investigación entender qué es el capital social. La palabra capital proviene del latín *capitālis* y según la Real Academia Española, significaría, bajo distintas acepciones: “perteneciente o relativo a la cabeza”, “conjunto de activos y bienes económicos destinados a producir mayor riqueza”. No cabe duda, que el capital es un concepto de suma importancia y puramente económico, igual que la empresa, como ya se ha explicado en el capítulo anterior. Es así como, puede entenderse, desde tres perspectivas: contable, económico, y jurídicamente.

La contable, puede entender al capital como una cuenta que constituye ya sea el patrimonio neto o el pasivo. La primera posición sostiene que es resultado de la diferencia entre activos y pasivos, siendo un importe que adeuda la sociedad hacia sus socios, y que se efectivizara con la liquidación de la entidad. Al respecto París (2013) explica que es la diferencia aritmética entre el valor de todos los bienes y derechos de la entidad y el total de sus deudas” (p.24). Asimismo, Alva (2018) manifiesta que:

Se considera a esta como una deuda que la sociedad tiene frente a sus socios (...) es la razón por la cual se le ubica dentro de las cuentas que tiene el capital contable y no de las cuentas que están dentro del capital contable, en la medida que esta última involucra las deudas que tiene la sociedad frente a terceros. (p.296)

La económica, si bien no ha sido actualizada por la doctrina, comprende que es el conjunto de bienes que se utiliza para el desarrollo de la actividad económica de la empresa en

marcha, es decir, como un fondo de explotación (Sánchez, 2011). Asimismo, puede comprenderse, como un conjunto “de bienes y elementos valorables económicamente que se destinan a la explotación de una actividad concreta” según Messineo citado por Palladino (2015). Todo parece apuntar que el capital es un conjunto de cosas necesarias, el fondo, para realizar una actividad de la que se tiene la expectativa que ganancias.

Asimismo, la ciencia del derecho ha evaluado la importancia del capital para iniciar una actividad empresarial, y ha intentado definirlo. Al respecto, Sánchez y Sánchez (2008) indica que se entiende por ella la cifra que aparece determinada en los estatutos sociales, que va a figurar en el pasivo del balance bajo esa denominación, representando, en principio, importe de las aportaciones al que se comprometieron los socios. Entiende el capital como una cifra. Por su lado, Uría (2002) sostiene que “necesariamente habrá de figurar en la escritura pública fundacional como mención inexcusable en los estatutos (...).

Mientras que, Aramouni (2002) indica que “representa al conjunto de los aportes realizados por los socios para la constitución de la sociedad”. Efectivamente, el derecho se refiere al capital dispuesto de forma indispensable por parte del empresario para realizar, valga la redundancia, su actividad empresarial. De la misma forma Alonso (2007) lo entiende como “cifra de responsabilidad frente a terceros, de carácter fijo y predeterminado estatutariamente en garantía de los acreedores” (p. 131). Por su parte, Vincent (2008) indica que es “un fondo de explotación empresarial integrado por las aportaciones de los socios” (p.357).

Por ello, jurídicamente puede ser entendido como el conjunto de aportes que realiza cada socio al conformar la sociedad. Según Sánchez (2011) se trataría de un concepto puramente descriptivo, teniendo recién contenido legal, al relacionarse con la responsabilidad ante terceros que puedan tener los socios. Por ello, la afectación o no de determinados elementos patrimoniales a la explotación tan solo tiene un significado material.

Entonces, en resumidas cuentas, el capital puede ser entendido como patrimonio neto desde la contabilidad, como un fondo económico para impulsar la empresa desde la económica, y como un conjunto de aportes que establecen la cifra estatutaria de la

sociedad, desde el derecho. Para efectos de la presente tesis, interesa la perspectiva jurídica.

Ahora, es menester explicar que el capital que interesa no es el que pueda tener el empresario como persona natural, sino, como jurídica. Nos referimos al que nace de la fuerza de la voluntad plural y conjunta; es decir, al social, perteneciente a las sociedades mercantiles. Asimismo, como se explicará más adelante, uno que proponga la existencia de responsabilidad limitada. Ello, en base a que el capital toma una importancia extra, de la que normalmente tiene, en los entes con responsabilidad limitada, como lo son las sociedades de capital. Este punto será explicado en los posteriores apartados.

Cabe indicar, que un elemento que se repite en las definiciones otorgadas es el aporte. Este consistiría en “todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto (...) todo tipo de objetos patrimoniales que salen del patrimonio del socio y pasan a integrar el fondo social” (Montoya, 2004, p.147). Estas prestaciones pueden consistir básicamente en una obligación de dar o hacer.

La primera, hace referencia a la entrega de una cosa mueble o inmueble, material o inmaterial, cierta o incierta, sobre la que se puede constituir los derechos de propiedad, uso o de tenencia, etc. Mientras que, las segundas se refieren a los servicios, profesionales o técnicos, otorgados por los socios. Estas últimas, no estarían permitidas en las sociedades de capital.

Según lo presentado, claramente, el concepto “jurídico” que otorga la doctrina del derecho empresarial es totalmente superfluo e insuficiente y no logra separarse, del todo, de uno económico. Lo dicho, en razón de, que no lo analiza más que como una simple cifra propuesta por los socios en algún documento, en razón a los aportes otorgados por ellos. ¿Es realmente, así como debe de entenderse? Para su mejor entendimiento es necesario adentrarnos a los principios del capital social y las funciones que debería de cumplir como requisito indispensable de todo ente con personalidad jurídica, en especial en las sociedades capital, y, cómo no, de todo tipo de empresa que esta lleva a cabo.

2.2.1.2. Principios

2.2.1.2.1. Determinación

Uno de los principios, que aparece sin importar el régimen que mantenga el capital en tal o cual ordenamiento jurídico, es el de determinación. Sobre ello opina París (2013) quien sostiene que “es indispensable la indicación de un capital social en la escritura constitutiva de la sociedad mercantil, con independencia de que en cada jurisdicción existan normas específicas que exijan un importe mínimo para el mismo” (p.91).

Como ya es sabido, la voluntad de constituir un ente societario se plasma en el pacto social, y las reglas referidas a su funcionamiento, en un estatuto. Tanto en uno, como en el otro, el principio exige que se señale el monto del capital social.

Así, lo explican Sánchez y Sánchez (2008), quienes indican que tal principio implica la exigencia de que en los estatutos aparezca precisado en todo momento el importe del capital social, de manera que solo puede ser alterada mediante el cumplimiento de especiales garantías que implican una modificación estatutaria. Por su parte, Hundskopf (2018) afirma sobre él que debe “ser fijado en forma exacta y precisa, expresándose en una cifra única que señale numéricamente su monto en moneda de curso legal, detallándose en el estatuto su importe (...)” (p.120). En esa misma línea, Alfaro (2017) propone que “según el cual los estatutos sociales deben reflejar, en cada momento, el importe del capital social”. Y es que, si bien no es pertinente dudar sobre el porqué de los principios, sí lo es de su razonabilidad, pues ha de tener total correspondencia con objeto del que emergen.

La respuesta, encuentra varias aristas, y se explica mejor con el resto de los principios. Pero, básicamente, es necesario que todo empresario, sepa con cuánto empieza, y dependiendo de ello, fijar las posibilidades de su actuación. Al respecto, Sánchez y Sánchez (2008) sostienen que el principio de determinación significaría “en primer lugar, la unidad del capital social, y en, segundo término, una estabilidad del mismo” (p.299). Pues, se debe reconocer que el capital es un elemento fundacional (Walde, 2011). A partir de la determinación del capital social tienen sentido los principios que serán evaluados a continuación.

2.2.1.2.2. Invariabilidad

Se exige, según este principio que una vez determinado el capital social, según los aportes otorgados por quienes integrarán voluntariamente y darán lugar el ente societario, este no puede variar. Y es que, solo podría hacerlo, ya sea aumentando o disminuyendo, a partir de la realización de específicos actos formales, regidos por el estatuto y normas del ordenamiento jurídico, a las que se encuentre sometido el ente societario. Esto, se correlaciona con las funciones de garantía y organización del capital social, que se aplicaran más adelante.

Así lo explica Hundskopf (2018), denominándolo como de estabilidad o permanencia, indica que es porque cual que la cifra que aparece en el pacto social y en el estatuto social, no puede ser alterada, aumentándola o reduciéndola, sin previo cumplimiento de los requisitos legales correspondientes. En el mismo sentido, Palladino (2015) explica que “la modificación de la cifra de capital estará condicionada al cumplimiento de los requisitos que la ley y el estatuto establecen” (p.151). Lo mencionado, resulta totalmente distinto en el caso del patrimonio social, el mismo que varía según las prácticas comerciales y curso de la actividad empresarial.

2.2.1.2.3. Integridad

El capital social consiste en lo aportado por los socios cuando conforman el ente societario, arriesgando parte de su patrimonio, y asumiendo el riesgo de un posible fracaso en conjunto. Cabe, informar que los aportes, prestaciones a las que se obligan, pueden ser otorgados en su totalidad, o, en parte. Por ello, cabe diferenciar capital aportado u otorgado y el suscrito o al que se compromete el socio.

En ese sentido, el presente principio de integridad exige que el socio se comprometa, es decir, se obligue a otorgar el aporte establecido en consenso en el acuerdo societario y estatuto. Al respecto, Hundskopf (2018), sostiene que es en virtud del cual, el capital debe estar íntegramente suscrito por los socios, mientras que, Palladino (2015) indica, sobre él, que “obliga a suscribir la totalidad del capital en el acto fundacional”. No exige que lo suscrito, es decir a lo que el socio se obligó, sea aportado o se cumpla de forma inmediata al crear el ente societario, sino el solo compromiso total.

2.2.1.2.4. Intangibilidad

Este principio, entiende que el capital no puede ser utilizado o manipulado, sino que debe resguardarse. Al respecto, Ramos (2004), citando a Ascarelli, sostiene que:

El capital de la sociedad comercial constituye un elemento establecido por el estatuto, por tanto, legalmente, fijo e invariable, salvo en virtud de una modificación del estatuto. En contraste con la invariabilidad del patrimonio está la fijeza del capital social determinado en el estatuto en una cifra exacta; la realidad económica representa el primero, entidad jurídica y contable el segundo. (p.44)

Sobre el presente principio, Uría (2002) explica que “quiere decir que la cifra-capital determinada en los estatutos no puede ser alterada”. Algunos, indicarían que, en ese sentido, el capital sería una cifra de retención. Sobre ello, refiere Sánchez (2011) que el capital social “constituye la cuantificación de un compromiso asumido por la compañía, quien queda obligada a conservar en interés de los acreedores un patrimonio equivalente al menos a la cifra del capital.

De igual forma, Aramouni (2002), explica sobre la intangibilidad del capital social, la prohibición para la sociedad y los accionistas de realizar actos que directa o indirectamente, signifiquen una reducción de la garantía que representa para los acreedores de la sociedad. Y es que, como se ha explicado, el capital es un elemento importante para llevar a cabo la actividad empresarial, y el que debe procurar mantenerse durante su realización.

2.2.1.2.5. Realidad

Otro de los principios que rigen al capital social es que la cifra establecida en su referencia sea realmente lo aportado, o lo que se aportará. Sobre ello, Uría (2002) sostiene que el importe nominal del capital social habrá de cubrirse con bienes realmente aportados por los socios, en forma que previene la Ley. En esa misma línea, Alfaro (2017) explica sobre este principio lo siguiente:

La realidad de la aportación trata de mantenerse durante toda la vida de la sociedad, es decir, las normas legales tratan de asegurar que existen en todo momento bienes y derechos (activos) en el patrimonio contable de la sociedad suficientes para cubrir las deudas más la cifra de capital, obligando a reducir capital o a disolver la sociedad si los activos no son suficientes.

Y ello, debido a que se basa en la mínima defensa de los acreedores sociales, ya que evita la creación de sociedades con capitales ficticios (Hundskopf, 2018). Pues, según París (2013) “la entrega de acciones al socio depende de la realidad de las aportaciones (dinerarias o no dinerarias) que realice el socio a la sociedad, impidiéndose así la existencia de sociedades con capitales ficticios” (p.91). Esto no deja de ser un gran problema en nuestra realidad, ya que son muchos los entes societarios constituidos por aportaciones falsas, desprotegiéndose a los futuros acreedores y, como no, viabilizando la realización de delitos.

Por ello, este principio tiene gran importancia y es a partir del cual, se establecen mecanismos legales para verificar su cumplimiento según cada ordenamiento jurídico.

2.2.1.3. Funciones

2.2.1.3.1. Productiva

Es pertinente, analizar las funciones, el para qué del capital social. Una de ellas, es la productiva, en tanto el capital, lo invertido, y aportado o a lo que se comprometieron, servirá para que el ente societario, en calidad de empresario, lleve a cabo las actividades referentes a la empresa que organiza y dirige.

Sobre esta función, Alfaro (2017) explica que constituye el patrimonio que los socios piensan dedicar a la realización de la empresa social. Por otro lado, Alva (2018) indica que “entender el capital social tendría como finalidad proveer a la sociedad de los recursos necesarios para la obtención de su objeto social” (p.299). Asimismo, Palladino (2015) sostiene que esta función es de contenido económico, y que serviría como fondo patrimonio para la obtención de un beneficio por medio del desarrollo de una determinada actividad empresarial.

Por su lado París (2013) explica que:

El capital social es la semilla que plantan los socios para la consecución de los fines sociales que han pactado. Esta aportación no es gratuita, sino que la sociedad queda

obligada a su devolución a los socios bajo determinados supuestos, por lo que al mismo tiempo constituye la suma mínima que la sociedad deberá mantener en sus arcas. (p.92)

Sobre ella, se ha evaluado su importancia respecto de las otras, en especial, de la función de garantía. Al respecto, Escribano (1998), indica que la función empresarial “constituye no solo el presupuesto imprescindible de su ejercicio regular, sino la única y verdadera garantía del pago de deudas sociales” (p.25). Esto último, se entiende en el sentido de que, si hay productividad, entonces los acreedores del ente societario no tendrían por qué preocuparse.

Lo contrario sucedería, si existiese una suma de capital considerable pero que, al no ser utilizada para desarrollo de las actividades, quedando inmóvil, corra peligro la empresa llevada a cabo. Pues, empezará a gastarse con lo que únicamente cuenta el ente societario. Entonces, se esfumaría su calidad como garantía de los acreedores, al igual que la presente función.

2.2.1.3.2. Organizativa

El capital social, según Sánchez (2011) es “un elemento estructural de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada” (p.16), ya que se dividirá en acciones o en participaciones, es decir en partes, pequeños pedazos. Y ello, es el punto de partida para que el capital cumpla su función organizativa en las relaciones internas del ente societario. Una vez estructurado o dividido, puede ser repartido, ya sea como acciones o participaciones, en proporción al aporte de cada socio.

Al respecto, Palladino (2015) refiere que “mediante la cifra de capital se mide matemáticamente la participación y eventualmente la responsabilidad de los socios” (p.152). Por su lado, Alva (2018) sostiene que el capital tiene como función el determinar la participación de los socios, y, por tanto, el abanico de sus derechos y deberes. Alfaro (2017) indica que de las relaciones entre socios en cuanto la participación en el capital social es el criterio de atribución de derechos, contribuye a garantizar la igualdad de trato de los socios y el reparto proporcional de cargas y beneficios.

Sin embargo, tal función se realizará totalmente en las sociedades de capital. Ello debido a que, en ellas se incorpora un soporte material y se concreta la titularidad de acciones y participaciones. Mientras que, en las sociedades de personas, la condición de socio consiste en una posición contractual, que se desenvuelve en una serie de derechos y obligaciones. Al respecto, París (2013) indica que el capital:

En cuanto constituye el mecanismo para organizar los derechos políticos y económicos de los socios (...) responden a la participación que cada socio tiene dentro de la sociedad, misma que se ve representada por medio de acciones proporcionales a la aportación de cada socio al capital social. (p.93)

Esta función de organización, si bien debe plasmarse en el estatuto al momento del acto fundacional, siempre se encuentra perenne. Ya que, tanto acciones como participaciones son bienes muebles que pueden transmitirse. No debe olvidarse, que, gracias a tal estructura de las sociedades de capital, tales constituyen un adecuado cauce para canalizar la inversión privada hacia proyectos individuales.

Consideramos que la finalidad última del Derecho societario es el ejercicio del derecho fundamental de libertad de empresa, entendida ésta como el acceso al mercado, la permanencia en este mediante determinadas estrategias comerciales y la eventual salida de este.

2.2.1.3.3. Garantía

El capital social supone una cifra necesaria para la realización de las actividades empresariales que llevará a cabo el ente societario creado, pero, de igual forma se constituye como una garantía ante sus acreedores. En vista de ello, existen una serie de disposiciones que protegen su integridad.

Al respecto, Hundskopf (2018) afirma que el capital social constituye una cifra del pasivo que determina las deudas de la propia sociedad frente a sus accionistas, figurando en el balance un valor determinado. En ese sentido, explica que la devolución de los aportes por parte de ella resulta ser una obligación diferida, toda vez que la cuenta capital debe servir de garantía. De igual forma, Uría (2002) indica que el capital constituye “una dimensión contable que actúa como garantía indirecta de los acreedores sociales, en cuanto impide

que puedan resultar, del balance, ganancia repartible sin que los elementos del activo cubran, a parte de las deudas, la deuda representada por el capital” (p.235).

Siguiendo con lo dicho, resulta interesante lo que opina Alonso (2007):

La preocupación por la formación y mantenimiento del capital de la sociedad en garantía de socios y acreedores se plasma en el Derecho positivo de sociedades en numerosas normas cuya finalidad es, precisamente, procurar que esa cifra de responsabilidad en que se fija el capital responda a los fines de salvaguarda de los derechos de terceros que se le asigna. (p.131)

Por su parte, Escribano (1998) sostiene que se ha de considerar al capital “como un conjunto de bienes destinados, ya desde su constitución de la sociedad y durante toda su vida, a la garantía directa de los acreedores sociales como remedio al beneficio de la limitación de responsabilidad de todos los socios” (p.41). Asimismo, Palladino (2015) indica que “la cifra capital es un dato muy importante para los acreedores sociales ya que les permite conocer los bienes, dinerarios o no, con que cuenta el ente para responder frente a terceros” (p.152).

Al respecto París (2013) sostiene que:

En cuanto constituye un monto de retención del patrimonio neto en garantía de los acreedores, toda vez que este capital se emplearía como última garantía existente en la sociedad en caso de impago, en virtud de que la responsabilidad de los socios está limitada a sus aportaciones a dicho capital
 (...) La publicidad del capital social es fundamental para el cumplimiento de su función de garantía, esto por cuanto lo que se pretende es que cualquier interesado, mediante la consulta en los registros públicos, tenga la posibilidad de conocer su estructura y monto exacto. (pp. 95-98)

Esta función de garantía frente a quienes se relacionan con el ente societario es complementada y mejor integrada con los principios de invariabilidad, intangibilidad y de realidad. Sin embargo, hoy en día, son muchas las críticas sobre su cumplimiento, en tanto, tal función estaría descreditada por los puros formalismos y grandes estrategias legales que evitan la protección correcta de los acreedores sociales.

2.2.1.4.El capital social y su relación con el patrimonio social

No es posible analizar el capital, y dejar por desapercibido el patrimonio social. Más aún, cuando al entender su diferencia, se delimitan mejor los conceptos. Para empezar, estos son dos términos usados a nivel contable, empresarial y jurídico, y suelen ser confundidos constantemente. Es menester, entonces, fijar en qué consisten cada uno.

Para empezar, como se ha revisado el capital social es sinónimo de aportes, bienes y por lo tanto activos, mientras que el patrimonio está integrado por derechos y obligaciones. Al respecto Menéndez (2006) indica que “el patrimonio se refiere al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a la sociedad en cada momento”. Por otro lado, Alva (2018) indica que “sería aquel conjunto de bienes y obligaciones de contenido patrimonial que pertenece a una sociedad y que está sujeto a un fin específico y determinado” (p.292). Por ello, el patrimonio será con lo que cuenta la sociedad en cada instante al realizar la actividad empresarial que se dispuso.

Por otro lado, el capital social siempre se encuentra presente en el acto fundacional de los entes societarios, mientras que el patrimonio aparece una vez realizado tal acto. Sobre ello, Uría (2002) indica que “en el momento fundacional de las sociedades es frecuente que coincidan la cifra del capital y el importe o montante del patrimonio (integrado entonces por los fondos que los socios ponen o se obligan a poner en la sociedad)” (p.78).

Ahora bien, el capital social determinado en una cifra quedará intacto, mientras que el patrimonio varía constantemente. Así, la coincidencia inicial desaparece cuando la sociedad comienza su actividad económica. Esto, debido a que, las vicisitudes de la empresa social repercuten necesariamente sobre el patrimonio, mientras que la cifra de capital permanece indiferente y solo puede ser modificado mediante un acuerdo social según formalidades legales. Se aplica, en esto último, el principio de invariabilidad.

Otra de las diferencias, es que el capital es un pasivo, pues contablemente se trata de una deuda que tiene la sociedad a favor de socios. El patrimonio se refiere a los activos y pasivos a los derechos y obligaciones, con los que cuenta el ente societario. Sin embargo, será el patrimonio el que responda por las deudas de terceros, y el capital, la medida de lo no disponible de aquel. Al respecto, Brunetti citado por Palladino (2015) indica que “si el

patrimonio es la garantía directa de los acreedores sociales, el capital es la garantía indirecta, al impedir el reparto de utilidades sin antes compensar las pérdidas” (p.155).

Sin embargo, si bien cuentan con diferencias, mantienen constantemente una correlación. En consecuencia, si el patrimonio se disminuye, estará en riesgo el capital social; de lo contrario, se encontrará respaldado por aquel. Así, lo explica Ramos (2004), citando a Barreiro, indicando que:

El patrimonio social es el conjunto de derecho y obligaciones de una sociedad que constituye una universalidad afectada a su actividad económica. Su cuantía está sometida a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona individual: aumenta si la actividad económica es prospera, disminuye en el caso contrario. (p.43)

De tal forma que, si bien el patrimonio es con lo que material y realmente responderá la empresa frente a los terceros, debe procurar mantener el monto del capital aportado. El problema, ocurre, cuando el monto del capital es escaso, mínimo e irrisorio que, por innumerables esfuerzos para resguardarlo, es imposible que pueda responder por las obligaciones adquiridas en el mercado.

2.2.1.5.El capital social y la responsabilidad limitada

Para explicar del todo el concepto de capital social es imperante relacionarlo con la responsabilidad limitada. Al respecto, Sánchez (2011) afirma que “la limitación de responsabilidad implica que los socios solo soportan parcialmente el riesgo de la empresa: hasta el límite su aportación”. Es decir que, si bien recibirán la totalidad de las ganancias generadas por la actividad empresarial, responderán parcialmente por las obligaciones.

La idea primogénita es que los socios deben responder por los efectos de sus decisiones, más aún cuando estas produjeron pérdidas en el patrimonio de la empresa. Y es que, quienes organizan directamente la actividad, son quienes deben responder ante las consecuencias positivas o negativas. Pero esto no sucede en las sociedades de capital, pues en ellas la idea general es que el socio tiene el papel de financiador del sustento económico para que se puede llevar a cabo la actividad empresarial, y, por lo tanto, no se inmiscuye

directamente en la organización de la empresa. Entendiéndose, que la responsabilidad limitada estará perenne en este tipo de sociedades, pues resultaría ilógico que los sujetos respondan de forma extra a lo que únicamente se obligaron: aportar.

El privilegio de responsabilidad limitada da lugar a diversos efectos en el funcionamiento de las sociedades de capital. Uno de los principales, es que perfecciona la autonomía patrimonial, es decir, propone una separación entre el patrimonio social y el de los socios. Esto, debido a que, el patrimonio social enfrentará solo las obligaciones de sus acreedores sociales, más no, de los acreedores de sus socios. Asimismo, los socios, como ya se afirmó, no responderán por las obligaciones sociales, sino, que solo lo harán hasta el monto de su aportación

Ahora, la doctrina explica que, gracias a la responsabilidad limitada de las sociedades, los costos que implica el riesgo de la actividad empresarial se trasladan a los acreedores, configurándose una externalización de costes. Es decir, que serán estos últimos quienes realizaran gastos para verificar si les conviene o no contratar con la sociedad.

Dos posiciones aparecen entonces: en contra o a favor, según explica Alfaro (2008). La posición en contra formula que blindar a los socios de una responsabilidad limitada aumenta los riesgos de comportamientos oportunistas por parte de los deudores, eleva los costos de *enforcement* de los créditos, obliga a desarrollar un derecho de quiebras y eleva el grado de concentración de riesgos de los acreedores. Entonces, se habla de una ineficiencia de este privilegio.

La posición a favor supone que la responsabilidad limitada, si bien trae consigo más desventajas, estas serían compensadas por los beneficios para las partes y el sistema económico. Entonces, partiendo del análisis de un escenario en el que no exista responsabilidad limitada, y en el que, por lo tanto, los socios respondan por las obligaciones sociales con su patrimonio personal, se evalúan los siguientes costes: para la vigilancia de los órganos administradores; para verificar la solvencia económica de los socios, ya sea entre ellos mismos, para evitar que afronte el más rico, o por parte de los acreedores sociales, y preocupando, además, las otras actividades empresariales que aquellos realicen (Alfaro, 2008).

Siguiendo, esa línea, los beneficios de tal cláusula social resultan interesantes. Respecto de las relaciones entre los socios, homogeneiza sus intereses, pues todos esperan asumir ganancias o pérdidas según sus aportes y no según su calidad económica; también, diversifica el riesgo, ya que, al no responder personalmente invierten su dinero a las sociedades, recibiendo una menor ganancia que si asumieran todo el riesgo. Pero, además, atribuye los riesgos a quien está en mejores condiciones de soportarlos: los acreedores. Esto último, se debe a que los acreedores pueden valorar el riesgo mejor que los socios o miembros de la sociedad (Alfaro, 2008).

Cabe añadir, que el riesgo al que están expuestos los acreedores “no deriva de la forma social adoptada, sino, sobre todo de la propia esencia de la actividad empresarial (...) nada garantiza el éxito de los proyectos que desarrollan las empresas individuales o las estructuras asociativas que no limitan la responsabilidad” (Sánchez, 2011). Por ello, será la actividad empresarial, unida con el patrimonio que mantiene la sociedad, lo que evaluarán los acreedores sociales.

Otro de los beneficios, ahora con relación al sistema económico, es que “hace posible la existencia de un mercado de acciones” (Sánchez, 2011, p. 24). Ello, debido a que, “las participaciones sociales se hacen fungibles en cuanto que valen lo mismo, con independencia de quien sea el propietario, lo que facilita su transmisión” (Alfaro, 2008, p.76). Y es que, promueve la inversión, y la consecución de la empresa, ya que, si el socio decide retirarse de la sociedad, su inversión quedará intacta, siendo su titular otro sujeto.

Una vez analizada la responsabilidad limitada es momento de relacionarla con el capital social. Básicamente, es que “el capital social se estableció como correctivo a la ausencia personal o ilimitada de los socios” (Escribano, 1998). De igual forma, sostiene Palladino (2015) que “el beneficio de la responsabilidad limitada por las deudas de la sociedad opera siempre que el capital social resulte proporcional al nivel de gastos o al pasivo de la sociedad”. Es decir, que el capital deberá ser proporcional a la actividad empresarial que realizará la sociedad, determinada en el estatuto por su objeto social.

De esa forma, el capital social no es solo una cifra determinada en el estatuto, sino es el punto de partida para la realización de la actividad empresarial, para la organización interna de los socios, y garantía de los acreedores. Esto último, no implica que el cumplimiento de las obligaciones sea con el capital, sino porque del patrimonio se debe resguardar el monto. Además, “la disciplina del capital social constituye el fundamento teórico que permite excluir la responsabilidad personal de los accionistas” (Sánchez, 2011).

El capital se constituye la compensación a la responsabilidad limitada de los socios, es decir, lo que se otorga a cambio de tal privilegio. A pesar de ello, no se debe olvidar que el si bien ninguno de estos elementos: capital o responsabilidad limitada, aseguran el éxito del negocio, son indispensables para que socialmente se emprenda, y no se dejen acreedores impagos. Así, Palmadera (2011) definiendo el capital social, indica que puede ser concebido como “una cifra monetaria equivalente al valor económico de los bienes y derechos que los socios han aportado o se han comprometido a aportar y que la sociedad asume la obligación de conservar en interés de los acreedores sociales” (p.91).

En conclusión, el capital social debe compensar la responsabilidad limitada de los socios, y, por lo tanto, no puede ser una suma irrisoria, pues atentaría contra sus principios de realidad, y su función empresarial y de garantía. Esto, debido a que muchos sujetos se amparan del privilegio de no responder personalmente, pero sus aportes sociales no pueden afrontar ni una parte mínima de las obligaciones frente a terceros. Por ello, resulta indispensable comprender la importancia del capital en los tipos sociales con responsabilidad limitada.

2.2.1.6. Regulación normativa del capital social

Se desarrolla en esta segunda parte del presente capítulo, la regulación normativa del capital social a nivel extranjero y nacional. Específicamente, se busca comparar los sistemas jurídicos en que se ha fijado un capital social mínimo a nivel legal y en los que la cifra se decide bajo la autonomía privada de las partes, sin exigir algún tipo de responsabilidad extra o correspondencia con el objeto social que desarrollará la sociedad.

2.2.1.6.1. El capital social en la legislación extranjera

A. España

En España rige el capital mínimo social, es decir, que mediante mandato legal se establece una cifra de capital con el que debe nacer la sociedad. Al respecto Menéndez (2006) menciona que:

El legislador busca influir en la escogencia de los socios sobre el tipo social que utilizarán para desarrollar su emprendimiento, encausando aquellos de poca cuantía hacia las sociedades de responsabilidad limitada y los de mayor envergadura hacia la sociedad anónima. (p.415)

Así, en relación con las sociedades de capitales, en el ordenamiento jurídico español existía una normativa referente a las sociedades de responsabilidad limitada y otra que legislaba las sociedades anónimas. Hoy en día Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, ha acogido la regulación de ambas sociedades de capital en un solo cuerpo normativo. Esta norma se enfoca a regular a las sociedades de capital en estricto, indicando en su artículo primero, que “son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”.

En referencia al capital social, que es lo que interesa, regula en su artículo 4, literal 1 que para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada este “no podrá ser inferior a tres mil euros y se expresará precisamente en esa moneda”, mientras que en el literal 3, referente al de la sociedad anónima, establece que “no podrá ser inferior a sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda”. En su literal 2 indica que “podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal en los términos previstos (...)”.

De esta forma solo para el caso de no cumplir con el monto de capital exigido en las sociedades de responsabilidad limitada, se ha implantado el régimen de “formación sucesiva”, regulado en el artículo 4 bis del mismo cuerpo legal, estableciendo que:

Mientras no se alcance la cifra de capital social mínimo fijada (...) estará sujeta al régimen de formación sucesiva, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Deberá destinarse a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía

b) Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias sólo podrán repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60 por ciento del capital legal mínimo

c) La suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante esos ejercicios no podrá exceder del 20 por ciento del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, sin perjuicio de la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores.

De la misma forma indica en su art. 5 que “no se autorizarán escrituras de constitución de sociedad de capital que tengan una cifra de capital social inferior al legalmente establecido, ni escrituras de modificación del capital social que lo dejen reducido por debajo de dicha cifra, salvo que sea consecuencia del cumplimiento de una Ley”. De esta forma, la sola voluntad de los socios de constituir tal o cual sociedad

Una crítica al actual ordenamiento jurídico de España es que el objetivo fue el asegurar los intereses de los acreedores sociales, mediante la imposición del capital mínimo, esto fue en vano. Al respecto, Alonso (2007), citando a Spolidoro y también a Portale, propone que “el capital mínimo puede considerarse, simplemente, como una especie de billete de admisión que se ha pagado tradicionalmente para acceder al beneficio de la limitación de responsabilidad, pero que ni sirve para garantizar la solvencia de la sociedad y, por tanto, para tutelar los intereses de los acreedores sociales, ni tampoco asegura la existencia de medios suficientes para el desenvolvimiento de la actividad productiva de la sociedad” (p.135). Asimismo, no existe ninguna norma que limite endeudamiento de las sociedades, y más bien se basa en la abstracción y generalidad, pues no se verifica el tipo de actividad que se llevará a cabo.

Tan importante es el capital, que su ausencia acarrea nulidad de la sociedad. Al respecto, el art. 56, numerales f) y g), indican respectivamente que será nulas las sociedades de capital “por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social” o “por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas”. En España, las sociedades de responsabilidad limitada son destinadas al desarrollo de empresas pequeñas o medianas, mientras que las sociedades anónimas, a las empresas grandes.

B. Argentina

La norma que regula las sociedades mercantiles en el ordenamiento jurídico de Argentina es la Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales. Al igual que la legislación española, también fija un mínimo de capital social para la constitución de las sociedades.

Para el caso de las sociedades anónimas en su art. 186 establece que “el capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a pesos cien mil (\$ 100.000). Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario”. Mientras que, en referencia a las sociedades de responsabilidad limitada, su art. 148 prescribe que “las cuotas sociales tendrán igual valor, el que será de pesos diez (\$ 10) o sus múltiplos”, seguidamente indica que “los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento (25 %), como mínimo y completarse en un plazo de dos (2) años”.

Asimismo, según artículo 70, del mismo cuerpo legal, regula que “las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones, deben efectuar una reserva no menor del cinco por ciento (5 %) de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el veinte por ciento (20 %) del capital social”.

Del mismo modo el artículo 71 indica que “las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores”. Ello, dirigido al cumplimiento de los principios de integridad e invariabilidad del capital social.

Por otro lado, recientemente se han creado las sociedades por acciones simplificadas, bajo la Ley N° 27349, Apoyo al capital emprendedor. En ella, el artículo 40 señala que “el capital se dividirá en partes denominadas acciones. Al momento de la constitución de la sociedad, el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil”. Por lo que, de igual manera impone un capital mínimo para su constitución.

Seguidamente el artículo 41 prescribe que “los aportes en dinero deben integrarse en un veinticinco por ciento (25 %) cómo mínimo al momento de la suscripción. La integración

del saldo no podrá superar el plazo máximo de dos (2) años. Los aportes en especie deben integrarse en un cien por ciento (100 %) al momento de la suscripción.

Como se puede verificar, la legislación argentina, ha optado por establecer montos mínimos que conformen el capital social, de los que se requiere para la constitución de la sociedad.

C. Colombia

A diferencia de las legislaciones anteriores, el Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 de 1971, regula las sociedades mercantiles sin fijar un capital mínimo social.

Respecto a la sociedad anónima, el artículo 373 de cuerpo normativo mencionado establece que “se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)”. Seguidamente, según el artículo 376, “al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba”.

En relación con la sociedad de responsabilidad limitada, “el capital social se pagará íntegramente al constituirse la compañía, así como al solemnizarse cualquier aumento del mismo. (...) los socios responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie”, según art. 354 del Código en mención. Indica en su artículo 355, que “cuando se compruebe que los aportes no han sido pagados íntegramente, la Superintendencia deberá exigir, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, que tales aportes se cubran u ordenar la disolución de la sociedad (...)”. De esta forma se asegura el principio de realidad que debe regir en el capital social.

En el 2008, la Ley 1258 de 2008, Ley que crea la Sociedad por Acciones Simplificada, tampoco fijó para este tipo social un capital mínimo. En su artículo 9, establece que “la suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las

sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años”.

Lo que llama la atención es que dispone que se puede fijar estatutariamente el mínimo del capital social. Referente a ello, regula en el mismo artículo que “en los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta”. Dando lugar a total desenvolvimiento de la libertad y autonomía de la voluntad de los miembros de la sociedad.

D. Costa Rica

De la misma forma que el ordenamiento colombiano, en Costa Rica no se regula que las sociedades deben contener un capital social mínimo. El Código de Comercio de Costa Rica, sistematiza las sociedades mercantiles existentes en su ordenamiento jurídico.

Respecto a la sociedad anónima, según el art. 102, establece que “el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones”. Por otro lado, en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 75 prescribe que “los socios responderán únicamente con sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad”. Sin embargo, esa responsabilidad es para los miembros de órganos administrativos, mas no para socios.

En esa línea, su artículo 80 exige que en el acto de la constitución de la sociedad deberá quedar “suscrito el monto completo del capital social y todo socio deberá haber pagado por lo menos la cuarta parte de cada una de las cuotas que haya suscrito (...) dentro del término de un año a partir de la constitución de la sociedad”.

Y si bien, no cuenta son las sociedades anónimas simplificadas, solo capital mínimo para el caso de las empresas financieras, y aseguradoras. Para el caso de las primeras, que se constituyen como sociedades anónimas, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en su artículo 151 establece que “El capital de un banco privado no podrá ser menor de

cien millones de colones (¢ 100.000.000) (...). Respecto de las segundas, la Ley Reguladora del Mercado de Seguro, en su art. 11 indica que para las:

“El capital mínimo requerido será valorado en unidades de desarrollo de conformidad con la Ley N° 8507, de 28 de abril de 2006. Los requerimientos mínimos de capital son los siguientes:

- a) Entidades aseguradoras de seguros personales: tres millones de unidades de desarrollo (UD 3.000.000);
- b) Entidades aseguradoras de seguros generales: tres millones de unidades de desarrollo (UD 3.000.000);
- c) Entidades de seguros mixtas de seguros personales y generales: siete millones de unidades de desarrollo (UD 7.000.000);
- d) Entidades reaseguradoras: diez millones de unidades de desarrollo (UD 10.000.000)”.

Sin embargo, estas son solo sociedades bajo un régimen especial, y atienden a razones de bien común, pues los acreedores son millones de sujetos que directamente contratan un crédito y buscan el oportuno cumplimiento.

2.2.1.6.2. El capital social en la legislación nacional

A. Sociedades comerciales en general

El régimen económico del Perú es el de una económica social de mercado. Es por ello, que su Constitución Económica inicia con el artículo 58, estableciendo que “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Para luego, esbozar los principios que rigen este régimen económico constitucional como son la libertad de empresa, la libertad de contratación, la subsidiaridad, la protección al consumidor y su derecho informativo, etc.

La económica social se trata de un “sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad y el progreso sociales” (Müller, 1983, p.25). En esa misma línea, Olivos (2011) explica que:

La Economía Social de Mercado es un modelo que surge como un intermedio entre el liberalismo económico y la economía dirigida. Es decir, entre los liberales, que

sostenían que la economía sería exitosa en la medida en que el Estado tenga una participación eficiente y fuerte pero reducida a temas que se enfoquen en desarrollar las actividades de actores privados con libertad. (p.7)

El Tribunal Constitucional Peruano, también se ha pronunciado y mediante Sentencia del EXP N° 018-2003-AI/TC, de fecha 26 de abril de 2004, expone sobre este sistema económico, en su tercer y sexto fundamento, que:

Esta noción se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa para participar en la actividad económica y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general. (...) El objetivo último no es el siempre libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.

Entonces, lo que busca este sistema jurídico-económico es la plena libertad para que los privados ingresen al mercado. De tal forma que, con respecto al capital social, que es menester de esta investigación, el ordenamiento jurídico peruano no ha interpuesto un monto mínimo como requisito para la constitución de sociedades en general. En ese sentido, las sociedades reguladas en Ley General de Sociedades, Ley N° 26687, no necesitan un capital mínimo para constituirse.

Cabe explicar que, una cuestión es capital mínimo y otra, muy distinta, el capital social. La legislación nacional referente a sociedades exige el capital, más no, una cifra mínima de capital. Ello, basado en el principio de libre iniciativa privada, la libertad de empresa perteneciente a una economía de mercado.

Siguiendo con ese orden de ideas, el artículo 22 de la mencionada ley referente a las aportaciones, impone que “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital”. Sin embargo, no existe un artículo que defina el capital social o lo trate de forma particular.

El panorama cambia respecto a la regulación de la sociedad anónima. Pues en estricto, al desarrollar este tipo social se refiere al capital. Así, su artículo 51 establece que: “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”. Seguidamente, el artículo 52 menciona que “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 del capital que se acuerden”. Esto se aplica para todos los tipos de las sociedades anónimas, sin que se imponga un capital mínimo.

Respecto al de la sociedad de responsabilidad limitada el artículo 285 establece que: “El capital social está integrado por las aportaciones de los socios. Al constituirse la sociedad, el capital debe estar pagado en no menos del veinticinco por ciento de cada participación, y depositado en entidad bancaria o financiera del sistema financiero nacional a nombre de la sociedad”. Debe quedar claro que, si bien se exige la presencia y permanencia del capital social, no se exige tal como se está comprobando un capital mínimo.

Sin embargo, existen más sociedades reguladas por normas especiales. Ello en concordancia con el artículo 2 de la LGS que establece: “toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley”. Estas tienen como característica común que son sociedades anónimas y que tiene un capital social mínimo fijado.

B. Sociedades anónimas especiales

a. Sociedades financieras

Las sociedades que se dedican a actividades financieras se regulan por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702.

Según su artículo 12 “las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquellas cuya naturaleza no lo permita”. Entonces, son sociedades anónimas bajo la modalidad especial del rubro financiero. De ese modo, su artículo 16 referente al capital mínimo, establece que determinadas empresas, al igual que sus subsidiarias, deben otorgar un capital mínimo para su funcionamiento, el mismo que debe ser aportado en efectivo

Tipo	Subtipo	Capital mínimo
Empresas operadoras múltiples	Empresa bancaria	S/ 14 914 000,00
	Empresa Financiera	S/ 7 500 000,00
	Caja Municipal de Ahorro y Crédito	S/ 678 000,00
	Caja Municipal de Crédito Popular	S/ 4 000 000,00
	Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa – EDPYME	S/ 678 000,00
	Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público	S/ 678 000,00
	Caja Rural de Ahorro y Crédito	S/ 678 000,00
Empresas especializadas	Empresas de Capitalización Inmobiliaria	S/ 7 500 000,00
	Empresas de Arrendamiento Financiero	S/ 2 440 000,00
	Empresas de Factoring	S/ 1 356 000,00
	Empresa Afianzadora y de Garantía	S/ 1 356 000,00
	Empresas de Servicios Fiduciarios	S/ 1 356 000,00
	Empresas Administradoras Hipotecarias	S/ 3 400 000,00
Bancos de Inversión		S/ 14 914 000,00
Empresas de Seguros	Empresa que opera en un solo ramo (de riesgos generales o de vida)	S/ 2 712 000,00
	Empresa que opera en ambos ramos (de riesgos	S/ 3 728 000,00

	generales y de vida)	
	Empresa de Seguros y de Reaseguros	S/ 9 491 000,00
	Empresa de Reaseguros	S/ 5 763 000,00

Tabla 3: Empresas financieras y su capital mínimo reguladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Fuente: Elaboración propia)

Empresas financieras y su capital mínimo reguladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (*Fuente: Elaboración propia*)

Asimismo, el artículo 17 de la ley citada, prescribe que el establecimiento de las empresas de servicios complementarios y conexos, necesitaran que capital tenga una determinada cantidad mínima.

TIPO	CAPITAL MÍNIMO
Almacén General de Depósito	S/ 2 440 000,00
Empresa de Transporte, Custodia y Administración de Numerario	S/ 10 000 000,00
Empresa Emisora de Tarjetas de Crédito y/o de Débito	S/ 678 000,00
Empresa de Servicios de Canje	S/ 678 000,00
Empresa de Transferencia de Fondos	S/ 678 000,00

Tabla 4: Establecimiento de empresas de servicios complementarios y conexos y su capital mínimo reguladas en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Fuente: Elaboración propia)

La regulación de un capital mínimo se estableció a partir de las recomendaciones Basilea I y Basilea II otorgadas por la Convención de Basilea. Explica la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2019) que “brinda un conjunto de principios y recomendaciones del Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria y tiene como objetivo propiciar la convergencia regulatoria hacia estándares más avanzados sobre medición y gestión de los principales riesgos en la industria bancaria”. Es por ello que, siguiendo las recomendaciones emitidas, la legislación bancaria y financiera establece tales montos mínimos.

Asimismo, Basilea II tiene como objetivos, según Ferruz, SanJúan y Muñoz (2015), el conceder una mayor sensibilidad al riesgo a las exigencias de capital requeridas a las entidades de crédito; ante el incremento en la complejidad del negocio bancario, persigue disponer de diferentes metodologías y sistemas de medición para determinar el capital regulatorio por riesgo de crédito y por riesgo operativo que mejor se adecuen a la situación de cada entidad de crédito en concreto; y, finalmente, el fomentar las mejores prácticas de los bancos en cuanto a las técnicas que desarrollen para gestionar los riesgos que asumen mediante unas menores exigencias de capital. Pues, ha de suponerse que el interés para que la empresa financiera mache bien, es plural y social, respecto de todos los usuarios con los que pueda contar.

b. Sociedades anónimas abiertas de Clubes Deportivos de Fútbol Profesional

Una de las sociedades anónimas a las que se les exige un capital mínimo son las que se presentan como Clubes Deportivos de Fútbol Profesional. Esto se revela en el artículo 7 de la Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación y participación de los Clubes Deportivos de fútbol profesional en Sociedades Anónimas Abiertas, que prescribe que “el capital mínimo de constitución y funcionamiento de los clubes deportivos de fútbol profesional como sociedades anónimas abiertas es el equivalente a doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”. Además, tiene como objeto, según el artículo 1 el regular “la naturaleza de los clubes deportivos de fútbol profesional a fin de promover su gestión en términos de transparencia y eficiencia, para hacer más competitiva y de alto rendimiento esta disciplina deportiva”.

Estos clubes deportivos, en la realidad peruana, anteriormente actuaban mediante la personalidad jurídica de asociaciones deportivas, pero a medida que ha transcurrido el tiempo, la normativa citada busca perfeccionarlas mediante su transformación o creación a sociedades anónimas abiertas. Asimismo, este tipo de sociedades, en las que existe el establecimiento de un capital mínimo, no busca garantizar acreencias sino otorgar una mayor rango o nivel a tales clubes deportivos. Lamentablemente, su imposición no cuenta con un rasgo social y tampoco con la finalidad de prevención de riesgos.

c. Sociedades agentes de intermediación

Estas sociedades pertenecen al mundo bursátil, es decir, que tienen existencia en el mercado de valores. Son reguladas, por lo tanto, por la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861, y se les exige al igual que las anteriores, constituirse como sociedades anónimas.

Siguiendo en esa línea, su artículo 167, establece que “son agentes de intermediación las sociedades anónimas que, como sociedades agentes o sociedades intermediarias, se dedican a la intermediación de valores en el mercado”. Entonces, estas pueden ser sociedades agentes y sociedades intermediarias.

Sobre las sociedades agente, el artículo 185, del cuerpo normativo mencionado, dispone que “es la sociedad anónima que, debidamente autorizada, se dedica fundamentalmente a realizar la intermediación de valores en uno o más mecanismos centralizados que operen en las Bolsas”. Asimismo, en su artículo 189, indica que:

El capital mínimo requerido para las sociedades agentes es de un millón de nuevos soles (S/. 1 000 000,00), íntegramente aportado y pagado en efectivo. Dicho capital debe estar totalmente pagado desde el momento de iniciar sus operaciones. Asimismo, el patrimonio neto de las sociedades agentes no puede ser inferior al capital mínimo. El déficit de patrimonio en que se incurra será cubierto dentro de los treinta (30) días siguientes de su constatación por parte de CONASEV.

En referencia a las sociedades intermediadoras de valores, el artículo 204 desarrolla que “es la sociedad anónima debidamente autorizada que se dedica fundamentalmente a realizar la intermediación de valores no inscritos en bolsa”. Seguidamente el artículo 205 establece que:

El capital mínimo con el que debe contar una sociedad intermediaria es de seiscientos setenta mil nuevos soles (S/. 670 000,00), íntegramente aportado y pagado en efectivo. Dicho capital debe estar totalmente pagado desde el momento de iniciar sus operaciones. (*) El patrimonio neto de la sociedad intermediaria no puede ser inferior a su capital mínimo. El déficit de patrimonio en que se incurra será cubierto dentro de los treinta (30) días siguientes de su constatación por parte de CONASEV.

Y es que efectivamente, este tipo de sociedades son de obligatoria contratación para participar en el mercado de valores, se debe actuar a través de ellas. Así lo estipula el artículo 50 de la Ley mencionada: “En las ofertas públicas de valores es obligatoria la intervención de un agente de intermediación, salvo en los casos contemplados en los artículos 63 y 127 y en la colocación primaria de certificados de participación de los fondos mutuos y los fondos de inversión”. Entonces, al ser quien actúan en interés ajeno, el ordenamiento jurídico ha previsto proveerlas de un capital social capaz de responder ante terceros acreedores y que permitan se desenvuelvan de forma segura en tal entorno bursátil.

d. Sociedades intermediadoras laborales

Las sociedades de intermediación laboral son acogidas por la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley N° 27626, la misma que tiene como objetivo, según su artículo 1 “regular la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, así como cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores”. Entonces, la regulación se esbozará líneas abajo sigue esta directriz.

En este caso, no se exige plenamente que sean constituidas como sociedades anónimas. En consecuencia, el artículo 2 refiere que “la intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo con la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral”. Por lo tanto, serán sociedades o cooperativas.

Otro punto importante respecto de ellas es que deben cumplir con su registro en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Según el artículo 10 de la Ley N° 27626, menciona que:

Se consideran empresas y entidades obligadas a inscribirse en el Registro a:

1. Las empresas especiales de servicios, sean éstas de servicios temporales, complementarios o especializados;
2. Las cooperativas de trabajadores, sean éstas de trabajo temporal o de trabajo y fomento del empleo; y,
3. Otras señaladas por norma posterior, con sujeción a la presente Ley.

En lo que respecta al capital social, el artículo 14 de la Ley mencionada prescribe que:

Las empresas de servicios a las cuales se refiere el Artículo 10 de la presente Ley deberán acreditar un capital social suscrito y pagado no menor al valor de cuarenta y cinco (45) Unidades Impositivas Tributarias, o su equivalente en certificados de aportación, al momento de su constitución y, en los casos que corresponda, copia de la resolución de autorización o de registro del sector competente.

En ese sentido, el ordenamiento jurídico peruano ha regulado para este tipo de sociedades dedicadas a actividades laborales un capital mínimo necesario para su constitución. Ello, claramente con el fin de proteger a los trabajadores, quienes por la naturaleza de la relación laboral se encuentran en un estado de subordinación y vulnerabilidad. Pues, no se debe olvidar, que son estas sociedades o cooperativas que, teniendo calidad de empleadores directos, se sirven de miles seres humanos para llevar a cabo sus actividades, las mismas que no pueden ver sus intereses, en especial los laborales que tiene un contenido constitucional, avasallados.

Tal como se ha desarrollado, se puede concluir que el ordenamiento jurídico peruano tiene como regla general la no imposición de un capital mínimo social para la constitución de las sociedades de capital, ni para las demás en general. Sin embargo, para determinadas sociedades bajo regímenes especiales, sumado a los intereses mayoritarios de terceros que se intentan proteger, sí impone un monto mínimo del capital social.

A pesar de ello, se debe hacer la aclaración que la imposición de capital mínimo social no asegura el éxito de una iniciativa empresarial, sin embargo, siendo objetivos, muchas veces puede proteger intereses de los acreedores sociales y acabar con la creación de falsas sociedades mercantiles.

Se culmina el presente capítulo, con la siguiente interrogante: A caso, ¿no son miles los acreedores de las sociedades de capital, en especial, quienes se encuentran en desprotección, por capitales irrisorios establecidos por la voluntad privada? O en mérito, a la libre iniciativa privada, ¿la imposición de un capital mínimo sería vulneratorio?

2.3. CAPÍTULO III: El mecanismo legal de capital mínimo y la infracapitalización en relación con el derecho de libertad de empresa

Según lo analizado, el capital social es el fundamento para la realización de las actividades de la empresa, garantía para los terceros acreedores, y organizador de los derechos de los miembros de la sociedad, en relación con sus funciones. Asimismo, se tomará en consideración que debe ser real y proporcional a las actividades de la sociedad.

Debido a la importancia que concentra la institución del capital social, amerita arribar uno de los fenómenos problemáticos que se relaciona con este, como es la infracapitalización de las sociedades de capital, es decir, la insuficiencia de éste, sus efectos y su materialización en la realidad peruana.

Vinculado a ello, se desarrollará la libertad de empresa en el marco de la Economía Social de Mercado, su contenido y límites, con el fin de plantear la libertad de acceso al mercado, punto en el que se estudiará el mecanismo legal de fijación de capital mínimo, en relación con el mercado peruano y la proporción de la capacidad de sus empresarios. De esta forma, se analizará la conveniencia de establecer, mediante ley, el requisito de contar con un capital mínimamente para llevar a cabo la empresa.

2.3.1. La libertad de empresa en el Régimen Constitucional Económico del Perú

2.3.1.1. Noción del derecho fundamental de libertad de empresa

El derecho constitucional de libertad de empresa en el Perú se desarrolla en un determinado contexto: en una economía social de mercado y según los lineamientos de la Constitución Económica que ostenta su ordenamiento jurídico. Por ello, resulta necesario abordarlo para entender los alcances de este derecho fundamental.

La Constitución Política de 1993, norma suprema del ordenamiento jurídico peruano, contiene una sección dirigida a regular los parámetros mínimos y fundamentales por los que debe guiarse la actividad económica de la nación. Es debido, a la importancia que mantiene tal sección, que la doctrina y la jurisprudencia la ha denominado “Constitución Económica del Perú”. Sobre ello, Gutiérrez (2015) reflexiona que:

En la actualidad el hombre moderno no puede vivir desligado del mercado, sus principales necesidades las satisface mediante transacciones económicas, incluso, en cierta medida, su autorrealización puede verse comprometida por relaciones del mercado (educación, salud, información, formación profesional); por ello, la Constitución, no podía permanecer omisa a regular las relaciones y derechos económicos, derechos que se encuentran más cerca de las personas y que en la práctica son los que definen si realmente vivimos o no en un verdadero Estado de Derecho. (p. 287)

Asimismo, la Constitución Económica es entendida por García, un constitucionalista español, citado por Gutiérrez (2015) en el siguiente sentido:

Las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados y pueden ser enunciación de principios y valores orientadores de la acción o pueden tener formulación y garantía más rigurosa. (p. 31)

Esta sección constitucional económica se encuentra ubicada estructuralmente en la norma magna en el Título III de la norma magna, denominado “Régimen Económico”; iniciando su capítulo primero, “Principios Generales” con el artículo 58 que establece lo siguiente: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

En ese orden de ideas, el citado artículo propone el modelo del régimen económico que protagonizará, o, mejor dicho, las reglas del juego que guiarán la economía en un cierto territorio. Este es el de una economía social de mercado. En principio, puede ser comprendido como un sistema de reglas que se mantiene un carácter intermedio: entre una economía intervencionista, en el que Estado cumple un papel protector de tal forma que limita a los administrados en el mercado; y una de corte totalmente liberal, en el que los más débiles son los más afectados. En ese sentido, Olivos (2011) indica que:

La economía social de mercado es un modelo que surge como un intermedio entre el liberalismo económico y la economía dirigida. Es decir, entre los liberales, que sostenían que la economía sería exitosa en la medida en que el Estado tenga una participación eficiente y fuerte pero reducida a temas que se enfoquen en desarrollar las actividades de actores privados con libertad; y los socialistas, quienes enfocaban al Estado como el actor central y protagonista. (p. 7)

Sobre este modelo económico, según Alfred Müller-Armack, citado por Álvarez (2014), propone que es “aquel modelo en el que la economía funciona de acuerdo con las reglas del mercado, pero complementada con garantías sociales” (p.262). De la misma forma, Gutiérrez (2015) señala que:

Parte de dos convicciones: por un lado, la creencia de que el mercado es el mejor el desarrollo y funcionamiento de la economía; la segunda, referida a que, si bien el mercado puede ordenar la economía, no crea necesariamente justicia (...). En resumen, mercado eficiente y sociedad justa es lo que persigue una economía social de mercado. (pp. 295-296)

Entendido de esa forma, para lograr el propósito que presenta este modelo económico, como lo es el equilibrio entre el interés privado de los agentes económicos para el libre desarrollo de sus actividades y el interés común de la sociedad, necesita de la presencia del Estado, pero hasta un determinado límite y de forma restringida. En ese sentido, Gallegos, citado por Olivos (2011) indica que “es función del Estado compatibilizar el interés privado con el interés social; que tenga a la justicia como valor rector, en equilibrio dinámico con la libertad, fundamentando en ambos la construcción de una sociedad con mayores niveles de equidad” (pp.12-13).

Lo dicho, es comprendido, aún más, cuando se hace mención a las imperfecciones del mercado, tales como la desigualdad y desequilibrio social, pues los menos beneficiados suelen ser los más perjudicados; y negarlo, sería una ficción. Sobre lo expuesto, Landa (2005) explica que:

Adquieren especial relevancia las libertades y derechos económicos y el rol del Estado, habida cuenta que el mercado no puede resolver, por sí solo, ciertos problemas que aquejan a la sociedad producto de la economía, como son los conflictos sociales que surgen ante la ausencia de mecanismos que permitan una eficiente distribución y redistribución de la riqueza. (p.54)

Respecto, a lo mencionado, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional, en el fundamento dieciséis de la sentencia del Expediente 0008-2003-AI/TC, explica que “dado el carácter social del modelo económico establecido en la Constitución, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que, en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos”. Entonces, la actuación del Estado a pesar de

ser necesaria no puede ser exagerada y tampoco pasiva, sino, en todo caso, moderada, prudente y restringida.

Todo lo expuesto, adquiere razón de ser cuando tal sección constitucional se relaciona con el primer artículo de la Constitución Política que indica que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Y es que, efectivamente, este modelo económico propone no solo el desenvolvimiento del mercado, sino la presencia de un carácter justo y seguro en base al respeto de la dignidad de la persona. Pues, ha de quedar claro que “la premisa principal sobre la que reposa tanto la economía como el mercado debe ser la de subordinar los intereses y fines del Estado al hombre” (Álvarez, 2014, p.26).

Es congruente, por tanto, comprender que “la economía y el Estado existen en orden al hombre, por lo que, las instituciones estatales y económicas, no solo habrán de ser expresión del poder, sino que deberán responder siempre a la dignidad del hombre” (Kresalja y Ochoa, 2012, p.25). Para complementar la dicho, Landa (2007), ciertamente reflexiona que “la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad” (p.51). Entonces, no se debe perder de vista que en todo momento el derecho es por y para el hombre, pues en él, o, mejor dicho, en su dignidad, otorgada por su propia naturaleza, encuentra su razón y modo de existencia.

En base a lo expuesto *supra*, la economía social de mercado se plasma como el régimen que delinea la Constitución Económica del Perú, el mismo que debe ser entendido como el conjunto de reglas, con nivel constitucional, aplicables al desarrollo de la economía en país en manos de los privados y del Estado desde una intervención moderada. Ella contiene distintos derechos y principios que regirán como base para la participación de los agentes en la economía y, claramente, del Estado. Entre ellos, se ubica la libertad de empresa.

Sobre el derecho fundamental de libertad de empresa, el artículo 59 de la Constitución Económica del Perú establece que:

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo, ni a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de

superación a los sectores que sufren desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Entonces, desde ya el lector ha de percibir el carácter fundamental de este en el ámbito económico, pues implica un carácter inexcusable del hombre, como lo es la libertad, la que se refleja en la capacidad de elegir o, mejor dicho, de decidir. Sobre ello, Guzmán (2014) sostiene que:

Las libertades empresariales, y en especial, la libertad de empresa, en tanto son derechos constitucionales, resultan ser fundamentales en una economía de mercado. Un sistema económico en el cual se limite indebidamente las mismas no es una economía de mercado sino una economía intervenida. La libertad de empresa es el mecanismo a través del cual el ser humano hace efectivo el deseo de procurar satisfacer necesidades de los demás a través de la actividad empresarial y con un legítimo afán de lucro. (p.377)

La libertad en relación con la empresa suele tomar distintos significados, y tales, dependerán de cómo es considerada esta última: en una organización o en la creación de una persona jurídica. En ese sentido, Chanamé (2013) propone que el derecho a la libertad de empresa es “la discrecionalidad de la persona jurídica, nacional o extranjera, para, conforme a ley, poder desplegar su iniciativa, inventiva, potencialidad, inversión y/o productividad” (p.58). Entiende, por tanto, que es la libertad para constituir o configurar personas jurídicas.

Por su parte, Landa (2005) explica que:

Es un derecho que se sustenta en el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en la vida económica del país. Pero la libertad de empresa no es un concepto autónomo de los demás derechos fundamentales en la medida que sintetiza todas aquellas actividades económicas en las que, en combinación con el capital, la tecnología y el trabajo, una persona decide, libremente, producir bienes y/o servicios para el mercado. (p.59)

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la definición de este derecho, sosteniendo en la Sentencia del 11 de Julio del 2005, Expediente N° 3330-2004-AA/TC que “esta libertad se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”. Asimismo, en el fundamento 53 de la Sentencia del Expediente N° 1535-2006-AA/TC, menciona que es “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”. Es decir, que considera

a la empresa como organización de elementos; tanto, desde una decisión personal con su titular, para su satisfacción personal, como, una decisión para satisfacer el interés de terceros.

Por ello, debe ser entendida como la capacidad decisiva del hombre de organizar elementos materiales y personales en el ámbito económico, con el fin de buscar un beneficio, consagrándose, en la mayoría de las veces, en la creación de personas jurídicas conforme a Ley. Entonces, no, necesariamente, existirá empresa si es que no se llegase a realizar la constitución de una persona jurídica, la misma que puede realizarse hasta de forma anterior. En consecuencia, la libertad de empresa puede reflejarse en el momento en que un empresario, persona natural o jurídica, se organiza para obtener un beneficio.

El artículo 58 enunciado *supra* establece en su última parte que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. Lo referido se entiende por el carácter social del régimen económico que ostenta el ordenamiento jurídico peruano, pero también desde los ámbitos de tal derecho constitucional: subjetivo y objetivo. Y es que, Kresalja y Ochoa (2012) explican que:

No solo se debe reconocer a los derechos fundamentales una dimensión subjetiva, es decir, un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular; sino además reconocer una dimensión objetiva, que es la obligación de Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (...). En efecto no existe sin una regulación pro mercado, entendida como aquella destinada a generar riqueza y a distribuirla de manera equilibrada, a eliminar externalidades y a servir al consumidor. (pp. 119 – 120)

Por otro lado, la libertad de empresa logra bienestar, no solo a nivel personal de su titular, sino, también a nivel social. Sobre ello, Kresalja y Ochoa (2012) explican que el derecho de libertad de empresa se sustenta en la defensa de la competencia económica para la mejora del nivel de vida de las personas. Siguiendo con la idea propuesta, Guzmán (2014) sostiene que:

El hecho de que a mayores cuotas de libertad de empresa corresponde mayor nivel de satisfacción y una mayor prosperidad del ser humano es algo más que demostrado por la realidad desde que los primeros teóricos liberales observaran dicha circunstancia (...). Además de aumentar los niveles de riqueza, la libertad de empresa lleva implícita un avance notable de la ciencia y la técnica. (p.378)

El derecho de libertad de empresa no solo se reduce a la creación o iniciación de una organización, sino que tiene un contenido reflejado en distintas libertades, tales como: decidir

el modo de organizarse, y hasta la elección de salir del mercado. Todas ellas dentro de determinados límites en el marco de la Constitución Económica del Perú, es decir, de las reglas del juego propuestas. Estos temas serán desarrollados en los siguientes puntos del presente acápite.

2.3.1.2. Contenido del derecho fundamental de libertad de empresa: la libertad de acceso al mercado

Para un mayor alcance y comprensión del derecho de libertad de empresa es menester analizar su contenido, es decir, por lo que está compuesto. Al respecto, Gutiérrez (2015) señala que este derecho fundamental “está compuesto por un conjunto de facultades que le dan entidad jurídica y que hacen realidad ese haz de libertad de implica emprender o acometer un negocio o una empresa” (p.315). Por su parte, Kresalja y Ochoa (2012) sostienen que “para determinar el contenido esencial de la libre empresa, debemos preguntarnos cuales son las facultades concretas, propias del empresario, que constituyen su núcleo indestructible” (p.121). De esta forma, Viera (2010), citando a Prieto, señala que el contenido esencial consiste un núcleo resistente que necesita ser protegido al margen de cualquier negociación” (p.204). Entonces, el sistema jurídico no podrá desdeñar este núcleo del derecho fundamental y amerita total respeto.

En esa línea, el contenido de la libertad de empresa se referirá a todo lo que el titular de este derecho tiene facultad de hacer en torno a la empresa. Otro punto para tomar en cuenta, es que como se parte de la libertad, tales facultades serán, en su misma materia, otras libertades que la compongan. Sobre ello Guzmán (2015) indica que este derecho fundamental está compuesto por tres libertades: la de acceso, que abarca la creación de organizaciones empresariales, como la adquisición de las ya existentes; la de configuración interna de la empresa, referida a la elección de composición de sus órganos, denominación o ubicación; y la de dirección, en relación con la producción, inversión, política comercial, precios y contratación.

De igual modo, Kresalja y Ochoa (2012) señala que los aspectos esenciales que pertenecen a la libertad de empresa son: la libertad de creación y acceso al mercado, de organización, de competencia, y para cesar las actividades. Indicando, no solo un contenido positivo sino también negativo. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 11 de julio del 2005 del Expediente N° 3330-2004-AA/TC, menciona que “el contenido de la

libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho”. Es decir, que estas libertades no solo constituirán lo que el empresario puede hacer, sino, lo que será pasible de protección por el Estado.

Asimismo, Gutiérrez (2015) propone varias libertades que la componen como: la de creación de empresa, de inversión, de acceso al mercado, de organización, la libertad de gestión, de transferencia de empresa y de cierre (p.372). En cierto modo, no existe un contenido uniforme para la doctrina, y ello es entendible, en cuanto, se considera que el derecho de libertad de empresa es muy amplio.

Resulta, de gran importancia, entonces, identificar el contenido esencial, el mismo que consiste, según explica el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 11/81 de fecha 8 de abril del 1981, fundamento décimo, en:

Aquella parte del contenido de un derecho sin el cual se pierde su peculiaridad, o, mejor dicho, de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia se otorga.

Consecuentemente, de todas las libertades mencionadas, se deben elegir las imprescindibles, de las que dependa el reconocimiento del derecho de libertad de empresa. Al respecto Gutiérrez (2015), identificando su contenido esencial, indica que:

La libertad de empresa supone un conjunto de derechos que la perfilan y le dan contenido; sin embargo, desde nuestro punto de vista, su núcleo está conformado por las facultades de creación, acceso al mercado y gestión de empresa; así la esencia de este derecho se encuentra en estas tres libertades, porque sin ellas, no solo se desdibuja, sino que se vacía su contenido. (p. 320)

Es menester de esta investigación, desarrollar con mayor alcance la libertad de acceso al mercado, pues es ahí donde apunta el posterior análisis. El Tribunal Constitucional en Expediente N° 3330-2004-AA/TC, fundamento dieciséis, propone que:

Aparece como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas. La creación de empresas no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se reconozca lo que razonablemente sea necesario.

Sobre lo dicho, Ariño (2004) explica que:

En orden lógico, el primer aspecto de la libertad de empresa es justamente la libertad de emprender actividades económicas, en el sentido de la libre fundación de empresa y de libre acceso al mercado de bienes y servicios. Ello comprende la creación de empresas *ex novo* o la adquisición de las existentes. (p. 297)

De igual forma, Kresalja y Ochoa (2012) entienden que la libertad de empresa y acceso al mercado consiste en:

Emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia en el mercado. Por esta libertad de creación debe entenderse tanto la creación propiamente dicha, como la adquisición del poder de decisión en una empresa. (p.121)

Esta se predica del empresario quien es su titular. Este no necesariamente es un sujeto privado, sino que puede ser el propio Estado, es decir, que pueden haber empresas de las, este último es titular, limitando su actuación al principio de subsidiaridad, cediendo el pase a los privados. Ello, está respaldado por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú que indica que:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Esta libertad de acceso al mercado no solo es una facultad del empresario, sino que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico, las autoridades y el Estado. En ese sentido, no debe presentar limitaciones que no mantengan algún tipo de fundamento. Pues tal como lo menciona Gutiérrez (2015):

Uno de los principales derechos que se le reconoce al empresario es la posibilidad de ingresar libremente a él, para lo cual, el Estado debe abstenerse de poner límites que obstruyan dicho acceso, y de la misma forma, sancionar a otros empresarios que limiten o pretendan limitar la entrada de competidores al mercado. (p.216)

Sin embargo, si tales restricciones proponen un fundamento en favor de interés general y acorde a la realidad del mercado, entendiendo sus repercusiones no existiría la violación de este contenido del derecho. Lo mencionado último, podrá ser mejor comprendido con el siguiente acápite.

2.3.1.3. Límites al derecho de libertad de empresa

Como todo derecho, la libertad de empresa revelada en su contenido también tiene un límite. Sobre ello Hervada (2005) explica que “por la medida del derecho entendemos, pues, un conjunto de aspecto del derecho, que corresponden al qué, cómo, cuándo y dónde debe darse para satisfacer el derecho e igualmente con relación al correcto uso y ejercicio del mismo” (p.51). Entonces, una vez entendido que abarca el derecho de libertad de empresa, amerita, desarrollar sus contornos, alcances o fronteras, es decir, sus límites.

Cabe recordar que en el artículo 58, en el que se encuentra regulado la libertad de empresa de la Constitución Política del Perú se prescribe que “(...) el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas”. Siendo así, estos tres límites expresados, son bastante amplios y generales, y pueden resumirse en el interés general. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, en Expediente N° 3330-2004-AA/TC menciona que la Carta Magna:

No está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley, claro está, que estos límites son enunciativos y no taxativos, pues la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana. (...) el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente.

Entonces, los límites que la norma suprema menciona no son únicos, pero suponen las garantías mínimas para que el derecho de libertad de empresa pueda desenvolverse correctamente, en orden y en comunión con los demás derechos. En ese sentido:

Conoce un sin número de restricciones que son impuestas por razones de convivencia social (...) pueden ser absolutas (exigiéndose total prohibición de actividad empresarial en determinado sector por razones de seguridad, salud, etc.) hasta prohibiciones relativas, cuyas manifestaciones más comunes se dan en la exigencia de determinadas condiciones subjetivas y objetivas (ostentar determinada profesión, licencias, capital mínimo, ocupar determinado lugar, idoneidad técnica, etc.). (Gutiérrez, 2015, p.322)

Estas limitaciones son impuestas por la administración pública, quien velará en estricto por estos tres límites claramente indicados por la noma magna. Al respecto, Kresalja y Ochoa (2012) explicando sobre límites extrínsecos indica que “son aquellos que pueden ser también reconocidos por el propio texto constitucional y sirven para apreciar el alcance de la libertad

de empresa (...) están conformados, en su mayor parte por cláusulas que habilitan la intervención de los poderes públicos” (p. 126). A estos se refiere la Constitución Política del Perú, quedando autorizada la intervención de la administración pública.

Tal como se ha mencionado, la libertad de acceso al mercado es la que para esta investigación tiene más interés. Esta encuentra límites específicos, y sobre ellos Ariño (2004) indica que estos son cuatro. El primero de ellos, son los monopolios fiscales y las reservas al sector público y las reservas al sector público de recursos o servicios esenciales. El segundo, es la iniciativa pública del Estado de hacer empresa, la misma que debe configurarse de forma transparente y sin privilegio alguno.

El tercero son las condiciones subjetivas de admisión derivadas de la naturaleza de la actividad económica que exige acreditar una cualificación profesional o una solvencia económica en defensa y protección del público y la confianza que depositan en estas empresas; siendo proporcionados, no arbitrarios y establecidos por Ley. El cuarto son los cupos o fijación de contingentes los mismos que se sustentan en la planificación estatal y se refiere a cuando el Estado restringe la proporción del ingreso de empresas a determinados sectores económicos. De esta forma, se ha de tomar mayor atención.

Cabe precisar, que aun cuando la libertad de empresa encuentre sus fronteras en la ley, es decir, en el ordenamiento jurídico esto debe estar sustentado en el interés general. Al respecto Viera (2010) opina que “aunque la intervención estatal no queda subordinada a la existencia de iniciativa privada, no quiere decir esto que cualquier intervención estatal es legítima” (p. 213). Sobre ello Ariño (2004) sostiene que:

Es necesario reconstruir el verdadero alcance de la libertad de empresa: este es un verdadero derecho subjetivo que puede ser limitado por ley cuando existe una razón fundada, de peso, basada en un interés general (no en el interés de algunos que prevalece sobre la libertad del empresario, pero no puede ser ignorado ni violado sin una justificación suficiente y nunca por norma administrativa. (p.315)

Según lo mencionado, si bien debe haber un límite, basado en la fundamentación, en gestión de la administración pública para que no exista vulneración al contenido esencial del derecho de libertad de empresa, es imposible que se elimine la intervención del Estado. Sobre ello Landa (2005) sostiene que:

Este derecho requiere de la Administración Pública un rol garante, tanto del libre acceso al mercado —promoviendo la eficiencia—, como de la conformidad de dicha actividad con los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas. Asimismo, la Administración tendrá como misión nivelar y restablecer las condiciones de igualdad jurídica en el mercado, para que todos gocen y ejerciten la libertad de empresa en el marco de la libre competencia. (p.59)

De este modo, la actuación de Estado debe ser razonable y fundamentada, sin caer en el intervencionismo, en el marco de la economía social de mercado, régimen fundante de nuestro ordenamiento jurídico. Sobre ello, la Carta Magna ha establecido en la última parte de art. 59 que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. Pues no pueden obviarse las imperfecciones del mercado y los críticos puntos de desigualdad que existen de forma natural. Y es que “el ejercicio de la libertad de empresa implica la exigencia de coordinar y compatibilizar los intereses particulares del empresario con los intereses públicos” (Gutiérrez, 2015, p.323). Esto, no puede perderse de vista, ya que, la empresa y el empresario no se desenvuelven aisladamente de la sociedad, sus circunstancias y variabilidad, por lo que, ha de existir una adecuada complementariedad y compenetración de intereses.

2.3.2. La infracapitalización de las sociedades de capital

2.3.2.1. Concepto

Uno de los fenómenos problemáticos de las sociedades de capital, al configurarse o desarrollarse, es la infracapitalización. Tal como se puede deducir, a primer análisis, de su prefijo infra - que significa inferior o debajo- consistiría en la existencia de un capital inferior al debido o al correspondiente.

Según Paz (1983), se trata de “cualquier desproporción conmensurable -o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social” (p.1588). Propone así, dos puntos importantes: el capital de responsabilidad fijado y el nivel de riesgo que comporta la realización de las actividades según el objeto social de la empresa. Se ha de prestar importancia a la característica de conmensurabilidad de la desproporción que plantea, la que alude a que debe constatarse o evidenciarse claramente de la contabilidad de empresa.

En esa línea, Bonilla (2001), citando a Ulmer, define tal fenómeno y razonando sobre él, explica que:

Ha estimado que la sociedad está infracapitalizada cuando el capital propio resulta insuficiente para atender a las necesidades financieras de la sociedad a mediano y largo plazo, y sin que la empresa esté en condiciones de acceder a la financiación externa para cubrir tales necesidades.

(...) El primer elemento conceptual a tener en cuenta alude a la cuestión de la insuficiencia de capital propio o de los recursos propios para cubrir en su totalidad las permanentes exigencias financieras de una sociedad en el desarrollo de su actividad empresarial. El segundo elemento conceptual que merece ser destacado es el referente a la capacidad de crédito de la sociedad en el mercado de crédito. (p.134)

Pues no sería adecuado hablar de infracapitalización, si existiese la posibilidad, temporalmente pronta y efectiva, de capitalizarse, mediante créditos otorgados por terceros. Y es que, es claro que en el mercado financiero la evaluación de una empresa infracapitalizada es impedimento para el acceso a créditos, ya que no tiene la capacidad propia de enfrentarlos. Por otro lado, este fenómeno puede aparecer en dos tiempos: desde su constitución, al no ser suficiente el capital para realizar su objeto social, o en el transcurso de su existencia. Sobre lo referido, Walde (2015) explica que:

Al constituirse las sociedades anónimas, la preocupación inicial es cumplir con los porcentajes mínimos de aporte que corresponden a los socios, pero una vez que la sociedad se ha constituido, al tratar de alcanzar sus objetivos, encuentra que su capital mínimo no es suficiente para tratar de satisfacer las exigencias de dinero que necesita el financiamiento de sus actividades, y por ello se incurre en infracapitalización. (p.1)

Entonces, este fenómeno podría ser detectado al iniciar la actividad económica, cuando el monto del capital social no es acorde con el objeto social establecido en el estatuto, o cuando, al realizar sus actividades, en mérito a una mala gestión o circunstancias del mercado, la empresa se quedó sin fondos para poder responder por sus deudas. Evidentemente, en el primer caso, existiría una especie de intención y voluntad de los miembros de la sociedad para aparecer en el mercado, ejerciendo su libertad de acceso al mercado, sin un capital suficiente a su objeto social; mientras que en el segundo, propone que a pesar de que se tuvo un capital debido, este no puede responder por las obligaciones que surgieron en el transcurso de su desenvolvimiento.

Y es que, efectivamente, si se considera que el capital social será el punto de partida para la realización de las actividades que giran en torno al objeto social establecido, y genera la causa por la que los socios cuentan con responsabilidad limitada, es importante que este sea real, adecuado y garantista. Al respecto, Escribano (1998) sostiene que:

La suficiencia del capital para el desarrollo del objeto social de la compañía no ha sido, según el parecer de la mayor parte de los intérpretes, una condición que éste ha de reunir para que se pueda ser concedida la responsabilidad limitada.
 (...) La generalización de las sociedades que no actúan con un capital adecuado a su objeto social resta eficacia a las normas tuitivas de los acreedores, que giran precisamente sobre la noción de capital social. (pp. 49-50)

En esa misma línea, Nissen (2001) citando a Ballantine, indica que:

Si una sociedad es constituida originalmente o interviene en el comercio con capitales tan reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean para atender a las deudas, no resulta equitativo que los accionistas puedan montar una estructura tan endeble que les permita eludir su responsabilidad individual. (p. 554)

Además, Castillo (2011), explicando el fenómeno en el derecho norteamericano, establece que:

Es relevante para ellos que, si un grupo de personas se asocia para desarrollar un objeto social estatutario al abrigo de la separación patrimonial y de responsabilidades, dote a la empresa de los recursos necesarios para tal logro, de lo contrario, sostienen que las cortes tenderán con mayor o menor probabilidad a desentender la misma personalidad jurídica diferenciada que por ficción le ha otorgado la propia ley, si como consecuencia de tal proceder se hace uso abusivo de ella. (p.20)

De esta forma, la infracapitalización es un fenómeno social relacionado con la insuficiencia o falta de capital. Sobre ello, Richard (2008), citando a Riacciati, establece que este fenómeno:

Aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituye el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social –a veces no aparece una pérdida del capital estatutario- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria. O la responsabilidad de los administradores sociales por no adoptar las medidas congruentes a la situación societaria, y frente a terceros por infringirles daño al contraer obligaciones con el conocimiento genético de no poder satisfacerlas. O la responsabilidad de los controlantes de derecho o de hecho por el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios, el control torpe o abusivo para actuar en fraude de terceros. Son caras de un mismo fenómeno que tienen distintas respuestas del sistema normativo o de la jurisprudencia ante los casos planteados. (p.3)

Sobre su revelación o reconocimiento, expresada por la diferencia evidente entre los recursos ajenos y los propios, Bonilla (2001) explica que:

La infracapitalización se podrá diagnosticar mediante el contraste o la comparación entre magnitudes contables que son englobadas respectivamente dentro de las rúbricas de los recursos propios y los recursos ajenos o de terceros, de modo que, siempre que exista una desproporción manifiesta entre las cifras totales que expresan las dos vías de financiación, existiría una situación de infracapitalización. (p.134)

Tal como ha sido explicada, este fenómeno mercantilista no solo genera que no se puedan realizar las actividades propuestas por los miembros de la sociedad, sino que, produce una desprotección hacia sus acreedores. Al respecto, Palladino (2015) explica que:

La existencia de sociedades con capitales exigüos y desproporcionados con el giro del empresario, conducen al triste espectáculo que presenciamos, con sociedades en quiebra, acreedores frustrados y socios o accionista que se hacen los desentendidos apelando al dogma de la limitación de responsabilidad, pretendiendo con ello que los reducidos desembolsos efectuados, quedan a cubierto con de todo riesgo. (p.160)

En ese sentido, el Estado debe procurar que este fenómeno societario no se configure mediante el establecimiento de algunas limitaciones de carácter legal, atendiendo al interés general, pero también, a la realidad del mercado. Y es que, no sería adecuado que se configure una organización empresarial que proponga limitar la responsabilidad de sus miembros en compensación de un proporcional e idóneo capital, si no existiese este.

2.3.2.2. Clasificación

2.3.2.2.1. Nominal

El fenómeno de la infracapitalización, desde una perspectiva doctrinaria, puede clasificarse en dos tipos: material o nominal.

Sobre ello, Goldenberg (2016) definiendo la situación propone, citando a Boretto, que es “o ausencia de un capital adecuado, sea en relación con el monto requerido para el desarrollo de las actividades económicas de la sociedad, o con la forma escogida para la dotación de recursos, privilegiando el financiamiento interno” (p.150). Entonces, el material, tendrá que ver con la ausencia de capital, en sí, y la nominal, con la forma en que se proporcionan los recursos.

Explicando la infracapitalización, en su tipo nominal, Escribano (1998) expone que:

Se produce cuando la sociedad cuenta con los medios financieros adecuados para el desarrollo de aquel, pero se trata de un conjunto de fondos tratado jurídicamente como créditos concedidos por los socios a la sociedad y al que, por ello, no se aplican las rígidas normas sobre el capital social. (p.54)

Asimismo, Castillo (2011) supone que “se refiere cuando la sociedad posee recursos razonables, pero a través de créditos concedidos por los propios socios” (p.19). Es decir, tendrá recursos, que no se respaldan en capital. En esa línea, proponiendo la revelación de estos créditos en aportes, Lorenzzi (2018) menciona que:

Existe infracapitalización nominal cuando los socios o accionistas aportan los recursos necesarios para el desarrollo de la actividad, pero no como aporte de capital sino a través de préstamos u otro tipo de créditos, por lo que se convierten en acreedores, aunque con ventaja respecto de los demás acreedores, debido al acceso a la información y la capacidad de incidencia en la sociedad. En este caso, ese desequilibrio se evitaría recalificando la operación de préstamo, otorgándole el riesgo propio de un aporte de capital. (p.56)

Siguiendo con lo expuesto, Palladino (2015), indica que “se verifica cuando los socios aportan recursos como pasivo de la sociedad, es decir, no integrando el capital social” (p.161). En pocas palabras, sí existen recursos, pero no en calidad de capital social. Por otro lado, Alfaro (2017) desarrolla que:

En la infracapitalización nominal, la sociedad dispone de fondos suficientes para llevar a cabo su objeto (capital de explotación), pero dichos fondos no se aportan como capital, sino que se prestan a la sociedad por los socios o por terceros por encargo de los socios y, de forma que si las cosas van mal y la sociedad quiebra, los socios pueden recuperar -como acreedores sociales- lo invertido de esta forma. Así, se produce un caso de infracapitalización nominal cuando una empresa constructora tiene un capital de 3000 euros y recibe el dinero necesario para construir las obras a través de préstamos de los socios.

La doctrina de la infracapitalización afirma que cuando los socios cubren mediante préstamos las necesidades de financiación de la sociedad que un ordenado empresario habría cubierto mediante aportaciones de capital (infracapitalización nominal), los préstamos hechos por los socios deben considerarse como capital social y, por tanto, los socios sólo podrán reclamarlos con el mismo rango que podrían reclamar la devolución de su aportación a capital, esto es, tras haber sido satisfechos los acreedores.

Ello se entiende, teniendo en cuenta que la preferencia del cobro en un procedimiento concursal está destinada a los acreedores por sobre los accionistas, quienes se encuentran en último lugar. Lo dicho se revela en el artículo 42 de la Ley General del Sistema Concursal,

donde se establece el orden de preferencia de créditos, y se revela la protección normativa a favor de los acreedores de la empresa.

Siguiendo con la idea, Sánchez (2011) expone que:

No consiste en una inadecuación de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad, sino en el hecho de que los socios los han suministrado a título de crédito y no como aportación al capital. (...)

Frente a esta situación se ha generalizado la idea de que los créditos que realizan una función sustitutiva del capital han de quedar sometidos a un régimen específico que se concreta en la postergación legal de los mismos. (p.368)

En ese sentido, la Ley General del Sistema Concursal prevé esta simulación de aporte en crédito, estableciendo supuestos en su artículo 42 que suponen declaración de vinculación entre acreedor y deudor, considerando que tales “acreedores” tenían información la empresa concursada o influencia en su financiación. De esta forma, el ordenamiento jurídico sí combate la infracapitalización nominal de forma *a posteriori*.

2.3.2.2.2. Material

La infracapitalización material se refiere a una “desproporción o un desequilibrio entre dos magnitudes: la cifra de capital fijada estatutariamente –en realidad, los recursos propios de la sociedad” (Sánchez, 2011, p.364). Asimismo, Lorenzi (2018) explica que:

Se da cuando los recursos propios aportados por los socios o accionistas, o mantenidos por éstos en la sociedad, son ostensiblemente insuficientes para el desarrollo de la actividad que estos se proponen realizar.

La causa puede ser por ejemplo un cambio en las condiciones de mercado o en la actividad de la propia sociedad que produce un desequilibrio y desplazamiento del riesgo del negocio a los acreedores lo que se recompondría a través de la imputación de responsabilidades, tanto a los socios como a los administradores.

Por otro lado, Paz (1983) explica que “la falta de recursos por parte de los socios se manifiesta tanto en el capital propio como en los préstamos concedidos a la sociedad” (p.51). Sobre lo explicado, Alfaro (2017) añade que “en el caso de infracapitalización material, los socios deben responder con todo su patrimonio de las deudas sociales porque, al no dotar a la sociedad de un capital suficiente, han “abusado” del privilegio de la responsabilidad limitada”.

En ese sentido, Castillo (2011) afirma que “viene definida cuando la sociedad no tiene capital ni créditos suficientes para afrontar el riesgo empresarial derivado de su objeto social, y, por ende, para afrontar sus responsabilidades” (p.19). Además, Palladino (2015) expresa que “tiene lugar cuando los recursos aportados son insuficientes para el desarrollo del objeto social” (p.161). Es así, que este tipo de infracapitalización puede verificarse al inicio de la constitución de la sociedad de capital o en el transcurso.

En este modo, se puede evidenciar que no podrían darse simultáneamente en una empresa estos tipos de infracapitalización, ya que, la material, supone que no existen recursos, ni en los aportes o en los créditos; y la nominal, supone que sí hay aportes, pero en forma de crédito.

Además, Bonilla (2001) evalúa su similitud y diferencias indicando que:

Ambas modalidades de infracapitalización resultan coincidentes en plantear en el orden económico situaciones donde el monto de los recursos propios resulta insuficiente para atender a las necesidades de financiación de la sociedad.

(...) La distinción reviste verdadera utilidad debido a la natural diversidad en la peligrosidad de las situaciones: en el caso de la subcapitalización material, el riesgo de insolvencia es actual, por cuanto el patrimonio ya es insuficiente, en tanto solo sería potencial en caso de infracapitalización nominal, debido a si bien el patrimonio es actualmente suficiente, puede convertirse fácilmente inocuo, si los socios, por no estar sujetos al principio de intangibilidad del capital, deciden distribuir las reservas, o devolver los préstamos recibidos, respecto a los cuales, en caso de insolvencia, sus titulares podrían concurrir en el mismo grado con los otros acreedores.

(...) ambas modalidades de infracapitalización son mutables. De este modo una situación de infracapitalización material podrá convertirse en nominal de aportarse como capital de crédito los fondos requeridos, o bien, también resulta plantear la hipótesis contraria, es decir, transformar la infracapitalización nominal en una situación de infracapitalización material, como sucederá cuando, incluso, sin haberse retirado los fondos aportados en concepto de capital de crédito la sociedad no dispone de recursos suficientes para cubrir las necesidades de financiación. (p.55)

En los dos casos, la protección al acreedor queda a un lado para dar pase a una inseguridad jurídica y el abuso de la responsabilidad limitada otorgada por la personificación de las sociedades de capital.

2.3.2.3. Propuestas de solución

2.3.2.3.1. Bajo la autonomía de libertad

No es menester de la presente investigación abordar todas las alternativas de solución y señalar la más idónea o eficiente, pues hasta la actualidad no existe aquella que otorgue solución integral al fenómeno de la infracapitalización. La doctrina, señala determinadas propuestas de solución que, aunque no las clasifica, pueden dividirse en dos grandes grupos: bajo la autonomía de libertad y en reserva de la ley.

En el primer caso, la libre voluntad de los agentes inmersos en el fenómeno de la infracapitalización será la que otorgue solución. Al respecto, Escribano (1998) citando a Paz, indica que:

La solución del problema debe venir de la mano del mercado, que ajusta a través de la contratación los costes de los sujetos interesados. De este modo, el peligro de hacer recaer en los acreedores el riesgo de la empresa no será tal, en la medida en que estos incluirán en sus contratos las cautelas suficientes para asegurar que la responsabilidad de los socios sea de los socios (avales permanentes, garantías especiales, tasas de interés más altas en función del riesgo. (p.59)

Sin duda esto no podría aplicarse a acreedores pequeños, consumidores, o trabajadores, debiendo la sociedad informar sobre su falta de capitalización para eliminar algún tipo de responsabilidad. Asimismo, Stordeur (2007), exponiendo que el fenómeno de la infracapitalización es un suceso natural en el inicio de operaciones mercantiles, en las que se busca invertir menos para ganar mucho más, sosteniendo que “la naturaleza misma del beneficio empresario supone descubrir factores de producción que están subvaluados en términos de los bienes finales o de consumo. De modo que cuando más eficiente es el proyecto más descapitalizado debe estar por definición” (p.192).

De este modo, será la voluntad de los agentes del mercado quienes evaluarán realizar contratos, que impliquen un crédito, examinando la capacidad económica de la sociedad para hacer frente a sus obligaciones. Por ello, para asegurar sus intereses, se hará uso de distintas instituciones civiles, como lo son las garantías, reales, o personales. A simple vista, esto provoca que se eleven costos de contratación, por lo que el objeto de ella, será afectado en su valor, debido a los medios de protección que disponen en el mercado sus agentes.

2.3.2.3.2. *En reserva de la legislación*

La doctrina propone la implementación de distintas medidas legislativas para afrontar el fenómeno de la infracapitalización. A continuación, se nombrarán algunas, o más

representativas, sin orden de prelación o importancia. Se realiza su respectiva exposición sin ser análisis principal de la presente investigación.

Una de las propuestas doctrinarias que se implementó fue el mecanismo de fijación de capital mínimo. Sobre ello, Escribano (1998) sostiene que:

Parece pausable que el establecimiento de una cifra mínima de capital se acompañase y, por tanto, completase con una prohibición de constituir sociedades con una cuantía de capital manifiestamente insuficiente para asegurar el normal desarrollo de la actividad empresarial, en aras a la consecución del fin social previsto en los estatutos. (p.59)

Tal medida legislativa, se ha implementado en distintos ordenamientos jurídicos, como en España, Estados Unidos, Colombia, Argentina, Ecuador, etc. En algunos, se estableció para diferenciar el tamaño de las empresas en el mercado, proponiendo el requisito de un mayor capital mínimo para las sociedades anónimas abiertas, que tienden a perseguir grandes inversiones, o uno menor, para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. En otras, simplemente para asegurar el rol garantista del capital social.

En esa línea, la doctrina ha pensado en implementar que se fije, no necesariamente, un monto mínimo para cada tipo social, sino uno que vaya acorde al objeto social que se plantea. Lamentablemente, en muchas investigaciones, se considera esta opción como imposible, debido a que, en principio existe un gran abanico de actividades económicas, como también, limitaría la incursión en nuevas.

De mismo modo, se plantea que el capital social, a medida que se van desarrollando las actividades de la sociedad, debe aportarse según los gastos de la empresa. Sobre ello, Nissen (2001) explicando que, aunque la Ley imponga un monto de capital:

No será suficiente si no se prevé una norma que imponga la necesaria aportación de los socios para equilibrar el capital social de la sociedad con el nivel de gastos de la empresa, a los fines de dotar a la sociedad un capital social suficiente, que cumpla adecuadamente con la función de garantía para la cual ha sido previsto, como concepto diferente del patrimonio social (p. 554).

Por otro lado, la doctrina propuso que siendo el capital social un elemento indispensable para la constitución de las sociedades, si está se ausenta, sería un supuesto de nulidad. Sobre ello Sánchez (2007), citando a Rodríguez Artiga, explica que:

Considerado como uno de los elementos esenciales de la sociedad anónima y lo mismo cabe decir de la sociedad de responsabilidad limitada, como elemento fundamental (...), como elemento base de las sociedades de capitales parece lógico que si no se menciona su cuantía en los estatutos estemos ante una causa de nulidad de la sociedad (p. 324).

Lo mismo sucedería, si es que, no se cumple con el capital mínimo propuesto por el ordenamiento jurídico para constituir algún tipo de sociedad. Lamentablemente, mencionar o no el capital en el estatuto, puede ser solo un defecto de forma, ya que, si en realidad, este no es lo suficientemente proporcional a la actividad que se plantea realidad la sociedad, entonces, el problema de la infracapitalización persiste.

Ahora bien, otra de las propuestas de la doctrina es que se revise, bajo el principio de realidad del capital social, su efectiva aportación. Sobre ello Bonilla (2001), citando a María C. Badolá y H. Jelonche, propone, en mérito al artículo 39, inciso 2, de la Ley 24.522, Ley de Concursos y quiebras en Argentina, que:

Dicha norma obliga al síndico de la quiebra a informar sobre la regular realización de los aportes de los socios, debiendo incluirse dentro de dicha regularidad, no solo la integración del aporte comprometido, sino también la suficiencia del capital, es decir la correspondencia entre el capital aportado y el que resultaba necesario para llevar adelante las actividades emprendidas (p.140).

Sin embargo, esta verificación se realiza *a posteriori*, de cuando la sociedad entra en quiebra. En el caso de nuestro ordenamiento peruano, no existe un instrumento que permita la verificación de los aportes reales y efectivos que componen el capital. Es más, en el caso de la aportación de bienes, estos solo son declarados en una escritura pública sin tener mayor corroboración.

Asimismo, se ha planteado que la subcapitalización es un supuesto de abuso de derecho, ya que, valiéndose los miembros de la sociedad del privilegio de responsabilidad limitada, realizan aportes al capital, que no generan una garantía efectiva. Nissen (2001), citando a Manovil, enuncia que “en Alemania y en Estados Unidos, la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad como generador de responsabilidad de los socios o accionistas, encuadrable en el abuso subjetivo del derecho” (p.553). Al respecto Bonilla (2001) explica que:

Si socios no dotan a la sociedad del capital necesario -"abusan de la institución del capital social"- el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban queda sin fundamento y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma. (p.145).

En ese sentido, como última de propuesta se presenta el levantamiento de velo societario, una de las propuestas a nivel doctrinario y jurisprudencial, más desarrolladas. Ella consiste, básicamente en desconocer la personalidad y autonomía con la que cuenta la sociedad para verificar los verdaderos fines que persigue. Sobre ello Castillo (2011) sostiene que:

Se trata de un instituto de elaboración doctrinaria y jurisprudencial predestinado a reprimir el uso indebido de la estructura formal de la persona jurídica mediante la imputación, a sus integrantes culpables, de los perjuicios que el resultado disvalioso de sus actos genera en contra de los terceros con quienes ésta se relaciona. (p.11)

Asimismo, Bonilla (2001) advierte, sobre el levantamiento de velo, que:

Se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social. (p.145)

Algunos autores, ha referido que desconocer la personalidad de la sociedad, es un grave daño a la institución, ya que entonces, no tendría sentido establecer una responsabilidad limitada. Sin embargo, se supone que, si no se actúa de acuerdo a derecho, y afectando a terceros, el ordenamiento jurídico no puede quedarse de brazos cruzados.

Las propuestas expuestas, si bien unas buscan erradicar el fenómeno de la infracapitalización y otras combatirlo, una vez originado, ninguna de ellas, ha otorgado una solución eficiente que permita el cabal cumplimiento de la función de garantía y empresarial del capital, ni ha otorgado, total seguridad hacia los terceros.

2.3.3. Mecanismo legal de fijación de capital mínimo

2.3.3.1. Definición

El capital mínimo consiste en la exigencia de un determinado monto que muchos ordenamientos jurídicos han solicitado para la constitución de las sociedades, en especial, las de capital y en las que sus miembros son titulares del privilegio legal de responsabilidad limitada. Al respecto, Villaverde, citado por Henao (2014), describe que tal mecanismo:

Comporta exigencias relacionadas con la función empresarial del capital social, ya que su establecimiento implica que las aportaciones sociales deben alcanzar una dimensión mínima como componente primigenio de la empresa, y es por esta razón que la figura se mantiene con especial interés para aquellas sociedades que tienen una dimensión mínima. (p. 250)

Asimismo, para Sánchez (2011) “el capital mínimo no es únicamente un requisito fundacional. El legislador comunitario quiso excluir la actuación en el tráfico, bajo la forma de sociedad anónima, de entidades que no superen un nivel mínimo de capitalización” (p.155).

Su instauración aparece en la primera mitad del Siglo XX donde aparecen normativas que exigían un capital mínimo. En el Código Italiano, por ejemplo, Decreto de 16 de marzo de 1942, establece, en su artículo 2327, la exigencia de un capital mínimo de un millón de liras para la constitución de una sociedad anónima. Por otro lado, en Alemania, la Ley de 6 de septiembre de 1965, impuso un capital social para las sociedades anónimas de 500.000 reichmarks. En Francia, además, la Ley de 24 de julio de 1966 referida a sociedades comerciales, estableció un capital mínimo fijando en principio 500.000 francos. De este modo, se fueron implementando, inicialmente, el régimen obligatorio de capital social mínimo.

A partir de ello, se instaura la Segunda Directiva en el año 1976, Directiva 77/91/CEE del Consejo, de fecha 13 de diciembre de 1976, de la Comunidad Europea, unos de los documentos más importantes respecto a este mecanismo debido a su gran influencia. La Directiva dispone que las sociedades deben contar con un capital mínimo. Sustenta su realización, entre otras razones, en lo siguiente: “considerando que, para asegurar una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de estas sociedades tiene una importancia muy especial la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a su constitución”. Y regula en su artículo 6, inciso I, que:

Para la constitución de la sociedad o para la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, las legislaciones de los Estados miembros requerirán la suscripción de un capital mínimo cuyo importe no será inferior a 25 000 unidades de cuenta europeas.

A partir de ella, el ordenamiento jurídico español, se instaura en España el Real Decreto Legislativo 1564/1989, en el que su artículo 4 establecía que: “el capital social no podrá ser

inferior a diez millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda” referente a sociedades anónimas. En lo que respecta sociedades de responsabilidad limitada, la Ley 2/1995, de 23 de marzo de 1995, establece en su artículo 4 que “el capital no podrá ser inferior a quinientas mil pesetas, se expresará precisamente en esta moneda y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado”. Esto ocasionó, que la elección del tipo social dependiera de cuánto capital se está dispuesto a invertir para iniciar el negocio. Sobre ello, Sánchez (2011) menciona que:

La entrada en vigor de las nuevas disposiciones legales produjo un cambio radical en la preferencia de los empresarios en relación a los tipos sociales. En un periodo de tiempo muy breve, la sociedad de responsabilidad limitada pasará a ser, de forma abrumadora, la forma social predominante. (p.195)

En Latinoamérica, muchos países se han propuesto a establecer un monto de capital mínimo para la constitución de las sociedades y su inicio de actuación en el mercado. El acogimiento de este mecanismo, que podríamos llamar preventivo de infracapitalización, puede ser para determinados modelos sociales o para todos. Para Henao (2014), citando a Lutter, indica que:

El capital legal también es una regla de “*corporate finance*”, que conmina a los socios fundadores a proveer un mínimo de equidad, al alentarlos a estipular una base patrimonial continua, que en caso de verse reducida deberá ser restaurada con los beneficios futuros. De esta forma, las normas sobre el capital mínimo exigen un esquema de buen gobierno financiero de libre acceso para inversores y posibles partes contractuales. (p.241)

En ese sentido, este mecanismo de imponer un capital mínimo acoge como fundamento básico, la garantía de terceros acreedores y hasta la de los mismos miembros, ante supuestos imprevistos que tuvieran lugar. Aparece en su raíz, además fundamentos como, que la función empresarial del capital se concrete, dando lugar a que el empresario ingrese en el mercado de forma sería, cabal y realista.

En relación con la infracapitalización, este es un mecanismo, que combate básicamente la de tipo originario, es decir, elimina la creación de una sociedad sin capital suficiente; y el material, con el fin de que tenga recursos otorgados por los miembros de la sociedad. Sin embargo, ha obtenido innumerables críticas que serán revisadas en el punto siguiente.

2.3.3.2. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional

En el ordenamiento jurídico peruano, este mecanismo ha sido regulado para determinados tipos sociales y, dirigido, con más hincapié, hacia específicas actividades, que conservan un riesgo elevado hacia terceros. Por ello, se ha implementado en sociedades anónimas de carácter financiero, deportivas, intermediadoras laborales, y en sociedades de intermediación en la bolsa de valores.

Sin embargo, de forma general, no se ha implementado este mecanismo legislativo, por lo tanto, no todas las sociedades, ya sean, anónimas, de responsabilidad limitada, civiles, comanditas, cuentan con la existencia de aportar un capital social mínimo.

Ello ha ocasionado, respecto a la constitución de sociedades, es decir, al inicio de las sus actividades, que el sistema societario ni registral exige a sus miembros otorgar un mínimo de capital. Ello, aparentemente resguardado por la libre iniciativa privada y la libertad de empresa en el marco de la Economía Social de Mercado.

En ese sentido, las sociedades reguladas en LGS, no necesitan un capital mínimo para constituirse. Cabe explicar que, una cuestión es capital mínimo y otra, muy distinta, el capital social. La legislación nacional referente a sociedades exige el capital, más no, una cifra mínima de capital.

Siguiendo con ese orden de ideas, el artículo 22 de la mencionada ley referente a las aportaciones, impone que “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital”. Asimismo, a lo largo de la norma, no existe un artículo que defina el capital social o lo trate de forma particular, o, en todo caso, exija un capital mínimo, ya sea, en referencia a la sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada. Por lo que, se puede concluir que este mecanismo está mínima y parcialmente aplicado en la legislación nacional.

Sociedad con capital mínimo en el ordenamiento jurídico peruano	Normativa	Capital	Fundamento
Sociedades supervisadas por Superintendencia de Banca y Seguro y AFP	CIRCULAR N° G - 203 – 2019, otorgada por la Superintendencia de Banca y Seguro y AFP	En Tabla N° 3 y 4	Riesgos de la industria bancaria.
Sociedad anónima intermediadora laboral	Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley N° 27626	Cuarenta y cinco (45) unidades Impositivas Tributarias, suscrito y pagado	Protección dirigida al sector de trabajadores, quienes están en un estado de subordinación y vulnerabilidad.
Sociedades anónimas agentes de intermediación	Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861	Agentes: S/. 1 000 000,00, íntegramente aportado y pagado en efectivo Intermediadoras: S/. 670 000,00, íntegramente aportado y pagado en efectivo	En mérito a la actuación en interés ajeno de los participantes del mercado de valores y el riesgo del negocio.
Sociedades anónimas abiertas – Clubes Deportivos.	Ley N° 29504, Ley que promueve la transformación y participación de los Clubes Deportivos de fútbol profesional en Sociedades Anónimas Abiertas	Doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)	Su finalidad es otorgar un mejor rendimiento a la disciplina deportiva.

Tabla 5: Sociedades reguladas con exigencia de capital mínimo en el ordenamiento jurídico peruano (Fuente: Elaboración propia)

Por ende, los fundamentos otorgados para el establecimiento de un capital mínimo se relacionan con los riesgos e intereses públicos de la comunidad y el funcionamiento del sistema.

2.3.3.3. Crítica

El mecanismo de fijación de capital mínimo para las sociedades de capital, en las que sus miembros tienen el privilegio de la responsabilidad limitada, y ha dotado de mayor importancia la figura del capital social al iniciar las actividades empresariales; ha recibido críticas. Tras su implementación en algunos ordenamientos jurídicos, se ha verificado, por distintas razones, comentarios en contra de su efectividad frente al problema de la infracapitalización.

Al respecto, Henao (2014) sostiene que:

Las normas sobre capital mínimo son para algunos el eslabón más débil de las medidas que han sido diseñadas para proteger a los acreedores de una sociedad; este no es un mecanismo idóneo para informar a aquellos sobre los activos de la compañía, excepto, tal vez, por un período breve de tiempo después de la constitución. (p.259)

Y es que, efectivamente, este mecanismo debe entenderse como uno de carácter preventivo ante el problema de la infracapitalización y, al dotar de capital social a las sociedades, solo será al principio. Asimismo, Palladino (2015), citando a Halperin, indica que:

(...) no interesa que nazca el mayor número de sociedades, sino que estas sean viables, que cuenten con medios que aseguren su vida ulterior próspera.

(...) la independencia económica no se asegura fijando un capital mínimo, porque ella depende de muchos factores, y está vinculada a la relación del capital con objeto perseguido...” y que “...no se ve porqué las empresas modestas no merecen que limite la responsabilidad de sus titulares...”. (p.165)

Por otro lado, han sido muchas las propuestas doctrinarias para crear un sistema en que se establezca el capital social de acuerdo con el objeto que persigue la sociedad, acabando con la idea de que sea abstracta su imposición. En orden a ello, Sauvé (2016) entiende que:

Otro de los principios básicos para el cumplimiento de la función de garantía es el principio de capital mínimo que fue anteriormente abarcado. Este principio es altamente criticado en la actualidad por expertos en la materia, pero infaltable para que la presente

función tenga sentido. Como bien se mencionó, este principio exige que, para la constitución de una sociedad anónima, ésta debe tener un monto mínimo de capital social, usualmente una cifra considerablemente alta, pero accesible para los modelos de sociedades de capital que se desea crear.

Ahora bien, cabe explicar que para el cumplimiento de garantía que se trata de definir en el presente apartado, no se habla de un monto estático de capital mínimo para todas las sociedades anónimas, sino que la sociedad anónima, debe tener un capital social mínimo, que sea suficiente para su tipo de actividad, tomando en cuenta, además, los riesgos que ésta conlleva. (p.151)

Sin embargo, sobre ello, Richard (2007) expresa que:

El capital mínimo conforme al objeto (no en casos de interés público como bancos, aseguradoras, etc.) sujeto a criterios administrativos es de imposible concreción seria y aumenta los costes de transacción, igual que toda medida preventiva, bajo la aplicación del sistema de análisis económica del derecho en cuanto amputaría la capacidad empresarial. (p.3)

Otro de los puntos críticos, es que su imposición consistiría en una barrera para la entrada e iniciación de actividades económicas en el mercado. En esa línea, Pustilnik (2014), autora argentina, citando a Bosco, explica:

Con respecto a la exigencia de capital mínimo (cuya imposición existe sólo para las sociedades anónimas) que antiguamente era de \$ 12.000 y actualmente es de \$ 100.000, resulta difícil pensar que dicho monto “pueda ser una cifra referente de lo que debe conservarse en el patrimonio (capital social) y constituir de esa forma, una garantía suficiente en negocios de mediana o gran envergadura, pero también lo es que aumentar esa suma no necesariamente traería consecuencias valiosas... porque si se establece un monto más alto, se corre el riesgo de impedir el ingreso al mercado de quienes puedan organizar empresas sin demasiado capital propio...Por otro lado, si la suma es demasiado baja, se vuelve simplemente una formalidad ilógica. En definitiva, este mecanismo legal no demostró tener ninguna función práctica. (p.76)

Al respecto, Sánchez (2011) exponiendo la posición contraria al establecimiento del capital mínimo, indica que:

La opinión contraria se fundamenta en el carácter ilusorio de la protección que proporciona a socios y acreedores, en los costes adicionales que impone a las empresas, en la barrera arbitraria que implica para el acceso a las formas que limitan la responsabilidad de los socios y en la dificultad insalvable que supone la fijación de una cifra de capital mínimo para todas las sociedades al margen de la naturaleza de su actividad. (p.361)

De igual modo, Paola Antonio, citado por Pustilnik (2014), razona que:

La determinación de la proporción entre fondos propios y fondos provistos por terceros (acreedores) no reconoce una imposición legal, más allá de la inocua exigencia de un capital mínimo al tiempo de la constitución del ente, que nadie razonablemente puede equiparar con los fondos que requerirá la actividad de la sociedad, a menos que se posean dotes adivinatorias del futuro desarrollo de los negocios. (p.77)

En esa línea, se puede comprender que imponer el capital social no sería garantía suficiente para asumir que los acreedores o terceros, estarán seguros con relación a sus intereses. Sobre ello, Henao (2014) indica:

Pues bien, en relación con los acreedores sociales, la cifra de capital mínimo se ha erigido como garantía para proteger las acreencias que tienen a su favor, cifra que resulta arbitraria en cualquier escenario, y no es un indicador real de la solvencia o capacidad de pago de la sociedad, puntos estos que sí resultan relevantes en pro de la conservación de sus intereses. (p.251)

Además, se analiza sobre la imposición de un monto mínimo de capital social que esta sería cada vez más ínfima a lo largo del tiempo por la inflación. Por ello, el que se imponga en una determinada fecha no exime que esta debe ser cada vez mayor. Al respecto, Pustilnik (2014) mencionado los problemas del capital social del ordenamiento argentino, y detectando el de su “desactualización”, expresa que:

El Decreto N° 1331/2012 elevó el capital mínimo para la constitución de Sociedades Anónimas a \$100.000. Cabe recordar que, hasta hace poco tiempo, dicho monto era de \$ 12.000. El vacío generado por la falta de una actualización razonable del mismo, ha sido suplido de alguna manera, por la actualización de oficio por parte de la autoridad de control o el registrador. (p.25)

Prosiguiendo, cabe mencionar que, en ocasiones, las normas exigen un monto fijo de capital mínimo, no siendo un criterio definitorio para garantizar los intereses de terceros. Al respecto, H. Eidenmuller; B. Grunewald y u. Noack, citados por Henao (2014) analizan que:

Para muchas empresas, este requerimiento es inocuo desde el punto de vista legal y económico, y ello es así porque el capital social de una compañía depende, en gran medida, del tamaño y tipo de empresa y de los requerimientos impuestos por el mercado. Las grandes corporaciones que están orientadas en el mercado financiero usualmente tienen un capital social que a todas luces excede el capital mínimo exigido por los ordenamientos jurídicos que establecen su régimen. Y en contraste con esta idea, las pequeñas sociedades pueden ser constituidas con menor capital social, por lo que el capital mínimo deviene como un requerimiento relevante. (p.251)

Ahora, en relación, con la función empresarial del capital social, la exigencia de un mínimo toma importancia, ya que, otorga a las iniciativas empresariales la aptitud y la capacidad económica para emprender y no desaparecer fácilmente en el mercado. Sobre ello, en la jurisprudencia judicial de Argentina, caso “Veca Constructora SRL”, fallo del 30/06/1980 del Juzgado de Pra. Inst. en lo Comercial de Registro, se reflexiona que si bien el objeto social es el conjunto de actividades que persiguen realizar los socios, este debe guardar una correlativa proporción con el capital, por lo que, si este es reducido, no cumplirá con el fin descrito.

Ahora, es necesario, reconocer los beneficios de exigir un monto mínimo de capital. Sobre ello, Sánchez (2011) sostiene que:

Los argumentos a favor de la exigencia de una capitalización mínima se han centrado en la protección de los acreedores, la necesidad de impedir la constitución de sociedades sin unas mínimas expectativas de rentabilidad, la función de la cifra de capital como indicador de la capacidad patrimonial de la compañía, o la mayor facilidad que proporciona para acudir al mercado de crédito. (...)

La necesidad de dotar un capital mínimo tiene una evidente trascendencia práctica, puesto que, en ausencia del mismo, el régimen del capital deviene un estatuto de voluntario cumplimiento. Con una cifra de capital puramente formal (por ejemplo, un euro) la función de retención de activos en el patrimonio social carece de toda relevancia. En este esquema sería posible la subsistencia en el tráfico como sociedades. (p. 361)

La interrogante que aparece es si procedería o no la imposición de un monto mínimo de capital, es decir, si reside su fundamento en que el capital es garantía para terceros o si simplemente exigir una suma, no soluciona ni la infracapitalización, ni garantiza la solvencia de empresa. Por ello, y coincidimos, en tanto, el capital social es medio para el desarrollo del objeto, con Richard (2007), quien, citando a Araya, explica que:

Cualquiera que sea la solución: sociedades con capital mínimo, sociedades sin capital social, sociedades con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten un “insolvency test”. (p. 13)

Y es que, no se debe olvidar que “el principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima presupone que la misma debe cumplir con un capital adecuado para cumplir su objeto” según fallo 24/08/1987 resultado por la Cámara Nacional de Comercio, Sala E, del caso Ceretti César Roberto c/ Ditto S.A. y otros/ordinario. Pues, no cabe duda, que la norma no puede dar lugar a que se instauren situaciones que defrauden intereses de terceros y propicien la poca seriedad de iniciar un negocio; pero, no se debe perder de vista, que las soluciones deben ser efectivas, y no apaciguadoras de ciertos momentos o etapas.

2.3.4. La infracapitalización y la implementación del mecanismo de capital mínimo en la legislación peruana en el marco del derecho fundamental libertad de empresa.

Para la realización del examen sobre la implementación del mecanismo de fijación de capital mínimo, se deberá analizar primero ante qué escenario nos encontramos, tanto a nivel legal – jurídico como práctico. Posterior a ello, es necesario, analizar si la funciones y principios del capital social se ven vulnerado, o simplemente no se cumplen. Finalmente, se abordará la conveniencia de que a nivel legal se establezca la interposición de un monto mínimo de capital social, en el marco constitucional nacional y de la legislación comparada.

La Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, indica en su Primer Libro, Reglas Generales a todas las sociedades, artículo 1, regula que: “quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”. Asimismo, en su artículo 22, sobre los aportes, que: “cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital”. Sin embargo, ni en las reglas especiales de cada tipo social que desarrolla la norma mencionada, establece la exigencia de contar con un capital mínimo social.

Tal como se ha analizado en los capítulos anteriores, la legislación nacional no exige un capital mínimo social, es decir, que se está frente a un régimen de libre determinación del monto de capital social. A pesar de ello, existen estrictas excepciones en el ordenamiento jurídico peruano.

Estos casos excepcionales se refieren a: las sociedades anónimas pertenecientes al ámbito financiero, reguladas por la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, Ley N° 26702; sociedades anónimas destinadas al servicio de intermediación laboral, normadas por la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley N° 27626; y las sociedades anónimas agentes intermediadoras, destinadas al correcto funcionamiento de las transacciones del mercado de valores, reguladas por la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861. El establecimiento de un capital social mínimo básicamente se sustenta en el riesgo de las actividades que llevará a cabo la sociedad en el rubro económico en que se desarrollará.

En ese sentido, la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, Ley N° 26702, indica como objeto principal el regular “al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables, que contribuyan al desarrollo nacional”. Entonces, la implementación de un capital mínimo protegería el cumplimiento de la función de garantía del capital mínimo social.

Bajo la misma idea, la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861, indica en su artículo 2 que “la finalidad de la presente ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista”. Su afán, siguiendo tal lineamiento, por lo tanto, es la protección del inversionista, fijándose un capital mínimo.

Del mismo modo, la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley N° 27626, establece como objeto, en su artículo 1, que “(...) tiene por objeto regular la intermediación laboral del régimen laboral de la actividad privada, así como cautelar adecuadamente los derechos de los trabajadores”. Por lo tanto, la exigencia de un capital mínimo se sustenta en la protección de derechos laborales.

Revisado ello, corresponde ahora, analizar el mercado peruano y los agentes protagonistas en la economía del Estado. Para ello, deben verificarse los datos estadísticos, sobre demografía empresarial, proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística e Información, INEI. En ese sentido, el Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, de fecha 30 de setiembre del 2019 indica que:

“Al 30 de Setiembre de 2019, el número de empresas activas registradas en el Directorio Central de Empresas y Establecimientos ascendió a 2 millones 699 mil 130 empresas, cifra mayor en 11,0% en comparación con similar periodo del año 2018.

Asimismo, se constituyeron 77 mil 634 empresas entre Julio y Setiembre, así como se dieron de baja 34 mil 529 presentando una variación neta de 43 mil 105 empresas.

Cabe mencionar que la tasa de natalidad relaciona las empresas creadas en el III Trimestre de 2019 con el stock empresarial al final del periodo, constituyó el 2,9% del total, mientras que, la tasa de mortalidad empresarial fue de 1,3% en el mismo periodo, registrándose una tasa de variación neta de 1,6%.”. (p.2)

Esto es reflejado en la siguiente tabla:

Concepto	2016				2017				2018				2019			Var. % III Trim. 2019/18
	I Trim	II Trim	III Trim	IV Trim	I Trim	II Trim	III Trim	IV Trim	I Trim	II Trim	III Trim	IV Trim	I Trim	II Trim	III Trim	
Stock al inicio del período	2 042 992	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	2 379 445	2 430 812	2 393 033	2 438 636	2 662 940	11,9
Altas 1/	63 658	63 940	70 390	64 849	68 746	67 976	78 754	68 416	66 067	63 748	63 721	70 547	76 764	72 365	77 634	21,8
Bajas 2/	-47 097	-47 391	-46 740	-49 588	-26 590	-39 322	-47 506	-34 718	-37 449	-27 711	-22 974	-45 052	-31 065	-31 165	-34 529	50,3
Otros Ingresos y salidas 3/	25 172	-15 775	-854	724	11 064	9 927	11 412	11 072	89	11 190	10 620	-63 274	-96	183 104	-6 915	-
Variación neta 4/	16 561	16 549	23 650	15 261	42 156	28 654	31 248	33 698	28 618	36 037	40 747	25 495	45 699	41 200	43 105	-
Stock al final del período	2 084 725	2 085 499	2 108 295	2 124 280	2 177 500	2 216 081	2 258 741	2 303 511	2 332 218	2 379 445	2 430 812	2 393 033	2 438 636	2 662 940	2 699 130	11,0
Tasa de altas (%) 5/	3,1	3,1	3,3	3,1	3,2	3,1	3,5	3,0	2,8	2,7	2,6	2,9	3,1	2,7	2,9	-
Tasa de bajas (%) 6/	2,3	2,3	2,2	2,3	1,2	1,8	2,1	1,5	1,6	1,2	0,9	1,9	1,3	1,2	1,3	-
Tasa neta 7/	0,8	0,8	1,1	0,7	1,9	1,3	1,4	1,5	1,2	1,5	1,7	1,1	1,9	1,5	1,6	-

Tabla 6: Stock y variación neta de empresas por trimestre, 2016-2019 (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.2)

Asimismo, en el informe técnico mencionado, se da a conocer sobre Altas de empresas en el III Trimestre de 2019, según organización jurídica que:

Según la organización jurídica de las empresas para el III Trimestre de 2019 el mayor número de unidades económicas dadas de alta, se encontraron registradas como personas naturales (con negocios) representando el 66,1% del total, le siguieron aquellas empresas constituidas como sociedades anónimas con el 15,2% y la empresa individual de responsabilidad limitada con 11,3%, entre otras. (p.9)

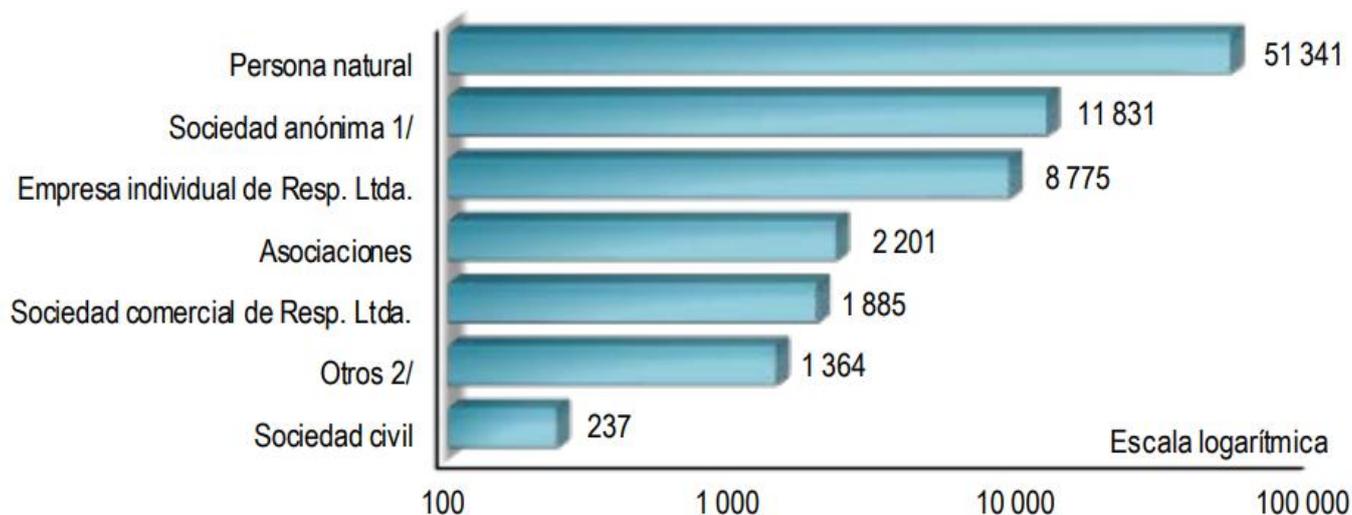


Figura 4: Altas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre 2019 (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, INEI, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.9)

El informe técnico mencionado, presentado por INEI, indica, sobre las empresas creadas, según su organización jurídica, que:

Según la organización jurídica de las empresas para el III Trimestre de 2019 el mayor número de unidades económicas dadas de alta, se encontraron registradas como personas naturales (con negocios) representando el 66,1% del total, le siguieron aquellas empresas constituidas como sociedades anónimas con el 15,2% y la empresa individual de responsabilidad limitada con 11,3%, entre otras. (p.9)

Asimismo, sobre las empresas, en razón a la organización jurídica, dadas en baja se indicó que:

De acuerdo con la constitución legal que adoptaron las empresas, las personas naturales (con negocios) representaron el 61,9%, fueron las que participaron con el mayor número de bajas durante el III Trimestre de 2019, seguido de aquellas constituidas como sociedad anónima (17,0%) y las que operaron bajo la modalidad de empresa individual de responsabilidad limitada (11,4%), entre las más significativas. (p.12)

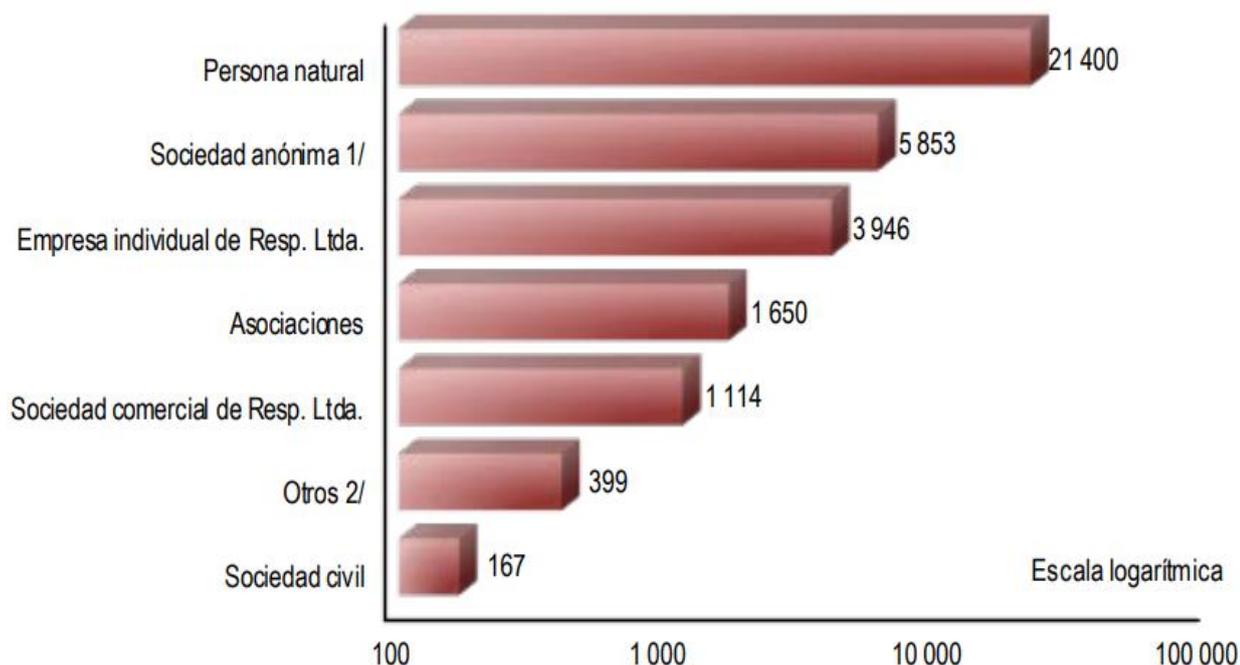


Figura 5: Bajas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre (Fuente: Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, INEI, de fecha 30 de setiembre del 2019, p.11)

Ello, refleja que si bien, son numerosas las iniciativas empresariales, es del mismo modo alto la probabilidad de que salgan del mercado. Por otro lado, con las empresas que más sucede tal situación, son las que están organizadas en: personas naturales con negocio, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Interesando para la presente investigación, solo la penúltima, la que es catalogada como sociedad de capital.

Asimismo, respecto a la economía, el Informe Técnico N°04 – 2019, Producto Bruto Interno Trimestral, Cuentas nacionales año base 2007, detectó que:

En el tercer trimestre del año 2019, el Producto Bruto Interno (PBI) a precios constantes de 2007, registró un crecimiento de 3,0%, resultado de la evolución favorable de la demanda interna (4,0%), impulsada por el incremento del gasto en bienes y servicios de consumo y por la mayor inversión. (p.1)

Cabe indicar que, INEI, revela información valiosa en el Libro Estructura Empresarial, año 2018, enunciando sobre las Micro, pequeñas y medianas empresas que:

Del total de las unidades empresariales en el año 2017, 2 millones 183 mil 121 fueron clasificadas como microempresas (94,8%), seguido de 98 mil 942 pequeñas empresas (4,3%), 13 mil 898 grandes y medianas empresas (0,6%) y 7 mil 550 que representaron a la administración pública (0,3%).

De otro lado, cada segmento empresarial presentó una variación positiva de unidades económicas con respecto al año anterior; es así como las microempresas crecieron en 8,6%, las pequeñas empresas en 6,6%, las grandes y medianas empresas en 6,7%. Por su parte, las unidades de administración pública también crecieron en 3,3%. (p.25)

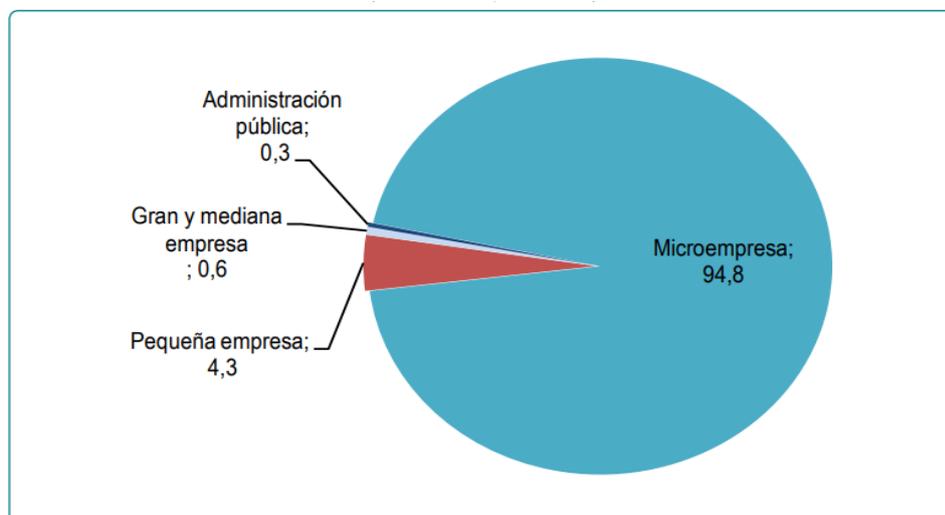


Figura 6: Altas de empresas, según organización jurídica, III Trimestre 2019 (Fuente: Perú Estructura Empresarial, INEI, 2018, p.23)

Habiendo desarrollado la situación del mercado peruano, se puede verificar que este se encuentra en un proceso de crecimiento, pues la mayoría de sus unidades económicas son de una estructura diminuta, representadas principalmente por las microempresas y pequeñas empresas. Asimismo, estas se encuentran encausadas en personas naturales con negocio, sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, interesando penúltimo tipo societarios, en tanto, es una sociedad de capital, y subsecuentemente, mantienen el privilegio de responsabilidad limitada; siendo importante analizar el capital social de estas empresas.

Corresponde, por lo tanto, abordar el capital social y revisar el cumplimiento de sus principios y capital social, tal como se ha descrito *supra* el escenario de estudio. Sobre los principios del capital, se supone que estos deben ser directrices o lineamientos que los tipos sociales deben cumplir. En ese sentido, la LGS exige que en el estatuto se establezca el capital suscrito. Tal cuerpo normativo contiene distintas medidas que proveen su invariabilidad, integridad, e intangibilidad, principios íntimamente relacionados, pues su variación antecede una modificación de sus reglas y actos formales.

A pesar de lo dicho, se considera que tal como está regulada la LGS, no se cumple, de forma absoluta, con el principio de realidad. Ello, debido a que, se facilita la configuración de aportes ficticios, en tanto: para los aportes de bienes muebles, solo exige para los bienes muebles la presentación de simples inventarios; y sobre los aportes de derechos sobre inmuebles, como el usufructo, uso, posesión, son valorizados difícilmente. Al respecto, el artículo 27 de la LGS, establece que:

En la escritura pública donde conste el aporte de bienes o de derechos de crédito, debe insertarse un informe de valorización en el que se describen los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor”.

Sin embargo, no existe un control posterior al aportado, ni una verificación de su realidad. Lo que, sumado, a la no exigencia de un capital mínimo, puede dar lugar al nacimiento de sociedades infracapitalizadas, es decir, sin suficiente capital para realizar las actividades propuestas.

Respecto a las funciones del capital: organización, producción, y garantía, la legislación societaria no se preserva el cumplimiento cabal de todas. Se considera, que la única que tendría cumplimiento es la organización. Empero, las funciones de producción y garantía se ven altamente afectadas por los problemas de la informalidad en el mercado peruano, y, como no, por el fenómeno de la infracapitalización.

La función de garantía, indica, valga la redundancia, que el capital social es la garantía, el respaldo o el soporte, que otorga la sociedad frente a terceros acreedores. Sobre tales terceros, podremos indicar que son de distinta naturaleza, desde empresas comerciales, hasta trabajadores, servidores o el mismo Estado. Entonces, qué sucede al nacer las sociedades infracapitalizadas, como en la realidad peruana; la respuesta es clara: no pueden cumplir con la función de garantía y las acreencias se quedan burladas por su incumplimiento, el que se ampara en la responsabilidad limitada de los socios.

Respecto de la función de producción, esta consiste en que el capital social es aportado por los miembros de una sociedad para la consecución de las actividades propuestas, determinadas por su objeto social. Sobre tal función, lo único que indica la LGS, en su artículo 1, es que “quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en

común de actividades económicas”. Además, tampoco alude a esta función cuando define el objeto social, en su artículo 11:

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 (...).

Ahora bien, si una sociedad nace sin un capital suficiente para sobrevivir en el mercado, gracias a la infracapitalización con la que aparece, no se tendría opción a cumplir con la función de producción. Ello, revela gran importancia, ya que, si no puede realizar sus actividades, entonces no podrá producir utilidades, lo que provoca que acabe en banca rota, desfalcada y sin la posibilidad de afrontar sus acreencias.

Por lo dicho, se considera, desde esta perspectiva que la función más importante es la de producción, sin obviar que las demás son útiles y complementarias. La infracapitalización ataca, en principio, tal función, y subsecuentemente, impide que la sociedad se abastezca de suficientes recursos y asuma las acreencias a las que está obligado. Ello, se refleja, además, con la data *supra* evaluada, ya que si bien se generan empresas en el mercado, su permanencia es meramente pasajera, y deja a su paso, consecuencias a terceros acreedores y la resistencia al crecimiento económico.

Ahora bien, todo ello, tendría solución si al final de cuentas, las obligaciones frente a terceros son plenamente cumplidas. Sin embargo, el privilegio de responsabilidad limitada que mantienen estos tipos de sociedades de capital, salvaguarda, de manera hostil, que los miembros no enfrenten tales acreencias, a pesar de que el capital aportado fue irrisorio.

De este modo, la infracapitalización, según Paz (1983), se trata de “cualquier desproporción conmensurable -o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social” (p. 1588). Es decir, que consiste en no contar con el suficiente capital social para llevar su objeto social, y consecuencia de ello, el cumplimiento de sus funciones.

Esta puede ser original, si aparece en el nacimiento de las sociedades; o, subsecuente, si es detectada en el transcurso de las actividades sociales. Asimismo, puede ser nominal, si contiene aportes en calidad de créditos; o, material, si no cuenta con capital social, propiamente dicho.

Ahora, bien, sobre el mecanismo legal de fijación de capital mínimo, debe evaluarse que si al establecerlo probablemente daría solución al fenómeno de la infracapitalización. Lamentablemente, se debe recordar que este es un mecanismo preventivo, lo que puede ser de gran utilidad, pues impone el ingreso al mercado con un capital mínimo, en exigencia de la Ley, pero no daría solución integral al fenómeno mencionado.

Al respecto, Richard (2007) expresa que:

El capital mínimo conforme al objeto (no en casos de interés público como bancos, aseguradoras, etc.) sujeto a criterios administrativos es de imposible concreción seria y aumenta los costes de transacción, igual que toda medida preventiva, bajo la aplicación del sistema de análisis económica del derecho en cuanto amputaría la capacidad empresarial. (p.3)

A la luz de las funciones de producción y garantía, el mecanismo de fijación de capital mínimo de otorgaría, tampoco, cabal cumplimiento. Puesto, que cómo podría evaluarse que el monto impuesto legislador es suficiente para afrontar los riesgos que conlleva el ejercicio del objeto social. De ser así, el legislador tendría que verificar cada objeto social, pues el capital debe ser proporcional su naturaleza. Y ello, por su magnitud, es imposible. Además, podría evaluar la posibilidad de un intervencionismo por parte del Estado, lo que no es acorde a la Economía Social de Mercado, régimen económico que impera en el ordenamiento jurídico peruano.

Por otro lado, si se impusiera un monto mínimo de capital, este no otorgaría garantía total a los acreedores, puesto que, la publicidad de las obligaciones sociales no existe. Consecuencia de lo dicho, es que no podrán tener conocimiento de si se encuentran frente a una sociedad con capital insuficiente para el cumplimiento de acreencias. Es decir, que por más exigencia de algún monto de capital social este puede resultar insuficiente.

Aunado a ello, Rodríguez, Bado y López (2019) señalan que:

No cabe duda que el capital social no cumple una función de garantía porque es una mera cifra ideal. La cifra capital no revela la situación patrimonial de la sociedad. Esa situación es revelada por los estados contables, en los cuales la cifra capital integrado es una cifra más.

Para determinar la solvencia de una sociedad no se ha de estar a la cifra del capital integrado, que es una cifra meramente ideal, la suma de los aportes oportunamente recibidos; lo que interesa es el patrimonio con que la sociedad cuenta, formado inicialmente por los aportes, pero que se modifica, día a día, de acuerdo con el resultado de la actividad de la sociedad. Cualquier acreedor para dar crédito ha de investigar no la cifra de capital, sino los estados contables y, sin duda, no ha de conformarse con la cifra del capital que es una cifra más. Si un banco da crédito o un proveedor lo confiere, no lo hace en base al capital que figure en el contrato sino al patrimonio que resulte de los estados contables.

Por ello, se puede afirmar que la imposición del mecanismo de capital mínimo solo enfrentaría, probablemente, la infracapitalización inicial y material, con la que nacen las sociedades de capital en el Perú. Aun, así, ello podría conllevar a acción de intervencionismo del Estado, pues la libertad de acceso al mercado se vería ampliamente vulnerada, en tanto, ella estaría supeditada al otorgamiento de un monto mínimo de capital que, en pocas palabras, podría resultar, debido al amplio abanico de actividades económicas, exagerado o, a veces, insuficiente. Y de tomarse la decisión de que se designe un monto por cada tipo de actividad económica, podría caerse en un ideal imposible y costoso.

Es posible afirmar que la ausencia de exigencia legal de un capital mínimo no es excusa para que su aporte sea insuficiente. Así lo indica una sentencia argentina, caso “Veca Constructora SRL”, fallo del 30/06/1980 del Juzgado de Pra. Inst. en lo Comercial de Registro:

No resulta óbice para denegar la solicitud de inscripción del acto constitutivo de una sociedad en razón de la insuficiencia del capital pactado para cumplir el objeto social que se estatuye, la circunstancia de que la ley 19.550 no haya acreditado –para las sociedades de responsabilidad limitada, como la de autos- el requisito de capital mínimo contenido en la ley 11.645: nada dice la Exposición de Motivos de la ley nacional al respecto (Sección IV, núms. 1 a 12), pero de la referencia a una mayor amplitud no se sigue necesariamente que ésta comprende la permisibilidad de capitales ínfimos.

En esa misma línea, Ramos (2004) señala:

Se puede pensar que, en países como el nuestro, el abandono o no exigencia del capital mínimo para las sociedades terminaría por permitir a los socios estipular montos exigüos de capital social. Es preponderante establecer con claridad que la omisión de la exigencia del tope mínimo no significa la permisibilidad que con capitales ínfimos o capitales exigüos se constituyan sociedades de mínima consistencia económica. No interesa que nazca el mayor número de sociedades, sino que estas sean viables, que cuenten con medios que aseguren su vida ulterior próspera. (p. 42)

Asimismo, con Richard (2007), quien, citando a Araya, explica que:

Cualquiera que sea la solución: sociedades con capital mínimo, sociedades sin capital social, sociedades con capital variable, identificamos para todas ellas una misma funcionalidad: no deberían continuar su actividad, si patrimonialmente no resisten un “*insolvency test*” (*equity insolvency test, balance sheet-based test, bankruptcy test*). (p. 13)

Evaluando, el mercado peruano, se ha podido rescatar que nos encontramos en uno en proceso de crecimiento, en el que reinan las microempresas, con un 94,8 % del total, pero que lamentablemente, su estadía es pasajera y superflua. En ese sentido, puede invocarse la necesidad de que el Estado establezca un capital mínimo, que por lo menos les permita tener permanencia en el mercado; pero tal como se ha dicho, ello resultaría solo una falacia, ya que es imposible determinar un capital suficiente a nivel legal.

Asimismo, uno de los grandes problemas que sufre la economía peruana es la informalidad. Sobre ello, el Diario Gestión (2019) señala que el Instituto de Economía y Desarrollo Empresarial (Iedep) de la Cámara de Comercio de Lima, detectó que:

En el 2018, un total de 9 millones 782 mil unidades productivas (UP) operaron en la economía peruana, de las cuales el 75% pertenece al sector informal, es decir existen 7 millones 347 mil productores de bienes y servicios que trabajan al margen de la ley, mientras el 25% restante (2 millones 434 mil) se ubica en el sector formal.

Entonces, en la realidad práctica si el comerciante peruano no ingresa al ámbito de la formalidad, la imposición de un monto mínimo de capital, que, al fin de cuentas, no resuelve el cabal cumplimiento de las funciones del capital social, ni de forma integral el fenómeno de la infracapitalización; no resultando conveniente, por lo tanto, su implementación.

La imposición de un capital mínimo contravendría el derecho de libertad de empresa en su modalidad de acceso al mercado, teniendo en cuenta, además, que el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, establece que: “(...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”. Por lo tanto, este mecanismo, se convertiría en una barrera de entrada en el mercado, si un sustento, ya que como se ha analizado, no otorgaría las soluciones que se buscan con su implementación; o como en otros ordenamientos extranjeros, la doctrina indica que, llega a tener carácter de mero costo de trámite.

Cabe indicar, como propuesta idónea el establecimiento de un parámetro a nivel administrativo, que exija la proporcionalidad de capital social con el objeto social y de no ser así ello, se observe la constitución de la sociedad. Tal parámetro, tendría que ser utilizado por el Registrador Público de la Superintendencia Nacional de Registro Públicos, dejando de lado, la simple verificación del establecimiento de un capital. Al respecto, Ramos (2004) expresa que:

El capital social está constituido por los aportes que los socios se comprometen a entregar para financiar el objeto social, debiendo existir una razonable relación entre el capital y el objeto sociales. La falta de exigencia legal de un monto mínimo de capital social no significa amparar la constitución de sociedades con montos exigüos de capital social ya que es importante que las sociedades sean viables, pues un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad "ex origine" (desde el origen) de cumplir el objeto. En tal sentido el registrador debe observar el capital social que juzgue exigüo para el cumplimiento del objeto social. (p.42)

Ello, se fundamentaría en propiciar el cumplimiento de la función empresarial del capital social, pues está supone que la sociedad realizará sus actividades, con las que generará ganancias que le permitirán permanecer en el mercado y satisfacer las obligaciones de terceros. En esa línea, se descarta la imposición de un capital para cada tipo social, por sus costos; como también, de uno general, por lo abstracto, y poco útil que puede resultar.

Este parámetro, sería el comienzo, y deberá ser acogido con mayor importancia, en aquellas sociedades en las que el capital es su elemento principal y cuentan con responsabilidad limitada, como lo son las sociedades de capital. Esto, debido a que, el capital debe entenderse como el pago o sacrificio a cambio de contar con el privilegio de responsabilidad limitada. Un claro ejemplo, del éxito de la implementación del parámetro propuesto, son las sociedades en las que, el alto riesgo, ha imperado para la imposición de un capital mínimo, pero que, al fin y al cabo, demuestran la importancia de que exista una relación de correspondencia entre capital y objeto social.

Lo expuesto, ha analizado que la realidad peruana, a nivel jurídico y mercantil, no se encuentra apta para la imposición de un capital social mínimo, por sus índices de informalidad, y por su estado de crecimiento en proceso de su economía, en la que las protagonistas son las microempresas. Asimismo, si bien, el mecanismo analizado ha sido aplicado en legislaciones extranjeras y, por ende, en otras realidades jurídicas – prácticas, no

ha agotado el dilema de la infracapitalización, ya sea, por la constante variación del valor económico o la difícil proporcionalidad del objeto social con cada actividad económica emprendida por los ciudadanos.

III. Conclusiones

1. Las sociedades de capital son personas jurídicas con fines de lucro que se caracterizan por que su elemento central es el capital social, en tanto, este impera por sobre las condiciones personales de sus miembros. Asimismo, del capital dependerá la situación jurídica de sus integrantes en la estructura social, en referencia a sus derechos y obligaciones, durante y hasta el final de su estadía. Por otro lado, ese elemento central da lugar a una autonomía patrimonial total, pues dota a los socios del privilegio de la responsabilidad limitada. En ese sentido, el capital, como elemento central de estas sociedades, no puede verse limitado por los caracteres personales de los socios, los mismos que pueden variar innumerables veces, sin que ello afecte la existencia u organización de la sociedad. En el ordenamiento jurídico peruano estas son: las sociedades anónimas y sus subtipos y las sociedades por acciones cerradas simplificadas. A ninguna de ellas, se les exige un capital social mínimo.
2. En la realidad jurídico-peruana, el capital social únicamente cumple con su función de organización. Sin embargo, no cumple con sus funciones de producción y garantía, dado que, suele ser inferior a lo necesario para el desarrollo del objeto social y, por lo tanto, produce una obstrucción para la generación de utilidades que solventen las obligaciones frente a sus acreedores. Además, en la realidad práctica será el patrimonio de la sociedad el que responda ante las deudas sociales y el que definirá la situación económica de la empresa. Un capital irrisorio tampoco compensará la responsabilidad limitada de los socios, privilegio que tiene como efecto trasladar los costes de la sociedad. Por otro lado, existen dos regímenes respecto su regulación legal: uno, en el que se exige un monto mínimo, y otro, en el que este es decidido libremente; el ordenamiento jurídico peruano acoge el último régimen.
3. El mecanismo legal de fijación de capital social mínimo consiste en el establecimiento, mediante exigencia legal, de un monto mínimo de capital para la constitución de una sociedad. En el ordenamiento jurídico peruano, se ha establecido un capital social mínimo para determinadas sociedades anónimas: de carácter financiero, de clubes deportivos, de intermediación laboral, de intermediadoras en la bolsa de valores. Este mecanismo se ha implementado, en distintas legislaciones, de forma preventiva ante la infracapitalización. Sin embargo, según la doctrina y

experiencias luego de su aplicación en las legislaciones extranjeras se considera que solo apaciguaría la infracapitalización del tipo material e inicial y no la nominal y posterior; por lo que, no otorga una solución integral al fenómeno mencionado. Por otro lado, en el marco del derecho fundamental de libertad de empresa, y en mérito a la realidad de la peruana, en la que aproximadamente el 90% de las iniciativas empresariales son micro y pequeñas empresas, el mecanismo mencionado, supone una barrera y un mero costo de entrada al mercado, sin proporcionar un solución eficaz e integral al fenómeno de la infracapitalización en las sociedades de capital.

IV. Referencias

LIBROS

1. ALFARO, J. (2008). La responsabilidad limitada de los socios de las sociedades capitales por las deudas sociales: el estado de la discusión. En CÓRDOVA, B. *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*. (pp.71-87). Perú: Editora Jurídica Grijley.
2. ALVA, E. (2018). *Algunos apuntes respecto de los fundamentos económicos de la sociedad anónima cerrada en la Ley General de Sociedades*. En Grupo de estudios sociedades (1° Edición). *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 433-449). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
3. ARIÑO, O. (2004). *Principios de derecho público económico*. Perú, Lima: ARA Editores
4. BORDA, G. (18° Edición). (1993). *Manual de derecho civil, parte general*. Argentina: Editorial Perrot.
5. DE BELAUNDE, J. (2003). Comentario al artículo 76. En *Código Civil comentado: por los 100 mejores especialistas / Código civil comentado por los cien mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
6. CÓRDOVA, B. (2008). La función externa del capital social. En CORDOVA, B. *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*. (pp.125-165). Perú: Editora Jurídica Grijley.
7. ECHAIZ, D. (2009). *Derecho Societario, un nuevo enfoque jurídico de temas societarios*. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
8. ECHAIZ, D. (2012). *Manual de Derecho Societario, Doctrina, legislación, jurisprudencia & casos prácticos*. Perú: Grijley.
9. ESCRIBANO, R. (1998). *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*. Pamplona, España: Aranzandi Editorial.
10. ESPINOZA, J. (6° edición). (2012). *Derecho de las personas*. Lima: Grijley
11. FERNÁNDEZ, C. (12ª edición). (2012). *Derecho de las personas*. Lima: Motivensa
12. FERRARA, F. (1929). *Teoría de las personas jurídicas*. Madrid: Ed Reus
13. FIGUEROA, J. (2018). ¿Qué elementos esenciales debemos considerar al momento de realizar una adaptación a las modalidades de la sociedad anónima? “Ser S.A, S.A.A o ser S.A.C., ese es el dilema”. En Grupo de estudios sociedades (1° Edición). *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 500-520). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
14. GARRIGUES, J. (1987). *Curso del Derecho Mercantil*. Tomo I. Colombia, Bogotá: Temis.
15. GARRIGUES, J. (1987). *Curso del Derecho Mercantil*. Tomo II. Colombia, Bogotá: Temis.
16. GIL, L. (2018). Las sociedades anónimas abiertas en la Ley General de Sociedades. En Grupo de estudios sociedades. (1° Edición), *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 485-499). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
17. GUILLEN, M. (2005) La sociedad anónima cerrada. (S.A.C.). En HUNDSKOPF, O. (Segunda Edición), *Tratado de derecho comercial Derecho societario* (pp. 889-927). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
18. GUTIERREZ, W. (2015). (Tomo II). *La constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

19. GUZMAN, C. (2015). *La constitución política: un análisis funcional*. Lima, Perú: *Gaceta Jurídica*.
20. HERVADA, Javier (2005). *¿Qué es el derecho?: la moderna respuesta del realismo jurídico*. Colombia, Bogotá: Temis
21. HUNDSKOPF, O. (2005). El directorio de las sociedades anónimas. En HUNDSKOPF, O. (Segunda Edición), *Tratado de derecho comercial Derecho societario* (pp. 581-622). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
22. HUNDSKOPF, O. y GARCIA, J. (2005) La junta general de accionistas. En HUNDSKOPF, O. (Segunda Edición), *Tratado de derecho comercial Derecho societario* (pp. 413- 430). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
23. HUNDSKOPF, O. (1° Edición). (2016). *La sociedad anónima, un enfoque teórico y aplicativo*. Perú, Lima: Gaceta jurídica.
24. JIMÉNEZ, R. (2018). La responsabilidad civil de los directores de la sociedad. En Grupo de estudios sociedades. (1° Edición), *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 407-432). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
25. KRESALJA, B y OCHOA, C. (2012). *El régimen económico de la constitución de 1993*. Lima, Perú: PUCP, Fondo Editorial.
26. LANDA, C. (2005). *Constitución económica del Perú: (foro económico Asia-Pacífico)*. Lima, Perú: Palestra.
27. LLAMBIAS, J. (1997). *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Tomo II. Argentina, Buenos Aires: Editorial Perrot.
28. MENÉNDEZ, A. (2006). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Civitas
29. MONDRAGÓN, A. F. (2017). La sociedad anónima y sus órganos sociales. ADAME, A. G. En libro *Homenaje al doctor Othón Pérez del Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*. México: Facultad de Derecho-UNAM.
30. MONTOYA, U. y otros. (11° Edición). (2004). *Derecho Comercial*. Tomo I. Lima: Grijley.
31. MÜLLER- AMACK. (1983). *“Economía Social de Mercado”, Economía Social de Mercado: un proyecto económico y político alternativo*. Buenos Aires: Ciedla.
32. O´ DONELL, G. (2012). *Derecho Privado empresarial, obligaciones y contratos*. Argentina, Buenos Aires: Errepar
33. OKUMA, E. (2018). ¿Los gerentes generales son omnipotentes? En Grupo de estudios sociedades. (1° Edición), *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 433-449). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
34. PALMADERA, D. (2011). *Manual de la Ley General de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica.
35. PICKMANN, F. (2005). La sociedad anónima abierta en la legislación nacional. En HUNDSKOPF, O. (Segunda Edición), *Tratado de derecho comercial Derecho societario* (pp. 928-950). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
36. QUEVEDO, C. (Tercera Edición). (2008). *Derecho mercantil*. México: Pearson.
37. REYES, A. y TRELLES, J. (2005). El Gerente General. En HUNDSKOPF, O. (Segunda Edición). *Tratado de derecho comercial Derecho societario* (pp. 623-646). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
38. REYES, F. (2018). *Ley Modelo de la OEA sobre sociedad de acciones simplificadas*. Lima: Gaceta Jurídica. En Grupo de estudios sociedades. (1° Edición), *Ley General de sociedades, estudios y comentarios a veinte años de su vigencia* (pp. 805 - 900). Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
39. SÁNCHEZ, F. y SÁNCHEZ-CALERO, Juan. (Vigésimo octava edición). (2008). *Instituciones del Derecho Mercantil*. Volumen I. Madrid: Mc Graw Hill.

40. SÁNCHEZ, A. (2007). *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*. Navarra: Thomson Aranzadi.
41. *Civil: Parte general*. Buenos Aires: La Ley
42. TORRES, C. (2º Edición). (2005). Sociedad Anónima. En HUNDSKOPF, O. Tratado de derecho comercial Derecho societario, (pp. 319-362). Tomo I. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
43. TORRES Y TORRES, C. (1987). *Derecho de la empresa*. Tomo I, Lima: Ed. Asesorandía.
44. URÍA, R. (Vigésima octava edición). (2002). *Derecho Mercantil*. España: Marcial Pons.
45. VALDIVIESO, E. (2016). *Derecho de los accionistas en el sistema concursal peruano*. Perú, Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
46. VARSI, E. (1º edición). (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Perú, Lima: Gaceta Jurídica.
47. VÁSQUEZ, O. (1994). *Contratos mercantiles*. Argentina, Buenos Aires: Editorial Porrua S.A.
48. VILLEGAS, C. (1997). *Sociedades Comerciales, De las sociedades en particular*. Tomo II. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
49. VICENT, F. (21ª Edición). (2008). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch

REVISTAS

50. CASTILLO, A. (2011). *Abuso de personificación, develación societaria y extensión de imputación de responsabilidad*, (pp. 7-57). En Revista Venezolana del Postgrado de Derecho Mercantil, N° 1. Venezuela: Universidad de los Andes Venezolana.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

51. ALONSO, C. Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como protección de acreedores. En *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 1, 2007, pp. 127-158. Recuperado de https://eprints.ucm.es/7728/1/03a_ALONSO_LEDESMA%E2%80%A2.pdf
52. ÁLVAREZ, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. En *Revista Ius et veritas*, (N° 48), pp. 43-64. Recuperado de https://2019.vlex.com/#search/content_type:4+jurisdiction:PE/r%C3%A9gimen+econ%C3%B3mico+constitucional/WW/vid/585728406
53. ARAMOUNI, A. (Enero, 2002). *Capital social. Intangibilidad. Reducción del capital social*. Artículos de doctrina, N°2. Recuperado de <https://ar.vlex.com/vid/capital-intangibilidad-reduccion-26542234>
54. ARNAU, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil I*. España: Universitat Jaume. Recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/24162/s6.pdf?sequence=6>
55. ALVA, L. (2018). *Redefinición de capital social y del patrimonio social*. *Revista jurídica del Perú*, N° 23, pp. 290-304. Recuperado de https://nanopdf.com/download/redefinicion-del-capital-social-y-del-patrimonio-social_pdf
56. BONILLA, A. (2001). *Infracapitalización societaria – Supuestos de responsabilidad en el VIII Congreso argentino de derecho societario y IV Congreso iberoamericano de*

- derecho societario y de la empresa de la República Argentina. En Revista de derecho de sociedades N° 20, (pp. 129-149), Argentina: Universidad de Argentina de la Empresa. Recuperado de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/525/CDS08030129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
57. CHANAMÉ, R. (2013). La constitución Económica. *Derecho & Sociedad*, (40), 43-63. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12788>
 58. DÁVALOS, M. (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil*. México: Nostra Ediciones. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/10.pdf>
 59. FERRUZ, L., SANJUÁN, I. y MUÑOZ, Fernando. *Basilea II: Nuevo acuerdo de capital. Análisis Financiero*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/28316834_Basilea_II_nuevo_acuerdo_de_capital.
 60. GOLDEMBERG, J. (2016). *Mecanismo de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis Crítico y Propuesta de Solución*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 27, (pp. 141-125). Recuperado de <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n27/art04.pdf>
 61. HENAO, L. 2015. *Hacia un nuevo modelo de capital social. Revista de Derecho Privado*. En Revista de Derecho Privado N° 28, (pp. 237-273). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4131>
 62. OLIVOS, C. (2011). *Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana*. En IUS, Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, (N° II), pp. 1-21. Recuperado de <https://2019.vlex.com/#vid/425600454>
 63. PALLADINO, J. (2015). *Sobre la importancia del capital social en las sociedades que los socios poseen el beneficio de la responsabilidad limitada y el nuevo código civil y comercial de la Nación*. Revista del Departamento de ciencias sociales, Vol 2, N° 3, pp. 146- 184. Recuperado de <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-09-ARTICULO-PALLADINO.pdf>
 64. PARÍS, M. (Junio, 2013). *Capital social: ¿Quo vadis?*. En Revista Judicial, N°108, pp. 87 – 104. Recuperado de https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista%20108/PDFs/06-quivadis.pdf
 65. PAYET, A. *Sociedad anónima abierta: algunas ideas para la reforma de su tratamiento legislativo*. En Revista Ius Veritas, N° 54, 2017, pp. 16 - 48. Recuperado de <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7bTb3pVL-yOJ:revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/19070/19275+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
 66. PAZ, C. (1983). Sobre la infracapitalización de las sociedades. En *Anuario de Derecho Civil*, N°4, pp. 1587-1640. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/46610>
 67. NISSEN, R. *Infracapitalización de sociedades comerciales, abuso de derecho y responsabilidad de los socios y controlantes*. En VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Recuperado de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/2141/CDS08030549.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
 68. RICHARD, E. (2007). *Sobre el capital social*. En libro colectivo “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti, Buenos Aires:

- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de ba. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2tL1TzAx7AQJ:www.cfa.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artosobreelcapitalsocial/at_download/file+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=pe
69. BARROS, E. y ROJAS C. (2007). *Derecho Civil I, Personas Jurídicas*. Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0207/1/material_docente/bajar?id_material=144402
 70. RODRÍGUEZ, N., BADO, V. Y LÓPEZ, C. (Diciembre, 2019). *El capital integrado en las sociedades anónimas*. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20191225131955/http://www.derechocomercial.edu.uy/clasesoccap01.htm>
 71. STORDOUR, E. (octubre, 2007). Infracapitalización societario, responsabilidad de los accionistas y capital social: un análisis económico. En *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (N° 47), pp. 165 – 262. Recuperado de https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/47_5_stordeur_h.pdf.
 72. VIERA, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social. En *Revista Jurídica de Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM*, (N°21), pp. 197- 224. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gSyBsMZIWkIJ:https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6021/6484+&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
 73. WALDE, J. (2011). *El capital social en las diversas formas de la sociedad anónima, los principios y las diversas funciones que cumple tanto externa como internamente en estas*. En *revista Oficial del Poder Judicial*, Año 4 - 5, N° 6 y N° 7. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb9251804e3b21f2bf4ebfa826aedadc/3.+Jueces++Vicente+rodolfo+walde.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb9251804e3b21f2bf4ebfa826aedadc>

ARTÍCULOS ONLINE

74. ALFARO, J. (25 de Julio de 2017). La doctrina del capital social: el derecho de sociedades como mecanismos de protección de los acreedores. Almacén de Derecho. Recuperado de <https://almacenederecho.org/la-doctrina-del-capital-social-derecho-sociedades-mecanismo-proteccion-los-acreedores/>
75. RODRÍGUEZ, N., BADO, V. Y LÓPEZ, C. (25 de diciembre de 2019). *El capital integrado en las sociedades anónimas*. Internet Archive Wayback Machine. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20191225131955/http://www.derechocomercial.edu.uy/clasesoccap01.htm>
76. LORENZI, G. (21 de noviembre de 2018). *La infracapitalización societaria y sus efectos*. El observador. Recuperado de <https://www.elobservador.com.uy/nota/la-infracapitalizacion-societaria-y-sus-efectos--20181120132424>

ARTÍCULOS DE PERIÓDICO ONLINE

77. ANÓNIMO. (28 de mayo de 2019). *Más de 7.3 millones de unidades productivas en Perú son informales*. Diario Gestión. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/ccl-7-3-millones-unidades-productivas-peru-son-informales-268389-noticia/?ref=gesr>

INFORMES

78. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Informe Técnico N° 04- 2019, Tercer Trimestre, de fecha 30 de setiembre del 2019. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/pbit_2019_iiit.PDF
79. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Informe Técnico N°04 – 2019, Producto Bruto Interno Trimestral, Cuentas nacionales año base 2007. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/pbit_2019_iiit.PDF
80. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Libro Estructura Empresarial, INEI, (2018). Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1703/libro.pdf

TESIS

81. RAMOS, C. (2004). Derechos corporativos individuales del accionista y el financiamiento del objeto social de la sociedad anónima. (Tesis de Maestría). Recuperado de https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1210/Ramos_pc.pdf?sequence=1&isAllowed=y
82. SÁNCHEZ, H. (2011). *El Capital social, presente y futuro*. (Tesis de doctorado). Recuperado de <https://docplayer.es/6952056-El-capital-social-presente-y-futuro.html>
83. SAUVÉ, S. (2016). El capital social de las sociedades anónimas en Costa Rica, análisis de su naturaleza jurídica: ¿un mero formalismo para su constitución? (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://www.kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/75755>.
84. KODZMAN, M. (2017). *Necesidad de implementar en la legislación societaria peruana a la sociedad unipersonal sobreviviente*. (Tesis de Maestría). Recuperado de <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/7960/Tesis%20Maestr%C3%ADaX%20%20Marco%20Aldrin%20Kodzman%20L%C3%B3pez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
85. PUSTILNIK, M. (2014). *¿Es eficiente, en el sentido del análisis económico del derecho, la normativa referente al capital social, su aplicación y contralor en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la infracapitalización de las sociedades anónimas?* (Tesis para maestría) Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Kr8lrnETDIJ:https://es.slideshare.net/susybelloknoll/es-eficiente-lanormativa-referente-al-capital-social-en-caba+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

JURISPRUDENCIA

86. Expediente 0008-2003-AI/TC
87. Expediente N° 3330-2004-AA/TC
88. Expediente N° 1535-2006-AA/TC
89. Sentencia “Veca Constructora SRL”, fallo del 30/06/1980 del Juzgado de Pra. Inst. en lo Comercial de Registro de Argentina
90. Tribunal Constitucional español en la Sentencia 11/81 de fecha 8 de abril del 1981.
91. Fallo 24/08/1987 resultado por la Cámara Nacional de Comercia, Sala E, del caso Ceretti César Roberto c/ Ditto S.A. y otros/ordinario

LEGISLACIÓN NACIONAL

92. Constitución Política del Perú de 1993.
93. Código Civil del Perú de 1948, Decreto legislativo N° 295.
94. Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861, Perú.
95. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Decreto Ley N°21621, Perú.
96. Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861.
97. Ley General de Sociedades, Ley N°26687, Perú.
98. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N°26702, Perú.
99. Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley N°27626, Perú.
100. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1409, Perú.
101. Decreto que promociona la formalización y dinamización de micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada, Decreto Legislativo 1409.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

102. Código de Comercio, Ley N°3284, Costa Rica.
103. Código de Comercio, Decreto 410, 1971, Colombia.
104. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades, 14 de marzo de 2016, México.
105. Ley de Apoyo al capital emprendedor, Ley N° 27349, 13 de abril del 2017, Argentina.
106. Ley de Colombia sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas, Ley N°1258, Colombia.
107. Ley de Sociedades Comerciales, Ley 19.550, Argentina.
108. Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, España.
109. Ley que simplifica el Régimen de constitución, modificación y disolución de las Sociedades Comerciales, Ley N°20.659, 08 de febrero del 2013, Chile.
110. Real Decreto Legislativo 1564/1989, España.
111. Segunda Directiva en el año 1976, Directiva 77/91/CEE del Consejo, de fecha 13 de diciembre de 1976, Comunidad Europea.