

# A

# CTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

TOMO 152 • JULIO 2006

ESPECIAL

Comentarios al Reglamento  
de Inscripciones del  
Registro Mobiliario  
de Contratos

Los requisitos de la  
legítima defensa  
en la responsabilidad  
extracontractual

La reconvencción y  
sus retos en  
casos concretos

La criminalidad organizada  
en el Perú

La excepción de  
improcedencia de  
la acción en el  
Código Procesal Penal

Los procesos de selección  
por encargo en el régimen  
de contratación pública

El daño extrapatrimonial  
por la inejecución  
de obligaciones laborales

Pluralidad de instancias  
en los procesos de  
ratificación de magistrados

## Libertad de expresión y censura previa

¿Qué hacer ante la solicitud  
de comparecencia de  
la Sunat?

Desequilibrio patrimonial  
en las sociedades  
anónimas

Hay que derogar  
la Ley de la Garantía  
Mobiliaria

El plazo para interponer  
demanda de hábeas data  
y cumplimiento

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN

**30** AUTORES

ENTRE OTROS:

Oswaldo Hundskopf Exebio  
Víctor Prado Saldarriaga  
Luis Castillo Córdova  
Rolando Martel Chang  
Carlos Alberto Matheus López  
César Abanto Revilla  
Gunther Gonzales Barrón  
Julio Fernández Cartagena  
Fernando García Granara  
Mijail Mendoza Escalante  
Roberto Pereira Chumbe

## Las facultades de administración del directorio

Daniel

ECHAIZ MORENO(\*)

### SUMARIO:

I. Estado de la cuestión. II. Administración y disposición en el Código Civil. III. Administración y disposición en la LGS. IV. Administración y disposición en la jurisprudencia registral. V. La limitación estatutaria de las facultades del directorio. VI. La limitación estatutaria de las atribuciones de la junta de socios.

### MARCO NORMATIVO:

- Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997): arts. 11, 12, 77, 104.5, 115, 152, 172, 179 y 188.
- Código Civil: arts. 155, 305, 447, 591, 971, 1792.
- Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN (27/07/2001): art. 33.

### I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 152 de la Ley General de Sociedades<sup>(1)</sup> (en adelante, LGS) estipula:

#### LEY GENERAL DE SOCIEDADES

##### Artículo 152.- Administradores

"La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247" (el resaltado es nuestro).

Y respecto al directorio precisa en su artículo 172:

#### LEY GENERAL DE SOCIEDADES

##### Artículo 172.- Gestión y representación

"El directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyen a la junta general" (el resaltado es nuestro).

A partir de lo anterior queda claro que el directorio (junto a la gerencia) se encarga de la administración de la sociedad, pero lo que no queda claro es qué entiende la LGS por administración. La discusión gira en torno a si las facultades de administración permiten o no la realización de actos de disposición.

### TEMA DE DISCUSIÓN

En este interesante trabajo, el autor precisa los alcances de la administración del directorio, en la medida en que se discute si las facultades de administración permiten o no la realización de actos de disposición. Para ello, se analiza no solo la normativa civil y societaria, sino también la jurisprudencia registral. Asimismo, se analizan las limitaciones estatutarias de las facultades del directorio y de la junta de socios.

### II. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

La utilización de los términos **administración y disposición** es recurrente en el Código Civil<sup>(2)</sup>, aunque en distintos sentidos, lo cual –sin lugar a dudas– agudiza la controversia. Pues bien, como ambos términos han sido ampliamente utilizados en dicha norma legal, conviene revisar su tratamiento, a efectos de determinar si servirá o no como marco de referencia para la LGS.

Una primera situación (**extrema**) se presenta cuando disposición se opone radicalmente a administración, lo que apreciamos en el artículo 971 del Código Civil en materia de copropiedad:

#### CÓDIGO CIVIL

##### Artículo 971.- Actos de disposición y administración del bien común

"Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1. **Unanimidad, para disponer**, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.
2. **Mayoría absoluta, para los actos de administración** ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas.

En caso de empate, decide el juez por la vía incidental" (el resaltado es nuestro).

Una segunda situación (**apariencia moderada**) ya no contrapone administración con disposición, sino administración con enajenación que, para estos efectos, no atañe variación, aunque en realidad sea más restringido<sup>(3)</sup>. Así, el artículo 447 del Código Civil respecto a la patria potestad:

#### CÓDIGO CIVIL

##### Artículo 447.- Autorización judicial para disponer de los bienes del menor

"Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo" (el resaltado es nuestro).

Una tercera situación (**distinción tácita**) presenta a la administración como algo que se supone diferente a la disposición, tal como sucede en el artículo 155 del

(\*) Catedrático del Diploma de Posgrado en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral (Lima, 2001), La empresa en el Derecho moderno (Lima, 2002), Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia (Trujillo, 2005) y Régimen Comercial Peruano (Bogotá, 2006). Web page: www.echaiz.com - E-mail: daniel@echaiz.com

(1) Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

(2) Código Civil, Decreto Legislativo N° 295.

(3) Guillermo Cabanellas de Torres explica que disposición es "la facultad de enajenar o gravar los bienes". En: *Diccionario Jurídico Elemental*. Cuarta edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1980. Pág. 103.

Código Civil, referido a la representación, cuando prescribe:

**CÓDIGO CIVIL****Artículo 155.- Poder general y poder especial**

"El poder general solo comprende los actos de administración.

El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido" (el resaltado es nuestro).

Y, en semejante sentido, hallamos el artículo 305 del Código Civil en materia de sociedad de gananciales:

**CÓDIGO CIVIL****Artículo 305.- Administración de los bienes del otro cónyuge**

"Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba" (el resaltado es nuestro).

Una cuarta situación (**gradualidad de la administración**) ya no distingue entre administración y disposición sino que, utilizando las frases mera administración o administración ordinaria, tácitamente marca distancia de lo que sería la administración extraordinaria. Véase el artículo 591 del Código Civil respecto a la curatela:

**CÓDIGO CIVIL****Artículo 591.- Actos prohibidos al interdicto sujeto a curatela**

"El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración" (el resaltado es nuestro).

También el artículo 1792 del Código Civil referido al mandato:

**CÓDIGO CIVIL****Artículo 1792.- Extensión del mandato**

"El mandato comprende no solo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente" (el resaltado es nuestro).

Y una quinta situación (**gradualidad de la disposición**) tampoco distingue entre administración y disposición sino que, aludiendo tácitamente a la disposición ordinaria, diferencia a esta de la que resultaría ser disposición extraordinaria. Tenemos así el artículo 104 inciso 5 del Código Civil en materia de fundaciones:

**CÓDIGO CIVIL****Artículo 104.- Funciones básicas del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones**

"El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas:

(...)

5. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso" (el resaltado es nuestro).

En términos generales y según lo expuesto, pareciese que la distinción entre administración y disposición radica en las mayores exigencias legales para esta última, tales como: acuerdo unánime (para copropiedad), autorizaciones (para patria potestad, sociedad de gananciales y curatela) o declaraciones expresas (para representación y mandato). Sin embargo, ello no siempre es así puesto que, por ejemplo, el citado artículo 971 del Código Civil estipula, respecto a la copropiedad, que se requiere unanimidad para arrendar el bien (que constituye administración) tan igual como para disponer de él, mientras que la administración ordinaria se satisface simplemente con la mayoría absoluta.

Por lo visto, entonces, el Código Civil no ayuda para entender los significados legales de los términos administración y disposición porque, en su texto, reciben diverso tratamiento. Siendo ello así es menester interpretar el contenido de ambos conceptos a partir de la propia LGS.

**III. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN EN LA LGS**

Para empezar, hay que anotar que, en ningún artículo de la LGS, **administración** aparece como una categoría opuesta a **disposición**. No obstante, ciertamente ambas expresiones se muestran como diferentes, atendiendo cuando menos a tres criterios: primero, la onerosidad; segundo, la ordinariadad; y, tercero, el objeto social.

En cuanto a la diferencia por la onerosidad, el artículo 77 de la LGS señala:

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES****Artículo 77.- Adquisiciones onerosas**

"Las adquisiciones a título oneroso de bienes cuyo importe exceda el diez por ciento del capital pagado, realizadas por la sociedad dentro

de los primeros seis meses desde su constitución, deben ser previamente aprobadas por la junta general, con informe del directorio.

Al convocarse a la junta debe ponerse a disposición de los accionistas el informe del directorio.

No es de aplicación lo dispuesto en este artículo a las adquisiciones de bienes cuyo tráfico es propio del objeto social ni las que se realicen en rueda de bolsa" (el resaltado es nuestro).

Lo anterior significa que, por regla general, las adquisiciones de bienes realizadas por la sociedad son competencia del directorio y, excepcionalmente, de la junta de socios. La excepción se cumple con la concurrencia de tres requisitos: primero, que la adquisición sea a título oneroso; segundo, que el importe de los bienes exceda el diez por ciento del capital pagado; y, tercero, que la adquisición se efectúe dentro de los primeros seis meses desde la constitución de la sociedad. Téngase en consideración que la adquisición de bienes en las circunstancias expuestas importa la disposición patrimonial por parte de la sociedad y se le está confiando, en principio, al directorio.

También se aprecia la diferencia por la onerosidad en el artículo 115 de la LGS cuando estipula:

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES****Artículo 115.- Otras atribuciones de la junta**

"Compete, asimismo, a la junta general:

1. Remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes;
2. Modificar el estatuto;
3. Aumentar o reducir el capital social;
4. Emitir obligaciones;
5. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad;
6. Disponer investigaciones y auditorías especiales;
7. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y,
8. Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social" (el resaltado es nuestro).

Esta norma transcrita consagra, por regla general, la competencia del directorio para la enajenación de activos y, excepcionalmente, se la atribuye a la junta de socios. Dicha excepción requiere la concurrencia de dos circunstancias: primera, que la enajenación se produzca en un solo acto; y, segunda, que el valor contable de los activos enajenados supere el cincuenta por ciento del capital social. Ahora bien, la enajenación de activos supone también disposición

patrimonial y está confiándose tal potestad, en principio, al directorio.

Respecto a la diferencia por la ordinariadad, el artículo 179 de la LGS prescribe:

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**Artículo 179.- Contratos, créditos, préstamos o garantías**

"El director solo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. La sociedad solo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo" (el resaltado es nuestro).

Significa lo anterior que, en principio, la sociedad no puede celebrar contratos con sus directores ni puede concederles créditos o préstamos ni puede otorgarles garantías a su favor. El impedimento se supera si es que se refiere a operaciones que normalmente la sociedad efectúa con terceros y, de no cumplirse esta circunstancia, excepcionalmente podrá celebrarse el contrato, concederse el crédito o préstamo u otorgarse la garantía si es que la sociedad cuenta con acuerdo previo del directorio. La concesión del crédito es la mejor muestra de disposición patrimonial que efectúa la sociedad y que se le confía, nuevamente, al directorio.

Inclusive, téngase en cuenta que, para la gerencia, el artículo 188 de la LGS acota:

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**Artículo 188.- Atribuciones del gerente**

"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;

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que este acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que esta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio" (el resaltado es nuestro).

El gerente, siendo órgano de administración social (al igual que el directorio), asume la facultad de disposición patrimonial mediante, por ejemplo, la celebración de un contrato de compraventa que obligue a la sociedad, siempre que resulte ordinario según el objeto social, con lo cual nos acercamos al siguiente ítem.

En efecto, la diferencia por el objeto social constituye la tercera cuestión que merece atención; así tenemos el artículo 12 de la LGS que acota:

**LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**Artículo 12.- Alcance de la representación**

"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 aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que esta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a cocontratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social" (el resaltado es nuestro).

Con esta norma, la LGS consagra la responsabilidad (civil y penal) de los directores y gerentes cuando autorizan la celebración de actos que extralimitan el objeto social y que, por ende, no son ordinarios. Lo anterior es concordante con la disposición contenida en el artículo 11 del mismo texto societario, de acuerdo con la cual "la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social", puesto que las actividades que lo exceden son nulas (teoría de los actos *ultra vires*). Y se

completa, finalmente, con la previsión del citado artículo 12 de la LGS que, en su primer párrafo, establece la responsabilidad de la sociedad por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades conferidas, aunque estas excedan el objeto social (*teoría de los actos propios*).

Hasta aquí extraemos las siguientes conclusiones: primera, el directorio sí puede realizar actos de disposición, como la concesión de créditos; segunda, los actos de disposición están circunscritos al objeto social; tercera, excepcionalmente, la ley o el estatuto social pueden establecer que determinados actos de disposición sean de competencia exclusiva de la junta de socios; y, cuarta, la LGS, atendiendo a lo anterior, regula dos supuestos: a) las adquisiciones a título oneroso de bienes cuyo importe exceda el diez por ciento del capital pagado, realizadas por la sociedad dentro de los primeros seis meses desde su constitución y b) la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad.

**IV. ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL**

Identificamos cuatro criterios en la evolución de la jurisprudencia registral peruana, respecto al tema que concita nuestra atención, y que se han sucedido en los últimos años.

El primer criterio (**específico**), de carácter moderado, considera que el directorio solo tiene facultades de administración, pero se deja abierta la posibilidad de que se le otorguen "facultades específicas". Así tenemos la Resolución N° 080-96-ORLC/TR de fecha 1 de marzo de 1996:

"Si bien el estatuto autorizaba al directorio la facultad de celebrar todo tipo de contratos, no menos cierto es que esta generalidad contradice los artículos 156 y 167 inciso 1 del Código Civil que prescribe que el encargo para disponer de los bienes del representado debe constar en forma expresa e indubitable.

**El directorio, en tanto órgano colegiado, conserva los poderes de administración y de ejecución atribuidos por la ley, mas no los poderes para disponer o gravar, los mismos que deben constar en forma expresa e indubitable tal como lo señala el principio de especificidad recogido por los artículos 156 y 167 inciso 1 del Código Civil" (el resaltado es nuestro).**

Más ilustrativa es la Resolución N° 440-96-ORLC/TR de fecha 13 de diciembre de 1996:

"Del estatuto de la empresa consta que su objeto social está dirigido al ámbito turístico y que el directorio tiene las facultades de representación y de gestión social para la administración de la sociedad, **sin hacer mención expresa de una o más facultades específicas que pudieran haberse concedido**" (el resaltado es nuestro).

El segundo criterio (**limitativo**), también moderado, considera que el directorio tiene facultades de administración ordinaria y extraordinaria, pero ellas pueden limitarse legal o estatutariamente, tal como lo entiende la Resolución N° 481-98-ORLC/TR de fecha 30 de diciembre de 1998:

**"En materia de representación de la sociedad anónima, el directorio está plenamente facultado para adoptar acuerdos referidos a actos ordinarios y extraordinarios, salvo limitación legal o estatutaria expresa.**

Si bien el directorio podría adoptar decisiones referidas a actos de administración de carácter extraordinario, con las salvedades establecidas ante la ley y el estatuto social, también es cierto que tales facultades no pueden adquirir carácter ordinario como si fueran parte del objeto social dado que implicaría una modificación de este sin guardar las formalidades legales" (el resaltado es nuestro).

El tercer criterio (**extensivo**) asume un nuevo rumbo y considera expresamente que el directorio sí puede realizar actos de disposición, a menos que el estatuto social atribuya tal facultad a la junta de socios o la excluya de la competencia del directorio o que la LGS lo prevea de modo distinto. Léase la Resolución N° 238-01-ORLC/TR de fecha 8 de junio de 2001:

"El registrador público no podrá observar la inscripción de acuerdos del directorio referidos a actos de disposición por no encontrarse comprendidos en el objeto social. Si procederá observar la inscripción cuando se refiera a materias que expresamente el estatuto social atribuya a la junta general o excluya de la competencia del directorio o cuando se trate de casos previstos en la ley".

Y el cuarto criterio (**positivo**) considera, después de efectuar una interpretación de la LGS, que "administración de la sociedad" no es lo mismo que "actos de administración"; de forma tal que, si bien el directorio (junto a la gerencia) está encargado de la administración de la sociedad, ello no restringe su actuar a actos de administración, sino que también

comprende actos de disposición, tal como se expresa en la Resolución N° 021-02-ORLC/TR de fecha 19 de enero del 2002<sup>(4)</sup>:

**"La ley ha previsto que la administración de la sociedad anónima esté a cargo del directorio y de la gerencia, pero conforme a lo expuesto 'administración de la sociedad' no es equivalente a 'actos de administración' puesto que de ser así los actos de disposición habrían de ser atribuidos a la junta general de socios; sin embargo, la ley únicamente asigna a la junta general de socios facultades de disposición en forma excepcional: enajenación de activos de valor contable superior al 50% del capital social y adquisiciones dentro de los seis meses siguientes a la constitución de bienes cuyo tráfico no es propio del objeto social, de valor superior al diez por ciento del capital. Además, la ley atribuye expresamente al directorio, la facultad de otorgar préstamos, créditos y garantías, los que no constituyen actos de administración" (el resaltado es nuestro).**

Esta resolución registral es particularmente importante porque asienta un precedente de observancia obligatoria en los siguientes términos:

"Excepto los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general u otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos de administración y disposición".

**V. LA LIMITACIÓN ESTATUTARIA DE LAS FACULTADES DEL DIRECTORIO**

Atendiendo al artículo 172 de la LGS, citado *ab initio*, las facultades del directorio (que deben entenderse, según lo expuesto, como facultades de administración que permiten realizar actos de administración y actos de disposición) pueden restringirse legal o estatutariamente.

Las restricciones legales ya fueron materia de análisis y se agotan en los artículos 77 y 115 inciso 5 de la LGS. En cuanto a las restricciones vía el estatuto social dependerán de las que ahí se incluyan en mérito a la cláusula permisiva que consagra el artículo 55 inciso a)

de la misma norma legal cuando dispone que aquel puede contener "los demás pactos lícitos que [los socios] estimen convenientes para la organización de la sociedad". Sobre el particular, Enrique Elías Laroza anota:

"Nótese que, de acuerdo con el artículo 172, el estatuto puede limitar las facultades de administración del directorio. Por ejemplo, para la celebración de contratos que involucren una inversión muy cuantiosa se exige a veces el acuerdo de la junta general"<sup>(5)</sup>.

Una lectura pausada del citado artículo 172 de la LGS permite apreciar que la limitación estatutaria es solo a favor de la junta de socios, por lo que no podría entenderse, por ejemplo, respecto al presidente del directorio o al director-gerente; sin embargo, no comulgamos con tal interpretación porque ella es superada por la facultad que tiene la sociedad para nombrar representantes, según los artículos 145 y siguientes del Código Civil (norma general) y el artículo 14 del texto societario (norma especial). Es menester citar ahora el artículo 33 del Reglamento del Registro de Sociedades<sup>(6)</sup> que claramente prescribe:

**REGLAMENTO DEL REGISTRO DE SOCIEDADES**

**Artículo 33.- Facultades de disposición o gravamen**

"En el asiento de inscripción deberán consignarse las facultades que importen actos de disposición o gravamen, así como las condiciones de su ejercicio, siempre que ellas consten en el título y tal como están expresadas en él.

Para los efectos de este artículo y sin que la enumeración sea restrictiva, se consideran actos de disposición o gravamen, el aporte, venta, donación, permuta, adjudicación y, en general, cualquier acto que importe transferencia de bienes o derechos, así como el usufructo, superficie, servidumbre, fianza, prenda e hipoteca y cualquier otro acto de naturaleza patrimonial que importe restricción a la titularidad de un bien o derecho" (el resaltado es nuestro).

Con el propósito de una mayor ilustración, recurrimos a la Casación N° 1974-2001-Moquegua de fecha 17 de octubre del 2001 que recuerda:

"Que, este colegiado, en la sentencia en casación de fecha 12 de octubre de 2000, dictada en este mismo proceso, estableció en el sexto y sétimo

(4) También: Resolución N° 240-01-ORLC/TR de fecha 12 de junio del 2001.

(5) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano". Editora Normas Legales. Trujillo, 2001. Pág. 359.

(6) Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN.

considerando 'que si bien tratándose de sociedades anónimas, quien ejerce su representación según disposición legal es el gerente general, ello no excluye la posibilidad de que se confiera facultades de representación al presidente del directorio en caso de ausencia del primero, tal como ocurre en el presente caso, ya que conforme a lo establecido en el artículo 53 de la escritura pública de constitución de sociedad, el recurrente en su calidad de presidente de directorio asumía automáticamente las funciones del gerente de la sociedad en caso de ausencia, pudiendo ejercer sus atribuciones, facultades y poderes (...)' (el resaltado es nuestro).

Y en semejante sentido, la Casación N° 3387-2001-Cusco de fecha 27 de setiembre de 2002:

"Que, en tal sentido, del documento que obra en copia certificada a fojas 4, parece que efectivamente Alberto Ochoa Delgado en su calidad de director-gerente de la empresa en mención, con fecha 15 de marzo de 1990, asumió cualquier obligación que tenga pendiente la empresa Alberto Ochoa Delgado e Hijos S.A. frente al Banco demandado, teniendo en cuenta para tal efecto el valor de la citada garantía hipotecaria constituida por su representada.

Que, consecuentemente, debe señalarse al respecto que **cuando un representante se excede en sus facultades al celebrar determinado acto jurídico, dicho acto deviene en ineficaz con relación a su representado, conforme señala el artículo 161 del Código Civil**, de lo que se advierte que es la sociedad Alberto Ochoa Delgado S.R.L. y no el actor, la legitimada para cuestionar sobre la supuesta falta de facultades del mencionado director-gerente para llevar a cabo el acto en referencia y, siendo esto así, el extremo referido a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad del agente no resulta amparable" (el resaltado es nuestro).

De las sentencias transcritas se corrobora lo que mencionábamos en líneas anteriores: que la sociedad podría otorgar a representantes facultades que importen actos de disposición, recayendo esa representación en el presidente del directorio, el director-gerente o un tercero.

## VI. LA LIMITACIÓN ESTATUTARIA DE LAS ATRIBUCIONES DE LA JUNTA DE SOCIOS

Siguiendo el razonamiento aplicable a nuestra LGS en cuanto a los actos de disposición tenemos que aquella prevé que son competencia del directorio, salvo cuando sean atribuidos a la junta de socios por mandato legal o disposición estatutaria. Sabemos también que la LGS atribuye actos de disposición a la junta de socios en dos casos ya reseñados que son los contemplados en los artículos 77 y 115 inciso 5 del texto societario. Siendo ello así, cabe ahora preguntarse si el estatuto social podría disponer que estos últimos supuestos sean competencia del directorio y no de la junta de socios. La discusión cobra especial trascendencia a propósito de una resolución registral<sup>(7)</sup> que se pronunció sobre el tema y de la cual transcribimos a continuación sus más importantes considerandos. Respecto a los hechos:

"Que, la referida sociedad corre inscrita a fojas 329 del tomo 15 del Libro de Sociedades del Registro de Personas Jurídicas de Ica; consta en el asiento 40 la adecuación del estatuto a la nueva LGS, el mismo que **señala en el inciso 5 del artículo 20 que compete a la junta general 'acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable excede el cincuenta por ciento del capital de la sociedad'**.

Que, en la junta general del 28 de diciembre de 1999 se modificó el referido inciso 5 del artículo 20 del estatuto, estableciendo que **compete a la junta general 'acordar la enajenación, gravamen y cualquier otra forma de afectación en un solo acto, de activos no negociables, sean muebles o inmuebles, cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital suscrito de la sociedad. Cuando se trate de activos no negociables, sean muebles o inmuebles, cuyo valor no exceda el porcentaje señalado, el directorio o las personas autorizadas, tendrán facultad suficiente para acordar la operación de disposición, gravamen o cualquier otra forma de afectación de que se trate'**.

Que, en la misma junta se modificó también parte del artículo 41 del estatuto que regula las atribuciones del directorio, señalando que 'sin perjuicio

de lo anterior y de la facultad prevista en el inciso 5 del artículo 20 y de las demás que le corresponde conforme al estatuto, **el directorio tendrá, asimismo, todas las facultades de disposición, gravamen y cualquier otra forma de afectación de los bienes que integran el activo negociable de la sociedad, incluyendo bienes muebles o inmuebles**. Podrá, inclusive, delegar esta facultad" (el resaltado es nuestro).

Se trata pues de una sociedad que, originalmente, incluye en el artículo 20 inciso 5 de su estatuto social lo que textualmente prescribe el artículo 115 inciso 5 de la LGS: que compete a la junta general acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad. Hasta aquí no hay ningún problema. La controversia surge cuando dicha sociedad modifica su estatuto social y diferencia entre activos negociables y no negociables, aspecto no considerado en la LGS. En efecto, como puede apreciarse de los textos transcritos, la sociedad establece tres situaciones para los actos de disposición: primera, tratándose de activos no negociables cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital suscrito de la sociedad, le corresponde a la junta general; segunda, tratándose de activos no negociables cuyo valor contable no exceda el cincuenta por ciento del capital suscrito de la sociedad, le corresponde al directorio; y, tercera, tratándose de activos negociables (sin importar el valor contable), le corresponde a la junta general o al directorio.

El Tribunal Registral precisa así las cuestiones materia de análisis:

"Que, **debe determinarse si el inciso 5 del artículo 115 de la referida ley es una norma imperativa y, además, corresponde definir si se trata de una atribución exclusiva de la junta general**, en cuyo caso no podría establecerse en el estatuto que otro órgano social, además de la junta general, tenga esta misma atribución.

Que, es necesario también establecer **si la norma en cuestión se refiere al activo no negociable exclusivamente o si se refiere tanto al activo negociable como al no negociable**" (el resaltado es nuestro).

(7) Resolución N° 067-2001-ORLC/TR de fecha 13 de febrero del 2001.

Aquí compartimos el criterio del referido tribunal, pues son tres las cuestiones materia de análisis legal respecto al artículo 115 inciso 5 de la LGS: primero, si es una norma de carácter imperativo; segundo, si la atribución que otorga a la junta de socios es exclusiva; y, tercero, si se refiere tanto al activo negociable como al activo no negociable.

En cuanto a lo primero indica:

"Que, de los términos en que está redactado el artículo 114 de la LGS se concluiría que se está ante una norma imperativa, pues señala que 'la junta general se reúne obligatoriamente (...) Tiene por objeto (...)', en cambio, el artículo 115 no está redactado en términos mandatorios pues señala: 'compete asimismo a la junta general (...)'. Sin embargo, conforme al artículo 111 de la ley los accionistas constituidos en junta general, debidamente convocada y con el quórum correspondiente deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia; al respecto, **la ley asigna a la junta general atribuciones que inciden directamente en los derechos esenciales de los accionistas.** Concretamente, en lo atinente a las atribuciones enumeradas en el artículo 115 se contempla a la remoción de los directores, correlativa al derecho a designar al órgano de administración de la sociedad; asimismo, las atribuciones respecto a la reorganización de la sociedad, modificación del estatuto, aumento o reducción del capital modifican la estructura de la sociedad y, por lo tanto, afectan directamente a los titulares de las acciones; en el mismo sentido, la decisión respecto a la disolución llevará a la extinción de la sociedad y, por ende, pondrá fin a la calidad de accionistas.

Que, en consecuencia, **se concluye que el artículo 115 de la LGS es una norma imperativa, no pudiendo excluirse de la competencia de la junta ninguna de las atribuciones señaladas en el mismo**" (el resaltado es nuestro).

Estamos de acuerdo con la conclusión a la que arriba el Tribunal Registral, pero hubiéramos preferido una justificación más clara y menos engorrosa. Es engorrosa porque empieza diciendo que el artículo 115 de la LGS "no está redactado en términos mandatorios" para luego sostener que "es una norma imperativa". El asunto es más simple. Si enfocamos el artículo 172 del texto societario desde el tema que aquí nos interesa, debemos

leer que el directorio puede realizar cualquier acto de disposición, excepto los que la ley o el estatuto social atribuyan a la junta de socios. Uno de los dos casos que la LGS reserva a la junta de socios está consagrado en la norma *subexamine*: el artículo 115 inciso 5. Entonces, la excepción (del artículo 115 inciso 5) rompe el carácter absoluto que pudiera tener la regla (del artículo 172) y si la excepción también pudiera romperse vía el estatuto social, entonces simplemente nos quedaríamos con la regla y ya no tendría razón de ser la aludida excepción.

Respecto a lo segundo agrega:

"Que, no afectará ningún derecho esencial de los accionistas el que estos, en el estatuto, decidan que las decisiones (sic) sobre el patrimonio podrán también ser adoptadas por el directorio o la gerencia, aun cuando se trate de decidir la enajenación en un solo acto de valor contable superior al cincuenta por ciento del capital; esta enajenación podrá ser siempre acordada por la junta general, pero si el estatuto atribuye la misma además a otros órganos, estos, sin necesidad de pronunciamiento de la junta general, podrán válidamente decidir la enajenación.

Que, en uso del derecho a la libertad contractual, resulta por tanto admisible que los accionistas determinen en el estatuto si desean que las enajenaciones de activos de valor contable superior al cincuenta por ciento del capital sean acordadas, además de la junta general, por otros órganos sociales, puesto que tal estipulación no afectará el derecho esencial de los accionistas de adoptar, reunidos en junta general, las decisiones trascendentes para la vida social".

Contradecimos en todos sus extremos los considerandos precedentes. Existe confusión de dos situaciones que se descubren en los párrafos recién transcritos: en el primero (disyuntivo), la facultad corresponde a la junta de socios o al directorio, de ahí que el directorio puede decidir la enajenación de activos "sin necesidad de pronunciamiento de la junta general", mientras que en el segundo (copulativo), la facultad corresponde a la junta de socios y al directorio, por lo que indica que la enajenación de activos será acordada, "además de la junta general, por otros órganos sociales". Lo primero

se opone frontalmente a lo que antes ya había señalado la propia resolución, esto es que el artículo 115 inciso 5 de la LGS es una norma de carácter imperativo, debiendo comprenderse entonces que la atribución de la junta de socios es exclusiva para ella. Y lo segundo es, por decir lo menos, innecesario porque carece de sentido que, además de la junta de socios, se pronuncie el directorio; aquí habría que preguntarse qué sucedería si se cuenta con el primer pronunciamiento y no con el segundo.

Y para la tercera cuestión anota:

"Que, el apelante considera que el artículo 115 inciso 5 se refiere a los activos no negociables; sin embargo, **no solo del texto literal se aprecia que se refiere a los activos, sin distinguir a los no negociables de los negociables, sino que atendiendo a los antecedentes de la norma queda claro que se refiere tanto a los activos negociables como a los no negociables.** Al respecto, en el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora del Anteproyecto de la LGS se consigna en este artículo 'activos', lo que fue modificado por la Comisión Revisora, la que estableció en el proyecto que sería atribución de la junta general el acordar la enajenación en un solo acto de 'activos fijos' cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital; sin embargo, la referencia a los 'activos fijos' fue suprimida por la Comisión Permanente del Congreso, en coincidencia con el texto propuesto por la Comisión Redactora del Anteproyecto" (el resaltado es nuestro).

Estamos ante una laguna del Derecho porque la LGS no se pronuncia respecto a la calidad de los activos como negociables o no negociables. Siendo ello así es menester recurrir a la integración jurídica y aplicar el principio general del Derecho que sostiene que: "no cabe distinguir donde la ley no distingue"; en consecuencia, cuando la LGS regula, en su artículo 115 inciso 5, la enajenación de activos se debe entender que se refiere a toda clase de activos, sin importar que sean negociables o no negociables, discrepando así entonces de la opinión de Enrique Elías Laroza para quien "por activos puede entenderse todos aquellos que por su naturaleza sean 'enajenables'<sup>(8)</sup>, lo que quizás supondría asimilar *negociable a enajenable*.

(8) ELÍAS LAROZA, Enrique. "Derecho Societario Peruano". Op. cit. Pág. 261.