

Juntas generales virtuales: análisis de nuestra ley general de sociedades

Virtual general meetings: analysis of our general company law

DÍAZ SÁNCHEZ, Juan Carlos(*)

SUMARIO: I. Introducción II. Las sociedades en el derecho peruano. III. Órganos societarios IV. La junta general V. Requisitos para la validez de una junta general. VI. Las juntas generales virtuales VII. Problemas que debe enfrentar la junta general virtual. VIII. Conclusiones IX. Lista de referencias.

Resumen: El estado de emergencia decretado en nuestro país, en razón de la pandemia generada por el avance del COVID-19 en el mundo, nos ha obligado a seguir estrictos protocolos de seguridad, como por ejemplo el aislamiento social. Por ello, se ha prohibido las reuniones, afectando así la posibilidad de realizar las acostumbradas juntas generales de socios. Por ello, en este artículo haremos un análisis de nuestra Ley General de Sociedades, para determinar si es posible hacer juntas generales virtuales y bajo qué condiciones, así como proponer los cambios normativos, para hacer más viable el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Candidato a doctor y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho y la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Con estudios de especialización en España, Holanda y Estados Unidos.

Palabras Claves: Sociedad, junta general, virtual, tecnologías de la información y comunicación.

Abstract: *The state of emergency decreed in our country, due to the pandemic generated by the advance of Covid-19 in the world, has forced us to follow strict security protocols, such as social isolation. Therefore, meetings have been prohibited, thus affecting the possibility of holding the usual general meetings of partners. For this reason, in this article we will analyze our General Companies Law, to determine if it is possible to hold virtual general meetings and under what conditions, as well as to propose regulatory changes, to make the use of Information and Communication Technology (ICT).*

Keywords: *Company, general meeting, virtual, information and communication technologies.*

I. Introducción

El 15 de marzo del 2020, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, el gobierno de Perú declaró el estado de emergencia a nivel nacional por quince días calendarios, pero que luego se extendió hasta el 30 de junio del mismo año. Con esta declaración de emergencia se suspendió el ejercicio de los derechos constitucionales y se establecieron diversas limitaciones, como la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas.

Como consecuencia, las personas estaban impedidas de transitar libremente, solo podían hacerlo para tener acceso a servicios y bienes esenciales. Dada tal prohibición, las personas quedaron impedidas de asistir y participar en juntas generales de sociedades anónimas o cualquier otro tipo de sociedad. Y no sólo eso, al establecerse el aislamiento social como una estrategia en la lucha contra la pandemia, quedaron prohibidos las reuniones, y con ello, las juntas generales.

Al 15 de marzo muchas de las sociedades que operan en el Perú ya habían convocado para realizar la Junta Obligatoria Anual, pero no pudieron llevarse a cabo por las limitaciones establecidas por el gobierno. Luego el gobierno diseñó programas de financiamiento, como el denominado Reactiva Perú, que establecía como uno de los requisitos para las empresas que obtengan este beneficio, la prohibición del reparto de utilidades entre tanto esté vigente el crédito. Condición que obligaba, en algunos casos, a realizar la junta obligatoria anual para aprobar los estados financieros del ejercicio económico 2019 y la aplicación de utilidades.

En estas circunstancias muchos directorios y gerentes, se preguntaban si era posible realizar una junta general virtual y, si era posible, bajo qué condiciones, para evitar impugnaciones o nulidades de los acuerdos societarios. Por lo que, en este artículo, analizaremos si bajo tales circunstancias es o no posible realizar una

junta general virtual y además reflexionaremos sobre los cambios que debería tener nuestra vigente Ley General de Sociedades, para aplicar de manera más eficiente, las tecnologías de la información y comunicación, en la realización de juntas generales virtuales.

II. Las Sociedades en el Derecho Peruano

Si bien el derecho societario ya estaba regulado en el último Código de Comercio de 1902, específicamente en la sección primera (de las compañías mercantiles), del libro segundo (de los contratos especiales de comercio); la primera ley, que regulaba de manera específica a las sociedades y desvinculada de los contratos, fue la Ley N.º 16123 y se dio en 1966, llamándose Nueva Ley de Sociedades Mercantiles.

Luego, en 1985, mediante Decreto Supremo N.º 003-85/JUS, se aprueba el TUO de la Ley General de Sociedades y finalmente el 01 de enero de 1998 entró en vigencia la actual y vigente Ley General de Sociedades (en adelante LGS), Ley N.º 26887, la misma que será objeto de análisis en cuanto a las juntas generales virtuales.

Ahora bien, en razón del propósito de este artículo debemos definir lo que es una sociedad. Así para Friedrich Kubler, existen dos clases de sociedades: la sociedad personalista y las corporaciones. Cuando define cada una de ellas dice:

«La sociedad personalista (o sociedad en sentido estricto) ha sido concebida como una pequeña unión de personas, es decir, está pensada para un número reducido de miembros. (...) Las corporaciones (en especial, la asociación, la cooperativa y las sociedades de capital) se conciben como una unión de personas de mayor envergadura: es decir, para un gran número de personas. (...) 1. La corporación trasciende más allá de la permanencia de sus miembros. (...) 2. Las asociaciones y las sociedades de capital tienen un régimen jurídico corporativo: necesitan un nombre para operar en el tráfico jurídico, y un estatuto, en el que se fija su estructura organizativa». (Kubler, 2001, p. 60-62)

De la definición antes mencionada, podemos advertir como elemento característico en las sociedades, la existencia de una unión de personas, obviamente previo acuerdo de ellas, como lo dice nuestra LGS. Pero, además nos precisa que las sociedades de capital, como las sociedades anónimas, en el caso peruano, requieren un régimen jurídico corporativo, lo cual incluye un estatuto en donde se fija su estructura organizativa, y aquí encontramos a la junta general, motivo del presente artículo.

Por su parte, nuestra vigente LGS, si bien no establece una definición de la sociedad, sí nos da los elementos esenciales. Así, en su artículo 1 establece que:

«Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas». De aquí podemos extraer los elementos que caracterizan a una sociedad, como son:

- a) La existencia de un acuerdo de dos o más personas naturales, jurídicas o de ambas.
- b) El aporte de bienes o servicios, según la naturaleza de la sociedad que se constituye.
- c) El ejercicio en común de actividades económicas, esto es, en conjunto y subordinando los intereses particulares al interés de la sociedad.
- d) La búsqueda de un beneficio, pues todo ejercicio de una actividad económica, tiene tal fin. Pero entiéndase al beneficio como un concepto más amplio al de lucro.

Por lo tanto, podemos decir que la sociedad vendría a ser el conjunto de personas naturales o jurídicas, quienes han acordado unirse para el desarrollo de una actividad económica, realizando aportes y en búsqueda de un beneficio.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 de la LGS, la sociedad, constituida mediante escritura pública (formalidad de constitución), adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en los registros públicos y la mantiene hasta que se inscriba su extinción. La personalidad jurídica es una ficción legal, por la cual, luego del cumplimiento de determinadas formalidades, la norma otorga a la organización creada, vida propia y autonomía, desvinculándola de los miembros que la conforman.

Por lo tanto, esta nueva entidad llamada persona jurídica, para manifestarse y actuar en el mercado, requiere contar con órganos, cuyas decisiones constituirán la voluntad de la sociedad, según las facultades establecidas en el estatuto.

III. Órganos societarios

Nuestra LGS no nos dice qué debemos entender por «órgano societario». Pero si decimos que la sociedad es una organización, entonces en su interior encontraremos una estructura organizativa, conformada por unidades o entidades, con funciones determinadas y reguladas por el estatuto, a las que la LGS llama «órganos».

A decir de Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, «como cualquier persona jurídica, la sociedad anónima necesita órganos para crear, emitir y ejecutar su voluntad, así como para concertar los actos y estipular los negocios jurídicos

con terceros a través de los cuales realiza el objeto social para cuya consecución fue constituida». (Broseta & Martínez, 2008, p. 410)

En tal sentido, los órganos societarios resultan ser imprescindibles para la existencia, vida y funcionalidad de cualquier sociedad, pues a través de ellos se expresa la voluntad de la sociedad y se celebran los actos jurídicos con terceros. Por lo que, si los órganos societarios no pueden funcionar, por las limitaciones físicas (como la prohibición de reunirse como consecuencia de un estado de emergencia) o legales (cuando la norma no es flexible o no ha previsto situaciones excepcionales), entonces la sociedad no podrá expresar su voluntad ni celebrar actos jurídicos. Esto no solo afecta el dinamismo económico del mercado sino además podría generar graves perjuicios económicos para las sociedades.

Ahora bien, nuestra LGS establece la estructura de la organización llamada sociedad. Pero considerando que en la misma ley existen diversas formas societarias, debemos tener presente que la estructura estará en función de cada una ellas. Así, por ejemplo, en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (SRL), en su estructura no existe el directorio, a diferencia de la Sociedad Anónima (SA), en donde la existencia del directorio es obligatoria. Pero, cualquiera que sea la forma societaria, necesariamente tendrá como máximo órgano societario, a la Junta General.

IV. La Junta General

A decir de Víctor Manuel Garrido de Palma «La junta es, generalmente, una reunión de accionistas constituidos en junta general. Al hablar de «reunión de accionistas constituidos en junta», se quiere poner de manifiesto que la Junta general presupone la presencia simultánea de los socios con el fin de adoptar los acuerdos sociales». (Garrido, 1993, p. 50)

Como podemos observar de la definición antes citada, respecto de la junta general, siempre se ha pensado en una reunión física, con la presencia de los socios o sus representantes, y simultánea, es decir, en el mismo momento y lugar. Pero el crecimiento de las sociedades anónimas, llegando a las sociedades con accionariado difundido (en donde las acciones están difuminadas en miles de socios), ha obligado a repensar, si bien no tanto en el concepto, pero sí en la forma de llevarla a cabo. A esto se ha sumado, las enormes facilidades que hoy da la aparición de las tecnologías de la información y comunicación, que permite tener reuniones virtuales, a pesar que las personas están en diferentes lugares, a miles de kilómetros. Según lo establecido en el artículo 111 de nuestra LGS:

«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».

La norma citada, expresamente nos dice que la junta general es el órgano societario más importante de la sociedad, pues se trata del órgano de mayor jerarquía en la estructura orgánica. Aquí se toman las decisiones más importantes, que pueden cambiar la estructura de la distribución del capital (a través de un acuerdo de aumento o reducción de capital), la naturaleza de la sociedad (a través de un acuerdo de transformación) o incluso decidir el inicio del procedimiento de desaparición de la sociedad (acordando la disolución y liquidación de la sociedad).

Por su parte, Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez-Calero Guilarte, nos dice que «esta consideración de la junta como órgano soberano de la sociedad responde, en cierto sentido, al ideal «democrático» de la configuración de la sociedad anónima, en la que los administradores están plenamente sometidos a la voluntad de los socios adoptados en esta Junta». (Sánchez & Sánchez-Calero, 2006, p. 439)

Pero, además de ser el órgano societario más importante, los autores antes mencionados nos dan dos características adicionales, que nos permiten comprender con mayor amplitud, la relevancia de este órgano societario. Por un lado, nos dicen que se trata de un órgano democrático, en donde todos los socios tienen derecho a participar con voz y voto (excepto los titulares de acciones sin derecho a voto) y cuyas decisiones son soberanas, de obligatorio cumplimiento. En este «ideal democrático»⁽¹⁾, los socios deberían tener la posibilidad y facilidad de participar y formar parte de las decisiones. Por lo tanto, una legislación que busque la plena participación de los socios en las juntas generales, será una que contribuya al logro de tal «ideal democrático».

Además, este «ideal democrático» debería ayudar a establecer la voluntad de los socios (dueños del capital), por encima de la voluntad de los administradores (directorio y gerentes). Una tarea casi imposible en las sociedades de accionariado difundido,

(1) El «ideal democrático», no debe ser entendido como igualdad entre los socios, sino igualdad en el derecho de participación. Hacemos esta precisión, pues particularmente en las sociedades anónimas y en la sociedad comercial de responsabilidad limitada, podría no haber una igualdad plena, dado que se permite que uno o más socios tengan una mayor participación en el capital social, lo cual les podría permitir (en función del porcentaje) tomar decisiones, incluso sin necesitar la conformidad de otros socios.

en donde los miles de miles de socios, al ser propietarios de porcentajes insignificantes de acciones, no les interesa participar en las juntas generales y por lo tanto no forman parte de las decisiones. Produciéndose aquí una ilógica situación, que lleva a un conflicto de intereses: los dueños del capital no toman decisiones, éstas son tomadas por los administradores, quienes no son dueños y no están arriesgando su capital.

La situación antes mencionada también se puede presentar en sociedades de menor magnitud, como aquellas que tienen 50 socios o 100 socios, en donde al creer que solo se es titular del 1 % del capital, resultaría innecesario participar en una junta general. Por ello, una de las grandes preocupaciones que deberían tener los legisladores, es cómo promover la participación de los socios en las juntas generales. Para lograrlo se debe pensar en cómo lograr la funcionalidad de la junta general aprovechando el uso de las TICs.

V. Requisitos para la validez de una Junta General

Dada la importancia de las decisiones que se toman en junta general, como órgano soberano de la sociedad, es menester considerar los requisitos para su validez. Pues cuando hablemos de las juntas generales virtuales, de sus condiciones y modalidades, debemos considerar siempre en cuidar el cumplimiento de todos los requisitos de validez.

Si bien en nuestra LGS no se ha establecido de manera expresa los requisitos de validez que deben cumplir las juntas generales, estos podemos deducirlos del artículo 111 de tal norma, en donde se mencionan los siguientes requisitos:

- a) La convocatoria: tiene por objeto poner en conocimiento de los socios, la realización de una junta general, precisando el lugar, hora, día y asuntos a tratar.
- b) El quórum: es la representación mínima de acciones exigida por ley o el estatuto, para que se pueda iniciar una junta general. Se establece en porcentajes, en función del capital total de la sociedad.
- c) Las mayorías para tomar acuerdos: hace referencia al número mínimo de acciones suscritas con derecho a voto, que se requiere para tomar acuerdos. También está establecido en la LGS, pero el estatuto podría recoger otros porcentajes.
- d) El tema a tratar sea de su competencia: significa que la junta general, a pesar de ser el órgano supremo, no podrá tratar cualquier tema, sino solo los temas que expresamente se han establecido en el estatuto, como temas de su competencia. Esto quiere decir que, la junta general siempre tendrá como límite la LGS y el estatuto.

En razón de lo antes señalado, cuando se realice una junta general, siempre se debe considerar el cumplimiento de los requisitos antes señaladas. Ahora bien, si comenzamos hablar de una junta general virtual, debemos analizar cómo cumplimos con tales requisitos con esta nueva modalidad, en especial, respecto a la convocatoria, el quórum y la mayoría. Pues estos requisitos inciden directamente en el tema que estamos abordando.

VI. Las Juntas generales virtuales

Las juntas generales virtuales es el resultado de la relación entre la junta general y el uso de la Tecnología de la Información y Comunicación (TIC). Es decir, la realización de la junta general por medios electrónicos o telemáticos, como el uso del correo electrónico, WhatsApp, reuniones virtuales como el zoom o el meet, o herramientas tecnológicas creadas de particular por cada sociedad. Andrés Recalde Castells nos habla sobre esta relación:

«Durante la última década se viene afirmando que las TIC pueden contribuir de forma importante a solventar los déficits tradicionales de este órgano y a mejorar de forma sustancial la posición de los accionistas, facilitándoles el ejercicio de sus derechos individuales, y en particular el de voto. En este sentido se señala que Internet es un instrumento útil desde la perspectiva del corporate governance y de la introducción de la democracia accionarial, al facilitar el desarrollo y la participación de los accionistas.

«Las TIC pueden incidir en muchos sectores del derecho de sociedades: desde la generación y difusión de información relevante para los accionistas y el mercado, pasando por el registro de las titularidades de las acciones en soportes informáticos a los que se reconocen efectos legitimadores o, incluso, en relación con los efectos vinculados a la transmisión de las acciones. Pero, sobre todo, pueden simplificar el funcionamiento de los órganos sociales». (Recalde, 2007, p. 13)

Una vez más se reafirma la importancia de generar democracia en las sociedades, y esto pasa por facilitar el desarrollo de las juntas y promover la participación de los accionistas. En el año 2020 y en los años que vienen, el uso de las TIC será fundamental para lograr este cometido, pues vivimos un mundo globalizado, con inversiones transnacionales, socios que domicilian en diferentes países, o domiciliando incluso en la misma ciudad, necesitan ahorrar distancias y tiempo.

Ahora bien, si hemos dicho que para la validez de una junta general se requiere cumplir con los requisitos que ya hemos señalado, entonces el análisis de

nuestra LGS, sobre la viabilidad de una junta general virtual, la realizaremos en función a tales requisitos, en especial de los tres primeros requisitos mencionados en el numeral anterior.

a) La convocatoria

Para realizar una junta general, la convocatoria es el primer paso y el primer requisito que debe cumplirse. Excepto que se trate de una junta universal (cuando la totalidad de acciones o participaciones están representadas en junta), en cuyo caso no se requiere convocatoria previa.

Al ser el primer requisito, debe hacerse cumpliendo con las formalidades exigidas por la LGS, el incumplimiento de alguna formalidad puede ser causal de impugnación de los acuerdos societarios. Esta formalidad estará en función de la forma societaria adoptada. Así, en el caso de la Sociedad Anónima (SA) y la Sociedad Anónima Abierta (SAA), la convocatoria se realiza por medio de una publicación en el diario en donde se insertan los avisos judiciales, conforme así lo establecen los artículos 116 y 258 de la LGS, respectivamente.

En cambio, en el caso de la SAC (artículo 245 de la LGS) y la SRL (numeral 3 del artículo 294 de la LGS), la convocatoria se realiza a través de un medio diferente al establecido para la SA y SAA. Tanto para la SAC y la SRL la norma establece la misma formalidad para la convocatoria, así, en el artículo 245 de la LGS cuando se refiere a la convocatoria a junta general en la SAC, dice:

«La junta de accionistas es convocada por el directorio o por el gerente general, según sea el caso, (...), mediante esquelas con cargo de recepción, facsímil, **correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción**, dirigidas al domicilio o a la dirección designada por el accionista a este efecto». (el resaltado es nuestro)

Como podemos observar de la norma citada, respecto de la SAC y la SRL, se deja abierta la posibilidad para el uso de las TIC para realizar la convocatoria a junta general. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto a la SA y SAA, pues para estas formas societarias la norma nos exige que la convocatoria se haga a través de «publicación», lo cual significa una publicación en el periódico en donde se insertan los avisos judiciales, no estableciendo la posibilidad de que la convocatoria se realice haciendo uso de algún medio tecnológico de comunicación.

Lo antes mencionado, ha representado un gran impedimento para la realización de juntas generales en SA y SAA, durante el estado de emergencia e inmovilización social decretado en el Perú el 15 de marzo del presente año. Pues las oficinas

del diario cerraron y las personas estaban prohibidas de movilizarse. Esta realidad puso en evidencia la necesidad de un cambio urgente en nuestra LGS respecto a la convocatoria a junta general en las SA y SAA, que incluya la posibilidad del uso de las TIC en la convocatoria.

Nuestra LGS entró en vigencia en 1998, es decir, hace más de 22 años, quizá esto explique por qué nuestra LGS siga exigiendo que la convocatoria a junta sea publicada en el periódico. Esto es insostenible en nuestros tiempos, pues casi nadie compra un periódico y si alguien lo compra, difícilmente se preocupe en observar los pequeños recuadros en donde se ubican los anuncios de convocatoria a junta general. Hoy, lo más fácil e incluso más barato, es enviar un correo electrónico o un WhatsApp, pues casi todos tenemos el teléfono en la mano e inmediatamente se nos comunica de un mensaje recibido.

El propósito de la convocatoria, siempre fue lograr que los socios tomen conocimiento de la realización de una junta general, conociendo el día, lugar y temas a tratar. Respetando de esta manera su derecho a participar y votar en junta general. Esto se lograría hoy, de manera más eficiente haciendo uso de las TIC.

b) El quórum

Es el requisito necesario que se debe cumplir para dar por instalada la junta general e iniciar la reunión. Este quórum varía, en algunos casos según la forma societaria, por ejemplo, es diferente en la SA que en la SAA. Otras veces varía en función a la naturaleza de la forma societaria, así, por ejemplo, será diferente el quórum de una SRL a una Sociedad Colectiva. Al respecto, Francisco Reyes Villamizar nos dice:

«El carácter más o menos capitalista de cada tipo de sociedad determina diferencias sobre los derechos de participación que la ley les confiere a los asociados en asambleas generales y juntas de socios. Las distinciones atañen a la relevancia que la ley le otorga a la relación entre el porcentaje de participación del asociado y su capacidad decisoria. Esta proporcionalidad, de importancia crucial en las sociedades de capitales, carece de relevancia en la sociedad colectiva, prototipo de la sociedad de personas» (Reyes, 2006, p. 524-525)

Comúnmente, este requisito se ha determinado presencialmente, pues nuestra LGS está diseñada pensando en juntas generales presenciales y no en virtuales. Por ello en el artículo 124 de nuestra LGS, cuando habla de las normas generales sobre el quórum, dice «El quórum se computa y establece al inicio de la junta. Comprobado el quórum el presidente la declara instalada». Es decir, el presidente

de la junta, antes de determinar si existe o no quórum, pasa lista (conforme lo indica el artículo 123 de la LGS) para identificar a los socios presentes o sus representantes y el número de acciones de las que son titulares.

Al igual que en la convocatoria, para el caso del quórum, en caso de realizarse una junta general virtual, no existe mayor inconveniente para la SAC y SRL, pero sí para la SA y la SAA. Esto por cuanto, para el caso de la SAC, en el artículo 246 de la LGS expresamente se ha establecido que «la voluntad social se puede establecer por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice la autenticidad». Si bien no se habla con claridad de la forma cómo se determinaría el quórum en el supuesto de una junta virtual, sí establece la posibilidad de tomar acuerdos por medios electrónicos, lo cual ya representada un marco legal para la validez de las juntas generales virtuales. Casi en el mismo sentido, respecto de la SRL, en el segundo párrafo del artículo 286 de la LGS indica que «el estatuto determina la forma y manera como se expresa la voluntad de los socios, pudiendo establecer cualquier medio que garantice su autenticidad». Por lo que, lo dicho para la SAC sería aplicable para la SRL.

Sin embargo, diferente es para el caso de la SA y la SAA, pues respecto de ellas no existe una norma especial que las autorice o deje abierta la posibilidad de establecer el quórum y la voluntad de los socios por medios virtuales. Pero sí existe una norma general, incorporada en el Libro Primero (Reglas aplicables a todas las sociedades)⁽²⁾, en donde se deja abierta esta posibilidad.

La norma antes mencionada se dio en el 2008, introduciendo el artículo 21-A a nuestra LGS, en donde expresamente se manifiesta que «los accionistas o socios podrán **para efectos de la determinación del quórum**, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, ejercer el derecho de voto por medio electrónico (...)» (el resaltado es nuestro). Es evidente que existe una pésima redacción de este artículo, pues habla del quórum, pero sólo precisa que es el voto el que se puede ejercer por medio electrónico. En suma, no se ha establecido cómo y en qué momento se establecería el quórum por medios electrónicos, lo cual representa una gran limitación cuando se quiera realizar juntas generales bajo esta modalidad.

(2) La incorporación del voto electrónico y las condiciones bajo las cuales debe realizarse, como parte de «las reglas aplicables a todas las sociedades», representa una evidente falta de técnica legislativa, por dos razones. Primero, se incorpora un solo artículo que establece el voto electrónico, en toda una ley que no está pensada en el uso de las TIC para realizar las juntas generales. Segundo, su incorporación en el libro primero de la LGS, significa que a tales reglas deberían sujetarse todas las sociedades, cuando quieran realizar una junta virtual, entrando en abierta contradicción con las normas especiales de la SRL y la SAC, afectando la flexibilidad y libertad con la que se habían regulado.

c) Las mayorías.

Este requisito tiene que ver con los acuerdos que se toman en junta. Es decir, al número mínimo de acciones representadas en junta que se exige para establecer que existe un acuerdo. La determinación de la existencia o no de un acuerdo, será en función del derecho de voto ejercido por los socios. Como ya lo hemos dicho, este aspecto sí está contemplado en el artículo 21-A de nuestra LGS.

En esta parte, es pertinente citar a Francesco Galgano, quien nos dice que «el voto es la declaración unilateral de voluntad expresada por el socio en la asamblea sobre los asuntos puestos a consideración de esta. Desde el punto de vista jurídico, es un «acto unilateral entre vivos que tiene contenido patrimonial». (Galgano, 1999, p.344) Así nos explica el aspecto jurídico del voto en una sociedad. Pero luego, este mismo autor nos hace una importante diferencia entre la voluntad del socio y la voluntad de la sociedad, diciendo:

«Entre el voto del socio y decisión de la asamblea tradicionalmente se suele establecer una diferencia, no simplemente cuantitativa, o sea basada sobre el hecho de que la decisión consta de una pluralidad de votos, sino una diferencia de orden cualitativo, pues se habla de la decisión como de una declaración de voluntad *ulterior* con respecto a los votos que concurrieron a formarla, como de la «voluntad de la asamblea» y, siendo la asamblea «órgano de la sociedad», como “voluntad de la sociedad». (Idem)

La diferencia citada es sumamente importante, pues nos permite identificar la importancia del voto en la toma de decisiones, pues el conjunto de votos, dará como resultado la expresión de la voluntad de la sociedad, como acuerdo de junta general. Por ello es muy importante que nuestra LGS ponga especial atención en establecer reglas, a través de una adecuada regulación, que garantice el respeto irrestricto al derecho al voto y su contenido.

Nuestra LGS, con el ánimo de ponerse a tono con el avance de las TIC, en el año 2008 incorporó el artículo 21-A (mediante Decreto Legislativo No 1061), que textualmente establece lo siguiente:

«Artículo 21-A.- Voto por medio electrónico o postal.

Los accionistas o socios podrán para efectos de la determinación del quórum, así como para la respectiva votación y adopción de acuerdos, **ejercer el derecho de voto por medio electrónico** siempre que éste cuente con firma digital o por medio postal a cuyo efecto se requiere contar con firmas realizadas. Cuando se utilice firma digital, para ejercer el voto electrónico en la

adopción de acuerdos, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital, conforme a ley (...). (El resaltado es nuestro)

Haciendo un rápido análisis de esta norma, podemos concluir que ha incorporado al derecho societario, en especial a la junta general, las siguientes condiciones:

- i. El quórum, las votaciones y la adopción de acuerdos, se pueden determinar a través de medios electrónicos.
- ii. El uso de medios electrónicos, será una decisión del socio que decida usarlo.
- iii. **Para hacer uso de los medios electrónicos, el socio debe tener firma digital.**
- iii. En caso se ejercite el voto por medio postal, se requiere contar con firma legalizada.
- iv. Cuando se utilice firme digital, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital.
- v. En estos casos, deberá garantizarse el respeto al derecho de intervención de cada accionista o socio. Será el presidente de la junta el responsable de cumplir con esta disposición.

Ya es un avance hacia las juntas generales virtuales. Sin embargo, cuando una norma no es clara y más aún cuando se pretende un cambio integral, incorporando solo un artículo, se podrían generar serios inconvenientes en su aplicación y la funcionalidad de lo que quiere regular.

Debemos dejar presente que la incorporación del voto electrónico, debe prever las siguientes condiciones:

- i. La posibilidad de que el accionista vote antes de la celebración de la junta general. Determinar medio, plazo, persona encargada de recepcionar los votos, conteo y transparencia posterior para evitar manipulación del voto.
- ii. Facilitar a los accionistas la supervisión o vigilancia de los administradores.
- iii. Asistir a la junta general. Siempre previendo la transparencia, respeto al derecho de participación, no discriminación y la facilidad de intercambio de opiniones. Permite la participación de los socios, así se encuentren en diferentes lugares. Lograría ahorro de tiempo y recursos económicos.
- iv. El socio debe tener la posibilidad de obtener una copia o grabación de la realización de la junta general, en especial, de los resultados en la votación.

VII. Problemas que debe enfrentar la junta general virtual.

El estado de emergencia que estamos viviendo en el Perú, ha revelado las serias deficiencias de nuestra LGS en la regulación de la junta general virtual. La forma como ha sido regulada no es la más idónea, pues el artículo 21-A introducido a nuestra LGS, en vez de ayudar, parece que ha generado mayor incertidumbre y limitaciones para realizar una junta virtual. La consecuencia es que muchas SA no han podido realizar la junta obligatoria anual que correspondía realizar entre los meses de enero y marzo del presente año.

La pandemia del COVID-19 viene generando graves consecuencias económicas a las sociedades, pues son las empresas las primeras afectadas con la paralización o limitación de las actividades económicas. Hoy más que nunca, las sociedades anónimas necesitan adaptarse rápido a la nueva realidad. ¿Pero cómo, si tienen limitaciones para realizar sus juntas generales? Por ejemplo, se necesita cambiar de rubro en la prestación del servicio (cambio del objeto social), pero esto solo se puede hacer por decisión de la junta general.

Entonces es comprensible que existan sociedades que necesiten realizar una junta general. Pero se encuentran con los siguientes problemas:

a) Para el caso de la SA y la SAA, en la LGS no se ha establecido que **la convocatoria** a la junta general también **pueda realizarse virtualmente**. Debemos reconocer que el cambio que se introdujo en el 2008, no estuvo pensando en los efectos de una pandemia y el aislamiento social, sino solo en la posibilidad de que un socio decida participar en una junta de manera virtual. Sin embargo, lo que estamos viviendo hoy marcará nuestro futuro en el uso de las TIC, por lo que, si queremos realizar juntas virtuales válidas, deberá considerarse un cambio en lo establecido para la convocatoria, porque es un requisito para la validez de la junta.

Por lo tanto, si tengo una junta virtual, sin la convocatoria o hecha de una manera diferente a lo establecido en la LGS, el primer problema que debo afrontar es la inscripción de los acuerdos en registros públicos. Y el segundo, la posibilidad de que la junta general sea impugnada. Esto, como lo hemos dicho, respecto a la SA y Spues respecto de la SAC y la SRL, la convocatoria es a través de un medio que permita obtener constancia de recepción.

b) Así como está la norma hoy, el uso de medios electrónicos, será una decisión del socio que decida usarlo. Pero no se ha establecido si la propia sociedad, a través de su Directorio, puede decidir la realización de una junta general por medios electrónicos. Por lo tanto, una junta virtual que se haya realizado

como tal por decisión del Directorio, sin consentimiento del socio, podría ser objeto de una observación por registros públicos o una impugnación.

c) Para hacer uso de los medios electrónicos, el socio debe tener «firma digital».

Requisito que hace imposible la realización de una junta general, al menos en el estado de emergencia que hoy vivimos, pues casi ningún socio tiene una firma digital y obtenerla en este momento es imposible. Explicaremos esta dificultad a continuación.

En nuestro país existe la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N.º 27269, del 2000. En esta ley se ha definido lo que es una firma electrónica y una firma digital.

En el segundo párrafo del artículo 1 de la ley antes mencionada se manifiesta que: «Entiéndase por **firma electrónica** a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita». (el resaltado es nuestro)

Nótese que en nuestra LGS no se exige «firma electrónica», que resultaría más fácil de obtenerla y usarla, sino «firma digital». Y esto cambia radicalmente las cosas, pues respecto de la firma digital, en el artículo 3 de la misma ley se indica que:

«**La firma digital** es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada».

Y en el artículo 4 de la misma ley se establece que el titular de la firma digital «es la persona a la que se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital», y luego en el artículo 12 se indica que serán las entidades de certificación quien emite los certificados digitales.

Es decir, para obtener una firma digital se deberá seguir todo un procedimiento, en el cual interviene un tercero llamado Entidad de Certificación quien finalmente otorgará el certificado. En un país como Perú, con una cultura de poco uso de los medios tecnológicos y además de escaso acceso a los mismos, ¿un socio estará interesado en seguir el procedimiento y asumir los costos para obtener una firma digital, que le servirá para una o dos juntas generales al año? La respuesta es lógica, no lo hará, menos aún ahora, en medio de un estado de emergencia.

Por lo tanto, es evidente que la LGS ha introducido un cambio que, en vez de beneficiar, ha creado una gran barrera para la realización de juntas generales en SA y SAA, incluso para la SAC y SRL, pues haciendo una interpretación sistemática, el ejercicio del voto, sólo se podría realizar a través de una firma digital, por cuanto el artículo 21-A está entre las «reglas aplicables a todas las sociedades».

Pero el estado de emergencia y el aislamiento social, nos ha enseñado que existen muchísimos instrumentos de las TIC, que nos permite realizar reuniones virtuales presenciales, que podría servir para las juntas generales, en donde se respete el derecho de participación y de voto de los socios. Un buen ejemplo de esto es el uso del zoom, que permite reuniones de hasta mil participantes, e incluso puede ser grabado por cada socio, en caso requiera ejercer sus derechos posteriormente.

- d) El artículo 21-A de nuestra LGS, también deja abierta la posibilidad del voto por medio postal. Sin embargo, dice que para ello se requiere contar con firma legalizada. La norma no define qué debemos entender por «medio postal». Pero como concepto secular hace referencia al uso del correo tradicional. Es decir, un socio podría enviar por un correo tradicional una carta en donde manifieste su voluntad de participar en junta y además su manifestación de emitir su voto en uno u otro sentido.

Pero la norma precisa que en este caso se requiere la firma legalizada del socio, lo cual constituye una condición innecesaria y obstruccionista para el ejercicio del voto, más aún en un mundo interconectado, en donde el sentido del voto puede confirmarse directamente con el socio.

- e) Finalmente, la LGS establece que cuando se utilice firme digital, el acta electrónica resultante deberá ser almacenada mediante microforma digital. Una condición exagerada, cuando sabemos que hoy, cualquier persona puede grabar una junta virtual.

VIII. Conclusiones

- a) Antes de la incorporación del artículo 21-A a la LGS, sí era posible realizar juntas generales en la SAC y SRL, pero se tenía limitaciones en la SA y SAA. Con la incorporación de tal artículo, si bien abre la posibilidad de las juntas virtuales en la SA y SAA, al incorporarse como regla aplicable a todas las sociedades, podría generar problemas en las juntas virtuales de la SAC y SRL.

- b) Exigir una firma digital para el ejercicio del derecho al voto, solo entorpece el desarrollo y dinamismos de las sociedades. Estas requieren normas flexibles, que les permita adaptarse rápido a los constantes cambios que la globalización provoca o que son consecuencia de situaciones excepcionales como la pandemia mundial del COVID-19.
- c) Se requieren un cambio integral de nuestra LGS, que incorpore el uso de las TIC en las diversas esferas de la vida societaria, en particular en la realización de las juntas generales. Estableciendo condiciones claras y flexibles en la convocatoria, quórum y mayorías.

IX. Lista de referencias

- BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2008). *Manual de Derecho Mercantil*. Tomo I, Madrid España: Editorial Tecnos.
- GALGANO, F. (1999) *Derecho Comercial*, Tomo II, Bogotá, Colombia, Editorial Temis SA.
- GARRIDO DE PALMA, V. M. (1993). *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Tomo II. Madrid, España: Editorial Civitas.
- KUBLER, F. (2001). *Derecho de Sociedades*. Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado.
- RECALDE CASTELLS, A. (2007). *Incidencia de las Tecnologías de la Información y Comunicación en el desarrollo de las juntas generales de las sociedades anónimas españolas*. Barcelona, España. *Revista para el Análisis del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Jaume I*. Recuperado de: <http://C:/Users/juanc/Downloads/78945-Text%20de%20l'article-103339-1-10-20080212.pdf>
- Reyes Villamizar, Francisco, 2006, *Derecho Societario*. Tomo 1. Bogotá: Colombia, Editorial Temis.
- SÁNCHEZ CALERO, F. & SÁNCHEZ-CALERO G. J. (2006). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Navarra, España: Editorial Thomson Aranzandi.