

Daniel Abramovich Ackerman^(*)

Las clases de acciones en la **Ley General de Sociedades**: algunos aspectos relevantes

«CONASEV SE ENCUENTRA LEGALMENTE OBLIGADA A ANALIZAR LA COMPETENCIA DE UNA JUNTA GENERAL O ESPECIAL DE ACCIONISTAS PARA PRONUNCIARSE RESPECTO DE LOS PUNTOS QUE SE SOLICITA Y NO ÚNICAMENTE A VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES».

En la práctica profesional, es bastante usual encontrarnos ante sociedades que tienen emitidas más de una clase de acciones. Los derechos que conceden estas clases de acciones son de gran variedad y, como es natural, se establecen “a la medida” de las necesidades a las que responde su inclusión en determinada sociedad.

Sin perjuicio de que, por su variedad, no resulta posible hacer una descripción detallada de los tipos de clases de acciones que pueden existir, parece claro que su creación tiene por motivo dotar o restringir -según sea el caso- de derechos económicos y/o políticos a sus titulares. Por tanto, no solo existen -a manera de ejemplo- acciones con y sin derecho a voto, sino que, dentro de la categoría de acciones con derecho a voto, estas se pueden distinguir a su vez en cuanto a los derechos políticos y/o económicos que dan a sus titulares, incluyendo la existencia o inexistencia de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones.

Conscientes de lo prácticamente ilimitada de la casuística de las clases de acciones, este artículo no tiene por finalidad hacer una tipología de las clases de acciones que puedan existir -aunque, en forma general, haremos alguna referencia-, sino más bien centrarnos en algunos aspectos estructurales respecto al funcionamiento de las clases de acciones conforme a su regulación por la Ley General de Sociedades, aprobada por Ley 26887 (en adelante, la LGS), haciendo énfasis en los aspectos que en, nuestra experiencia, han demostrado tener mayores problemas al momento de ser aplicados.

Asimismo, y por lo relevante -aunque no necesariamente acertada- de la regulación que ha efectuado la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) de aspectos que tienen una relación directa con las clases de acciones que son objeto de oferta pública en el

(*) Profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.



«CON LA MODIFICACIÓN SE HA “PRECISADO” QUE, EXISTIENDO UTILIDADES DISTRIBUIBLES, SE DEBE REPARTIR EL DIVIDENDO PREFERENCIAL ESTABLECIDO “SIN NECESIDAD DE UN ACUERDO ADICIONAL DE LA JUNTA”. PERO, COMO VEREMOS, NO EN TODOS LO CASOS ELLO ES POSIBLE DE LOGRAR».

mercado de valores, también nos referiremos a la regulación que CONASEV ha dictado en lo que resulte relevante en relación con las clases de acciones.

1. Regulación sobre clases de acciones: aspectos sustantivos

1.1. Aspectos generales

Nuestra LGS contiene una regulación bastante amplia en cuanto a la creación de clases de acciones en una sociedad anónima por lo que, salvo las limitaciones específicas establecidas por la propia LGS, existe una gran libertad para crear diversas clases de acciones.

Como regulación general de la creación de clases de acciones, el primer párrafo del artículo 88 de la LGS establece que “[p]ueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones”.

Como se puede apreciar, nuestra LGS es al mismo tiempo parca y amplia con respecto a las características que pueden o deben tener las clases de acciones, ya que únicamente establece lo siguiente: (i) pueden existir diversas clases de acciones con diversos derechos y/u obligaciones; y, (ii) dentro de una misma clase de acciones, a todas corresponden los mismos derechos y obligaciones.

Como se verá más adelante, una regulación más detallada de las clases de acciones es encontrada únicamente para el caso de las acciones sin derecho a voto, y en lo que respecta a las alternativas existentes al momento de regular el derecho al dividendo que corresponde a cada clase de acciones.

1.2. Finalidad perseguida con la creación de clases de acciones

Aunque no es objeto principal de este artículo, a continuación pasamos a mencionar en forma general y claramente no exhaustiva, las principales finalidades que se persiguen con la creación de clases de acciones.

1.2.1. Acciones sin derecho a voto

Aunque este punto va a ser objeto de un análisis más detallado, tal vez el caso más claro de la motivación para crear clases de acciones se da en el supuesto de creación de

Daniel Abramovich Ackerman

acciones sin derecho a voto. Naturalmente, y sin ánimos de ser exhaustivos, la creación de acciones sin derecho a voto se da principalmente en los casos de sociedades en las que se requiere contar con mayores capitales, pero los accionistas controladores no desean perder el control de la sociedad.

Ante esta situación, se plantea la creación de acciones sin derecho a voto, caso en el cual naturalmente quienes adquieren esas acciones no ejercen el derecho de voto pero como contrapartida tienen mayores derechos económicos.

1.2.2. Creación de “desequilibrios” políticos

Tal vez uno de los motivos más comunes por los que se recurre a la creación de clases de acciones es la de permitir que determinados accionistas controlen una sociedad -o nombren a determinadas personas clave- aun sin contar con la mayoría accionaria. Es por ello que, en algunas sociedades, se establece como derecho particular de una clase -por ejemplo- el poder nombrar a la mayoría de los miembros del Directorio de una sociedad aun contando únicamente con una participación minoritaria en la sociedad.

En el caso peruano, ello ha ocurrido en algunos procesos de privatización de empresas, en los que, justamente para hacer atractiva la venta de un porcentaje porcentualmente minoritario de la sociedad, en forma previa se concentró en una clase separada las acciones a ser ofrecidas en venta, las que daban derecho a nombrar a la mayoría de los miembros del Directorio de la empresa a ser privatizada.

1.2.3. Limitaciones a la transferencia de acciones

Otra motivación que en algunos casos hemos podido apreciar para efectos de optar por la creación de clases es el de imponer a determinadas acciones la obligación de pasar por un procedimiento de ofrecimiento de venta a los demás accionistas, reservándose otros el derecho a vender sus acciones a un tercero en forma libre.

1.3. Limitación general: derecho al dividendo sujeto a existencia de utilidades distribuibles

Como su nombre lo indica, toda clase de acciones no deja de ser una acción, que tal como lo estipula el artículo 82° de la LGS son alícuotas del capital social. Por tanto, al ser alícuotas del capital social, se puede decir también que todo accionista asume parte del riesgo del negocio, no siendo por tanto concebible la existencia de una acción que dé a su titular

el derecho a un retorno con independencia del desempeño de la sociedad.

Esta limitación que, como se ha visto, es natural a la condición de accionista tiene amparo normativo expreso en el artículo 83 de la LGS, que establece que “[e]s nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles” agregando la misma norma que el derecho a percibir dividendos puede consistir en la percepción de “un rendimiento máximo, mínimo o fijo, acumulable o no, siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuibles”.

De acuerdo a lo anterior -que, además, resulta particularmente común en el caso de las denominadas acciones preferentes en otras legislaciones-, es frecuente que a las acciones sin derecho a voto se les concede el derecho a percibir un rendimiento mínimo o fijo, pero siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuibles.

1.4. El caso particular de las acciones sin derecho a voto

Ya hemos visto que el artículo 88 de la LGS establece en forma general en qué puede consistir la creación de clases de acciones, sin establecer los parámetros a tener en cuenta al crear diversas clases de acciones. No obstante, la LGS sí tiene una regulación más específica -no necesariamente completa- en cuanto a las características que deben corresponder a las acciones sin derecho a voto.

En cuanto a lo relevante para los efectos de este artículo, el artículo 94 de la LGS estipula en forma general que “[p]uede crearse una o más clases de acciones sin derecho a voto”, agregando, aunque ello resulte claro por su condición de acciones sin derecho a voto, que estas “no se computan para determinar el quórum de las juntas generales”. Adicionalmente, el artículo 96 de la LGS establece una serie de derechos que

corresponden a los titulares de acciones sin derecho a voto, que no detallaremos por limitaciones de espacio, además de por no ser tan relevantes a los efectos del análisis al que se circunscribe este trabajo.

Sin embargo, la regulación más interesante para los efectos de este artículo está en el artículo 97⁽¹⁾, que estipula lo siguiente:

“Las acciones sin derecho a voto dan a sus titulares el derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto.

Existiendo utilidades distribuibles, la sociedad está obligada al reparto del dividendo preferencial a que se refiere el párrafo anterior, sin necesidad de un acuerdo adicional de la junta.

En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones”.

Como hemos visto en el acápite 1.2, una de las características esenciales de la creación de acciones sin derecho a voto es el de dotarlas de derechos económicos preferenciales con relación a las acciones con derecho a voto. En línea con lo anterior, la LGS contiene una regulación que -al menos en apariencia- cumple con ese cometido, al establecer como derechos particulares de las acciones sin derecho a voto los siguientes: (i) percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto; (ii) la obligación a cargo de la sociedad de repartir el dividendo preferencial establecido por el estatuto, inclusive sin mediar acuerdo adicional de la junta general de accionistas; y (iii) obtener el reembolso del valor nominal de las acciones, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones.

Con excepción del tercero de los derechos antes referidos -que parece de una clara aplicación-, hacemos notar las siguientes deficiencias que en nuestra opinión se derivan de lo establecido por el artículo 97 de la LGS:

1.4.1. Falta de precisión respecto a concepto de “dividendo preferencial”

Un primer problema que nace de la lectura de la norma, es definir lo que se entiende por “dividendo preferencial”, al no existir disposición legal alguna que lo delimite. Según se establece en el anteriormente citado artículo 83 de la LGS, es posible crear acciones -incluidas las sin derecho a voto- con derecho a percibir “un rendimiento máximo, mínimo o fijo, acumulable o no, siempre sujeto a la existencia de utilidades distribuibles”.

De acuerdo a lo anterior, es posible -a manera de ejemplo- que se establezcan acciones sin derecho a voto que (i) otorguen a su titular el derecho a percibir un monto mínimo por acción, pagadero antes de que se proceda al pago de dividendos a la demás; (ii) otorguen el derecho a percibir un dividendo fijo -sujeto a la existencia de utilidades-; (iii) en los dos supuestos anteriores, que se estipule que dicho dividendo sea acumulable, en caso en un ejercicio no hubiesen utilidades suficientes para su reparto; (iv) obtener un derecho al dividendo mayor -por ejemplo, un 5% adicional- que el que corresponde a los titulares de acciones con derecho a voto; (v) percibir el mismo importe de dividendos que corresponden a los titulares de acciones con derecho a voto, pero efectuando su reparto con anterioridad.

Como se puede apreciar, la LGS simplemente establece el derecho a percibir un “dividendo preferencial”, pero no define en qué consiste éste. Es más, si vamos a la definición de dicho término contenida en la vigésima segunda edición del diccionario de la Real Academia Española, encontramos que esta simplemente equipara el término “preferencial” con “preferente”, definiendo este último término como “[q]ue tiene preferencia o superioridad sobre algo”.

(1) Considerando la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1061, que entra en vigencia a partir del 1 de enero de 2009.

Daniel Abramovich Ackerman

Por tanto, la definición lingüística del término no parece ayudarnos mucho, ya que parece equiparar el término “preferencial” únicamente a prelación, cuando, como la propia LGS establece, la existencia de un dividendo preferente o preferencial no necesariamente implica una preferencia de rango, sino que ésta también puede ser de cantidad, o incluso ambas a la vez.

Es por ello que, en nuestra opinión, la regulación del artículo 97 es poco clara al simplemente establecer que las acciones sin derecho a voto deban tener un “dividendo preferencial”, sin hacer ninguna mención a los requisitos mínimos que debe tener dicho dividendo. Por tanto, ante la falta de precisión de la LGS sobre este extremo, creemos que debe interpretarse que la norma ha querido dejar al arbitrio de cada sociedad la forma de pactar dicho dividendo, aun cuando en algunos casos podría llegar a considerarse que, por lo nimia de la preferencia, esta podría llegar a perder sentido.

1.4.2. Obligación de reparto de dividendo preferencial

No obstante, el problema de la indeterminación anteriormente apuntada se agrava si se trata de analizar el texto que se ha agregado al artículo 97 de la LGS con motivo de la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1061. En efecto, con la modificación se ha “precisado” que, existiendo utilidades distribuibles, se debe repartir el dividendo preferencial establecido “sin necesidad de un acuerdo adicional de la junta”. Pero, como veremos, no en todos los casos ello es posible de lograr.

A manera de ejemplo, en un caso en que se establece un dividendo preferencial o preferente de grado -por ejemplo, percibir un dividendo fijo determinado- resulta claro que esta norma puede resultar de sencilla aplicación, ya que, determinada la existencia de utilidades suficientes, simplemente se procede al reparto del dividendo preferente establecido.

Sin embargo, existen otros casos en los que no sería tan sencillo aplicar esta lógica. Por ejemplo, en algunos casos, se establece que las acciones sin derecho a voto tienen derecho a percibir un dividendo “adicional” o, dicho de otra forma, un mayor monto por acción al que corresponde a las acciones comunes con derecho a voto. En estos casos, el dividendo que corresponde a las acciones sin derecho a voto no es “autónomo”, sino que se determina en función al dividendo que corresponde a las acciones comunes con derecho a voto. Por

tanto, en tales casos, parecería inaplicable el mandato de la LGS y, en particular, en lo que se refiere a que la obligación se da “sin necesidad de un acuerdo adicional de la junta”, dado que justamente el importe que corresponderá a las acciones sin derecho a voto se podrá establecer únicamente luego de definido el importe a ser repartido a favor de los titulares de acciones comunes.

2. Las juntas especiales de accionistas

2.1. La competencia de las juntas especiales de accionistas

Conforme se ha visto, la esencia de la existencia de clases de acciones está dada por el hecho de que a determinada clase de acciones le asiste determinados derechos y/u obligaciones que son privativos de la correspondiente clase de acciones. Por tanto, como aspecto previo al análisis de las formalidades para la celebración de juntas especiales de accionistas, resulta relevante delimitar el ámbito de competencia de las clases de acciones.

Para ir centrando el análisis y, por tratarse en nuestro concepto de una norma muy bien estructura y redactada, resulta útil tener en cuenta lo que establece el artículo 111 de la LGS, que define en forma general lo que es una Junta General de Accionistas. Dicha norma establece lo siguiente:

“La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general”.

Como se puede apreciar, la LGS establece incluso para el órgano supremo de la sociedad

anónima el principio de la competencia, resultando claro que hay supuestos en los que dicho órgano supremo no tiene facultad de intervenir. A manera de ejemplo, el artículo 185 de la LGS establece que “[l]a sociedad cuenta con uno o más gerentes designados por el directorio, salvo que el estatuto reserve esa facultad a la junta general”. Por tanto, y asumiendo que el estatuto de la sociedad en cuestión no contiene una disposición particular, por más “órgano supremo” que sea la Junta General de Accionistas, esta no estará facultada para designar al gerente general de la sociedad.

El principio de la competencia no solo se encuentra recogido en forma expresa en nuestra LGS, sino que es aceptado por la más autorizada doctrina. A manera de ejemplo, Uría, Menéndez y García de Enterría al comentar similar norma de la Ley de Sociedades Anónimas española señalan que “[c]uando la Ley habla de ‘asuntos propios de la competencia de la Junta’ (art. 93) expresa claramente que, siendo órgano soberano, no está dotado, sin embargo, de poderes omnímodos que le permitan decidir válidamente en toda clase de asunto y cuestiones. La soberanía de la Junta está delimitada por la órbita de su propia competencia”⁽²⁾.

El principio según el cual una junta especial de accionistas puede pronunciarse únicamente sobre los asuntos propios de su competencia, además de ser de evidente aplicación, se encuentra demás recogido en forma expresa en el artículo 132 de la LGS, que establece lo siguiente:

“Cuando existan diversas clases de acciones, los acuerdos de la junta general 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.

La junta especial se regirá por las disposiciones de la junta general, en tanto le sean aplicables, inclusive en cuanto al quórum y la mayoría calificada cuando se trate de los casos previstos en el artículo 126”.

De la norma transcrita, parece claro entonces que las juntas especiales de accionistas tienen una competencia restringida,

puesto que, además de aplicarse por remisión lo establecido por el artículo 111 de la LGS referido a la competencia, el artículo 132 es claro al establecer que esta competencia se presenta únicamente en los casos de acuerdos de junta general de accionistas que puedan afectar los derechos particulares de la clase.

2.2. La celebración de juntas especiales debe ser previa a la celebración de junta general de accionistas que acuerde modificación de derechos particulares de una clase de acciones: técnica del doble acuerdo

De acuerdo a lo indicado en el acápite 2.1 anterior -y conforme a los artículos 88 y 132 de la LGS-, para que proceda la modificación de los derechos particulares de una clase de acciones, resulta necesario que se celebren dos juntas separadas: (i) una junta general de accionistas en la que tendrán derecho a participar la totalidad de titulares de acciones con derecho a voto; y (ii) una junta especial previa, en la que participarán únicamente los titulares de la clase de acciones cuyos derechos particulares se pretende modificar, y que será competente exclusivamente para pronunciarse respecto de los acuerdos de la junta general de accionistas que afecten sus derechos particulares.

Esto se conoce en doctrina como la técnica del doble acuerdo, conforme a la cual los titulares de la clase de acciones cuyos derechos particulares se pretende afectar tienen una suerte de “derecho de veto” para efectos de que la modificación pueda ser aprobada por la junta general de accionistas. Sin embargo, es importante señalar que se trata únicamente de una técnica de control aplicable a los casos de modificación de los derechos especiales de una clase de acciones, y no veto de cualquier

(2) URÍA, Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA. En: URÍA, Rodrigo y Aurelio MENÉNDEZ. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid: 1999. p. 869.

Daniel Abramovich Ackerman

tipo de acuerdo, pues, de lo contrario, se podría anular la autoridad soberana de la junta general de accionistas⁽³⁾.

En palabras de Ana Belén Campuzano, “[l]a técnica del doble acuerdo lo que persigue es evitar que, a través de una decisión mayoritaria del resto de las acciones se despoje a los titulares de clases de acciones de los derechos diversos que caracterizan su posición. Cuando la lesión recae sobre un derecho común a todos los accionistas no cabe hablar de lesión particular a una clase de acciones, sino de alteración de un derecho atribuido en igual medida a todos los socios. Al tratarse de un derecho común a todos los accionistas, la vía para su modificación no es la técnica del doble acuerdo, sino la adopción de la modificación en junta general, en la que tendrán derecho a manifestarse todos los socios afectados por la modificación”⁽⁴⁾.

Como bien lo señala Ana Belén Campuzano, la técnica del doble acuerdo solo se aplica cuando se pretende efectuar una afectación de los derechos particulares de una clase, y no cuando se pretende decidir algo o afectar un derecho que es común a todos los accionistas. En este último caso, se llevará a cabo únicamente una junta general de accionistas.

Naturalmente, siempre es posible argumentar que un acuerdo de la junta general de accionistas puede afectar a las demás clases de acciones. Por ejemplo, un acuerdo respecto a la aplicación de utilidades -que conforme al artículo 114 inciso 2 de la LGS es de competencia exclusiva de la junta general obligatoria anual de accionistas- claramente afecta a todos los accionistas. Pero, como se ha visto, la técnica del doble acuerdo solo se aplica cuando se pretende afectar los derechos particulares de una clase, y no cuando se pretende decidir algo o afectar un derecho que es común a todos los accionistas. En este último caso, se llevará a cabo únicamente una junta general de accionistas.

En resumen, la regla es que se lleva a cabo una junta especial únicamente cuando se pretenden afectar derechos particulares de una clase y esos puntos serán tratados posteriormente por

una junta general de accionistas. Por tanto, la regla general es que la junta especial de accionistas carece de facultad para adoptar acuerdos que tengan un efecto en todas las clases de acciones.

2.3. Solicitudes de convocatoria a juntas especiales de accionistas

La LGS no contiene una norma específica con respecto a la convocatoria a juntas especiales de accionistas. No obstante, como norma de remisión general tenemos el ya citado artículo 132 de la LGS, que establece que las juntas especiales de accionistas se regirán por las disposiciones de la junta general, en tanto le sean aplicables.

No obstante, como veremos a continuación, las convocatorias a juntas especiales de accionistas tienen unas reglas particulares aplicables a las sociedades anónimas ordinarias y cerradas, mientras que para el caso de las sociedades anónimas abiertas se aplican reglas y normativas distintas.

2.3.1. Convocatoria a juntas especiales en sociedades anónimas ordinarias o cerradas

2.3.1.1. Procedencia de la solicitud por cuestión de competencia

Un primer aspecto a tener en cuenta, y que ya fue analizado en el acápite 2.1, es que la juntas especiales de accionistas pueden deliberar y resolver únicamente sobre asuntos que son de su competencia. Por tanto, y aun cuando se puedan cumplir los requisitos formales correspondientes -porcentaje de acciones y formalidad utilizada para la solicitud-, una solicitud de convocatoria podrá ser considerada válida únicamente en la medida

(3) Salvo determinados supuestos muy particulares en los que los acuerdos de la junta especial tienen efectos directos, como lo sería el nombramiento de un número determinado de directores por una clase de acciones. En tal supuesto, conforme a lo establecido en el artículo 153 de la LGS, la junta especial correspondiente tiene la facultad de nombrar directamente a los correspondientes directores de la sociedad.

(4) CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. *Las clases de acciones en la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 2000. p. 298.

que esté referida a aspectos que son de competencia de dicha junta especial.

Por tal motivo, en forma previa a la revisión de los aspectos formales de toda solicitud de convocatoria a junta especial de accionistas, corresponde al directorio de la sociedad -o a la gerencia en el caso de sociedades anónimas sin directorio- la comprobación de que la junta especial cuya convocatoria se solicita es competente para tratar los puntos de agenda propuestos. Como se ha visto, ello no solo implica que la junta especial de accionistas tenga la competencia general para tratar los puntos de agenda solicitados, sino que además se cumpla con el prerrequisito⁽⁵⁾ de que la sociedad tenga pendiente la realización una junta general de accionistas que tenga por objeto la afectación de derechos particulares de la clase.

2.3.1.2. Porcentaje requerido para solicitar convocatoria a junta especial de accionistas

Tampoco en este caso la LGS tiene una norma que en forma particular regule el porcentaje requerido para solicitar la convocatoria a junta especial de accionistas. Únicamente contamos con la remisión ya apuntada del artículo 132 de la LGS en el sentido que lo relativo a las juntas especiales se regirá por las disposiciones de las juntas generales, en cuanto resulten aplicables.

En aplicación de dicha norma de remisión y de conformidad con el artículo 117 de la LGS⁽⁶⁾, para efectos de la convocatoria a junta especial se requerirá que la solicitud correspondiente sea presentada por accionistas que representen “no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto”.

«LA TOTALIDAD DE ACCIONES DE UNA DETERMINADA CLASE (Y NO SOLO LAS ACCIONES QUE NO TIENEN EL DERECHO AL VOTO SUSPENDIDO) DEBEN SER CONSIDERADAS PARA EFECTOS DEL CÓMPUTO DEL PORCENTAJE AL QUE SE REFIEREN LOS ARTÍCULOS 117 Y 132 DE LA LGS.

De acuerdo al texto transcrito en el párrafo anterior, la determinación del porcentaje requerido para efectos de solicitar una convocatoria a junta especial tiene como principal problema interpretativo la determinación del universo de cálculo de dicho veinte por ciento.

Por un lado, el artículo 117 se refiere a un porcentaje de “acciones suscritas con derecho a voto”. No obstante, es evidente que se trata de una norma de remisión, por lo que para nosotros resulta claro que, para efectos de contar con el derecho de solicitar una convocatoria a junta especial de accionistas, no se requiere contar con el veinte por ciento de la totalidad de acciones suscritas con derecho a voto, sino únicamente con el veinte por ciento de las acciones de la correspondiente

(5) Salvo el supuesto particular de la elección de directores por clases.

(6) “Artículo 117.- 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 la publicación de la convocatoria.

Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen 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, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.”

Daniel Abramovich Ackerman

clase. De alguna forma, esta discusión parece haber sido zanjada con la nueva redacción del artículo 255 de la LGS⁽⁷⁾ -que regula las convocatorias a juntas de accionistas para las sociedades anónimas abiertas- y que, en su parte final, establece que “[l]a base de cálculo para determinar el cinco por ciento⁽⁸⁾ está constituida por las acciones que conforman la clase que pretende reunirse en junta especial”. Creemos que esa precisión era innecesaria, pero de todas formas es importante contar con una norma expresa que regule en forma clara la forma de cálculo del porcentaje requerido para solicitar la convocatoria a una junta especial de accionistas.

Como es lógico, en lo que respecta a su derecho a pronunciarse respecto a la modificación de los derechos que les son particulares, las acciones sin derecho a voto sí son consideradas como “acciones con voto” para efectos de las juntas especiales, ya que resulta evidente que estas tienen derecho a pronunciarse en junta especial en caso se proponga la afectación de sus derechos. Por tanto, la referencia a “acciones con derecho a voto”, también debe aplicarse a las acciones sin derecho a voto, en cuanto a su derecho a reunirse en junta especial.

Sin embargo, la discusión que ha generado tal vez mayores discusiones es la referida al cómputo del universo de cálculo del porcentaje requerido en los casos en los que existen acciones que tienen el derecho al voto suspendido en razón de haber sido adquiridas por la propia sociedad emisora conforme al artículo 104 de la LGS, o por ser de titularidad de sociedades controladas por ésta, conforme a lo regulado por el artículo 105 de la LGS.

Ante esta situación existen dos posibles interpretaciones: (i) que, para efectos del cálculo del veinte por ciento de las acciones de la clase, se debe tomar en cuenta la totalidad de acciones las acciones, incluso aquellas que tienen el derecho a voto suspendido conforme a los artículo 104 ó 105 de la LGS; o, (ii) que deben tomarse en cuenta únicamente las acciones

que no tienen su derecho al voto suspendido, es decir, sin tomar en cuenta las acciones con derecho al voto suspendido en aplicación de los referidos artículos 104 y 105 de la LGS. En nuestra opinión la interpretación correcta es la primera, por las razones que pasamos a explicar en los párrafos siguientes.

En primer lugar, el artículo 117 de la LGS no realiza excepción alguna en los casos en que existan acciones que, por cualquier motivo, tengan el derecho al voto suspendido.

El hecho de que, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 104 ó 105 de la LGS, no sea posible ejercer el derecho de voto en junta general sobre determinadas acciones con o sin derecho a voto -pero siempre con derecho a voto en junta especial-, no altera la calidad de éstas, convirtiéndolas en acciones sin derecho a voto.

En efecto, en caso de que la sociedad emisora -en el caso del artículo 104- o la subsidiaria -en el caso del artículo 105- decidiese transferir acciones a un tercero no controlado por la sociedad emisora, ese tercero adquirente podría ejercer el derecho de voto sobre dichas acciones, sin que en ningún momento estas hubiesen perdido en ningún momento la condición jurídica de acciones pertenecientes a una clase especial.

Por lo demás, la posición contraria nos parece que no sería coherente con la regulación general sobre suspensión de derecho a voto contenida en la LGS. A manera de ejemplo, los artículos 79⁽⁹⁾ y

(7) Según el texto modificado por Decreto Legislativo 1061, vigente a partir del 1 de enero de 2009.

(8) Porcentaje aplicable para el caso de las sociedades anónimas abiertas.

(9) “Artículo 79.- El accionista moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo a que se refiere el artículo anterior. Dichas acciones no son computables para formar quórum de la junta general ni para establecer la mayoría en las votaciones. Tampoco tendrá derecho, respecto de dichas acciones, a ejercer el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones ni de adquirir obligaciones convertibles en acciones”.

133⁽¹⁰⁾ de la LGS establecen supuestos adicionales en los que se suspende el derecho a voto a determinadas acciones, estableciendo la LGS las consecuencias específicas aplicables a cada caso particular.

Así, en cada uno de los supuestos de suspensión del derecho de voto antes indicados, la LGS ha establecido consecuencias distintas: (i) en el caso de los artículos 104 y 105, incomputabilidad de las acciones tanto para efectos de quórum como de mayorías; (ii) en el caso del artículo 133, la consecuencia es la incomputabilidad únicamente para establecer las mayorías en las votaciones; (iii) mientras que en el caso del artículo 79 las consecuencias son no solo la incomputabilidad de las acciones para efectos de quórum y mayorías, sino también la suspensión de los derechos económicos.

No obstante, adicionalmente, esta interpretación se ve confirmada por la reciente modificación introducida al artículo 255 de la LGS. De acuerdo con dicha modificación, se ha establecido que, para el caso exclusivo de las sociedades anónimas abiertas, el requisito del cinco por ciento aplicable a esa modalidad de sociedad anónima, se computa sobre las acciones “cuyos derechos políticos no se encuentren suspendidos en virtud de lo establecido en el artículo 105”.

Como se puede apreciar, mediante el Decreto Legislativo 1061, se estableció una forma de cálculo aplicable en forma particular o excepcional al supuesto de convocatorias a sociedades anónimas abiertas. Por tanto, en aplicación del Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que estipula que “[l]a ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”, para nosotros resulta claro que ese “recálculo” del porcentaje necesario para solicitar la convocatoria a junta especial no resulta de aplicación a los casos de sociedades anónimas ordinarias o cerradas.

Por lo anterior, en nuestra opinión la totalidad de acciones de una determinada clase (y no solo las acciones que no tienen el derecho al voto suspendido) deben ser consideradas para efectos del cómputo del porcentaje al que se refieren los artículos 117 y 132 de la LGS.

2.3.2. Convocatoria a juntas especiales en sociedades anónimas abiertas

2.3.2.1. Procedencia de la solicitud por cuestión de competencia

Al igual que lo indicado con respecto a las sociedades anónimas ordinarias o cerradas, un requisito esencial para que proceda la convocatoria a una junta especial en una sociedad anónima abierta, es que esta sea competente para tratar el o los asuntos que corresponda. En circunstancias normales, este apartado debería concluir indicando simplemente que, en este caso, resulta de aplicación lo ya señalado con respecto a las indicadas modalidades de sociedad anónima.

No obstante, en el caso particular de las convocatorias a juntas de accionistas -generales y especiales-, por Resolución Conasev 111-2003-EF/94.10 fueron aprobadas las normas relativas al acceso a información vinculada a la marcha societaria y convocatorias a juntas en las sociedades anónimas abiertas.

En lo que atañe al presente artículo, el artículo 10 de la referida Resolución establece lo siguiente:

“CONASEV publicará el aviso de convocatoria a la junta general teniendo en consideración los artículos 43° y 258° de la Ley General de Sociedades. El aviso de convocatoria especificará el lugar, día y hora de celebración de la junta general así como los asuntos a tratar en la misma.

En los casos de convocatoria efectuadas por CONASEV, a solicitud de quienes representen el cinco por ciento o más de las acciones

(10) “Artículo 133.- 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. En este caso, las acciones respecto de las cuales no puede ejercitarse el derecho de voto son computables para establecer el quórum de la junta general e incomputables para establecer las mayorías en las votaciones (...)”.

Daniel Abramovich Ackerman

suscritas con derecho a voto, el aviso de convocatoria respectivo deberá contener como temas de agenda aquellos que hubiesen sido solicitados por dichos accionistas. CONASEV no evaluará ni modificará los temas de agenda propuestos, limitándose sólo a verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud”.

Adicionalmente, mediante Resolución Conasev 007-2006-EF/94.10, se interpreta la última parte del artículo 10° anteriormente citado, estableciéndose lo siguiente:

“Interpretar la última parte del segundo párrafo del artículo 10 de las Normas Relativas al Acceso a Información Vinculada a la Marcha Societaria y Convocatorias a Juntas en las Sociedades Anónimas Abiertas, en el sentido que CONASEV no está facultada para observar aspectos relacionados con la competencia de la junta que se pretende convocar para tratar los temas de agenda propuestos, pues tal verificación supondría una evaluación previa de la propia agenda y esto no es parte de los requisitos formales de la solicitud”.

Como se ha visto, con el artículo 117 de la LGS los accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto de una sociedad anónima ordinaria o una sociedad anónima cerrada, pueden solicitar al directorio de esta que convoque a junta general o junta especial de accionistas. En caso de que el directorio de la sociedad no convoque a junta de acuerdo a lo solicitado, el accionista cuya solicitud ha sido rechazada puede solicitar judicialmente la convocatoria a junta. En estos casos, la solicitud de convocatoria a junta se tramita en la vía del proceso no contencioso.

La vía del proceso no contencioso regulado en el Código Procesal Civil (en adelante, el CPC) garantiza al emplazado

el derecho de ser notificado con la solicitud del demandante, formular contradicción, ofrecer medios probatorios, participar en la audiencia de actuación y declaración judicial, y hacer uso de la palabra ante el juez. Así lo establecen los artículos 753 y 754 del CPC.

Es más, aun cuando se trata de un proceso no contencioso, el artículo 752 del CPC remite a la aplicación del artículo 551 (y este a los artículos 426 y 427 del CPC). Según el artículo 427, el juez puede declarar la improcedencia de una demanda interpuesta en un proceso no contencioso, lo que implica la posibilidad de que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión.

Para el caso de las sociedades anónimas abiertas, el artículo 255 de la LGS señala que, en caso de que el directorio de la sociedad no convoque a junta de acuerdo a lo solicitado por los accionistas que representen no menos del cinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, el accionista cuya solicitud ha sido rechazada puede solicitar a Conasev la convocatoria a junta.

Sin perjuicio de ello, los artículos 7⁽¹¹⁾ y 9⁽¹²⁾ de la Exposición de Motivos de la Resolución Conasev 111-2003-EF/94.45 señalan que la labor de Conasev en el procedimiento de convocatoria a junta es similar a la que desempeña el juez en el procedimiento de convocatoria judicial en virtud del artículo 117 de la LGS.

(11) “(...) el supuesto del inciso b) resulta similar a la convocatoria que puede realizar el juez al amparo del artículo 117° de la Ley General de Sociedades, cuando la solicitud a junta de accionistas que representen por lo menos veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto hubiese sido denegada o hubiese transcurrido más de quince (15) días de presentada sin efectuar la convocatoria. De igual manera, en supuesto se enmarca en un ámbito administrativo, refiere de manera particular a las sociedades anónimas abiertas y exige un porcentaje menor (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto.”

(12) “De acuerdo al artículo 9°, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud, Conasev dispondrá la publicación del aviso de convocatoria. Asimismo, dicho artículo establece las atribuciones de Conasev, en concordancia con la que tiene el juez de acuerdo a los artículos 117° y 119° de la Ley General de Sociedades”.

Adicionalmente, el acápite 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley 27444 (LPAG) reconoce como uno de los principios aplicables a todo procedimiento administrativo el del debido procedimiento:

“Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprenden el derecho a exponer argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

De la norma transcrita, se deriva que el concepto del debido proceso, en toda su amplitud, resulta aplicable no únicamente al proceso judicial, sino también al procedimiento administrativo.

No obstante, conforme al artículo 10 de la referida Resolución Conasev 111-2003-EF/94.45 y al artículo 2 de la Resolución Conasev 007-2006-EF/94.10, “CONASEV no evaluará ni modificará los temas de agenda propuestos [por el solicitante]”, y ello querría en principio significar conforme a la Resolución Conasev 007-2006-EF/94.10, que “CONASEV no está facultada para observar aspectos relacionados con la competencia de la junta que se pretende convocar para tratar los temas de agenda propuestos, pues tal verificación supondría una evaluación previa de la propia agenda y esto no es parte de los requisitos formales de la solicitud”.

Pero lo cierto es que, por disposición expresa de la LGS, Conasev tiene la facultad exclusiva y excluyente de convocar a juntas generales o especiales de una sociedad anónima abierta, cuando esta facultad normalmente corresponde al Poder Judicial, tal como lo establecen los artículos 117 y 119 de la LGS.

Para nosotros, resulta claro que el artículo 255 de la LGS concedió esta facultad a la Conasev no para que la sociedad -que normalmente sería parte de un proceso no contencioso de convocatoria judicial a junta de accionistas conforme a los artículos 117 y 119 de la LGS- se encuentre desprotegida, sin poder expresar argumentos y menos aun dejar de ser

considerada como parte del procedimiento administrativo de convocatoria a junta. Por el contrario, esta delegación legal tendría por finalidad que los accionistas de una sociedad anónima abierta puedan lograr que se efectúe una convocatoria en un plazo más corto que el que resultaría del inicio de un proceso judicial de convocatoria a junta, pero obviamente sin recortar derechos o garantías a las partes involucradas.

Por tanto, el procedimiento de convocatoria regulado por la Resolución Conasev 111-2003-EF/94.45 debe necesariamente llevarse a cabo en estricto cumplimiento del principio del debido procedimiento así como de lo establecido por la Constitución.

Más aún, debe tenerse presente que toda entidad administrativa se encuentra facultada para ejercer control difuso de las normas. Ello ha sido establecido por el Tribunal Constitucional. De la sentencia del expediente 124-2001 y en el pleno del 3 de junio de 2005 se desprende que ni la Resolución Conasev N° 111-2003-EF/94.45 -y sus normas modificatorias e interpretativas- ni ninguna otra disposición legal o reglamentaria puede ser interpretada en sentido contrario a los derechos fundamentales que garantiza la Constitución, entre ellos el debido proceso recogido en forma expresa en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, que establece que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”.

Sobre lo anterior, la referida sentencia del Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

“La interpretación de (los derechos constitucionales) debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección”⁽¹³⁾.

(13) Expediente 1124-2001-AA/TC.

Daniel Abramovich Ackerman

“Es preciso dejar de lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla o defenderla. En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”⁽¹⁴⁾.

Por otro lado -y aun cuando no debería ser necesaria su invocación en este caso, ya que, por la naturaleza de un procedimiento de convocatoria a junta, es evidente que la sociedad debe ser considerada como parte-, conforme al artículo 60.1 de la LPAG⁽¹⁵⁾, en todo proceso en el que se advierta la existencia de terceros cuyos derechos o intereses legítimos puedan ser afectados con la resolución que se emita, todo lo actuado les debe ser notificado.

Resulta por demás evidente -aunque los “acuerdos” adoptados serían claramente nulos- que una sociedad anónima abierta puede verse afectada por la realización de una junta especial de accionistas incompetente. Por tanto, ante la eventual presentación ante CONASEV de la correspondiente solicitud de convocatoria, CONASEV deberá considerar a la correspondiente sociedad anónima abierta como parte del procedimiento administrativo de convocatoria.

Además, en aplicación del principio del debido proceso (debido procedimiento en el caso de procedimientos administrativos), resulta evidente que CONASEV no puede limitarse a resolver una solicitud de convocatoria a junta, verificando únicamente el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud. El principio de legalidad y el derecho al debido procedimiento obligan a la CONASEV a verificar plenamente la existencia del supuesto de hecho previsto en la norma material para la procedencia de una solicitud de convocatoria a junta,

y a cerciorarse de la solidez del derecho que invoca un solicitante antes de emitir un pronunciamiento que afecte los derechos e intereses de la sociedad.

El referido principio de legalidad encuentra, por un lado, sustento tanto en el artículo 51 de la Constitución, que establece que “[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”. En el mismo sentido, el inciso 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, establece que “[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas”.

En el caso analizado, una actuación de CONASEV que se limite a la verificación de requisitos formales a fin de decidir la procedencia o no de una convocatoria a junta general o especial e accionistas sería abiertamente inconstitucional, por contravenir el principio del debido proceso así como el principio de legalidad. Por tanto, Conasev no solo está facultada, sino que se encuentra obligada a inaplicar cualquier disposición que implique una vulneración de los principios antes referidos.

En tal sentido, en aplicación del principio del debido procedimiento y de conformidad con los anteriormente referidos artículos 752, 551 y 427 del CPC, CONASEV se encuentra legalmente obligada a analizar la competencia de una junta general o especial de accionistas para pronunciarse respecto de los puntos que se solicita y no únicamente a verificar el cumplimiento de los requisitos formales. En caso de determinar la incompetencia de la

(14) Expediente 0050-2004-AI/TC.

(15) “Artículo 60.1.- Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos pueden resultar afectados con la resolución que se emita, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento”.

junta que corresponda para tratar los puntos solicitados, CONASEV deberá declarar la solicitud como improcedente.

2.3.2.2. Porcentaje requerido para solicitar convocatoria a junta especial de accionistas

Como ya hemos analizado para el caso de la sociedad anónima ordinaria y la sociedad anónima cerrada, la falta de precisión de la norma abría la discusión acerca del universo de acciones que deben ser consideradas a efectos de verificar la existencia del porcentaje de acciones necesario para efectos de solicitar convocatoria a junta especial de accionistas.

Por las razones también apuntadas anteriormente, en el caso de la sociedad anónima abierta, esa indefinición ha dejado de existir, en atención a la modificación introducida al artículo 255 de la LGS por el Decreto Legislativo 1061. Considerando dicha modificación, el artículo 255 de la LGS establece lo siguiente:

“En la sociedad anónima abierta el número de acciones que se requiere de acuerdo al artículo 117 para solicitar la celebración de junta general es de cinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto y cuyos derechos políticos no se encuentran suspendidos en virtud de lo establecido en el artículo 105°.

CONASEV es la única entidad competente para disponer la convocatoria a junta general de accionistas, la misma que procederá en los siguientes casos:

- i) Cuando la solicitud presentada por los accionistas fuese denegada por la sociedad;
- ii) Cuando transcurriese el plazo indicado en ese artículo sin efectuarse la convocatoria; o,
- iii) Cuando la celebración de la junta es

dispuesta por el directorio de la sociedad dentro de un plazo excesivo que no guarde proporción con la anticipación de la publicación del aviso de convocatoria.

Lo establecido en este artículo se aplica a los pedidos de convocatoria de las juntas especiales. La base de cálculo para determinar el cinco por ciento está constituida por las acciones que conforman la clase que pretende reunirse en junta especial”.

De acuerdo con el nuevo texto del artículo 255 de la LGS, ahora resulta claro -aunque por las razones antes apuntadas, no estamos de acuerdo con la modificación introducida- que, para efectos de la determinación del porcentaje requerido, deben excluirse las acciones que tengan el derecho al voto suspendido conforme al artículo 105 de la LGS.

No obstante y sin perjuicio de nuestra discrepancia con el cambio introducido, no podemos dejar de advertir una inconsistencia en la nueva regulación. Si lo que se buscaba es que, para efectos de la determinación del cumplimiento del requisito del cinco por ciento de las acciones de la clase, se tomen en cuenta únicamente las acciones con efectivo derecho al voto, el cambio introducido resulta claramente insuficiente. En efecto, como ya se señaló anteriormente, existen varios supuestos en los que la LGS establece la suspensión del derecho a voto y, para referirnos a un caso muy similar al regulado por el artículo 105 de la LGS (autocartera indirecta), en los supuestos de autocartera directa regulados por el artículo 104° de la LGS también se produce la suspensión del derecho al voto⁽¹⁶⁾. Por tanto, si la intención del legislador era la de excluir del universo de cálculo a las acciones con derechos políticos suspendidos, también debió hacerse referencia a que el “recálculo” del porcentaje debía hacerse en los casos de la existencia de acciones en poder de la propia sociedad emisora al amparo del artículo 104 de la LGS.

Finalmente y aunque en estricto la modificación no parecía ser necesaria, nos parece correcto el agregado efectuado al artículo 255 de la LGS a efectos de aclarar que la base de cálculo para determinar el cinco por ciento está constituida por las acciones que conforman la correspondiente clase.®

(16) “Artículo 104.- (...) Mientras las acciones a que se refiere este artículo se encuentren en poder de la sociedad, quedan en suspenso los derechos correspondientes a las mismas. Dichas acciones no tendrán efectos para el cómputo de quórums y mayorías y su valor debe ser reflejado en una cuenta especial del balance”.