

Aspectos prácticos,
económicos, jurídicos,
contables, financieros y de
marketing de las empresas

JuS

Empresarial

Director
Pinkas Flint

Comité Consultivo
Jorge Avendaño V.
Hernando Montoya Alberti
Andrés Valle Billinghurst
Rosela Urdanegui

*Cláusulas de origen anglosajón usuales
en la contratación internacional*
Pinkas Flint

El secreto bancario
Ernesto Coz Ramos

*Las microfinanzas: mecanismo financiero
fundamental para disminuir la pobreza*
Marco Falconi Picardo

*Visualizando la empresa a través de los
fundamentos de las finanzas*
Gustavo Pacheco

Valuación de intangibles
Julio Polar Hinojosa

*El fenómeno del lavado de activos y su implicancia
en la actividad económica mundial y nacional*
Aido Vegas Urrutia

*El tablero de gestión estratégica y
su proceso de construcción*
Carlos Villajuana

*La responsabilidad de los directores
de las sociedades anónimas*
Daniel Echaiz Moreno

Edición
extraordinaria

I
2007

GRIJLEY

Daniel Echaiz Moreno

La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los actos anteriores a la inscripción de la sociedad. 3. Los actos *ultra vires*. 4. La no inscripción registral. 5. Los gastos necesarios para la constitución de la sociedad. 6. El reparto indebido de utilidades. 7. La revisión del valor de los aportes no dinerarios. 8. La no convocatoria a junta general a solicitud de los accionistas. 9. Los impedimentos. 10. El ejercicio del cargo. 11. La información fidedigna. 12. Las afectaciones patrimoniales. 13. La responsabilidad ilimitada y solidaria. 14. La omisión de denuncia. 15. Los contratos, los créditos, los préstamos y las garantías. 16. El conflicto de intereses. 17. La responsabilidad solidaria del gerente con los directores. 18. La devolución de aportes antes del plazo. 19. La aprobación de la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades. 20. La fusión y la escisión. 21. Las sociedades irregulares.

RESUMEN

El autor da cuenta de los distintos supuestos de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas regulados en el texto de la Ley General de Sociedades peruana. Así, explica la responsabilidad de estos en los actos anteriores a la inscripción de la sociedad, en la revisión del valor de los aportes no dinerarios, así como su responsabilidad en la aprobación de la memoria, los estados financieros, entre otros.

1. Introducción

La sociedad, en tanto contrato de organización, *se establece* en una estructura bipartita que diferencia la propiedad y la administración. Este esquema, que antes tendía a la confusión en la práctica, hoy cobra especial trascendencia a partir del *corporate governance* que procura, fundamentalmente y en aras de la transparencia del mercado, la nítida distancia entre la propiedad y la administración. La propiedad reposa en la junta de socios, mientras que la administración hace lo propio en el directorio (consejo de administración, en España) y la gerencia, salvo que se trate de una sociedad anónima cerrada, la cual puede prescindir del directorio, en cuyo caso –de acuerdo con el artículo 247^o de la Ley General de Sociedades⁽¹⁾ (en adelante, LGS)– sus funciones son asumidas por el gerente general. En el referido orden de ideas y atendiendo al actual contexto empresarial donde cada vez es más común la masificación accionaria (elevado número de títulos circulantes en el mercado *en manos* de un también elevado número de socios), la atomización del capital (reducidas participaciones porcentuales, incluso de los socios controladores) y, felizmente, la tendencia hacia el *management* (la *profesionalización* de la administración), el rol de los directores y los gerentes es revalorado y gana igual o, inclusive, mayor influencia en el gobierno de la sociedad que la junta de socios, tradicional y aún teórico *órgano supremo*. Pero esta revalorización y el reconocimiento de su importancia suponen también que los directores y los gerentes asuman una creciente responsabilidad; ahora nos referiremos en las líneas siguientes a los distintos supuestos de responsabilidad que la LGS, a lo largo de su texto, prevé para los directores de las sociedades anónimas.

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

2. Los actos anteriores a la inscripción de la sociedad

Distingamos en primer lugar entre la sociedad como contrato y la sociedad como persona jurídica. La primera surge con la celebración del contrato de sociedad, mientras que la segunda se da con la inscripción registral de la constitución de la sociedad. Esta sociedad será un centro de imputación jurídica (sujeto de derecho) solo cuando tenga la calidad de persona jurídica, de ahí que en una sociedad de hecho importa la existencia de un contrato de sociedad, mas no de una persona jurídica, calificando como *sociedad irregular* y en la cual la responsabilidad no recae en la persona jurídica (que no existe) sino en todo aquel que actúa a nombre de la sociedad.

La sucesión de acontecimientos en torno a la génesis *normal* de una sociedad conoce tres fases: primera, la elaboración de la minuta (que revela el contrato social); segunda, la elevación de la minuta a escritura pública (formalidad); y, tercera, la inscripción registral de la constitución de la sociedad (que marca el nacimiento de la persona jurídica). Los actos anteriores a esta inscripción no son, en principio, imputables a la persona jurídica porque en dicho momento ella aún no existe como tal y, por lo tanto, debería abstenerse de realizar actos jurídicos; sin embargo, la realidad muchas veces exige actuar en el mercado sin esperar la terminación del referido circuito (minuta-escritura-registro) y es ahí donde surge el tema de los actos anteriores a la inscripción de la sociedad que nuestra LGS regula en el artículo 7º:

Ley General de Sociedades

“Artículo 7º. - Actos anteriores a la inscripción

La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. Si se omite o retarda el cumplimiento de estos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros” (el resaltado es nuestro).

Atendiendo a la norma trascrita, *los actos anteriores* están sujetos a dos condiciones suspensivas copulativas: primera, a la inscripción registral de constitución de la sociedad, es decir, que *llegue a existir* como persona jurídica y que no quede como un mero contrato; y, segunda, a la ratificación por la sociedad, vía su junta de socios, dentro de los tres meses siguientes, presumiéndose la ratificación a falta de pronunciamiento de la sociedad en dicho plazo, según dispone el artículo 71º de la LGS.

Pues bien, “quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad” (por ejemplo: los que aspiran a tener la condición legal de socios, directores o gerentes) asumen responsabilidad personal, ilimitada y solidaria si es que omiten o retardan el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados (inscripción y ratificación). En el caso específico de los (futuros) directores, anotamos que su responsabilidad se restringe solo a la omisión o retardo del cumplimiento del primer requisito (la inscripción), puesto que el segundo requisito (la ratificación) es consustancial a la actuación de los socios en la junta general.

3. Los actos *ultra vires*

La cláusula estatutaria del objeto social delimita la actuación de la sociedad porque esta, de acuerdo con el artículo 11º de la LGS, “circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social”, debiendo atenderse que según la propia norma antedicha “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”. Los actos que no estén indicados ni relacionados como objeto social serán *actos ultra vires*. Empero, la aplicación de la *teoría de los actos ultra vires* debe ir de la mano (como efectivamente sucede en nuestra legislación societaria) con el reconocimiento de la *teoría de los actos propios*. Así, el artículo 12º de la LGS dispone:

Ley General de Sociedades

“Artículo 12º.- Alcances 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 co-contratantes 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).

Mediante este dispositivo jurídico el legislador peruano va más de la teoría original de los actos *ultra vires*, nacida en el Derecho sajón, y concilia a aquella con la teoría de los actos propios pues esta ce que la sociedad estará obligada por los actos de sus representantes aun cuando dichos actos excedan el objeto social, si es que los representantes actuaron así porque fueron facultados por la propia sociedad. Este efecto (negativo para la sociedad) no es el único que se deriva del acto *ultra vires*, sino que además se acude al origen (la facultad otorgada al representante) por lo que se sanciona a quien, con su voto, como socio o administrador (por ejemplo: director) adoptó el acuerdo que otorga esa representación que autorizó la realización del acto *ultra vires*.

4. La no inscripción registral

El Reglamento del Registro de Sociedades⁽²⁾ dispone, en su artículo 3º, cuáles son los actos inscribibles.

Reglamento del Registro de Sociedades

“Artículo 3º.- Actos inscribibles

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

De conformidad con las normas de este reglamento y con la naturaleza jurídica que corresponda a cada forma societaria y a las sucursales, son actos inscribibles en el registro:

- a) *el pacto social que incluye el estatuto y sus modificaciones;*
- b) *las resoluciones judiciales o arbitrales sobre la validez del pacto social inscrito; asimismo, las que se refieren a sus modificaciones o a los acuerdos o decisiones societarias inscribibles;*
- c) *el nombramiento de administradores, liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, su revocación, renuncia, modificación o sustitución de los mismos. Los poderes, así como su modificación y, en su caso, su aceptación expresa. La revocación de sus facultades, la sustitución, delegación y reasunción de las mismas.*
- d) *la delegación de las facultades y atribuciones de los órganos sociales;*
- e) *la emisión de obligaciones, sus condiciones y sus modificaciones, así como los acuerdos de la asamblea de obligacionistas que sean relevantes con relación a la emisión, su ejecución u otros aspectos de la misma.*
Las resoluciones judiciales o arbitrales que se refieran a la emisión de obligaciones de una sociedad y los aspectos referidos tanto a ella como a los acuerdos inscritos de la asamblea de obligacionistas;
- f) *las resoluciones judiciales o arbitrales que afecten las participaciones sociales;*
- g) *la fusión, escisión, transformación y otras formas de reorganización de sociedades;*
- h) *la disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción de las sociedades;*
- i) *los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad, siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas;*

- j) *los convenios que versen sobre participaciones o derechos que correspondan a los socios de sociedades distintas a las anónimas;*
- k) *el establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculado a estas; y,*
- l) *en general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales o cuya inscripción prevean las leyes o este reglamento”.*

El plazo para solicitar la inscripción de los actos anteriormente enumerados es, según el artículo 16º de la LGS, de treinta días contados “a partir de la fecha de otorgamiento de la escritura pública”, tratándose del pacto social y del estatuto, y “a partir de la fecha de realización del acto o de aprobación del acta en la que conste el respectivo acuerdo”, tratándose de los demás supuestos. Pues bien, la mora en el otorgamiento de la escritura pública, cuando corresponda, y/o en la realización de las gestiones necesarias para la inscripción registral supone la responsabilidad solidaria de los otorgantes o administradores (como los directores) por los daños y perjuicios irrogados. Así estipula el artículo 18º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 18º.- Responsabilidad por la no inscripción

Los otorgantes o administradores, según sea el caso, responden solidariamente por los daños y perjuicios que ocasionen como consecuencia de la mora en que incurran en el otorgamiento de las escrituras públicas u otros instrumentos requeridos o en las gestiones necesarias para la inscripción oportuna de los actos y acuerdos mencionados en el artículo 16º” (el resaltado es nuestro).

5. Los gastos necesarios para la constitución de la sociedad

Cuando el aporte sea dinerario deberá “estar depositado, a nombre de la sociedad, en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional al momento de otorgarse la escritura pública”, por mandato del artículo 23º de la LGS. Por otro lado, hemos anotado en líneas anteriores que la sucesión de acontecimientos en torno a la génesis normal de una

sociedad conoce tres fases: primera, la elaboración de la minuta (que revela el contrato social); segunda, la elevación de la minuta a escritura pública (formalidad); y, tercera, la inscripción registral de la constitución de la sociedad (que marca el nacimiento de la persona jurídica). Sucede pues que la sociedad podría tener que cubrir gastos necesarios (como tasas registrales) y que no contase por el momento con más dinero que el depositado en la cuenta bancaria como capital social, siendo pertinente entonces el artículo 24º de la LGS:

Ley General de Sociedades

Artículo 24º. Gastos necesarios

“Otorgada la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese culminado el proceso de constitución de la sociedad en el registro, el dinero depositado según el artículo anterior puede ser utilizado por los administradores, bajo su responsabilidad personal, para atender gastos necesarios de la sociedad” (el resaltado es nuestro).

Siendo esta una norma de excepción (que se aplica cuando no ha culminado el circuito minuta-escritura-registro), su campo de aplicación está extremadamente restringido. En efecto, deben cumplirse tres cuestiones: primera, que se haya otorgado la escritura pública de constitución, por lo que no basta contar con la minuta; segunda, que esté tramitándose la inscripción registral de la constitución; y, tercera, que los gastos sean necesarios, debiendo examinarse el caso concreto y excluyéndose así los gastos superfluos que, aunque sean gastos y puedan estar debidamente probados, no califiquen como necesarios. Los administradores (v. gr directores) asumen una responsabilidad personal por la utilización de los fondos iniciales de la sociedad en la situación expuesta.

6. El reparto indebido de utilidades

La vida económica de la sociedad se rige por el *ejercicio económico*, período anual que empieza el 1 de enero y culmina el 31 de diciembre y en el cual desarrolla sus actividades. Al final del ejercicio económico, los estados financieros de la sociedad podrán arrojar un resultado positivo o negativo;

en el primer caso se habrán generado *utilidades*, mientras que en el segundo caso se habrán generado *pérdidas*. Dichas utilidades tienen dos caminos por recorrer: el *reparto* (vía dividendos) o la *reinversión* (que ocasiona el aumento del capital social). En este escenario, el reparto de utilidades supone como condición *sine qua non* que efectivamente se hayan generado utilidades.

El artículo 40º de la LGS prescribe:

Ley General de Sociedades

“Artículo 40º.- *Reparto de utilidades*

La distribución de utilidades solo puede hacerse en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un periodo determinado o a la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio. Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan.

Si se ha perdido una parte del capital no se distribuye utilidades hasta que el capital sea reintegrado, o sea, reducido en la cantidad correspondiente.

Tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha en contravención con este artículo, contra los socios que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado. Estos últimos son solidariamente responsables.

Sin embargo, los socios que hubiesen actuado de buena fe estarán obligados solo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los ejercicios siguientes, o con la cuota de liquidación que pueda tocarles” (el resaltado es nuestro).

Tenemos entonces que, además de la real existencia de utilidades como presupuesto para el reparto de las mismas, es necesaria la previa integración del capital social en caso existiesen pérdidas de ejercicios anteriores. La distribución de utilidades que se efectuase sin observar estas exigencias

ocasiona una doble responsabilidad: por una parte, de los socios que las han recibido y, por otra parte, de los administradores (entre ellos, los directores) que las han pagado, siendo estos últimos responsables solidarios.

7. La revisión del valor de los aportes no dinerarios

Nuestra legislación societaria distingue, en materia de aportes, entre *aportes dinerarios* y *aportes no dinerarios*. Estos últimos pueden recaer sobre bienes inmuebles (artículo 25º, primer párrafo LGS), bienes muebles (artículo 25º, segundo párrafo LGS) y títulos valores o documentos de crédito (artículo 26º LGS). En todos los casos de aportes no dinerarios deberá insertarse en la escritura pública donde conste el aporte, por mandato del artículo 27º de la LGS, un *informe de valorización* en el que se describan los aportes, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor.

Es aquí donde resulta aplicable el artículo 76º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 76º. - *Revisión del valor de los aportes no dinerarios*

Dentro del plazo de sesenta días contados desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital, el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios. Para adoptar acuerdo se requiere mayoría de los directores.

Vencido el plazo anterior y dentro de los treinta días siguientes, cualquier accionista podrá solicitar que se compruebe judicialmente, por el proceso abreviado, la valorización mediante operación pericial y deberá constituir garantía suficiente para sufragar los gastos del peritaje.

Hasta que la revisión se realice por el directorio y transcurra el plazo para su comprobación no se emitirán las acciones que correspondan a las aportaciones materia de la revisión.

Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en veinte por ciento o más a la cifra en que se

recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de la diferencia.

En cualquiera de los dos primeros casos, la sociedad reduce su capital en la proporción correspondiente si en el plazo de treinta días las acciones no fueren suscritas nuevamente y pagadas en dinero (el resaltado es nuestro).

Por tanto, tenemos que: primero, ante los aportes no dinerarios deberá elaborarse un informe de valorización; segundo, el directorio deberá revisar la valorización de los aportes –que consta en dicho informe– en un plazo de sesenta días contados desde la constitución de la sociedad (aporte inicial) o del pago del aumento del capital social (aporte posterior); y, tercero, los socios podrán solicitar la comprobación judicial dentro de los treinta días posteriores al vencimiento del plazo anterior. Resaltamos pues que la norma transcrita obliga al directorio a revisar la valorización de los aportes no dinerarios, pero no establece expresamente cuál es su responsabilidad ante el incumplimiento de tal obligación, por lo que deberemos acudir a la previsión general contenida en el artículo 177º de la LGS⁽³⁾.

8. La no convocatoria a junta general a solicitud de los accionistas

El artículo 113º de la LGS prescribe que “el directorio o, en su caso, la administración de la sociedad convoca a junta general”, texto que motiva dos preguntas: primera, cuál es ese caso; y, segunda, por qué se hace referencia a la administración de la sociedad si el directorio está, junto a “uno o más gerentes”, encargado de ella, según se lee en el artículo 152º de la LGS (por lo que debiéramos entender, con carente sentido de lógica: el directorio o, en su caso, el directorio o la gerencia convoca a junta general). Nuestra interpretación es que *ese caso* se presentará cuando la sociedad no cuente con directorio (el artículo 247º de la LGS regula el *directorio facultativo* para la sociedad anónima cerrada) y que *la administración de la*

⁽³⁾ Vide acápite 13.

sociedad se refiere a la gerencia puesto que, *en ese caso*, se carece de directorio. Por otro lado, el mismo artículo 113º de la LGS estipula que la convocatoria a junta general se da “cuando lo ordena la ley, lo establece el estatuto, lo acuerda el directorio por considerarlo necesario al interés social o lo solicite un número de accionistas que represente cuando menos el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”. Para la junta obligatoria anual (que la ordena la ley) y para las juntas ordenadas por el estatuto social (estatutarias) rige el artículo 119º de la LGS que prevé la convocatoria judicial en vía de excepción; igual sucede para el supuesto en que la junta sea solicitada por los propios accionistas, siendo aquí aplicable el artículo 117º de la LGS. Tenemos entonces que la junta general puede ser convocada por el directorio (ordinariamente), por la gerencia (supletoriamente) o por el juez (excepcionalmente), pero nunca podrá serlo por el socio, así sea mayoritario.

Nos interesa ahora el caso de la convocatoria a solicitud de los accionistas, prevista en el referido artículo 117º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 117º.- Convocatoria a solicitud de los accionistas

Cuando uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto soliciten notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe publicar el aviso de convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar.

La junta general debe ser convocada para celebrarse dentro de un plazo de quince días de la fecha de publicación de la convocatoria.

Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurrieren más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso.

Si el juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos” (el resaltado es nuestro).

En los últimos años se revalora el rol de los socios minoritarios dentro de la sociedad y así se contemplan diversos derechos a favor de ellos, como por ejemplo el derecho a solicitar que se convoque a junta de socios, existiendo dos únicos requisitos: primero, el porcentaje mínimo (no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto) y, segundo, la formalidad (solicitud notarial). Satisfechos estos requisitos, el directorio tiene la obligación de convocar dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud, de forma tal que *la solicitud* más que eso, es *una orden*. El incumplimiento del directorio, bien sea porque deniega la solicitud (rechazo expreso) o bien porque deja transcurrir el plazo antes indicado sin que convoque (rechazo tácito), faculta a los socios solicitantes a acudir a la vía judicial para solicitar la convocatoria. Ante la no previsión explícita de la norma, la responsabilidad del directorio será la contenida en el artículo 177º de la LGS⁽⁴⁾.

9. Los impedimentos

El artículo 161º de la LGS legisla los impedimentos atinentes al director:

Ley General de Sociedades

“Artículo 161º.- Impedimentos

No pueden ser directores:

1. los incapaces;
2. los quebrados;
3. los que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio;
4. los funcionarios y servidores públicos, que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran

directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades;

5. los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral; y,
6. *los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente”.*

Los impedimentos anteriormente reseñados recaen en los incapaces (los que carecen de capacidad de ejercicio, como un menor de edad); los quebrados (aquellos que han sido declarados en quiebra por la imposibilidad de satisfacer el cumplimiento de sus obligaciones); los impedidos en ejercer el comercio atendiendo a su cargo o funciones (como el Presidente de la República); los funcionarios y servidores públicos que laboren en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en el cual actúa la sociedad (como los organismos reguladores, tal es el caso del Osiptel⁽⁵⁾ respecto a una empresa de telecomunicaciones); los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes (aquellos que estén litigando, judicial o arbitralmente, contra la sociedad, por ejemplo en un proceso por incumplimiento de contrato); los que estén sujetos a acción social de responsabilidad (es decir, que sean demandados); los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar (que imponga una obligación de no hacer); los que sean directores, administradores (como el presidente ejecutivo), representantes legales (como el gerente general) o apoderados (quienes hayan recibido poder) de sociedades (personalistas o capitalistas), siendo que estas sociedades

⁽⁴⁾ Vide acápite 13.

⁽⁵⁾ Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

tuvieran en forma permanente (no transitoria) intereses opuestos a los de la sociedad (v.gr.: dos sociedades competidoras que se disputan el liderazgo del mercado); los que sean socios de sociedades de personas (ver: de una sociedad civil ordinaria), siendo que estas tuvieran en forma permanente (no transitoria) intereses opuestos a los de la sociedad (piénsese en dos estudios de abogados competidores –uno constituido como sociedad civil ordinaria y otro como sociedad anónima cerrada– que se disputan el liderazgo del mercado); y los que personalmente tengan oposición permanente (no transitoria) con la sociedad, sea que se desempeñen como directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades (personalistas o capitalistas) o como socios de sociedades de personas (tal es el caso del presidente del directorio de una sociedad respecto a la sociedad que antes lo removió de su cargo de director).

Dentro de esta larga lista no se comprenden, acertadamente, a los que sean socios de sociedades capitalistas cuando estas tuvieran intereses opuestos a los de la sociedad porque dichos socios no son relevantes precisamente en una organización de estructura capitalista (prima el *intuitu pecuniae* sobre el *intuitu personae*). No obstante, anotamos que la previsión del legislador es demasiado restringida cuando, por un lado, contempla solo a los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de *demandantes*, dejando de lado a los *denunciantes*; y, por otro lado, cuando finalmente se refiere a los que personalmente tengan oposición permanente con la sociedad, pero se constriñe a que aquellos sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas, ya no siendo pertinente pues el impedimento recae en la persona por ella misma y no en atención a su *estatus jurídico*.

Lo cierto es que los impedimentos pueden ser *preexistentes* (existen cuando le ofrecen el cargo de director) o *sobrevinientes* (se presentan cuando ya se desempeña como director). Para ambos supuestos rige el artículo 162º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 162º.- Consecuencias del impedimento

“Los directores que estuvieren incurso en cualquiera de los impedimentos señalados en el artículo anterior no pueden aceptar

el cargo y deben renunciar inmediatamente si sobreviniese el impedimento. En caso contrario responden por los daños y perjuicios que sufra la sociedad y serán removidos de inmediato por la junta general, a solicitud de cualquier director o accionista. En tanto se reúna la junta general, el directorio puede suspender al director incurso en el impedimento” (el resaltado es nuestro).

Existen, por ende, dos niveles de responsabilidad: por un lado, del *futuro director*, el mismo que, de estar incurso en algún impedimento (*preexistente*), tiene la obligación de no aceptar el cargo (obligación de no hacer); y, por otro lado, del *actual director*, el cual, de incurrir en algún impedimento (*sobreviniente*), tiene la obligación de renunciar inmediatamente (obligación de hacer). La inobservancia de lo anterior supone que el infractor (*director*) responda por los daños y perjuicios que sufra la sociedad (pretensión social de responsabilidad, a tenor del artículo 181º de la LGS) y sea removido de inmediato por la junta general; incluso la norma *sub examine* prevé que, mientras se lleve a cabo la junta general, el propio directorio podrá suspender al director cuestionado (decisión *a pari*).

10. El ejercicio del cargo

La diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal es la exigencia tradicional al director, la misma que está presente en diversas legislaciones, pero que se sustenta en conceptos (*ordenado comerciante y representante leal*) que, por lo mismo, son abstractos y difíciles de definir, pudiéndose a lo más identificar supuestos específicos en un caso concreto. Así, el artículo 171º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 171º.- Ejercicio del cargo y reserva

Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones”.

“Desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal” es el mandato más general que reciben los directores. Dentro de lo último (*representante leal*) se ubica, aunque parcialmente, el imperativo de “guardar reserva de los negocios de la sociedad y de la información social”. Pero decimos *parcialmente* porque si eso implicara ser un *representante leal* entonces la obligación solo existiría mientras se desempeñe el cargo de director, lo que aquí no sucede porque la previsión legal es “aun después de cesar en sus funciones”; el gravísimo problema es que no se establece un plazo, con lo cual estaríamos ante una obligación abierta en el tiempo que podría extenderse ilimitadamente.

Además hay que anotar la importancia para el director de diferenciar entre la *información pública* y la *información reservada* porque, según el artículo 175° de la LGS, “el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad” (*información pública*), mientras que, atendiendo al artículo 171° de la LGS, “[los directores] deben guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a la que tengan acceso” (*información reservada*); en este orden de ideas, discriminar entre uno y otro supuesto es fundamental para los directores, a efectos de que no se les impute *obstrucción* por no brindar información pública o *deslealtad* por brindar información reservada.

11. La información fidedigna

Si el citado artículo 171° de la LGS se refiere a la información reservada, el artículo 175° de la misma norma legal hace lo propio respecto a la información pública, en los siguientes términos:

Ley General de Sociedades

“**Artículo 175°.- Información fidedigna**

El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad”.

Son pues pertinentes los comentarios que vertimos en el acápite anterior. Tan solo anotar que, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, la discrepancia que podría generarse entre el carácter público o reservado de determinada información es resuelta por la Conasev⁽⁶⁾.

12. Las afectaciones patrimoniales

De acuerdo con el artículo 176° de la LGS:

Ley General de Sociedades

“**Artículo 176°.- Obligaciones por pérdidas**

Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación.

Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación; y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, debe llamar a los acreedores y solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad” (el resaltado es nuestro).

Aquí se contemplan dos supuestos: primero, que los estados financieros arrojen pérdidas de la mitad o más del capital social (*pérdida*); y, segundo, que el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer el pasivo (*desequilibrio*). En ambos casos, la norma legal no se restringe a la *existencia comprobada* de la pérdida o el *desequilibrio*, sino que se hace extensiva a la presunción de ellas. La responsabilidad del directorio en uno y otro supuesto importa que deba convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación, mas en el caso del *desequilibrio* implica además

⁽⁶⁾ Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

que llame a los acreedores (entiéndase que les informará) y solicite, si fuere el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad (esto es, el inicio del procedimiento concursal ordinario).

Cual celoso guardián de la adecuada situación económica, financiera y patrimonial de la sociedad, el directorio es quien debe alertar a los socios por las pérdidas o desequilibrios que la afecten.

13. La responsabilidad ilimitada y solidaria

La disposición legal genérica en torno a la responsabilidad de los directores está recogida en el artículo 177º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 177º.- Responsabilidad

Los directores responden, ilimitadamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el incumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que esta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que estos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general” (el resaltado es nuestro).

La norma transcrita absuelve tres preguntas: ¿cómo responden los directores? (ilimitada y solidariamente), ¿ante quién responden los directores? (ante la sociedad, los accionistas y los terceros) y ¿por qué responden los directores? (por los daños y perjuicios, el incumplimiento de los acuerdos de la junta general y la omisión de denuncia). Son tres las causales de responsabilidad aquí contempladas; seguidamente nos pronunciaremos acerca de la primera y la segunda, reservando la tercera para el próximo acápite.

En cuanto a los daños y perjuicios, existen cinco fuentes de las cuales pueden derivar: primera, los acuerdos o los actos contrarios a la ley (*ilegales*); segunda, los acuerdos o los actos contrarios al estatuto social (*antiestatutarios*); tercera, los actos realizados con dolo (*dolosos*); cuarta, los actos realizados con abuso de facultades (*abusivos*); y, quinta, los actos realizados con negligencia grave (*negligentes*).

Respecto al incumplimiento de los acuerdos de la junta general hay que anotar que esto reposa en la obligación del directorio —en tanto órgano ejecutivo— de *ejecutar* lo que la junta general haya acordado, pero claro está siempre que no se atente contra el interés social.

Finalmente, es menester acotar dos cuestiones: primera, que la responsabilidad es solidaria por mandato legal expreso (responsabilidad solidaria legal), siendo concordante con el artículo 1183º del Código Civil⁽⁷⁾, suponiendo que quien tenga la legitimación activa (es decir, la sociedad, los accionistas y/o los terceros) pueda actuar contra un director, algunos directores o todos los directores; y, segunda, que los directores no son responsables *per se* por los resultados adversos del negocio, sino solo cuando estos se hubiesen producido por su actuar negligente, pues ellos asumen una obligación de medios, mas no de resultados porque los resultados no dependen solo de su actuación, sino también de factores endógenos (como el monto de las inversiones) y exógenos (como el mercado).

14. La omisión de denuncia

Como adelantamos en el anterior apartado, los directores también son responsables por las irregularidades de los anteriores directores si, conociéndolas, omiten denunciarlas. Y es que ser un *representante leal* supone también no guardar silencio, sino por el contrario defender los intereses de la sociedad en todas las circunstancias. Aquella denuncia que se le exige al director debe cumplir dos requisitos para ser válida y eximirle de responsabilidad: por un lado, tiene que ser por escrito (formalidad) y, por otro lado, debe interponerse ante la junta general (instancia); hay, ade-

(7) Código Civil, Decreto Legislativo Nº 295.

más, un requisito tácito: tiene que ser inmediata (temporalidad). Ahora bien, el dispositivo *subexamine* se refiere a “los directores que los hayan precedido” sin ningún límite, por lo que habrá que entender que alude a las irregularidades cometidas por quien en algún momento se hubiese desempeñado como director de la sociedad; distinto sería el caso si dijese “los directores que los hayan precedido *inmediatamente*”.

15. Los contratos, los créditos, los préstamos y las garantías

En el artículo 179º de la LGS se lee:

Ley General de Sociedades

“Artículo 179º.- 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 concerten 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).

En este tema se establecen dos grandes reglas: la primera es en cuanto a los contratos que el director puede celebrar con la sociedad en la cual ejerce ese cargo, señalándose que, para ser posible, deben atenderse dos exigencias: por un lado, que verse sobre operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros (*ordinariedad*) y, por otro lado, que se concerten en condiciones de mercado (*igualdad de trato*); y la segunda es respecto a la concesión de créditos o préstamos o el otorgamiento de garantías por la sociedad a favor del director, estableciéndose como requisito que se traten de operaciones que normalmente celebre la sociedad con terceros (*ordinariedad*); aunque no lo regule taxativamente, se supone por rigor lógico que también deberán concertarse en condiciones de mercado (*igualdad de trato*).

Los requisitos reseñados no son imperativos porque cabe que el directorio exima de su cumplimiento mediante acuerdo previo, “tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros” (de sus *miembros hábiles*, no *miembros presentes* en la junta).

La responsabilidad de los directores surge por la inobservancia de las mencionadas reglas, apreciadas en conjunto. Los directores no son responsables *per se* si es que consienten en que la sociedad celebre un contrato con el director sin que cumpla con los requisitos de *ordinariedad* e *igualdad de trato* o en que la sociedad le conceda al director un crédito o un préstamo o le otorgue una garantía a su favor sin que se cumpla con el requisito de la *ordinariedad*. Son responsables si es que tales circunstancias se produjeron sin que exista acuerdo previo del directorio (primer supuesto) o, habiendo dicho acuerdo, si es que no fue tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros (segundo requisito).

Llama nuestra atención, por último, que la responsabilidad de los directores sea solo ante la *sociedad* y los *terceros* (acreedores), mas no frente a los *accionistas*, como sucede en otras ocasiones.

16. El conflicto de intereses

El interés social es, a nivel societario, un concepto tan tradicional como impreciso que merece ser delimitado –en sus difíciles contornos– caso por caso. Su preeminencia es, en principio, indiscutible, por lo que los conflictos

de intereses deberán resolverse a favor de la satisfacción de aquel interés social. Este criterio funciona, por ejemplo, respecto a la actuación de los directores, en tanto se les exige abstenerse en la adopción de acuerdos que no satisfagan el interés social. Sin embargo, el creciente auge de los grupos de sociedades (como estructuras corporativas construidas en procura del interés grupal) revela el potencial conflicto entre aquel *interés social* y el no menos importante *interés grupal*, con el añadido que la legislación vigente solo reconoce al primero de los nombrados. Y ni qué decir de la problemática despertada a propósito de los convenios parasocietarios donde nuevamente podemos arribar a una situación de conflicto de intereses. Es el conflicto de intereses (*teoría de los intereses en conflicto*) y no la simple contraposición de intereses (*teoría de los intereses contrapuestos*) el supuesto que ha sido recogido mayoritariamente a nivel normativo; nuestra LGS regula ambos.

Si nos limitamos a la actuación de los directores podemos citar el artículo 180º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 180º.- *Conflicto de intereses*

Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de esta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director”.

La norma trascrita impone al director lo que no debe hacer: primero, no puede adoptar acuerdos que, lejos de satisfacer el interés social, satisfagan sus propios intereses o los intereses de terceros relacionados (*ámbito de administrador*); segundo, no puede utilizar las oportunidades de negocios que se enterase en su condición de director, a favor de él mismo o de terceros relacionados (*ámbito de gestor*); y, tercero, no puede participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad (*ámbito de inversionista*). La inobservancia de estas exigencias conlleva, una vez más, a que el director viole su deber genérico de actuar como un *representante leal*. Téngase en cuenta que, en los dos primeros casos, la previsión legal alcanza a los *terceros relacionados* y, en el último supuesto, a los *terceros*; esto significa que no se restringe al director, sino que se hace extensivo el beneficio a quienes estén vinculados con él (en los dos primeros casos, como un pariente o un socio, aunque no se determina el alcance del grado de relación) o, simplemente, a los terceros (en el último supuesto, como una competidora de la sociedad en el mercado). La obligación de no hacer que se da en el *ámbito de inversionista* tiene una excepción: el consentimiento expreso de la sociedad, lo que bien podría presentarse cuando una misma persona ocupa el cargo de director en varias sociedades integrantes de un mismo grupo económico, atendiendo a la política grupal de administración centralizada.

En todos estos casos existen *intereses en conflicto*, que perduran en el tiempo (*in tempore*). Pero la norma *subexamine* también se pronuncia, en su segundo párrafo, respecto a los *intereses contrarios*, que son ocasionales (*lapsus*); aquí el director deberá manifestar tal interés en contrario (publicidad), absteniéndose “de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto” (obligación de no hacer).

La responsabilidad del director se presentará si: primero, adopta acuerdos que no cautelan el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; segundo, usa en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuviere conocimiento en razón de su cargo; tercero, participa por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin contar con el consentimiento expreso de esta; cuarto, si teniendo interés contrario al de

la sociedad respecto a determinado asunto, no lo manifiesta; quinto, si teniendo interés contrario al de la sociedad respecto a determinado asunto, lo manifiesta, pero no se abstiene de participar en la deliberación de aquel; y, sexto, si teniendo interés contrario al de la sociedad respecto a determinado asunto, lo manifiesta y no participa en la deliberación de aquel, pero sí participa en la resolución concerniente a dicho asunto. El director será responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y existe la posibilidad de ser removido de su cargo, no solo por la junta general, sino inclusive por el propio directorio (*a pari*).

17. La responsabilidad solidaria del gerente con los directores

En el artículo 191º de la LGS se contempla la responsabilidad compartida entre los directores y el gerente, la cual es solidaria por mandato legal expreso (responsabilidad solidaria legal). Véase:

“Artículo 191º.- Responsabilidad solidaria con los directores

El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de estos o cuando, conociendo la existencia de estos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general” (el resaltado es nuestro).

Sucede que ambos (los directores y el gerente) son quienes participan en la administración de la sociedad y, en esencia, soportan los mismos *deberes fiduciarios*, por lo que se les equipara –en ese sentido– en la realización de actos irregulares. No obstante, al ser el gerente quien asume la *conducción diaria* del negocio, es además el llamado para informar sobre las irregularidades de los directores, de las cuales tuviera conocimiento, información que deberá efectuar ante el directorio o, cuando las circunstancias no lo permitan (v.gr. que todos los directores estén involucrados en una situación irregular), ante la junta general.

18. La devolución de aportes antes del plazo

El artículo 218º de la LGS señala:

Ley General de Sociedades

“Artículo 218º.- Plazo para la ejecución

La reducción podrá ejecutarse de inmediato cuando tenga por finalidad establecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto o cualquier otro que no importe devolución de aportes ni exención de deudas a los accionistas.

Cuando la reducción del capital importe devolución de aportes o la exención de dividendos pasivos o de cualquier otra cantidad adeudada por razón de los aportes, ella solo puede llevarse a cabo luego de treinta días de la última publicación del aviso a que se refiere el artículo anterior.

Si se efectúa la devolución o condonación señaladas en el párrafo anterior antes del vencimiento del referido plazo, dicha entrega no será oponible al acreedor y los directores serán solidariamente responsables con la sociedad frente al acreedor que ejerce el derecho de oposición a que se refiere el artículo siguiente” (el resaltado es nuestro).

El acuerdo de reducción del capital social, según el artículo 217º *in fine* de la LGS, “debe publicarse por tres veces con intervalos de cinco días”, siendo recién ejecutable dicha reducción cuando hayan transcurrido treinta días desde la última publicación. Nótese que el *acuerdo de reducción del capital social* no supone *per se* la *reducción del capital social*. El plazo de treinta días para que se cumpla la referida ejecución coincide pues con el plazo (de caducidad) de treinta días con que cuenta el acreedor de la sociedad cuyo crédito “no se encuentra adecuadamente garantizado” para ejercer su derecho de oposición, a tenor del artículo 219º de la normativa societaria. Este dispositivo no se restringe al *pago del acreedor*, refiriéndose más bien a

que esté *adecuadamente garantizado*, lo que significa que, en principio, una sociedad puede reducir su capital social aun cuando tenga acreedores impagos. Hay que anotar, además, que el derecho de oposición otorgado al acreedor no es un *derecho de veto* a la reducción del capital de la sociedad fundado únicamente en que con esta mantiene una relación obligacional, sino que supone un mecanismo de protección ante la posible afectación de la garantía que constituye precisamente el capital social.

En este sentido, si se hace caso omiso a las anteriores disposiciones y se reduce el capital social sin que los acreedores tengan la oportunidad de ejercer efectivamente su derecho de oposición (oportunidad que caduca a los treinta días desde la última publicación del aviso de reducción), se generan dos efectos: por un lado, la entrega no será oponible al acreedor, aunque en vez de *entrega* debería decirse *reducción* porque aquella (*la entrega*) se limita a la reducción del capital social por devolución de aportes, mientras que esta (*la reducción*) comprende tanto la devolución de aportes como la condonación de dividendos pasivos (en esta última no hay *entrega*); y, por otro lado, los directores serán responsables solidarios junto con la sociedad frente al acreedor, siempre y cuando este ejerza su derecho de oposición. En suma, el acreedor cuenta con un derecho impostergable que le permite oponerse al acuerdo de reducción del capital social durante los treinta días a la publicación del último aviso, independientemente de que la sociedad haya o no ejecutado dicho acuerdo: si no lo ha ejecutado, en buena hora, pero si ya lo ejecutó entonces será inoponible al acreedor y acarreará la responsabilidad solidaria de la sociedad y los directores frente a dicho acreedor.

19. La aprobación de la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades

Culminado el ejercicio económico (el 31 de diciembre de cada año), el directorio debe preparar tres documentos de especial trascendencia: la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades. En la memoria, como prescribe el artículo 222º de la LGS, “el directorio da cuenta a la junta general de la marcha y estado de los negocios, los proyectos desarrollados y los principales acontecimientos ocurridos durante

el ejercicio, así como la situación de la sociedad y los resultados obtenidos”. Por su parte, los estados financieros (estos son, el balance general y el estado de ganancias y pérdidas, según la cuarta disposición final de la propia LGS) “se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223º de la LGS que debe concordar con la resolución sobre los PCGA⁽⁸⁾ emitida por el CNC⁽⁹⁾. Y la propuesta de aplicación de utilidades será pertinente, claro está, cuando la sociedad hubiese generado utilidades (resultado positivo).

Los tres documentos anteriormente reseñados son elaborados por el directorio y aprobados por la junta de socios. Pues bien, en la legislación extranjera se aprecia que, usualmente, la aprobación realizada por la junta de socios libera *per se* al directorio de responsabilidad (*liberación automática*); sin embargo, ese criterio no rige en el Perú:

Ley General de Sociedades

“Artículo 225º.- *Efectos de la aprobación por la junta general*

La aprobación por la junta general de los documentos mencionados en los artículos anteriores no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad” (el resaltado es nuestro).

Se mantiene, entonces, incólume la potencial responsabilidad de los directores o gerentes, por lo que la aprobación de la junta general no debe suponer en ningún caso que convalida supuestas irregularidades. Es, pues, un sistema de mayor responsabilidad (o de menor liberación, según se aprecie) que, por ejemplo, evita la manipulación de la junta de socios por parte de los administradores, situación altamente probable en sociedades de accionariado difundido y capital masificado.

(8) Resolución sobre los principios de contabilidad generalmente aceptados, Resolución CNC N° 013-98-EF/93.01.

(9) Consejo Normativo de Contabilidad.

20. La fusión y la escisión

La reorganización societaria (es decir, la modificación de la inicial organización corporativa de la sociedad) conoce, principalmente, tres variantes: la transformación, la fusión en sus modalidades de fusión por creación y fusión por absorción; y la escisión en sus modalidades de escisión por división y escisión por segregación.

Nos interesan ahora la fusión y la escisión, mecanismos que revelan fundamentalmente los propósitos de concentración y desconcentración societarias, respectivamente. En ambos casos es el directorio el órgano que aprueba *el proyecto* (de fusión o de escisión, según corresponda) y es la junta general el órgano que acuerda *la operación* (igualmente, de fusión o de escisión). En este orden de ideas, aprobado el proyecto y hasta que se acuerde la operación, el directorio deberá abstenerse de realizar actos significativos (obligación de no hacer).

Así el artículo 348º de la LGS para la fusión:

Ley General de Sociedades

“Artículo 348º.- *Abstención de realizar actos significativos*

La aprobación del proyecto de fusión por el directorio o los administradores de las sociedades implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión” (el resaltado es nuestro).

En similar sentido, el artículo 373º de la LGS para la escisión:

Ley General de Sociedades

“Artículo 373º.- *Abstención de realizar actos significativos*

La aprobación del proyecto de escisión por los directores o administradores de las sociedades participantes implica la obliga-

ción de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la escisión” (el resaltado es nuestro).

Como es apreciable, ambos artículos contienen textos prácticamente idénticos que difieren, además de las obvias referencias a fusión y escisión en cada supuesto, en que se indica que el proyecto de fusión es aprobado “por el *directorio* o los administradores”, mientras que el proyecto de escisión es aprobado “por los *directores* o administradores”. Esto último es errático porque los artículos 348º y 373º de la LGS tienen como presupuestos los artículos 346º y 371º de la misma norma legal, respectivamente, en los cuales se estipula que tanto el proyecto de fusión como el proyecto de escisión son aprobados por “el *directorio* de cada una de las sociedades que participen” en la operación.

La abstención que imponen los artículos anteriormente transcritos no se constriñen a contratos, sino que se hace extensiva a *cualquier acto* (jurídico, suponemos). Y es más, no se limita a su realización (posterior a la aprobación del proyecto de fusión o escisión), sino que también alcanza su ejecución (lo que significaría que la realización fue anterior a la aprobación del proyecto de fusión o escisión). Ello obedece a que *el proyecto* también es un diagnóstico de la situación actual de las sociedades participantes y, como tal, constituye una fotografía que se procura mantener intacta, pues a partir de ella será la junta de socios la que decida aprobar o no *la operación*. Ahí radica la importancia de no realizar actos significativos que alteren el statu quo.

Finalmente, los actos significativos considerados tácitamente por la LGS son aquellos que comprometan la aprobación del proyecto (como una venta de activos) o, alteren significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones (como una compra de pasivos). Empero, definitivamente, estamos ante situaciones que deberán definirse caso por caso, atendiendo a la amplitud de las premisas (que *comprometan la aprobación* y que *alteren significativamente*).

Son, pues, los directores (o los gerentes, cuando la sociedad carezca de directorio) los responsables (entendemos ante la sociedad, los socios y los terceros) por el incumplimiento de las abstenciones expuestas.

21. Las sociedades irregulares

Doctrinaria, legislativa y jurisprudencialmente suele diferenciarse entre *sociedades de hecho* (aquellas que actúan en el mercado a pesar de no haberse constituido e inscrito de acuerdo a ley y, por ende, no son *sociedades de derecho*) y *sociedades irregulares* (aquellas que sí se constituyeron e inscribieron de acuerdo a ley, pero que –en el camino– alguna causal les hizo perder su *regularidad*). Nuestra LGS contempla a ambas bajo el nombre de *sociedades irregulares*; de ahí pues el artículo 423º cuyo texto es el siguiente:

Ley General de Sociedades

“Artículo 423º.- Causales de irregularidad

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

1. transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución;
2. transcurridos treinta días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que estos hayan solicitado su otorgamiento;
3. transcurridos más de treinta días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro;
4. transcurrido treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro;
5. cuando se ha transformado sin observar las disposiciones de esta ley; o,

6. cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto”.

El legislador repudia la irregularidad y, por esa razón, establece en su artículo 426º que “los socios, los acreedores de estos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad”, es decir, procura que el vicio (la irregularidad) se subsane (mediante la regularización) o se elimine (mediante la disolución). Si ninguna de estas dos alternativas se cumple, manteniéndose por consiguiente la irregularidad, las sanciones legales que se imponen son drásticas (responsabilidad personal, solidaria e ilimitada) y amplias (comprenden el cumplimiento de la obligación y la indemnización por los daños y perjuicios), recayendo en todo aquel que actúe a nombre de la sociedad irregular (administradores y representantes e, inclusive, socios) y hasta llegan al ámbito penal (tipificándose, por ejemplo, el delito de fraude en la administración de personas jurídicas, regulado en el artículo 198º del Código Penal⁽¹⁰⁾). Véase así el artículo 424º de la LGS:

Ley General de Sociedades

“Artículo 424º.- Efectos de la irregularidad

Los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.

Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios tienen igual responsabilidad.

Las responsabilidades establecidas en este artículo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos u omisiones que lesionen direc-

⁽¹⁰⁾ Código Penal, Decreto Legislativo N° 635.

La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas

tamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Los terceros, y cuando proceda la sociedad y los socios, pueden plantear simultáneamente las pretensiones que correspondan contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, siguiendo a tal efecto el proceso abreviado.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores no enerva la responsabilidad penal que pudiera corresponderle a los obligados” (el resaltado es nuestro).

Anotamos, finalmente, que la norma trascrita no se restringe a los contratos celebrados desde que se produjo la irregularidad de la sociedad, sino que comprende, en general, a los actos jurídicos; esto permite subsumir dentro de su texto, por ejemplo, a los acuerdos adoptados en sesión de directorio que, aunque estrictamente supongan el acuerdo de voluntades entre los directores, no califican técnicamente como *contratos*, pero sí como *actos jurídicos unilaterales* (se trata de un órgano colegiado) formados por la concurrencia de varias voluntades individuales (las voluntades de los directores). Y en cuanto a la responsabilidad es posible, respecto a la actuación de los directores y a tenor de los artículos 181º y 182º de la LGS, tanto la pretensión social de responsabilidad como la pretensión individual de responsabilidad.