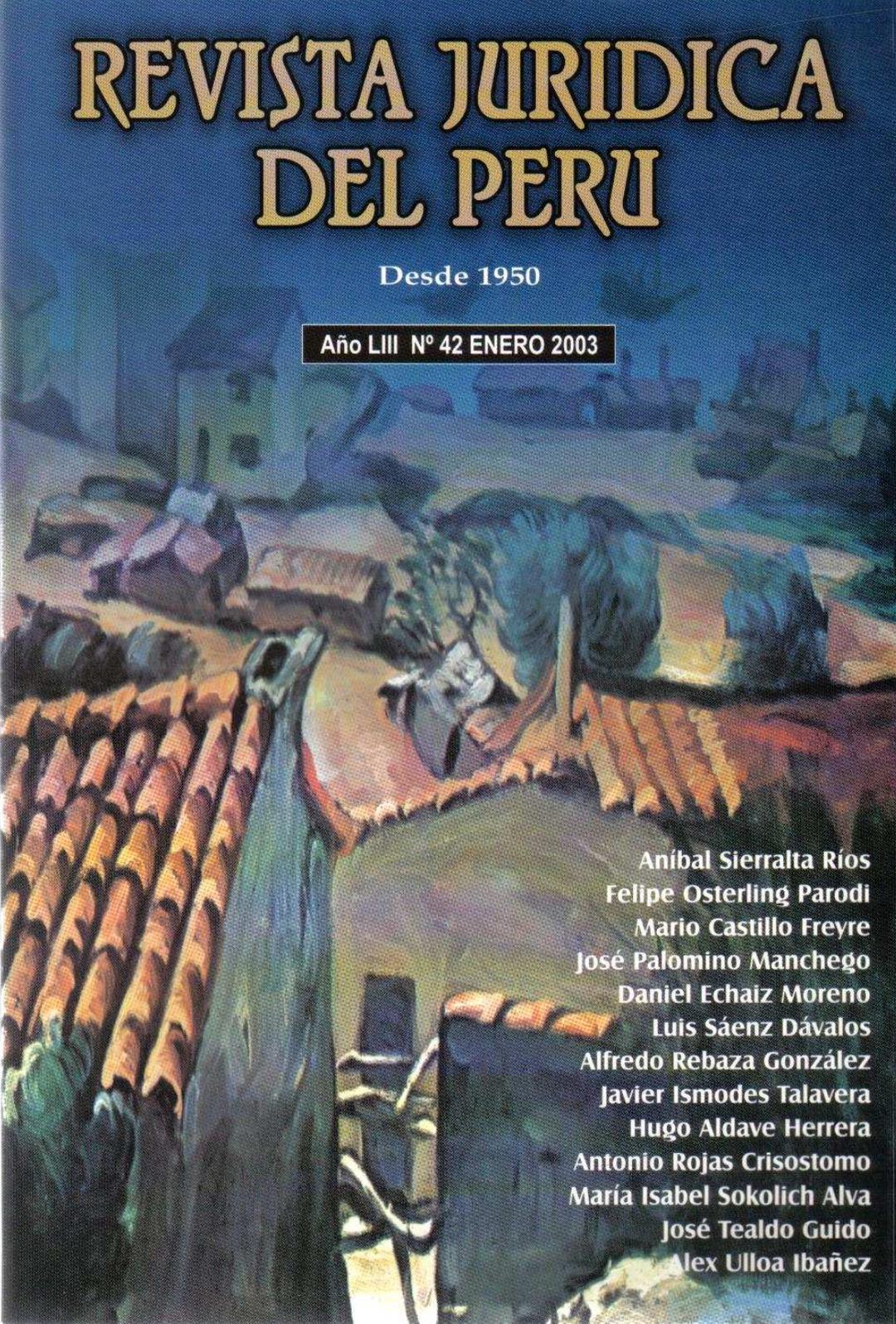


REVISTA JURIDICA DEL PERU

Desde 1950

Año LIII N° 42 ENERO 2003

The background of the cover is a painting of a town with terracotta roofs. In the foreground, a person is seen from behind, leaning over a roof. The style is somewhat impressionistic with visible brushstrokes.

Aníbal Sierralta Ríos
Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre
José Palomino Manchego
Daniel Echaiz Moreno
Luis Sáenz Dávalos
Alfredo Rebaza González
Javier Ismodes Talavera
Hugo Aldave Herrera
Antonio Rojas Crisostomo
María Isabel Sokolich Alva
José Tealdo Guido
Alex Ulloa Ibañez

LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS EN LA ORGANIZACIÓN CORPORATIVA SOCIETARIA*

DANIEL ECHAIZ MORENO**

Al doctor Enrique Normand Sparks, padrino de nuestra Primera Promoción de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONTENIDO: 1. A manera de introducción: las nuevas tendencias en el Derecho Empresarial.- 2. La organización corporativa societaria y la estructura de gobierno.- 2.1. La junta general de accionistas.- 2.2. El directorio.- 2.3. La gerencia.- 3. Los inversionistas según la teoría de los grupos de interés.- 3.1. Los inversionistas mayoritarios.- 3.2. Los inversionistas minoritarios.- 3.3. Los inversionistas institucionales.- 4. La junta general de accionistas en la legislación societaria peruana.- 5. Hacia una nueva concepción empresarial.- 5.1. Los convenios parasocietarios.- 5.2. Las acciones sin derecho a voto.- 5.3. Los grupos societarios.- 5.4. Las ofertas públicas de adquisición de acciones.- 5.5. El gobierno corporativo.- 6. Conclusiones.

1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO EMPRESARIAL

Asistimos hoy en día, sin lugar a dudas, a la revolución jurídica de la empresa¹. En efecto, ésta transforma las tradicionales estructuras del Dere-

cho, acercando sus enfoques antes claramente diferenciados y brindando una novísima concepción integral. La metodología de estudio multidisciplinario, propiciada a propósito de la empresa, conlleva al surgimiento y consecuente desarrollo del denominado Derecho Empresarial o Derecho de la Empresa, interesante y compleja discipli-

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del contrato de servicios profesionales celebrado entre la Editora Normas Legales y el Centro de Consultoría Empresarial Consultex.

** Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Martín de Porres y miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Web page: <http://derechoempresarial.deamerica.net>. E-mail: danielechaiz@yahoo.com

¹ Precisamente atendiendo a esta situación, recientemente expusimos una ponencia titulada "La revolución jurídica de la empresa" dentro del marco de la X Convención Nacional Académica de Derecho, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y llevada a cabo el 22 de noviembre del 2002.

na que gira en torno a la problemática jurídica del fenómeno empresarial y que, dentro de su seno, congrega tópicos inicialmente ubicados en los Derechos Civil, Laboral o Penal (sólo por citar algunos ejemplos), pero que ahora inmersos en esta nueva concepción adquieren mayor valía y, a su vez, aprovechan los beneficios del análisis integral.

Es en este contexto que el Derecho Empresarial ofrece (y sigue ofreciendo) diversos temas de notable interés para aquellos quienes estamos avocados a su estudio, difusión y aplicación. El ciclo de vida de la empresa, la condición de empresario, el fondo empresarial, las negociaciones sobre la empresa, la libertad empresarial, la transmisión de bloques patrimoniales, los contratos de empresa, la sindicación de voto, la cogestión empresarial, los grupos de interés, la concentración empresarial, las políticas de libre competencia, el allanamiento de la personalidad jurídica, el control concentracionista, los grupos de empresas, las finanzas corporativas, el financiamiento empresarial y el gobierno corporativo constituyen parte del amplio temario del novedoso Derecho Empresarial y, dentro de éste, destaca un tópico actualmente en emergente redefinición, como es la estructura de gobierno de la sociedad, el mismo que se vincula a varios de los temas antes citados.

Apréciense, entonces, que las tendencias imperantes ya no pretenden

«capturar» una institución, como la empresa, y ofrecer de ella un análisis eminentemente teórico y alejado de la realidad, sino que por el contrario persiguen «aprehender» a dicha institución per se, tal como es, cómo se muestra y cómo funciona, mas aún cuando la empresa por su propia naturaleza obliga adoptar un enfoque dinámico. No basta enumerar los derechos laborales, sino que es necesario entender el deseo cogestor de los trabajadores respecto a la empresa²; resulta inaudito conceder beneficios a ultranza para los inversionistas mayoritarios cuando las sociedades anónimas abiertas tienen su principal soporte en los inversionistas minoritarios³; y es carente de toda practicidad abogar por el control previo de las concentraciones empresariales cuando éste desalienta las inversiones y encarece los costos de transacción⁴. A estas y otras conclusiones (esbozadas aquí muy ligeramente, sólo con fines didácticos) pueden arribarse a partir del Derecho Empresarial.

2. LA ORGANIZACIÓN CORPORATIVA SOCIETARIA Y LA ESTRUCTURA DE GOBIERNO

Toda institución que anhela cumplir sus objetivos de manera eficiente, es decir, minimizando los costos y maximizando los beneficios debe estructurarse en base a un gobierno adecuado y claramente esbozado. La sociedad, legendaria institución nacida en

el Derecho Comercial (al igual que el Estado y la familia), cuenta con una estructura de gobierno que, tradicionalmente, se ha apoyado sobre tres pilares: la junta general de accionistas, el directorio y la gerencia, tríada que en su concepto ha sido recepcionada de modo universal por distintas legislaciones del mundo.

Cierto es que la sociedad constituyó una figura emblemática del Derecho Comercial, luego lo ha sido del Derecho Societario, ahora aún lo es del Derecho Empresarial y, en general, conserva ese título dentro del Derecho Privado. Aquí es preciso traer a colación que, hace varios años, Fernando De Trazegnies Granda perennizó una reflexión que constantemente ha sido recordada por varios autores; él dijo: "Cuando una institución humana, creada por el hombre al servicio del hombre, comienza a escribir su nombre con letras de molde, cuando una institución humana cristaliza, se abstrae de la historia que le dio origen y pretende ser un valor universal, entonces hay algo que se quiebra y que se pierde: nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas"⁵.

Pues bien, veremos a lo largo de las próximas líneas del presente ensayo que dicha reflexión no se aplica a la sociedad porque si bien ésta encuadra dentro de sus premisas iniciales, también es verdad que no se ha quebrado ni perdido nuestra capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas; por el contrario, el empresario y el legislador han sabido afrontar «la nueva realidad». Atendiendo a esta situación, manifestábamos

anteriormente que la estructura de gobierno de la sociedad se encuentra en constante redefinición; los inversionistas institucionales, las acciones sin derecho a voto, la junta universal, el directorio facultativo, los contratos de gerencia, las sesiones no presenciales, la sindicación de acciones y las prácticas de gobierno corporativo son algunos ejemplos que ilustran aquella capacidad de inventiva y de respuesta frente a situaciones nuevas por la cual abogamos. Obviamente queda camino por recorrer y, precisamente, estamos seguros que éste será posible en tanto el Derecho Empresarial siga desarrollándose.

2.1. La junta general de accionistas

La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; éste es, prácticamente, un axioma jurídico. Ello significa que los accionistas tienen como atributo consustancial de su propia condición el participar en la marcha del negocio, a tal punto que el voto se erige como el principal y más importante derecho político que, a su vez, trasluce el régimen democrático que debe imperar en toda sociedad. Téngase en consideración que la sociedad sigue las mismas líneas maestras que el Estado, pero a menor escala y, en tal orden de ideas, la junta general de accionistas es una suerte de conjunto de ciudadanos (electores) quienes expresan su voluntad a través del voto, la participación directa y la fiel representación.

² Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "La cogestión empresarial". En: Diario La República. Lima (Perú), 8 de junio del 2000, pág. 20.

³ Cfr. MESEGUER GUICH, Diego Luis. "¿Sabía Ud. que... si es accionista minoritario también puede tomar decisiones?". En: Gaceta Jurídica. Lima (Perú), Gaceta Jurídica Editores, abril de 1999, Tomo 65-B, págs. 70 a 76.

⁴ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "A propósito de ciertos «fantasmas» contra la libre competencia". En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo (Perú), Editora Normas Legales, diciembre del 2001, Año LI, N° 29, págs. 163 a 176.

⁵ DETRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La transformación del derecho de propiedad". En: Revista El Derecho. Lima (Perú), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, N° 33, pág. 104.

Juzgamos pertinente efectuar una acotación que quizás resulte superflua para algunos, pero que se condice con la precisión terminológica que siempre debe acompañar a todo profesional y, especialmente, a los abogados. Es común diferenciar entre las llamadas sociedades de personas y sociedades de capitales, aunque esa distinción hoy en día esté relativizada; modelos típicos de ambas son la sociedad civil (como un Estudio de Abogados) y la sociedad anónima (como una empresa cervecera), respectivamente. Las primeras tienen representado su capital mediante participaciones, mientras que las segundas lo tienen representado mediante acciones; sólo estas últimas son títulos valores y, por ende, de fácil transmisibilidad y negociabilidad. Es lógico, entonces, hablar de junta general de accionistas cuando la sociedad cuenta con acciones y los titulares de éstas son accionistas, mas no cuando la sociedad tiene participaciones y sus titulares son participacionistas; aquí estaremos ante una junta general de participacionistas. Ambos supuestos podremos englobarlos en el nombre genérico de junta general de socios. No obstante, atendiendo a la utilización constante por los miembros del foro, a la propia calificación legal tanto nacional como extranjera y a efectos de no propiciar una confusión conceptual, continuaremos refiriéndonos a la junta general de accionistas, dejando a salvo nuestra disquisición antes explicada.

2.2. El directorio

Podemos afirmar que la administración de la sociedad está encomendada, en términos generales, al directorio y, en términos específicos, a la gerencia. Es el directorio el órgano colegiado que

dicta las medidas pertinentes para la marcha del negocio y, siguiendo con nuestro símil del Estado anteriormente explicado, su homólogo sería el Poder Legislativo.

Criterios modernos de gestión empresarial aconsejan incluir la figura del directorio facultativo en aquellas sociedades de naturaleza cerrada, generalmente familiares, porque en éstas suelen existir socios en número reducido quienes, además de la propiedad, participan directamente en la administración societaria. Felizmente nuestra vigente Ley General de Sociedades acoge esta concepción cuando permite que las sociedades anónimas cerradas prescindan del directorio, su puesto en el cual las funciones de éste serán asumidos por el gerente general.

2.3. La gerencia

La otra instancia encargada de administrar a la sociedad es la gerencia, la misma que puede integrarse por una o más personas, dependiendo de la propia estructura interna, operativa y funcional de la empresa. El o los gerentes asumen el manejo «diario» de la sociedad, convirtiéndose en ejecutores de las decisiones adoptadas por la junta general de accionistas y el directorio; por consiguiente, su contraparte dentro del organigrama estatal que venimos comentando sería el Poder Ejecutivo.

Si bien es cierto que la junta general de accionistas se ha considerado desde antaño como el órgano societario más importante porque reúne en su seno a todos los socios, debemos señalar que, con el transcurso del tiempo, está abriendo camino a la gerencia; igual acontece con el directorio, lo que se aprecia por ejemplo al prescindirse

de él en la sociedad anónima cerrada, trasladando sus funciones al gerente general. Y es que, como ya hemos acotado, la administración diaria de la sociedad recae en la gerencia, tanto como la representación de aquella y la ejecución de los actos y contratos ordinarios. Tal panorama conlleva, de manera inevitable, a que la gerencia asuma un nuevo rol más protagónico dentro de la organización societaria y así, verbigracia, empiezan a celebrarse contratos de gerencia, surgen empresas de gerenciamiento profesional, se admite la posibilidad que una persona jurídica ejerza el cargo de gerente, los tecnócratas se fortalecen⁶, la holding recobra su esplendor dentro del control corporativo⁷ y comienza a promoverse la separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad, todo ello inmerso dentro del complejo mundo del «management».

3. LOS INVERSIONISTAS SEGÚN LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE INTERÉS

Durante la década de 1960, algunos juristas sentaron las bases iniciales de lo que posteriormente ha venido en conocerse dentro de la doctrina mercantilista comparada como la teoría de los grupos de interés. A lo largo de los años se han perfilado sus postulados y, a mediados de 1980, fue recepcionada en el Perú, a propósito de los aportes de Carlos Torres y Torres Lara⁸.

Hoy en día, merecen revisarse sus conceptos porque, si bien aún es válido su inicial sustrato jurídico, también es cierto que el propio Derecho Empresarial ha ampliado la gama de los grupos de interés.

En términos simples, la teoría de los grupos de interés sostiene que, alrededor de la empresa, existen diversos intereses que se ven afectados, positiva o negativamente con la actuación empresarial, los mismos que suelen presentarse no aislada sino colectivamente; de ahí que se hable de «grupos de interés». Entre estos encontramos, por ejemplo, a los inversionistas, los trabajadores, los acreedores, los consumidores y usuarios, la comunidad y el Estado. Temas como los ceses colectivos por motivos económicos, la protección de créditos en empresas insolventes, la responsabilidad social de la empresa y las prácticas de elusión mediante paraísos fiscales otorgan importancia a la teoría de los grupos de interés, exigiendo su constante actualización.

Hemos mencionado a los inversionistas como uno de los grupos de interés. Pues bien, en toda sociedad cabe distinguir entre los inversionistas mayoritarios (también denominados socios controladores, dominantes o de mando) y los inversionistas minoritarios (llamados socios controlados, externos o especuladores). Últimamente, han cobrado notable importancia los inversionistas institucionales, básica-

⁶ "El poder de la tecnocracia nunca ha sido mayor que en nuestros días". BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. México (México), Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 918 (voz: "tecnocracia").

⁷ Cfr. FERRO ASTRAY, Juan. "En torno al concepto jurídico de holding". En: Revista del Colegio de Abogados del Uruguay. Montevideo (Uruguay), Colegio de Abogados del Uruguay, s/f, Tomo I, pág. 161.

⁸ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "Persona jurídica, sujeto vs. empresa, objeto. Los grupos de interés y la tesis del sometimiento del elemento extraño". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima (Perú), Editorial Asesorandina, abril de 1985, págs. 1-31 a 1-35.

mente a propósito del despegue de las Administradoras de Fondos de Pensiones, más conocidas como AFPs. Siguiendo tal esquema, nos pronunciamos brevemente sobre cada una de dichas categorías, en tanto son esos inversionistas los que integran las juntas generales de accionistas.

3.1. Los inversionistas mayoritarios

Los inversionistas mayoritarios son aquellos que pretenden dirigir los destinos de la sociedad, intervenir directamente en las decisiones que afecten la marcha social, «ocupar un sillón» en el directorio, tener el control corporativo y conservarlo, fortalecer la posición de la empresa en el mercado y, además pero subordinado a lo anterior, lograr los beneficios económicos esperados. Es decir, aquí hay una visión de futuro, de manera tal que lo inmediato no es conseguir utilidades; si éstas se dan, en buena hora, pero no es consustancial porque lo apremiante es «ver crecer» a la sociedad en la idea que, si ello es así, los réditos serán el efecto natural.

Cuando se alude al inversionista mayoritario lo común es pensar en aquel que detenta una alta participación en el capital social (como el 85%) o, mejor aún, la totalidad de éste (el 100%), aunque esto último configura una excepción porque la pluralidad de socios impide, en principio, la titularidad absoluta de una sola persona⁹. Lo cierto es que con la aparición de las grandes sociedades (en el Perú, prime-

ro lo fueron las sociedades anónimas de accionariado difundido y, ahora, lo son las sociedades anónimas abiertas) se produce la atomización del capital, de modo que ingentes cantidades de inversionistas minoritarios incursionan en la sociedad. La consecuencia más apreciable es que con una participación accionaria aparentemente mínima (por ejemplo: 15%) puede controlarse una sociedad si es que el resto de acciones están disgregadas en una masa de socios (verbigracia: el otro 85% en manos de 5000 socios); este es el caso de las empresas peruanas Telefónica y Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, así como de la estadounidense Microsoft.

3.2. Los inversionistas minoritarios

Por otro lado, también existen los inversionistas minoritarios que son aquellos que pretenden obtener un inmediato beneficio económico de la sociedad, es decir, que su inversión logre un retorno, sin importarles el futuro de la empresa porque el paso de ellos es efímero; pronto irán en búsqueda de una nueva sociedad que satisfaga sus pretensiones especulativas. Saben, además, que con el capital invertido no podrán intervenir directamente en la marcha social, ni incidir con fuerza en las decisiones corporativas, a tal punto que llegan a «ceder» su derecho político consustancial al suscribir acciones sin derecho a voto.

Sin embargo, deberá apreciarse que en las grandes sociedades son precisa-

mente los inversionistas minoritarios quienes hacen posible la realización del negocio, en tanto mediante «pequeños aportes» se consigue lo que nadie, aisladamente, podría aportar. Arribar a esta concepción implica valorizar adecuadamente el rol del socio minoritario y promueve una corriente de pensamiento que tiende a la salvaguarda de sus derechos. Nuestra vigente Ley General de Sociedades¹⁰ es un buen ejemplo de recepción legislativa en este aspecto, puesto que contempla los derechos de convocar a junta general de accionistas [artículo 117], impugnar acuerdos [artículo 140], percibir utilidades líquidas [artículo 231], accionar contra el directorio [artículo 181], solicitar auditorías externas o especiales [artículos 226 y 227] y separarse [artículo 200], entre otros, lo cual se consolida con la dación de la Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas¹¹ y con la creación de la Comisión de Protección al Accionista Minoritario como órgano de la Conasev¹².

3.3. Los inversionistas institucionales

En realidad, los inversionistas institucionales no se erigen en una categoría diferenciada de las anteriores porque podrían ser mayoritarios o minoritarios, aunque lo usual es lo segundo, pero con importancia trascen-

dente dentro de la economía nacional y el marco de las inversiones. Quizás el asunto de mayor relevancia radica en que el capital invertido (y arriesgado) por éstos pertenece a un público masivo por lo que el riesgo es potencialmente más grande; ejemplifican esta situación las Administradoras de Fondos de Pensiones y los Fondos Mutuos.

4. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS EN LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA PERUANA

La Ley General de Sociedades regula a la junta general de accionistas en el Libro II «Sociedad anónima», Sección Cuarta «Órganos de la sociedad», Título Primero, entre los artículos 111 al 151. Es de precisar, sólo a manera referencial e informativa, que su antecedente legislativo lo constituye la anterior Ley General de Sociedades¹³ que normó el tema en su Sección III «De la sociedad anónima», Título VII «De los órganos de la sociedad», Capítulo I «De la junta general», entre los artículos 120 al 152. Asimismo, legislación sectorial aborda nuestro tópico en asuntos puntuales, tal es el caso de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Ley del Mercado de Valores. No obstante, a continuación centraremos nuestra atención solamente en la vigente Ley General de Sociedades, glo-

¹⁰ Perú. Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1997.

¹¹ Perú. Ley de Protección a los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas. Aprobada mediante Ley N° 26985 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de octubre de 1998.

¹² Perú. Resolución Conasev N° 164-98-EF/94.10 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de diciembre de 1998.

¹³ Perú. Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 3-85-JUS publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de mayo de 1985.

⁹ Algunos casos excepcionales son las subsidiarias de las empresas del sistema financiero y las sociedades de propósito especial en materia de titulación que, aún cuando deben constituirse como sociedades anónimas, no requieren pluralidad de socios.

sando los principales aspectos regulados en dicha norma jurídica.

4.1. La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad y todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados [artículo 111].

4.2. El directorio (o el gerente general en la sociedad anónima cerrada que no cuente con directorio [artículo 247]) convoca a junta general de accionistas [artículo 113] cuando lo ordena la ley (por ejemplo: para someter a consideración el proyecto de fusión [artículo 349]), lo establece el estatuto (verbigracia: una vez al mes), lo acuerda el propio directorio por considerarlo necesario al interés social (ello podría suceder cuando recibe información acerca de la posible entrada al mercado de una empresa competidora extranjera, a efectos de adoptar alguna estrategia corporativa) o lo solicite un número de accionistas que represente cuando menos el 20% de las acciones suscritas con derecho a voto (medida que tiende a la protección de los inversionistas minoritarios).

4.3. Cuando menos una vez al año se reúne obligatoriamente la junta general de accionistas, lo que se conoce como junta obligatoria anual [artículo 114] para diferenciarla de otras juntas que pudieran producirse durante el ejercicio económico, pero debemos precisar que estas últimas también son obligatorias en la medida que lo establezca el estatuto o lo soliciten socios minoritarios, por lo que mejor cabría denominar a aquella como junta general anual de accionistas. El mandato legal es que aquella se realice durante los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico [artículo 114], lo que en la práctica

alude a los meses de enero a marzo, siendo lo más común que se lleve a cabo en este último mes.

4.4. Corresponde a la junta obligatoria anual [artículo 114]: pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio económico anterior expresados en los estados financieros; resolver sobre la aplicación de las utilidades (existiendo dos posibilidades que son la reinversión generalmente vía aumento de capital [artículo 202 inciso 3] o la distribución a través de dividendos [artículo 230]); elegir a los miembros del directorio y fijar su retribución; y designar a los auditores externos (por ejemplo: en la sociedad anónima abierta [artículo 260]), entre otros asuntos.

4.5. A las otras juntas generales de accionistas (que no sean la obligatoria anual) les compete, asimismo [artículo 115]: remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes; modificar el estatuto (para sustituir, agregar, eliminar o precisar alguna cláusula [artículos 198 y siguientes]); aumentar o reducir el capital social (lo que podría darse en caso de una fusión por absorción [artículo 344 inciso 2] o de una escisión por segregación [artículo 367 inciso 2], respectivamente); y emitir obligaciones (cuando se recurre al mercado en búsqueda de financiamiento [artículos 304 y siguientes]), sólo por citar algunos supuestos.

4.6. La convocatoria es importante porque asegura el derecho de información de los socios en protección de sus legítimos intereses; inclusive, esta acción tuitiva alcanza a los acreedores societarios quienes tienen derecho de oposición ante una fusión o escisión [artículos 359 y 383 concordados con el artículo 219]. En tal sentido, el aviso

de convocatoria debe ser publicado con una anticipación no menor de 10 días al de la fecha fijada para su celebración, especificándose en dicho aviso el lugar, el día y la hora, así como los asuntos a tratar, pudiendo consignarse además el lugar, el día y la hora para la junta general de accionistas en segunda convocatoria, la cual debe distar de la primera en un plazo no menor de 3 ni mayor de 10 días [artículo 116]. "Cuando se obliga a que la convocatoria de la junta general se haga mediante aviso se refiere a la publicación en un periódico y no ha convocar a los accionistas mediante carta notarial" (Casación N° 329-94 del 15 de diciembre de 1995).

4.7. Téngase en cuenta la reiterada jurisprudencia registral que resalta la importancia de la convocatoria: "El aviso de convocatoria constituye un acto previo indispensable para la debida publicidad de la celebración de toda junta general y de su agenda, ello a efectos de que sus miembros tengan debido y oportuno conocimiento de tal acontecimiento y puedan ejercer plenamente sus derechos" (Resolución N° 70-98-ORLC del 16 de febrero de 1998), así como: "El cumplimiento de las formalidades establecidas para la realización de una junta general tiene por objeto preservar el derecho de los accionistas a intervenir y votar en las juntas generales..., puesto que la imposibilidad de concurrir al lugar de realización de una junta implica necesariamente la imposibilidad de ejercer dicho derecho" (Resolución N° 405-95-ORLC/TR del 25 de noviembre de 1996).

4.8. Si estamos ante el supuesto de que los propios socios solicitan la realización de una junta general de accionistas [artículo 113], corresponde al

directorio publicar el aviso de convocatoria dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la cual deberá celebrarse dentro del plazo de 15 días a contar desde la fecha de publicación de la convocatoria [artículo 117].

4.9. Cuando estén presentes accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto (esto es, el 100%), acepten por unanimidad la celebración de la junta general de accionistas y acepten también por unanimidad los asuntos a tratar se produce la denominada junta universal de accionistas [artículo 120], la misma que se entiende convocada y válidamente constituida, siendo su principal ventaja la posibilidad de prescindir de todos los requisitos concernientes a la convocatoria (tales como el aviso y los plazos). Ahora bien, "la circunstancia de que una junta general, órgano supremo de la sociedad, pueda reunirse en junta universal y llevar a cabo una junta general incluso en discrepancia de la propia convocatoria y de la agenda fijada permite colegir que el tema de convocatoria y quórum no constituyen normas de orden público ni [tienen] carácter imperativo" (Resolución N° 437-96-ORLC/TR del 10 de diciembre de 1996).

4.10. Por regla general quienes tienen derecho de concurrencia a la junta general de accionistas son los titulares de acciones con derecho a voto que figuren inscritas a su nombre en la matrícula de acciones con una anticipación no menor de dos días a la celebración de dicha junta general [artículo 121 primer párrafo]; no obstante, también pueden asistir los directores y el gerente general que no sean accionistas, así como los funcionarios, los profesionales y los técnicos al servicio

de la sociedad o de otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales, pero todos ellos lo harán con voz, mas no con voto [artículo 121 segundo y tercer párrafos].

4.11. En cuanto a la representación en la junta general de accionistas, la regla general es que ella es posible mediante cualquier persona; sin embargo, existe la posibilidad que el estatuto limite esta facultad a favor de otro accionista, de un director o de un gerente [artículo 122].

4.12. El quórum se computa y establece al inicio de la junta general, por lo que los accionistas que ingresan cuando la junta general ya fue instalada no se computan para establecer el quórum, aún cuando pueden ejercer su derecho a voto. Comprobado el quórum, el presidente de la junta (que, usualmente, es el presidente del directorio [artículo 129]) la declara instalada [artículo 124].

4.13. El quórum de asistencia para asuntos ordinarios es, en primera convocatoria, cuando menos el 50% de las acciones suscritas con derecho a voto y, en segunda convocatoria, cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto [artículo 125]; mientras que para asuntos extraordinarios es, en primera convocatoria, cuando menos dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto y, en segunda convocatoria, cuando menos tres quintos de las acciones suscritas con derecho a voto [artículo 126].

4.14. Por otro lado, el quórum para adopción de acuerdos ordinarios es mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta general de accionistas (quórum simple), mientras que el quórum para adopción de acuerdos ex-

traordinarios es mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto (quórum calificado) [artículo 127].

4.15. La presidencia de la junta general de accionistas recae, por regla general, en el presidente del directorio, mientras que el gerente general actúa como secretario. Como excepción a lo señalado, el estatuto o las circunstancias (ausencia o impedimento del presidente del directorio y/o del gerente general) podrían motivar que otras personas ocupen tales cargos (las señaladas en el estatuto o las designadas por la junta general entre los concurrentes a ella, respectivamente) [artículo 129].

4.16. Cuando existan diversas clases de acciones, los acuerdos de la junta general de accionistas que afecten los derechos particulares de cualquiera de ellas deben ser aprobados en sesión separada por la junta especial de accionistas de la clase afectada [artículo 132].

4.17. El derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad [artículo 133]. Aquí se protege el interés social, dándole preeminencia sobre el interés individual o particular; sin embargo, el asunto podría agudizarse cuando la sociedad integra un grupo empresarial, ya que éste actúa motivado por el interés grupal el cual subordina al interés social.

4.18. El acta expresa un resumen de lo acontecido en la junta general de accionistas y puede asentarse en un libro de actas, en hojas sueltas o en cualquier otra forma permitida por la ley (como medios electrónicos) [artículo 134]. En ella es necesario precisar, entre otros datos, la forma y el resultado de las votaciones y los acuerdos

adoptados. Cuando el acta es aprobada en la misma junta general será firmada por el presidente, el secretario y un accionista designado al efecto; empero, de no aprobarse en la misma junta, dicha aprobación deberá producirse dentro de los diez días siguientes a la celebración, siendo firmada por el presidente, el secretario y cuando menos dos accionistas designados [artículo 135]. "El acta que recoge los acuerdos de la junta general de accionistas constituye el único instrumento que contiene la declaración de voluntad de una junta general" (Resolución N° 130-97-ORLC/TR del 16 de abril de 1997).

4.19. Por regla general, cualquier accionista que concurre a la junta general tiene derecho a firmar el acta. Respecto a la junta universal [artículo 120] y atendiendo a su propia naturaleza, es menester que el acta sea firmada por todos los accionistas; excepción a esta exigencia se da cuando la totalidad de los accionistas hayan firmado la lista de asistentes y en ella estuvieran consignados tanto el número de acciones del que son titulares como los asuntos de la convocatoria [artículo 135].

4.20. Procede la impugnación judicial de los acuerdos adoptados en junta general de accionistas que sean contrarios a la Ley General de Sociedades, al estatuto o al pacto social y que lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad [artículo 139]. Resulta fácilmente aplicable, entre otros supuestos, a la actuación pro interés grupal en un grupo de sociedades, por lo

que urge (como lo venimos sosteniendo hace algunos años) la dación de una Ley sobre Grupos de Empresas¹⁴. Por otro lado, no procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto [artículo 139], atendiendo a que ya desapareció la causal perniciosa.

4.21. La legitimación activa de la impugnación recae en los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los accionistas ausentes y los accionistas que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto [artículo 140] porque "el derecho legítimo para demandar [la impugnación] lo tienen los socios" (Casación N° 3070-98/Lambayeque del 2 de junio de 1999). El derecho de impugnación se haya sujeto a plazos de caducidad: dos meses desde la adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta general, tres meses también desde la adopción del acuerdo si no concurrió y un mes desde la inscripción tratándose de acuerdos inscribibles [artículo 142].

5. HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN EMPRESARIAL

La realidad empresarial muestra que la sociedad está sujeta, dado su rol protagónico en la vida económica, a diversas negociaciones que influyen en ella. Así, los contratos de transferencia de sociedades, las clases de acciones, la transmisión de fondos empresariales, la negociabilidad de bloques patrimoniales, los convenios o

¹⁴ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral. Lima (Perú), Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, diciembre del 2001.

acuerdos parasocietarios, las acciones sin derecho a voto, las políticas de concertación corporativa, las alianzas estratégicas, los grupos societarios y las ofertas públicas de adquisición de acciones son algunos de los mecanismos a través de los cuales se gestan negociaciones empresariales en torno a la sociedad que, en diversa medida, propician el surgimiento de la doctrina del gobierno corporativo. Al menos cuatro ítems de los anteriormente mencionados influyen nítidamente en la junta general de accionistas, por lo que pasamos a comentarlos brevemente en las siguientes líneas, finiquitando con una acotación respecto al emergente «corporate governance».

5.1. Los convenios parasocietarios

Los convenios o acuerdos parasocietarios son aquellos celebrados entre socios o entre éstos y terceros respecto a asuntos que, en cierta medida, conciernen a la sociedad¹⁵. El ejemplo típico lo encontramos en la sindicación de acciones que es el acuerdo tendiente a lograr la concertación de las voluntades de los accionistas para votar o bloquear en similar sentido, distinguiéndose así entre los sindicatos de voto y los sindicatos de bloqueo, respectivamente; consideramos plausible la existencia de los primeros porque materializan el aforismo «la unión hace la fuerza» al permitir la vinculación entre inversionistas minoritarios, mientras que discrepamos de los segundos ya que denotan una actitud meramente obstruccionista e insensata que, sin más y per se, dificultan la marcha societaria.

Inferimos, entonces, que el convenio parasocietario de sindicación de voto influye en la junta general de accionistas porque éstos asistirán con una voluntad preconcebida, gracias al acuerdo celebrado con anterioridad a dicha junta general. Nos preguntamos si aquí se desnaturaliza su esencia jurídica, si la junta general de accionistas se torna simplemente en algo formal y ficticio, si la voluntad de los socios es suplida por un acuerdo que la trasciende y si la sociedad debe conocerlos, reconocerlos o desconocerlos. Pues bien, nuestras respuestas ante tales interrogantes apuntan en dos sentidos: por un lado, sostenemos que dicho convenio parasocietario de sindicación de voto no afecta la voluntad de los socios ya que son ellos quienes lo celebran, libre y voluntariamente, precisamente en el ejercicio de su autonomía privada y, por otro lado, la sociedad que conoce aquel acuerdo debe acatarlo, siéndole perfectamente exigible; podemos afirmar que éste es el criterio seguido por nuestra Ley General de Sociedades [artículo 8].

5.2. Las acciones sin derecho a voto

La aparición de grandes masas de inversionistas minoritarios, claramente apreciables como especuladores o rentistas, ocasiona la creación de un «nuevo producto»: acciones en las que se disgregan sus derechos político y económico consustanciales, como son el voto y el dividendo, respectivamente. Antes, ambos derechos permanecían unidos indisolublemente como dos caras de una misma moneda: todo

accionista tenía derecho a votar (participación política) y a recibir utilidades en forma de dividendos (participación económica). En cambio, ahora es posible la existencia de acciones sin derecho a voto en las cuales subsiste el derecho económico, mas no el derecho político.

Con esto se consiguen, a nuestro criterio, dos efectos: por un lado, el sinceramiento de una situación por todos conocida, es decir, que al inversionista minoritario le interesa casi exclusivamente la mera obtención de réditos y, por otro lado, la eliminación implícita de los convenios parasocietarios de sindicatos de bloqueo. En consecuencia quienes participarán en la junta general de accionistas, después de este «proceso de saneamiento» serán aquellos realmente involucrados e interesados en la marcha social del negocio.

5.3. Los grupos societarios

Los grupos societarios (o, más propiamente, los grupos de empresas) son un fenómeno complejo que contiene diversas aristas, pero el principio básico sobre el cual se sustentan es el denominado «interés grupal». De acuerdo a este postulado, en toda estructura corporativa grupal existe una motivación por encima incluso de sus propios miembros que busca satisfacer el interés del grupo, concebido como si fuese una entidad autónoma; dicha motivación supera (como es natural) al interés individual (de los socios), al interés particular (de los acreedores, por ejemplo) y al interés social (de las sociedades involucradas).

La problemática se presenta cuando tal grupo de sociedades debe adoptar cierta decisión que satisfaga el interés grupal, pero que vulnera el interés social de alguna de las sociedades integrantes. La vigente legislación societaria prescribe que dicho acuerdo sería pasible de impugnación judicial [artículo 139] y ése fue uno de los bemoles en el famoso caso Romero-Raffo, acontecido hace algunos años en el Perú. Por tanto, mantener como causal genérica de impugnación los acuerdos de la junta general de accionistas que atenten contra el interés social implica prohibir tácitamente a los grupos de sociedades, a lo cual nos oponemos puesto que aquellos se revelan hoy en día como una moderna manifestación de concentración empresarial que, por el contrario, debería promoverse.

Una adecuada regulación legislativa en este sentido hará congruente la norma marco de impugnación judicial de los acuerdos de la junta general de accionistas con la primacía del principio del interés grupal sobre cualquier otro interés. Ya hace algún tiempo venimos proponiendo la modificación del artículo 139 de la Ley General de Sociedades, de manera tal que el texto de su segundo párrafo sea como sigue: «No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. Tampoco procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas constituido conforme a la ley de la materia y el acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal»¹⁶. En simi-

¹⁵ Cfr. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «Contratos parasocietarios». En: Diario Gestión. Lima (Perú), 9 de septiembre de 1999, pág. 14.

¹⁶ ECHAIZ MORENO, Daniel. «Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas». En: Revista Normas Legales. Trujillo (Perú), Editora Normas Legales, octubre del 2000, Tomo 293, págs. B-13 a B-26.

lar sentido se pronunció la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas cuando propuso la siguiente norma: "No procede la impugnación de acuerdos que prefieran el interés del grupo al interés de la sociedad" [artículo 450 inciso b)]¹⁷.

5.4. Las ofertas públicas de adquisición de acciones

Las ofertas públicas de adquisición de acciones (más conocidas como OPAs) han cobrado inusual importancia en los últimos años dentro del contexto mundial, siendo de notable relevancia las denominadas OPAs hostiles que, generalmente, acarrearán una «guerra publicitaria» y el enfrentamiento público entre diversos intereses: económicos, legales y hasta políticos. Lo cierto es que la OPA se erige como un mecanismo idóneo para conseguir el control de una sociedad (normalmente, de gran tamaño) vía el mercado de valores.

Aunque este tópico rebasa largamente los alcances del presente ensayo, sólo queremos dejar en claro que existen varias formas de lograr el control corporativo de una sociedad, debiendo prescindirse de las OPAs hostiles para preferir las OPAs amigables¹⁸ porque aquellas generan daños en el mercado, mas aún cuando ante estas últimas vienen gestándose mecanismos defensivos y ofensivos que multi-

plican «el ataque». Información transparente, veraz y oportuna parece ser la fórmula mágica para evitar intromisiones no deseadas en la empresa; información, información e información viene propugnándose a propósito del gobierno corporativo. En suma, debe procurarse que la junta general de accionistas sea un foro de debate alturado donde los socios puedan expresar libremente su voluntad y no sientan presión, amenaza o intromisión de ninguna clase.

5.5. El gobierno corporativo

El Derecho Empresarial conoce en los últimos años un nuevo tema que empieza a captar rápidamente su atención y que se denomina gobierno corporativo, buen gobierno de las sociedades o doctrina del corporate governance¹⁹, entre otros epígrafes. Consideramos que es el paso siguiente dentro de la evolución conceptual de la teoría de los grupos de interés porque su postulado central afirma que la sociedad debe gobernarse de modo tal que proteja todos los intereses en ella involucrados, con especial incidencia tuitiva en los inversionistas minoritarios, lo que se acerca aún más al tema sub-examine.

La asunción voluntaria de las prácticas de gobierno corporativo viene dándose, generalmente, por parte de aquellas sociedades que cotizan en bolsa, sin que ello impida que también puedan ser adoptadas por sociedades

de menor escala. Distinguir entre la propiedad y la gestión de la sociedad, salvaguardar el interés social, optar por una administración profesional (management), contar con directores independientes, asumir una responsabilidad social, respetar estándares internacionales de calidad, establecer patrones de comportamiento ético, asegurar el derecho de información, fomentar la transparencia del mercado y, en suma, interiorizar la idea de que la empresa no está aislada del mundo, sino que forma parte de una realidad determinada son algunos de los conceptos esgrimidos por el corporate governance.

Esta moderna tendencia jurídico-empresarial encuentra eco en diversas propuestas de reciente data, como son los Principios de Gobierno Corporativo de la Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), el Code of Conduct (Italia), las Recommendations on Corporate Governance (Francia), el Código de Mejores Prácticas (México), el Código de Mejores Prácticas del Gobierno Corporativo (Brasil), el Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (España), la Ley de Buen Gobierno Corporativo y Supervisión Contable (Estados Unidos de América) y el reciente Proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo para Empresas Emisoras de Valores (Perú)²⁰, entre otros.

6. CONCLUSIONES

La junta general de accionistas es, sin lugar a dudas, un órgano de gran

importancia dentro de la organización corporativa societaria porque revela el carácter democrático en la adopción de los acuerdos que atañen a la marcha social del negocio. No obstante, hoy en día asistimos a una constante redefinición de las instituciones jurídicas²¹ y la junta general de accionistas no se encuentra exenta a esta corriente, más aún cuando constituye una tradicional figura iusprivatista. Por un lado, debe reconocerse el auge de la gerencia como soporte profesional de la sociedad moderna y, por otro lado, la aparición permanente de nuevas necesidades que urgen ser satisfechas, como la concentración empresarial.

Nuestra vigente Ley General de Sociedades contiene una regulación jurídica plausible en cuanto al diseño y la conducción de la junta general de accionistas, así como al haber contemplado los convenios parasocietarios, las acciones sin derecho a voto, las clases de acciones, la protección de los socios minoritarios y la junta universal, sólo por mencionar algunos tópicos. Sin embargo, aún quedan temas pendientes y ello tiene que ser así porque el Derecho es dinámico y, con mayor razón, lo es el Derecho Empresarial; la protección integral de los grupos de interés, las ofertas públicas de adquisición de acciones, la regulación legislativa de los grupos de sociedades y las prácticas de gobierno corporativo son solamente cuatro áreas entre muchas otras sobre las que debe recaer nuestra próxima atención.

¹⁷ Perú. Proyecto de Ley de Grupos de Empresas elaborado por la Comisión Especial (Resolución Ministerial N° 1-2000-JUS publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de enero del 2000). Este documento nos fue gentilmente proporcionado por el doctor Alonso Morales Acosta, miembro de la citada Comisión.

¹⁸ Cfr. ROJAS LARA, Julio Andrés y OVIEDO VELÁSQUEZ, Guillermo. "Régimen jurídico de la oferta pública de adquisición de empresas". En: Revista Ius et Veritas. Lima (Perú), Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio del 2000, Año X, N° 20, págs. 170 a 180.

¹⁹ Cfr. MONKS, Robert y MINOW, Neil. Corporate governance. Massachusetts (Estados Unidos de América), Blackwell Business, 1995.

²⁰ Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero. Perú: Código de buen gobierno corporativo para empresas emisoras de valores. Lima (Perú), MC&F, noviembre del 2001, http://www.mc&fperu.org/gob_cor.htm

²¹ Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. La empresa en el Derecho moderno. Lima (Perú), Editorial Gráfica Horizonte, marzo del 2002.