

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

El capital social ¿garantía de los acreedores?

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Registral**

AUTOR

Ana Lucía Acuña Remuzgo

ASESOR:

Javier Mihail Pazos Hayashida

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20101455

2019

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se centra en la función garante del capital social, el cual ha sido visto como una garantía a favor de los acreedores de una sociedad. La importancia de esta función garante recae en que futuros acreedores pueden tomar la decisión de contratar o no con una empresa en base al monto del capital social. No obstante, en la práctica se presentan situaciones legales que permiten cuestionar esta función. Por ello, la presente investigación tiene como objetivo principal comprobar si el capital social se configura efectivamente como garantía para los acreedores de la sociedad durante todo el plazo de vigencia de la misma a pesar de la toma de ciertas decisiones legales. A fin de dilucidar este objetivo principal, consideramos como objetivos específicos dilucidar los alcances del capital social como garantía y determinar los actos legales que pueden influenciar la función garante del capital social. Luego de concluido el proceso de investigación se concluye que, efectivamente, la función garante del capital social se ve mermada por la realización de una serie de actos por parte de la sociedad; inclusive, actos que realizan antes de su inscripción en el registro de sociedades de la Superintendencia de Registros Públicos y consecuente adquisición de personería jurídica, por lo que es necesario replantear esta función garante del capital social.

CONTENIDO

1. Introducción.....	4
2. El Capital Social como garantía para los acreedores.....	5
2.1 Principios que rigen al capital social.....	7
2.2 Diferencia entre patrimonio y capital social.....	10
2.3 Regulación del capital social mínimo en el Perú.....	11
2.3.1 Ley General de Sociedades.....	12
2.3.2 Ley de Mercado de Valores.....	14
2.3.3 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.....	15
3. Actos que influyen el capital social.....	16
3.1 Actos necesarios previos a la inscripción.....	17
3.2 Transferencia de activos de la sociedad a través de fideicomisos.....	19
3.2.1 Fideicomisos bancarios.....	19
3.2.2 Fideicomisos de titulización.....	23
4. Análisis de la función garante del capital social a raíz de los actos que lo influyen.....	26
5. Conclusiones.....	29
6. Bibliografía.....	31

1. Introducción.

Al constituir una sociedad, los accionistas o socios fundadores determinarán el monto del capital social, en principio, a fin de organizar su participación en la sociedad, pues las acciones o participaciones que reciban a cambio de su aporte determinarán el peso de sus votos en las juntas o asambleas de la sociedad. Sin embargo, esa función organizadora del capital social no es la única función del mismo pues el capital social también sirve como garantía a los acreedores, quienes, como se verá en el punto siguiente, tienen incluso la posibilidad de oponerse a decisiones tomadas válidamente por los máximos órganos societarios, como sería, por ejemplo, una escisión. Para ello, solo requerirán seguir el procedimiento establecido en la Ley General de Sociedades.

No obstante, en el desarrollo normal de las actividades de una sociedad, estas realizan una serie de actos que potencialmente pueden llegar a influir en esta función garantizadora del capital social, la cual reviste de suma importancia a fin de proteger los intereses de los acreedores. Por ello, la presente investigación tiene como objetivo principal comprobar si el capital social se configura efectivamente como garantía para los acreedores de la sociedad durante todo el plazo de vigencia de la misma pese a la toma de ciertas decisiones legales. A fin de dilucidar este objetivo principal, consideramos como objetivos específicos dilucidar los alcances del capital social como garantía y determinar los actos legales que pueden influenciar la función garante del capital social.

Ahora bien, luego de concluida la investigación se puede encontrar que, efectivamente, la función garante del capital social se ve mermada por la realización de una serie de actos legales por parte de la sociedad; inclusive, actos necesarios que realizan antes de su inscripción en el registro de sociedades de la Superintendencia de Registros Públicos y consecuente adquisición de personería jurídica, por lo que es necesario replantear esta función garante del capital social.

2. El Capital Social como garantía para los acreedores.

Uno de los aspectos que debe ser definido al momento de constituir una sociedad es el monto de capital social, el cual puede ser definido como “*el valor fijado en dinero al conjunto de las aportaciones que pueden ser dinerarias o no dinerarias pero apreciables en dinero, valor que es consignado en el pacto social y en el estatuto*”¹. Ahora bien, este valor cumple distintas funciones tanto en la misma organización de la sociedad como en el tráfico jurídico.

La primera de estas funciones es la función de productividad, según la cual “*los socios efectúan su aporte con el ánimo de proveer a la sociedad los recursos materiales necesarios para la consecución de su objeto*”². Esto debido a que se considera que, al momento de constituir la sociedad, será a través del dinero o bienes aportados al capital social que la sociedad podrá realizar sus primeras operaciones comerciales a fin de cumplir con las actividades señaladas en su objeto social.

Por otro lado, el capital social tiene también una función garantizadora y es que “*(...) cuando se habla de la función garantizadora del capital social se está hablando de las medidas que la ley adopta para que los socios no puedan disminuir esa cobertura patrimonial o sólo puedan hacerlo cumpliendo determinados y severos requisitos*”³

En ese sentido, se señala que esta función de garantía se manifiesta en la obligación contable de la sociedad “*de mantener el valor del activo de la sociedad por sobre el valor del pasivo, en una cuantía por lo menos igual a la cifra del capital. Vale decir, no es suficiente que el activo social alcance a cubrir*

¹ Hundskopf Exebio, Oswaldo. *La sociedad anónima*. Lima. Gaceta Jurídica. 2013. P. 14.

² Verly, Hernán. *Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)*. La Ley – Tomo 1997 A. Págs. 756-780. Consultado en: <http://www.alfarobankingandfinance.com/tapa/HV%20-%20APUNTES.pdf>.

³ De la Cámara, Manuel. *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Consejo General del Notariado. Madrid, 1996. pp.13-14 citado en Salas Sánchez, Julio. *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades*. Lima. Ius Et Veritas. 1998.

*las deudas frente a terceros, se exige que sea superior: la medida mínima de esa superioridad está dada por el valor del capital social”.*⁴

Ahora bien, la importancia de esta función garantizadora se encuentra ligada a la protección de los acreedores sociales siempre que se señala que *“el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”*⁵.

Al respecto, la Ley General de Sociedades (“LGS”) señala en su artículo 51 que los accionistas de una sociedad anónima no responden personalmente por las deudas sociales⁶. Por ello, se encuentra en la función garantizadora del capital social una alternativa a esta limitación de responsabilidad que permita facilitar el tráfico jurídico. Esto se da debido a que los acreedores que contraten con la sociedad solo querrán hacerlo en la medida que consideren que sus créditos se encuentran garantizados y, en caso no puedan ser otorgadas garantías específicas tales como hipotecas o garantías mobiliarias, los acreedores al menos contarán con el capital social de la sociedad, el cual deberá responder íntegramente por las deudas sociales.

Se ha considerado que la función garantizadora del capital social es de tal importancia que la LGS ha otorgado a los acreedores el derecho de oposición⁷ al

⁴ Verly, Hernán. Op. Cit. Págs. 756-780.

⁵ Nissen, Ricardo A., Curso de derecho societario, p. 398. Citado en Fábregas, Valeria. *Capital Social. Función de Garantía*. X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. La Falda. Córdoba. 2007. Consultado en: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/3610/CDS10020281.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶ Artículo 51.- Capital y responsabilidad de los socios. En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima.

⁷ Artículo 219.- Derecho de oposición. El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado. El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el artículo 217. Es válida la

acuerdo de reducción de capital de una sociedad. De conformidad con lo regulado en la LGS, un acreedor de la sociedad podrá oponerse al mencionado acuerdo siempre que su crédito no se encuentre debidamente garantizado, aun si este crédito esté sujeto a condición o plazo.

Este derecho de oposición refleja claramente la importancia que la LGS le da a la función garantizadora del capital social, siempre que permite que un acreedor suspenda un acuerdo societario- el cual ha sido tomado en consideración de todos los requisitos establecido en la ley- a fin de garantizar o cancelar un crédito que, antes del acuerdo tomado se consideraba- a ojos de la ley- que se encontraba garantizado mediante el capital social.

Debido a lo expresado en líneas anteriores, se puede definir el capital social en su función garantizadora como *“the maximum number of dollars up to which someone might in certain circumstances be able sometime to hold some shareholders liable”*⁸.

2.1 Principios que rigen al capital social.

Como se detalló en el punto anterior, el capital social reviste de gran importancia en la constitución y desarrollo de la sociedad debido a, entre otros, su función garantizadora. Por ello, el mismo debe regirse por una serie de principios que permitan que el capital social pueda efectivamente cumplir las funciones que representa, entre los cuales se encuentran los siguientes:

oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición. La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la reducción del capital podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de su crédito, intereses, comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.

⁸ Bayless Manning, James. *A concise textbook on legal capital. Second Edition.* Nueva York. The Foundation Press Inc. 1981. Pp. 35.

- (i) Principio de determinación, el cual señala que *“en que el capital social debe estar expresamente señalado en el estatuto social, con indicación de su importe, del 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”*⁹. Este principio se encuentra reflejado en el artículo 55 de la LGS el cual señala que el estatuto contendrá, entre otros, el monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita.
- (ii) Principio de realidad, también llamado de efectividad o correspondencia, el cual señala *“la necesidad de correspondencia entre la cifra de capital y los bienes efectivos que constituyen el patrimonio”*¹⁰. Para estos efectos, la LGS dispone que para los aportes no dinerarios se deberá adjuntar en la escritura pública un informe de valuación indicando los criterios de valuación empleados y su respectivo valor.¹¹
- (iii) Principio de integridad, el cual consiste *“en que el capital debe estar íntegramente suscrito por los socios, es decir, que todas las acciones estén asumidas o suscritas en firme por personas con capacidad de obligarse.”*¹². Al respecto, la LGS¹³ ha regulado que, las acciones se emiten una vez hayan sido suscritas en su totalidad y canceladas en, al menos, veinticinco por ciento de su valor, nominal salvo las excepciones planteadas en la citada norma.

⁹ Salas Sánchez, Julio. *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades*. Lima. Ius Et Veritas. 1998. P. 135.

¹⁰ Verly, Hernán. Op. Cit. Págs. 756-780.

¹¹ Artículo 27.- Valuación de aportes no dinerarios. En la escritura pública donde conste el aporte de bienes o de derechos de crédito, debe insertarse un informe de valorización en el que se describen los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor.

¹² Salas Sánchez, Julio. *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades*. Op. Cit. P. 135

¹³ Artículo 84.- Emisión de acciones. Las acciones sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos el veinticinco por ciento de su valor nominal, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. En la emisión de acciones en el caso de aportes en especie se estará a lo dispuesto en el artículo 76. Los derechos que corresponden a las acciones emitidas son independientes de si ellas se encuentran representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la Ley.

- (iv) Principio de desembolso mínimo, el cual señala que se deberá realizar un pago mínimo del capital social al momento de la suscripción del capital social. Al respecto, este principio se encuentra regulado en el artículo 52 de la LGS, el cual señala que cada acción suscrita deberá ser pagada, por lo menos, en una cuarta parte. Esta regla se aplicará tanto para la constitución de la sociedad como para todos los aumentos de capital que lleve a cabo la misma.
- (v) Principio de estabilidad indica que el capital social *“no puede ser alterada, aumentándola o reduciéndola, sin el previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos”*¹⁴.

En ese sentido, la LGS establece una serie de requisitos para el aumento y reducción del capital de una sociedad. Por ello, de conformidad con el artículo 202 de la mencionada norma, el aumento de capital puede generarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- (a) Nuevos aportes.
- (b) Capitalización de créditos contra la sociedad.
- (c) Capitalización de utilidades.
- (d) Reservas.
- (e) Beneficios.
- (f) Primas.
- (g) Excedentes de revaluación.
- (h) Otros.

Por otro lado, el artículo 216 de la LGS señala que la reducción de capital puede generarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- (a) Devolución de aportes.
- (b) Exención de deudas a los accionistas.
- (c) Restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto disminuido a consecuencia de pérdidas

¹⁴ *Ibíd.* P.136.

Asimismo, para llevar a cabo un aumento o reducción de capital se deberán llevar a cabo las formalidades establecidas en la LGS.¹⁵

2.2 Diferencia entre patrimonio y capital social.

Habiendo explicado el concepto de capital social, sus principios y sus funciones es preciso diferenciar el capital social del patrimonio de la sociedad. En primer lugar, el patrimonio es *la participación residual en los activos de una entidad, después de deducir todos sus pasivos*¹⁶. En ese sentido, el patrimonio de una sociedad será la suma de sus activos y pasivos.

Por otro lado, como se ha señalado previamente, el capital social es un valor asignado por los accionistas a través de sus aportes a la sociedad, el cual reviste de, entre otras, las siguientes características:

- (i) Valor expresado en moneda nacional.
- (ii) Valor consignado en el pacto social y en el estatuto.
- (iii) Conjunto de aportes dinerarios o no dinerarios.
- (iv) Monto fijo que solo puede ser modificado siguiendo los procedimientos establecidos en la LGS.
- (v) Monto representado en acciones nominativas.

De esta manera, se puede apreciar que mientras que el patrimonio es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, el capital social es la suma de los aportes realizados por los socios. Al respecto, consideramos importante

¹⁵ Artículo 201.- Órgano competente y formalidades El aumento de capital se acuerda por junta general cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro.

Artículo 215.- Órgano competente y formalidades. La reducción del capital se acuerda por junta general, cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro.

Artículo 217.- Formalidades. El acuerdo de reducción del capital debe expresar la cifra en que se reduce el capital, la forma cómo se realiza, los recursos con cargo a los cuales se efectúa y el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo. La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto. El acuerdo de reducción debe publicarse por tres veces con intervalos de cinco días.

¹⁶ Norma Internacional de Contabilidad 32. *Instrumentos Financieros: Presentación.*

enfaticar que una diferencia característica de ambos conceptos es que el capital es un monto fijo, el cual-como se ha advertido en líneas anteriores-solo podrá ser modificado siguiendo una serie de requisitos y formalidades. Por otro lado, el patrimonio, al ser la suma de activos y pasivos de una sociedad podrá modificarse diariamente sin necesidad de aprobación previa por la junta general de accionistas. Por ello, solo podrá descifrarse el patrimonio de una sociedad en un momento dado, es decir, en el momento en de su consulta será válido pues el monto del patrimonio modificarse tan pronto como al día siguiente.

Es así que el capital social de una sociedad podrá no sufrir variaciones desde su constitución hasta su disolución mientras que el patrimonio necesariamente sufrirá variaciones a lo largo de la vigencia de la sociedad. Estas variaciones corresponden a las operaciones regulares de una sociedad como la adquisición de activos, así como los endeudamientos que requerirá la sociedad para llevar a cabo el desarrollo de su objeto social.

Otra diferencia significativa entre el capital social y el patrimonio es que el primero de estos se encuentra publicitado en el registro de sociedades de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (“SUNARP”) mientras que el patrimonio de una sociedad no se encuentra publicitado en SUNARP siempre que este concepto no forma parte de los estatutos sociales.

Habiendo explicado la que, en nuestra opinión, son las diferencias principales entre el patrimonio y el capital social, es importante añadir que a raíz de las constantes modificaciones que sufre el patrimonio, este podrá ser negativo si es que los pasivos superan a los activos, mientras que el capital social nunca podrá ser negativo pues es un monto fijo.

2.3 Regulación del capital social mínimo en el Perú.

Sin perjuicio de la importancia que la Ley General de Sociedades ha otorgado a la función garantizadora del capital social, ésta norma no ha establecido un monto de capital mínimo para la constitución de sociedades como sí lo han hecho cuerpos normativos de otros países. En ese sentido, la Ley General de Sociedades argentina (Ley general de sociedades N° 19.550. TO) señala en su artículo 186 el monto mínimo del capital social, monto que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo cuando lo estime necesario. Por otro lado, los artículos 62 y 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México señalan los montos mínimos de capital social de las sociedades de responsabilidad limitada y de la sociedad anónima respectivamente. De igual manera, el *Companies Act* del 2006 del Reino Unido señala en la sección 761 y siguientes del capítulo 2 el requerimiento de capital mínimo para las compañías públicas. Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Sociedades de Capital- aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2000, señala el monto mínimo de capital social de la sociedad de responsabilidad limitada.

No obstante, sí se encuentra regulado en el Perú el requisito de capital social mínimo en sociedades reguladas por la Superintendencia de Mercado de Valores (“SMV”) y por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (“SBS”), sociedades que, como se señala en líneas siguientes, deberán cumplir con mayores requisitos debido a las actividades que buscan desarrollar.

2.3.1 Ley General de Sociedades.

Como se señaló líneas arriba la LGS no ha establecido un mínimo capital social para constituir una sociedad.

“No obstante, la Ley General de Sociedades sí regula el capital a través de disposiciones que controlan la relación entre el capital social y el patrimonio neto. Estas son justamente las disposiciones contenidas en los artículos 176, 220 y 407, numeral 4. Así, si bien no se regula una cifra o monto de capital mínimo, sí se establecen reglas que obligan a que el

capital tenga un cierto nivel de cobertura respecto de los pasivos de la sociedad”¹⁷.

De esta manera, la LGS regula, por ejemplo, en el artículo 220¹⁸ la obligatoriedad de reducir el capital social cuando las pérdidas hayan disminuido el mismo en más de cincuenta por ciento y no se supere esta situación luego de transcurrido un ejercicio. No obstante, la norma permite que se utilicen las reservas legales o de libre disposición, así como permite que los accionistas realicen nuevos aportes o asuman las pérdidas a fin de salvaguardar la reducción de capital.

De igual forma, el inciso 4 del artículo 407 señala que una sociedad se disolverá cuando la misma tenga *pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.*

En ambos artículos citados se puede observar que la LGS protege la proporcionalidad entre el patrimonio y el capital social. Si bien no es obligatorio que haya igualdad entre ambos conceptos pues, como se ha señalado en el punto anterior, el patrimonio cambia constantemente mientras que el capital social es un monto estático, sí es importante que haya una relación proporcional pues, tomando en consideración la función garante del capital social, es necesario que éste pueda tener cobertura sobre los créditos a los cuales se ha obligado la sociedad.

¹⁷ Ezcurra Rivero, Huáscar. *La regulación del capital bajo la ley general de sociedades. Una perspectiva económica del problema.* Lima: Ius Et Veritas. 2006. Pp. 167.

¹⁸ Artículo 220.- Reducción obligatoria por pérdidas. La reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro.

Sin perjuicio de lo explicado en líneas anteriores respecto a que la LGS no requiere un monto mínimo de capital social, es importante tomar en cuenta que, caso el capital social de la sociedad se constituya mediante aportes de dinero en efectivo, el mismo deberá depositarse- se conformidad con el artículo 23 de la LGS- en una empresa del sistema financiero nacional o en una cooperativa de ahorro y crédito que solo opera con sus socios y que no está autorizada a captar recursos del público u operar con terceros, inscrita en el Registro Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito No Autorizadas a Captar Recursos del Público. Ahora bien, las empresas del sistema financiero antes de aceptar el depósito de capital social requerirán que la sociedad en formación abra una cuenta bancaria con un depósito mínimo. De esta manera, si bien la Ley General de Sociedades no establece un monto mínimo de capital social, las empresas del sistema financiero a fin de aceptar el depósito en dinero en efectivo sí han establecidos montos mínimos. Cabe precisar que, de conformidad con el artículo 22¹⁹ de la Ley General de Sociedades, el capital social también puede ser aportado en especie para lo cual no aplicaría este monto mínimo establecido en el mercado.

2.3.2 Ley de Mercado de Valores.

Conforme a lo mencionado en líneas anteriores, la Ley de Mercado de Valores-Decreto Legislativo 861 (“LMV”) sí ha establecido montos de capital mínimo para empresas supervisadas. Al respecto, el artículo 1 de la LMV, señala que esta norma busca “*promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista*”. De esta manera, podemos apreciar que la finalidad de la norma se condice con la regulación de un monto mínimo de capital social pues, de

¹⁹ Artículo 22.- Los aportes. Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo. El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere sólo el derecho transferido a su favor por el socio aportante. El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública.

conformidad con la función de productividad del capital social, el monto de capital social permite a la sociedad desarrollar las actividades de su objeto social. Ahora bien, debido a que las actividades de las empresas supervisadas tienen un grado de dificultad mayor a la de otras sociedades es necesario garantizar que estas sociedades tengan un mínimo de capital que permite desarrollar actividades sin perjudicar el mercado de valores. Por otro lado, podemos apreciar que la función garantizadora del capital social se refleja en este monto mínimo en la medida que este monto permitirá la protección del inversionista que contrate con las empresas supervisadas ya que, reiteramos, el capital social es una garantía a favor de los acreedores sociales.

A manera de ejemplo, el artículo 189 de la LMV señala el capital mínimo necesario para las sociedades agentes de bolsa, el cual, además, deberá ser cancelado en efectivo. Asimismo, el artículo 205 de la LMV señala el monto de capital mínimo para las sociedades intermediarias de valores, suma que, al igual que para los agentes de bolsa debe ser cancelada en efectivo.

Cabe precisar que, de conformidad con la primera disposición final de la LMV, los montos señalados como capital social mínimo se actualizan anualmente. Por ello, la SMV emite un factor de actualización, el cual se utiliza como base para actualizar los montos mínimos de capital social requeridos para empresas supervisadas. De esta manera, a fin de establecer cuál es el monto de capital mínimo de una empresa supervisada por la SMV será necesario multiplicar el monto señalado en la LMV por el factor de actualización anual.

2.3.3 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

De igual manera que la LMV, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro-Ley 26702 (“Ley General del Sistema Financiero”) establece en su artículo 16

el capital mínimo que deben tener las empresas supervisadas por la SBS. Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 de esta ley, su objeto es *“propender al funcionamiento de un sistema financiero y un sistema de seguros competitivos, sólidos y confiables, que contribuyan al desarrollo nacional”*. Como hemos señalado en el punto anterior, el establecimiento de un capital mínimo para empresas supervisadas guarda relación con los objetivos de este tipo de normas puesto que, en primer lugar, realizar actividades dentro del sistema financiero de manera correcta requiere un monto mínimo de capital, que cual permitirá a las sociedades desarrollar las actividades de su objeto social sin perjudicar el correcto desarrollo del sistema financiero. Por otro lado, permite garantizar a los acreedores que contraten con las empresas del sistema financiero, especialmente tomando en cuenta que este tipo de empresas pueden adquirir dinero del público, lo cual genera mayores riesgos, no solo para los acreedores de estas sociedades sino también para el sistema económico del país en general.

A manera de ejemplo, el monto mínimo de capital social para una empresa bancaria es de S/ 27,484,715.00 (veintisiete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil setecientos quince y 00/100 Soles) mientras que el monto mínimo para una empresa de arrendamiento financiero es de S/4,496,628.00 (cuatro millones cuatrocientos noventa y seis mil seiscientos veintiocho y 00/100 Soles). Es importante señalar que, a diferencia del sistema establecido en la LMV que emite anualmente un factos de actualización, la SBS publica trimestralmente una circular actualizando los montos mínimos de capital social²⁰.

3. Actos que influncian el capital social.

De conformidad con lo explicado en el punto anterior, el capital social, a diferencia del patrimonio, es un número estático que solo puede ser modificado siguiendo los

²⁰ Con fecha 3 de octubre de 2019, la SBS emitió la Circular N° G-203-2019, mediante la cual se actualizó el capital mínimo correspondiente al trimestre octubre-diciembre del 2019.

procedimientos establecidos en la Ley General de Sociedades. No obstante, ambos se encuentran íntimamente relacionados siempre que la LGS establece, por ejemplo, que se podrá llevar a cabo la reducción del capital social mediante el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas²¹. Asimismo, la LGS ha establecido como causal de disolución las pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente.²²

En ese sentido, en el presente punto se desarrollarán algunos actos que potencialmente podrían llevar a una modificación en el capital social, lo cual acarrearía una afectación a su función garante a favor de los acreedores sociales.

3.1 Actos necesarios previos a la inscripción.

Antes que se inscriba la constitución de una sociedad en Registros Públicos y adquiera personería jurídica²³, ésta puede realizar distinto tipo de operaciones, lo cual se encuentra regulado en el artículo 24 de la LGS.²⁴ Al respecto, se ha señalado en doctrina lo siguiente:

“La Ley N° 26887 alude a la “sociedad antes de su inscripción en el registro”, lo que la doctrina ha venido a llamar “sociedad en formación” (...), como la fenomenología jurídica y voluntad que reconoce entre el acto (fundacional) de la suscripción del pacto societario por parte de los constituyentes fundadores (acto conforme a derecho, respetando las condiciones de este negocio especial...) y el momento de su inscripción

²¹ Art. 6, numeral 4 de la Ley General de Sociedades.

²² Art. 407, numeral 4 de la Ley General de Sociedades.

²³ Artículo 6.- Personalidad jurídica. La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.

²⁴ Artículo 24.- Gastos necesarios. Otorgada la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el Registro, el dinero depositado según el artículo anterior puede ser utilizado por los administradores, bajo su responsabilidad personal, para atender gastos necesarios de la sociedad.

efectiva en el registro mercantil (el acto administrativo que al que se sujeta la concesión de la personalidad, dentro de los plazos asignados por ley para ello.”²⁵

Es esta figura denominada sociedad en formación la que podrá realizar actos previos a la inscripción. Ahora, como podemos observar en la cita anterior, este tipo de sociedades no son sociedades irregulares siempre que no han incurrido en las causales señaladas en el artículo 423²⁶ de la LGS pero tampoco son personas jurídicas que han adquirido personería jurídica siempre que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley General de Sociedades, para ello se requiere la inscripción de la sociedad en los Registros Públicos.

Los actos que pueden realizar las sociedades en formación pueden dividirse en actos necesarios y en actos facultativos. Por ejemplo, un acto necesario será el pago de gastos notariales y registrales de la constitución de la sociedad, gastos que deberán ser cancelados previo a la inscripción en registros públicos de la sociedad. Por otro lado, un acto facultativo podrán ser aquellos actos relacionados a servicios que contrate la sociedad en formación, como por ejemplo, la contratación de un servicio de limpieza para las oficinas de las sociedad.

²⁵ Salazar Gallegos, Max. *Anomalías Societarias: La Sociedad en Formación*. Lima: Derecho Comercial. Instituto Pacífico Actualidad Civil. 2018. Número 5. Año 4 Pp. 301.

²⁶ Artículo 423.- Causales de irregularidad. Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular:

1. Transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución;
2. Transcurridos treinta días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos hayan solicitado su otorgamiento;
3. Transcurridos más de treinta días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro;
4. Transcurridos treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro;
5. Cuando se ha transformado sin observar las disposiciones de esta ley; o,
6. Cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto.

Estos actos necesarios, como el pago de derechos registrales son los actos a los que se refiere el artículo 24 de la LGS. Estos actos influyen el capital social siempre que al momento de inscribir la constitución de una sociedad no habrá identidad entre el capital social y el patrimonio de la misma, puesto que se deberán realizar, necesariamente, ciertos actos para asegurar la constitución de la sociedad.

Esta falta de identidad entre el patrimonio y el capital social acarrea que la sociedad no pueda cumplir con sus deudas hasta por el monto del capital puesto que no cuenta con el íntegro del mismo, por ello, se puede indicar que los actos necesarios realizados por sociedades en formación (antes de la inscripción registral de la constitución de la sociedad) son actos que pueden influir en el capital social.

3.2 Transferencia de activos de la sociedad a través de fideicomisos.

3.2.1 Fideicomisos bancarios.

El fideicomiso bancario se encuentra regulado en el artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero de la siguiente manera: *“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.”*

Ahora bien, conforme a lo indico en la norma citada anteriormente, el fideicomiso consta de tres partes. En primer lugar, el Fideicomitente quien es el propietario de los bienes que serán transferidos en fideicomiso con el objetivo de constituir el patrimonio fideicometido. Por otro lado, se encuentra el fiduciario a quien se le transfieren en dominio fiduciario los bienes que integrarán el patrimonio fideicometido y quien se encargará de realizar los actos necesarios para cumplir con el fin específico del fideicomiso. Cabe

precisar que, de conformidad con el artículo 242 de Ley General del Sistema Financiero solo ciertas empresas están autorizadas para actuar como fiduciarios. Por último, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso. Al respecto, es importante señalar que el propio fideicomitente podrá ser el beneficiario del fideicomiso, siendo que, en esos casos, el fideicomitente y fideicomisario serán la misma persona.

Este tipo de fideicomisos tiene, a su vez, distintas modalidades, como por ejemplo el fideicomiso de administración, por medio del cual *“el fideicomitente transfiere a la empresa fiduciaria la propiedad de bienes a fin de que los administre. A modo de ejemplo, se puede transferir un inmueble a un banco con el objeto que los arriende, pague los impuestos y entregue la renta neta a una persona determinada”*²⁷. De esta manera, se busca que el fiduciario, a raíz de la constitución del fideicomiso, se encargue de administrar bienes a favor del fideicomisario por encargo del fideicomitente.

Es importante tomar en consideración que los fideicomisos bancarios, ya sea de administración-como el ejemplo visto en el párrafo precedente-, de garantía, testamentario u otro, confieren protección a los bienes que se transfieren en dominio fiduciario frente a terceros. Al respecto, } el artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero señala que:

*“Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios”*²⁸

De esta manera, podemos observar que el patrimonio autónomo que se genera a raíz de la suscripción del contrato de fideicomiso no formará parte del

²⁷ Avendaño A, Francisco. *El Fideicomiso*. Lima: Derecho Pucp. No. 50. 1996. Pp. 361.

²⁸ Art. 241. Ley General del Sistema Financiero

fideicomitente que transfiera los bienes en dominio fiduciario ni tampoco del fiduciario que los administra, sino que será un ente distinto tanto del fideicomitente como del fiduciario, por lo que las acciones que se generen contrato el fideicomitente o contrato el fiduciario no podrán alcanzar, en principio, a los bienes fideicometidos. Al respecto se ha señalado que

“Así, la única afectación que puede recaer sobre los bienes o derechos que integran el patrimonio fideicometido se puede encontrar referida a las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga en ejercicio del dominio fiduciario, derivado de los actos que éste realice para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, así como respecto de todas aquellas obligaciones y responsabilidades que hubiesen sido previstas en su documento constitutivo”²⁹.

De esta manera, podemos apreciar que los acreedores del fideicomitente no podrían accionar contra los bienes que fueron transferidos al patrimonio fideicometido puesto que los mismos cuentan con la protección conferida en la ley. No obstante, la legislación peruana no ha desamparado a los acreedores y ha otorgado a los mismos la posibilidad de accionar contra la constitución de fideicomisos. En ese sentido, el artículo 245 de la Ley General del Sistema Financiero señala lo siguiente:

“La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso”

De esta manera, a fin de conceder la protección de los bienes fideicometidos que se transfirieron en dominio fiduciario, será necesario que se publique la

²⁹ Corzo de la Colina, Rafael. El Fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas. Lima: Themis Revista de Derecho No. 35. 1997. Pp. 49

constitución del fideicomiso en el diario oficial del Perú. En caso algún acreedor del fideicomitente considere que la suscripción del fideicomiso se realiza con el objetivo de defraudar a los acreedores, podrá ejercer la acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores dentro de los 6 (seis) meses siguientes de las publicaciones realizadas.

Ahora, si bien se ha otorgado a los acreedores la posibilidad de accionar contra la constitución de los fideicomisos, es importante notar que esta acción solo podrá darse dentro de los 6 (seis) meses siguientes a la publicación en el diario “El Peruano” por lo que los acreedores de la sociedad deben ser altamente diligente y revisar que sus deudores no constituyan fideicomisos a fin de evadir sus responsabilidades.

Como se puede apreciar de la figura del fideicomiso, estos pueden influenciar el capital social de una sociedad en la medida que los bienes de la misma son transferidos a un patrimonio autónomo que no forma parte del fideicomitente, sin recibir nada a cambio, como, por ejemplo, se recibiría en una compraventa pues si bien se transferiría un bien, entraría efectivo como activo de la sociedad, simplemente habiéndose reemplazado el bien por efectivo. Esto no sucede en los fideicomisos puesto que el bien fideicometido sale de la espera del fideicomitente y entra al patrimonio autónomo, sin recibir el fideicomitente nada a cambio.

De esta manera, en caso un acreedor de la sociedad quiera cobrar un crédito que no se encuentre garantizado particularmente y la sociedad no tenga más activos que los que fueron transferidos en fideicomiso, lamentablemente no podrá hacer nada, puesto que, habiendo pasado los 6 (seis) meses desde la publicación de los avisos, el patrimonio autónomo cuenta con protección especial, no siendo posible que este se vea afectado por denunciar contra el fideicomitente.

3.2.2 Fideicomisos de titulización.

La titulización de activos encuentra sus orígenes en la figura de la *securitization* la cual es utilizada en el sistema anglosajón. Ahora bien, la titulización puede ser definida de conformidad como “*un proceso de titulización de activos se puede traducir como la venta de acciones o de instrumentos de deuda, que representan derechos de propiedad en, o que están asegurados o respaldados por, activos segregados y generadores/productores de un flujo de caja en favor del emisor de valores*”³⁰

Por otro lado, el fideicomiso de titulización se encuentra regulado en el artículo 291 de la LMV como “*el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores. De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine Conasev*³¹ *mediante norma de carácter general*”.

Como podemos apreciar de las definiciones otorgadas tanto por la doctrina como por la legislación peruana, la titulización es el proceso de hacer líquidos activos ilíquidos a través de una emisión de valores mobiliarios. Antes de profundizar en la titulización es importante tomar en cuenta que, de conformidad con el artículo 3 de la LMV,

“Son valores mobiliarios aquellos emitidos en forma masiva y libremente negociables que confieren a sus titulares derechos crediticios, dominiales o patrimoniales, o los de participación en el capital, el patrimonio o las utilidades del emisor. Para los efectos de esta ley, las negociaciones de

³⁰ Denegri Portela, Miguel G. La Titulización de Créditos Hipotecarios. Lima: Themis Revista de Derecho. 1997. Pp. 66.

³¹ Ahora Superintendencia de Mercado de Valores.

derechos e índices referidos a valores mobiliarios se equiparan a tales valores. Cualquier limitación a la libre transmisibilidad de los valores mobiliarios contenida en el estatuto o en el contrato de emisión respectivo, carece de efectos jurídicos.

Ahora bien, como se señaló en el párrafo precedente, a través de la titulización se hará líquido un activo ilíquido. Por ejemplo, una sociedad es propietaria de un inmueble y necesita capital efectivo para realizar operaciones. A través de la titulización, la sociedad transferirá en dominio fiduciario el inmueble de su propiedad para que con cargo a este se emitan valores mobiliarios como, por ejemplo, bonos titulizados. El dinero recaudado por los bonos será entregado al originador o fideicomitente, quien se encargará de pagar los intereses y principal de los bonos y, en caso no logre cumplir con el cronograma de los bonos, se podrá ejecutar el inmueble a fin que los bonistas reciban el dinero por su inversión.

Ahora bien, la LMV ha considerado que la protección que tienen los bonistas con el patrimonio fideicometido que se genera a raíz de la titulización no es suficiente, por ello, el artículo 298 de la LMV³² ha establecido que no podrá declararse la nulidad, por simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude cuando estas acciones puedan perjudicar a quienes hayan adquirido valores mobiliarios por oferta pública de actos que constituyen patrimonio de propósito exclusivo y se obliga a transferir activos para que se incorporen a dicho patrimonio, como es el

³² Art. 298 LMV. No podrá declararse la nulidad, por simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude del acto por el cual una o más personas naturales o jurídicas constituyen un patrimonio de propósito exclusivo y se obligan a transferir activos para que se incorporen en dicho patrimonio, cuando pudiera derivar en un perjuicio para quienes hubieren suscrito o adquirido los valores por oferta pública, o que, habiéndolos suscrito o adquirido en virtud de una negociación privada, hubieren obrado de buena fe y pudieran sufrir un perjuicio. Por tal motivo, no son de aplicación al acto a que se refiere el artículo anterior las disposiciones que establecen la nulidad de los actos celebrados por una persona en proceso de reestructuración, liquidación extrajudicial o declarada en quiebra, contenidas en las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas en los supuestos señalados en el párrafo anterior. Del mismo modo, en relación al acto a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, la persona o personas obligadas a transferir los activos no podrán, salvo pacto en contrario, solicitar la rescisión por lesión, la resolución o reducción de su prestación por excesiva onerosidad de la misma, ni la resolución por incumplimiento del adquirente del pago de la prestación debida en los supuestos allí señalados. Queda a salvo el derecho del transferente o de los terceros a ejercer las acciones civiles, administrativas o penales que correspondan.

caso de la titulización. Al respecto, el artículo 7 del Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 0001-1997 añade que *“Dada la inherente función de financiamiento que subyace a todo proceso de titulización, las disposiciones contenidas en el artículo 298 de la Ley únicamente serán de aplicación cuando los valores hayan sido colocados o transferidos a título oneroso a los inversionistas”*.

Esto quiere decir que, en la práctica, los bienes integrantes del patrimonio autónomo que se genere a raíz de una titulización se encontrarán protegidos contra cualquier acción de nulidad, simulación, anulación o ineficacia por fraude siempre que se hayan adquirido los bonos de manera onerosa mediante oferta pública. De esta manera, si un acreedor quisiera cobrar su crédito de algún bien titulado que ya haya emitido valores mobiliarios no lo podrá realizar. Cabe precisar que la LMV señala que esta protección otorgada a los inversionistas no excluye las acciones civiles, administrativas o penales que pudieran presentar los acreedores contra el originador de la titulización.

Las titulaciones de activos permiten obtener capital de activos que no son líquidos, como podemos observar de los ejemplos señalados en el presente punto. No obstante, también pueden ser utilizadas para proteger activos de acreedores, cuya validez recaerá en la sola emisión de bonos y adquisición de los mismos a título oneroso. Respecto a este último punto, cabe señalar que el Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos no señala que se deben adquirir los valores mobiliarios a un valor específico por lo que, cualquier sea el monto por el cual se adquieran los valores mobiliarios, serán considerados como una operación a título oneroso.

Ahora bien, las titulaciones afectan el capital social puesto que, como hemos podido apreciar en el presente punto de la investigación, los originadores o fideicomitentes de las titulaciones transferirán activos de su propiedad a fin de constituir el patrimonio autónomo con cargo al cual se realizará la emisión de

valores mobiliarios. No obstante, a diferencia de los fideicomisos bancarios, en las titulaciones sí habrá un ingreso a cambio de la transferencia de los bienes puesto que el dinero que se recaude a raíz de la emisión de los valores mobiliarios irá al originador o a quién este señala como beneficiario de la emisión.

La afectación al capital social se encuentra en esta protección que otorga la LMV a los inversionistas de las emisiones debido a que, como hemos visto a lo largo del trabajo, la transferencia de los bienes al patrimonio fideicometido puede generar que las sociedades no cuenten con los bienes suficientes para justificar su capital social. Esto se da debido a que, si la sociedad no tiene caja y sus bienes han sido transferido al patrimonio fideicometido, no podrá cancelar sus obligaciones frente a acreedores sin importar cuál sea el monto de su capital social.

4. La función garante del capital social a raíz de los actos que influyen al capital social.

Como se ha explicado a lo largo del presente trabajo, el capital social tiene una función garante a favor de los acreedores, siempre que *“el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”*³³. Pese a ello, como hemos visto en el punto anterior, una sociedad desde antes de su inscripción en el registro (sociedad en formación) puede realizar actos legales que influyen en el capital social.

Ahora bien, cabe preguntarse los alcances de estos actos respecto a la función garante del capital social siempre que, en principio, el capital social es una suma estática como se indicó en el primer punto de la presente investigación. Para ello, pongamos un ejemplo, la sociedad ABC S.A.C., se constituyó con un capital social de S/ 1,000.00 (mil y 00/100 Soles), de los cuales gastó S/ 100.00 (cien y 00/100

³³ Nissen, Ricardo A. Op. Cit. p. 398.

Soles) en gastos notariales y registrales y S/ 500.00 (quinientos y 00/100 Soles) en la adquisición de un bien mueble. Posteriormente a la adquisición del bien mueble, la Sociedad decide transferirlo en dominio fiduciario a fin de proteger el inmueble mediante un contrato de fideicomiso en administración. Luego de un año de constituido el fideicomiso, la sociedad contrata los servicios de la sociedad XYZ S.A.C. por un monto total de S/ 600.00 (seiscientos y 00/100 Soles), quien al mirar la partida registral y ver que el capital de ABC S.A.C. es de S/ 1,000.00 (mil y 00/100 Soles) tendrá el suficiente dinero para cancelar su deuda. Vencida la deuda, ABC S.A.C. no paga los S/ 600.00 (seiscientos y 00/100 Soles) pues el negocio no ha generado ingresos y, por ende, no tienen liquidez suficiente para cancelar.

Siguiendo con el ejemplo, como se puede observar, si bien la sociedad comenzó con un capital en efectivo de S/ 1,000.00 (mil y 00/100 Soles), los gastos realizados por la sociedad antes de su inscripción, así como la adquisición del inmueble hubiera hecho imposible pagar la deuda que adquirieron con XYZ S.A.C. No obstante, a ello hay que agregarle que, en caso XYZ S.A.C. quiera accionar contra ABC S.A.C. debido a la falta de pago de la deuda que mantienen con ellos, no podrá accionar contra el bien mueble debido a que este cuenta con la protección del fideicomiso al que fue transferido.

Del ejemplo señalado en los dos párrafos precedentes, vemos claramente cómo los actos realizados por la sociedad influyen la función garante del capital social, pues estos actos no van a hacer necesario que la sociedad reduzca su capital o entre necesariamente en causal de disolución siempre que no generarán pérdidas que ameriten estos remedios dispuestos en la Ley General de Sociedades. No obstante, estos actos sí influyen la función garante del capital social puesto que sociedades que contrataron con la sociedad sin ninguna garantía específica podrán ver sus créditos impagos por falta de liquidez, como en el ejemplo expuesto.

Como se puede observar en el ejemplo, si bien el capital social solo puede modificarse mediante los procedimientos establecidos en la Ley General de

Sociedades, vemos en la práctica que no necesariamente la sociedad va a tener la capacidad de hacer frente al monto del capital pues distintos actos propios de su desarrollo podrán haber influenciado en el patrimonio de tal manera que no permita a la sociedad hacerse cargo de ciertas deudas.

Ahora bien, de conformidad con lo indicado en el presente artículo, la función garante del capital social se encuentra determinada por los actos que realizan las sociedades en sus actividades económicas. Esto no quiere decir que el capital social nunca podrá hacer utilizado como garantía para los acreedores, sino que quien contrate con la sociedad deberá tomar en cuenta que, en caso decidan no optar por una garantía específica para su crédito, como una hipoteca, una garantía mobiliaria o una fianza, será necesario realizar un estudio profundo de los negocios de la sociedad a fin de establecer si la misma tiene la capacidad de hacer frente a sus obligaciones.

Este tipo de estudios, conocidos como *Due Diligence*- los cuales podrán ser tanto financieros como legales- implicarán costos adicionales para las partes, quiénes deberán contratar auditores externos y estudios de abogados para realizar un análisis certero. Ahora, en el supuesto en que se realizara uno de estos análisis por cada transacción realizada por una empresa, se crearían costos tan altos que paralizarían el mercado, debido a que hay operaciones- inclusive operaciones diarias- que no justifican tales gastos. Si bien hay operaciones que ameritan el gasto que generan estas revisiones de los deudores, como préstamos o adquisiciones, la mayoría de transacciones del día a día no justifican esos gastos. Por ello, es importante cuestionar los alcances del capital social como garantía.

Tomando en consideración lo señalado en el presente punto, consideramos importante señalar que es necesario replantear la función garante del capital social, no porque no exista en la realidad, puesto que sí es factible que las sociedades puedan hacer frente a sus deudas siempre que su patrimonio lo permita. Si no porque, como hemos podido apreciar a lo largo del presente trabajo, es muy sencillo

para las sociedades realizar diversos negocios jurídicos que protejan sus bienes de tal manera que los acreedores de la sociedad no puedan cobrar los créditos a su favor.

5. Conclusiones

- La legislación peruana considera que el capital social tiene una función garantizadora a favor de los acreedores sociales, siempre que la LGS ha otorgado a los acreedores la posibilidad de oponerse a actos válidamente aprobados por los máximos órganos societarios- como lo es la reducción de capital- a fin garantizar sus créditos, siempre que la única garantía con la que contarán fuera el capital social. De esta manera, se puede observar que se considera al capital social como garante de los acreedores. Caso contrario, ellos no podrían oponerse a decisiones de los órganos societarios.
- Las sociedades, inclusive cuando se encuentran en el estado denominado “*sociedad en formación*” pueden realizar actos que potencialmente pueden influenciar el capital de una sociedad, sin recurrir necesariamente a operaciones que signifiquen el inicio del desarrollo del objeto social. De esta manera, las sociedades en formación realizarán pagos como los derechos registrales y notariales de su constitución, y las sociedades ya inscritas transferirán activos o flujos en dominio fiduciario o; inclusive, transferirán activos para ser titulizados, y todo ello influenciará al capital social.
- Los actos que influyen el capital social son completamente legales y siguen una serie de requisitos para ser no solo realizados, sino para otorgar protección a los bienes transferidos, como en el caso de los fideicomisos mencionados en el presente trabajo. Por ello, es preciso señalar que, el propio ordenamiento jurídico peruano valida las figuras jurídicas que perjudican la función garante del capital social.
- Debido a que el capital social se ve influenciado por distintos actos, al momento que un acreedor quiera iniciar una acción de cobranza contra la sociedad por un crédito impago, podrá encontrarse con que esta sociedad no tiene caja para afrontar su deuda y sus activos se encuentran protegidos por

fideicomisos, ya sea porque fueron transferidos en dominio fiduciario para su administración o porque fueron titulizados. Por ello, consideramos necesario replantear esta función garante del capital social.

- Por último, debido a que la función garante del capital social puede ser mermada por los actos señalados en el presente artículo, es importante que los acreedores consideren tomar garantías específicas adicionales al momento de contratar con una sociedad a fin de asegurar sus créditos.



6. Bibliografía:

- AVENDAÑO A, FRANCISCO.
1996 *El Fideicomiso*. Lima: Derecho PUCP No. 50.
- BAYLESS MANNING, JAMES
1981 *A concise textbook on legal capital. Second Edition*. Nueva York:
The Foundation Press Inc.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU.
1997 *Ley 26887- Ley General de Sociedades*.
- CONSEJO DE NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD.
2000 *Norma Internacional de Contabilidad n° 32*.
- CORZO DE LA COLINA, RAFAEL.
1997 *El Fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas*. Lima:
Themis Revista de Derecho No. 35.
- DENEGRI PORTELA, MIGUEL G.
1997 *La Titulización de créditos hipotecarios*. Lima: Themis Revista de
Derecho No. 35.
- EZCURRA RIVERO, Huascar.
2006 *La regulación del capital social bajo la Ley General de Sociedades*.
Lima: Ius Et Veritas.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo.
2013 *La sociedad anónima*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- FABREGAS, Valeria.
2007 *X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso
Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. La Falda,
Córdoba.
- SALAS SANCHEZ, Julio.
1998 *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la
nueva Ley General de Sociedades*. Lima: Ius Et Veritas.
- SALAZAR GALLEGOS, Max

- 2018 *Anomalías Societarias: La sociedad en formación*. Lima: Derecho Comercial. Instituto Pacífico Actualidad Civil. Número 45. Año 4.
- VERDY, Hernán.
1997 *Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)*. La Ley – Tomo 1997 A. Págs. 756-780. Consultado en:
<http://www.alfarobankingandfinance.com/tapa/HV%20-%20APUNTES.pdf>.

