

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

N°
678



LEGISLACIÓN SOCIETARIA

20 años impulsando la
actividad económica

ESPECIAL

Pág. 2. FLEXIBILIDAD Y NEGOCIOS

La columna vertebral del Derecho societario y las Empresas B.
Oswaldo Hundskopf Exebio

Pág. 3. DE CUIDADO Y LEALTAD

Los deberes fiduciarios de los directores.
Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Págs. 4-5. POR UNA MEJOR EFICIENCIA

Mejoras a la regulación de la separación de socios y la junta universal. **Daniela Paola Martínez Silva, José Eduardo Espinoza Cuadros, Nahomy Rojas Hidalgo.**

Pág. 6. PRESENCIA NECESARIA. La constitución de sociedades por oferta a terceros. **Alix Godos y Manuel Acosta**

Pág. 7. VIABILIDAD Y PROYECCIÓN. Tipicidad societaria y determinación del objeto social: libertad versus seguridad.
J. María Elena Guerra Cerrón

Pág. 8. DEBATE DE LARGA DATA. El rezago de los actos ultra vires y la antinomia entre los artículos 14 y 188 de la LGS. **Carlos Alva Lirio**

LA COLUMNA VERTEBRAL DEL DERECHO SOCIETARIO PERUANO Y LAS EMPRESAS B

Flexibilidad ante los **negocios**

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Abogado. Docente universitario

Ala entrada en vigencia de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (LGS), en cuanto comentario que realicé y evento académico al que asistí, me referí a ella como “La columna vertebral del derecho societario peruano”, por tratarse de un texto moderno y redactado a partir de la realidad nacional.

La LGS entró en vigencia el 1 de enero de 1998, esto es, hace veinte años, y puedo reafirmar que sigue siendo la columna vertebral de nuestro derecho societario. Ello no excluye que en torno a ella se reflexione, se analice, se evalúe y se asuman posiciones en relación con su eficiencia durante todo este tiempo, con mayor razón si la flexibilidad es una característica de la actividad económica. Por ello, en los últimos años se han formado comisiones oficiales para revisar la LGS y presentar proyectos de modificación, igualmente de parte de estudiosos del derecho societario se difunden propuestas para una modificación y/o modernización, como es el caso de los comentarios en este suplemento especial dedicado a la LGS.

En este espacio académico debo señalar la necesidad de realizar ajustes en la LGS, e insisto en una propuesta que vengo haciendo desde hace un tiempo y que difundí en el comentario denominado “Impacto de las empresas B” (publicado en el suplemento *Jurídica* del 2/08/2016).

Esta propuesta tiene sustento en el cambio de paradigma que se ha producido en el mundo de los negocios, ya que se han insertado los principios de desarrollo sostenible y sustentable en la actividad empresarial, que han llevado a la aparición de esta nueva categoría jurídica que va a contracorriente del estándar habitual de las sociedades de capitales que buscan la maximización de sus resultados en beneficio exclusivamente de sus accionistas, incorporando los propósitos altruistas sociales y medioambientales en sus operaciones, en razón a los objetivos que expresamente han asumido desde su constitución o adaptación.



Las empresas B

Las empresas B, o sociedades B o sociedades de Beneficios e Interés Colectivo (sociedades BIC), son un fenómeno mundial que no puede pasar desapercibido, y que implica una ruptura de los objetivos y propósitos tradicionales de las sociedades anónimas. Como breve reseña, debemos señalar que durante los últimos años del siglo XX y en las dos primeras décadas del siglo XXI, el empresariado ha sido testigo, de manera progresiva, de un cambio de paradigma, en el cual hay una revalorización del concepto de sustentabilidad y de la responsabilidad social. Se trata de que los empresarios contribuyan, desde su posición de inversionistas privados, con la solución de problemas de su comunidad, regionales o mundiales, así como con la preservación del medioambiente.

En razón a ello, el surgimiento de las empresas B constituye una respuesta directa al cambio de paradigma antes indicado, el cual no solamente es jurídico, sino también multi-

disciplinario, coadyuvando a que este tipo de sociedades constituya una opción atractiva, para no solamente hacer negocios y obtener utilidades, sino además para asumir retos o propósitos específicos de beneficio en los aspectos sociales y medioambientales, que serán muy bien recibidos por la comunidad en la cual desarrollan sus actividades económicas.

Algunos tratadistas las califican de sociedades híbridas, pues siendo personas jurídicas organizadas y constituidas, por ejemplo como sociedades anónimas, como es nuestra posición, además de generar actividades económicas, tienen un propósito social o medioambiental, que se identifica con la misma existencia de la organización.

En razón a ello, ciertamente las empresas B se encuentran en una especie de categoría híbrida, en tanto que en ella convergen características de organizaciones de interés privado con finalidad económica, con otro tipo de personas jurídicas u organizaciones

que no tienen finalidad económica, como por ejemplo las asociaciones civiles, y con organizaciones de interés público.

La propuesta

La pregunta es ¿qué hacer frente al fenómeno de las empresas B? En mi opinión, es aconsejable y adecuado constituirse, organizarse o, en su caso, adaptarse al tipo societario de la sociedad anónima, por sus características y por su régimen de administración y gestión.

En nuestro país, en el que se han adaptado o adecuado a este nuevo modelo muy pocas empresas, la sociedad anónima constituye el tipo societario que se presta para su implementación y desarrollo.

Considero innecesario crear un nuevo tipo societario especial, opino que es absolutamente pertinente aprovechar la flexibilidad de nuestro marco legal societario para describir en el pacto social y sobre todo en el estatuto, el objeto social incluyendo un propósito de beneficio social y/o medioambiental.

En el texto estatutario se podría incorporar una descripción detallada de actividades de amplio espectro, ya sea para actividades de ejecución inmediata y también para las futuras que vayan a realizar, relacionadas con la generación de un impacto material positivo o la reducción de un impacto negativo en la comunidad y/o el medioambiente, y regular por un lado, los mayores deberes y responsabilidades de los administradores y directores, y de otro, regular los mayores derechos y los mecanismos de protección de estos frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores o terceros, para lo cual deberá seguirse el procedimiento necesario e insustituible de modificación del estatuto social, el cual requiere de un acuerdo de junta general de accionistas adoptado con quorum y mayoría calificada, una escritura pública, y su inscripción en la partida registral de la sociedad.

Ahora bien, admito que una ruptura de un esquema tradicional siempre será materia de análisis e investigación como un fenómeno especial, tanto para la sociología como para la economía, y para el derecho, pues es indispensable aceptar, reconocer y respetar a las sociedades que, en su ámbito de actuación, incorporen propósitos adicionales al simple fin económico, como son los propósitos sociales y medioambientales que son la fiel expresión de un cambio de paradigma. La propuesta está hecha. ▀

BUENA MARCHA Y GESTIÓN EMPRESARIAL

Los deberes fiduciarios de los directores



ROXANA
JIMÉNEZ
VARGAS-
MACHUCA

Árbitro. Profesora
universitaria.

Toda organización empresarial debe conducirse con racionalidad para ser competitiva y lograr sus fines económicos, como la generación de rentabilidad y utilidades mediante actividades que han de desarrollarse dentro de los parámetros fijados en cada ordenamiento jurídico. En ese marco, la buena marcha y la gestión empresarial revisten gran relevancia.

El directorio, como órgano de administración y gestión de la sociedad, dirige su rumbo y la representa, fija las políticas generales que serán ejecutadas, aprueba los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la empresa, etcétera. Al ser los directores elegidos por los accionistas debido a sus cualidades profesionales y personales, sus deberes fiduciarios son la esencia de sus obligaciones y responsabilidades, y su estándar es más elevado.

Los directores no pueden anteponer sus intereses personales ni los de terceros, y ni siquiera los del propio grupo empresarial al que pertenezca la sociedad. Incurren en responsabilidad si realizan acciones que generen u oculten situaciones de conflicto de interés lesivas a la sociedad.

El propósito de estas líneas no solo es describir la relevancia de estos deberes, sino también identificar conductas concretas que pueden calificarse de contrarias a aquellos, y que pueden por tanto ameritar las diversas sanciones legales (dentro de la normativa societaria, civil, laboral y penal).

Los agentes

Fides (fe o confianza) es la raíz latina de fiducia. Como agentes fiduciarios de la empresa, los directores tienen dos deberes básicos: de cuidado (duty of care) y de lealtad (duty of loyalty):

Deber de cuidado

El estándar de la LGS es la diligencia de un ordenado comerciante: es el cuidado de un comerciante (alguien especializado y dedicado a la actividad comercial/empresarial, y no el buen padre de familia civil) ordenado (si es esperable que un comerciante sea ordenado, el énfasis apunta a que sea particularmente ordenado). Y la norma señala que debe actuar con la diligencia de un ordenado comerciante: con sentido de responsabilidad.

Esto se manifiesta mediante las siguientes conductas: mantenerse informado sobre las actividades de la sociedad; revisar los estados financieros de modo regular; asesorarse en materias ajenas a su conocimiento; informarse y preparar las reuniones (sesiones del directorio y JGA); informar a los accionistas acerca de la situación de la sociedad; facilitar la información solicitada por los accionistas; preservar la confidencialidad de la información; asistir a las sesiones del directorio y participar activamente en las deliberaciones del mismo, de modo que su criterio contribuya en la toma de decisiones; cuidar de modo celoso el patrimonio de la sociedad; informar de cualquier irregularidad en la gestión de la empresa; estar atento y vigilar situaciones de riesgo que puedan presentarse, promoviendo la convocatoria correspondiente en la que se incluyan los temas convenientes; realizar todo cometido que

acerca de todo aspecto de la sociedad (financiero, operativo, etcétera), y conservar el deber de confidencialidad inclusive después de haber dejado la empresa (artículo 171 LGS). También debe informar a los accionistas de los hechos y circunstancias que necesiten conocer para adoptar las decisiones que les correspondan (artículos 130 y 175 LGS).

Incluye el deber de revelación (duty of disclosure), debiendo informar a los accionistas de cualquier circunstancia que pudiese generar desconfianza sobre sus propios intereses frente a la sociedad, como situaciones: (I) personales; (II) de familiares cercanos; (III) de sociedades en las que tenga un rol relevante; (IV) los pactos o convenios de sindicación de los que forme parte.

Si el director está involucrado en circunstancias u operaciones contrarias o conflictivas frente a los intereses de la sociedad, debe: (a) manifestarlo y no realizarlas, o (b) manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y decisión sobre ello, o (c) renunciar al cargo, o (d) informar a los accionistas y solicitarles autorización, a fin de que ellos evalúen la situación y decidan si mantienen o pierden la confianza en el director y, según el caso, si se realiza la operación. Lo señalado está regulado en la LGS, y guarda concordancia con normas civiles, como el principio de lealtad de los representantes y, específicamente, cuando exista conflicto de interés –los casos de doble representación o el acto consigo mismo– (artículo 166 CC).

Para analizar una transacción en la que interviene un director con conflicto de interés, debe verificarse alguna de las tres categorías de protección o “puerto seguro” para la misma y para la responsabilidad del director: 1) La decisión de directorio fue aprobada o ratificada por una mayoría desinteresada y autónoma de directores informados; 2) El acuerdo fue aprobado o ratificado por una mayoría desinteresada de accionistas informados; y, 3) La transacción ha sido justa y razonable.

Los siguientes actos o conductas del director revelan deslealtad: (I) tomar sin autorización de los accionistas como préstamo dinero o bienes de la sociedad; (II) utilizar bienes y/o servicios de la sociedad en provecho propio, de parientes o de sociedades en las que tenga participación; (III) aprovechar para sí o para terceros relacionados las oportunidades comerciales de las que tuviere conocimiento por su cargo, que pudieren representar perjuicio o pérdida de oportunidad para la sociedad; (iv) proponer modificaciones del estatuto o tomar decisiones en su beneficio o de terceros relacionados; (v) inducir a error o presionar a gerentes y dependientes a rendir cuentas equivocadas, irregulares, o a ocultar información; (VI) presentar a los accionistas información falsa u omitir datos esenciales; (VII) fraguar balances para distribuir utilidades inexistentes; (VIII) inducir a error o influir en los auditores a presentar información falsa; (IX) entorpecer o impedir las investigaciones que realicen respecto a la existencia de su responsabilidad o de los administradores a su mando; y, (x) participar en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización de los accionistas. ■

La doctrina y jurisprudencia

Es importante que se dote de contenido concreto a las normas generales sobre estos deberes de conducta, a fin de que las empresas que se consideren afectadas por la gestión irregular o desleal de sus directores

puedan emplear las herramientas legales que el ordenamiento pone a su alcance. Para ello no considero necesario que la LGS incorpore numerales con casuística específica, pues esto es labor de la doctrina y la jurisprudencia.

le haya sido encomendado por la Junta, dentro de su compromiso de dedicación, entre otros.

Deber de lealtad

Este deber se sostiene en la buena fe objetiva, de estándar particularmente elevado. Abarca obligaciones de no hacer, como guardar reserva



DANIELA PAOLA
**MARTÍNEZ
SILVA**

Miembro del equipo de investigaciones Sociedades - Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).



JOSÉ EDUARDO
**ESPINOZA
CUADROS**

Miembro del equipo de investigaciones Sociedades - Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).



NAHOMY
**ROJAS
HIDALGO**

Miembro del equipo de investigaciones Sociedades - Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

EN DEBATE ASPECTOS DE LA SEPARACIÓN DE SOCIOS Y JUNTA U

Por una mejor efico



Entre los diferentes temas societarios que han llamado nuestra atención hemos optado por dos, que consideramos requieren precisiones legislativas.

Se trata del derecho de separación con el paradigma que solo es atribuible al accionista; y la Junta Universal en lo que se refiere a la convocatoria para su realización.

El derecho de separación

Un socio tiene derechos que para fines metodológicos podemos dividirlos en: (i) derechos económicos; y (ii) derechos políticos. Los primeros son los que otorgan beneficios financieros o patrimoniales, mientras que los segundos están relacionados a la gestión de la sociedad. El ejercicio de los derechos políticos asegura que se puedan ejercer los derechos económicos, con la excepción de las acciones sin derecho a voto.

El derecho de separación, que es un derecho político, constituye un instrumento jurídico que existe para la protección de los derechos del accionista minoritario frente a determinadas condiciones y supuestos señalados expresamente en la LGS.

El artículo 200 de la LGS determina que los socios legitimados para ejercer el derecho de separación son: (i) El accionista que asistió a la Junta y dejó constancia de su oposición a la adopción del acuerdo; (ii) El accionista ausente; (iii) El accionista que haya sido ilegítimamente privado de emitir su voto; y, (iv) Los titulares de acciones sin derecho a voto.

Además de ello, en el mismo artículo se restringe la posibilidad del accionista a ejercer el derecho de separación en los siguientes acuerdos: (i) cambio del objeto social; (ii) traslado del domicilio al extranjero; (iii) creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y, (iv) en los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Reflexiones

Es conocido y aceptado por la comunidad internacional que el Derecho societario se rige por el principio de literalidad. Si bien el derecho de separación se encuentra regulado en el artículo 200 de la LGS (en la parte especial de las sociedades anónimas), ello no debe llevar a una interpretación restrictiva, respecto a que el derecho de separación es atribuible de manera exclusiva a los accionistas de una sociedad anónima, ya que todo socio de cualquier sociedad debe contar con el derecho de poder separarse de la misma bajo determinados supuestos. El derecho de separación, al tratarse de un derecho, no debe

restringirse exclusivamente a los accionistas de una sociedad anónima.

Está establecido que el cambio del objeto social da lugar al ejercicio del derecho de separación. Como sabemos, el objeto social representa un aspecto sumamente importante dentro del desarrollo de la sociedad. Sin embargo, debemos recordar que pueden existir cambios de objeto social radicales (por ejemplo: que se cambie de la fabricación de calzado de cuero a la fabricación de explosivos), y cambios de objeto social que no son relevantes (por ejemplo, que se cambie de la fabricación de calzado de cuero a la fabricación de productos de cuero), es decir no habría un

EXISTE UNA DEFICIENCIA LEGISLATIVA QUE DEBE SER TOMADA EN CUENTA DENTRO DE LAS REFORMAS SOCIETARIAS, DEBIDO A QUE EL ACCIONISTA NO ENTENDE QUE LO QUE NO ESTÁ PERMITIDO, POR ENDE, COMO ACCIONISTA EN LAS JUNTAS UNIVERSALES CONVOCADAS UTILIZA ESTE VACÍO PARA CONVOCAR JUNTAS DENOMINADAS UNIVERSALES CON DICHA CARACTERÍSTICA.

UNIVERSAL

Deficiencia



LEGISLATIVA QUE DEBE SER
 PROHIBIDA DE LAS MODIFICATORIAS
 EN EL DERECHO SE
 ESTÁ PROHIBIDO ESTÁ
 NO ESTÁN PROHIBIDAS
 CON CONVOCATORIA SE
 QUE LAS JUNTAS SEAN
 CUANDO NO CUENTAN
 A.

cambio propiamente dicho del objeto social primigenio por un nuevo objeto social, entonces lo que se presenta no es un cambio sustancial que merezca la posibilidad de conceder el derecho de separación al socio minoritario disconforme con ese acuerdo.

La limitación de la transmisibilidad de las acciones debe ser radical para que genere el ejercicio del derecho de separación. En nuestra opinión, consideramos que un estatuto puede establecer que la transferencia de las acciones debe ser punto de agenda de una Junta de socios a fin de proceder a realizar un balance financiero sobre el retiro del socio que transfiere sus acciones, lo cual no es una limitación radical a la transmisibilidad de las acciones que deba generar el ejercicio del derecho de separación.

Convocatoria a Junta Universal (J.U.)

La convocatoria es un acto formal necesario para la publicidad de la celebración de toda junta general y el contenido de su agenda, a efectos de que los convocados tengan el debido conocimiento de la misma, y evalúen su asistencia o no. Hay que tener presente que los acuerdos cuyos temas no hayan sido considerados en la agenda ni informados pueden ser impugnados, y he ahí la importancia de la convocatoria ya que en ella se plasma la agenda de la Junta.

Pero ¿se requiere convocatoria a J.U.? La LGS no define a la J.U.; sin embargo, a partir de las tres características que se señalan en el artículo 120 podemos establecer un concepto de esta Junta. Las características –que constituyen condiciones de validez ya que su exigencia es legal– son las siguientes: a) Que asistan la totalidad de los accionistas titulares de acciones con derecho a voto (la concurrencia); b) Que se acepte por unanimidad la celebración de la junta (la voluntad); y, c) Que todos los accionistas estén de acuerdo con los asuntos a tratar en dicha junta (la agenda).

El contenido el artículo 120 es explicado por Elías Laroza (1) de la siguiente manera:

► Deben encontrarse presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, y que acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos a tratar. Es decir que acepten la junta y su agenda.

► Cumplidos los requisitos, la junta se entiende convocada y válidamente constituida para tratar cualquier asunto (contenido en la agenda) y tomar los acuerdos correspondientes.

¡Siguiendo a Elías Laroza, podríamos señalar que no es necesario –en principio– que la J.U. se realice con previa comunicación, ya que es suficiente verificar las características antes expuestas. De ello, establecemos dos ideas respecto a las Juntas: (i) Una regla general: La Junta que se configura con cierta formalidad; y, (ii) Una excepción: La Junta que se presenta en situaciones en las cuales están debidamente convocadas, observando lo previsto en la ley y en los estatutos.

Entonces, podemos concluir que la peculiaridad de la J.U. no radica solamente en la concurrencia de las tres características mencionadas, pues ellas se pueden verificar en juntas convocadas con arreglo a ley y a los Estatutos; la nota conformadora de esta J.U. es que carece de convocatoria

Conclusiones y propuestas

► Respecto al derecho de separación, este derecho no debe ser interpretado de manera exclusiva para la sociedad anónima. Este derecho puede ser ejercido por socios de otras formas societarias reguladas por la LGS. El legislador debe establecer parámetros que delimiten mejor los supuestos por los cuales se puede ejercer el derecho de separación ya que algunos supuestos puede ser realmente “irrelevantes” y no deben ocasionar el ejercicio del derecho de separación. En nuestra opinión, el artículo 200 de la LGS debe salir del libro

de sociedades anónimas y debe estar en el libro primero (reglas aplicables a todas las sociedades).

► En nuestra opinión, si bien no desconocemos que la convocatoria tiene una utilidad y no tenerla en consideración rompería la seguridad jurídica, afirmamos que no existe Junta universal con convocatoria previa. Para la inscripción de un acuerdo de J.U. en los Registros Públicos, el registrador debe calificar todos los requisitos del artículo para evaluar si esa Junta tiene la característica de Universal.

previa –por lo tanto, podemos hablar de una “modalidad de J.U.”. La carencia de convocatoria previa no excluye la obligación que se encuentren reunidos todos los accionistas que detenten el 100% de las acciones con derecho de voto.

► Aunque la LGS no lo señale expresamente, la unanimidad que exige se limita a la celebración de la J.U., y al contenido de la agenda. Esto confirma lo antes señalado, en virtud de la cual la unanimidad no se refiere a la aprobación conjunta de los puntos de agenda por tratar.

Hay que diferenciar entre la aprobación para dar inicio a los temas por discutir que se manifiestan a través de la lista de asistentes y otra cosa distinta, pero también sujeta a términos societarios, es el acta de suscripción.

Si la J.U. no ha sido convocada, esto es, si todos participan en el mismo acto sin previa publicación, se entiende que la misma debe configurarse bajo la regla de unanimidad.

Además debemos tomar en cuenta el análisis, en concordancia con el artículo 135° de la LGS que exige que el acta de la J.U. sea suscrita por todos los accionistas presentes, a fin de crear una prueba documental que acredite la concurrencia de la totalidad de las acciones del capital con derecho a voto. Sin embargo, si se cuenta con la lista firmada de asistentes, este requisito ya no sería necesario.

J.U. con convocatoria

Como regla general tenemos que la J.U. debidamente convocada se establece observando lo previsto en la LGS y los estatutos, lo que es una prueba documental que enerva de valor a las publicaciones.

De ahí que el artículo 135 en sus párrafos quinto y sexto ha establecido como excepción a dicha regla una formalidad menos rigurosa para el acta de la J.U. debidamente convocada, consistente en que para la validez de dicha acta no será necesario la firma de la totalidad de socios, basta la suscripción del presidente, secretario y un accionista designado para tal efecto, siempre y cuando hayan firmado la lista de asistentes y en ella estuviesen consignados el número de acciones del que son titulares y los diversos asuntos objeto de la convocatoria.

Debate

Por ejemplo, en una SAC una socia impugna el acuerdo societario realizado en una J.U., toda vez que considera que la misma no debió ser iniciada por cuanto, si bien participó en la lista de asistentes, posteriormente manifestó su disconformidad con relación a los puntos de agenda, la misma que dejó constancia en acta notarial (recordemos que es requisito del artículo 120 de la LGS que para iniciar una J.U. debe existir unanimidad en los puntos de agenda). Luego, cuando los demás accionistas solicitaron la inscripción de dicho acuerdo el registrador calificó la inscripción como una J.U. tomando en cuenta la lista de asistentes. Nos preguntamos si el registrador puede calificar la lista de asistentes como medio para su convalidación como junta con carácter universal?, y dejar de lado los otros requisitos que en conjunto según la ley se deben tomar en cuenta para que una Junta tenga el carácter de universal.

Un precedente registral nos permite verificar la existencia de una J.U. con convocatoria es la Res. N°160-2007-SUNARP-TR-T de fecha 27.06.2007 en la que en sus considerandos se estableció la existencia de una J.U. con y sin convocatoria, agregando más adelante que: son 2 tipos de juntas universales las que pueden realizarse, y en ambas participan los accionistas, titulares de todas las acciones con derecho a voto: la convocada observando el estatuto y la ley; y la que no tuvo convocatoria.

Consideramos que existe una deficiencia legislativa que debe ser tomada en cuenta dentro de las modificatorias societarias, debido a que en el Derecho se entiende que lo que no está prohibido está permitido, por ende, como no están prohibidas las Juntas Universales con convocatoria se utiliza este vacío para que las Juntas sean denominadas universales cuando no cuentan con dicha característica. En ese sentido, el artículo de LGS, debería modificarse prohibiendo que las Juntas con convocatoria previa puedan utilizarse como Juntas Universales.►

LAROZA ELÍAS, Enrique, Derecho societario peruano. Obra completa. La Ley General de Sociedades del Perú, Normas legales, Lima, 2000, p.271.

LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES POR OFERTA A TERCEROS**Una presencia necesaria**

ALIX GODOS
Intendente general de la Intendencia General de Supervisión de Conductas de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).



MANUEL DE JESÚS ACOSTA DELGADO

Analista legal junior en la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).



La constitución de una sociedad es el resultado de una serie de actos formales que son necesarios para que una sociedad pueda nacer en el mundo jurídico, la cual se realiza en dos modalidades: por constitución simultánea o por oferta a terceros (COT). En este último caso, se trata de una convocatoria a participar de un proyecto empresarial invirtiendo en la formación de una sociedad anónima (SA) a cambio de potenciales beneficios, en el marco de un proceso previsto por la Ley General de Sociedades (LGS) que tiene cuatro etapas: programa de constitución, suscripción de acciones, asamblea de suscriptores y otorgamiento de la escritura pública de constitución.

A diferencia de la constitución simultánea, la COT es muy infrecuente en la medida en que es un proceso complejo en su aspecto técnico y que demanda el conocimiento de aspectos financieros y legales especializados, razón por la cual existe una corriente que propone su supresión.

Oferta pública u oferta privada

La LGS contempla la posibilidad de que la COT se pueda efectuar mediante una oferta privada o una oferta pública de valores. La diferencia radica, en lo fundamental, en el hecho de que la oferta de valores deberá tener el carácter de pública cuando el número de destinatarios esté conformado por un número igual o mayor a cien (100) personas, pues en este caso, salvo prueba en contrario, dichas personas requieren de tutela estatal (supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV), ello según lo dispuesto por la normativa del mercado de valores. Si no es el caso, la oferta califica como privada.

Si la COT se realiza por oferta privada: I) Se deberá observar solo la LGS; II) se constituirá una SA ordinaria; III) se elabora un programa de constitución que deberá registrarse en los Registros Públicos; y, IV) no podrá dirigirse a

Iniciativas para el debate

► No resulta aconsejable prescindir de la COT en la LGS. El financiamiento primario mediante la emisión de acciones tiene lugar mediante las COT o mediante los aumentos de capital por oferta pública. Estos últimos sí se presentan en nuestro país en el caso de sociedades ya constituidas y con acciones inscritas en el RPMV. Se propone difundir la COT como un mecanis-

mo de financiamiento para la micro y pequeña empresa, habida cuenta de la necesidad de fondeo que tienen los emprendimientos empresariales en nuestro país.

► Si bien todas las formas societarias se constituyen por la modalidad simultánea, solo la SA puede hacerlo por invitación a terceras personas. Se excluyó a las otras formas por considerar que no po-

seían una estructura que les permitiera la colocación de grandes capitales en el mercado e integrar una gran cantidad de socios mediante este tipo de oferta (1). Consideramos que convendría permitirse, pues podrían fondearse para el desarrollo de su objeto social desde su creación, lo cual generaría la diversificación de la oferta de productos financieros en el mercado de valores.

un número igual o mayor a cien (100) personas.

Si la COT se efectúa por oferta pública: I) Se debe observar tanto la LGS como la normativa del mercado de valores; II) se elabora un prospecto informativo que se registra en el Registro Público del Mercado de Valores (RPMV); III) se inscriben las acciones materia de la oferta en el RPMV; IV) se realizan la oferta y la colocación

de las acciones; V) los suscriptores se reúnen en asamblea y se acuerda la constitución de una sociedad anónima abierta.

Modalidad de financiamiento

Además de ser un proceso que permite el nacimiento de una SA, la COT facilita la financiación de un emprendimiento empresarial al posibilitar

la conformación del capital social de una persona jurídica mediante una invitación dirigida a terceros, la que incorpora una promesa de beneficios futuros por medio del reparto de utilidades (dividendos), las cuales, precisamente, son el elemento para atraer a esos terceros (inversionistas).

En definitiva, se trata de un vehículo de financiamiento, aunque es muy poco comprendido. De hecho, es un proceso largo y complejo que demanda tanto conocimiento, desde el punto de vista financiero, para estructurar la oferta; como desde el punto de vista legal, para cumplir con los requisitos que establece la normativa del mercado de valores. Probablemente, la necesidad de conocimiento especializado en ambos sentidos, y de su conjugación, no ha facilitado el desarrollo y el uso intensivo de la COT en el ámbito de la micro y pequeña empresa.

La COT es un mecanismo de financiamiento y en nuestro país la gran mayoría de emprendimientos empresariales son financieramente deficitarios, razón por la cual lo que corresponde es promover la mayor cantidad posible de dichos mecanismos y de ninguna manera eliminar los existentes.►

1] ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. T. I, 2da. ed. Trujillo: Editora Normas Legales, 2000, p. 150.



J. MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN

Doctora en Derecho.

LA TIPICIDAD SOCIETARIA Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO

Libertad versus seguridad

Entre los mejores textos de consulta acerca de la LGS encontramos el trabajo de Enrique Elías Laroza *Derecho Societario Peruano*, y precisamente en el comentario al artículo 2, él ya se preguntaba si la tipicidad societaria, esto es, la exigencia de optar solo por una de las formas previstas en la ley, ¿no significa un atentado contra la autonomía privada?, ¿no es un cortapisa inaceptable que cualquier grupo de personas no pueda formar una sociedad como le venga en gana?, y ¿no es la actividad económica, algo cambiante, dinámico que requiere constantemente nuevas formas societarias? A estas interrogantes respondió que si bien la actividad económica requiere de mucha libertad, no es nada menos necesaria su seguridad.

Con relación al objeto social, en el artículo 11 (hoy modificado por la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1332 publicado el 06/01/2017) Elías señaló que la determinación precisa del objeto social es uno de los requerimientos más importantes para una sociedad, y esta consiste en la descripción detallada de los negocios, por lo tanto, si se quiere realizar varios, entonces hay que enumerarlos. Él expuso su disconformidad con la incorporación de objetos sociales genéricos como, por ejemplo: “toda clase de operaciones que permitan las leyes nacionales o todas las demás actividades lícitas”. Su posición se sustenta en que la precisión es una garantía para que los socios puedan ejercer su derecho de separación frente a un cambio de fin social.

Evaluemos si estas ideas de su tiempo (1998) tienen vigencia, o si por el contrario hoy pueden considerarse “barreras” a la necesaria flexibilidad

de la actividad societaria, y por lo tanto debemos introducir las “cláusulas abiertas”.

Las formas societarias

En primer lugar hay que señalar que la categoría “persona” es una creación del Derecho. Es tan jurídica la persona natural o física como la persona jurídica o moral. Estas personas se reconocen como entes de derechos y obligaciones, constituyéndose en sujetos de Derecho. En cuanto a la sociedad (persona jurídica), esta ha surgido como la máxima expresión de la asociatividad, y hoy su funcionalidad es su bastión por la indiscutible contribución al desarrollo de la economía. En la dimensión real, la sociedad es algo inmaterial, pero en la dimensión jurídica (que nos ocupa) es una estructura, esto es, un conjunto de elementos organizados. La mejor manera de definir a la sociedad es como “estructura organizada” a la que el Derecho le atribuye personalidad o personería jurídica. En este contexto, nos preguntamos si la persona natural ¿puede actuar de acuerdo a su libre albedrío?, e igualmente ¿si por la autonomía

privada, la libertad de empresa, y la libertad de contratación, cada sociedad podría establecer su propia estructura y sus propias reglas de funcionamiento, prescindiendo de un marco legal que determine la forma societaria? Las respuestas son negativas, ya que no existe la libertad absoluta.

Si bien la libertad es el primer derecho/principio de la persona; esta se ejerce con sujeción al ordenamiento jurídico general. La autonomía privada se realiza según los principios de la Constitución Económica, pero recordemos que no constituyen una “isla”, sino que forman parte de la Carta Fundamental, por lo tanto deben ser interpretados de manera integral, esto es, en concordancia con los principios constitucionales generales. A manera de ejemplo, pensemos en la tipicidad de los títulos valores –cuyo fundamento es la seguridad del crédito (patrimonio-propiedad) y su circulación– para lo cual existen formas preestablecidas. Por la libertad de contratación, ¿cabría proponer que cada uno establezca o determine su propio título valor?

Tener formas y estructuras determinadas que se distinguen por sus características y por los efectos

jurídicos que producen es una garantía para los socios, para los terceros, para la propia sociedad y para el Estado. Como señala Brunetti, “(...) un ordenamiento permanente particular que, a pesar de su origen contractual, es como una ley especial vigente para esta, que los socios, presentes y futuros, están obligados a observar y que regula la acción social, incluso frente a terceros. Este ordenamiento especial está, naturalmente, subordinado al ordenamiento general que el Estado prevé para todas las sociedades en general y para determinados tipos de sociedades, sobre todo para los tipos más complejos, con disposiciones normativas de carácter inderogable” (1).”

El objeto social amplio o abierto

El objeto social es la actividad a la que se dedica la sociedad, es la razón de su existencia, y es lo que determina su funcionalidad. El término “circunscribe” en el artículo 11 denota limitación o restricción, por ello constituyó un problema para el acceso al Registro. Así, mediante D. Leg. N° 1332 se introdujo un tercer párrafo aclarando que la sociedad podrá realizar los negocios, operaciones y actividades lícitas indicadas en su objeto social, y que se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. Hoy tenemos un objeto amplio, pero no abierto, ya que se mantiene la existencia de la precisión del objeto social, y siempre que se trate de tareas conexas al mismo, se considerarán como parte de él.

¿Para quién es importante la precisión de las actividades? Lo es para los socios quienes optan por asociarse atraídos por un objeto social, no lo es para los terceros puesto que no aplica la teoría de los actos *ultra vires*, lo es para el Estado para identificar el *core business* y evaluar las externalizaciones, entre otros.

Propuesta

En cuanto a la tendencia en favor de la atipicidad de formas societarias (estarían incluidas la SAA y SAC aunque no son formas sino modalidades de la SA.), y de objetos sociales indeterminados, me encuentro en desacuerdo, y suscribo la posición de Enrique Elías. No se trata de “barreras”, por el contrario, son garantías para privilegiar la seguridad jurídica en la actividad económica. Las propuestas a favor de las “cláusulas abiertas” deben contener un sustento de su viabilidad y proyección de efectos; no basta invocar la legislación extranjera.

Habría que buscar mecanismos de responsabilidad como la doctrina del levantamiento del velo, ya que lo que queremos es una LGS útil, pero no una “carta en blanco” que –invocando la necesaria flexibilidad– sirva para utilizar a las sociedades, en desmedro de su idoneidad.

¿No hay forma de regresar al *Ius Mercatorum*, (categoría histórica) que apareció como una norma creada por y para los mercaderes, para una clase privilegiada! ▀

1] BRUNETTI, Antonio, Sociedades Mercantiles, tomo 2, sociedad anónima, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pp. 315,316 cita a Salandre, p.316!

DEBATE DE LARGA DATA

El rezago de los actos ultra vires



CARLOS
ALBERTO
ALVA LIRIO

Abogado graduado
con mención Summa
Cum Laude por la
UNMSM (2017).

Para entender la teoría de los actos ultra vires debemos partir de un suceso ocurrido hace más de dos siglos. Me refiero al caso *Ashbury vs. Riche*, uno en el cual la Cámara de los Lores del Reino Unido los definió como aquellos actos realizados más allá de lo permitido por el objeto social de una sociedad y, en consecuencia, nulos (1).

Si bien dicha respuesta judicial se dio en un contexto en que imperaba la *concession theory*, lo cierto es que, partiendo de dicho antecedente a inicios de los años 90 del siglo pasado, se formaron dos bloques antagónicos liderados por las posturas de Fernando de Trazegnies y Enrique Elías (2), los que debatieron si es que en el Perú los actos realizados, más allá de lo permitido por el objeto social de una sociedad, eran nulos.

En síntesis, para el primer bloque ello era afirmativo en la medida en que (I) dichos actos constituyen una modificación al estatuto social de una sociedad, con lo cual se burla la forma prevista por ley para realizar ello, y (II) el objeto de dichos actos es jurídicamente imposible en la medida en que el representante no tiene capacidad para adoptar dicha decisión. Por su parte, para el segundo bloque ello era negativo

en la medida en que (I) la junta general de accionistas es la encargada de interpretar si los demás órganos sociales se exceden o no en su representación, y (II) en el Derecho inglés ya se propugna el abandono de la teoría de los actos ultra vires.

Ley N° 26887- LGS

Con el fin de superar el anterior debate, la LGS adoptó la postura defendida por Enrique Elías y dispuso en el primer párrafo de su artículo 12 que la sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido con la precisión que esta obligación existe, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

En ese sentido, a pesar de que los actos no sean acordes con el objeto social de la sociedad, para la LGS basta que el representante tenga facultades (y las ejerza dentro de los límites otorgados) para que la sociedad quede vinculada. Por lo anterior, resulta cierto cuando se afirma que la LGS se alejó de la teoría de los Actos Ultra Vires (3).

Pese a lo anterior, resulta curiosa la existencia de un artículo como el numeral 1 del artículo 188 de la LGS, el cual considero (salvando las diferencias) es lo más cercano que tiene la LGS respecto a la teoría de los actos ultra vires. Al respecto, en el referido artículo se señala lo siguiente: “Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio,

se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: 1). Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; (...)”.

Como se puede apreciar de acuerdo al referido artículo, se presume que un gerente general tiene poderes para celebrar cualquier contrato ordinario siempre que este sea acorde con el objeto social de la sociedad. En ese sentido, si el gerente general celebra un contrato al amparo de dicha disposición, el tercero siempre asume un riesgo: que la propia sociedad considere ineficaz dicho contrato en la medida en que el contenido de este no está acorde con su objeto social.

Dicha disposición es claramente diferente al artículo 12. Y es que no hay que perder de vista que el artículo 188 de la LGS aplica para quien tenga la calidad de gerente general. Asimismo, la lógica del trato diferenciado se debe a que para el artículo 188 de la LGS el gerente general actúa sobre la base de poderes presuntos, mientras que para el artículo 12 de la LGS el representante actúa sobre la base de poderes efectivamente otorgados.

Propuesta

Con fecha 6 de enero del 2017 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1332, el cual modificó el artículo 14 de la LGS en el sentido de disponer que el gerente general de una sociedad (o administrador) por su solo nombramiento tiene facultades para celebrar cualquier documento público y/o privado requerido para el cumplimiento del objeto social. De acuerdo con su exposición de motivos, la finalidad de dicha modificación fue facilitar la marcha de los negocios.

No obstante, considero que dicha modificación no es la más idónea en la medida en que lo lógico hubiese sido derogar expresamente el numeral 1 del artículo 188 de la LGS y modificar el artículo 14 en el extremo de señalar que el gerente general (o administrador de la sociedad) puede celebrar cualquier documento público y/o privado independientemente si el mismo no está acorde con el objeto social. De esta forma se habrían logrado dos cosas. En primer lugar, evitar la antinomia que actualmente existe entre el artículo 14 y el numeral 1 del artículo 188, pues ambos regulan el mismo supuesto de hecho (la ley otorgando poderes al gerente general, salvo disposición en contrario), pero le otorgan diferentes consecuencias jurídicas (en un caso, la ley otorga poderes firmes y en otros poderes presuntos). En segundo lugar, habría extinguido uno de los mayores rezagos de la teoría de los actos ultra vires en la LGS, y superado así un debate de larga data. ■

(1) Se recomienda leer a Carlos Alva, “La teoría clásica de los actos ultra vires y su aplicación en el Perú: análisis de su devenir histórico y su adopción (inconsciente) por la Ley General de Sociedades”, en Estudios de Derecho Societario en Homenaje al Doctor Oswaldo Hundskopf, coord. Grupo de Estudios Sociedades (Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2017), 422-454.

(2) Norbert Lind, “El objeto social, alcances de la representación de los administradores y los actos ultra vires”, en Tratado de Derecho Mercantil Tomo I – Derecho Societario, 2ª ed., coord. Oswaldo Hundskopf (Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2005), 169-186.

(3) Juan Hernández, “La Actividad Empresarial de las Sociedades Anónimas y el Alcance de la Representación Societaria: cuestionamiento a la determinación del Objeto Social”, *Ius Et Veritas*, N° 35 (diciembre 2007): 228-240. ■