

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE
MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO**



**LA CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA ÚNICA FAMILIAR DE
RESPONSABILIDAD LIMITADA A LA LUZ DE LA SOCIEDAD
DE GANANCIALES**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
ABOGADO**

**AUTOR
OLAVARRIA FERNANDEZ, JOSE CARLOS**

Chiclayo, 29 de noviembre del 2018

**LA CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA ÚNICA
FAMILIAR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA A LA
LUZ DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

PRESENTADO POR:

JOSE CARLOS OLAVARRIA FERNANDEZ

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

ABOGADO

APROBADO POR:

Mtro. Llanos Baltodano Ana María
Presidente

Mtro. De la Cruz Gonzales Ever

Mtro. Mogollón Pacherre Percy Orlando

DEDICATORIA

A mis padres Polo y Mary que, con su inmenso amor, han hecho que cumpla cada uno de mis sueños.

A Claudia mi pareja y madre de nuestro hijo Camilo Nicolás. Que con su pequeñez nos hace entender a diario la grandeza de este mundo; y ser por ello, la razón de nuestro existir.

AGRADECIMIENTO

A Dios todo poderoso, por darme la vida, por ser la fuente de mi crecimiento profesional y por ser mi inspiración en todo momento.

Al Dr. Percy Mogollón Pacherre, por su apoyo incondicional, puliendo cada idea para concretizarla y hacer de este trabajo, la entrega y lucha de mis ideales.

José Carlos Olavarría Fernández

RESUMEN

A lo largo del presente trabajo analizaremos las figuras jurídicas del contrato y del acto jurídico, con los cuales vamos a redefinir el concepto de acto constitutivo de la sociedad comercial analizando su propia naturaleza, así como también determinaremos el porqué es de suma importancia que los esposos que se encuentran casados bajo el régimen social, constituyan una sociedad comercial.

En la práctica podemos observar que gran parte de empresas de nuestro país (por no decir la mayoría de empresas) son básicamente empresas familiares, es decir, en donde la esposa y el esposo por diversos factores deciden desde unir fuerzas a efectos de emprender un negocio. A estas familias el derecho societario no las ampara, toda vez que se encuentran limitados para constituir una sociedad.

Ante dicha situación nos hemos visto en la necesidad de proponer como figura jurídica societaria a la empresa única familiar de responsabilidad limitada con la cual los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad de gananciales podrán constituir una sociedad distinta a ellos con aporte del mismo capital universal para que ambos participen activa y directamente en la economía de nuestro país.

Palabras clave: Contrato, acto jurídico, constitución de sociedad comercial, sociedad de gananciales

ABSTRACT

Throughout the present work we will analyze the legal figures of the contract and the legal act, with which we will redefine the concept of constitutive act of the commercial society analyzing its own nature, as well as we will determine why it is of the utmost importance that the spouses who are married under the social regime, constitute a commercial society.

In practice we can see that a large part of companies in our country (not to mention most companies) are basically family businesses, that is, where the wife and the husband decide on various factors to join forces in order to start a business.

To these families the corporate law does not cover them, since they are limited to form a company. Given this situation we have seen the need to propose as a corporate legal entity to the single-family company of limited liability with which spouses married under the joint ownership regime may form a separate company to them with contribution of the same universal capital for that both participate actively and directly in the economy of our country.

Keywords: Contract, legal act, constitution of a commercial company, conjugal partnership

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| DEDICATORIA | iii |
| AGRADECIMIENTO | iv |
| RESUMEN | v |
| ABSTRACT | vi |
| ÍNDICE..... | vii |
| ÍNDICE DE GRÁFICOS | vii |
| ABREVIATURAS..... | ix |
| GLOSARIO | x |
| INTRODUCCIÓN | xi |
| CAPÍTULO 1 | 16 |
| NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD | 16 |
| 1.1.- Antecedentes históricos, noción y definición del Contrato con relación al Acto Constitutivo | 16 |
| 1.2.- Antecedentes y definición del Acto Jurídico con relación al Acto Constitutivo | 23 |
| 1.3.- Definición del Acto Constitutivo | 32 |
| 1.4.- La naturaleza del acto constitutivo a la luz de la sociedad de gananciales | 39 |
| 1.5.- Reflexiones finales del capítulo | 42 |
| CAPÍTULO 2 | 46 |
| EL ACTO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES..... | 46 |
| 2.1. La Sociedad Ganancial como Régimen Patrimonial | 46 |
| 2.2. Sobre la constitución de la Persona Jurídica Societaria | 55 |
| 2.3. Sobre la necesidad de extinguir el régimen patrimonial de la Sociedad de Gananciales para constituir una Persona Jurídica Societaria | 63 |
| CAPÍTULO 3 | 67 |
| CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR A PARTIR DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES..... | 67 |
| 3.1. Definición de Empresa Familiar..... | 67 |
| 3.2. Necesidad de regular una Persona Jurídica llamada Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada en el Perú | 71 |
| 3.2.1. Ventajas de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada | 74 |
| 3.3. La Constitución de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada a la luz del Patrimonio autónomo en la Sociedad de Gananciales | 75 |
| CONCLUSIONES | 80 |
| BIBLIOGRAFÍA | 82 |

| | |
|----------------------|----|
| JURISPRUDENCIA | 86 |
| LINKOGRAFÍA..... | 86 |
| LEGISLACIÓN | 88 |
| TESIS | 88 |

ÍNDICE DE GRÁFICOS

| | |
|-------------------|----|
| GRÁFICO N°1 | 29 |
| GRÁFICO N°2 | 29 |
| GRÁFICO N°3 | 29 |
| GRÁFICO N°4 | 30 |
| GRÁFICO N°5 | 40 |
| GRÁFICO N°6 | 76 |
| GRÁFICO N°7 | 76 |

ABREVIATURAS

| | |
|-------------|--------------------------------|
| CC | Código Civil |
| CPP | Constitución Política del Perú |
| LGS | Ley General de Sociedades |
| RRPP | Registros Públicos |

GLOSARIO

AFFECTIO SOCIETATIS

Es aquella voluntad por el cual los miembros se asocian para colaborar en la vida de la sociedad.

PACTA SUNT SERVANDA

Es una expresión latina que expresa que lo pactado debe cumplirse.

INTRODUCCIÓN

Desde siempre ha existido el trabajo humano en conjunto, es decir, más de dos individuos trabajando en cooperación por un objetivo en común, así lo podemos verificar en el matrimonio, como también en las sociedades comerciales y mercantiles, en donde dos personas distintas (en caso del matrimonio) o más (en caso de las sociedades comerciales y mercantiles) se unen para convivir y/o trabajar en sociedad. A través del tiempo, esto ha ido evolucionando a tal punto que el Derecho ha tenido que intervenir para regular el ejercicio de la actuación en sociedad, esto es, en virtud del esfuerzo y de los bienes de los intervinientes.

La sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado¹. Sobre esta base el derecho de sociedades se ha ido amoldando a lo largo de la historia a los postulados del sistema económico imperante². En todas las épocas la motivación económica de la sociedad ha sido la misma: potenciar el esfuerzo individual. El fin individual se convierte así en fin social, o colectivo, o común. Para alcanzarlo se precisa un

¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. *"Nuevo enfoque jurídico de los temas societarios"*. Lima, Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, 2009, p. 56.

² BERNUY ALVAREZ, Oscar. *Ley general de sociedades: Sistema societario peruano*. Lima, Entrelíneas. 2007, p. 98.

sistema de vínculos, una disciplina de grupo, un ordenamiento que limite la actuación individual e impulse la actuación unitaria o conjunta³.

Es en la figura del matrimonio, donde se expresa el esfuerzo colectivo, la actuación conjunta con objetivos comunes; basado en el respeto, solidaridad, perseverancia en todas sus dimensiones.

En la práctica jurídica podemos observar que el matrimonio bajo el régimen de sociedad de gananciales no puede constituir una Sociedad Mercantil, ya que la doctrina mayoritaria establece que el Acto Constitutivo de la Sociedad Mercantil tiene naturaleza contractual; lo que nos lleva al artículo 312 del Código Civil, en donde se estipula la prohibición de celebrar contratos bajo el régimen de sociedad de gananciales

Es por ello que nace la idea de reconocer el Derecho Constitucionalmente protegido a la Libertad de Empresa al Matrimonio Civil que se encuentran bajo el régimen de Sociedad de gananciales, para esta comunidad pueda constituir una Sociedad Mercantil bajo la denominación Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada (E.U.F.R.L.)

Regular un tipo societario nuevo como la E.U.F.R.L. es importante porque la mayoría de empresas en el Perú son familias, y es donde nace el poder económico del país ya que tanto el marido como la mujer impulsan negocios para la protección económica de la familia.

En razón a lo expuesto se considera necesario plantear doctrinalmente si tanto en el acto constitutivo de una sociedad como en el funcionamiento de la misma resultan aplicables exclusivamente las normas del acto jurídico o también resultan aplicables las normas referentes a los contratos, todo ello en virtud de la aplicación supletoria del Código Civil en lo que respecta a materias societarias, específicamente en cuanto a la prohibición de contratar de cónyuges bajo el régimen de sociedades de gananciales, es por ello que el problema planteado es el siguiente:

³ GARRIGUES, Joaquín. Tomo II, *Curso de Derecho Mercantil*, Primera Edición, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 5.

¿Los cónyuges casados bajos el régimen de sociedad de gananciales pueden constituir alguno de los tipos societarios regulados en la Ley General de Sociedades? ¿Cuál sería el mecanismo para hacerlo?

En la práctica, podemos observar que los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad de gananciales pueden constituir una sociedad consagradas la Ley General de Sociedades, pero únicamente respecto de los bienes propios, mas no de los bienes sociales, puesto que se considera en la doctrina que el acto constitutivo de una sociedad tiene naturaleza contractual, y en tenor al artículo 312 del código civil, los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad de gananciales están prohibidos de contratar entre sí respecto de los bienes sociales.

Asimismo, es necesario señalar en el presente trabajo que pese a la naturaleza del acto constitutivo de una sociedad comercial o mercantil, la cual tiene naturaleza contractual siendo una especie de contrato, el cual tiene como finalidad darle vida jurídica (crear) a una persona con derechos y obligaciones, sin embargo los cónyuges casados bajo el régimen social no deberían estar limitados para constituir un Acto Jurídico de constitución de sociedad comercial respecto de los bienes sociales.

Por otro lado, es importante mencionar que esta prohibición del artículo 312 no debería aplicarse restrictivamente por las diferentes notarías del país y registros públicos respecto a la constitución de una sociedad comercial, ya que consideramos que se afectan artículos constitucionales tales como: la libertad de asociación y participación en la vida económica de la nación, la protección a la familia y promoción del matrimonio.

La iniciativa privada es libre, el estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, así mismo promueve el pluralismo económico en relación a la coexistencia formas de empresa, y el Estado facilita y vigila la libre competencia.

No existe un fundamento lógico jurídico para que la prohibición alcance a la constitución de una sociedad comercial o mercantil, ya que legalmente no está tipificado como contrato a diferencia de los contratos de compraventa, donación, suministro entre otros. Asimismo, otro fundamento lógico jurídico es que mediante una ley especial se ha permitido la creación de empresas individuales como al E.I.R.L; entonces ¿Por qué no se podría tutelar una persona jurídica

partiendo de la sociedad de gananciales? Cuando en realidad es en base al matrimonio y sus participantes los que impulsan el mercado económico del país. También, para lograr alcanzar el resultado esperado a lo largo de todo nuestro trabajo, ha sido necesario proponerse objetivos a alcanzar, los cuales han sido los siguientes, como objetivo general nos hemos planteado: Proponer la regulación para la constitución de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada a la luz de la sociedad de gananciales; y como objetivos específicos: a) Identificar la verdadera naturaleza del acto constitutivo de la sociedad comercial o mercantil; b) Determinar la importancia de que los esposos bajo cualquier régimen patrimonial puedan constituir una sociedad comercial; y c) Analizar la necesidad de incluir a la empresa única familiar de responsabilidad limitada a la luz de la sociedad de gananciales.

Siguiendo, el presente tema de investigación se justifica ya que la familia es la célula básica de la sociedad, por lo que requiere de protección jurídica para su crecimiento espiritual, social y económico. Por ello, creemos necesario la regulación de un tipo societario nuevo en donde se permita que los esposos casados bajo el régimen social puedan constituir la, para que de esa manera no se vulneren derechos consagrados en la constitución que afecte directamente las necesidades de los cónyuges casados bajo el régimen mencionado, otorgándoles además beneficios tributarios y así incentivar y promocionar el crecimiento empresarial de los esposos y la prole.

Por último, el presente trabajo es importante para que muchos cónyuges casados bajo el régimen social afectados por ésta prohibición, puedan constituir libremente una sociedad comercial sin ninguna limitación legal y así puedan desarrollarse dentro de la economía peruana.

PRIMER CAPÍTULO

CAPÍTULO 1

NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD

A través de este primer capítulo, analizaremos brevemente la figura jurídica del contrato, sus inicios en el Derecho Romano para luego terminar con su definición y entender parte de la naturaleza del Acto Constitutivo de una Persona Jurídica Mercantil. Posteriormente, analizaremos escuetamente al Acto Jurídico como teoría, la cual fue estudiada por los pandectistas alemanes. Para luego encontrar las diferencias entre el Acto Jurídico y el Contrato; y con ello tratar de comprender la verdadera Naturaleza del Acto Constitutivo de las Sociedades Comerciales. Así también, describiremos las teorías del Acto Constitutivo para determinar la repercusión que tiene con la creación de una Persona Jurídica Mercantil a la luz de la Sociedad de Gananciales.

1.1.- Antecedentes históricos, noción y definición del Contrato con relación al Acto Constitutivo

El antecedente histórico más conocido del Contrato proviene del Derecho Romano, pero no como teoría, sino como simple realidad social y respetada como tal por diversos jurisconsultos de la época.

De los grandes jurisconsultos del tiempo Romano, fue Gayo quien con mayor nitidez concibe al Contrato en los diversos pasajes de sus instituciones. Posteriormente, Justiniano emperador de Bizancio encomendó la difícil tarea de

codificar el Derecho Romano a eminentes juristas de la época quienes fueron llamados por su trabajo "los compiladores"⁴.

Para el antiguo Derecho Romano, "la convención se dividía en (pactum) pacto y (contractus) contrato, siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento"⁵. Podemos entender que para el Derecho Romano el pacto se diferenciaba del contrato los cuales eran nominados y se asemejaban cuanto al momento de exigir la obligación.

La jurista cubana Sarría Cruz hace diferencia entre pacto y contrato. Así, pacto tiene mayor relación con el objeto y la causa aquella que la origina. Ésta diferencia nos ayudará a entender más adelante el verdadero sentido del Acto constitutivo, ya que veremos que nuestra vigente Ley General de Sociedades nos habla de pacto, mas no de contrato.

Siguiendo, los compiladores, haciendo uso de la facultad que les otorgó Justiniano introdujeron en los comentarios la expresión griega utilizada por Gayo, *sinalagma*, concibiendo en los cuerpos legales de Justiniano la palabra contrato sinalagmático⁶.

Entendemos por sinalagma a la reciprocidad de las prestaciones en la actuación del contrato; es decir, las obligaciones nacen recíprocamente vinculadas por el efecto de la celebración del contrato⁷. Sinalagma significa obligarse juntamente o vinculación de dos personas para crear obligaciones. Se refiere el término al contrato bilateral, específicamente al contrato con prestaciones recíprocas. Contraprestaciones, así coloquialmente dicho "Tú me das y yo te doy".

⁴Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil*, Tomo I, Segunda Edición, Lima, Palestra Editores S.R.L., 2001. p280

⁵ SARRÍA CRUZ, Soraya. *Evolución histórica del contrato*. [Ubicado el 19.IX 2015]. Obtenido en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2013a/1296/convencion.html>

⁶ Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel op cit., p. 280.

⁷ Ibídem, p. 291.

Así mismo, en el Derecho Romano existía la fuerza coactiva pero solamente a los *numerus clausus* de contratos, fuera del cual las convenciones podían tener validez social mas no tutela jurídica⁸. Por lo que entendemos que quienes convenían, tenían que respetar lo convenido, caso contrario tendrían que actuar bajo los preceptos coactivos de la época. Así, el sentido jurídico de contrato tenía validez como tal.

El primer contrato que conoce el Derecho Romano es la *stipulatio*,⁹ “que era aquella promesa sometida a formas muy estrictas que el estipulante debía cumplir incondicionalmente, pudiendo atenderse así mediante ella a un sinfín de funciones económicas”¹⁰.

Es necesario tener presente la definición de contrato, ya que nos ayudaría a entender qué manifestaciones de voluntad pueden ser contratos y qué manifestaciones de voluntad no; para entender la verdadera naturaleza del Acto Constitutivo de las Personas Jurídicas con fines lucrativos.

Existe una posición que considera que la palabra *contractus* en el Derecho Romano significaba “una relación jurídica o el vínculo obligatorio entre sí, que surgía de un acuerdo de voluntades (*conventio*)”¹¹. *Contractus*, tiene como sentido la obligación de una y otra parte; es decir, una obligación bilateral.

El contrato parecía implicar una relación jurídica o un vínculo obligatorio que nacía de un acuerdo. Si bien es cierto, en el Derecho Romano se tenía entendido que el contrato tenía estrecha relación con lo patrimonial, no era del todo así, ya que también abarcaba lo relacionado con lo no patrimonial¹².

Con el tiempo se va estudiando a profundidad la teoría pura de Contrato, delimitando y entendiendo concretamente a que se refiere el término.

En la Edad Media, influida por el Derecho Canónico se van consolidando dos principios que servirán para una formulación general de la idea de contrato; estos

⁸ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José. *Elementos de derecho civil II: Derecho de Obligaciones*, Cuarta Edición, Madrid, DYKINSON S.L., 2007, p. 325.

⁹ MORALES HERVIAS, Rómulo. *Teoría general del contrato*, Lima, Grijley E.I.R.L., 2006, p. 326.

¹⁰ Vemos que en el Derecho Romano ya se tenía un concepto medianamente claro, el cual consistía en quien se obligaba, lo hacía en función a las afectaciones económicas de sus bienes.

¹¹ Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. Op cit. p. 328.

¹² *Ibíd*em, p 330

dos principios son el de *"pacta sunt servanda"* (los acuerdos deben ser cumplidos) y el de *"solus consensus obligad"* (el solo consentimiento obliga)¹³. Así, vemos conceptos jurídicos que aún no eran trabajados como teorías puras, entre ellas tenemos al pacto y la obligación, confundiendo con algunas otras figuras que no tienen intercambio patrimonial.

El formalismo del Derecho Canónico, un tanto rígido, hacía que la obligación de veracidad y de buena fe sea impuesta por los preceptos morales a todos los hombres, reconociendo la obligatoriedad de las promesas y obligaciones¹⁴. Inicialmente el contrato tuvo valor debido al juramento religioso –acto solemne– que habitualmente lo acompañaba. Empero, poco a poco, se fue abandonando la exigencia del juramento, reconociéndose el valor pleno del mero conocimiento,¹⁵ llegándose así a afirmar que del nudo pacto nace la acción¹⁶.

Citando a ROGEL: "En el código de Napoleón, la voluntad de los contratantes – por definición, libres e iguales entre sí– reina en formación del contrato y modela completamente sus efectos (...) que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (...) los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con los últimos límites de la ley, la moral y el orden público"¹⁷.

A través del tiempo se va puliendo la noción y definición de Contrato siendo así que, al día de hoy podemos denominarlo como el acuerdo de voluntades de carácter estrictamente patrimonial.

Podemos afirmar con el estudio de definiciones de distintos tratadistas del Derecho que la noción de contrato tiene gran amplitud así podemos llamarlo pacto¹⁸, convenio¹⁹ o convención. Convención, son acuerdos vinculantes que se

¹³ SERRANO ALONSO, Eduardo; y SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de obligaciones y contrato*, Tomo II, Vol. 1. Teoría General del Contrato, Madrid, EDISOFER S.L., 2008, p. 17.

¹⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José, Op Cit., p. 326.

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op Cit., p 25.

¹⁶ La palabra acción tiene aquí un significado plenamente procesal, es decir, la facultad de instar tutela jurisdiccional para hacer efectivo el derecho protegido.

¹⁷ ROGEL VIDE, carlos. *Derecho de obligaciones u contratos*, Madrid, Editorial Reus S. A., 2007, p. 104.

¹⁸ Pacto: Concierto o tratado entre dos o más partes que se comprometen a cumplir lo estipulado.

¹⁹ Ajuste, convención, contrato.

forman por el consentimiento mutuo de dos o más personas creando entre ellas una ley por la que deben cumplir lo que prometen²⁰.

Citando a SERRANO: 'La forma de acuerdos de voluntad podían adoptar la forma de convención que era un simple acuerdo de voluntades que no producía verdaderos efectos jurídicos ya que no condecía una acción para hacer efectivo su cumplimiento; este acuerdo o convención se convertía en contrato cuando adoptaba una de las formas predeterminadas por la ley a las que se concedía una acción y daban lugar a existencia de un vínculo obligatorio entre las partes del acuerdo de voluntades (...)''²¹.

Actualmente, el contrato es entendido como un intercambio de promesas que se producen a través confianza y buena fe. Es un acuerdo de dos o más autonomías privadas que manifiestan sus voluntades concordantes y recíprocas pero que tienen carácter patrimonial.

En palabras de CALVO: El contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas por el cual una o varias de ellas consienten en obligarse respecto de una u otras a dar a alguien alguna cosa o prestar algún servicio²².

Existen dos tipos de definiciones de contrato, las cuales son como acto y como norma. Como Acto, el contrato es un Acto Jurídico querido por las partes al cual el ordenamiento jurídico atribuye unos determinados efectos jurídicos²³ -Esto efectos jurídicos tienen que tener carácter patrimonial, en cuanto al incremento patrimonial bilateral o plurilateral-. Como norma, el contrato es un precepto o una regla de conducta a la cual se someten las partes, que no debe confundirse con la situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato²⁴.

Como el artículo 1351 del Código Civil establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, Max Arias Schreiber ha observado, con razón, que el contenido de

²⁰ SERRANO ALONSO, Eduardo; y SERRANO GOMEZ, Eduardo. Op cit., p. 17.

²¹ Ibidem, p. 19.

²² CALVO MEIJIDE, Alberto. *Derecho civil empresarial*, 2ª Edición, Madrid, DYKISON, 2006, p. 215.

²³ COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, p. 244.

²⁴ DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. Op. cit., p. 41.

este artículo es prácticamente el mismo que plantea la primera parte del artículo 140, por lo que siendo el contrato una especie del acto jurídico, excepto en lo que atañe al carácter patrimonial, existe una repetición que pudo obviarse mediante la correspondiente remisión, pero conservando el carácter patrimonial del primero. Al efecto, dice que el texto del artículo 1351 pudo ser el siguiente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a producir los actos que señala el artículo 140, en la medida que sus efectos sean de orden patrimonial". Con esta solución se tendría una definición bastante completa del contrato, en función del acto jurídico²⁵.

Entonces, el contrato es un título articulado que versa sobre la base de la autonomía privada que manifiestan sus voluntades contrapuestas en oposición y complementariedad creando, regulando, modificando o extinguiendo una relación jurídica de carácter patrimonial.

La gran mayoría de autores (que señalaremos a lo largo del presente), llegan a concluir que en una constitución de una Persona Jurídica Mercantil, (ésta se constituye por las obligaciones de aportación que tienen los socios; es decir, con la aportación de bienes de carácter patrimonial) así como fija la Ley General de Sociedades en su artículo 1° "Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas"²⁶, nos encontramos frente a la figura del contrato ya que la definición legal de contrato así como expresamente se encuentra dada en el artículo 1351° es la manifestación de voluntad para crear (...) relaciones jurídicas de carácter patrimonial. La pregunta a realizar es: "¿La aportación de bienes y servicios, tiene carácter contractual?"

En cuanto a las prestaciones del contrato existen dos tipos: Prestaciones recíprocas y prestaciones plurilaterales autónomas, las cuales se refieren a la ejecución de lo pactado. En la primera, podemos ver que ambos están obligados recíprocamente a intercambiar patrimonios como por ejemplo el contrato, y en la segunda a que cada prestación es autónoma entre sí y no necesita de la otra,

²⁵ MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. *Contratos en general*. [ubicado el 10.X 2016] Obtenido en <http://andrescusi.blogspot.pe/2014/05/codigo-civil-peruano-comentado-gaceta.html>

²⁶ Así como se dijo acerca de la convención, podría no dejarse claro, ya que ésta se divide en pacto y contrato, por lo que se podría dejar un punto aún para debatirlo doctrinariamente.

esto podemos observar claramente al momento de ofertar acciones de una sociedad anónima o en los contratos de colaboración empresarial, así podemos observar en el artículo 3 de la Ley 26887.

Entendemos por prestación patrimonial a ese vínculo jurídico que obliga a las partes a cumplir con su obligación, por ejemplo, si Juan le presta a Pedro dinero, éste le debe devolver el dinero en la forma pactada. El deudor queda obligado frente al acreedor.

Es importante abordar los antecedentes del contrato para entender la precariedad de éste instituto en aquella época. Como se puede observar, para los romanos contrato era generalizado, es decir, toda manifestación de voluntad era contrato, sin importar lo patrimonial como lo extra-patrimonial.

Con esto, podemos entender que toda obligación no es un contrato, y en relación al acto constitutivo de sociedad la obligación de aportar no significa que tiene naturaleza contractual, ya que para exista contrato se necesita la relación patrimonial, que es el intercambio de patrimonios. Es decir, si Juan le entrega un bien inmueble a Pedro, éste le debe entregar dinero a Juan.

Siguiendo, si en el caso que se considere que el aporte social proviene de dos voluntades libres para crear relaciones jurídicas de carácter patrimonial, entenderíamos que esa naturaleza será contractual; pero si esa relación de dos o más personas tuviese como finalidad la creación de un ente para que este tenga vida en el plano jurídico, nos encontraríamos a otra figura distinta la del contrato.

En base a lo dicho anteriormente, podríamos inferir que el acto de constitución de una sociedad versa sobre la necesidad de crear una persona jurídica distinta a las personas que la crean. Por lo que reflexionamos que el preciso momento de la creación de la Persona Jurídica que no tiene índole patrimonial, sino que la Ley solicita que exista algún aporte para su creación. Lo que sí tiene carácter patrimonial es la actuación posterior a su creación, ya que su finalidad es conseguir patrimonio o, dicho de otra manera, finalidad lucrativa.

1.2.- Antecedentes y definición del Acto Jurídico con relación al Acto Constitutivo

El Derecho en sus orígenes fue eminentemente formalista y ritualista²⁷, podríamos afirmar que la interpretación de los actos jurídicos se limitó a dar la conformidad de ellos; esto es, que la interpretación estaba orientada a indagar la autonomía de la voluntad.

Es decir, en la fase arcaica de Derecho romano dominada por el formalismo ritual se limitó el control de la conformidad de los actos concretos impuestos por la moral o las leyes.

Según MESSINEO: “En el Derecho clásico romano la interpretación es típica y objetiva, en cambio, en el justiniano se afirman métodos interpretativos orientados a indagar la voluntad del agente o agentes que crean el acto jurídico. Pero confrontando ambos ordenamientos: el clásico y el justiniano, encontramos que hay continuidad en el desarrollo de los principios interpretativos. De otra parte, la configuración de los actos jurídicos, aún privados del rigorismo sistemático y clasificatorio, es obra de los clásicos, porque los compiladores se limitaron a corregir algunas soluciones de clásicos, acentuando la exigencia del análisis subjetivo del acto”²⁸.

Los romanos conocieron instituciones jurídicas particulares (como el matrimonio, testamento, compraventa, sociedad –No conocieron a la sociedad como un contrato, sino como un acto de voluntad para asociarse -, etc.), pero no conocieron una Teoría General del Acto Jurídico²⁹. Menos, los jurisconsultos de aquella época iban a realizar un tratado acerca del Acto Constitutivo.

La elaboración de una teoría general sobre el Acto Jurídico se inicia con los pandectistas alemanes en la primera mitad del siglo XIX. Se denomina pandectistas a los estudiosos de las Pandectas o Digesto de Justiniano. El

²⁷ Cfr. CORNEJO, Ángel. *Código civil: Exposición Sistemática y Comentario*, T.II, Vol. II, Lima, Edit. Libería e Imprenta Gil S.A., 1937, p.12.

²⁸ MESSINEO, Francesco. Tomo II, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducido por SANTIAGO SENTIS MELENDO, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p.18.

²⁹ Cfr. BATISTA FERRI, Giovanni. *El negocio jurídico*, traducido por Leysser L. León, Lima, ARA Editores E.I.R.L, 2002, p.19.

digesto contiene las opiniones de los más grandes juristas romanos como son: Papiano, Ulpiano, Gayo, Paulo, Modestino, Marciano, Marco, Celso, Pomponio, Juliano, entre otros³⁰.

Los pandectistas alemanes denominan acto jurídico a todo acto voluntario que produce efectos jurídicos, así por ejemplo, un homicidio es un acto jurídico porque es un acto humano voluntario que tiene consecuencias jurídicas como la obligación del homicida de indemnizar los daños a los herederos de la víctima³¹.

Así también una compraventa es un acto jurídico por ser un acto humano voluntario que tiene efectos jurídicos consistentes en que el vendedor debe entregar el bien en propiedad al comprador y éste a pagar el precio por aquél.

Para incidir en los efectos como un elemento característico del acto jurídico, algunos pandectistas lo denominaron acto jurígeno o jurigénico³².

Es decir, el acto jurídico para los pandectistas es el que origina efectos jurídicos, pudiendo ser éste lícito o ilícito. Los pandectistas al revisar el Digesto encontraron, que al regular cada acto jurídico se exigía que el agente sea persona capaz, advirtiendo que en vez de repetir la exigencia de la capacidad para cada acto se puede establecer una regla general.

Así, los alemanes empezaron a estudiar más a profundidad aquella Teoría que le daba vida a la manifestación de la voluntad en el ámbito jurídico.

a.1) Hechos jurídicos humanos voluntarios: Son aquellos hechos que se realizan con discernimiento, intención y libertad. El discernimiento es la "madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias"; la intención es el ejercicio correcto del discernimiento; y la libertad es la facultad de elección entre varias opciones.³³ Es decir, son aquellos hechos

³⁰ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, Lima, Editora IDEMSA, 2001, p.67.

³¹ Cfr. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, Séptima Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p.38.

³² Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Op. Cit., p. 68.

³³ *Ibidem*, p. 29.

humanos que son queridos y manifestados con discernimiento. Los hechos jurídicos humanos voluntario se sub-clasifican en:

a.1.1) Hechos jurídicos voluntarios lícitos: Tradicionalmente se les entiende como aquellos que no contravienen al ordenamiento legal o los que no sean contrarios a las normas del orden público ni a las buenas costumbres³⁴.

Siguiendo a BARANDARIÁN: "Es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad y efectos jurídicos que respondan a la intención del sujeto en conformidad con el Derecho Objetivo"³⁵.

BETTI define al Acto Jurídico de esta manera: "Es la declaración o declaraciones de voluntad privada, encaminada(as) a conseguir un fin práctico jurídico, a la que el ordenamiento jurídico, bien por sí sola o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas"³⁶.

Entonces, el acto jurídico, es todo hecho jurídico, voluntario, lícito y de efecto querido por el autor, que va a crear situaciones jurídicas; es decir, declarar, modificar, constituir y extinguir derechos, generando las correspondientes obligaciones.

El acto jurídico es lícito, porque debe estar expresamente previsto en la ley, celebrarse de acuerdo con ella y deben observar las formalidades prescritas: su de efecto querido, por cuanto sólo a través de la voluntad libre y consciente de los sujetos se puede practicar los diferentes actos jurídicos, como garantía del principio de libertad que gozan todos los sujetos titulares de derechos³⁷.

El art. 140 del C.C. contiene un concepto más exacto del acto jurídico, el cual es la manifestación de voluntad del agente (capaz) destinada a crear, regular, modificar, constituir y extinguir relaciones jurídicas.

³⁴ Ibidem, pp.1-32.

³⁵ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*, Derecho de Obligaciones, T.I., Buenos Aires, Edit. Ediar S.A. Editores, 1954 p. 187

³⁶ BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por Leysser L. León, Primera Edición, Granada, Editorial COMARES, 2000. p.101

³⁷ Cfr. IDROGO DELGADO, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*, 2da. Edición, Lima, Editorial Moreno S.A, 2004, p.124.

Se puede decir también que, existe una relación entre hecho jurídico y acto jurídico en cuando a ser género a especie. Puesto que todo acto jurídico es un hecho jurídico, pero no todo hecho jurídico es un acto jurídico. Ya que el hecho jurídico comprende no sólo a los hechos jurídicos meramente lícitos, sino también a los ilícitos, a los actos voluntarios e involuntarios, sean éstos conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico, y también a los hechos naturales o externos que inciden en la vida de relación social del ser humano.

Citando a TABOADA: 'El concepto de acto jurídico está construido de tal modo que comprenda toda constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas que queden, con distinto alcance, a la libre determinación de los sujetos. Es un concepto que abarca a toda manifestación de la autonomía privada, tanto en el Derecho de familia (matrimonio, reconocimiento de hijo extramatrimonial, etc.), el sucesorio (testamento), mercantil (contrato), etc''³⁸.

Entonces, el acto jurídico es el instrumento legal con el cual se da concreta actuación a la autonomía privada de voluntad. Autonomía privada quiere decir que los sujetos de Derecho –dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico- tienen la libertad de regular sus intereses como mejores les parezca, regulación que está garantizada por el ordenamiento³⁹.

Se puede inferir que, el acto jurídico como tal, es estrictamente el resultado de la conducta del hombre; pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de las consecuencias jurídicas que se dan. De ahí que reconocemos la manifestación externa de la voluntad (no interna, porque si no se manifiesta no producirá efectos) que tiene por objeto crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas y que ésta se puede presentar de manera unilateral o plurilateral con respecto a los derechos y obligaciones.

El Acto Jurídico es considerado como la manifestación de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos. Para que esta manifestación de la voluntad produzca efectos jurídicos, es preciso que se realice de acuerdo con los requisitos legales previamente establecidos para cada caso.

³⁸ TABOADA CÓRDOBA, Lizardo. Op. Cit., p.98.

³⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Op. Cit., p.63.

Se puede deducir también que el Acto Jurídico, siguiendo a LASARTE:

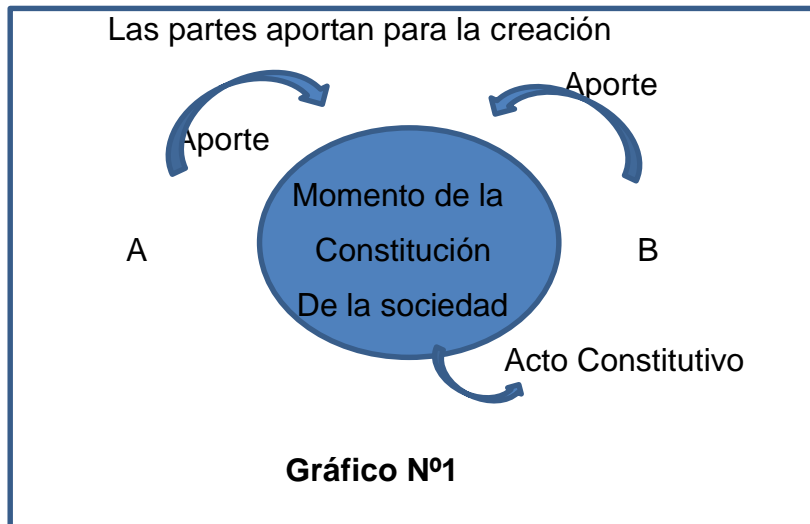
‘No es un fenómeno propiamente dicho, como el hecho jurídico ya que éste puede ser involuntario o voluntario ilícito, sino toda una expresión de la voluntad lícita o de un acuerdo de voluntades de su autor o autores, para que este acto exista, tenga el reconocimiento y genere efectos jurídicos’⁴⁰.

Con lo explicado en las líneas anteriores nos encontramos frente a la duda de si el Acto constitutivo es un Contrato o Acto Jurídico, para ello, debemos hacernos la pregunta de ¿En el momento de la creación de una Persona Jurídica Mercantil, los participantes lucraron instantáneamente; es decir, hubo un intercambio de patrimonio que se disminuye y aumenta a la vez; o si por lo contrario, es la aportación bilateral o multilateral de bienes o servicios para dar vida jurídica a una persona distinta a la de sus creadores? La respuesta a la que nos inclinamos es a la segunda, puesto que, para constituirla, nuestra Ley General de Sociedades solamente pide la aportación de bienes o servicios, mas no un intercambio de patrimonios. Entonces nace una nueva interrogante: ¿es un Acto Jurídico o un Contrato?

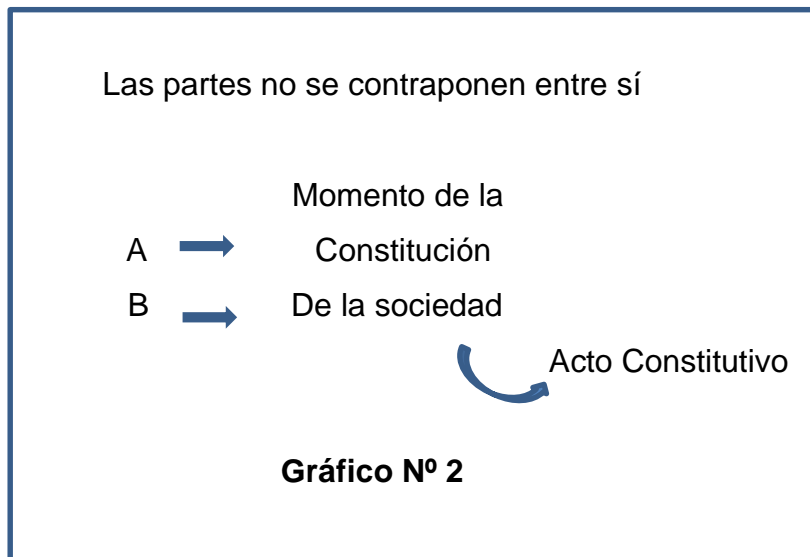
A lo que se quiere llegar con lo mencionado, es que, en el momento exacto de la Constitución de la Sociedad Mercantil, lo que se entrega son aportes que pueden ser de carácter dinerario, bienes inmuebles, muebles, servicios (trabajo) e intelectualidad como en el caso de una Sociedad Civil Responsabilidad Limitada. Por lo tanto, al hablar de aportes para la creación o Acto Constitutivo no podríamos referirnos a un contrato de prestaciones recíprocas o intercambio de prestaciones ni tampoco podríamos referirnos a un contrato de prestaciones autónomas, con excepción a lo mencionado en el artículo 3 de la Ley 26887, respecto de las sociedades anónimas.

En las siguientes gráficas trataremos de explicar que las partes que intervienen en el acto de constitución no están en contraposición, sino que están en la misma posición de crear y dar vida a una persona distinta a ellos.

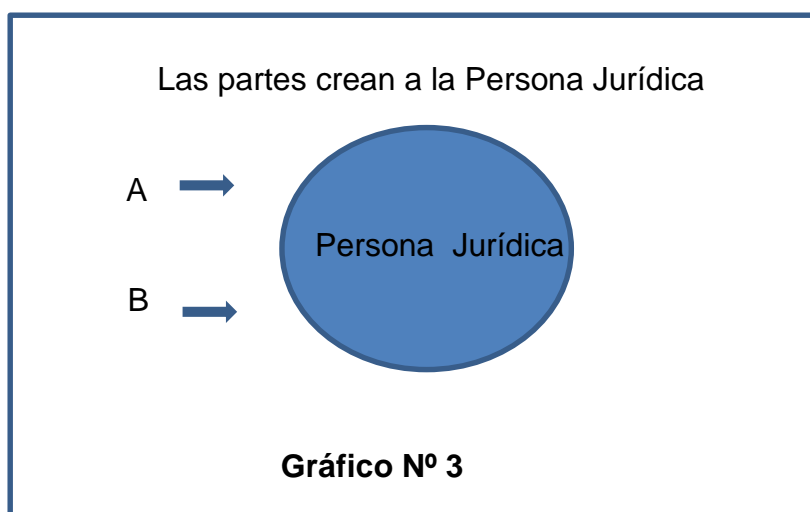
⁴⁰ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios del derecho civil*, 4 Edición, Madrid, Edit. Trivium, 1995, p.103.



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

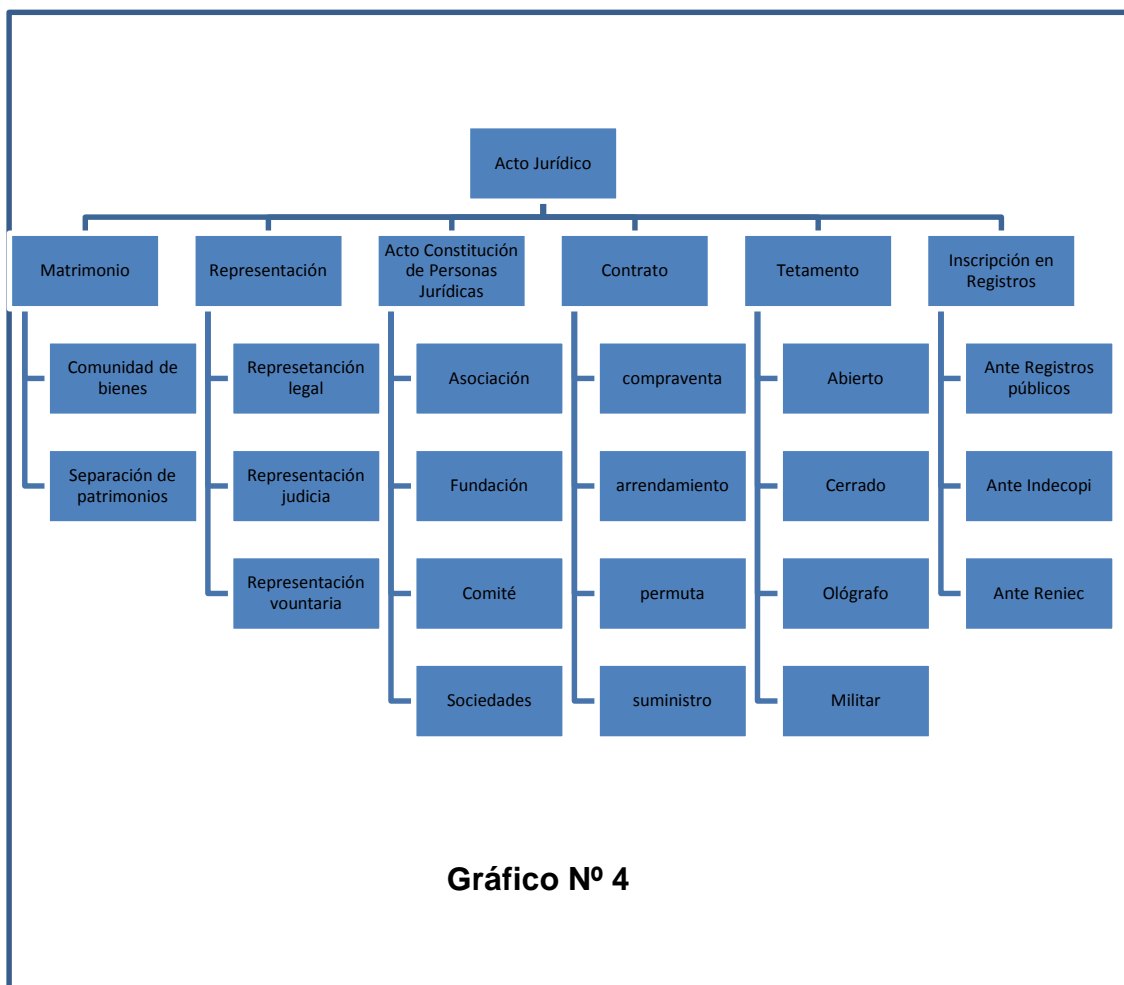


Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

Lo que sí podrían ser contratos son todos aquellos acuerdos comerciales que genere antes o después del acto de creación La Sociedad. Ya existiendo la Sociedad en la esfera jurídica (con derechos y obligaciones –Capacidad de ejercicio- o personalidad jurídica con la inscripción a los Registros Públicos) la Sociedad Mercantil empieza a cumplir con la finalidad –generar lucro- a través de contratos con terceros (sea una compraventa, donación, alquiler, usufructo, suministro u otras relaciones comerciales) llegando a concretarse la finalidad patrimonial de la cual hablamos, puesto que existe un intercambio de los bienes y/o servicios que no serían aportaciones sino prestaciones recíprocas.

Por ello, podríamos inferir que el acto de constitución de una sociedad es un acto jurídico. Ésta posición se fundamenta en la misma definición que nos alcanza nuestro código Civil, puesto que el acto jurídico contiene lo patrimonial como lo no patrimonial. Ante ello, se puede inferir que el contrato es la especie del acto jurídico, por solo abarcar lo patrimonial, en cuanto a las prestaciones unilateral o bilateral (recíprocas), inmediata o continuada. Para la creación de una Sociedad Mercantil, es necesario la aportación, más no la prestación o contraprestación.

En el siguiente gráfico trataremos de esquematizar escuetamente alguno de los actos jurídicos que conocemos actualmente, pudiendo verificar que el acto de constitución no es un contrato, sino un acto jurídico:



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

Con el acto constitutivo (la voluntad de las partes para la creación) de una Persona Jurídica Mercantil se produce el efecto jurídico de existencia en el ámbito legal. Con la aportación de bienes o servicios, las personas jurídicas mercantiles cumplen con el mandato legal (Artículo 1 de la Ley General de Sociedades). Aportación no es sinónimo de incremento patrimonial, sino separación voluntaria del patrimonio propio de la persona (sea persona natural o jurídica) de quien crea la nueva persona jurídica mercantil en el ámbito jurídico; en otras palabras, no hay lucro, sino solo la existencia de ésta en la esfera jurídica. Las partes que celebran el acto jurídico de constitución, con la aportación, dan existencia jurídica a un nuevo ente susceptible de derechos y obligaciones; y con la inscripción a Registro Públicos obtiene la personería jurídica.

Es necesario precisar que desde siempre ha existido el debate en la doctrina nacional como extranjera de si el acto constitutivo de una sociedad mercantil es

un acto jurídico o un contrato. En donde la doctrina minoritaria cree que es acto jurídico, siendo ésta la posición que seguimos.

Asimismo, si entendemos el objeto del contrato, podríamos entender más acerca de la naturaleza del acto constitutivo:

DÍEZ-PICAZO afirma que: “Se entiende como contenido del contrato el que las partes han modelado en ejercicio de su libertad de configuración interna, con las limitaciones, desde luego, que esta libertad tiene dentro del actual concepto de socialización del Derecho contractual, que se materializa entre nosotros mediante los artículos 1354 y 1355 del código civil.”

Bajo ésta premisa, el contenido sería el conjunto de prestaciones y demás efectos jurídicos nacidos del contrato. Por otro lado, se encuentran las posiciones de que el contrato tiene por objeto crear, regular, modificar o extinguir relación jurídica de carácter patrimonial.

Según DE LA PUENTE Y LAVALLE, “existen dos caminos para desentrañar el concepto de objeto del contrato. Por un lado, para entender al objeto del contrato debemos determinar lo que se busca con la celebración del contrato, esto es, bien sea la constitución de obligaciones, bien la ejecución de prestaciones o bien la obtención de bienes y servicios. Y por otro, es el buscar y tener una idea de la naturaleza del elemento esencial para la existencia del contrato”⁴¹.

Es esencial tener idea clara acerca del objeto, pues es el elemento principal que le da vida al contrato. Me refiero a la intención de las partes (qué es lo que se quiere lograr), el intercambiar patrimonios –contraprestación-. O sea, el objeto en sí de la constitución de un contrato, es de carácter netamente patrimonial; y el objeto de la constitución de una sociedad, es la aportación de una parte o de todo el patrimonio (de los socios) para la creación de una persona en la esfera jurídica con patrimonio autónomo y de la limitación de responsabilidad frente a terceros.

Para tener más claro el tema que estamos tratando acerca de la Constitución de una Sociedad no es un contrato. Pongo como ejemplo el Contrato de Compraventa de un bien inmueble, en donde se entrega una casa a cambio de

⁴¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., p.11.

dinero. La obligación en este contrato es de dar, las prestaciones son recíprocas; en cambio, en el contrato de sociedad, la obligación que emana de la voluntad de los socios –creadores de la Sociedad Mercantil- es la aportación de bienes y/o de servicios para la creación de una entidad en el plano jurídico, la cual tendrá existencia al momento de constituirla y personalidad jurídica al momento de inscribirla.

Por último, entendemos que la doctrina mayoritaria que piensa que la naturaleza del acto constitutivo es la contractual, podríamos explicar a través de las diferentes Teorías del Acto Constitutivo que su naturaleza tiene la característica en sí de un contrato especial. Una figura jurídica que sería la subespecie del contrato—decimos subespecie, ya que el Contrato es la especie del Acto Jurídico—. En otras palabras, “el contrato de sociedad”, sería una suerte de especie de la especie, puesto que el Contrato ya es especie del Acto Jurídico.

1.3.- Definición del Acto Constitutivo:

Cuando se trata sobre la naturaleza de alguna figura o institución jurídica del Derecho, siempre se generarán problemáticas, puesto que el Derecho es una ciencia social, por lo que diversos tratadistas experimentados en la materia cuestionada darán diferentes opiniones al respecto. Es por ello que, al hablar sobre la teoría del acto constitutivo, se genera siempre grandes controversias y expectativas en tanto si éste es un acto jurídico o un contrato.

En la dogmática jurídica respecto a la naturaleza del acto constitutivo de la Sociedad se ha creído que la valla ya ha sido superada, llegando a dejar de lado el viejo debate de si éste tiene carácter contractual o no, si ésta es un contrato sui generis o un acto jurídico propiamente dicho, dejando semiestablecido de que nos encontramos frente a un contrato.

En el Derecho Comparado, específicamente la Ley General de Sociedades Mercantiles de México Última Reforma DOF 13-06-2014 en su artículo 2° en el tercer párrafo menciona lo siguiente: “Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo, y, en su defecto, por las

disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate”⁴².

Así mismo, en el artículo 7° de la misma ley mexicana se estipula lo siguiente: “Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura o póliza ante fedatario público, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 60., cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura o póliza correspondiente”⁴³.

También, siguiendo la misma ley mexicana en su artículo 10° alude lo siguiente: “La representación de toda sociedad mercantil corresponderá a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la Ley y el contrato social”⁴⁴.

La ley mexicana mencionada, se refiera a la naturaleza del acto constitutivo de la sociedad como un contrato social, el solo hablar de contrato ya entramos al ámbito de la patrimonialidad. Por el contrato de Sociedad, quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio común de una actividad económica en cualquiera de las formas reguladas por la ley⁴⁵.

Por otro lado, en el Perú, la Ley 16123 antecesora a la actual Ley General de Sociedades (En adelante LGS) en su del artículo 1° del Título Preliminar,⁴⁶ definía a la sociedad como un contrato.

En cambio la vigente Ley General de Sociedades en su artículo 1° no dispone que sea un contrato, se limita a llamarlo así, quedando literalmente: “quienes constituyen Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”⁴⁷; además, del artículo 5 que lo cataloga como Pacto Social y no Contrato Social. Dando pie al debate de si ésta es o no un contrato, puesto que omite el tema del contrato (aquello que constituye

⁴² Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934. TEXTO VIGENTE. Última reforma publicada DOF 13-06-2014.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; y MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Temas de derecho contractual*, Lima, Cultural cuzco editores s.a., 1987. p. 438

⁴⁶ Ley 16123, Ley de Sociedades Mercantiles de 1967.

⁴⁷ Ley 26887, Ley General de Sociedades vigente desde 1998.

obligaciones de carácter patrimonial) sino que lo trata como pacto, como se explicaba a través de la profesora cubana Sarría Cruz.

Para MONTROYA: “A diferencia de la norma anterior, la nueva Ley no formula ni proporciona una caracterización completa de lo que es la sociedad. El artículo 1º y otros de la Ley General de Sociedades se limita a mencionar implícitamente los elementos más importantes para su existencia”.

La nueva LGS, omite calificar a la sociedad como un contrato. En efecto, recuérdese que la antigua ley se refería a la sociedad como el "contrato de sociedad", remarcando con ello el carácter contractual del acto constitutivo. De ésta manera, la hace una especie de la especie.

Para ECHAIZ: “La Comisión Redactora del Anteproyecto de la LGS sometió por 3 días a discusión el artículo 1 y 5 de su texto normativo sobre el acto constitutivo de Sociedad deberían expresar en la norma y colocar contrato social, convenio o pacto social, ya que se criticaba arduamente que la anterior legislación societaria haya asumido la posición de la teoría contractualista”.

Ante la discusión para la promulgación de la nueva LGS se decidió abandonar el viejo debate de si es o no un contrato y reservarlo para doctrina y dejándolo abiertamente para debate. Es decir, optó por una solución más práctica a la que usualmente se recurre en el mundo del Derecho, sin precisar en el Artículo primero de la Ley General de Sociedades si el Acto Constitutivo es o no un contrato.

1.3.1. Teorías

Ahora, trataremos acerca de las teorías que explican algunos juristas respecto a la naturaleza del Acto Constitutivo de la Sociedad Mercantil, las cuales son:

A. El contrato de sociedad como contrato bilateral

Esta corriente de inspiración francesa, admitió la naturaleza contractual del negocio constitutivo de una sociedad en función de su carácter volitivo, asimilando las reglas generales de contratación que estipula el código civil, significando una comunidad de intereses, es decir a la de la voluntad de las partes.

“La definición central de la bilateralidad deriva del entendimiento que dicho vínculo contractual obliga recíprocamente a los contratantes a realizar su aporte con el propósito que los otros lo realicen igualmente u obliga, en todo caso al contratante frente a la sociedad o frente al grupo. Siendo por ende aplicable las reglas generales para obtener el cumplimiento de las obligaciones o el resarcimiento por su inejecución”⁴⁸.

Entendemos por bilateralidad a la intervención de dos o más partes que a través de un acuerdo de voluntades generan una o más obligaciones de carácter patrimonial.

Ésta teoría afirma que los socios no constituyen la sociedad para obtener la aportación de los demás socios, sino para obtener su parte en las ganancias. Para entender ésta posición, debemos entender que existe reciprocidad de prestaciones en el contrato de sociedad, como expresa TROPLONG.

El incumplimiento de la obligación, no necesariamente te conlleva al tema contractual, sino directamente a los artículos del Acto Jurídico, por ello, el Acto Constitutivo no sería un contrato.

B. El contrato de sociedad como contrato plurilateral con prestaciones

Tiene la categoría contractual, fue inicialmente rechazada por no imaginarse bajo el concepto tradicional del contrato de cambio, y bajo la premisa de la contraposición de intereses en las partes, la posibilidad de más de dos partes intervinientes.

El código italiano de 1942 consagra legislativamente en su artículo 1429 definiendo el contrato plurilateral como: “un contrato con más de dos partes en que las prestaciones de cada uno están dirigidas a la obtención de un fin en común”.

⁴⁸ TROPLONG, M. “Naturaleza del Acto Constitutivo”, *en estudios de Sociedades Comerciales en Homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973, p.147.

“La sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que en él participan varias partes que adquieren como consecuencia del mismo obligaciones y derechos de la misma idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad ningún socio se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás, y por ello se puede hablar de pluralidad. Resulta claro que los contratantes quieren constituir una relación de organización, en virtud de la cual las fuerzas de cada una de ellas están destinadas a la realización de un beneficio económico en provecho de todos”⁴⁹.

Siguiendo a ASCARELLI, la sociedad surge con motivo de un contrato, éste sin embargo no se limita a disciplinar las obligaciones entre los socios. Sino que crea una organización destinada a la realización de una actividad con los terceros⁵⁰.

Según ésta teoría, es contractual puesto que proviene del consentimiento de las partes intervinientes, pero que además de ello destaca la autonomía de las prestaciones en cuanto al vínculo contractual que es de carácter asociativo⁵¹.

Si bien es cierto, existe el consentimiento de las partes no quiere decir que sea un contrato, puesto para que sea contrato debe existir prestaciones, así como menciona ésta teoría; pero son realmente prestaciones las necesarias para la creación de la persona jurídica mercantil o es necesario (lo que nos exige la ley) la aportación para constituir la.

C. Teoría unilateral del acto de fundación

BRUNETTI sostiene que: “el acto constitutivo de la sociedad está destinado a la creación de un nuevo organismo social, que constituye un sujeto de derechos distinto de los socios. Tal

⁴⁹ BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960, p.124.

⁵⁰ ASCARELLI, Tulio. *Principios y problemas de las Sociedades Anónimas*, México D.F., Imprenta Universitaria, 1951, p.37.

⁵¹ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La utilización fraudulenta de la Persona Jurídica*, Primera edición, Lima, Editorial Jurista Editores E.I.R.L, 2005, p.138.

afirmación se complementa con su aseveración que el contrato como acuerdo de voluntades para crear relaciones jurídicas no es capaz de crear una persona jurídica, concluyendo que, la persona jurídica se deriva de un ACTO UNILATERAL DE LA PLURALIDAD UNIFICADA y emana por tanto, de la corporación que se pone a sí misma como sujeto”⁵².

Ésta teoría afirma que la naturaleza del acto constitutivo no es un contrato, sino que es un acto unilateral por el cual se le va a dar vida a una sociedad distinta a la de sus socios.

La presente teoría tiene un interesante análisis, puesto que menciona que la figura jurídica del contrato no tiene esa fuerza para poder crear a un nuevo ser. Pero concordamos en parte, ya que no sería un Acto Unilateral, sino un Acto Bilateral o Multilateral, por ser una sociedad. Es una Teoría que calza exactamente para la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L)

D. La teoría del Acto Complejo

En ésta teoría se niega que el Acto Constitutivo sea un contrato ya que no existe contraposición de intereses y no sólo produce efectos entre los contratantes, sino que puede influir en la esfera jurídica de terceros.

Acto jurídico UNILATERAL, pero PLURIPERSONAL, constituido por el conjunto de declaraciones de voluntad de varias personas que forman una sola parte, que obran todas en una única dirección en protección de un interés único o centro de intereses⁵³.

La naturaleza del Acto Constitutivo es también concebida como un fenómeno unilateral producto de una única voluntad común. Estas voluntades intervinientes que forman una única voluntad en la constitución de la sociedad se fusionan y pierden autonomía, perdiendo su individualidad.

⁵² BRUNETTI, Op cit., p.138.

⁵³ Ibidem. p.145.

E. La teoría del Acto Colectivo

Para ésta teoría la naturaleza de la constitución de la sociedad no tiene carácter contractual, sino que es un acto jurídico colectivo unilateral constituido por expresión de voluntades de los socios dirigidos a la creación de la persona distinta de ellos.

Niega aceptar el contrato plurilateral como figura del acto constitutivo, por no expresar el interés común sino su composición. Es decir, es la comunión de declaraciones de voluntad del mismo contenido y tendiente a un efecto jurídico común, al que cada uno de los declarantes participa por una cuota de acuerdo a su aporte o participación.

Según MESSINEO: “La petencia del socio a la sociedad se expresa con el concepto de participación o de cointerés, que es una situación que incluye derechos de diversa índole, pero no un derecho subjetivo; el vínculo que une a los socios obliga también a quien se incorpora después, el socio puede salir de la sociedad cuando así lo desee.”

Es decir, aquí en ésta teoría, lo que importa es la colectividad en sí para lograr ciertos intereses comunes que es el de participar en la cuota que le corresponde de acuerdo a las aportaciones o participaciones que haya dado al momento de constituir la sociedad.

F. La teoría institucional

La institución se opone al contrato. Implica una subordinación de derechos y de intereses privados a los fines que se trata de realizar con la creación de la sociedad. Los derechos de los socios no se determinan en el acto constitutivo de manera definitiva, ya que esto puede ser modificado si la vida o prosperidad de la sociedad lo exige.

En caso de incumplimiento por una de las partes, de lo estipulado al momento de constituir la sociedad, se generaría su exclusión.

La teoría institucionalista se refiere a que la vida de la sociedad se desarrolla necesariamente por intermedio de órganos dispuestos a hacer posible la actividad social. La sociedad es un organismo que implica el aparecer negociando a nombre de la colectividad.

Para ECHEVARRY: “La teoría institucional no niega que se sociedad haya sido fundada por un contrato, pero este contrato ha dado nacimiento a una institución, es decir a un organismo que tiene por fin la persecución de un interés intermediario entre el de los individuos y el Estado (...) De la consideración preferente del interés social se deduce que, según la teoría institucional, el accionista al entrar en la sociedad acepta no todos los actos sino solamente los actos razonables ordenados en vista del bien común”⁵⁴.

1.4.- La naturaleza del acto constitutivo a la luz de la sociedad de gananciales

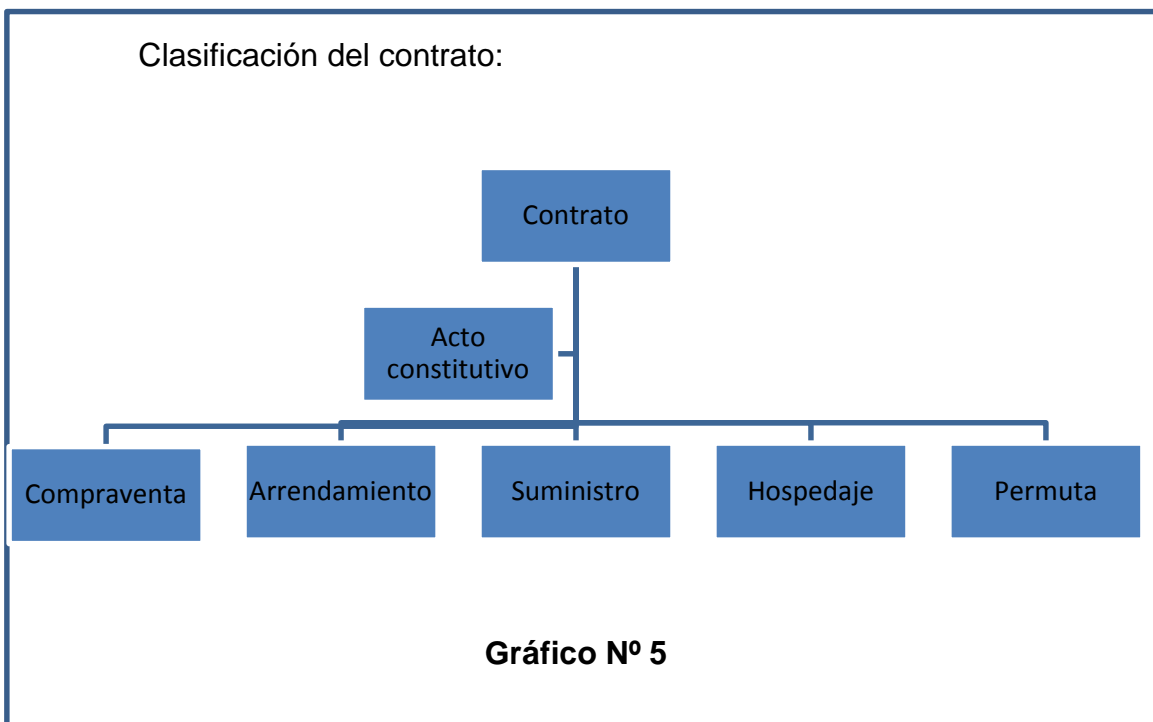
Para dejar claro el debate de si la naturaleza del Acto Constitutivo es un Contrato o un Acto Jurídico, y así continuar con nuestro enfoque sobre la constitución de una Persona Jurídica Mercantil a la luz de la Sociedad de Gananciales, vamos a citar a uno de los grandes expositores nacionales que se ha refiriendo al tema:

Siguiendo a ECHAIZ: “Es un contrato porque, sin lugar a dudas, parte de un acuerdo de voluntades entre los contratantes (los futuros socios), quienes convienen en constituir la sociedad para desarrollar una actividad económica en común, a tenor del artículo 1351 del Código Civil concordado con el artículo 1 de la Ley General de Sociedades. Pero no se trata de cualquier clase de contrato, sino de uno particularmente especial y menos difundido que las demás categorías: el contrato plurilateral con prestaciones autónomas. En éste, los contratantes no se encuentran uno frente al otro (lo que sí sucede en los contratos con prestaciones recíprocas como una compraventa), sino que, por el contrario, están del mismo lado mirando hacia un objetivo compartido: la

⁵⁴ ETCHEVARRY, Raúl. “Sociedades Comerciales. Replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo” *En estudios en homenaje a Isaac*, Buenos Aires, Editorial Palma, 1978, p.212.

constitución de la sociedad. Siendo esto así hallamos a varias partes que lo celebran, esto son los socios (de ahí que sea plurilateral), quienes pueden incorporarse inclusive durante la vida de la sociedad, no resultando aplicable, por ejemplo, la excepción de incumplimiento (exceptio nom adimpleti contractus), normada en el artículo 1426 del Código Civil, ya que cada socio tiene que cumplir un rol independiente de los demás (de ahí que sea con prestaciones autónomas) ⁵⁵.

Para el autor, la naturaleza jurídica del Acto Constitutivo es evidentemente un contrato plurilateral, pero no contrato común, sino especial; es decir, SUI GENERIS en donde los intervinientes convienen en prestar bienes y/o servicios para que posteriormente tenga vida jurídica la Persona Mercantil.



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

Ahora bien, respecto a la Naturaleza del Acto Constitutivo de la Sociedad, por su complejidad nacen teorías que se refieren a contrato y otras que niegan la naturaleza contractual.

La menor parte de tratadistas niegan la posibilidad que el acto de constitución de una sociedad sea un contrato, puesto que la constitución de una Persona

⁵⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. *Análisis crítico de la ley general de sociedades a once años de su vigencia*, Tesis maestría en Derecho de la Empresa, Lima, PUCP, 2009, p.47.

Jurídica se basa únicamente a su existencia; es decir, el acto de constitución se agota en la mera creación. Así mismo, la razón de su creación no se basa en lo estrictamente patrimonial, sino que los intervinientes, constituyen una sociedad con la finalidad de agruparse para lograr objetivos comunes. Siguiendo, ¿Cuál es el verdadero propósito por el cual las partes crean una nueva persona en el ámbito jurídico? La respuesta puede ser variada, puesto que puede ser por un tema de limitación de responsabilidad frente a terceros, separación y limitación de patrimonios, *affectio societatis*, facilidad para la exportación o importación, facilidad para contrataciones con el Estado, entre otras.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva es que el mayor interés para crear una persona jurídica es el de separar los patrimonios (para hacer un patrimonio autónomo frente a quienes la constituyeron) y limitar las responsabilidades frente a terceros (la persona jurídica responderá únicamente respecto de sus bienes) al momento de desenvolverse en el ámbito mercantil, en segundo lugar, es la *affectio societatis* (en ese caso los cónyuges con la finalidad de lograr objetivos comunes).

Dicho esto, cuando se habla que una Persona Jurídica tiene como finalidad patrimonial o lucrativa, esta no se refiere al momento de su constitución sino más bien al momento posterior a su creación. Dicho todo esto, se puede observar que no habrá intercambio patrimonial (prestaciones recíprocas) al momento de constituir la, sino que solo lo habrá después de su creación.

La mayor parte de tratadistas establecen que el Acto Constitutivo es un contrato. Llegando a la conclusión que por su objeto del contrato las partes constituyen obligaciones en cuanto a la creación de la Persona Jurídica, en este caso sería el aporte común para constituir la. En pocas palabras, es contrato puesto que las partes se obligan a aportar bienes o servicios.

Por tanto, se puede concluir también que, al ser un contrato, los cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales no podrían constituir una Persona Jurídica con fines lucrativos ya que, por prohibición legal establecida en el código civil, estos están prohibidos de contratar respecto de los bienes sociales; es decir, respecto del patrimonio autónomo de la sociedad conyugal.

Ante ello se debería analizar independientemente de la verdadera naturaleza contractual o no del acto de constitución, debería alcanzarles la prohibición de que los esposos bajo el régimen social para que no puedan constituir una sociedad. Esta prohibición ha venido afectando a diferentes familias a lo largo del tiempo, haciendo que se constituyan sociedades comerciales con otras personas diferentes a sus cónyuges.

1.5.- Reflexiones finales del capítulo:

¿En qué momento del Acto de constitución de una sociedad vemos el intercambio patrimonial o prestaciones plurilaterales autónomas con excepción a las sociedades anónimas?

En el Acto de constitución podemos observar que es un Acto que se agota al momento de la creación de la sociedad mercantil; es decir, es un solo acto que desaparece en el momento de la constitución, en ese único acto, no existe nunca un intercambio de bienes y/o servicios, sino más bien la aportación de estos que genera el nacimiento de una persona jurídica en el mundo jurídico la cual será distinta a la de sus creadores, esta podrá adquirir su personalidad jurídica al momento de inscribirlo en los registros públicos.

¿Debería existir la prohibición para que los esposos casados bajo el régimen social puedan constituir una sociedad comercial?

Sea cual fuese la naturaleza del Acto constitutivo de sociedad, no debe existir dicha prohibición, toda vez que son las familias peruanas quienes impulsan el crecimiento empresarial. Asimismo, es importante que existan estímulos y no prohibiciones para que los matrimonios civiles crezcan en el espacio empresarial peruano.

Pongámonos un ejemplo: Juan y Marta cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales quieren constituir una sociedad comercial con el objeto social de venta de sistemas de seguridad para casas, los cuales son creados por ellos mismos. Sin embargo, al momento de dirigirse a la notaría para escriturar, se dan con la sorpresa que no pueden constituir una sociedad, toda vez que existe una prohibición legal ya que no se permite que los cónyuges constituyan una sociedad respecto a los bienes sociales.

Pongámonos en el hecho de que ambos tienen cuatro inmuebles que conforman la sociedad ganancial y estos son del mismo valor. De los cuatro inmuebles, solo uno sería aportado como lugar para el giro de su negocio. En la práctica actual, para que ellos puedan constituir una sociedad tendrían que separar sus patrimonios; es decir, cambiar el régimen social ganancial al régimen de separación de patrimonio. Esta solución, muchas veces genera incertidumbre en la familia, ya que la pareja de esposos desea continuar con su sociedad ganancial. ¿No sería más sencillo y económico que ellos puedan constituir una sociedad respecto de un bien inmueble?

Si Juan y Marta realizan la separación de patrimonios y posteriormente constituyen la sociedad, en qué momento del acto constitutivo vemos la relación o intercambio patrimonial, no es acaso la aportación de ambos para dar existencia a la sociedad en la esfera jurídica. ¿Aportación es igual a contraprestación? ¿Es necesario entonces que la pareja de esposos disuelva la sociedad de gananciales?

En innumerables ocasiones observamos que las parejas de esposos deciden disolver la sociedad conyugal a efectos de poder crear una sociedad ¿No sería en vano que ambos separen sus patrimonios si sólo necesitan de un bien inmueble para constituir la sociedad en base al ejemplo anterior? Entonces, ¿Por qué se prohíbe a los esposos casados bajo el régimen social para que ellos constituyan una sociedad, siendo esto innecesario? Al contrario, debe permitirse, más aún se debería brindar incentivos como por ejemplo tributarios para impulsar al matrimonio civil bajo el régimen ganancial constituya empresas para el crecimiento de la familia y del país ¿A caso, las sociedades comerciales no es una forma de formalizar las empresas peruanas?

En la práctica jurídica observamos que en las notarías han optado por tomar la posición doctrinaria de que el Acto Constitutivo de una Sociedad tiene carácter contractual, los cónyuges del ejemplo no podrían constituir una sociedad, porque existe una prohibición expresa en el código civil en el artículo 312° que dice “los cónyuges no pueden celebrar entre sí respecto de los bienes sociales”.

Por otro lado, uno de los fundamentos que refuerzan nuestra posición para eliminar la práctica notarial y registral respecto a la prohibición de que los

esposos bajo la sociedad ganancial, es que los esposos poseen la importante institución de la *affectio societatis*, institución necesaria e imprescindible de las sociedades –con excepción a las sociedades anónimas-, que no es más que la voluntad que tienen las partes para asociarse (sobre todo por ser cónyuges) y su necesidad de conservar y proteger el patrimonio de la familia frente al patrimonio de la sociedad; por esas razones afirmamos nuevamente que el Estado debe permitir la creación de una sociedad de responsabilidad limitada en donde ambos cónyuges puedan participar directamente en la vida económica de la sociedad empresarial.

SEGUNDO CAPÍTULO

CAPÍTULO 2

EL ACTO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

En este Segundo capítulo se abordará el tema respecto a la sociedad de gananciales para entender el régimen y la prohibición que tienen éstos de contratar entre sí, la problemática de la naturaleza del acto constitutivo (si es un contrato o no) para la creación de una Persona Jurídica por parte de los esposos bajo el régimen ganancial, que hoy en día se encuentra limitada para contratar y por tanto la prohibición práctica (puesto que en el día a día, existe prohibición para que la pareja de esposos constituyan una sociedad, puesto que siguen la doctrina contractualista, haciendo imposible la creación de la sociedad) de constitución de una Persona Jurídica con fines lucrativos afectando de esa manera las libertades económicas positivadas en nuestra constitución, como el caso de la libertad de empresa.

2.1. La Sociedad Ganancial como Régimen Patrimonial.

Desde siempre, el varón y la mujer han sido seres en potencia a reproducirse para la perpetuidad de su especie. Por naturaleza, el hombre no es un ser aislado, sino un ser que vive en comunidad, por ello, a ver la necesidad de establecerse en un lugar (sedentarismo), empezó a formar comunidades, tribus y hogares.

Una de las razones más poderosas para que el ser humano viva en familia, es mejorar las condiciones de vida, ya que ello supone un trabajo en equipo, un

conjunto de personas que por lazo de sangre se ayudaban unos a los otros, en donde se repartían los roles cooperando entre sí para la obtención de ciertos objetivos.

Por esa misma necesidad de apoyo común, nace la institución natural del matrimonio a través de la historia como un compromiso entre las partes celebrantes en el que existen derechos y obligaciones. El matrimonio, más allá de ser un vínculo conyugal, es la institución social que constituye la familia, que a su vez es el núcleo de la sociedad.

Etimológicamente la voz de matrimonio deriva de los vocablos de raíz latina “matris” madre y “munium” carga o gravamen, por lo que algunas han señalado que se trata de una carga o gravamen para la madre, por cuanto sería ella quien lleva el peso, antes y después del parto, en tanto que ella concibe a los hijos, los alumbró, los cuida, atiende su formación y los educa⁵⁶.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), define a esta institución como: (Del lat. matrimonium). Unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales.

Nuestra Constitución Política del Perú en el Capítulo II De los Derechos Sociales y Económicos, en su artículo 4° expresa lo siguiente “La comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”

Por otro lado, nuestra Norma Civil en su Libro III Derecho de Familia, sección primera en su artículo 233 se refiere acerca de la finalidad de la regulación de la familia “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”

También, nuestro Código Civil en el mismo libro de Familia en su artículo 234 se refiere a la noción del matrimonio como: “Es la unión voluntariamente concertada

⁵⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el código civil peruano*, Primera edición, Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2010, p.28.

por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de éste Código”

Por lo tanto, por el matrimonio debemos entender como la unión entre un hombre y una mujer que se unen para realizar un proyecto de vida en común, el cual debe buscar constituir un vínculo mutuo que debe tener como características fundamentales las de ser permanente y excluyente. Entonces podemos indicar que el matrimonio en principio da lugar a una sociedad conyugal generadora de deberes y derechos recíprocos entre ambos cónyuges, y de estos con la prole que sobreviene.

Para entender qué es una sociedad conyugal, primero es necesario hacer un breve comentario del régimen de separación de patrimonios que es uno de los regímenes patrimoniales dentro de un matrimonio.

El régimen de separación de patrimonio no es más que la decisión de los esposos de separar los patrimonios que se generen a partir del matrimonio; es decir, el hombre y la mujer deciden que los patrimonios que se produzcan ex post no se confundirán y harán uno solo, sino que por el contrario los frutos serán de quien lo produzca.

Según AGUILAR: “Existen dos regímenes extremos y contrapuestos entre sí, el de la comunidad de bienes y deudas, y el de régimen de separación de patrimonios, además existen otros regímenes a los que podríamos calificar como mixtos. Analicemos:

- a) Régimen de la comunidad universal de bienes y deudas. - La sociedad conyugal se convierte en el titular único de un solo patrimonio. Es decir, tanto el patrimonio del varón como el patrimonio de la mujer se fusionan para tener la condición de común.
- b) Régimen de separación de patrimonios. - En lo que se refiere este aspecto económico, la relación patrimonial entre lo que tiene el

marido y la mujer subsisten como se encontraban antes del matrimonio. Es decir, no se fusionan los patrimonios de ambos”⁵⁷.

En este extremo nos centraremos a explicar acerca de la sociedad conyugal, es una sociedad civil impuesta por la ley carente de personalidad jurídica. Esta sociedad está sometida a un régimen de orden público y es ajena a la voluntad de los cónyuges, los mismos que sólo deben acatar las disposiciones que la rigen⁵⁸.

Entendamos que no nos encontramos frente a una sociedad con personería jurídica. Es más, la idea de sociedad es porque trasunta un esfuerzo común de los cónyuges para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo en igualdad de riesgos.

La naturaleza jurídica de la sociedad conyugal ha puesto en pie distintas teorías, las cuales son: teoría de la comunidad considerada propiedad del marido; teoría de la indivisión de tipo romano; la *gesammte hand* (comunidad de bienes); teoría del patrimonio de afectación; teoría de la persona jurídica; teoría del contrato⁵⁹. Todas ellas, mencionan que la sociedad conyugal es comunidad, obteniendo como conclusión que ésta es un patrimonio autónomo.

La sociedad conyugal que comienza con la celebración del matrimonio presupone la vida en comunidad integral de afectos e intereses materiales. De ahí que los bienes gananciales son obra conjunta de ambos cónyuges, aunque no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de ellos⁶⁰.

Por su parte, el Título III – Régimen Patrimonial Capítulo Primero de nuestro Código Civil en su artículo 195° se refiere a la elección del régimen patrimonial: Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

“El régimen de comunidad universal de patrimonios halla su fundamento en la idea de que la unidad de vida que entraña el casamiento no puede ser

⁵⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín. Op. Cit., p. 32.

⁵⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. Op cit., p.31.

⁵⁹ VIDAL TAQUINI, Carlos. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA SRL., 2001. pp. 172-178.

⁶⁰ VIDAL TAQUINI, Carlos. Op. Cit, p.181.

circunscrita a la esfera puramente afectiva o moral, sino que abarca la totalidad de los aspectos en que se manifiesta la actividad socio-jurídica de los cónyuges (...) La compenetración espiritual que el matrimonio supone y exige, y la plenitud de la comunidad de vida entre los cónyuges reclaman la unificación de sus intereses económicos⁶¹.

Podemos inferir de lo dicho que el matrimonio trae consigo la característica de la unidad tanto en lo espiritual, en lo moral y en lo económico, por lo que el régimen de sociedad de gananciales es lo más adecuado para progresar familiarmente. Por lo que hablar del régimen patrimonial de separación e independencia de bienes atentaría permanentemente contra las posibilidades de lograr una íntima y completa compenetración entre marido y mujer, amenazando la estabilidad de la familia y a su bienestar interno⁶².

2.1.1 Diferencia entre bienes de la sociedad conyugal y bienes propios dentro del régimen de la sociedad de gananciales

No podemos dejar de tratar un tema fundamental en cuanto al orden patrimonial del Instituto del Matrimonio que consiste en el tratamiento del régimen patrimonial, que es el soporte económico que garantiza la estabilidad y crecimiento de la familia, patrimonio que aportan cada uno de los cónyuges al momento de celebrar el Acto Jurídico del Matrimonio.

Así, existen los bienes propios que son aquel patrimonio obtenido antes, durante el matrimonio (por ejemplo, la herencia) o la separación de bienes que es elegido al momento de casarse.

Por otro lado, tenemos aquel patrimonio que se obtiene a partir del Acto de Constitución de la Sociedad de Gananciales, que vienen a ser los bienes sociales. Estos bienes sociales, no pertenecen a los bienes propios, sino que son aquellos bienes administrados conjuntamente.

Siguiendo, dentro de la comunidad de bienes del matrimonio, nos referirnos también al tratamiento de los bienes propios de cada cónyuge posterior al

⁶¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Décima Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1999, p.254.

⁶² *Ibidem*, p. 254

matrimonio y que no forman parte del él conforme lo expresa nuestro Código Civil en su artículo 302°: a) Los que aporte al iniciarse la sociedad de gananciales; b) Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de la adquisición ha precedido a aquélla; c) Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito; d) La indemnización por accidentes o por seguros de vida (...); e) Los derechos de autor e inventor; f) Los vestidos y objetos de uso personal (...); g) Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo (...). Son aquellos bienes que son propios de cada cónyuge y que no forman parte de los bienes sociales.

El artículo 310° del Código Civil establece que son bienes sociales todos aquellos que no están comprendidos en el artículo 302° los que adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor; así como también los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al momento del reembolso.

Nuestro código civil en su artículo 303° también se refiere a los bienes propios de cada cónyuge, pero en cuanto a su administración, expresando que cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.

Anteriormente, con el código de 1936, se le facultaba al marido la administración de los bienes comunes y la disposición a título oneroso (con excepción de los de título gratuito, que sí necesitaba el consentimiento de la mujer). Posteriormente, con nuestro nuevo código se regula la facultad de la administración conjunta de los bienes sociales bajo el principio de igualdad⁶³.

Bajo ésta premisa, se puede deducir que los cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales pueden facultarse la administración conjunta de los bienes sociales. Sin embargo, existen casos particulares como lo menciona el artículo 305° y 306° de nuestro vigente código, en donde el cónyuge más idóneo puede pedir la administración de los bienes sociales

⁶³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit, pp. 274-275.

cuando el otro no contribuye con los frutos o productos para el sostenimiento del hogar.

Por otro lado, los bienes propios que, por su misma naturaleza de no ser autónomos, lo administras el cónyuge dueño de esos bienes. Por lo que, al no tener la administración conjunta, pueden realizar Actos Jurídicos como Contratos para emprender actividades económicas sin depender del otro cónyuge.

Es decir, la administración de los bienes propios (que son aquellos que no se confunden con el patrimonio autónomo de la sociedad ganancial), lo tiene cada cónyuge dueño de su patrimonio.

Entonces, llegamos a la conclusión que la diferencia entre ambos regímenes patrimoniales del matrimonio, estriban primero en que los bienes propios quedarán bajo la propiedad y administración de quien los obtuvo antes del matrimonio, incluso hayan elegido el régimen de sociedad conyugal al momento de celebrar el matrimonio, por lo cual, el cónyuge dueño del bien propio puede disponer; y en segundo en que los bienes sociales, son todos aquellos que no sean propios y que se generen luego de las nupcias, y que la administración y disposición de los bienes sociales se realizan de manera conjunta.

2.1.2. Interpretación del artículo 312° del Código Civil Peruano y la limitación de contratar entre cónyuges

Es oportuno hablar respecto al artículo 312° del Código Civil que se refiere a la prohibición de contratar entre cónyuges, que textualmente dice: “Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.”

Ante lo mencionado por nuestra norma civil, podemos observar que existe la limitación del derecho a contratar entre cónyuges que se encuentran dentro del régimen de sociedad de gananciales. Las razones por las cuales se sostiene la prohibición de contratar entre cónyuges son las siguientes:

Frente al régimen patrimonial de sociedad de gananciales la ley prohíbe la celebración de contratos entre los cónyuges, puesto que se sostiene que el contrato tiene un poder disolvente entre los cónyuges y de esa manera debilita la institución del matrimonio.

Se sostiene que la prohibición de celebrar ciertos contratos entre marido y mujer radica en la existencia de un régimen patrimonial del matrimonio imperativo e inmutable que “obliga a delimitar un campo para esa libertad de convenir cuando los contratantes son ambos esposos a fin de mantener incólume ese régimen fijado por la ley (...)”⁶⁴.

El maestro Walter Gutiérrez nos ofrece otra razón por la cual se prohíbe la celebración de contratos entre cónyuges bajo el régimen social, es el de evitar figuras jurídicas simuladas que afecten los intereses de terceros. Al parecer, esta es una razón con poco sustento puesto que, siendo sociedad conyugal, la acreencia de un tercero no puede ser cobrada hasta que ésta se disuelva y liquide.

Otra razón sería la de desproteger a posibles herederos forzosos a través de ventas, donaciones u otras figuras jurídicas que de una manera u otra los perjudiquen. Siendo ésta una razón no fundamentada en cuento a la creación de una sociedad familiar, puesto que se relaciona directamente con el derecho sucesorio de un familiar del causahabiente.

Entonces, decimos que la prohibición que hace la ley de manera expresa respecto a la contratación entre cónyuges consiste en el peligro de colusión de los esposos para defraudar a un tercero acreedor, un aprovechamiento económico de un cónyuge con el otro, y la incompatibilidad del régimen económico conyugal y el régimen legal de los contratos⁶⁵.

Pero, el código no se refiere a todos los contratos en general, es decir, podrían existir contratos entre cónyuges bajo el régimen ganancial, los cuales son: la fianza, el depósito, la locación de servicios, el contrato de obra y el mandato.

Como explica GUTIERREZ: Mención especial merece el contrato de sociedad entre cónyuges. Con frecuencia se ha criticado acremente la sociedad entre cónyuges, argumentando que al régimen matrimonial se une un esquema social,

⁶⁴ MÉNDEZ COSTA, María. *Derecho de Familia*, Primera Edición, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1982. p. 76.

⁶⁵ GUTIERREZ CAMACHO, Walter; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex; FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol; y otros. *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002, pp.358-361.

la yuxtaposición de dos sociedades implicaría una alteración de la disciplina económica del matrimonio.

En nuestro Derecho, la Ley General de Sociedades (LGS) ha sido omisa a referirse a la sociedad entre esposos, a diferencia de otras legislaciones como la argentina que sí lo hace. No obstante tal omisión, es posible afirmar que esta clase de sociedad sí está permitida en nuestro ordenamiento, En efecto, creemos que será viable la sociedad entre esposos siempre que los aportes constituirá provengan de los llamados "bienes propios" o cuando el régimen patrimonial del matrimonio sea el de bienes separados.⁶⁶

Es necesario aclarar, que el artículo 312 se refiere a la sociedad conyugal, por ende, la prohibición alcanza tanto con los bienes sociales. Ahora, ésta prohibición, como se dice líneas arriba se da por tema de impedir algún fraude.

Al analizar e interpretar el presente artículo conlleva a lo risorio, toda vez que la prohibición de contratar entre cónyuges no tiene más fundamento que la propia lógica que sigue la sociedad ganancial. Es decir, si el cónyuge A contrata en compraventa respecto de un bien inmueble X perteneciente a la masa social con el cónyuge B, ésta acción conllevaría a lo absurdo, ya que el inmueble no tendrá una variación de propietario, porque lógicamente, bajo la figura de la sociedad ganancial el bien inmueble seguirá siendo parte de los bienes sociales del matrimonio.

Concluyendo, si nos vamos a la realidad ésta prohibición ha alcanzado al momento de constituir una sociedad familiar toda vez que en la práctica se ha considerado que el acto constitutivo de una sociedad es un contrato, lesionando el derecho a muchas familias constituidas bajo el régimen de sociedad a crear a una persona jurídica distinta a quienes la constituyen (dicho sea de paso, los esposos bajo el régimen social) por la razón que ha sido mal interpretada el artículo 312 que prohíbe expresamente la creación de esta por ser un pacto contractual y contener exclusivamente carácter patrimonial; caso contrario, si aceptamos que la constitución de una sociedad mercantil no un contrato sino un Acto Jurídico propiamente dicho, la respuesta sería otra.

⁶⁶ Ibidem, p. 385.

2.2. Sobre la constitución de la Persona Jurídica Societaria

Desde siempre, por la misma necesidad de lograr un fin común, las personas se han agrupado. Formando el lema: “Yo no puedo, tú tampoco puedes, los tres sí podemos”; siendo esto natural ya que, por la ambición y el deseo de crecer y hacer cosas nuevas, las personas naturales se agrupan para concretar su objetivo con mayor facilidad.

Podemos afirmar que el ser humano vive constantemente una relación de cooperación y reciprocidad con su prójimo, es decir, con los otros, de quienes necesita no sólo para sobrevivir, sino para realizarse y perfeccionarse. Por ello, el obrar juntamente con otro u otros es una característica innata del hombre. La solidaridad humana lleva a dar prioridad al bienestar colectivo.

La formación del concepto de persona jurídica, se da desde el mismo término “persona”, palabra que se califica como polisemia, por tener varios significados como Persona Natural, Persona Divina y Persona Jurídica.

En una serie de frases, se utiliza la voz de persona conforme al sentido etimológico más generalmente aceptado: es decir, como aquella cualidad o papel que le corresponde representar en la vida social a cada hombre, según su estado o condición jurídica⁶⁷.

La naturaleza jurídica de una persona jurídica se fundamenta en que es un ente diferente a quienes la constituyen y es ésta responsable frente a terceros. Esto quiere decir, que las deudas de la sociedad no corresponden a quienes la constituyen. Es una suerte de patrimonios autónomos respecto de quienes la crearon.

Por ello, es importante la constitución de sociedad en relación a los cónyuges bajo el régimen social, pues limitan y protegen su patrimonio social respecto de las deudas de la sociedad.

La Persona Jurídica Mercantil es un recurso técnico personificante con base en cierto sustrato real. Su configuración puede ser un acto unilateral cerrado (sociedad anónima cerrada), plurilateral abierto (sociedad anónima de

⁶⁷ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*, Segunda Edición, Madrid, Editorial CIVITAS S.A., 1991, p.228.

constitución sucesiva) o un acto colegial (escisión), etc. Todos ellos establecidos por Ley.

En el Derecho alemán quien expone de mejor manera la figura de la Persona Jurídica, consagrando legalmente la teoría es SAVIGNY⁶⁸. La Persona Jurídica es algo bien distinto, de otra naturaleza, que la persona física; la que se ampara bajo la teoría de la ficción. Habrá que distinguir entonces de la Persona Humana de la Jurídica y es entonces cuando para ello calificará a esta de ser ficticio y provista de una capacidad artificial⁶⁹.

En otras palabras, la comunidad de intereses y fines perseguidos por un grupo de personas organizadas es lo que justifica la subjetividad de la Persona Jurídica.

La Persona Jurídica es un ser accidental en palabras de Aristóteles, que no existe en sí, sino en otro; participando de la existencia de otro, agregando a este ser sustancial una perfección (cooperación y solidaridad) y por tanto una composición real (ente colectivo)⁷⁰.

Siguiendo a CARHUATOCTO: La naturaleza de la Persona Jurídica gira en torno a dos polos: En el primero, se sitúan los que consideran que ella es un artificio, una ficción que entiende que la persona jurídica se contrae a una simple expresión lingüística que sintetiza una especial disciplina normativa. En el otro extremo se ubican, los que estiman que los grupos humanos jurídicamente actuantes no pueden desvanecerse totalmente en una ficción.

Es conveniente decir que la Persona Jurídica societaria es el medio técnico a través del cual se hace posible la actuación colectiva en una actividad económica, normalmente organizada durablemente como empresa⁷¹.

La Persona Jurídica Societaria, tiene existencia distinta de la de sus miembros y ninguno de estos, ni todos ellos, tienen el derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas, es decir, tiene existencia autónoma. Sólo las

⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. La persona jurídica, Op cit., p. 263.

⁶⁹ Ibidem. p. 264.

⁷⁰ Ibidem p39

⁷¹ DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel; y MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Temas de derecho contractual*, Lima, CULTURAL CUZCO EDITORES S.A., 1987. pp. 439-440

ganancias obtenidas por ésta, serán repartidas entre los socios que convinieron crearla.

Por lo tanto, la finalidad principal de la constitución de una Persona Jurídica es el de separar los patrimonios de quienes la constituyen. Estos sujetos creadores de la persona jurídica en la mayoría de casos tienen consigo la *Affectio Societatis* que no es más que la voluntad de crear con una persona de su entera confianza (pareja de esposos) con el fin de crecer y mejorar de la calidad de vida de quienes la conforman.

2.2.1. El pacto constitutivo de las sociedades como manifestación a derechos constitucionales

Encontramos en el artículo 59° de nuestra Carta Magna lo referido a la libertad empresa, libertad de comercio y libertad de trabajo en donde estipula lo siguiente:

“El Estado estimula la creación de la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.” Además, en su segundo párrafo es claro en mencionar los límites a aquellas libertades: “El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.” En el mismo párrafo incluye algo de importante relevancia para nuestro trabajo: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Como bien sabemos, el centro de la actividad económica se basa en la empresa privada, dejando a los particulares la organización y dirección del proceso económico. Son ellos los encargados, de crear riqueza, siendo el Estado el responsable de generar las condiciones para que el mercado funcione⁷².

La libertad en sí misma es buena, pero toda libertad excesiva genera de por sí abusos, por lo que la libertad mencionada en nuestra constitución sirve también como límite. Así como lo expone Montesquieu: “La libertad es el derecho de

⁷² Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la Constitución*, Quinta Edición, Juristas Editores E.I.R.L., Lima, 2009. pp. 324-325

hacer todo lo que las leyes permiten (...) es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”⁷³.

Podemos definir a la empresa, como un ente organizador de la economía con el objeto de producir bienes y servicios. La razón por la cual existe es la participación que ella tiene en el mercado, generando un conjunto de contratos a partir de su existencia.

La libertad de empresa además guarda relación con el pluralismo económico, en cuanto a la existencia de las formas en que el actor económico se desarrolla dentro de la esfera de la economía social de mercado.

El artículo 60° de la Constitución en su primer párrafo es claro al señalar que: “El estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa”.

Así mismo, la constitución de 1979, en su artículo 112° expresa que “La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa”.

Estos artículos constitucionales mencionados están siendo transgredidos por el hecho de que los esposos estén bajo el régimen social, por lo cual, debemos hacerlos respetar. Una forma pacífica de solucionar este tema es la de constituir una sociedad por cónyuges bajo el régimen de sociedad de gananciales, la cual debe regularse como una nueva sociedad y debe ser la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada.

Sin ningún problema, podría crearse una ley que le dé vigencia a la constitución de ésta nueva empresa, que no entraría en conflictos con el artículo 312 de nuestro código Civil, así mismo no tendría problemas societarios con las demás sociedades ya existentes.

Por todo lo dicho, proponemos establecer una Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada con aportes de una parte del patrimonio autónomo de la sociedad conyugal (acorde al artículo 725 del Código Civil que expresa sobre el tercio de libre disponibilidad), de esta manera los esposos bajo el régimen

⁷³ MONTESQUIEU, Charles. *Del espíritu de las leyes*. Libro XI, Madrid, Editorial Tecnos, 1985. p. 106.

social pueden actuar directamente en la vida económica de la empresa, algo que se da en la actualidad.

2.2.2. Problemática normativa del Acto Constitutivo y la repercusión en la Sociedad de Gananciales para crear una Persona Jurídica Mercantil

La problemática normativa respecto al Acto Constitutivo y la repercusión que se genera en la Sociedad de Gananciales para la creación de una Persona Jurídica Mercantil estriba en la prohibición de contratar que expresamente nuestro Código Civil señala en su artículo 312°, siendo éste un gran problema a la hora de constituir una sociedad nueva respecto de los esposos casados bajo el régimen de Patrimonio Común.

Ahora, ya desarrollada la naturaleza de la constitución de la sociedad, podemos aceptar o no conforme a la doctrina de si esta es o no un contrato y de esta manera aceptar o no la creación de una Persona Jurídica Societaria conformado por la pareja de esposos con patrimonio mancomunado. Es decir, sería de importante relevancia establecer si aquella naturaleza de constitución de sociedades es un Acto Jurídico o un contrato, para que de esa manera podamos dar existencia a una sociedad distinta a la de gananciales.

Al aceptar nosotros y seguir a la doctrina mayoritaria que el Acto Constitutivo de una sociedad es un contrato (legalmente no está establecido si el acto constitutivo de sociedad sea un contrato), la pareja bajo el régimen de gananciales no pudiera crear una sociedad. Sin embargo, esta prohibición no debe de existir ya que no hay relevancia alguna para que los cónyuges puedan constituir una sociedad respecto de los bienes sociales.

Así, el problema no se encuentra en la ley especial (me refiero a la Ley General de Sociedades) sino que se encuentra en el Código Civil en el Libro de Familia, como se dijo líneas arriba, nos encontraríamos con dicha prohibición. Siendo esto, un problema jurídico, económico y social en la actualidad para la creación de una nueva Sociedad.

Si nos fijamos e interpretamos el artículo 312, podríamos alejarnos de aquel viejo debate de si es un acto jurídico o un contrato mencionado líneas arriba, ya que

el artículo se refiere sólo a los bienes sociales y no a los bienes propios, entonces deducimos que sí se podría solamente de los bienes propios.

Pero, si llegamos a la conclusión de que es un Acto Jurídico, sí se podría también constituir la sociedad respecto de los bienes sociales por no referirse a que es un contrato, aplicando el aforismo jurídico: “Lo que la ley no prohíbe, está permitido”.

El profesor Gutiérrez Camacho, explica en el código civil comentado las razones negativas por las cuales la gran mayoría de tratadistas se alejan de aceptar la constitución de una persona jurídica societaria bajo el régimen de sociedad de gananciales, siendo la razón que estas sociedades podrían ser parte de una forma de eludir responsabilidades frente a terceros o realizar fraudes; y por tanto el régimen de sociedad de gananciales sería la excusa perfecta para realizar contratos fraudulentos bajo la forma de una sociedad mercantil.

Lo dicho por el profesor Walter Gutiérrez carece de lógica por el hecho de que no se podría prohibir a la pareja de esposos puedan constituir una sociedad por un eventual fraude por parte de los constituyentes, vulnerándose en principio sus derechos constitucionales. Asimismo, quien comete fraude o quiera eludir responsabilidades podría buscar cualquier otra forma jurídica y legal para hacerlo y no necesariamente constituir una sociedad.

Para dejar esclarecido el tema mencionado, decimos que la prohibición no se basa en una constitución de una persona jurídica con fines lucrativos, sino en un tema de responsabilidades que puedan tener los cónyuges de manera individual o colectiva frente a terceros.

En la práctica jurídica la pareja de esposos sólo puede constituir una Sociedad respecto de los bienes propios. También uno de los dos puede constituir respecto de los bienes sociales, pero uno va a depender del otro en cuanto a la toma de decisiones, ya que respecto de los bienes sociales uno de ellos (quien mayormente es la esposa) firmará en la escritura pública de constitución como dueña del bien, mas no como socia de la persona jurídica que se está constituyendo. De esta manera acaso, no se estaría discriminando al esposo que no es socio.

Es decir, cuando la pareja de esposos constituye una sociedad con un tercero, es solo uno de ellos quien participa en la sociedad dejando rezagado al otro, y por tanto uno tendrá que subordinarse al otro. Porqué el cónyuge que no tiene la participación en la Sociedad Mercantil debe verse afectado y limitado en la toma de decisiones de la sociedad comercial, porqué este no puede tener una participación autónoma e igualitaria; es decir, con los mismos Derechos y deberes que el otro esposo que sí constituyó la sociedad.

Si una de las razones por las cuales se constituye un Persona Jurídica es la de separar los patrimonios para hacerlos independientes, ¿no estaríamos frente a una protección del patrimonio conyugal? La respuesta es que sí, es una forma de proteger la parte que los cónyuges disponen de su patrimonio ya constituido para darle vida a una nueva Persona Jurídica en el ámbito jurídico.

Entonces, la problemática se basa en que la pareja de esposos no puede contratar entre sí por tres razones: a) no evadan responsabilidades b) No hagan fraudes y c) Porque es un patrimonio autónomo. Sin embargo, esta prohibición no debe alcanzar en cuanto a la constitución de una sociedad, ya que no se está frente a una compraventa entre ellos, ni frente a un alquiler o suministro, sino frente a la creación de un nuevo ente en la vida jurídica.

Esta creación del nuevo ente será responsable con todo su patrimonio frente a terceros y ya no la sociedad conyugal. Por ejemplo, si los cónyuges tienen un patrimonio total valorizado en S/. 3'000000.00 -Tres millones y 00/100 de nuevos soles-, la porción del patrimonio social con la cual se aportará para la creación de la sociedad será independiente al patrimonio remanente y el cual será responsable frente a los terceros y no el patrimonio de la sociedad conyugal.

2.2.3. Discusión sobre los frutos de la Persona Jurídica Societaria conformada por los bienes propios dentro del régimen de sociedad de gananciales

Siguiendo la parte mayoritaria de la doctrina que dice que el Acto constitutivo de una sociedad es un contrato, tendríamos frente a nosotros la norma que prohíbe contratar respecto de los bienes sociales; contrario sensus, se entiende que sí se puede constituir una sociedad respecto de los bienes propios. Los

bienes propios no se encuentran prohibidos por ley. Entonces, si constituimos la sociedad únicamente respecto de los bienes propios, qué pasaría con los frutos que se obtenga de las utilidades de la sociedad.

Ahora bien, es cierto que respecto de los bienes propios cada cónyuge conserva la libre disposición y así lo estipula el artículo 303° del Código Civil, pero la pregunta sería si los frutos de estos bienes que produzca la nueva Persona Jurídica creada por la pareja conyugal también serían parte de los mismos bienes de la Sociedad Mercantil o por el hecho de estar bajo el régimen ganancial estos frutos pasan a la sociedad conyugal.

El artículo 310 del código civil nos da la respuesta: “Son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302° (...) así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor”.

Entonces, si constituimos una Persona Jurídica Societaria con los bienes propios (ver el artículo 302° del Código Civil), hacemos nuevamente la pregunta: ¿Qué pasa con los frutos que genere la Persona Jurídica Mercantil, pertenecerían a los bienes sociales o a los bienes propios de cada cónyuge? La respuesta a ésta pregunta es simple, ya que los frutos que genere la Persona Jurídica Societaria formarían parte de los bienes sociales.

Entonces, si los frutos que genere la sociedad respecto de los bienes propios irán a formar parte de la sociedad ganancial, por qué no se constituye una sociedad en donde los esposos casados bajo cualquier régimen patrimonial, si siempre los frutos de estos siempre irán a la sociedad conyugal.

Este punto es importante, ya que tanto de los frutos de los bienes propios y de los bienes sociales de la sociedad conyugal, siempre van a ir a formar parte del patrimonio autónomo. Entonces, cuál sería la razón para prohibir que se constituya una Persona Jurídica Mercantil por parte de cónyuges, si a fin de cuentas los frutos de la Persona Jurídica creada irán siempre direccionadas a la sociedad conyugal.

2.3. Sobre la necesidad de extinguir el régimen patrimonial de la Sociedad de Gananciales para constituir una Persona Jurídica Societaria

Es lógico decir que el patrimonio social del régimen de la sociedad de gananciales fenece cuando el matrimonio se disuelve, regularmente con la muerte de uno o ambos de los cónyuges titulares de dicho régimen, ya que el fallecido no puede ser sustituido por otra persona distinta a ésta, por la misma naturaleza del matrimonio⁷⁴.

Actualmente se encuentra regulado en nuestro Código Civil las causales de fenecimiento del régimen de la sociedad de gananciales en el Artículo 318°, las cuales son: a) Por invalidación del matrimonio; b) Por separación de cuerpos; c) Por divorcio; d) Por declaración de ausencia; e) Por muerte de uno de los cónyuges; e) Por cambio de régimen patrimonial.

Asimismo, el artículo 298 del Código civil se refiere sobre la liquidación del régimen patrimonial, y se refiere que al terminar la vigencia de un régimen patrimonial se procederá necesariamente a su liquidación.

Para que se inicie la liquidación, es necesario que se haga un inventario de todos los bienes, tanto los bienes propios de cada cónyuge, como de los bienes sociales.

Una vez formalizado el inventario, se procede a pagar las deudas y obligaciones y cargas sociales; y sólo entonces los cónyuges o ex cónyuges (depende si sólo cambiaron de régimen patrimonial, o si dejaron de ser cónyuges) reciben en plenitud de derechos los bienes propios de cada cual que quedaren⁷⁵.

Por lo tanto, al cambiar el régimen de sociedad de gananciales a régimen de bienes separados o viceversa es necesario liquidar la sociedad para ingresar al nuevo régimen y su inscripción posterior al registro personal de la institución correspondiente. Entonces, hacer todo este trámite engorroso costará tiempo y dinero por lo cual no sería rentable realizarlo por el solo hecho de que los cónyuges tengan bienes sociales.

⁷⁴ Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Op. Cit., p.285.

⁷⁵ Cfr. Ibidem, p, 287-289.

Al observar todo este conflicto que se realizan para la constitución de una sociedad respecto de los cónyuges bajo el régimen social, debemos proponer la necesidad de crear una sociedad que permita la inclusión de estos esposos que están siendo afectados. De esta manera no será necesario extinguir de manera obligatoria la sociedad conyugal para que se cree una sociedad regulada en la ley general de sociedades, sino que más bien incluimos una nueva forma jurídica societaria.

Por consiguiente, la supuesta obligación de extinguir la sociedad ganancial para la consecución de una Persona Jurídica Societaria se basa en los bienes sociales; es decir, de aquellos bienes que forman el patrimonio autónomo.

Digo “obligación de extinguir” porque el código civil prohíbe el contrato entre cónyuges y al ser la mayoría de tratadistas, en especial el profesor peruano Echaíz Moreno, los que respaldan que la naturaleza del acto constitutivo de sociedad es un contrato, no podría la pareja de esposos contratar respecto de una Persona Societaria por ser prohibición legal.

Llegamos a interpretar que ley obliga a los cónyuges a disolver la sociedad ganancial, puesto que no le quedaría otra salida en el caso que no tengan más que bienes sociales con el cual puedan constituir una nueva sociedad. Esto realmente iría en contra de la libertad de empresa consagrada en nuestra vigente Constitución Política (en cuanto aceptemos que el pacto societario es un contrato).

Entonces ante lo analizado, proponemos que para no extinguir la sociedad de gananciales se opte por el tercio de libre disponibilidad enmarcado dentro de nuestro código civil en el artículo 725, que señala: “El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.”

Si los cónyuges escogen el régimen de sociedad gananciales, es por el hecho de que existe una *Afectio maritalis* entre ellos, que no es más que la voluntad de los intervinientes para asociarse y colaborar en conjunto. Es, además, la intención de asociarte con otro que tenga la misma visión y misión con el fin de cumplir con el objeto por el cual se están casando. En el caso de los cónyuges,

la *affectio maritalis* se encuentra presente, por tanto la *affectio societatis* se presume que también lo estará.

CAPÍTULO 3

CAPÍTULO 3

CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR A PARTIR DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En el presente capítulo trataremos acerca de la empresa familiar a través de su definición y la forma en cómo se puede constituir. Además, explicaremos acerca del patrimonio autónomo de la sociedad de gananciales a fin de entender si es posible constituir una Empresa familiar a partir de dicho patrimonio. También, abarcaremos la necesidad de regular una empresa familiar en el país a partir de la Sociedad Conyugal bajo el Régimen de Sociedad de Gananciales y los efectos tributarios que le alcanzarían.

3.1. Definición de Empresa Familiar

Es importante señalar en este apartado que la familia es la célula básica de la sociedad y por lo tanto, constituye el elemento fundamental de la persona humana, ya que de ahí parte el compromiso con la sociedad.

Para Luis Rojas Marcos: “La familia constituye el compromiso social más firme de confianza, el pacto más resistente de protección y de apoyo mutuo, el acuerdo más singular de convivencia y de amor, que existe entre un grupo de personas. Sin embargo, el hogar familiar es también un ambiente pródigo en contrastes y contradicciones “.

Ante lo anteriormente dicho, deducimos que las actividades de la sociedad nacen en el seno familiar, por el conjunto de fuerzas que ponen los integrantes de la familia. A esto, podríamos sostener también que la mayoría de las empresas constituidas a nivel nacional e internacional surgen o se gestionan en la célula básica de la sociedad.

En México, como en el resto del mundo, las empresas familiares son grandes generadores de riqueza, empleo e innovación. A partir de una idea, un proyecto o *un business de plan universitario*, puede nacer un negocio que crezca y constituya el patrimonio de una familia durante generaciones. Así nacieron cadenas de farmacias, franquicias de comida, empresas constructoras, cines y fabricantes de autopartes, por mencionar solo algunos. De esta manera, se originaron consorcios industriales de alcance global, construidos por una familia en menos de medio siglo⁷⁶.

Por ello, es posible afirmar que la familia es la organización que contribuye mucho en la economía del país; siendo así, incluso, un elemento clave de la economía mundial. En nuestro país, las mayoría de grandes empresas nacieron a partir de grupos familiares, así tenemos como ejemplo a empresas consolidadas a nivel mundial; al Grupo AJE, al Grupo ROMERO, Grupo GLORIA, entre otros; y a empresas extranjeras como el Grupo LEE (dueños de SAMGUNG), Empresa Ford Motor Co (Familia Ford), Grupo LG (Familia Koo), Empresa Carrefour (Familia Defforey), entre otros⁷⁷.

Las empresas familiares se constituyen en un colectivo muy importante en la economía de cualquier país. Para valorar su importancia, basta destacar que en España son 1,5 millones las empresas familiares y representan el 68% del total de las empresas, aportan el 65% del PIB y emplean a unos ocho millones de trabajadores. Un reciente estudio del BBVA, indica también que la empresa

⁷⁶ Empresas Familiares en México: El desafío de crecer, madurar y permanecer [ubicado el 20.IX 2016] Obtenido en http://www.kpmg.com/MX/es/PublishingImages/E-mails-externos/2013/CONFERENCIA_DE_PRENSA/EMPRESAS_FAMILIARES/Empresas%20familiares_130913.pdf

⁷⁷ El Reto de las Empresas Familiares [ubicado el 30.XII 2016] Obtenido en <http://www.centrum.pucp.edu.pe/adjunto/upload/publicacion/archivo/empresasfamiliares.pdf>

familiar en España supone los dos tercios de la actividad económica y el 60% del empleo generado⁷⁸.

En México, más de 90% de las firmas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) tienen una clara representación familiar en el capital y en el control. Por eso es importante hablar de las empresas familiares, de su contribución al desarrollo del país, así como de los esfuerzos para apoyarlas y fortalecer su sostenibilidad⁷⁹.

¿Cómo nacen las empresas familiares? Primero, afirmamos que nacen por la misma necesidad del sostenimiento familiar con el fin de asegurar el futuro de los hijos y con la ambición de crecer en la sociedad. Segundo, creemos que nacen por aquellas ingeniosas ideas de quienes conforman la familia y con los todos los demás aportes patrimoniales tangibles o intangibles.

Las empresas familiares en nuestro país empiezan normalmente de manera informal (generalmente mueren en el camino) o como micro, pequeña y mediana empresa. Por ejemplo, un taller de carpintería, una imprenta, tienda de artículos, restaurantes, heladerías, bares, entre otros; sin tener la certeza de que pueden ser una potencial cadena internacional. Así, ponemos como ejemplo el caso del Restaurante “Pardos Chicken” que hoy en día se ha posicionado en los Estados Unidos y Chile⁸⁰.

En la realidad, sabemos que existen varias empresas familiares –generalmente esposos bajo el régimen social- que operan *de facto* en el ámbito mercantil y que no se encuentran aún protegidas formalmente por el Derecho. Como se dijo líneas arriba, por su volumen, estas empresas que se encuentran en la esfera de la hotelería, construcción, restaurantes; entre otros, y por estar arraigadas en el tráfico comercial han generado constantemente crecimiento económico a nuestro país y por lo tanto, necesitan urgentemente protección legal, que por la

⁷⁸ La Empresa Familiar [ubicado el 20.IX 2016] Obtenido en <http://www.centrem.cat/ecomu/upfiles/publicacions/publica6.pdf>

⁷⁹ Empresas Familiares en México: El desafío de crecer, madurar y permanecer. Op. Cit.

⁸⁰ Pardos Chicken, un restaurante que triunfa más allá de Perú [ubicado el 15.XI 2016] Obtenido en <http://destinonegocio.com/pe/casos-de-exito-pe/pardos-chicken-un-restaurante-que-triunfa-mas-alla-de-peru/>

limitación de las formas societarias que existen en la actualidad, no se animan a constituir.

Para hablar sobre la definición de empresa familiar, es imprescindible hablar primero de su concepto, como objeto de consideración específico, separado en ciertos aspectos del resto de las empresas, es un concepto relativamente nuevo, sin embargo, ha sido una realidad fáctica siempre⁸¹.

Así, por el concepto económico de empresa familiar entendemos aquella que está formada por el sujeto pasivo, el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado por consanguinidad, afinidad o adopción⁸². Como sabemos, las familias tienen un doble papel dentro de la economía, pueden ser agentes de consumo y, a la vez, propietarias de recursos productivos indispensables para que se realice la producción de bienes y servicios. Entre ellos, el principal recurso que aportan las familias es el TRABAJO⁸³.

La familia gobierna la empresa. Esta idea no implica necesariamente que la familia o alguno de los miembros de la familia gestione directamente la empresa - lo que por otra parte es lo normal, sobre todo en las primeras generaciones- sino que basta que aun cuando la gestión directa, el día a día se deje en manos de profesionales, sin embargo, el gobierno estratégico y de control resida en manos de familiares⁸⁴. Es decir, para saber cuándo estamos frente a una empresa familiar, tenemos que ver que es la familia la que define las políticas macroeconómicas de la empresa, siendo los gerentes las que ejecutan tales decisiones.

Con todo lo dicho anteriormente, es necesario esclarecer nuestra definición de la Empresa Familiar:

Para nosotros, el concepto de familia tiene dos elementos importantes para identificarla; primero que la empresa familiar es aquella que se encuentra

⁸¹ Ignacio Gallego Domínguez, *LA EMPRESA FAMILIAR. SU CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA* [ubicado el 20.X 2016] Obtenido en http://www.uco.es/catedrasyaulas/catedraprasa/img/0_x11_1339578030.pdf

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Patricia Nieto. *La familia como agente económico*, [ubicado el 29.X 2016] Obtenido en <http://www.abc.com.py/articulos/la-familia-como-agente-economico-1103477.html>

⁸⁴ Ignacio Gallego Domínguez, *La empresa familiar. su concepto y delimitación jurídica*. Op. Cit.

controlada únicamente por personas de una sola familia; y segundo, que su capital se encuentra conformado por los participantes de la familia.

También podemos definir a la empresa familiar como aquella donde principalmente las cabezas de la familia (cónyuges) unen sus fuerzas para realizar un negocio con el fin del sostenimiento familiar.

Concluimos entonces, que la empresa familiar en nuestro país es la que se encuentra conformada estrictamente por personas que se encuentran dentro del seno familiar (*intuitu personae*), que tienen uno o más objetivos en común con la única finalidad de sostenimiento y crecimiento económico.

3.2. Necesidad de regular una Persona Jurídica llamada Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada en el Perú.

Como bien sabemos, nuestra economía se encuentra basada en la economía social del mercado, así como lo establece nuestra constitución política actual (de 1993) en donde establece la libre iniciativa y que nuestro Estado actúa como ente promotor para el desarrollo del entorno económico. Ésta libre iniciativa otorgada por la Carta Magna, se refiere a aquella iniciativa libre dentro de la Economía Social de Mercado regulada en todas las economías democráticas del mundo.

Analizando la libre iniciativa privada amparada por nuestra Carta Fundamental, podemos establecer que por el mismo liberalismo de Economía Social de Mercado, es posible que pueda existir mayor pluralidad de constitución de sociedades para el bienestar de la sociedad y que el Estado como ente promotor del desarrollo económico apoye esa causa.

Nuestro Tribunal Constitucional desarrolló su sentencia recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC:

“Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos. (...) La economía social de mercado es una condición importante del Estado Social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia (...) Mercado libre; lo que

supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado (...)"⁸⁵.

Hoy en día, en nuestro país, son las micro, pequeña y mediana empresa (que en su mayoría nacen del seno familiar) las que mueven el mercado económico con más de 7000 empresas registradas. Por ello el Estado crea a las Pyme (pequeño y mediano empresario que no es industrializado) y Mype (micro, pequeño y mediano empresario industrializado)⁸⁶ por ejemplo restaurantes, calzados, boutique, alimentos en conserva, entre otros; es así como el Estado garantiza a la promoción de la inversión privada.

Así, la necesidad de regular una nueva Persona Jurídica dentro del ámbito jurídico y que tenga carácter Empresa Única Familiar de responsabilidad Limitada, estriba en que la mayoría de negocios nacen del seno familiar. Por ello, la E.U.F.R.L. debe existir por los siguientes fundamentos:

La primera y principal razón, es que nos alejamos de aquel viejo debate de si el acto constitutivo de una Persona Jurídica empresarias es un Acto Jurídico o un contrato, juicio por el cual la pareja de esposos bajo el régimen de sociedad de gananciales no puede constituir una Sociedad. De esa manera, se limita la voluntad de las partes, vulnerando derechos de carácter constitucional como la libertad de empresa, el pluralismo económico, la libertad contractual y de contratar, entre otras. Esto quiere decir, que cada persona independientemente de la otra (derecho humano al libre desarrollo de la personalidad), tiene el derecho a desarrollar actividades económicas bajo la forma societaria que desee y adecuarla dentro del mercado.

La segunda razón por lo cual es necesario crear una nueva empresa (de carácter únicamente familiar) con personería jurídica nace del hecho que la pareja casada que tiene constituido su patrimonio en autónomo a través de la figura de sociedad de gananciales, no puede constituir una sociedad toda vez que en la práctica se les prohíbe erróneamente, ante esta situación la pareja de

⁸⁵ Exposición de motivos [ubicado el 08.XII 2016] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

⁸⁶ Cfr. Mypes, un mercado con potencial para más productos financieros [ubicado el 08.XII 2016] Obtenido en <http://elcomercio.pe/economia/dia-1/mypes-mercado-potencial-productos-financieros-272696>

Esposos bajo el régimen social no pueden desarrollarse en el ámbito de su propio negocio de forma independientemente del otro y por tal motivo los dos esposos que conforman el matrimonio no logran formalmente participar conjunta y activamente en la sociedad empresarial, lógicamente se desarrollaran informalmente por esa mala práctica de prohibir su constitución.

La tercera es que el Estado necesita de nosotros para desarrollarse como tal y en pro de la constitución económica que proclama la economía social de mercado (dentro de ella la libertad de empresa) debe promulgarse una ley para crearse una nueva forma societaria que se dirija a la familia que son la base sustancial de la economía de nuestro país y que esa nueva ley también sea dirigida a la pareja de esposos que están casados bajo el régimen de sociedad de gananciales ya que son ellos la mayor parte activa de las empresas u que por tener ese régimen lamentablemente son informales. Llámese informales a aquellas empresas jurídicas que se constituyen mediante fraude a la ley ya que para poderse desarrollar como sociedad empresarial necesitan de terceros (primos, hermanos, empleados, etc.) o aquellas personas naturales que se acogen a algún régimen tributario como por ejemplo NRUS (persona natural con negocio) pero que en la realidad quienes impulsan el giro de negocio es la pareja de esposos casados bajo el régimen social. En concordancia con lo dicho, al promulgarse una nueva forma societaria se generaría lógicamente formalidad empresarial y consigo una nueva forma de captación de ingresos o recaudación tributaria para el sostenimiento de la nación.

La cuarta razón por la cual es necesario la creación de una E.U.F.R.L es la de salvaguardar los intereses económicos de la familia, en vista de que constituir una persona jurídica separa el patrimonio entre quienes la constituyen y limita las responsabilidades patrimoniales. Es por ello, que este tipo de Sociedad, debe tener como denominación responsabilidad limitada, ya que es una suerte de separar los patrimonios y no responder ilimitadamente del patrimonio conyugal.

En la quinta razón se analiza el principio de igualdad, en el cual nos situamos en dos hechos concretos: a) el primero es que no existe igualdad en cuanto a constituir una sociedad entre aquellas personas naturales y/o jurídicas respecto de la pareja de esposos, toda vez que estos últimos no pueden constituir una sociedad comercial a diferencias de las dos primera; b) la segunda es que en la

práctica no permiten que los esposos constituyan respecto de los bienes sociales conllevando a desigualdad entre el maridos y la mujer ya que ni pueden actuar tanto la mujer como el hombre de manera independiente y directa dentro de las decisiones y actividades económicas-empresariales de la empresa familiar, ante esta situación este principio de igualdad se ve afectado.

En conclusión, la necesidad de crear una nueva figura en el Derecho Societario, se origina principalmente por la necesidad de la pareja matrimonial, el principio de igualdad y paridad de trato que deben tener los cónyuges y de la participación directa y activa en la vida de la Empresa Familiar; así también por la necesidad de por proteger el patrimonio familiar con la disposición de una parte del patrimonio social y la aportación para la constitución de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada, donde éstos no responden de manera personal ni ilimitadamente. Y por último, la fidelidad, lealtad, confianza y compromiso de la pareja conyugal, principios que forman parte de la Affectio Societatis para constituir una Sociedad Mercantil.

3.2.1. Ventajas de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada

a) La primera ventaja es que se puede obtener con la creación de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada que la pareja de esposos bajo el régimen social, podrán constituir este tipo de sociedad respecto de los bienes sociales; es decir, ya no entraremos en la discusión de la naturaleza del acto constitutivo de la sociedad y por lo tanto ya no se prohibirá en la práctica que los esposos constituyan una sociedad empresarial respecto de los bienes sociales del matrimonio

Esta es una gran ventaja ya que a lo largo del tiempo se ha prohibido a los esposos bajo el régimen ganancial no puedan constituir una sociedad enmarcada en la Ley general de sociedades, todo por un error de interpretación del artículo 312° de la prohibición de contratar entre cónyuges respecto de los bienes sociales.

b) Otra ventaja que se puede obtener por la creación de ese tipo de sociedad familiar es que los esposos puedan proteger el patrimonio familiar toda vez que si se promulga una nueva ley para las empresas familiares, será esta empre

familiar quien responderá de manera limitada con su propio patrimonio protegiéndose así el patrimonio de la sociedad conyugal

c) Otra ventaja que podemos observar respecto de la creación de este tipo social es que ya nos será necesario (siempre y cuando mediante una ley se permita disponer hasta por un tercio del caudal del patrimonio autónomo del matrimonio) que se disuelva la sociedad conyugal a efectos de crear una sociedad enmarcada en la Ley General de Sociedades, sino que más viese permitiría constituir una empresa única familiar de responsabilidad limitada respecto del tercio de libre disponibilidad del patrimonio autónomo semejante al tercio de libre disponibilidad fijada en el artículo 725 del código civil más, si así lo desean, el patrimonio conformado por los bienes propios de los cónyuges.

3.3. La Constitución de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada a la luz del Patrimonio autónomo en la Sociedad de Gananciales

Así como expresamos nuestras ideas líneas arriba, diciendo que la familia es la principal fuente económica de un país, deducimos que es entonces de suma trascendencia buscar bajo preceptos legales, la constitución de una llamada Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada, sin perjuicio del patrimonio autónomo de la Sociedad de Gananciales; es decir, de los bienes sociales del matrimonio bajo este régimen.

La característica de la Sociedad de gananciales (respecto de los bienes sociales) es que el patrimonio es autónomo; y por lo tanto, actualmente, legalmente imposible separarlo, para que los esposos puedan realizar Contratos (mencionamos al Contrato y no al Acto Jurídico, ya que para la doctrina mayoritaria y la práctica jurídica -costumbre-, al Acto Constitutivo tiene carácter contractual) con ese patrimonio autónomo, indistintamente; es decir, sólo pueden hacerlo de manera conjunta (siempre y cuando se trate de bienes inmuebles registrables) o de manera aislada. Por ello, La constitución de una Empresa familiar, debe ser la excepción a la norma en cuanto a las necesidades que se enmarca líneas arriba.

Entonces, por la relevancia de la problemática de que los esposos no pueden disponer de manera individual de los bienes sociales o de los frutos de los bienes propios por lo que estos forman parte de la sociedad de gananciales, no

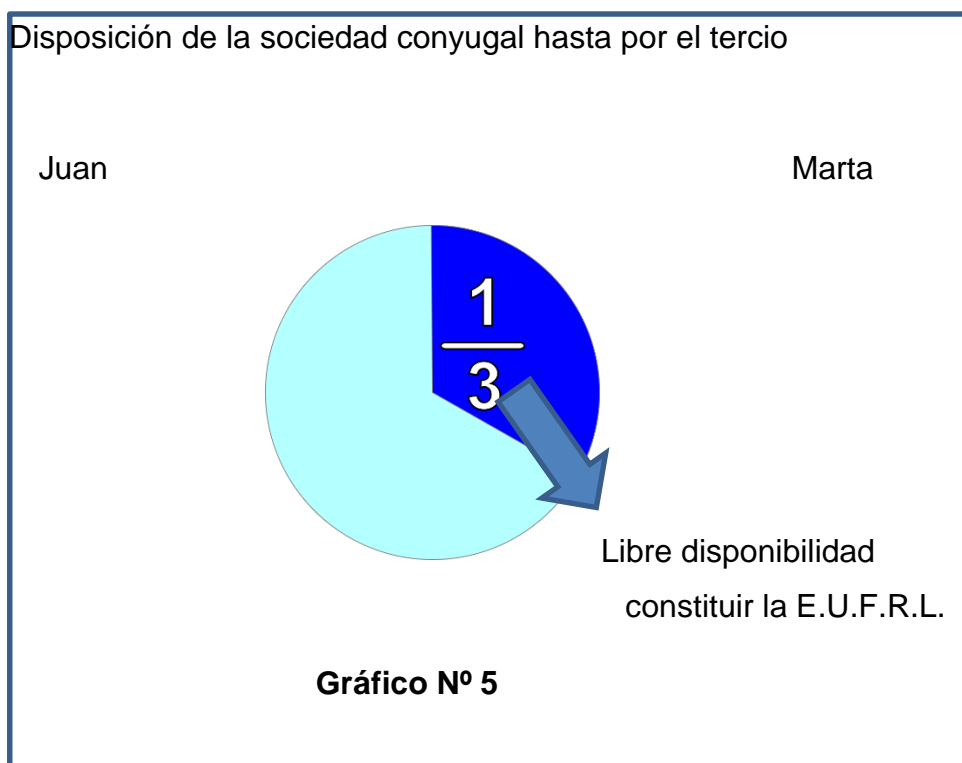
podiesen constituir actualmente una Persona Jurídica Mercantil. Ya que para ello, se necesitan de dos patrimonios que no sean autónomos.

El problema no estriba respecto de los bienes propios de cada cónyuge (aquellos que se obtuvieron antes del régimen ganancial), ya que sí se podría constituir con estos. El problema es respecto de los bienes sociales y sus frutos, por lo que es necesario proponer una Persona Jurídica Mercantil *sui generis*, así como por ejemplo una E.I.R.L, pero con ciertas características que favorezcan el crecimiento empresarial de la familia; en donde proponemos que sea una E.U.F.R.L.

Ahora bien, una vez que se pueda constituir una E.U.F.R.L.; con qué patrimonio se aportaría para su constitución. Para acabar con la problemática de que el patrimonio autónomo pierda su esencia, proponemos que se promulgue una Ley que permita que en el caso de las personas casadas bajo el régimen social, puedan disponer del tercio de la totalidad del patrimonio autónomo (como en el caso de la libre disposición –que se encuentra regulado en el libro de sucesiones en el artículo 725 - para celebrar el Acto de Constitución de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada ambos con el único fin de crecer en matrimonio (la protección de la familia es la obligación del Estado) y proteger el patrimonio familiar (Es una forma además, de incentivar a la población a vivir en familia, ya que ésta siempre estará protegida).

Así, sería una excepción a la norma con relación de los bienes sociales para que los esposos bajo el régimen antes dicho puedan disponer del patrimonio ganancial para constituir la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada.

Para entender más sobre su constitución ponemos el caso de los cónyuges:



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

Posteriormente, con la creación de la Persona Jurídica Mercantil, ya se separa el patrimonio de la Sociedad Conyugal. Así se tiene por aportaciones individuales de cada cónyuge frente a la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada.



Fuente: Elaboración propia - Fecha: 17-05-2018

Ambos tendrán participación directa en la vida de la Persona Jurídica Mercantil con voz y voto. Así, vemos que ya existe una separación de patrimonios, uno de la sociedad conyugal y el otro el de la Persona Jurídica, Empresa Única de Responsabilidad Limitada.

Así mismo, se podría constituir no solamente por la pareja de esposos, sino también con la participación de los hijos conyugales, como los primos o hermanos de los esposos, o por otra pareja de esposos (es decir, dos parejas de esposos).

Para tener más clara la propuesta de tomar el tercio del patrimonio autónomo de la sociedad de gananciales, ponemos un ejemplo:

Juan y Marta, son una pareja de esposos que se casaron bajo el régimen de sociedad de gananciales y patrimonio total de la Sociedad conyugal es de S/. 300,000.00 (Trescientos mil y 00/100 NUEVOS SOLES) y ambos tienen la intención de crear una Sociedad Familiar regulada en la Ley General de Sociedades (o regulada en una ley especial), donde se permite solo en casos de ese tipo de Constitución de una Empresa Única Familiar, el aporte del tercio del patrimonio autónomo total de la Sociedad Conyugal; es decir, S/. 100,000.00 (Cien mil y 00/100 Nuevos Soles).

Por lo que, la pareja de esposos aporta para constituir la E.U.F.R.L S/. 100,000.00 (Cien mil y 00/100 Nuevos Soles), en donde Juan es dueño de la mitad y Marta de la otra mitad.

¿Qué pasaría si la empresa familiar ha crecido considerablemente? En caso que la empresa crezca y esté en auge podría transformarse, fusionarse o escindirse para crear una nueva persona jurídica acorde a la ley general de sociedades o tipos de contratos de colaboración empresarial.

Por último, es importante aclarar, que para que una Sociedad Conyugal bajo el régimen ganancial constituya una sociedad con ese patrimonio autónomo, necesariamente se debe regular una Ley la excepción que permita la aportación de un tercio del patrimonio conyugal, sólo en el caso de constitución de una sociedad familiar, y con la condición bajo sanción de nulidad, que ambos

esposos participen independientemente de la Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada.

CONCLUSIONES

1º La doctrina mayoritaria a través de las diferentes teorías mencionadas a lo largo del trabajo, estima que el Acto Constitutivo de una Sociedad tiene naturaleza contractual; es decir, se refiere a una subespecie de la especie del contrato. Sin embargo, se llega a establecer que este tiene un objeto, y es la constitución de obligaciones, que sería no la contraprestación, sino la aportación de bienes y/o servicios (así lo establece la Ley General de Sociedades) para constituir las Persona Jurídica con fin lucrativo.

2º La mayor parte de la doctrina y costumbre jurídica, entienden que la naturaleza del acto constitutivo de una sociedad comercial tiene carácter contractual, algo que es erróneo toda vez que en ningún supuesto serán aplicables los artículos referidos al contrato, es decir de las fuentes de las obligaciones, sino por el contrario, se aplicarán en todos los supuestos los artículos del acto jurídico del mismo código civil.

3º Llegamos a la conclusión que el momento exacto del acto constitutivo sólo tiene que ver con creación; es decir, dar vida a una persona en el ámbito jurídico a una persona distinta a quienes la crean y a la cual se le debe aplicar el artículo 140º del código civil y siguientes referidos al acto jurídico (por esas razones llegamos a la conclusión de que ello no es un contrato). Se debe entender entonces que la finalidad es la mera creación de una persona en el ámbito jurídico y que esta definitivamente, posterior a su constitución, traerá consecuencias patrimoniales como por ejemplo la separación del patrimonio de quienes la constituyen.

4º El matrimonio civil, tiene dos regímenes patrimoniales, el régimen de bienes separados y el régimen de sociedad de gananciales, con el primero, se puede constituir una Sociedad sin ningún problema legal. Sin embargo, con el segundo, nos encontramos con la prohibición (en la práctica jurídica, se prohíbe que la pareja de esposos bajo el régimen ganancial constituya una sociedad); por ello, concluimos que para la creación de una Persona Jurídica Mercantil, necesitamos de la creación de una Nueva Sociedad (Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada - E.U.F.R.L.).

5° Al analizar el patrimonio autónomo, se llega a establecer la imposibilidad legal y práctica jurídica para constituir una Persona Jurídica Mercantil a la luz de la sociedad de gananciales, por lo que es necesario la promulgación de una ley en donde exista una excepción para constituir una Sociedad Mercantil (Empresa Única Familiar de Responsabilidad Limitada - E.U.F.R.L.) con el tercio del patrimonio autónomo de la Sociedad Conyugal, igual al tercio de libre disponibilidad, regulado en el libro de sucesiones.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el código civil peruano*, Lima, Editorial San Marcos E.I.R.L., 2010.
- 2) ARANA COURREJOLES, Carmen. *La interpretación del acto jurídico*, Lima, ARA Editores, 1992.
- 3) ASCARELLI, Tulio. *Principios y problemas de las Sociedades Anónimas*, México D.F., Imprenta Universitaria, 1951.
- 4) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La constitución de 1993. Veinte años después*, sexta edición, Lima, Editorial IDEMSA, 2012.
- 5) BATISTA FERRI, Giovanni. *El negocio jurídico*, traducido por Leysser L. León, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2002.
- 6) BAZÁN, Blanca T. *Lecciones de derecho comercial*. Córdoba, Alveroni Ediciones. 2006.
- 7) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por Leysser L. León, Granada, Editorial COMARES, 2000.
- 8) BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; y BATISTA FERRI, Giovanni. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducido por Leysser L. León, Lima, ARA Editores, 2001.
- 9) BELLUSCIO, Augusto. *Manual de derecho de familia*, 7ma edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA SRL., 2004.
- 10) BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960.
- 11) CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *El negocio Jurídico*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma, 1992.
- 12) CALVO MEIJIDE, Alberto. *Derecho civil empresarial*, 2ª Edición, Madrid, DYKISON, 2006.
- 13) CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la Constitución*, Quinta Edición, Lima, Juristas Editores E.I.R.L., 2009.

- 14) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La utilización fraudulenta de la Persona Jurídica*, Lima, Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L., 2005.
- 15) CORNEJO, Ángel. *Código civil: Exposición Sistemática y Comentario*, T.II, Vol. II, Lima, Edit. Libería e Imprenta Gil S.A., 1937
- 16) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, Décima Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1999.
- 17) COSSIO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil, Madrid*, Alianza Editorial, 1975.
- 18) COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis. *Temas actuales de derecho comercial: Obra colectiva*. Lima, Editorial Normas Legales. 2004.
- 19) DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de derecho civil: Parte General*, Madrid, Alianza Editores, 1997.
- 20) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*, Segunda Edición, Madrid, Editorial CIVITAS S.A., 1991.
- 21) DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. *El contrato en general: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil*, Tomo I, Segunda Edición, Lima, Palestra Editores S.R.L., 2001
- 22) DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. *El contrato en general: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código civil*, Tomo II, Segunda Edición, Lima, Palestra Editores S.R.L., 2001
- 23) DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel; y MUÑIZ ZICHES, Jorge. *Temas de derecho contractual*, Lima, CULTURAL CUZCO EDITORES S.A., 1987.
- 24) ETCHEVARRY, Raúl. “*Sociedades Comerciales. Replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo*” En estudios en homenaje a Isaac, Buenos Aires, Editorial Palma, 1978.
- 25) ESCOBAR ROSAS, Freddy; MORALES HERVIAS, Rómulo; LEÓN, Leysser; y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004.

- 26) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*, Lima, GACETA JURÍDICA S.A., 2008.
- 27) FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*, 2da. Edición, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004.
- 28) FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*, Lima, GRIJLEY, 2002.
- 29) GARRIGUES, Joaquín. Tomo II, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- 30) GUTIERREZ CAMACHO, Walter; PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex; FERNÁNDEZ REVOREDO, Marisol; y otros. *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2002
- 31) HINOSTROSA, Fernando; AVENDAÑO, Jorge; LORENZETTI, Ricardo; y RUBIO CORREA, Marcial. Tomo II, *Tratado de la interpretación del contrato en américa latina*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2002.
- 32) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo; MONTOYA ALBERTI, Hernando; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo; LIND PETROVIC, Norbert; SALAS SANCHEZ, Julio; GUTIERREZ CAMACHO, walter; Y RUPPERT YAÑEZ, emil. Tomo I, *Tratado del derecho mercantil*, segunda edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2005.
- 33) IDROGO DELGADO, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*, 2da. edición, Lima, Editorial Moreno S.A, 2004.
- 34) JOY WAY ROJAS, Víctor. *Diario de los debates, Debate Constitucional Pleno -199*, Tomo I, Lima, Editorial del Congreso Constituyente democrático, 1998.
- 35) KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*, En: “*Libro homenaje a Jorge Avendaño*”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Católica del Perú, 2004.

- 36) LACRUZ BERDEJO, José. *Elementos de derecho civil ii: derecho de obligaciones*, Cuarta Edición, Madrid, DYKINSON S.L., 2007.
- 37) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*, Derecho de Obligaciones, T.I., Ediar S.A. Editores, 1954.
- 38) MÉNDEZ COSTA, María. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1982
- 39) MESSINEO, Francesco. Tomo II, *Manual de derecho civil y comercial*, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
- 40) MONTESQUIEU, Charles. *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.
- 41) MONTOYA MANFREDI, Ulises; MONTOYA ALBERTI, Ulises; y MONTOYA ALBERTI, Hernando. *Derecho comercial*, Undécima edición, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004.
- 42) MORALES HERVIAS, Rómulo. *Teoría general del contrato*, Lima, Grijley E.I.R.L., 2006.
- 43) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Derecho romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 2001.
- 44) ROGEL VIDE, Carlos. *Derecho de obligaciones u contratos*, Madrid, Editorial Reus S. A., 2007.
- 45) SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Principios de Derecho Mercantil*, Decimotercera edición, Navarra, Editorial Arazandi S.A., 2008.
- 46) SERRANO ALONSO, Eduardo; y SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de derecho de obligaciones y contrato. Teoría General del Contrato*, Tomo II, Vol. 1., Madrid, EDISOFER S.L., 2008.
- 47) SERRANO CAÑAS, José. *El cambio generacional en empresas familiares*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2013 p.20

- 48) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2002.
- 49) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*, Segunda edición, Lima, Editora IDEMSA, 2001.
- 50) TROPLONG, M. “*Naturaleza del Acto Constitutivo*”, en estudios de Sociedades Comerciales en Homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973.
- 51) URÍA, Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio, “*Curso de derecho Mercantil*”, Madrid, Civitas, 2001.
- 52) VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Contrato celebrado por incapaces con discernimiento, Comentario al artículo 1358 del Código Civil Comentado. Contratos en General*, Tomo VII, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- 53) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Séptima Edición, Lima, GACETA JURÍDICA S.A., 2007.
- 54) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, 8° Edición Actualizada, Lima, GACETA JURÍDICA S.A., 2011.
- 55) VIDAL TAQUINI, Carlos. *Régimen de bienes en el matrimonio*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial ASTREA SRL., 2001.

JURISPRUDENCIA

- 56) Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC

LINKOGRAFÍA

- 57) Diccionario de la Real Academia Española [ubicado el 23.IX 2015]
Obtenido en <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=7xhjYGYLaDXX238xFsm2>
- 58) Empresas Familiares en México: El desafío de crecer, madurar y permanecer [ubicado el 20.IX 2016] Obtenido en <http://www.kpmg.com/MX/es/PublishingImages/E-mails->

[externos/2013/CONFERENCIA DE PRENSA/EMPRESAS FAMILIARES/Empresas%20familiares_130913.pdf](#)

- 59) García-Moncó, Alfonso. La empresa familiar en la ley de sociedades de capital: implicaciones fiscales, Universidad de Alcalá de Henares, [ubicado el 10.X 2016] Obtenido en revpubli.unileon.es/index.php/Pecvnia/article/download/618/550
- 60) Ignacio Gallego Domínguez, LA EMPRESA FAMILIAR. SU CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA [ubicado el 20.X 2016] Obtenido en http://www.uco.es/catedrasyaulas/catedraprasa/img/0_x11_1339578030.pdf
- 61) La Empresa Familiar [ubicado el 20.IX 2016] Obtenido en <http://www.centrem.cat/ecomu/upfiles/publicacions/publica6.pdf>
- 62) La Empresa Familiar en España (2015) [ubicado el 10.X 2016] Obtenido en <http://www.iefamiliar.com/upload/documentos/ubhiccx9o8nnzc7i.pdf>
- 63) La Empresa Familiar [ubicado el 20.IX 2016] Obtenido en <http://www.centrem.cat/ecomu/upfiles/publicacions/publica6.pdf>
- 64) Manuel de la Puente y la Valle. Contratos en general. [ubicado el 10.X 2016] Obtenido en <http://andrescusi.blogspot.pe/2014/05/codigo-civil-peruano-comentado-gaceta.html>
- 65) *Nueva Ley general de Sociedades (Principales novedades)* [ubicado el 23.IV 2015] Obtenido en <http://www.teleley.com/contenlegal.php?idm=1854>
- 66) Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares [ubicado el 10.X 2016] Obtenido en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rd171-2007.html
- 67) SARRÍA CRUZ, Soraya. Evolución histórica del contrato. [Ubicado el 19.IX 2015]. Obtenido en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2013a/1296/convencion.html>

LEGISLACIÓN

- 68) Constitución Política del Perú.
- 69) Constitución de 1979.
- 70) Código Civil Peruano de 1984.
- 71) Código Civil italiano de 1942.
- 72) Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934. TEXTO VIGENTE. Última reforma publicada DOF 13-06-2014.
- 73) Ley 16123, Ley de Sociedades Mercantiles de 1967.
- 74) Ley 26887, Ley General de Sociedades vigente de 1998.

TESIS

- 75) ECHAIZ MORENO, Daniel. *Análisis crítico de la ley general de sociedades a once años de su vigencia*, Tesis maestría en Derecho de la Empresa, Lima, PUCP, 2009