



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

LA INFRACAPITALIZACIÓN

UNDERCAPITALIZATION

Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
vicentewalde@gmail.com

Profesor ordinario asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima-Perú. Juez supremo titular, integrante de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Doctor en Derecho.

Enviado: 10 de diciembre de 2014

Aceptado: 15 de junio de 2015

SUMARIO

Introducción

Investigación

Conclusiones

RESUMEN

Al constituirse las sociedades anónimas, la preocupación inicial es cumplir con los porcentajes mínimos de aporte que corresponden a los socios, pero una vez que la sociedad se ha constituido, al tratar de alcanzar sus objetivos, encuentra que su capital mínimo no es suficiente para tratar de satisfacer las exigencias de dinero que necesita el financiamiento de sus actividades, y por ello se incurre en infracapitalización, la que ha tratado de resolverse acudiendo al crédito conforme al vínculo personal de los propios socios, al sistema bancario o a los terceros que, en muchos casos, son acreedores quirografarios. El ideal en el desarrollo correcto de gestión de la empresa mercantil es que se propenda siempre hacia un equilibrio financiero, pero de acuerdo con las muestras que hemos analizado este es un aspecto deficitario en las empresas bajo análisis y, por ello, surgen algunas teorías para remediar esta situación que algunas veces no tienen amparo legal en nuestro sistema jurídico mercantil, tales como el levantamiento del velo societario, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho o la desestimación de los actos fraudulentos.

ABSTRACT

To become limited companies, the initial concern is about to accomplish with the minimum percentages of contribution rates that correspond to the partners, but once society has been trying to achieve their goals find that its minimum capital is not enough to try to meet the demands for money in order to finance their activities, and therefore incurs undercapitalization, which has tried to resolve on the credit going under personal bond of the partners

themselves or the banking system or to third party creditors in many cases are unsecured creditors. Ideal in the smooth operation of the business enterprise management is always projected a financial balance, but according to the samples we have analyzed this is one aspect of deficit in companies under analysis and therefore some theories arise to remedy this situation that sometimes have no legal protection in our commercial legal system such as the piercing the corporate veil, the prohibition of the abuse of the law or the rejection of the fraudulent acts.

PALABRAS CLAVE

Sociedad Anónima, Derecho Societario, Sociedad Anónima Cerrada, Patrimonio social, capital social, infracapitalización, velo societario, ejercicio abusivo del derecho

KEY WORDS

Public limited company - Corporate Law - Closely held corporation
- Social heritage - Equity capital - infracapitalization - Corporate Veil
- Abuse of law

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes del desarrollo del Derecho Societario, como lo ha señalado el ilustre maestro sanmarquino don Ulises Montoya Manfredi, cuyos seguidores con altas calidades jurídicas y profesionales son sus hijos, los honorables doctores Ulises y Hernando Montoya Alberti, se cita como un antecedente de la Sociedad Mercantil «las caravanas de los comerciantes» que consistían en la reunión de varios mercaderes para realizar negocios en plazas distantes a las de su plaza de origen, criterio corporativo que les permitía juntar mayores cantidades de capital e, indirectamente, una labor de protección y vigilancia compartida que era más eficaz que cuando actuaban en forma individual.

Se estima que el Derecho Comercial habría nacido en la etapa de evolución histórica identificada como la Alta Edad Media, con ocasión de implementarse el fenómeno religioso, cultural, social y económico identificado como las cruzadas, con motivo de las cuales los monarcas, para financiarlas, acudieron al crédito de los grandes mercaderes que, como no podían cobrar intereses por el préstamo de dinero (*numum non parit numun*), a cambio de los grandes créditos obtuvieron el permiso del monarca para regular los aspectos jurídicos mercantiles con una legislación propia, al cederles el *ius imperium* en la dación de leyes.

Al acontecer estos hechos, los comerciantes decidieron otorgarle fuerza de ley a los estatutos que regían la vida de los gremios, los mismos que tenían una parte orgánica y una parte dogmática.

En la primera parte citada, se regulaban las competencias de los órganos de gobierno gremial, la manera de designarlos, removerlos o renovar sus cargos, y en la segunda parte se desarrollaba una regulación de los usos y costumbres del comercio. Es decir, el Derecho Mercantil Societario nace como un compendio de estatutos que regían la vida gremial, los mismos que tenían características que los distinguían: ser privatistas, exclusivos y excluyentes.

Al evolucionar las normas estatutarias, se crean las diversas formas de sociedades mercantiles recogidas en el primer Código de Comercio francés de 1807, y en ellas se desarrollan las normas relacionadas con la sociedad mercantil de responsabilidad limitada, lo que significa que los socios de esta clase de sociedad adquieren un tipo de responsabilidad social circunscrita exclusivamente al aporte, es decir, que si el negocio de la sociedad fracasaba, los socios perderían solo el monto del capital aportado, no obstante que las deudas superaran a dichos montos en demasía.

También se crearon las sociedades con responsabilidad ilimitada, pero estas no han tenido éxito en la elección de sus formas para realizar negocios corporativos mercantiles.

Las diversas legislaciones en el Derecho Comparado han mantenido incólume este tipo de responsabilidad, pero ha ocurrido que, en algunas ocasiones, los socios han abusado de esta circunstancia bajo el manto protector del tipo societario escogido, pero con la cual se generan perjuicios a los terceros o a los acreedores.

Por esta razón, en el mundo moderno del desarrollo del Derecho Comercial se ha ideado la teoría del levantamiento del velo societario, es decir que, en forma excepcional, cuando se advierta que los socios hacen un ejercicio abusivo del marco protector que les otorga la responsabilidad limitada, se puede ampliar esta responsabilidad para que las deudas pendientes generadas de esta manera puedan ser reclamadas, afectando el patrimonio no aportado de los socios, cuando la responsabilidad sea limitada. Hay algunas exigencias para que esto ocurra, las cuales, de cumplirse, permitirán fácilmente ampliar la responsabilidad, porque, en caso contrario, se podría estar configurando el ejercicio abusivo del derecho o el consentimiento de una actuación fraudulenta que de mala fe afecte el derecho de terceros. No es

esta una teoría aceptada unánimemente, sin embargo, estimamos que las legislaciones vigentes deben replantear los esquemas en los que desarrollamos los tipos de responsabilidad para acoger este nuevo planteamiento, con estas motivaciones nos hemos permitido realizar un análisis preliminar del tema en estudio, el cual pasamos a desarrollar.

INVESTIGACIÓN

Aspectos preliminares

La descapitalización de las empresas en el Perú

En el Perú, el nivel promedio de endeudamiento de las empresas mercantiles, en relación con sus recursos propios, ha llegado a exceder los coeficientes técnicos de seguridad. El superar el tope de capacidad de crédito nos lleva a establecer que la crisis financiera no se debe solo a la escasez de liquidez de la economía, sino también a la falta de liquidez en sus balances.

De lo expresado, nos permitimos señalar desde ahora la exigencia que debe existir del capital mínimo; de esta forma lo señala el maestro Ulises Montoya Manfredi (1967): «La exigencia del pago del capital social persigue como finalidad dar a la sociedad el sustento patrimonial necesario desde el inicio de su existencia. Al no señalar en algunos casos la Ley Societaria la calidad mínima, está adoptando el sistema de dejar en libertad a las partes para fijarlo, siguiendo en este punto al mismo tiempo el criterio del Código de Comercio, apartándose del adoptado en las legislaciones modernas sobre sociedades anónimas en los proyectos de reforma de esta institución» (p. 129).

«El capital es el fondo patrimonial que hace posible que la sociedad pueda realizar sus actividades de empresa» (Córdova, 2008, p. 125). «La importancia de este elemento en las sociedades capitalistas es fundamental, ya que se constituye en la contrapartida necesaria ante la responsabilidad limitada» (Córdova, 2008, p. 126).

La propuesta doctrinaria que reseñamos nos permite plantear los conceptos del patrimonio y los principios que lo regulan. De acuerdo con el jurista Rodrigo Uria (1999), existen los siguientes principios del capital social aplicables al ordenamiento jurídico peruano, que son los siguientes:

a.- Principio de determinación

El capital habrá de estar determinado en los estatutos, expresando su importe y el número de acciones en que estuviera dividido, el

valor nominal de las mismas, su clase o serie, si existieran varias, y si están representadas por títulos, nominativos o al portador, o por medio de anotaciones en cuenta.

b.- Principio de integridad

El capital habrá de estar «suscrito totalmente» para que pueda constituirse la sociedad. La suscripción íntegra del capital implica que todas las acciones estén asumidas o suscritas en firme por personas con capacidad para obligarse. Esta exigencia ha venido a prohibir la práctica de las llamadas acciones en cartera, consistente en conservar sin suscribir un cierto número de las acciones integrantes del capital, ya en el momento fundacional, ya en los ulteriores aumentos del mismo, dejando al arbitrio de los administradores la elección del momento propicio para entregarlas a la suscripción de los socios o de terceros.

c.- Principio del desembolso mínimo

Además de estar suscrito el capital, es necesario que esté «desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, el valor nominal de cada una de las acciones». Ese desembolso mínimo habrá de afectar a todas las acciones (no sería lícito, por ejemplo, desembolsar la mitad de las acciones en un 10 por 100 y el resto en un 40 por 100, para completar así el 25 por 100 del capital nominal total). La exigencia legal está fundada en la conveniencia de que las sociedades inicien su vida con un mínimo de fondos inmediatamente disponibles.

d.- Principio de la estabilidad

Quiere decir que la cifra-capital determinada en los estatutos no puede ser alterada, aumentándola o reduciéndola, si no es por los trámites legales establecidos al efecto y modificando la correspondiente mención estatutaria.

e.- Principio de realidad

Cuando la doctrina se refiere al principio de realidad, nos ha de mencionar que «el único principio que existe es el principio de inviolabilidad del capital social, es una regla de orden público cuya aplicación no podría dejarse de lado o ser limitada por convenios; está consagrado en resguardo de la integridad del capital, en protección de los acreedores (actuales y futuros) y de los socios. Ello así, sin perjuicio de las variaciones —aumentos o disminuciones— efectuadas de acuerdo con las normas legales».

Para Garrigues (1993), por el contrario, existen solo dos principios en defensa del capital social.

Dos principios completan la defensa del capital de la sociedad por acciones: «principio de la determinación y unidad del capital social». Es el supuesto lógico de la defensa del capital. La S. A. ha de nacer con un capital determinado y único. La fijación del capital social es una de las menciones de la escritura de constitución. En la L. S. A., el capital no es solo funcional, como en las demás sociedades, sino fundacional. No establecía ninguna distinción entre capital suscrito y capital desembolsado. Según la L. S. A., «no podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos».

El «principio de la estabilidad del capital» significa que la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma significaría un engaño para los acreedores si no va acompañado del correlativo aumento en el patrimonio social, y toda disminución implica la posibilidad de reducir en la misma cuantía el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía para los acreedores. Pero durante la vida de la sociedad puede presentarse la necesidad de dinero y no querer obtenerlo a título de préstamo; o puede ser conveniente restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio, reducido por consecuencia de pérdidas. A estos supuestos principales corresponden, respectivamente, los procedimientos de aumento y de reducción del capital social, que son otras tantas excepciones al principio de la estabilidad en el sentido expuesto.

En el patrimonio se incluye el capital, que es «una cifra que explicita la suma de los valores nominales del total de las acciones que existen suscritas al tiempo de su expresión por la correspondiente documentación societaria» (Suárez, 1979, p. 397).

El capital social está formado por la suma de los aportes en numerario y especie que los socios se comprometen a aportar (Zaldívar, 1973, p. 206 y ss.).

Cuando se trate de los conceptos, «en la sociedad anónima el capital se divide en acciones, está representado por ellas y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que hayan suscrito, se trata de un rasgo típico » (Halperin, 1974, 261).

Debe tenerse en cuenta, entonces, que en las acreencias, cuando la Banca otorga créditos de corto plazo para financiar innovaciones de activos fijos, estos se convierten en créditos inmovilizados que son de difícil recuperación, porque no pueden convertirse las obligaciones en acciones y porque, además, no pueden

convertirse en capital de riesgo (acciones) o en obligaciones a largo plazo. Ello ocasiona su crisis y repercute en la posibilidad de tener nuevas inversiones y en el desarrollo económico y fiscal de cualquier país, así como también presiona el alza de intereses bancarios.

Cualquier análisis sobre la capitalización o descapitalización de la empresa no puede obviar el análisis del patrimonio de su organización jurídica, y son las sociedades anónimas las sociedades que se caracterizan por la responsabilidad limitada de sus socios, su organización jurídica más importante, tal como lo revelan los datos establecidos por el IV Censo Nacional de Empresas efectuado por el INEI¹.

Cuadro 1

Valor agregado censal según organización jurídica (2007)



Fuente: INEI - IV Censo Nacional de Empresas y Establecimientos, 2008.

La creación de una sociedad con responsabilidad limitada, como la sociedad anónima, se basa en la dotación por parte de los socios de capital suficiente y adecuado al objeto social, es decir, se debe mantener en la empresa un equilibrio razonable entre recursos propios y recursos ajenos, los socios absorben una cantidad de riesgo razonable, en relación con las actividades de la sociedad de que se trate. Si se liquida la sociedad, los socios son los últimos

¹ El valor agregado muestra la verdadera producción económica de la empresa. Es la diferencia entre la producción del periodo y los consumos de bienes y servicios suministrados por terceros para la producción.

en cobrar, puesto que a los que debe pagárseles primero son a los acreedores, es decir, solo reciben una compensación por el capital suministrado a la sociedad en el caso de que todos los acreedores de la misma hayan sido satisfechos. Pero un hecho anormal es que si bien el financiamiento del objeto social de la sociedad se ve necesitado de capital, algunas veces los socios financian a la sociedad como acreedores, haciéndole o entregándole préstamos a esta, en otros casos, actúan como garantes personales por el endeudamiento de la sociedad.

Determinación del problema

De lo expresado en líneas anteriores, se destaca una interrogante: ¿qué factores han contribuido al fenómeno de la infracapitalización de muchas de las sociedades anónimas en la provincia de Lima, en las que en un estado de insolvencia y posterior salida del mercado han generado perjuicios a sus acreedores?

Justificación

General

Efectuar el análisis partiendo de los fenómenos económicos de la infracapitalización de las sociedades de capitales, en especial de la sociedad anónima, y la incidencia sobre estos de la normatividad societaria y concursal, en especial en la protección del crédito y de los acreedores.

Proponer modificaciones en materia societaria y concursal que permitan, por un lado, contribuir en la solución de dichos fenómenos económicos y, si fuera el caso, fortalecer el derecho de crédito de los acreedores; de esta manera, lograr que exista coherencia entre los aportes de los socios o accionistas, el endeudamiento frente a terceros y el objeto social.

En el desarrollo del tema se buscará establecer un vínculo entre las variables económicas que juegan roles determinantes en la capitalización de las empresas y las normas jurídicas societarias y concursales que tienen incidencia en dicha capitalización.

Esta investigación se ubica dentro de esta época denominada poscapitalista, o sea, tiene en cuenta el desarrollo y las necesidades de la economía nacional y global.

Específica

El motivo de esta propuesta es encontrar las causas del fenómeno antes mencionado, para aportar, en este caso, desde el punto de vista de la

propuesta normativa, reglas que permitan incentivar o desincentivar al emprendedor o empresario en el desarrollo de formas óptimas de financiamiento del objeto social de la sociedad de capitales, que permitan proteger el crédito evitando que los acreedores asuman los resultados de la insolvencia de estas sociedades.

Objetivo

Luego del análisis del caso, lo más importante es recomendar determinados cambios legislativos que estimulen al empresariado a buscar el adecuado financiamiento de sus proyectos de inversión para evitar que la crisis la asuman los acreedores, en la mayoría de veces los micro y pequeños empresarios.

Estimamos que con las propuestas enunciadas y auxiliadas por una metodología de investigación que recoja los mecanismos de indagación de carácter normativo, deductivo, comparativo causal, estadístico, bibliográfico e, inclusive, jurídico formal, habríamos de arribar a conclusiones preliminares, admitiendo que el tema en estudio amerita un desarrollo más extenso y particular, que forma parte de una propuesta con mayor intensidad y que estamos concluyendo para una futura publicación que detalla cada caso in extenso, porque el tema justifica, después de la prognosis expuesta, un mayor esfuerzo de indagación e interpretación fáctica y jurídica.

Hipótesis

Frente a esta interrogante se debe formular, preliminarmente, la siguiente hipótesis: los factores de la «infracapitalización de las sociedades de capitales» pueden sustentarse en la vinculación económica o familiar de sus promotores y administradores, circunscrita solamente al financiamiento de la actividad empresarial mediante endeudamiento con bancos o accionistas vinculados; la estructura del financiamiento de las operaciones sustentada principalmente en el crédito bancario y de terceros, las políticas económicas mercantilistas aplicadas al país en los años 1970-1990; y, finalmente, la legislación societaria y concursal que, probablemente, no ha otorgado una eficiente protección al crédito.

Universo muestral

El universo para la presente propuesta estará constituido por las sociedades anónimas cuyos procedimientos de insolvencia han sido tramitados y concluidos en el Indecopi, en la ciudad de Lima, entre los años 2006 a 2010, luego de ser declaradas en disolución y liquidación. Este universo se determinó de la siguiente manera: las sociedades anónimas declaradas en disolución y liquidación fueron 748, pero los fenecidos por

haber concluido el Procedimiento Concursal Ordinario fueron 101 expedientes; de estos expedientes solo se pudo tener acceso a 84, que constituyen el 83.16 % del segmento tomado como muestra total; asimismo, se obtuvo la mayor cantidad de datos en 70 expedientes, que constituyen el 69.30 % del segmento tomado como muestra total; lo que significa que esta muestra es representativa.

Variables

La medición de las variables se expone a continuación:

Variables independientes

a.- De naturaleza cognitiva

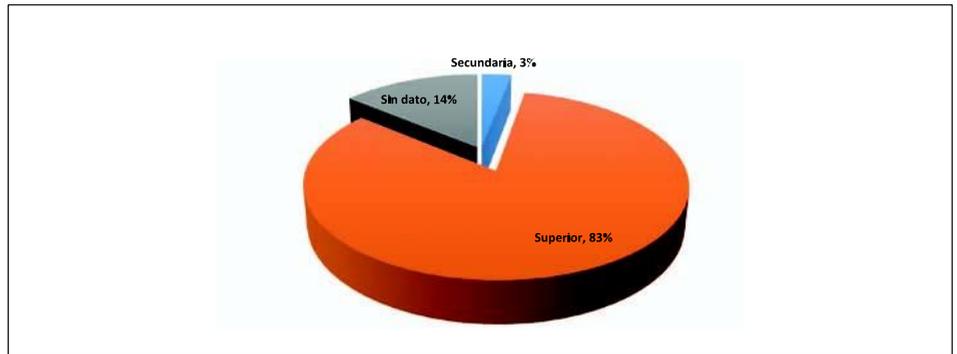
Formación profesional de los promotores, administradores y accionistas mayoritarios, de pretender trasladar el riesgo de la actividad empresarial a los acreedores. (Véase cuadros 2 y 3)

De la recopilación de datos encontramos que, a pesar de que el 83 % de los administradores o accionistas que controlan las sociedades anónimas que constituyen la muestra estudiada tienen un nivel educativo superior, en especial, las carreras de ingeniería, en dichas facultades las asignaturas universitarias de administración financiera no ponen énfasis en el equilibrio financiero de la marcha del negocio, que se basa en la comprensión de la diferencia entre el financiamiento mediante préstamos comerciales y el financiamiento mediante emisión de acciones (mientras en el primero se debe retribuir en forma fija, con los intereses y la devolución del capital, así existan pérdidas transitorias, en el segundo los accionistas son retribuidos solo cuando existan utilidades y se acuerde el reparto de estas en junta general); por otro lado, los accionistas controladores están interesados en recuperar en el menor plazo posible su inversión, por ello pretenden financiar el objeto social con préstamos hechos por los propios accionistas, antes que efectuarlos con sus aportes, siendo sus aportes al capital meramente simbólicos. Lo antes manifestado nos indica que la baja capitalización de las empresas estudiadas tiene como uno de sus factores la falta de especialización profesional de los que controlan la sociedad anónima².

² De los expedientes (70) de las empresas que fueron declaradas en liquidación en los procesos de insolvencia en Indecopi, se recogió como dato que la formación de los promotores, administradores y accionistas mayoritarios, el 83 % de ellos tienen grado superior; asimismo, de este sector, la profesión mayoritaria es la de ingeniero (28 %). Entrevistando mediante cuestionarios a docentes representativos de dicha profesión (el decano de la Facultad de Ingeniería Industrial de San Marcos en 1998 y un docente de la U. Ricardo Palma), se han recogido como datos que estos han sido formados ligados con la actividad de la producción y que, cuando en algunas de las ingenierías estudian la actividad administrativa de las empresas, estudian la emisión de acciones tan solo como una forma de las múltiples técnicas de financiamiento y, quizás, como la menos importante.

Cuadro 2

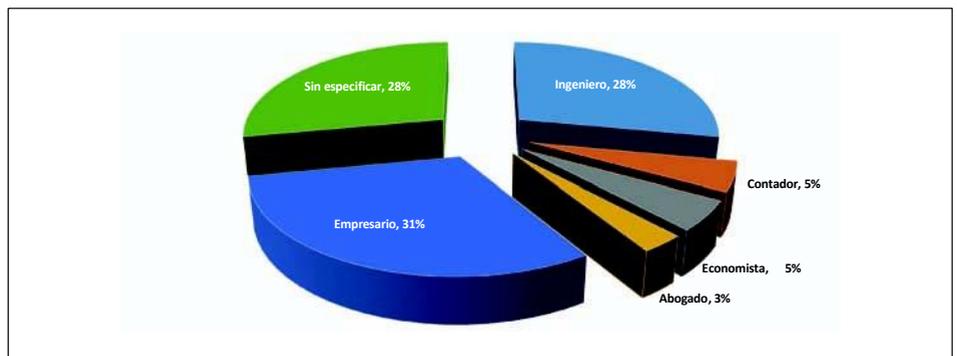
Nivel educativo de los administradores.



Fuente: Indecopi.

Cuadro 3

Administradores de nivel superior



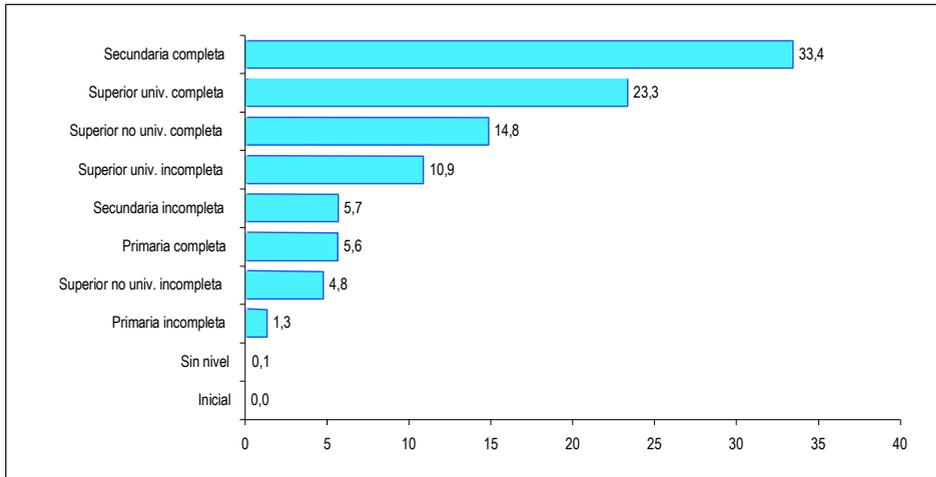
Fuente: Indecopi.

b.- De naturaleza cultural

Idiosincrasia del empresariado peruano. De acuerdo con la encuesta de la micro y pequeña empresa del 2011, publicada en agosto del 2012 y realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el último nivel de estudios alcanzado por los titulares de las sociedades anónimas cerradas y unipersonales, calificadas como mypes, muestran que el 34,2 % de ellos cuenta con el nivel superior universitario, el 19,6 % indicaron el nivel superior no universitario, el 39,1 % y el 7 % manifestaron tener un nivel de estudios de secundaria y primaria, respectivamente. (Véase cuadro 4)

Cuadro 4

Último nivel de estudio del propietario de la empresa (2011)
Distribución porcentual

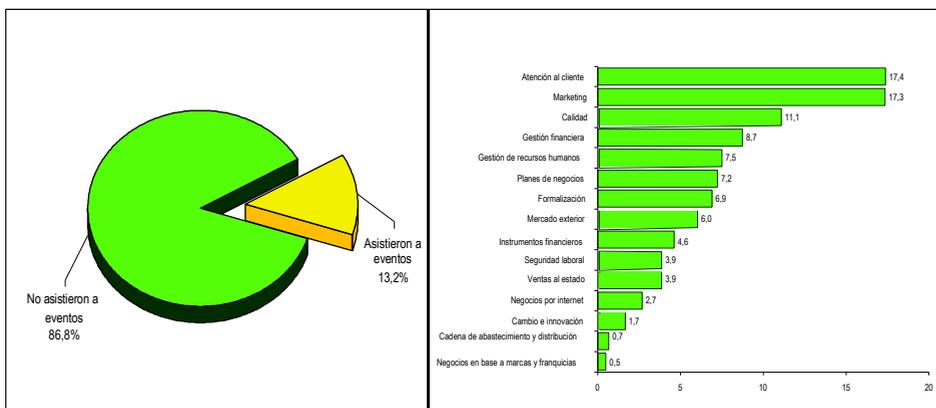


Fuente INEI - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2011.

Finalmente, el 13,2 % de los conductores de la empresa declararon que habían participado en cursos o eventos de capacitación relacionados con la gestión empresarial. Sin embargo, el menor porcentaje es ocupado por temas de gestión financiera, lo que evidencia que la baja capitalización de las empresas estudiadas tiene como origen la carencia de conocimiento sobre políticas financieras.

Cuadro 5

Participación de los conductores de las empresas en cursos o eventos relacionados con la gestión empresarial



Fuente INEI - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2011.

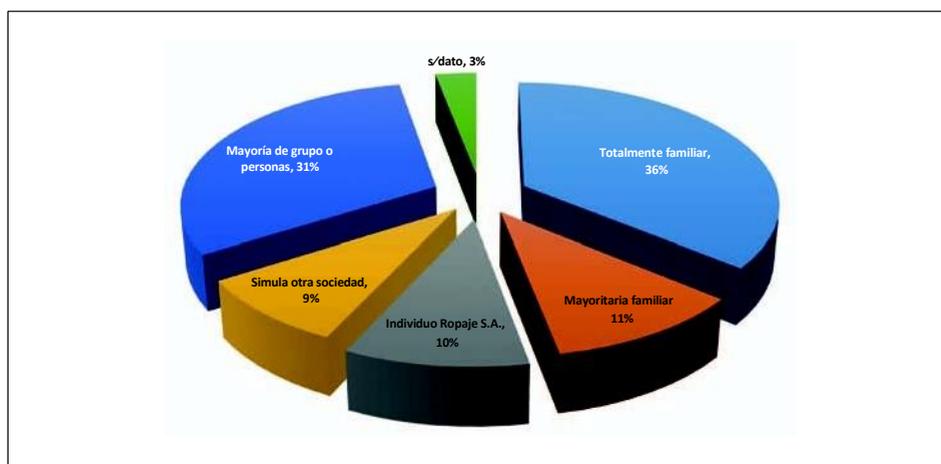
c.- De naturaleza social:

Vinculación económica o familiar de sus promotores y administradores circunscrita solamente al financiamiento de la actividad empresarial mediante endeudamiento con los propios accionistas o bancos vinculados.

En aproximadamente 60 % de las empresas analizadas, la baja capitalización por diminuta emisión de acciones tiene como soporte el carácter familiar del accionariado³.

Cuadro 6

Composición del accionariado



Fuente: Indecopi.

d.- De naturaleza política y económica

Estructura del financiamiento de las operaciones, sustentada principalmente en el crédito de sus propios socios o accionistas, o en el crédito bancario y de terceros.

Cualquiera puede participar en la financiación de una empresa y cualquier empresa puede ser financiada por cualquiera que ha de reducir los costes de financiación de las empresas en general. (Alfaro, 2008)

³ De los expedientes (70) de las empresas que fueron declaradas en liquidación en los procesos de insolvencia en Indecopi, se recogió como dato que un porcentaje relevante de la sociedad anónima es totalmente familiar (36 %), si le adicionamos las sociedades mayoritariamente familiares (11 %), llegarían hasta el 47 % las empresas de carácter familiar. Si no computamos a las sociedades que, en el fondo, usan el ropaje social por una persona individual o de otra sociedad anónima, la sociedad anónima familiar alcanza el 60 %.

Los acreedores más expuestos al riesgo de insolvencia (los acreedores a largo plazo, que son los principales financiadores del negocio) son los propios accionistas. En otro caso, terceros como bancos y proveedores obtienen, normalmente, la garantía personal de los socios, y los que son acreedores a corto plazo, normalmente, no dan crédito más que en pequeñas cantidades, de forma que el emprendedor, en el mejor de los casos, ha de reducir la asimetría informativa con sus potenciales acreedores (crearse una reputación) para poder obtener crédito comercial de forma generalizada (Alfaro, 2008).

Los socios accionistas pueden dar crédito a su sociedad en términos mucho más ventajosos que los financiadores externos, ello porque el coste de la estructura de su deuda es muy inferior. Los costes de información y de supervisión en que deben incurrir son mucho menores, porque ellos conocen mejor la empresa y, además, pueden alinear a sus intereses como acreedores las estrategias de su management. El hecho de que la sociedad pueda recibir estos créditos reduce el riesgo de los acreedores externos, puesto que aleja la incidencia de la quiebra (Paz, p. 79). Pero siempre los más expuestos serían los acreedores pequeños que, en muchos casos, no se ven incentivados al iniciar el Procedimiento Concursal, debiendo asumir graves costos.

En el 78 % de las sociedades anónimas analizadas, la baja capitalización se manifiesta en el financiamiento de su objeto social, el cual se encontraba constituido por créditos con sus propios socios, créditos bancarios y créditos de proveedores. El endeudamiento ha sido mayor que el capital social con las siguientes escalas resultantes:

- En el 68 % de empresas, su capital social no llega a cubrir la mitad de sus deudas comerciales.
- En el 31 % de empresas, su capital social no llega ni a la décima parte del endeudamiento comercial (siendo, en estos casos, los préstamos de los accionistas manifiestos).

El financiamiento se realiza mayormente con préstamos de sus propios accionistas o empresas vinculadas, y los créditos bancarios fueron garantizados por los accionistas mayoritarios. El altísimo costo de este financiamiento trajo como consecuencia su salida del mercado con grave perjuicio a los acreedores quirografarios⁴.

4 De 68 expedientes de las empresas que fueron declaradas en liquidación en los procesos de insolvencia en el Indecopi, se obtuvieron algunos datos. En el 22 % de empresas en liquidación, su capital social ha sido mayor al endeudamiento comercial garantizado por los accionistas mayoritarios, ello significa que su salida del mercado se ha debido a causas ajenas al bajo nivel de capitalización, como pérdida de mercado, pérdidas acumuladas, etc. Respecto a la mayoría de empresas examinadas (78 %) el endeudamiento comercial ha sido mayor que el capital social, con las siguientes escalas resultantes: en el 68 % de empresas, su capital social no llega a cubrir la mitad de sus deudas comerciales; en el 31 % de empresas, su capital social no llega ni a la décima parte del endeudamiento comercial. Para el acopio de estos datos no se han tomado en cuenta las deudas tributarias, laborales, ni el arrastre de pérdidas de ejercicios económicos anteriores.

Políticas económicas mercantilista aplicadas al país en los años 1970-1990

Los datos estadísticos tomados del Ministerio de Economía y Finanzas expresan que desde 1991 se aplica un arancel «cuasi flat» de 15 % con dispersión de 5 puntos y algunos pocos sectores al 25 %, por lo que, si en julio de 1990 la protección arancelaria era del 75 %, en el periodo de 1991 a 1996 bajó a 17 %, sin que muchas empresas pudieran adecuar sus costos para competir con los productos importados que originaron su salida del mercado. Hasta abril del 2001, el promedio de la tasa arancelaria era de 13.5 %, en la actualidad es del 11.5 %.

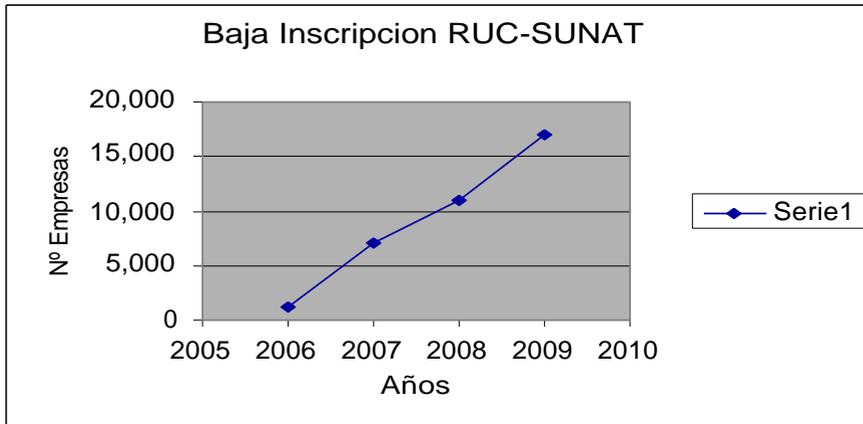
e.- De naturaleza normativa: Ley General de Sociedades y Ley General del Sistema Concursal

Esta variable se manifiesta en la existencia de normas que han desincentivado a los inversionistas a colocar su capital en acciones: la existencia de las normas societarias ha incentivado que los inversionistas consoliden a una clase empresarial culturalmente limitada, sustentada en el carácter familiar de la composición accionaria de las sociedades anónimas, lo que se refleja en el hecho de su ambigüedad para defender el principio de que «debe existir una correspondencia entre el capital social que se invierta mediante aporte de los socios y el financiamiento del objeto social, o sea, de la actividad empresarial de la sociedad anónima». Por otro lado, no existe un real control respecto a la efectividad de sus aportes y, por último, las normas concursales les hacen participar en la solución a la crisis de las sociedades concursadas en igualdad de condiciones a los créditos vinculados y a los créditos no vinculados o créditos efectuados por los propios accionistas.

Las consecuencias saltan a la vista al comparar dos grandes crisis económicas mundiales, las crisis de los años 2011 y 2009. El producto bruto interno del año 1998 indicó un 0,7 %; el del año 1999 creció apenas 0,9 %; el 2001, llegó a 0,2 %; asimismo, el PBI, de un crecimiento de 9,84 % en el 2008, cayó dramáticamente el año 2009 a 1,12 %. Lo mismo que no sucede con las solicitudes de insolvencia presentadas al Indecopi; el año 1999 se presentaron 824 solicitudes de insolvencia, el año 2000 se presentaron 1698 solicitudes, el año 2001 se presentaron 1636 solicitudes. Posteriormente, en la crisis del 2009, se presentaron apenas 418 solicitudes de insolvencia, crisis que se refleja en el Registro Único de Contribuyentes de la Sunat, respecto a las empresas dadas de baja, que de 10 968 en el año 2008 aumentaron a 16 973 el año 2009 (incremento del 65 %). Lo que significa que han salido clandestinamente del mercado, dejando en desamparo a miles de acreedores.

Cuadro 7

Baja inscripción RUC-SUNAT



Fuente: Sunat.

Variable dependiente

Disolución y liquidación de las sociedades anónimas

Hay diversas causales por las cuales la ley, en la Sección Cuarta, Título I, propone la disolución de las sociedades comerciales, entre las que tenemos el vencimiento del plazo, la conclusión de su objeto social, la inactividad de la Junta General, las pérdidas que deducen el patrimonio neto a cantidad inferior a la reserva, el acuerdo de la Junta de Acreedores para declarar la quiebra, la falta de pluralidad de socios, la resolución que adopte la Corte Suprema, el acuerdo de la Junta General sin mediar causa legal o estatutaria, y cualquier otra causa que nazca de la ley, del Pacto Social o del Estatuto en este caso.

En cuanto a la liquidación de las sociedades, la norma en la Ley Especial estatuye que si se ha disuelto la sociedad, se inicia el proceso de liquidación, debiendo tener en cuenta que la personalidad jurídica de la sociedad disuelta se conserva durante todo el proceso de liquidación hasta que se inscriba la extinción.

Cuando la sociedad se encuentra en un proceso de liquidación, debe añadir a su denominación o razón social la expresión «en liquidación» en todos sus documentos.

Desde que se toma el acuerdo de disolución, fenece la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, debiendo asumir los liquidadores las funciones que conforme a la ley, al Estatuto, al Pacto Social, a los convenios entre accionistas inscritos ante la Sociedad y a los acuerdos de la Junta General correspondan.

No obstante, si se requiere el concurso de los que ejercieron los cargos que han finalizado, estarán obligados a proporcionar la documentación y las informaciones que sean necesarias para facilitar la liquidación.

El proceso de liquidación no impide que los accionistas puedan adoptar algunos acuerdos que no contradigan el proceso liquidatorio. Este proceso debe concluir con la extinción de la sociedad luego de haber hecho la distribución del haber social, de los remanentes que pudieran existir después de que se han honrado las obligaciones pendientes del ente societario que nazcan de la memoria de liquidación elaborada por los liquidadores, en la que debe considerarse el estado de pérdidas y ganancias, debiendo tomar en consideración que si convocada la junta para la liquidación, esta no se reuniese ni en primera ni en segunda convocatoria, los documentos se considerarán aprobados por ella, de tal manera que aprobado expresa o tácitamente el balance final de la liquidación, este debe publicarse por una sola vez para proceder a la distribución entre los socios del remanente que pudiera quedar del haber social.

CONCLUSIONES

La sociedad de responsabilidad limitada, como la anónima, se basa en la dotación de capital suficiente para desarrollar el objeto social, por ello los socios deben aportarle capital suficiente y no es correcto que los socios financien con créditos a la sociedad y, en caso de que se liquide, los socios deben ser los últimos en cobrar.

El equilibrio financiero es positivo para la marcha del negocio. La sociedad se financia mediante préstamos comerciales y con emisión de acciones. En el primero se pagarán los intereses. En el segundo los socios serán retribuidos solo si existen utilidades.

Los conductores de la sociedad asisten a cursos de gestión empresarial, pero pocos asisten a eventos vinculados a gestión financiera.

Las empresas analizadas tienen baja capitalización y diminuta emisión de acciones y su soporte es el carácter familiar del accionariado.

El financiamiento es mayormente con préstamos de sus propios accionistas o empresas vinculadas, y los créditos bancarios han sido garantizados por los accionistas mayoritarios, pero tienen altísimo costo. Este crédito genera la salida del mercado con perjuicio de los acreedores quirografarios.

Los más expuestos a la insolvencia son los acreedores pequeños y que pocas veces inician un proceso concursal por los altos costos de estos procedimientos.

La Ley Societaria no establece un capital mínimo para constituir sociedades y no hay un control para la efectividad de los aportes. Además, las normas concursales, Ley 27809, y los acreedores que son accionistas les hacen participar en igualdad de condiciones con los otros acreedores, tanto en la recuperación del crédito como en la solución de la insolvencia.

Esta situación desincentiva a los acreedores para dar inicio al procedimiento concursal, lo que ha ocasionado que los deudores desaparezcan clandestinamente del mercado, perjudicando a las pequeñas empresas.

El concepto de capital social al nacer la sociedad por acciones tuvo su razón de ser en la necesidad de establecer un contrapeso al régimen de responsabilidad limitada del accionista, porque establece cierto equilibrio entre los derechos de los accionistas y los derechos de los acreedores.

El capital social es el conjunto de aportes que realizan los socios a favor de la sociedad con el carácter de intangibilidad, lo que significa que esta cifra no puede ser devuelta a los socios mientras no se liquide pagando a todos los acreedores.

La relación entre cifra capital y valor del patrimonio establece la situación económica de la sociedad. En la medida en que el valor del patrimonio rebase la cifra capital, la situación de la sociedad será más sólida, de lo contrario significa que las pérdidas han ido absorbiendo el capital. Si el patrimonio neto no supera la cifra capital, estos sirven para determinar el patrimonio neto intangible; es decir, no se podrá repartir a los accionistas porque es una garantía de protección a los acreedores.

Si se quiere mantener, por los socios, una responsabilidad limitada, deberán dotar a la sociedad del capital suficiente. Es decir, un capital que permita en el ejercicio del negocio un equilibrio razonable, entre recursos propios y recursos ajenos.

El capital social representa un fondo de producción aportado por los socios para que se cumpla el objeto social destinado a desarrollar la capacidad productiva de la empresa permitiendo periódicamente la distribución de utilidades.

Al nacer la sociedad se le debe dotar de capital que satisfaga el objeto que se persigue alcanzar y ello debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, porque si no tiene capital suficiente incurrirá en infracapitalización.

El capital social es la garantía ofrecida por la sociedad a los terceros, parte del patrimonio cuya integridad es la condición esencial para que se puedan distribuir beneficios, dejando sin variación en el pasivo la partida del capital social que se impide que se pueda distribuir a título dividendo.

La condición invariable de la partida de capital hace conocer a los interesados el monto del capital y, además, la confrontación con otras partidas de balance para saber si existe o ha disminuido como consecuencia de pérdidas precedentes, o si ha aumentado.

Con el capital se establece la base para determinar la participación de los socios en los derechos políticos y económicos, así como el quórum para los acuerdos, los derechos de la minería, la determinación de las pérdidas y las ganancias.

El capital social como garantía para los acreedores se materializa mediante las funciones de moderador legal y contable de la vida social. Determina su función reguladora, cuál es el límite máximo de los beneficios que se pueden repartir, cuál es el importe de las reservas y cuándo se debe proceder a la disolución de la sociedad o modificar el estatuto como consecuencia de las pérdidas.

La función jurídica está determinada para servir de garantía frente a los acreedores porque está constituida por los bienes de la sociedad que están en el activo del cual no pueden disponer los socios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2008). «La responsabilidad limitada de los socios de las sociedades de capitales por las deudas sociales: el estado de la discusión». En: CORDOVA BELTRÁN, Flor de María. Derecho de sociedades y gobierno corporativo. Lima: Grijley.

CÓRDOVA BELTRÁN, Flor de María (2008). «La función externa del capital social». En: CORDOVA BELTRÁN, Flor de María. Derecho de sociedades y gobierno corporativo. Lima: Grijley.

GARRIGUES, Joaquín (1993). Curso de Derecho Mercantil (Tomo I). México: Porrúa.

HALPERIN, Isaac (1974). Sociedades anónimas. Buenos Aires: Depalma.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (1996). «La infracapitalización. Una aproximación contractual». En: ALCOVER GARAU, Guillermo & UREBA ALBERTO, Alonso. Derecho de sociedades de responsabilidad limitada (Tomo I). Madrid: McGraw-Hill.

MONTOYA MANFREDI, Ulises (1967). Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Lima: Imprenta UNMSM.

URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio & DE ENTERRÍA, Javier. Curso de Derecho Mercantil (Tomo I). Madrid: Civitas.

SUÁREZ ANZORENA, Carlos (1979, octubre). Temas de Capital Social. Su régimen de aumentos y su exposición en la documentación societaria, Segundo Congreso de Derecho Societario, Comisión N.º 3, Mar de Plata.

VERÓN ALBERTO, Víctor (2006). Tratado de los conflictos societarios. Parte I. Buenos Aires: La Ley.

ZALDÍVAR, Enrique. Cuadernos de Derecho Societario (Volumen I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FUENTES ELECTRÓNICAS

INEI. IV Censo Nacional de Empresas y Establecimientos 2008. Disponible en: <http://www1.inei.gob.pe/DocumentosPublicos/Primeros_Resultados_CENEC.pdf>.