

Por:
Víctor Herrada Bazán*

LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL Y LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, ¿UNA SOCIEDAD INTUITU PECUNIAE?

Resumen

Desde una perspectiva enteramente dogmática, la sociedad anónima es concebida como un tipo societario de carácter esencialmente *intuitu pecuniae*. Aunque esta concepción es asumida hasta nuestros días por la mayor parte de la doctrina nacional y en buena parte de nuestra jurisprudencia, un análisis de nuestra legislación societaria nos permitirá descartar dicho carácter de esta forma societaria. Esto tiene grandes implicancias en la admisibilidad de algunas figuras jurídicas no previstas expresamente en nuestra Ley General de Sociedades, por vía estatutaria, en la medida en que no sean incompatibles con su naturaleza jurídica. Este trabajo busca defender la no esencialidad del *intuitu pecuniae* como característica de la sociedad anónima, desde un marco general de difícil tratamiento: los llamados principios configuradores del tipo social.

Palabras clave: Principios configuradores del tipo, sociedad anónima, *intuitu pecuniae*, derecho societario, ley peruana.

Abstract

From a dogmatic perspective, the public limited company is viewed as an *intuitu pecuniae* corporate. Although this view is taken until today for most of the Peruvian doctrine and jurisprudence, a review of our corporate law allow us to discard that character from this corporate type. This has major implications for the admissibility of certain conditions in statutes, not expressly provided in Peruvian law, insofar as that they are not incompatible with its legal status. This paper defends the non-essentiality of *intuitu pecuniae* characteristic of public limited companies, by treating about essential elements of corporate forms in Peruvian law.

Keywords: Corporative types, public limited company, *intuitu pecuniae*, Corporative law, Peruvian law.

* Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Piura. Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo por la misma casa de estudios. Doctorando por la Universidad de Valladolid (España). Email: victorherrada@udep.pe.

Sumario

1. Introducción. 2. Los principios configuradores del tipo social como límite a la autonomía de la voluntad. 3. Según la doctrina: el *intuitu pecuniae* y las características esenciales de la sociedad anónima peruana. 4. Un necesario trasfondo histórico: la ley y la autonomía de la voluntad en la evolución del derecho societario peruano. 5. Sobre el *intuitu pecuniae* como rasgo esencial de la sociedad anónima. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los llamados principios configuradores del tipo social tienen origen en la doctrina y, en algunos casos, han tenido efectos bastante claros a nivel legislativo. Si bien su determinación supone una tarea bastante ardua, considero que existe bastante apoyo en la doctrina para asumirlos como límites de la autonomía de la voluntad, basados en aquellas características esenciales de cada tipo societario que los hace ser tales por razones de seguridad jurídica.

Dogmáticamente, dentro de la tradicional clasificación de sociedades mercantiles, la sociedad anónima ha sido considerada como una sociedad de capital.¹ Es más, como la sociedad de capital por antonomasia.² Así pues, en contraposición con las sociedades personalistas, este tipo societario se ha caracterizado como uno en el que existe una preponderancia de la efectiva ejecución de la obligación de aportación por sobre las condiciones subjetivas de los socios que la realizan. Esto es, se ha tratado siempre a la sociedad anónima como una típica sociedad *intuitu pecuniae*.

Esta perspectiva ha motivado en muchas ocasiones la inadmisibilidad, en el régimen de esta sociedad, de algunas figuras introducidas en el marco de la autonomía de la voluntad, por considerárseles incompatibles con este principio configurador. Un ejemplo muy gráfico de ello es el rechazo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia peruanas de la figura de exclusión de accionistas, por causales estatutarias, en el marco de una sociedad anónima ordinaria.³ El argumento principal de esta postura se sustenta en el hecho de que solo podría excluirse a un socio por incumplimiento en

1 Cfr. Garrigues y Díaz Cañabate, Joaquín (1987). *Curso de derecho mercantil*. Séptima reimpresión. Tomo 2. Temis: Bogotá, p. 134.

2 Herrada Bazán, Víctor (2015). *Capitalización de créditos y derecho de suscripción preferente*. Lima: Palestra Editores, p. 22.

3 Cfr. en la doctrina peruana, Mercado Neumann, Gonzalo (2002). "La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales". En *Ius et Praxis* 33, p. 123; Echaiz Moreno, Daniel (2009). *Derecho societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 67 y 70; y, *Manual societario*. Segunda edición. Lima: Grijley, 2012, p. 149; y Salas Sánchez, Julio (2008). "Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad". En Castillo Freyre, Mario y otros (coordinador). *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Tomo 3. Lima: Palestra Editores. Cfr. en jurisprudencia peruana, resoluciones del Tribunal Registral 333-97-ORLC/TR de 26 de agosto de 1997 y 112-2000-ORLC/TR de 25 de mayo de 2000; y la STC Expediente 3004-2004-AA/TC de 6 de diciembre de 2004.

la obligación de aportación, pero no por alguna situación que atañe a sus condiciones subjetivas: el carácter *intuitu pecuniae*.

Sin embargo, si bien este punto de vista ha servido (y mucho) para configurar legislativamente a este tipo societario a lo largo de nuestra historia jurídica, considero necesario aterrizar el análisis a lo que actualmente y en estricto regula nuestra Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), debido a una serie de razones que iré desarrollando a lo largo de este trabajo. En efecto, este carácter societario ha supuesto un argumento de peso para definir lo que los particulares pueden o no incluir en el régimen de una sociedad anónima. Por lo tanto, es evidente la necesidad de analizarlo detenidamente para, con ello, determinar si se trata de una verdadera limitación o solo de una fuerte creencia de nuestros operadores jurídicos. Por un lado o por otro, se puede apreciar que el problema tiene importantes consecuencias prácticas.

2. LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La cuestión sobre los principios configuradores (denominados también “elementos esenciales”) del tipo societario es, tal vez, uno de los temas más ríspidos de debatir en el derecho de sociedades.⁴ Aunque su formulación se originó por primera vez hace ya varios años,⁵ su incorporación expresa en la legislación societaria española⁶ ha merecido varios intentos de la doctrina para definirlos,⁷ con no pocas dificultades.⁸

4 Me centraré en el tema de los principios configuradores del tipo sociedad anónima, aunque esta cuestión alcanza a todo el derecho de sociedades.

5 Paz-Ares Rodríguez, Cándido (1997). “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL”. En *Tratando de la sociedad limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 192, nota al pie 65. Este autor opina que la primera formulación general de estos principios aparece en el manual de José Girón Tena, *Derecho de sociedades*. De hecho, a su juicio, su posterior mención en la legislación española como límites a la autonomía de la voluntad tiene un origen claramente doctrinal.

6 Los principios configuradores del tipo social como límite a la autonomía de la voluntad se incorporaron por primera vez en el ordenamiento español en 1989, con la Ley 19/1989 de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades. Cfr. Redondo Trigo, Francisco (2011). “Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 726, p. 2385 y Espina, Daniel (2003). *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Barcelona: Marcial Pons, p. 12. Esto se reflejó, ese mismo año, en la Ley de Sociedades Anónimas española. Su antecesora de 1951 solo hacía referencia a las “leyes” como límites a la autonomía de la voluntad de las partes. Cfr. Velasco San Pedro, Luis (2000). *Negocios con acciones y participaciones propias: estudios jurídicos*. Valladolid: Lex Nova, p. 94.

7 Vid. la enumeración de más de diez principios configuradores de la sociedad anónima que propone Vicent Chuliá, Francisco (1991). *Compendio crítico de derecho mercantil*. Tercera edición. Volumen 1. Barcelona: Bosch, p. 398. Se trata de una lista más que discutible, a mi juicio.

8 En ese sentido, Paz Ares Rodríguez (1997, p. 192) considera que no se ha sido capaz de definir estos principios. Sánchez Ruiz, Mercedes (*La facultad de exclusión de socios en la teoría general*

No obstante, mayoritariamente, al menos, no se ha puesto en discusión su vigencia como límite a la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de sociedad.⁹ De hecho, en el concreto ordenamiento particular del derecho de sociedades, se ha predicado de ellos un papel comparable al de los principios generales del derecho en el ordenamiento considerado globalmente.¹⁰

Se trata de principios que, si bien no se encuentran enunciados formalmente por la legislación, se consideran implícitos.¹¹ Exigen, por tanto, su descubrimiento por *proceso inductivo*, ya que su contenido informa a la legislación y, por ende, nos permitirá obtener una visión armónica de él.¹² Esto tiene especial importancia cuando son considerados como límite de la autonomía de la voluntad.¹³

Girón Tena¹⁴ opinaba que en estos principios se refleja “una particular configuración de la *doctrina de la institución*, en la que entra en juego no solo la estructura

de sociedades. Navarra: Thomson Civitas, 2006, pp. 122 y 123), por su parte, indica que este tema “no permite hacer afirmaciones seguras en este campo” (énfasis añadido). Asimismo, Vicent Chuliá (1991, p. 398) indica que “la determinación y, sobre todo, aplicación a los casos concretos de los ‘principios configuradores de la sociedad anónima’, constituyen un verdadero desafío para la doctrina (con énfasis en el original). Velasco San Pedro, Luis (1997). “Artículo 10. Autonomía de la voluntad”. En Sánchez Calero, Fernando (director). *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo 1. Madrid: Edersa, pp. 321 y 322, también coincide en esta opinión, mencionando que la determinación de estos principios “va a suscitar no pocas dificultades”, así como “discrepancias interpretativas, que lamentablemente podrían frustrar las ventajas clasificadoras que persigue el legislador”. Por último, Garrido De Palma, Víctor (1996). “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”. En Iglesias Prada, Juan Luis (coordinador). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomo 2. Madrid: Civitas, p. 1875, opina que la máxima regulada en el art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas española (actualmente recogida en el art. 28 Ley de Sociedades de Capital española) que establece a los principios configuradores del tipo social como límites a la autonomía de la voluntad “es de difícil puesta en práctica efectiva” (énfasis añadido).

9 Cfr. Duque Domínguez, Justino (1991). “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”. En Alonso Ureba, Alberto et. ál. *Derecho de sociedades anónimas*. Tomo 1. Madrid: Civitas, p. 107.

10 Cfr. Duque Domínguez, 1991: 105.

11 Cfr. Duque Domínguez, 1991: 107.

12 Estos principios son los, llamados por Rodolfo Luis Vigo (*Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 116 y 117), “principios jurídicos positivos sectoriales”. Estos no abarcan a todo el ordenamiento jurídico sino a un sector del mismo. Surgen de una realidad jurídica en específico y a partir de ella pueden extraerse conclusiones generales que iluminan el sector al que dicha realidad pertenece.

13 Paz-Ares Rodríguez (1997: 192 y 193) manifiesta que por tratarse de categorías propias del conocimiento intuitivo, hablar de los principios configuradores del tipo es hablar de figuras ambiguas, imprecisas y oscuras. Se trataría de un ámbito “más metafísico que analítico”. Vicent Chuliá (1991: 397), por su parte, señala que el art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas española (recogido en el art. 28 de la actual Ley de Sociedades de Capital española) formula el principio de autonomía de la voluntad, aunque liberal, en forma inconcreta.

14 Citado por Paz-Ares Rodríguez (1997: 193) y Redondo Trigo (2011: 2385).

combinada y unitaria para la función prevista para cada tipo, sino la concepción de estas organizaciones como cauces dados en *interés general*. El apartamiento de esos criterios originaría *ilicitud*” (énfasis añadido). Por ello, la finalidad de estos principios es “frenar la deformación [del tipo] por vía de la libertad de pactos”. La autonomía privada, por lo tanto, deberá cesar allí donde se detecte un “fraude al sentido y función de los tipos legales”.

Entonces, desde un punto de vista funcional se puede extraer dos ideas de esta enunciación. Así, los principios configuradores del tipo societario:

(i) vienen *dados por la ley* (de allí que se entienda la idea de *ilicitud*) en virtud de *formulaciones doctrinales* que consideran al *tipo social como una estructura*, con un *núcleo duro* en cuanto a su contenido;¹⁵ y,

(ii) permiten *proteger el interés general* ante un eventual *abuso en el ejercicio de la libertad de pactos* que *vulnera lo esencial de dicha estructura*, es decir, determinan un ámbito inmodificable voluntariamente, cognoscible por terceros, que tiene una finalidad de *seguridad jurídica*.

No obstante, en opinión de algún autor, estos principios se constituyen en instrumentos cuya finalidad es preservar un *paradigma institucional* instaurado en el derecho de sociedades. Según critica el profesor Paz-Ares, se trata de una realidad por la cual se presupone la existencia, detrás del texto legal, de arquetipos ideales de las sociedades mercantiles, que expresan una ordenación equilibrada de las relaciones entre socios y, sobre todo, *garantizan la funcionalidad del orden societario*. Como tal, “interpone una barrera infranqueable a la autonomía privada”,¹⁶ en virtud de un *modelo de imperatividad de fondo*.¹⁷

Así pues, serían tres las características (criticadas por el profesor español) propias de este paradigma:

(i) la ley, no como elemento de integración, sino como *instrumento de conformación* del contrato de sociedad;

15 Y por ende, con sus propios elementos, esenciales y accidentales.

16 El análisis que realiza Paz-Ares Rodríguez (1997: 164) tiene como objeto de estudio la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Sin embargo, estos argumentos son razonablemente extensibles a todo el derecho de sociedades, como lo menciona el autor al iniciar su trabajo (vid. p. 163 de la misma obra).

17 Y es que para el profesor español, si creemos que una norma societaria responde a un modelo de imperatividad de fondo es porque, en ocasiones, así lo dice expresamente (por ejemplo, el art. 51 de LGS, norma imperativa que prohíbe la aportación de servicios en la sociedad anónima), pero la mayoría de veces “porque pensamos que lo dice”. Cfr. Paz-Ares Rodríguez, 1997: 163.

(ii) la *voluntad legislativa*, y no la voluntad de las partes, como criterio rector de la producción doctrinal y jurisprudencial del Derecho de sociedades; y,

(iii) la identificación o descubrimiento de esa voluntad legislativa como *tarea primordial del jurista* en el derecho de sociedades, lo que constituye una *metodología positivista*.¹⁸

De este modo, el tipo societario constituiría una máquina jurídica, diseñada y equilibrada por el legislador en la que la voluntad de las partes desempeña un papel residual: llegará hasta donde lo permita el tipo.¹⁹ Y los principios configuradores o elementos esenciales serían rastros positivos de esta premisa, ya que buscan garantizar la “arquitectura”, “esencialidad” o “institucionalización” del tipo societario.²⁰ Así pues, se invocarán a tal efecto para *impedir* la previsión contractual de figuras como las participaciones sin voto en la sociedad comercial de responsabilidad limitada²¹ o la inclusión en el estatuto de causales de exclusión basadas en situaciones personales, entre otras posibles alternativas.²² De hecho, cuando se observa una *combinación atípica o rara*, en palabras del mismo autor, “el primer pensamiento que nos viene a la cabeza es que nos hallamos o bien ante cláusulas materialmente abusivas (que ponen en cuestión el equilibrio de las relaciones entre los interesados) o bien ante cláusulas técnicamente defectuosas (que ponen en cuestión el buen orden o la funcionalidad del sistema societario).”²³

Entonces, como solución a esta forma de entender el derecho de sociedades, Paz-Ares propone un *paradigma contractual* en el que el eje o motor deja de ser la voluntad legislativa, para abrir paso a la *voluntad de las partes*.²⁴ Para él, la regulación societaria, como parte del derecho mercantil, tiene como fin facilitar (incentivar) más que dirigir (sancionar) las relaciones entre privados en virtud de un contrato de sociedad. Así, la ley deberá *suplementar* dicho contrato, y no *dictarlo*, constituyéndose más como una fuente de *integración*.

18 Cfr. Paz-Ares Rodríguez, 1997: 164.

19 Cfr. Vicent Chuliá, Francisco (1991: 394), para quien “la realidad española muestra un extraordinario retraimiento de la autonomía privada, a la hora de crear cláusulas estatutarias adaptadas a las exigencias de la concreta sociedad” (con énfasis en el original).

20 El autor español emplea un lenguaje bastante gráfico, al considerar que los tipos societarios serían una especie de automóviles, en donde la voluntad privada, como parte de ellos, solo se limitaría “a la matrícula y a los adornos”. Cfr. Paz-Ares Rodríguez, 1997: 165 y 166.

21 Cfr. Martínez Sanz, Fernando (1996). “Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada”. En *RdS* 6, pp. 62 y 66-67.

22 Cfr. Paz-Ares Rodríguez, 1997: 193.

23 Paz-Ares Rodríguez, 1997: 201.

24 El profesor español, en todo caso, aclara que no es que dentro de este paradigma se desprecie la voluntad del legislador, sino que esta coincidirá con la voluntad hipotética de las partes. De este modo, ofrecerá alternativas con base en las que los privados podrán regular sus propias relaciones societarias (cfr. Paz-Ares Rodríguez, 1997: 204).

A mi juicio, razón no le falta al profesor español. En nuestra propia doctrina como en nuestra jurisprudencia se puede identificar rasgos del paradigma institucional del que se ha hablado. En ambas se manifiesta la idea de recurrir a conceptos que, sin estar expresados en la ley, constituyen pilares para oponerse a la admisibilidad de determinadas figuras por vía estatutaria. Esto, evidentemente, se contrapone con el carácter privado y dispositivo del derecho mercantil.²⁵

No obstante, considero que dicha postura debe ser matizada en algunos aspectos:

(i) Los principios configuradores del tipo social bien pueden constituir herramientas útiles para delimitar (no limitar)²⁶ el alcance de la autonomía de la voluntad en el derecho de sociedades. En mi opinión, estos principios *per se* no son solo meros rastros positivos de un paradigma institucional.

El problema no radica, por tanto, en la concepción de estos principios, sino en la *amplificación* de su verdadero alcance en una medida tal que excede aquello que, en realidad, la ley regula como esencial de cada forma social.²⁷ Esto causa que, en ocasiones, se aluda a estos principios para economizar la argumentación necesaria para manifestar una oposición a la admisibilidad de determinadas figuras en un tipo societario.²⁸

(ii) Lo anterior requiere determinar, necesariamente, cuál es ese verdadero alcance de los principios configuradores. Y para ello, como lo señala Duque, hace falta establecer el ámbito normativo relevante para identificarlos.²⁹ En términos simples,

25 Se ha llegado a decir que el derecho mercantil no solo es una rama privada, sino además “la más privada de las ramas de derecho”. Cfr. Zegarra Mulánovich (2014). *Notas de derecho mercantil*. Parte General, pro manuscrito. Universidad de Piura, p. 20.

26 Hay una diferencia sustancial entre los verbos “limitar” y “delimitar”. El primero significa “poner límites a algo”. Eso presupone que ese “algo” no tenía límites y que el verbo indica la operación por la cual estos le son añadidos. Por su parte, “delimitar” significa “determinar o fijar con precisión los límites de algo”. Esto presupone que ese “algo”, *per se*, tenía y tiene límites (surge o nace con límites), por lo que la actividad de delimitación consiste en descubrir o determinar cuáles son. Cfr. Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición, voces: “limitar” y “delimitar”. En ese sentido, la autonomía de la voluntad surge con sus propios límites dentro del derecho privado. De modo general, esto queda graficado con la máxima “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe” (recogida en el art. 2, inc. 24 de la Constitución Política). Así, los principios configuradores del tipo social, en el sentido que se va a exponer en este trabajo, constituyen herramientas de delimitación de la autonomía de la voluntad, puesto que se trata de ideas que, si bien implícitas, se inducen de la ley (cfr. Velasco San Pedro, 1997: 321).

27 En ese sentido, Velasco San Pedro (1997: 322), hablando de la sociedad anónima, advierte del peligro de imponer una interpretación “demasiado generosa” del ámbito de los principios configuradores. Ello podría conducir a una suerte de “petrificación” del tipo social.

28 Cfr. Paz-Ares Rodríguez (1997: 194), quien señala que la oposición a estos arreglos contractuales dentro de un tipo societario, aludiendo a los principios configuradores del tipo, hace que su argumentación carezca de mayores especificaciones o detalles de razones.

29 Duque Domínguez, 1991: 103.

debemos responder a la pregunta: ¿son utilizables tanto las normas de derecho imperativo como las de derecho dispositivo para identificar por inducción estos principios?

Resulta evidente que las normas dispositivas no podrían ser utilizadas para individualizar los elementos esenciales de los tipos societarios regulados por la ley. Ello porque dichas normas pueden ser sustituidas por la voluntad de los individuos en ejercicio de su autonomía. De este modo, en palabras del mismo autor, “las *normas dispositivas*, por su carácter, no son aptas para perfilar los límites de la elasticidad de cada tipo de sociedad”.³⁰

(iii) En cuanto a las *normas imperativas*, será preciso sustentar cuál es el verdadero papel de la voluntad legislativa en el derecho de sociedades. En ese sentido, considero acertado señalar que el eje o motor de esta subrama del derecho mercantil es la autonomía de la voluntad de las partes (perspectiva contractual). Esta verdad, sin embargo, no implica dejar de lado la voluntad del legislador expresada en la ley. Por el contrario, exige *darle el lugar que corresponde*.

La ley, si bien fuente directa del derecho mercantil, constituye más una fuente de integración, que una de dirección del contenido de las relaciones creadas por los privados. Ello aplicado al derecho societario implica que la norma societaria regulará con base en dos elementos importantes:

(i) la voluntad hipotética de las partes (normas dispositivas); y,

(ii) el interés general manifestado en la seguridad del tráfico mercantil (normas imperativas).

Esto se ve claramente expresado en la siguiente cita de Elías Laroza:³¹ “Legislar en materia de derecho societario es crear distintos instrumentos para que las personas puedan llevar a cabo actividades económicas con **seguridad** y **celeridad**, favoreciendo así el **tráfico económico**. Es finalmente la persona que realiza tales actividades la llamada a **evaluar** las posibilidades que el ordenamiento legal le otorga y **decidir la más conveniente para sus intereses**” (énfasis añadido).

El efecto institucional que se genera del contrato de sociedad cuando es inscrito en el Registro genera que los intervinientes en el mercado requieran conocer con quién contrata y, con ello, cuál es su régimen de actuación.³² Evidentemente, esto se descubre *prima facie* de los estatutos del sujeto (la sociedad mercantil), pero también

30 Duque Domínguez, 1991: 103.

31 Elías Laroza, Enrique (2001). *Derecho societario peruano*. Trujillo: Normas Legales, p. 106.

32 No es lo mismo contratar con una sociedad anónima que con una sociedad comanditaria, o con una sociedad anónima abierta que con una cerrada.

de una regulación imperativa a nivel legislativo (la norma societaria). Si bien el primer factor dependerá básicamente de la autonomía de la voluntad (y aquí se aprecia la perspectiva contractual que debe regir el derecho de sociedades), la seguridad del tráfico exige que algunas condiciones de contratación no varíen por la mera decisión de los particulares (perspectiva institucional) y para lograr ello, el mejor medio es la ley.

En ese sentido, el *tipo societario* es un instrumento de *captación de la realidad* a través de la abstracción de determinadas notas que sirven para aislar un trozo de dicha realidad. Hecho esto, puede analizarse didácticamente (por la doctrina) o someterlo a una normativa determinada (actividad legislativa). En este último sentido, cuando el legislador decide acoger un tipo societario en el texto legal, busca obtener resultados estimados como *justos*.³³ Así, la voluntad legislativa debe imponerse (sin suponer, por ello, una “limitación” a la voluntad privada) cuando se encuentre frente a causas que atienden al interés general, y reconocer el ejercicio de la autonomía de la voluntad en aquellos ámbitos de derecho no necesario.³⁴

En el caso del Derecho de sociedades, proteger la seguridad del tráfico como fin del derecho mercantil exige que determinadas *normas tengan un carácter imperativo*. Y será a través de dichas normas (siempre que así lo expresen y no cuando *creamos que así lo hacen*³⁵) que se puede determinar las *características esenciales de los tipos societarios*, lo que constituye el contenido de los *principios configuradores*.

Por lo tanto, a mi entender, estos principios o elementos esenciales en realidad no constituyen un límite nuevo y distinto del marcado por la ley imperativa. Por el contrario, se trata de reglas implícitas en el régimen jurídico de la sociedad que informan las propias normas legales y, en consecuencia, *pueden inferirse de estas*.³⁶

3. SEGÚN LA DOCTRINA: EL INTUITU PECUNIAE Y LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA PERUANA

Históricamente, la sociedad anónima tiene sus primeros antecedentes en las compañías de Indias en el siglo XVII. De hecho, se considera que un primer ejemplo de esta forma societaria es la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (fundada en

33 Cfr. Duque Domínguez, 1991: 102.

34 En un sentido global del derecho, Larenz, Karl (2010). *Metodología de la ciencia del derecho*. Cuarta impresión. Barcelona: Ariel, p. 331, señala que los fines que el legislador intenta conseguir por medio de la ley son, en muchos casos, fines objetivos del derecho. Por ejemplo, el aseguramiento de la paz y la justa resolución de los litigios, entre otros.

35 En referencia a lo manifestado por Paz-Ares Rodríguez (1997: 163).

36 Sánchez Ruiz, Mercedes (2006: 123) y Redondo Trigo, Francisco (2011: 2387). En ese mismo sentido, Velasco San Pedro (1997: 321) expresa: “No creo [...] que con esta formulación se haya establecido realmente un nuevo límite, distinto al que ya de por sí constituyen las ‘leyes’”.

1602). Estas organizaciones surgen como medios importantes para el expansionismo de la actividad y comercio coloniales.³⁷ En específico, la sociedad anónima se origina ante la necesidad de una fuerte acumulación de capital para emprender actividades de gran envergadura, las cuales no podían ser afrontadas por las tradicionales sociedades familiares (colectiva y comanditaria).³⁸

Al impulso creador de los comerciantes y navegantes holandeses se debe el nacimiento de formas de empresa caracterizadas por estar integradas exclusivamente de capital (dinero). Así, se sustituyó la base personal por la base estrictamente capitalista de la sociedad anónima de la época.³⁹

De este modo, ya aparecían rasgos de esta forma societaria. En primer lugar, la “*responsabilidad limitada*” de sus miembros a la cifra de su aportación,⁴⁰ justificada por los grandes riesgos, propios de las actividades a las que se encontraban dedicadas estas compañías. Y, por otro lado, la *división del capital social* en títulos que incorporaban la condición de socio.⁴¹

En todo caso, la sociedad anónima de la época variaría en mucho a la de nuestros días, sobre todo si consideramos que esta figura surgió como una institución de naturaleza semipública. Las compañías anónimas se encontraban constituidas directamente por el Estado (*octroi*), quien las dotaba de personalidad jurídica y les confería privilegios monopolísticos en la explotación comercial. Una situación que fue cambiando con los postulados de la Revolución francesa y con el capitalismo liberal (fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX).⁴²

En esta época, la sociedad anónima desempeñó un papel muy destacado en la consolidación del capitalismo. Algo natural si se tiene en cuenta que la revolución industrial y la revolución de la máquina necesitaban vasto capital para la explotación de

37 Cfr. Garrigues, Joaquín (1987: 105 y 106); Uría, Rodrigo (1999). *Derecho mercantil*. Vigésima sexta edición. Madrid: Marcial Pons, pp. 225 y 226; y, Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando (2011). *Manual de derecho mercantil*. Décima octava edición. Volumen I. Madrid: Tecnos, p. 326.

38 Cfr. Uría, 1999: 225.

39 Cfr. Garrigues, 1987: 106.

40 Considero impropio el término “responsabilidad limitada de los socios” para el caso de la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada (arts. 51 y 283 de LGS). En ambos casos no sucede que los socios tengan responsabilidad limitada a lo aportado en el patrimonio. Si se considera que lo aportado a la sociedad pasa a ser parte del patrimonio social, y que este le pertenece única y exclusivamente a la institución originada del contrato de sociedad (por tratarse de una persona jurídica), entonces los socios, en realidad, no tienen responsabilidad alguna por las deudas de la sociedad. Es ella misma quien con su propio patrimonio afrontar las obligaciones que asume en virtud de su actividad empresarial. Lo que opera en realidad, por tanto, es una “separación patrimonial”.

41 Cfr. Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando (2011: 326) y, Uría (1999: 225).

42 En este trabajo procuraré no ahondar en detalles sobre de la evolución legislativa de la sociedad anónima. Sobre el tema, vid. Garrigues (1987: 107 y ss.), Uría (1999: 226 y ss.); y, Broseta y Martínez (2011: 326 y ss.).

actividades económicas a través del uso de nuevas tecnologías (ferrocarril, navegación, industrias químicas, etc.). Este capital debía ser obtenido, por motivo de su cuantía, de diversas procedencias, lo que exigía que una vez agrupado, pueda ser organizado y gestionado de la mejor manera.⁴³ Es aquí en donde adquiere una gran relevancia el *modelo corporativo* con el que la sociedad anónima se concibe. Era un instrumento jurídico ideal para el desarrollo de grandes actividades empresariales, en donde el capital procedía de diferentes orígenes, sin que tenga relevancia la cualidad subjetiva de los inversionistas (*intuitu pecuniae*), y luego era administrado por otras personas, especializadas en el rubro correspondiente.

Solo a partir de la reglamentación positiva de la sociedad por acciones, nacida en el auge de la codificación del siglo XIX, se va constatando paulatinamente del desarrollo de las instituciones y procedimientos de ordenación de relaciones entre accionistas, así como entre estos y los administradores.⁴⁴

Producto de esta evolución legislativa, la doctrina identifica una serie de características esenciales de la sociedad anónima, que se resumen en las siguientes:

(i) Sociedad de capital. Una sociedad anónima se forma gracias a los aportes de los socios y, con ello, debe necesariamente contar con un capital social.⁴⁵ No se permite el aporte de servicios para adquirir la condición de accionista.

(ii) Capital dividido en títulos negociables. Tanto nuestro Código de Comercio de 1853 y el de 1902 exigían que el capital social se encontrara dividido en cuotas, las cuales debían incorporarse en *acciones o de otra manera indubitada*. Ello fue corregido por la anterior LGS, que determinó que el capital debía estar dividido en *acciones*, lo cual se ha mantenido en nuestra actual LGS. Se trata de títulos de naturaleza negociable que otorgan a su titular una serie de derechos mínimos (con protección imperativa) de carácter político⁴⁶ y económico,⁴⁷ dentro de la sociedad.⁴⁸

(iii) “Responsabilidad limitada”. Los socios no responden personalmente por las deudas de la sociedad.⁴⁹ De este modo, se puede concluir que existe una separación

43 Cfr. Broseta y Martínez (2011: 326-327).

44 Cfr. Elías Laroza, 2001: 108.

45 Es muy gráfica la STS de 12 de diciembre de 1962 que llegó a señalar, en una célebre metáfora, que la sociedad anónima es “un capital con categoría de persona jurídica”. Cfr. Herrada Bazán, 2015: 22.

46 El derecho a voto es el derecho político por antonomasia. En la sociedad anónima, los acuerdos societarios se adoptan por principio de mayoría, considerándose a las acciones suscritas que otorguen dicho derecho (art. 127 de LGS).

47 El derecho de participación económica, por ejemplo, constituye un derecho mínimo e inderogable del accionista, pues se prohíben los pactos leoninos (art. 39 de LGS).

48 Cfr. Garrigues (1987: 107); Elías Laroza (2001: 108) y, Uría (1999: 226).

49 Cfr. Garrigues (1987: 107); Elías Laroza (2001: 108) y, Uría (1999: 226).

plena entre el *patrimonio de la sociedad*, conformada por las aportaciones de los socios, y el *patrimonio personal* de cada uno de ellos.⁵⁰

(iv) Modelo corporativo. Se considera que la sociedad anónima se encuentra dotada de un mecanismo jurídico que *permite*⁵¹ que la propiedad y la gestión de la empresa se encuentren separados.⁵²

Este modelo corporativo se manifiesta legislativamente en la configuración de tres órganos sociales: la junta general de accionistas (órgano conformado por todos los accionistas), el directorio y la gerencia (órganos de administración y gestión).⁵³

(v) Sociedad *intuitu pecuniae*. Ligado a la idea de una sociedad capitalista, cierta doctrina entiende que en la sociedad anónima, el *affectio societatis* (ánimo de hacer sociedad) no se basa en la identidad de los accionistas, ni en sus vínculos o relaciones personales. El elemento personal, por tanto, pasa a un segundo plano, pues hablaremos siempre de un *intuitu pecuniae*.⁵⁴ Esto es, que la relevancia en la conducta del socio solo se reduce al cumplimiento del deber de aportación al capital social. En ese sentido, solo cuando el socio falte a esta conducta se entenderá que existe una afectación grave a la sociedad anónima, debido a las normas y principios que protegen la cifra de capital social, como base de la naturaleza jurídica de este tipo societario.⁵⁵

En mi opinión, el modelo de corporatividad constituye otro argumento que busca sustentar al *intuitu pecuniae* como rasgo esencial. Al concebirse este tipo social como uno aplicable al emprendimiento de grandes actividades económicas, en ellas se busca obtener el capital necesario para su desarrollo, sin que tenga mayor importancia el origen de tal obtención. Esto es, las cualidades subjetivas de quien invierte o brinda el capital (“propiedad” de la empresa) tienen poca o nula relevancia de cara a la consecución del fin social. Lo verdaderamente determinante aquí, además de la aportación social (porque sin aporte, no hay capital, y sin este no habrá posibilidad de

50 Hablo de separación plena porque en el caso de una sociedad colectiva también existe separación patrimonial. No obstante, dicha separación no se manifiesta a plenitud, puesto que los socios no dejan de ser ilimitadamente responsables por las deudas sociales, si es que el patrimonio social no resultara suficiente para afrontarlas todas (arts. 265 y 273 de LGS).

51 Porque no necesariamente sucede en la realidad. Aunque en opinión de Echaiz Moreno (2012: 149 y 150), la separación entre propiedad y gestión es una premisa universal de las sociedades de capital.

52 Cfr. Elías Laroza (2001: 110).

53 Cfr. Elías Laroza (2001: 110).

54 Cfr. Garrigues (1987: 115); y, Uría (1999: 228). En doctrina peruana, vid. Elías Laroza (2001: 109) y Torres Morales, Carlos (2003). “La sociedad anónima”. En Hudskopf Exebio, Oswaldo (coordinador). *Tratado de derecho mercantil*. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 326 y 327.

55 Este es el argumento principal para considerar inaceptable la figura de exclusión de socio por incumplimiento de prestaciones accesorias u obligaciones adicionales. Se considera que ambas clases de obligación no están dirigidas a conformar el capital social en una sociedad anónima. Cfr. Mercado Neumann (2002: 128).

realizar actividad empresarial alguna), será la administración que se ejerza en torno a dicho capital. Esto implicará que su ejecución sea efectuada por sujetos especializados que no necesariamente son socios (“gestión” de la empresa).⁵⁶

Esta lista de características ha sido considerada por mucho tiempo, y hasta nuestros días, como el conjunto de principios o elementos configuradores de la sociedad anónima.⁵⁷ En efecto, su constante referencia (en especial, al *intuitu pecuniae*) ha constituido sustento para argumentar la admisibilidad o inadmisibilidad de determinadas figuras por vía estatutaria, como ha sucedido por ejemplo con la *exclusión de socios*.⁵⁸

No obstante, si bien la práctica societaria y la doctrina originada de ella constituyeron las fuentes de este y otros tipos societarios, no ha de perderse de vista lo ya mencionado: que los principios configuradores o elementos esenciales de cada tipo societario se obtienen a partir de nuestras normas imperativas, y no de construcciones doctrinales.

4. UN NECESARIO TRASFONDO HISTÓRICO: LA LEY Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO PERUANO

La formulación de tipos societarios se debió, evidentemente, a una determinada realidad histórica. En efecto, no siempre existió una regulación imperativa que demarcara los elementos esenciales de cada forma social, sino que esta surgió a partir de la práctica mercantil.⁵⁹ La evolución legislativa del derecho de sociedades, por tanto, supuso una serie de vaivenes respecto del papel de la autonomía de la voluntad frente a lo imperado por la ley. Cabe, entonces, hacer un breve recorrido de la evolución legislativa peruana. Ello nos ayudará a determinar en qué estado de las cosas nos encontramos en la actualidad.

Así pues, es indiscutible la gran influencia que históricamente ha ejercido la corriente española en el campo del derecho de sociedades peruano. A nivel legislativo, se puede identificar como punto de partida a nuestros Códigos de Comercio de 1885 (español) y 1902 (peruano). En ambos se buscaba *respetar la autonomía de la voluntad* (la libertad de asociación, según la Exposición de Motivos), sin fiscalización

56 Elías Laroza (2001: 109) señala que la sociedad anónima está dotada de una estructura de administración y gobierno versátil, que permite “que los accionistas no participen directamente de la gestión social y que ella pueda tener un manejo profesional y eficiente” (énfasis añadido).

57 Sirva como referencia el listado de principios realizado por Vicent Chuliá (1991: 398).

58 En la jurisprudencia, vid. Resolución 120-2000-ORLC/TR. En la doctrina, vid. Mercado Neumann, Gonzalo (2002: 128); Echaiz Moreno (2009: 64-65 y 69 y 2012, 149 y ss.); y, Torres Morales (2003: 327 y 328).

59 En la Baja Edad Media, las primeras prácticas mercantiles fueron recogidas en estatutos. Con posterioridad, en la Edad Moderna, es la ley la que desplaza a las costumbres mercantiles, constituyéndose en fuente principal del derecho mercantil (cfr. Zegarra Mulánovich, 2014: 4 y 5).

alguna, y la publicidad era la única garantía ante terceros. Por tanto, estas normas tenían un carácter *esencialmente dispositivo*, a tal punto que solo se tenía como límite que las combinaciones sociales fueran lícitas, honestas y no se opusieran al derecho natural ni a la moral.⁶⁰

Este excesivo liberalismo pronto fue cuestionado. Aunque el fin era noble, con él se podía favorecer abusos en la administración de las sociedades anónimas y, por ende, un desamparo a los socios minoritarios y a terceros. A diferencia de ellos, la ley francesa de 1867, precursora del *sistema de disposiciones normativas*, establecía normas imperativas en algunos aspectos de la sociedad anónima. Pero aún más relevante es que, en general, *buscaba preservar la esencia de los distintos tipos sociales*.⁶¹ Esto, sin embargo, era irreconocible en nuestros Códigos de Comercio, más allá de la somera distinción que brindaban.⁶²

Fue después de más de cincuenta años que se produjo una modificación estructural de la legislación societaria peruana. Recién en 1966 entró en vigencia la Ley de Sociedades Mercantiles. Esta tenía como finalidad principal brindar una nueva normativa a la *sociedad anónima*, pues esta había adquirido una clamorosa predominancia en la actividad societaria.⁶³

Aunque los autores del proyecto de ley no se encontraban conminados a observar el modelo español como sí sucedió con los codificadores en 1902, es innegable que esta Ley se encontraba influenciada por la Ley de Sociedades Anónimas española de 1951.⁶⁴ En ese sentido, si el Código de Comercio español (y por consecuencia, nuestro Código de Comercio) se caracterizaba por la escueta regulación de los tipos sociales, la citada Ley se distinguía por su *ultra-regulación*.⁶⁵

Sobre esta ley, Elías Laroza manifiesta que “[...] después de muchas décadas de absoluto liberalismo, lo adecuado *no era confiar en la autonomía de la voluntad privada, sino limitarla sustancialmente*. Si antes la tónica había sido no prohibir nada y permitirlo todo, ahora se trataba de regularlo todo y *dejar a las partes la menor flexibilidad posible*” (énfasis añadido).⁶⁶ Con posterioridad, en el año 1984, a la citada ley se le incorporan las normas sobre sociedades civiles que antes se encontraban en el Código Civil, lo que hizo que el nombre cambiara a Ley General de Sociedades.⁶⁷

60 Cfr. Elías Laroza, 2001: iv.

61 Elías Laroza, 2001: iv.

62 Por ejemplo, la sociedad anónima y las acciones quedaron reguladas en solo dieciocho artículos.

63 Cfr. Elías Laroza, 2001: v.

64 De hecho, el texto de varios artículos es idéntico.

65 Cfr. Elías Laroza (2001: vi) y Garrigues (2001: 109).

66 Elías Laroza (2001: vi).

67 En opinión de García-Pita y Lastres, José Luis (2008). “El derecho de sociedades en el Perú. Un análisis comparativo”. En *Revista Ita Ius*. Esto [en línea], p. 18. Disponible en <<http://www.itaiu->

Así pues, de la evolución legislativa societaria de nuestra realidad resulta sencillo encontrar las razones por las cuales persistiría, tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia, un paradigma institucionalista. La LGS anterior se caracterizaba por regular a ultranza la fenomenología societaria, lo que suponía un reducido margen a la autonomía de la voluntad.

Catorce años después entra en vigencia nuestra actual LGS, la que en opinión de la doctrina, no siguió un modelo concreto como sucedió con sus antecesoras, aun cuando en aquel entonces se encontraba vigente en España la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Nuestra ley, sin descartar la influencia tradicional española y europea continental, también incorporó algunas figuras del derecho anglosajón, así como nuevas figuras surgidas de la propia experiencia en nuestro país.⁶⁸ Para el citado autor peruano, es una ley que “se basa en mayor medida que la anterior en la autonomía de la voluntad privada, sin desdeñar en absoluto las instituciones esenciales”.⁶⁹

Si tomamos estas palabras, nuestra LGS se manifiesta entonces como un cuerpo normativo cuya *mayor parte tiene un carácter dispositivo*, ya sea a través de cláusulas de salvedad (“salvo pacto en contrario” o “salvo que los estatutos dispongan otra cosa”⁷⁰), el ofrecimiento de instituciones jurídicas (como las prestaciones accesorias en el art. 75 de LGS) u otorgando la más plena libertad de pactos respecto de una figura societaria (por ejemplo, el contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento de prestaciones accesorias). No obstante, puede identificarse en ellas un ámbito (ciertamente más reducido) *de carácter imperativo* de normas que, por diversos motivos estimados justos por el legislador, exigen su necesario cumplimiento por parte de los individuos que deseen institucionalizar un empresario formal societario.⁷¹

Los tipos societarios constituyeron, en su momento, construcciones intelectuales a partir de la observación de la práctica mercantil. Como tales, la doctrina les reconocía una serie de rasgos que los caracterizaba y distinguía. No obstante, cuando estos fueron recogidos legislativamente, debe entenderse que la esencialidad de cada tipo societario dependía, desde ese momento, de lo que la ley prescribía. Así, cuando hablamos de una norma (como nuestra LGS) cuyo contenido busca armonizar la autonomía de la voluntad con los caracteres esenciales de las instituciones societarias, estos últimos serán previstos en las leyes imperativas, dejándose en el ámbito dispositivo el ejercicio de la autonomía.

sesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_2-El-derecho-de-sociedades-en-el-Peru.pdf>), se trató de una “profunda reforma”, en comparación con la evolución legislativa española.

68 Cfr. Elías Laroza, 2001: viii.

69 Elías Laroza, 2001: viii. En ese mismo sentido, Salas Sánchez, 2008: 1651 y 1652.

70 De acuerdo con un censo propio, son 47 las cláusulas de salvedad contenidas en nuestra LGS.

71 Por ejemplo, el art. 285 de LGS que establece que el capital social de una sociedad comercial de responsabilidad limitada está integrado por las aportaciones de los socios y pagado en no menos del veinticinco por ciento de cada participación. Al ser norma imperativa, no admite el pacto en contrario.

De ese modo, si queremos determinar los principios configuradores de la sociedad anónima peruana, deberemos recurrir a las normas imperativas de nuestra LGS, con independencia de lo que la doctrina afirme o niegue respecto de *qué es una sociedad anónima* y cuáles son sus *caracteres esenciales*.⁷² Después de todo, la doctrina no deja de ser una *fuerza indirecta* del derecho mercantil, a diferencia de la ley cuya aplicación es *directa*.⁷³

5. SOBRE EL INTUITU PECUNIAE COMO RASGO ESENCIAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

En un caso analizado por nuestro Tribunal Registral,⁷⁴ se consideró que la figura de exclusión de accionistas por causal estatutaria en una sociedad anónima ordinaria se encontraría prohibida. Se manifestó como argumento que la persona del socio y su conducta no tienen, en esta forma societaria, la relevancia que sí ostentan en otras formas.

Así pues, en la sociedad anónima, el factor capital superaría al factor personal. Citando a la resolución, “aquí el ‘*affectio societatis*’ pasa a un segundo plano, dejando en primero al ‘*intuitus pecuniae*’”.⁷⁵

Esta opinión ha sido compartida por algunos autores peruanos, quienes han sustentado su postura en el hecho de que la exclusión de socios, como mecanismo jurídico, es una figura típica de las sociedades personalistas.⁷⁶ Así pues, el efecto extintivo del vínculo social del excluido opera como consecuencia de alguna manifestación en su conducta o su cualidad persona. A diferencia de lo que sucede en “sociedades intermedias”,⁷⁷ en donde se acepta sin discusión esta institución, es discutida su admisibilidad en una sociedad de capitales (de carácter *intuitu pecuniae*), en donde se halla desligada toda responsabilidad personal de los socios.⁷⁸ En ese sentido, admitir la exclusión de socios en una sociedad anónima ordinaria sería incompatible con la naturaleza jurídica de esta forma societaria.⁷⁹

72 En ese sentido, Velasco San Pedro (1997: 322), quien señala que el ámbito de un principio configurador de la sociedad anónima debe deslindarse de lo que es mera “característica general” de dicho tipo societario.

73 Cfr. Zegarra Mulánovich (2014: 28) cuando dice que las fuentes indirectas del derecho son llamadas así porque no tienen por función propia atribuir el derecho. En el caso de la doctrina, esta busca desarrollar y sistematizar las reglas adecuadas para la determinación del derecho. En ese sentido, es obvio que la sistematización de principios configuradores debe establecerse a partir de la ley, y no de construcciones dogmáticas que, si bien inspiraron al legislador para regular la fenomenología societaria, no por ello coinciden enteramente al momento de expresarse en la norma.

74 Resolución TR 120-2000-ORLC/TR de 25 de abril de 2000.

75 Vid. considerando n. 7.

76 Cfr. Mercado Neumann (2002: 128) y Echaiz Moreno (2009: 69).

77 Esto es, sociedades en donde se manifiesta la llamada “hibridación societaria”. Vid. Sánchez Ruiz, 2006: 124 y 125.

78 Cfr. Mercado Neumann, Gonzalo. 2002, p. 123 y Echaiz Moreno, 2012: 149.

79 Cfr. Echaiz Moreno, 2009: 67 y 68 y Salas Sánchez, 2008: 1679.

Como se puede apreciar, el pretendido *intuitu pecuniae* como principio configurador del tipo sociedad anónima ha servido para argumentar una posición contraria a la admisibilidad de figuras como la exclusión de socio. El argumento, se basa en que, aceptar este tipo de instituciones en este tipo societario implicaría su desnaturalización. Por tanto, considero necesario un análisis mayor para determinar si esta característica es o no esencial a la sociedad anónima, del modo en que se encuentra regulada en nuestra LGS.

Así pues, para que un rasgo determinado y abstraído de la realidad pueda ser considerado esencial a una institución jurídica, se requerirá de dos factores:

(i) que se trate de un rasgo o característica presente en *todos los casos* y que solo *excepcional y transitoriamente* pueda verse anulado o restringido; y,

(ii) que dicho rasgo o característica *no se encuentre condicionado a la concurrencia de un elemento externo*.

En ese orden de ideas, para que el carácter *intuitu pecuniae* constituya un elemento esencial a la sociedad anónima, requiere cumplir estos factores. No obstante, en nuestro ordenamiento no se verifica esta condición.

Sobre el primer factor, nuestro legislador ha incorporado en el régimen de la sociedad anónima lo que Sánchez Ruiz denomina “instrumentos de personalización”. Entre estos, tenemos a las prestaciones accesorias (art. 75 de LGS), obligaciones adicionales al pago de la acción (art. 86 de LGS) y las limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones (art. 101 de LGS).⁸⁰ Estas figuras jurídicas permiten, ciertamente, “cerrar” una forma social que doctrinal y originariamente se había concebido como un tipo de sociedad abierta.⁸¹

Estos mecanismos, funcionalmente, rompen con un eventual carácter de *intuitu pecuniae* de la sociedad anónima ordinaria. Principalmente, porque no puede señalarse que en *todos los casos* la cualidad subjetiva del socio es irrelevante. Es la propia ley la que otorga posibilidades de que no sea así.⁸²

Para ejemplificar, analicemos lo que sucede con las *prestaciones accesorias*. Este tipo de obligaciones se caracterizan por ser adicionales a la principal de aportación al capital social, lo que se condice con la naturaleza dispositiva de la norma que las

80 Aunque este instrumento en particular se encuentra prohibido en la sociedad anónima abierta, por el art. 254 de LGS. En todo caso, se entiende esta prohibición en virtud del carácter bursátil de las acciones en esta modalidad societaria.

81 Cfr. Sánchez Ruiz (2006: 123).

82 Cfr. Perdices Huetos, Antonio (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Madrid: Civitas, p. 385 y Redondo Trigo, 2011: 2380.

regula. De este modo, es posible que exista obligación de aportación (por ser necesaria para la adquisición de la calidad de socio) sin necesidad de estipular prestaciones accesorias de por medio.

Sin embargo, cuando este tipo de obligaciones exista en una sociedad concreta, en palabras de Mercado Neumann, “no obsta para que, desde el punto de vista económico, la entidad y significado de las *prestaciones accesorias* muchas veces *supere el valor de la aportación realizada*, deviniendo la *principal contribución*” (énfasis añadido).⁸³ Es obvio, entonces, que en varios casos concretos, la ejecución de este tipo de obligaciones adicionales por parte de un accionista en la sociedad anónima implica una *mayor posibilidad de influencia* en el cumplimiento del fin social. Y en el mismo sentido, su inejecución tiene plena potencia de afectar negativamente dicho cumplimiento. Esto, evidentemente, desvirtúa cualquier irrelevancia que pudiera predicarse de la cualidad subjetiva del accionista y su reducción al mero cumplimiento del deber de aportación.

Por otro lado, nuestra LGS *no regula de modo excepcional*, ni mucho menos *transitorio*, la posibilidad de incorporar estos instrumentos de personalización en la sociedad anónima. Por el contrario, la norma los prevé como una *posibilidad natural* en este tipo societario, sin requerir más cuestiones que el hecho de estar incluidos en el régimen de una sociedad en particular, por medio del estatuto.

Desde luego, el art. 101 de LGS prevé que las limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones (entre las que se encuentra el derecho de adquisición preferente) son *de observancia obligatoria* cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios parasocietarios notificados a la sociedad, lo que demuestra que dichas restricciones son *naturales* y no *excepcionales* en el régimen de la sociedad anónima ordinaria.

Por su parte, la limitación a la representación de los socios en la junta también es una institución *natural* en el régimen de la sociedad anónima. El artículo 122 de LGS señala que, estatutariamente, puede reservarse la representación de un socio en junta a favor de otro socio, de un director o de un gerente.

Respecto del segundo factor, el carácter *intuitu pecuniae* que una sociedad anónima *pueda* tener en la realidad (pues queda claro que no es esencial) no depende en estricto de la ley, sino de las partes del contrato de sociedad. Si al constituirse una sociedad anónima, los socios deciden no incorporar a su régimen alguno de estos instrumentos de personalización, recién en dicho caso es que puede predicarse tal carácter de la sociedad en cuestión. Esto, en conclusión, supone que la irrelevancia en la cualidad subjetiva de los socios no se deduce, en lo absoluto, de nuestra LGS, sino que esta dependerá, en estricto, de lo estipulado en los estatutos.

83 Mercado Neumann, 2002: 125.

En una sociedad comercial de responsabilidad limitada, por ejemplo, la concurrencia entre factores capitalistas y personalistas proviene de la misma ley. Por ejemplo, el artículo 291 LGS establece, con carácter imperativo, las limitaciones a la libre transmisibilidad de participaciones sociales. Si bien esta hibridación societaria puede, incluso, acentuarse más en los estatutos sociales,⁸⁴ lo determinante es que el carácter híbrido de este tipo social tiene origen legal.⁸⁵

Por su parte, en la sociedad anónima, la concurrencia o no de estos factores personalistas en su régimen deberá decidirse por medio de la autonomía estatutaria, pues no resulta directamente del régimen legal.⁸⁶ En nuestra LGS, el legislador solo se limita a indicar algunos de los mecanismos que pueden producir tal fin. De este modo, por ejemplo, si bien la ausencia de un régimen legal de exclusión de accionistas en la sociedad anónima es coherente con un planteamiento tipológico doctrinal, no es causa excluyente de la posibilidad de un eventual régimen estatutario que ampare dicha figura.⁸⁷

Por último, el hecho de que la sociedad anónima requiera de un capital social conformado por los aportes de los socios no hace que sus condiciones subjetivas sean irrelevantes.⁸⁸ Tampoco el modelo corporativo regulado en la ley es motivo para afirmar dicha irrelevancia, puesto que la separación entre propiedad y gestión de la sociedad no necesariamente sucede en todos los casos. Así pues, son frecuentes las situaciones en las que uno, varios o todos los socios de una sociedad anónima son, además, gerentes o miembros del directorio.

6. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en el presente trabajo, se puede concluir lo siguiente:

En primer lugar, el pretendido carácter esencial *intuitu pecuniae* de la sociedad anónima no es tal. No se encuentra recogido en nuestro ordenamiento ni se puede deducir de él.

En segundo lugar, del listado de caracteres esenciales de la sociedad anónima planteado por nuestra doctrina y que ha sido citado líneas arriba, considero que nuestra sociedad anónima, tal y como está regulada en la LGS, solo tiene los siguientes:

84 Esto se realizará a través de la incorporación de prestaciones accesorias u otros mecanismos de personalización.

85 Algo que Sánchez Ruiz (2006: 125) denomina “hibridación societaria de carácter legal”.

86 “Hibridación societaria de carácter convencional”, en palabras de Sánchez Ruiz (2006: 125).

87 Cfr. Sánchez Ruiz, Mercedes. 2006, p. 125.

88 Por el contrario, Echaiz Moreno (2012: 150=, con cierta precipitación a mi juicio, opina que el *intuitu pecuniae* y la separación entre propiedad y gestión, como premisas universales en las sociedades de capital, constituyen “el criterio imperante en nuestra normativa societaria”.

- (i) el ser una sociedad de capital (art. 51 de LGS);
- (ii) el ser una sociedad de participaciones incorporadas en acciones (art. 51 de LGS);
- (iii) el ser una sociedad de “responsabilidad limitada” (art. 51 de LGS); y,
- (iv) el ser una sociedad con un modelo corporativo que *permite* (no impone) una separación entre la propiedad y la gestión del capital (sección cuarta de la LGS).⁸⁹

Por último, las dos conclusiones anteriores nos permiten afirmar que en la sociedad anónima peruana es posible admitir algunas figuras como la exclusión de socios, entre otras, por vía estatutaria u otra vía análoga. Evidentemente, esta admisibilidad deberá estar sujeta a un razonamiento más fino, dependiendo de la figura que se plantea incluir en el régimen de este tipo societario. No obstante, sí considero que el argumento de un carácter esencialmente *intuitu pecuniae* para excluirlas no tiene sustento en nuestro ordenamiento.

7. BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. Manual de Derecho Mercantil, 18° ed., v. 1, Madrid: Tecnos, 2011.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en Alonso Ureba, Alberto y otros (coord.); Derecho de sociedades anónimas, t. 1, Madrid: Civitas, 1991.

ECHAZ MORENO, Daniel. Derecho societario. Un nuevo enfoque jurídico de los temas societarios, Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

ECHAZ MORENO, Daniel. Manual societario, 2° ed., Lima: Grijley, 2012.

ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho societario peruano, Trujillo: Normas Legales.

ESPINA, Daniel (2003); La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general, Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2001.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “El Derecho de sociedades en el Perú. Un análisis comparativo”, en Revista Ita Ius Esto [en línea], 1° ed, 2008. Recuperado de

89 En nuestra doctrina, Salas Sánchez, Julio (2008: 1671) reconoce que estos caracteres o principios configuradores se encuentran recogidos en el art. 51 de LGS, aunque luego se opone a la admisibilidad de la figura de exclusión de socios en una sociedad anónima ordinaria (2008: 1679).

<http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_2-El-derecho-de-sociedades-en-el-Peru.pdf>.

GARRIDO DE PALMA, Víctor. “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en Iglesias Prada, Juan Luis [coord.], Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. 2, Madrid: Civitas, 1996.

GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, t. 2, reimpr. 7° ed., Bogotá: Temis, 1987.

HERRADA BAZÁN, Víctor. Capitalización de créditos y derecho de suscripción preferente, Lima: Palestra Editores, 2015.

LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho, 4° impr., Barcelona: Ariel, 2010.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada”, en RdS, n. 6, 1996.

MERCADO NEUMANN, Gonzalo. “La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y las obligaciones adicionales”, en Ius et Praxis, n. 33, 2002.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL”, en Tratando de la sociedad limitada, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997.

PERDICES HUETOS, Antonio. Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones, Madrid: Civitas, 1997.

Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española, 22° ed., 2014.

REDONDO TRIGO, Francisco. “Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 726, 2011.

SALAS SÁNCHEZ, Julio. “Los convenios de accionistas en la Ley General de Sociedades y la autonomía de la voluntad”, en Castillo Freyre, Mario y otros (coord.); Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi, t. 3, Lima: Palestra Editores, 2008.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades, Navarra: Thomson Civitas, 2006.

TORRES MORALES, Carlos. “La sociedad anónima”, en Hudskopf Exebio, Oswaldo (coord.); Tratado de Derecho Mercantil, t. 2, Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil, 26° ed., Madrid: Marcial Pons, 1999.

VELASCO SAN PEDRO, Luis. “Artículo 10. Autonomía de la voluntad”, en Sánchez Calero, Fernando [dir.]; Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, t. 1, Madrid: EDERSA, 1997.

VELASCO SAN PEDRO, Luis. Negocios con acciones y participaciones propias: estudios jurídicos, 1° ed., Valladolid: Lex Nova, 2000.

VICENT CHULIÁ, Francisco. Compendio crítico de Derecho mercantil, 3° ed., t. 1, v. 1, Barcelona: Bosch, 1991.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación jurídica, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

ZEGARRA MULÁNOVICH, Álvaro. Notas de Derecho Mercantil. Parte General, pro manuscrito, Universidad de Piura, 2014.