

EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES PERUANAS: ROMPIENDO EL MITO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

CORPORATE GOVERNANCE IN PERUVIAN COMPANIES: BREAKING THE MYTH OF PUBLIC CORPORATIONS

ENRIQUE VIGIL OLIVEROS*

LUMEN

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres – Lima, Perú. Magister en Derecho Tributario y Fiscalidad Internacional por la Universidad de San Martín de Porres. Giurista D'Impresa por la Università degli Studi di Bologna-Italia. Post grado en Derechos Humanos, Arbitraje Internacional, Comercio Exterior y Medio Ambiente en la American University – Washigton DC – Estados Unidos. Catedrático de los cursos de Derecho Empresarial, Derecho Corporativo y Títulos Valores de la Universidad Particular San Martín de Porres. Catedrático en los cursos de Introducción al Derecho y Sociedades I en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Corporativo

EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES PERUANAS: ROMPIENDO EL MITO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

*CORPORATE GOVERNANCE IN PERUVIAN COMPANIES:
BREAKING THE MYTH OF PUBLIC CORPORATIONS*

Enrique Vigil Oliveros

Resumen:

El presente artículo desarrolla la naturaleza jurídica de las corporaciones estableciendo que su naturaleza es dual y complementaria, cómo ha sido su evolución, los tipos de corporaciones y su tratamiento normativo. El autor no comparte la idea que nuestras corporaciones sean diferentes al resto del mundo, señala que nuestro ordenamiento jurídico es copia del civil law europeo, sin embargo, podría pensarse en que la idiosincrasia de nuestra sociedad pueda influenciar en las corporaciones, sostiene que existe otra idea errada que los peruanos no podemos tener autorregulación en nuestros actos como si los pueden tener los extranjeros y cometemos actos ilícitos o fraudes a las empresas que en otras latitudes no se podrían ni siquiera imaginar. Culmina sosteniendo que, en el ordenamiento jurídico nacional, nuestra Ley General de Sociedades señala los tipos societarios, pero lamentablemente la mala práctica corporativa permite que, en las Notarías, se constituyan solamente sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada. No existen constituciones, por ejemplo, de sociedades en comanditas, sociedades colectivas.

Palabras Claves:

Corporaciones, gobierno, sociedades comerciales, gobierno corporativo.

Abstract:

This article develops the legal nature of corporations by establishing that their nature is dual and complementary, how their evolution has been, the types of corporations and their regulatory treatment. The author does not share the idea that our corporations are different from the rest of the world, points out that our legal system is a copy of European civil law, however, it could be thought that the idiosyncrasy of our society can influence corporations, maintains that there is another wrong idea that Peruvians can not have self-regulation in our acts as if they can have foreigners and we commit unlawful acts or frauds to companies that in other latitudes could not even imagine. It concludes by stating that, in the national legal system, our General Corporations Law sets out the corporate types, but unfortunately corporate malpractice allows that, in the Notaries, only limited companies or limited liability companies are constituted. There are no constitutions, for example, partnerships, partnerships.

Key words:

Corporations, government, commercial companies, corporate governance.

I. COMENTARIOS PRELIMINARES

Toda sociedad es una persona jurídica organizada. El término organización desde la perspectiva del derecho corporativo no solo significa que existan órganos de disposición y órganos de administración, sino que la conformación de la empresa se estructure de tal manera que se desenvuelva como una unidad en busca de objetivos para mantenerse y desarrollarse en el mercado, es decir con interés social y no con intereses personales de los socios.

Este punto es importante de señalar precisamente porque a diario vemos sociedades que fracasan en el mercado por no considerar el aspecto social por la cual fueron creadas, sino priman los intereses de cada socio. Es un problema constante que data de siglos, recordemos lo que señalaba Adam Smith “Cada individuo se esfuerza por invertir su capital de tal forma a que lo produzca sea del mayor valor. Por lo general, ni siquiera intenta fomentar el interés público, ni saber en qué medida lo está fomentando. Solo mira por su propia seguridad y beneficio”.

Precisamente por este motivo, es que muchas empresas no tienen un crecimiento en el mercado y algunas ni siquiera se mantienen en él, por ello no solo se debe evaluar la constitución de una corporación desde el aspecto legal sino tomando en consideración las características de los empresarios que van a formar y desarrollar la actividad empresarial.

En el presente artículo, se analizará a la corporación y sus efectos dentro del mercado con el objeto de buscar una posible solución para que las empresas nacionales no fracasen en el mercado por causas endógenas en las organizaciones económicas debido a fricciones entre los socios.

II. CONCEPTO DE CORPORACIÓN

Resulta difícil señalar un concepto homogéneo de Corporación, más aún cuando puede tener diversas acepciones. No pretendemos definir a la Corporación como fue en sus orígenes, lo cuales se remontan a la etapa medieval, cuando después de existir un debilitamiento de los feudos por causa de la desprotección de los mismos por las cruzadas, los feudatarios abandonaron los feudos y se dedicaron a las actividades comerciales produciéndose dos fenómenos económicos muy importantes, la venta de productos de manera temporal en diferentes plazas creándose las ferias y después estableciéndose los comerciantes y artesanos de manera estable originando el nacimiento de los mercados. Es allí, cuando se da por primera vez el término de corporación pero no como actividad económica sino como agrupación o reunión como lo señala Montreuil, Jean. Ahora el término corporación visto desde la perspectiva económica y ética Giancarlo Carbone la considera como una estructura viva que se desarrolla en el mercado de manera eficaz.

Si nos referimos a una organización, el objetivo principal de esta desde el punto de vista económico es generar un beneficio económico, por ello deberá de concatenar los factores de la producción. Es allí, que pueda ocurrir que sólo se contemple la finalidad lucrativa y se deje de lado otros aspectos dentro de la corporación. Ello podría suponer no solo verificar a los socios que la conforman sino también a los colaboradores que desarrollan la actividad, sólo si existe un trabajo en equipo la corporación podrá mantenerse en el mercado y crecer en el mismo, por ello la organización laboral juega un rol preponderante en las corporaciones, como señala Zangari al definir a la corporación.

Toda esta estructura interna señalada de la Corporación, formada básicamente por los socios y sus colaboradores no tiene un objetivo simplemente lucrativo sino forma parte de una estructura mayor que es la sociedad humana como comunidad por ello si nos remitimos al origen etimológico ella tiene es una creación al servicio de la colectividad, es pública como lo establece Alonso Martin.

Como vemos, el término corporación no tiene una definición exacta por cuanto existen varios criterios para entenderla, considero que dentro del Derecho Corporativo lo que se pretende establecer es que una corporación tiene una naturaleza dual y complementaria. Por un lado, es la organización conformada por los emprendedores y colaboradores (estructura interna) y por el otro lado encontramos a sus *stakeholders* o grupos de interés como los clientes, proveedores, entidades estatales, etc. (estructura externa). No podrá hablarse de corporación si ambas estructuras no funcionan y coadyuvan de manera conjunta.

III. EVOLUCIÓN DE LA CORPORACIÓN

Como indiqué anteriormente citando a Montreuil, Jean, quien narra la Historia de Europa Medieval, la corporación era una asociación de artesanos, sin embargo el origen de esta institución se remonta a la Edad Antigua y existen indicios a través de los historiadores romanos que esta asociación ya se regía en el Imperio Romano como señala Plutarco.

Las corporaciones sufrieron un primer traspie cuando Julio Cesar ordenó su eliminación.

El termino corporación se fue ampliando y no solo abarcaba a las asociaciones de trabajadores de oficio, sino también a las asociaciones de trabajadores. Es importante aquí señalar que inclusive en nuestros días se siga compartiendo en algunos lugares a la corporación como institución gremial como lo señala Fanfani, Amintore.

Ya en la edad media como hemos visto las Corporaciones cobran notablemente auge en Europa a través de las conformadas por comerciantes y artesanos.

Es importante ver el desarrollo de las corporaciones en la Edad Contemporánea, por cuanto luego de la Revolución Francesa que puso las bases para el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas a través de la igualdad, fraternidad y libertad y el cambio en la legislación a través de las reformas napoleónicas, acontecen dos revoluciones sumamente trascendentales para la humanidad en el aspecto económico y laboral, las famosas Revoluciones Industriales. No es como se piensa que estas revoluciones permitieron el desarrollo de las corporaciones, por el contrario, permitieron la disolución de muchas de ellas por el ingreso de las maquinarias, como lo refieren Alcalá-Zamora y Castillo, Luis y Cabanellas, Guillermo.

Este es un hito dentro de la Corporaciones por cuanto después de esos primeros años donde se disputó la mano de obra frente a la producción en serie, cambia no sólo el concepto de Corporación vista llama como empresas que producen en serie sino transforma la economía mundial, como dice Cazadero, Manuel.

En Europa si bien vemos la evolución de la Corporación principalmente en Inglaterra donde se inició la Revolución Industrial y en Francia como hemos señalado anteriormente, en Italia las corporaciones tuvieron un tratamiento sui generis en cuanto a su composición y tratamiento del Estado, como refiere Persiani, Mattia.

En los acontecimientos nefastos para Europa y la humanidad, como fueron las guerras mundiales, la política influenció en las corporaciones, siguiendo con Italia, Benito Mussolini que impuso el fascismo llevó a las ideas del corporativismo al Estado Italiano.

El fin de la segunda guerra mundial, el auge de Estados Unidos como vencedor de la guerra Mundial, produjo un cambio en la evolución de las corporaciones que se circunscribió en las grandes empresas que dominaron el mercado. A finales del siglo pasado ya estas unidades productivas se expandieron por todo el mundo a través de filiales y sucursales manejadas desde una matriz conforme la estadística señalada por Álvarez Béjar, Alejandro.

IV. TIPOS DE CORPORACIONES

Después de analizar el concepto y la evolución de las corporaciones, se puede inferir que no existe un solo tipo de corporaciones. En realidad, cuando se hace esta pregunta a diferentes personas, cada una tiene su propio ejemplo de corporación. Para algunas son las grandes empresas transnacionales,

para otras personas sigue siendo las agrupaciones sindicales. Pocos, sin embargo, no saben que las corporaciones también pueden ser asociaciones sin una finalidad lucrativa, como en el caso de las logias masones. Así lo señala Palacios, Alfredo L. Cabe señalar que por su naturaleza solidaria la figura jurídica sin fines de lucro ha sido asociada al empresarismo social.

Por ello, es propósito de este artículo sólo establecer los tipos más importantes de las corporaciones a nivel económico, por ello podríamos citar aquí a las organizaciones empresariales con finalidad lucrativas, es decir solo las empresas comerciales y no las civiles, allí estas corporaciones pueden adoptar a nivel mundial cualquier estructura sea por una persona o un conjunto de personas que conforman una sociedad. Nos llama siempre la atención el auge de las corporaciones norteamericanas, las cuales tienen un tratamiento jurídico distinto al nuestro por las reglas del *common law* y en ese sentido es bueno entender la naturaleza de las corporaciones S y las corporaciones C, que son estudiadas por Susan A. Keller, Esq. Edwards & Angell, LLP.

Existe también la conocida corporación diversificada la cual procura abarcar nuevos mercados a través de sus unidades comerciales, como lo señala Audet, M.

Para entender mejor lo que es una corporación diversificada, es más entendible con el ejemplo del árbol donde se compara la estructura de este tipo de organización Dale, B., Barlow, E.

Estas corporaciones no sólo tienen unidades de producción sino deben tener competencias establecidas para la gestión de la misma Bourbonnais, J. P., Gosselin, A.

V. GOBIERNO CORPORATIVO

El gobierno corporativo es el conjunto de normas, principios y procedimientos que regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una empresa. En concreto, establece las relaciones entre la junta directiva, el consejo de administración, los accionistas y el resto de partes interesadas, y estipula las reglas por las que se rige el proceso de toma de decisiones sobre la compañía para la generación de valor.

El Gobierno Corporativo está orientado en el poder de decisión que tienen los socios para proteger y acrecentar sus inversiones conforme lo señala. Francisco Aníbal Ganga Contreras, José Ricardo Vera Garnica

Por otro, el gobierno corporativo debe analizar la contratación, contemplando el riesgo como lo señala también Ganga Contreras, Francisco Aníbal y Vera Garnica, José Ricardo.

Este gobierno debe contemplar los derechos y deberes de los accionistas y de los órganos de la sociedad Francisco Aníbal Ganga Contreras, José Ricardo Vera Garnica.

Creemos que el Gobierno Corporativo se puede dar en cualquier empresa comercial, no solo en las sociedades de capitales, es cierto que se inició este tipo de control en las sociedades anónimas específicamente, según el sistema Anglosajón que se refería a corporación a las compañías que cotizaban sus acciones en la Bolsa de Valores, pero ello es el inicio y en la actualidad el Gobierno Corporativo está en cualquier tipo societario donde los socios ejercen el control para el crecimiento de la empresa.

Un concepto propio de Gobierno Corporativo está enfocado en las relaciones que existen entre los órganos de decisión y de administración en la empresa para tomar decisiones velando por la protección de los derechos no sólo de todos los miembros que conforman la sociedad sino también de los grupos de interés.

VI. LAS CORPORACIONES PERUANAS

Uno de los grandes problemas que tiene toda persona para realizar una actividad comercial es elegir el tipo societario o el modelo empresarial más idóneo. Ello debido a que en nuestro país ser empresario no es una profesión, basta con tener capacidad de goce y de ejercicio para realizar la actividad empresarial.

No comparto la idea que nuestras corporaciones sean diferentes al resto del mundo, nuestro ordenamiento jurídico es copia del *civil law* europeo, sin embargo, podría pensarse en que la idiosincrasia de nuestra sociedad pueda influenciar en las corporaciones. Existe otra idea errada que los peruanos no podemos tener autorregulación en nuestros actos como si los pueden tener los extranjeros y cometemos actos ilícitos o fraudes a las empresas que en otras latitudes no se podrían ni siquiera imaginar. Ponemos, como modelo a seguir a las empresas norteamericanas, sin percatarnos que en ellas también no se cumplen los parámetros de gobierno corporativos y responsabilidad social empresarial como en el caso ENRON tratado por Richard Mattessich. El caso ENRON es uno de los escándalos financieros más grandes que ha vivido Norteamérica.

Por ello, no pretendo con este artículo señalar el aspecto sociológico que considero no influye en la conformación de las corporaciones, tampoco creo que el mercado desde el aspecto sociológico del poblador peruano juegue un rol preponderante. Si verificamos los negocios actuales, vivimos sumergidos en franquicias internacionales que marcan la tendencia de consumo en nuestro país.

En ese orden de ideas, considero que debemos tener en cuenta ciertos criterios de estructura para comprender a las sociedades peruanas:

VI.I ELEMENTOS ESENCIALES

Son aquellos obligatorios para la existencia de la empresa. Se clasifican en:

VI.I.I Elemento humano: Emprendedor-Emprendedores

Este elemento está conformado por la persona natural con capacidad jurídica plena, es decir, con capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sin restricciones para realizar actividad comercial.

Es importante señalar, que el emprendedor (en el caso de una empresa unipersonal o de una E.I.R.L) o los emprendedores, cuando se trate de sociedades, no dejarán de tener esta condición, luego de constituir la empresa o sociedad, debido a que, al convertirse en empresario o socios, respectivamente, siempre continuarán siendo emprendedor o emprendedores, porque sus actividades están relacionadas con su objeto social.

VI.I.II Elemento material: Capital

El capital es un elemento esencial para la constitución y funcionamiento de una empresa o sociedad, El capital puede estar conformado por bienes materiales o inmateriales. En el caso de bienes materiales, estos, a su vez pueden ser expresados en bienes inmuebles o muebles.

No es requisito que una empresa o sociedad aporte sólo dinero, puede darse el caso de que el aporte se trate de bienes inmuebles o muebles o bien, ambos.

VI.I.III Elemento subjetivo: Finalidad

Este elemento se confunde con el fin lucrativo. No es lo que persigue el empresario ni lo que buscan los socios. Los elementos esenciales son de la empresa. Por ello, al referirse al elemento subjetivo, se hace alusión a la finalidad de la empresa: para qué fue creada, cuál es el objeto social de la misma.

Este objeto social debe ser física y jurídicamente posible. No se trata de comercializar algo irreal o ilícito.

En el siglo pasado, se consideraba que la finalidad podía ser lícita o ilícita. Por ello, como bien lo establecía Rocco, se hablaba de que el acto de comercio no es un acto jurídico, sino simplemente un acto humano, que incluía el aspecto social o económico. De acuerdo con esa definición, se consideraban empresas a la mafia, la trata de blancas, el contrabando puesto que generaban una utilidad. En la actualidad, y siguiendo la definición de Bolaffio, los actos de comercio son actos jurídicos y en consecuencia deben ser lícitos. Esta clasificación de empresas ha sido suprimida.

VI.I.IV Elemento Aleatorio: Riesgo

Toda empresa, necesariamente, debe asumir un riesgo. Este está enmarcado por factores endógenos y exógenos cuando se realiza una actividad comercial. El éxito o fracaso dependerá no solo de la parte interna de la empresa sino de factores externos al comercializar bienes o servicios. Por ello, las empresas no pueden eliminar este elemento esencial, sólo podrán en algunos casos minimizarlos con estrategias corporativas para poder obtener resultados favorables, o al menos reducir las pérdidas que pudieran ocasionar.

VI.II ELEMENTOS NO ESENCIALES

Son los que coadyuvan al desarrollo de la empresa, sin embargo, se pueden prescindir de ellos, se denominan colaboradores.

Como hemos establecido el emprendedor o emprendedores conforman el elemento esencial de la empresa. Desde un punto de vista jurídico, los principales colaboradores son los siguientes:

VI.II.I Trabajadores

Si bien los trabajadores realizan actividades propias para cumplir el objeto social, ellos no son parte de la empresa porque no obtienen utilidades ni asumen las pérdidas de la empresa. Ellos simplemente colaboran con la actividad comercial, pero quien dirige los destinos de la misma es el empresario. Si bien es cierto, el Decreto Legislativo N°892, concordante con la Ley 28464, establece la participación de los trabajadores en las utilidades, debemos interpretar adecuadamente la normatividad, la que establece parámetros y condiciones para la entrega de utilidades a los trabajadores. Sin embargo, el reparto de las utilidades, obtenidas por la actividad comercial, no es igual al de los socios. Además, si fuera cierto que el tratamiento hacia los trabajadores ha variado y son parte de la empresa, tendrían, de igual modo que participar en la pérdida del negocio, supuesto negado en la actividad comercial por ser exclusivamente del emprendedor.

VI.II.II Financistas

Un elemento esencial de la empresa es el capital, por ello, los emprendedores consideran que una determinada actividad comercial requiere de mayor capital que aquel que puedan brindar con sus aportes. Es necesario entonces, para entrar a un mercado competitivo, iniciar una actividad comercial con el capital adecuado, por ello recurren a un colaborador, en este caso, a un financista que puede ser cualquier persona natural o personas jurídicas como las entidades financieras o bancarias. En ambos casos, los colaboradores darán un mutuo al emprendedor, a cambio del pago de la obligación más un interés pactado. El colaborador, vencido el plazo, requerirá al empresario para que cumpla con su obligación y este, a su vez, abonará lo acordado.

Para graficar la idea, pongamos un ejemplo:

Juan solicita un mutuo al Banco XYZ por la suma de diez mil soles, por el plazo de un año, que le servirá de capital para su empresa ABC. Al cabo del año, Juan debe pagar al Banco XYZ la cantidad de doce mil soles, que abarca el total del préstamo, más los intereses pactados. Se pueden dar dos situaciones antes del cumplimiento del plazo.

Primera situación: Durante el año, la empresa ABC no obtiene utilidades, más bien el negocio cada vez presenta menos clientela. En este supuesto, el Banco XYZ exige el pago total de la obligación porque no es parte del negocio, no es un inversionista, simplemente es financista.

Segunda situación: Durante el año, la empresa ABC obtiene utilidades superiores a sus expectativas. En este supuesto, el Banco XYZ no puede exigir más de lo pactado porque no es parte de la empresa, solamente es un financista.

VI.III ELEMENTOS INTEGRADORES

Son aquellos que permiten cumplir el objeto de la empresa. Se clasifican en:

VI.III.I Establecimiento

Es el domicilio geográfico de la empresa. Cuando se constituye una empresa, lo primordial es el territorio donde se va a desarrollar la actividad comercial. Entiéndase por territorio el país, la región o departamento y la provincia. Se confunde al pensar que la empresa para constituirse requiere obligatoriamente de un domicilio físico. Lo que se requiere es un domicilio fiscal, por ello no hay ningún impedimento que el empresario señale su domicilio real solo para el efecto tributario y que pueda funcionar la empresa, inclusive, en otro lugar o simplemente dedicar su actividad por delivery.

VI.III.II Clientela

Considerado el elemento exógeno de la empresa. El cliente es aquel que es considerado la razón de ser de la empresa, las utilidades no se obtendrían si no existieran clientes. Pero ello, no significa que para que una empresa exista jurídicamente, se requiera clientela. La empresa se constituirá, pero no obtendrá una utilidad.

VI.III.III Nombre Comercial:

Es aquel signo distintivo que identifica a la persona natural o persona jurídica que realiza actividad comercial. El nombre comercial es aquel con el que los consumidores conocen a la empresa, difiere de la denominación social o razón social. Según sea el caso, en que estas últimas sean los nombres que identifiquen a la empresa ante el Registro de Personas Jurídicas. Un ejemplo, en el caso peruano, es SAGA FALABELLA. Es el nombre comercial con el cual identifican su empresa, pero como persona jurídica sujeta a derechos y obligaciones, es SAGA FALABELLA S.A. De allí, que el nombre comercial, no necesariamente debe ser inscribible ante la autoridad que protege la propiedad industrial, que, en el caso peruano, es el INDECOPI; bastará probar el uso del mismo para obtener su reconocimiento.

VI.III.IV Marcas:

Signo distintivo que identifica a un producto o servicio. Las marcas pueden ser de diversas clases, como, por ejemplo: marcas denominativas, gráficas, colectivas y mixtas. Además, debemos señalar que al igual que el nombre comercial, pueden existir marcas registradas y marcas no registradas dependerán de su uso para obtener una protección legal. Este signo distintivo, también en el caso peruano, es inscribible ante el INDECOPI.

VI.III.V Lemas Comerciales:

Signo distintivo que permite la promoción de la empresa, no sólo de su nombre comercial sino también de una marca. Puede ser una frase, palabra o leyenda (Montoya, 2004) Está conformada por una frase o leyenda. Por ejemplo, Polystel el lema comercial es el siguiente: “se mantiene joven, aunque pasen los años”. No es obligatorio que una empresa mantenga un mismo lema comercial, puede cambiarlo cuantas veces desee. Al igual que el nombre comercial o la marca, su inscripción es facultativa. Su eficacia jurídica será aprobada por el uso.

VI.IV. SOCIEDAD

Desarrolló los elementos de la empresa, cabe preguntarse si en nuestro país, los elementos son excluyentes y exclusivos de las sociedades de capitales, por antonomasia, la Sociedad Anónima. Como podemos ver, el mercado se conduce con empresas unipersonales, empresas de responsabilidad limitada y sociedades no siendo sólo las sociedades anónimas.

Es por esta razón, que lejos del concepto que se tiene de gobierno corporativo en sociedades de capitales y en relación a las sociedades anónimas, en el Perú se puede tener un gobierno corporativo como lo exige el propio mercado económico, en cualquier tipo de sociedad. Por ello, es relevante previamente analizar el concepto de sociedades y ver sus principales ventajas y desventajas y verificar si al final existe un tipo societario idóneo para un determinado negocio o dependería de las características propias del emprendedor.

La sociedad es aquella organización conformada por dos o más personas, con el fin de realizar actividades comerciales que permitan obtener una utilidad.

La Ley General de Sociedades define el contrato de sociedad, sólo se limita a señalar en su artículo 1º, el aporte de bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas y el artículo 4º referirse a la pluralidad de socios.

En cuanto a este último punto, la pluralidad de socios, es importante señalar que debemos considerar como otras legislaciones, las sociedades unipersonales diferentes a las empresas individuales de responsabilidad limitada. Nuestra ley no las contempla, lo cual imposibilita la creación de empresas de gran envergadura por no contar con el número mínimo de socios. Así, por ejemplo, una persona que es un comerciante exitoso, con grande poder adquisitivo, no puede constituir una sociedad debido a que necesariamente requiere, por lo menos, de una persona más, sea esta natural o jurídica, por lo que miles de sociedades en el país poseen socios “fantasmas”, es decir, aquellos, que suscribieron un contrato de sociedad por el solo hecho de ayudar a la otra persona a fin de obtener el mínimo necesario, sin tener al menos el *affectio societatis*.

Ventajas

- **Capacidad profesional:** Los socios se unen con el propósito de desarrollar sus actividades profesionales. Es indiscutible que, en una sociedad de estas características, los socios no se unan por el capital que pudieran tener y aportar a la sociedad, su finalidad es aportar sus conocimientos, y, en consecuencia, su capacidad profesional individual plasmarla en favor de la sociedad. Por ejemplo, si existiesen cinco abogados exitosos, cada uno, en una determinada especialidad del derecho, lo que buscarán estas personas no serán crear un estudio jurídico en las que algunos aporten mayor capital que otros, sino el objetivo principal de la constitución de la sociedad es crear un bufete que brinde asesoría en diferentes áreas del derecho.

- **Capacidad de endeudamiento:** La sociedad, al tener responsabilidad ilimitada y solidaria, puede obtener mayor extensión de créditos. Así, un financista, sea este privado o público se sentirá respaldado por los créditos solicitados, por las sociedades de personas al tener como garantía, los bienes personales de los socios.
- **Aporte de Servicios:** La sociedad de personas admite el aporte de los socios de servicios y no sólo de bienes. A diferencia de la sociedad de capitales, los socios pueden aportar servicios.

Desventajas

- **Objetos sociales limitados:** Las sociedades de personas no pueden realizar todas las actividades comerciales, existen restricciones señaladas por la ley. Así, por ejemplo, las entidades bancarias o financieras obligatoriamente, se tienen que constituir como sociedades de capital, específicamente, bajo la forma de sociedades anónimas.
- **Dilación en los trámites:** Las sociedades de personas requieren el acuerdo por unanimidad de sus socios para la modificación del estatuto. No basta que en la asamblea se emita un acuerdo, se plasme en un acta y ésta se legalice y se presente en los Registros Públicos, como sucede en las sociedades de capitales, el trámite es mucho más extenso, las modificaciones al estatuto, necesariamente, se deben realizar por escritura pública e inscribirse en los Registros Públicos. Ello conlleva plazos más prolongados, que pueden ocasionar el retraso de las actividades comerciales.
- **Responsabilidad ilimitada y solidaria:** Si bien puede ser una ventaja, en muchos casos se convierte en desventaja, sobretodo en sociedades en vía de extinción que poseen más pasivos que activos. Se señaló, la responsabilidad ilimitada y solidaria podría servir para solicitar créditos de mayor envergadura, pero qué sucede con las sociedades de personas que se encuentran en suspensión de pagos o en quiebras técnicas; en estos casos, para salir ordenadamente del mercado, es necesario que, vía procedimiento concursal, sea preventivo u ordinario, lleven a cabo la disolución de la empresa y la posterior liquidación de la misma, antes que se produzca la extinción. En esta segunda etapa, los pasivos serán cubiertos por los activos de la empresa. En caso de que los activos de la empresa no cubran los pasivos, se recurrirá a los bienes personales de los socios.

Sociedades Capitales

La sociedad de capitales se forma con el acuerdo de voluntades de dos o más personas que se unen con el propósito de realizar una actividad cuya finalidad es lucrativa, y esta se constituye con el capital de cada socio. Lo importante en este tipo de sociedades, es que no se considera al socio como persona, sino por el capital que aporta, de allí que existan socios mayoritarios y minoritarios. Al ser preponderante el capital y no la persona en esta clase de empresas, los socios pueden cambiar sin necesidad de los demás socios.

Ventajas

- a) **Responsabilidad limitada:** Los accionistas no tienen responsabilidad personal. Los acreedores tienen derecho sobre los activos de la sociedad, no sobre el patrimonio personal de los socios.
- b) **Facilidad de acumulación de capital:** Un paquete de acciones puede ser puesto en venta ya sea entre los socios u otros inversionistas, en el caso de las sociedades que

cotizan en bolsa. Esta operación se realiza mediante las OPAS (Ofertas Públicas de Acciones), en las que se ofertan acciones con derecho a voto y que se cotizan en la Bolsa. Este tema será tratado más adelante, en lo concerniente a OPAS.

- c) **Negociabilidad de las acciones:** Las acciones al ser consideradas bienes muebles, pueden trasladarse con facilidad. Los socios pueden vender, usufructuar sus acciones o darlas en garantía. Como lo más importante, en las sociedades de capitales, son las acciones y no las personas, por ello nada impide que dichas acciones cambien de propietario o que sean dadas en garantía o en usufructo.
- d) **Administración profesional:** Como es la principal razón de ser de las sociedades de capitales, se puede contar con un Directorio, puesto que generalmente está conformado por expertos profesionales. Esta es una gran ventaja, las personas no son lo más importante sino el capital, ya que aquellas no poseen los conocimientos profesionales para desarrollar el objeto social.

Desventajas

- a) **Altos impuestos:** Las sociedades de capitales, pagan tributos más onerosos en el caso de los dividendos.
- b) **Mayor regulación:** Existe un mayor control por parte del Estado a través de diversas leyes, que muchas veces obstaculizan el normal funcionamiento de la empresa y no le permiten cumplir con sus objetivos.
- c) **Limitación crediticia:** Al tener una responsabilidad limitada no obtienen una línea crediticia mayor a las condiciones económicas de la empresa.

VII. EL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS CORPORACIONES PERUANAS

Las prácticas de buen gobierno toman cada vez más importancia en el país, *“para elevar estándares de transparencia, trato justo, independencia y profesionalismo de la administración, resultando un medio adecuado para alcanzar mercados corporativos”*

Entonces para que nuestras sociedades ingresen, se mantengan y se desarrollen en el mercado, es necesario señalar:

¿Cuál es el tipo societario que conviene?

De lo expresado anteriormente, se concluye que cada tipo societario, tanto la sociedad de personas como la sociedad de capitales, tiene sus propias ventajas y desventajas, las cuales dependerán de las características del empresario.

Sólo existe una excepción cuando la propia ley establece el tipo societario a seguir, como es el caso de las entidades financieras y bancarias, las que obligatoriamente se deben constituir en sociedades anónimas.

Sin embargo, de no existir impedimento o restricción legal, se debe analizar, en primer lugar, las características del empresario, así como la duración del negocio.

Es frecuente ver un negocio con diferentes tipos societarios, como la sociedad civil de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad comercial de responsabilidad limitada, empresa individual de responsabilidad limitada.

Una ferretería puede estar conformada por los tipos mencionados. En consecuencia, no hay un tipo mejor que otro, dependerá del aspecto subjetivo del empresario, en un primer momento, y de las restricciones que señala la ley.

En el ordenamiento jurídico nacional, nuestra Ley General de Sociedades señala los tipos societarios, pero lamentablemente la mala práctica corporativa permite que en las Notarías, se constituyan solamente sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada. No existen constituciones, por ejemplo, de sociedades en comanditas, sociedades colectivas.

Inclusive diversos estudios jurídicos donde predominan las personas, se constituyen en sociedades anónimas cerradas.

Se considera que es la labor de un especialista en Derecho Corporativo proponer el modelo más adecuado para un determinado emprendedor de acuerdo a sus intereses en el negocio.

El primer cuestionamiento es identificar la actividad que se desea realizar. Una empresa que va a dedicarse a la actividad financiera deberá obligatoriamente constituirse como sociedad anónima, de acuerdo con lo expresado anteriormente. Si no fuera ese el objeto, entonces se debe identificar que es lo que se desea realizar en el mercado y analizar las condiciones del empresario.

El segundo cuestionamiento es la duración de la actividad. Si, la actividad comercial es por un período indefinido, se analizará el tipo societario que más se adecue a la personalidad del empresario, pero si el negocio es por un período temporal, se tendrá que pensar en la posibilidad de realizar un contrato asociativo, en vez de un contrato de sociedad. Así, por ejemplo, el mundial de fútbol y la gran afluencia de turistas en un determinado lugar, era lógico suponer que se crearían negocios para satisfacer las necesidades de los mismos, pero por un tiempo determinado, por ello no tendría sentido crear una sociedad.

El tercer cuestionamiento son los costes de constitución y mantenimiento. Si la actividad no persigue un crecimiento rápido de sus actividades y los socios son familiares, por ejemplo, convendría más una sociedad de personas que una sociedad de capitales, sobre todo por los costos de mantenimiento.

Como se aprecia, no es cuestión de meditar que un tipo societario por sí mismo, es mejor que otro, sino dependerá de lo que realmente se desea realizar. Esta concepción no es entendida en nuestro ordenamiento al pensarse que la mejor sociedad es la anónima frente a las otras clasificaciones de sociedades. Este problema que no solo se presenta en nuestro país, sino en otras latitudes como es el caso de España, como bien lo señala el autor español De Elzaguire, José María al comentar: “La base de partida: la sociedad interna (*societas*), un error muy común, en el enfoque del Derecho de sociedades, constituye partir de la cúspide y no de la base; del supuesto más complejo y no del más sencillo. Así, tomando como modelo la sociedad anónima (el subrayado es nuestro), las demás formas societarias resultan deficientes.

Por lo anteriormente expuesto, deberemos analizar las características del empresario y sus grupos de interés para poder definir el gobierno corporativo idóneo. En este sentido, si recordamos que el gobierno corporativo es conformado por normas y principios, se debe realizar un estudio del objeto social de la unidad económica para definir las normas (aspecto jurídico) y ver el sistema más conveniente para el desarrollo de la sociedad. Sin embargo, en cuanto a los principios (aspecto ético) el examen será única y exclusivamente verificando como abogado corporativo, las conductas de los shareholders y satekeholders para definir una estructura de principios acorde a la dirección y gestión de la sociedad.

Los principios, por ello, no son taxativos y de cumplimiento obligatorio, sino son de *Soft Law* y con ello pueden modificarse, suprimirse o crearse nuevos conforme los requerimientos de la compañía. El gran error de las sociedades peruanas con gobierno corporativo que no llegan a concretarse en un Buen Gobierno Corporativo (BGC) es decir la sinergia entre los *shareholders* y *stakeholders* producto del cumplimiento del Gobierno Corporativo, es que no logran concretar un Gobierno Corporativo idóneo a la sociedad, sólo se limitan a copiar modelos de los principios de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) por ejemplo no trasladándolos a la realidad.

En consecuencia, la tarea previa para que las sociedades peruanas puedan contar con un Gobierno Corporativo se traduce en proponer un modelo adecuado salvando los cuestionamientos y seleccionando o creando los principios idóneos acorde con la sociedad que se está analizando para el mercado nacional.

VIII. CONCLUSIONES

1. La corporación no supone una gran unidad económica, se puede utilizar el término corporación a cualquier entidad que realice una actividad con finalidad lucrativa donde se establezca órganos de decisión y administración.
2. El Gobierno Corporativo está compuesto por un normas y principios que rigen entre los *shareholders* y los *stakeholders* para el mejor funcionamiento de las corporaciones.
3. Los elementos de las empresas son idénticos para todo tipo societario, por ello la elección de una sociedad se basa en las características del empresario, salvo que la Ley regule expresamente la forma societaria para determinado objeto social.
4. Las corporaciones peruanas deberán adoptar un gobierno corporativo de acuerdo a las características de los empresarios que realizan la actividad y sus grupos de interés, no por el modelo que hayan elegido conforme a la norma societaria.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 16 de junio de 2018