

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LA APLICACIÓN DE LA OPERACIÓN ACORDEÓN FUERA DEL
ÁMBITO CONCURSAL A PARTIR DE LOS SUPUESTOS DE
VALIDEZ ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE N° 00228-2009-PA/TC**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

KATIA LISBETH CORONEL SILVA

ASESOR

CARLOS AUGUSTO TEJADA LOMBARDI
<https://orcid.org/0000-0003-1807-6153>

Chiclayo, 2022

**LA APLICACIÓN DE LA OPERACIÓN ACORDEÓN
FUERA DEL ÁMBITO CONCURSAL A PARTIR DE LOS
SUPUESTOS DE VALIDEZ ESTABLECIDOS POR EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE N°
00228-2009-PA/TC**

PRESENTADA POR
KATIA LISBETH CORONEL SILVA

A la facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Manuel Francisco Porro Rivadeneira
PRESIDENTE

Blanca Lizbeth Carrasco Delgado
SECRETARIO

Carlos Augusto Tejada Lombardi
VOCAL

Dedicatoria

Este artículo va dedicado a mi familia, en especial a mis padres por haberme formado con los valores y principios para llegar a ser la persona que soy; apoyándome en todo momento para lograr mis metas.

Agradecimientos

Agradecer a Dios, por ser mi guía en la vida. Asimismo, quiero expresar mi agradecimiento a la Dra. Erika Valdivieso, por haberme apoyado en la elaboración de la presente investigación, a través de su amplio conocimiento en la materia.

Índice

Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
1. Revisión de literatura	10
1.1. Antecedentes	10
1.2. Bases teóricas conceptuales	11
1.2.1. El capital social, presupuestos y alcances	11
1.2.2. El capital social como elemento necesario de la sociedad	11
1.2.3. Principios del capital social	12
a) <i>Principio de unidad</i>	12
b) <i>Principio de determinación:</i>	12
c) <i>Principio de integridad:</i>	13
d) <i>Principio de estabilidad del capital</i>	13
1.2.4. El capital social y sus funciones de garantía y organizativa de la sociedad	14
a) <i>Función de garantía:</i>	14
b) <i>Función organizativa:</i>	15
1.2.5. Aumento de capital social	16
1.2.6. Reducción de capital social	17
1.3. La operación acordeón como mecanismo para obtener equilibrio patrimonial ..	18
1.3.1. Inestabilidad financiera	18
1.3.2. Concepto de la Operación Acordeón	20
1.4. La condición de socio	21
1.4.1. El interés del accionista minoritario	22
1.4.2. Las armas del accionista minoritario	23
2. Materiales y Método	25
3. Resultados y discusión	25
3.1. La operación acordeón y condiciones de validez establecidas por el Tribunal Constitucional en el ámbito concursal	25
3.1.1. Contexto de la sentencia recaída en el Exp- N° 0029-2009- Chiquitoy	25
3.1.2. Concepto y contenido de las operaciones acordeón según el TC	26
3.1.3. Libertad de empresa y derecho de propiedad como presupuestos para el desarrollo de la operación acordeón	27

3.1.4.	Condiciones de validez de la operación acordeón establecidas por el tribunal constitucional en el ámbito concursal.....	29
3.2.	Condiciones de validez para la operación acordeón en el ejercicio común de la actividad empresarial.....	29
3.2.1.	Crítica a las condiciones de validez dada por el Tribunal Constitucional en el ámbito concursal.....	29
3.2.2.	Condiciones de validez fuera del ámbito concursal.....	32
3.2.2.1.	Que la empresa esté pasando por un periodo de inestabilidad económica sin encontrarse en un proceso concursal.....	32
3.2.2.2.	Que la eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento de capital.....	32
3.2.2.3.	Que el aumento de capital tiene que ser suficiente para que supere la situación de desequilibrio patrimonial que motiva la operación acordeón.....	33
3.2.2.4.	Que debe de respetarse siempre el derecho de suscripción preferente de los accionistas.....	34
3.2.2.5.	Que la inscripción en el registro mercantil se practica al mismo tiempo que la del acuerdo y su ejecución del aumento.....	35
4.	Conclusiones.....	37
5.	Referencias.....	38

Resumen

En el presente artículo, se estableció el marco de las denominadas operaciones acordeón de acuerdo a nuestra regulación jurídica societaria. Luego se analizó un conocido caso que se trata en sede constitucional; CHIQUITOY (expediente N° 00228-2009-PA/TC- La Libertad). Acto seguido, se analizó la viabilidad de los requisitos de validez que planteo el TC para la aplicación de la operación acordeón a una sociedad que se encuentra inmersa en un proceso concursal. Finalmente se estableció los requisitos para la aplicación de la operación acordeón para aquellas sociedades que si bien es cierto estas pasando por una inestabilidad financiera aún no están inmersas en un proceso concursal.

Palabras claves: Operación acordeón, sociedad, proceso concursal, socios.

Abstract

In this article, the framework of the so-called accordion operations was established according to our corporate legal regulation. Then a well-known case that is being dealt with in constitutional headquarters was analyzed; CHIQUITOY (file No. 00228-2009-PA / TC- La Libertad). Then, the viability of the validity requirements raised by the TC for the application of the accordion operation to a company that is immersed in a bankruptcy process was analyzed. Finally, the requirements for the application of the accordion operation were established for those companies that, although it is true, are going through financial instability are not yet immersed in a bankruptcy process.

Keywords: Accordion operation, society, Insolvency proceedings, partners.

Introducción

El artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades (LGS) señala como causal de disolución de las sociedades el hecho que presenten “pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado”. Esto significa que una empresa puede tener pérdidas en el ejercicio de sus actividades empresariales que superan el capital social, causando así una inestabilidad en los estados financieros y teniendo como consecuencia la disolución de la empresa.

La inestabilidad financiera es una consecuencia del riesgo financiero por el cual se encuentra atravesando la empresa; es decir, los estados financieros nos permiten determinar cuál es la utilidad o pérdida de la empresa, en un periodo determinado de la actividad empresarial., pues un mal control de esta puede provocar pérdidas patrimoniales.

A fin de superar la inestabilidad financiera y la causal de disolución, las empresas de capital utilizan algunas medidas plasmadas en la Ley General de Sociedades, como el aumento del capital regulado en el artículo 201; la reducción del capital citado en el artículo 215; y maniobras corporativas dentro del marco de organización y autonomía de la empresa, como por ejemplo, las fusiones, previstas en el artículo 324; las escisiones reguladas en el artículo 367. Adicionalmente, también se suele usar la operación acordeón, entendida como el mecanismo por el cual el capital social sufre una reducción a cero para luego ser aumentado en el mismo acto.

Pese a que la Operación Acordeón no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional a partir del caso CHIQUITOY (expediente N° 00228-2009-PA/TC- La Libertad), estableció requisitos de validez, para determinar su legitimidad constitucional a fin de facilitar su ejecución en la práctica.

Los requisitos de validez que estableció el Tribunal Constitucional son i) que la operación acordeón debe ser idónea y necesaria para la consecución del fin pretendido ii) que una vez adoptado el acuerdo a cero y posterior aumento del capital social, el accionista minoritario haya expresado de modo indubitable su oposición, iii) al mismo tiempo puede ejercer su derecho de separación iv) tener el derecho de suscripción preferente. (Fundamento 59)

Estos requisitos de validez se han establecido para el caso concreto objeto de la demanda, esto es, la reducción y aumento de capital social podría causar perjuicio a los accionistas minoritarios, impidiendo el ejercicio de sus derechos.

Cabe advertir que las condiciones de validez fueron dadas por el Tribunal Constitucional cuando la empresa se encontraba en una situación de insolvencia es decir, dentro de un procedimiento concursal en el cual la junta de acreedores asume la posición de la junta general de accionistas y los accionistas solo participan con derecho a voz pero sin derecho

a voto. Por otro lado, esta sentencia fija un precedente vinculante para todas las empresas que se encuentran en proceso concursal.

Dichas condiciones de validez pueden ser aplicadas a empresas que, si bien se encuentran en una situación de insolvencia, aún no han ingresado a procedimiento concursal y pretenden superar las causales de disolución establecidas en la LGS. Es por ello, que el Tribunal Constitucional haciendo una interpretación de la LGS o en su afán de brindar protección a los accionistas desarrolló un “derecho de oposición” a favor de los accionistas minoritarios, que no se encuentra previsto en la Ley General de Sociedades, ni en la Ley General del Sistema Concursal e incluso estableció una causal del derecho de separación que tampoco se encuentra regulado en el artículo 200 de la LGS. Por lo tanto resulta necesario analizar la viabilidad de las condiciones de validez establecidas por el Tribunal Constitucional en una situación de insolvencia fuera del ámbito concursal.

Por esta razón se formula la siguiente pregunta ¿Cuáles son las condiciones de validez aplicables a las Operaciones Acordeón fuera del ámbito concursal que garantizan los derechos de los accionistas minoritarios de una empresa en una situación de insolvencia?

La hipótesis que se plantea en relación con la pregunta será: las condiciones de validez aplicables a la operación acordeón fuera del ámbito concursal serán: i) que la empresa esté pasando por un periodo de inestabilidad económica sin encontrarse en un proceso concursal, ii) que la eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento de capital, iii) que el aumento de capital tiene que ser suficiente para que supere la situación de desequilibrio patrimonial, iv) que debe respetarse siempre el derecho de suscripción preferente de los accionistas y v) que la inscripción en la partida registral se practique al mismo tiempo que del acuerdo del aumento y su ejecución; se garantizarán los derechos de los accionistas minoritarios.

Debido a la situación problemática planteada, se ha establecido, como objetivo general: Establecer las condiciones de validez aplicables a las operaciones acordeón para garantizar los derechos de los accionistas minoritarios de una empresa en situación de insolvencia patrimonial fuera del ámbito concursal. Asimismo, se han propuesto los siguientes objetivos específicos: i) Analizar los derechos de los accionistas minoritarios en la sociedad ii) y definir las condiciones de validez para la operación acordeón fuera del ámbito concursal.

La importancia de este tema radica, dado que la Operación Acordeón es una práctica que se está usando cada vez más frecuente para el salvataje de las empresas con el fin de estabilizar los sistemas financieros y así mantener con vida a la sociedad.

Y en tanto no está previsto en la LGS, es importante establecer cuáles serían estos requisitos que nos permita viabilizar la Operación Acordeón a fin de resguardar los derechos de los accionistas minoritarios.

1. Revisión de literatura

1.1. Antecedentes

Respecto a la operación acordeón, Valdivieso (2016), denomina:

“Operación Acordeón” las operaciones realizadas en el ámbito societario, generalmente en busca de dos objetivos:

- i) O pasar restituir el patrimonio capital perdido de la empresa
- ii) O para beneficio de las mayorías que, a través de esta operación y por el ejercicio del derecho de suscripción preferente se convierte en propiedades de aquellas acciones que los accionistas minoritarios no pueden asumir.

La operación consiste tomar el acuerdo de reducir el capital social y en el mismo acto de aumentar el capital, ya sea con nuevos aportes o con la capitalización de créditos. La finalidad generalmente aceptada es “permitir la continuidad de la empresa. Evitando lo que de otro modo significaría un estado de insolvencia que llevaría inevitablemente a la disolución de la sociedad y a un poder posterior procedimiento de liquidación (p.262).

El libro mencionado, tiene relación con el tema de investigación, ya que explica la definición de una operación acordeón, nos detalla cuales son los objetivos, también nos muestra cómo es que la operación acordeón debería aplicarse, evitando cualquier tipo de vulneraciones a socios que no tienen la mayoría.

Zafra, P (2018), en su tesis para obtener el grado de abogado “modificación del capital social. (Tesis para obtener el grado de abogado. Explica que “tanto el aumento como la reducción del capital social son operaciones que tienen el interés de las personas naturales o jurídicas que se encuentran vinculadas a una sociedad. Esto es así porque la cifra del capital social es la que refleja verdaderamente el estado financiero de la sociedad”.

Echaiz, D. (2011), en su artículo “La operación acordeón en el ámbito societario”, publicado en la revista Gaceta Jurídica, realizó un estudio sobre cuestiones jurídicas vinculadas de la sentencia del Tribunal Constitucional que aborda por primera vez la denominada operación acordeón, que consiste básicamente en la reducción del capital social a cero y su inmediato incremento.

El autor considera relevante este reciente pronunciamiento porque, a falta de pronunciamiento expreso de nuestra legislación societaria, el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la Operación Acordeón, siempre y cuando se respeten los principios, (...) de los accionistas minoritarios.

García, C. (2016), en su artículo “El que pone la música”: reflexiones sobre un innecesario control del tribunal constitucional sobre la operación acordeón”, publicado en la revista de actualidad mercantil, abordando la sentencia del TC caso Chiquitoy- La libertad-00228-2009.

A través del presente artículo, el autor establece el marco de las denominadas operaciones de acordeón de acuerdo a nuestra legislación societaria. Acto seguido comenta un conocido caso que se trata en sede Constitucional a efectos de analizar los fundamentos más relevantes por los cuales de su sentencia fluiría que el Poder Judicial podría decidir sobre el futuro de la empresa en el marco de una operación

financiera. ¿Podrá acaso el máximo intérprete de la constitución decidir qué hacer con el dinero ajeno aplicando el test de proporcionalidad?

Castellanos, F. (2014), en su tesis para optar el grado de magister en derecho de la empresa, “Adquisición de empresas en proceso concursal”. En esta tesis se explica que “el interés por investigar los mecanismos con los cuales se logra la adquisición de empresas, mediante el control de los acreedores así como otros mecanismos legales”

La relación que se puede encontrar en el tema de tesis “Adquisición de empresas en procesos concursal” se muestra las diversas estrategias y utilización de mecanismos y herramientas legales para la adquisición de empresas en proceso concursal; asimismo también se desarrollan algunas otras formas alternativas previstas dentro de la práctica del Derecho Empresarial mencionando así a la Operación Acordeón.

Sánchez H. (2011). En su tesis para obtener el grado de doctor, “El capital social: presente y futuro”, investiga una línea evolutiva que permita la adaptación de las viejas disposiciones legales al nuevo entorno en el que deben operar las sociedades de capital.

Asimismo explica que la sociedad de capital responde al esquema de una entidad en la que el poder de decisión último se atribuye a los inversores. Las aportaciones al capital determinan la posición relativa de cada uno de los socios en la compañía, pero, al mismo tiempo la determinación de una cifra de capital en los estatutos desempeña una función encaminada a la protección de los acreedores.

1.2. Bases teóricas conceptuales

1.2.1. El capital social, presupuestos y alcances

1.2.2. El capital social como elemento necesario de la sociedad

El comercio es el punto importante que da lugar a la formación del derecho mercantil, es decir, el comercio supone que cada grupo de personas satisfagan sus propias necesidades surgiendo un fenómeno llamado el trueque, el cambio para el cambio.

El hombre con el afán de mantener una vinculación recíproca entre las partes crea el negocio social que determina la formación de una sociedad, la sociedad es el agrupamiento de personas con la finalidad de lograr, alcanzar y realizar objetivos que por sí solas no podrían obtener. Por lo tanto la sociedad creada con un fondo de bien común, nace con las aportaciones de los socios y con el objetivo de obtener ganancias.

Estas aportaciones que realizan los socios para el origen de la sociedad formarían el capital social, elemento indispensable para el nacimiento de las sociedades, por lo tanto, entre todos los tipos de sociedades se destaca la sociedad anónima.

Los autores Hugo, Muiño (2004) señalan que el capital es “un dato necesario en la sociedad por acciones, como de toda sociedad típica, con la particularidad que en ésta se deben indicar la naturaleza, clases, modalidades de emisión, etcétera, de las acciones en que se divide el mismo” (p.416).

Por lo tanto la sociedad anónima, tiene por esencia, ser una sociedad de capitales, siendo este un aspecto central de la sociedad y el más importante.

En ese sentido Gonzales (2005) señala que:

En general, debe recordarse que el capital social juega un importante papel en el orden jurídico y organizativo. La ley se refiere a él para efectos de la instalación y funcionamiento de la junta general, la elección de los administradores, etc. De hecho,

la participación de los accionistas en el capital social es la medida legal normalmente empleada para la determinación de sus respectivos derechos. (p. 385)

Desde la perspectiva jurídica como se expresa en el artículo 285, de la Ley General de Sociedades (LGS) “el capital social está integrado por las aportaciones de los socios, (...) y depositado en entidad bancaria o financiera del sistema financiero nacional a nombre de la sociedad”.

Se entiende que para el acto de la constitución de una sociedad los socios realizan los aportes para poder formar el capital social, teniendo como resultado el patrimonio originario de la sociedad, que se dispone como la única cuantía fija y principal garantía frente a sus acreedores.

El capital social no solo es necesario para la sociedad sino que es un requisito obligatorio del estatuto social, así lo señala el artículo 55 inciso 5 de la Ley General de Sociedades (LGS) “que debe precisarse el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita”.

1.2.3. Principios del capital social

Los principios esenciales en los que se fundamenta el capital social, considerados como principios ordenadores, son los siguientes.

a) Principio de unidad

Este principio enmarca la importancia del capital social para la formación de una Sociedad Anónima, es decir al ser capital social elemento fundamental de la sociedad en el momento de su constitución, este debe ser único y fijado de manera que enuncie el valor global de todos los aportes dados por los socios obteniendo como resultado el patrimonio de la sociedad. Por lo tanto la sociedad solo tiene un único capital, y con este responde como garantía.

Este principio se encuentra reflejado en el artículo 22 de la Ley General de Sociedades (LGS) “Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. (...)”.

Según Rubio (1992) “este principio distingue el capital social de la sociedad anónima de otros tipos societarios en donde la unidad es menos marcada (e. gr. sociedad en comandita por acciones)” (p.53).

Es por ello que este principio asegura que el capital social aportado por los socios en un primer momento no solo es exigible sino que este se mantendrá a lo largo de toda la vida de la sociedad.

b) Principio de determinación:

El mismo señalado como aquel principio que ordena la determinación obligatoria del capital social, es decir existe la necesidad que se fije la cuantía correcta de la cifra del capital social en la moneda legal.

Siendo que el principio de determinación “es el supuesto lógico de la defensa del capital. La S.A. ha de nacer con un capital determinado y único. En la S.A. el capital no es solo funcional, como en las demás sociedades, sino fundacional” (Walde. 2011, p.56).

Esta exigencia se encuentra tipificado en la Ley General de Sociedades (LGS) en el artículo 52 “suscripción y pago del capital para que se constituya la sociedad es necesario

que tenga su capital suscrito totalmente (...). Igual regla rige para los aumentos de capital que se acuerden”.

En ese sentido Rubio (1992) señala:

Consagra el mismo la necesidad de fijación numérica exacta de la cifra de capital en moneda de curso legal. Asimismo, esta determinación es exigida como dato de incorporación obligatoria del estatuto y ulterior publicación para conocimiento de terceros. También es consecuencia de este principio la exigencia de valuación de los aportes no dinerarios, así como las reglas a las que debe ajustarse la misma. (p. 53)

Asimismo la Ley General de Sociedades (LGS) en su artículo 55 inciso 5.- Contenido del estatuto, expresa que el “estatuto debe contener obligatoriamente ,el monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita”.

Cabe resaltar que este requisito es exigido por el estatuto, ya que fundamentara la disciplina destinada a regular la sociedad como también es el encargado de velar y reglar las modificaciones que se pueden producir en el capital social, para que este no pueda afectar a los accionistas o acreedores de la sociedad.

c) *Principio de integridad:*

Principio por el cual los accionistas están obligados a pagar el capital social que se ha pactado para constituir la sociedad, pudiendo participar y comprometerse con la sociedad.

Es por ello que Salas (2017) al referirse al principio de integridad expresa que:

La suscripción es el acto por el cual una persona, con capacidad para obligarse, comunica a la sociedad su voluntad de participar en la sociedad y se compromete formalmente frente a ella a cancelar el monto total (...) del valor señalado por la sociedad, de cada una de las acciones que suscribe. (p.34)

Al respecto, dice Garrigues (1976)

Llamamos, finalmente “suscripción” al acto por el cual una persona declara su voluntad de ser socio de una sociedad anónima mediante la adquisición de una o varias acciones. En realidad, la declaración es doble: la del ingreso del futuro accionista en la sociedad que se funda y la de obligarse frente a ella a la aportación de una parte del patrimonio social equivalente al importe nominal de las acciones suscritas. Para los acreedores es indiferente el procedimiento por el cual se aporte el capital social. Lo que les importa es tener una garantía segura de que el capital social resulte efectivamente aportado. (pp. 204-205)

Esta exigencia se encuentra tipificado en la Ley General de Sociedades (LGS) en el artículo 52 “suscripción y pago del capital para que se constituya la sociedad es necesario que tenga su capital suscrito totalmente (...). Igual regla rige para los aumentos de capital que se acuerden”.

d) *Principio de estabilidad del capital*

Relacionando con los principios mencionados en párrafos anteriores, se dice que el capital social debe ser aportado por los accionistas en el momento de constituir la sociedad, también que este es un requisito indispensable para que la sociedad pueda existir, siendo

así que los socios quedan obligados a realizar el aporte y a comprometerse con la sociedad. Por otro lado también se entiende que debe fijarse la cuantía exacta del capital social.

Según Verly (2011) expresa:

Respecto del principio aquí analizado exige que este capital único, determinado u efectivo siga, al menos en principio, inalterado y correspondiéndose con el patrimonio durante la vida de la sociedad. Este principio admite un doble juego que comprende un aspecto interno y otro externo de la sociedad. En el ámbito del primero se pretende preservar intacta la posición del socio en función de la proporcionalidad de su participación. En el segundo aspecto, se persigue la inmutabilidad de la garantía a los terceros pues, en términos generales, un aumento de capital sin el correlativo aumento del patrimonio implicaría un engaño para ellos y sucesivamente, una reducción de capital conllevaría la posibilidad de disminuir simétricamente el patrimonio. (p.37)

Cabe resaltar que este principio no solo brinda una estabilidad del capital social sino que advierte una garantía que da la sociedad; porque al fijarse la cuantía exacta del capital social este permitiría saber cuál es el monto exacto y que este se mantendrá a lo largo de toda la subsistencia de la sociedad en el mercado.

1.2.4. El capital social y sus funciones de garantía y organizativa de la sociedad

En efecto el capital social tiene un ámbito jurídico que va más allá de la mera apreciación patrimonial, identificándole una doble función organizativa y de garantía respecto a las vinculaciones jurídicas que tiene la sociedad y los socios.

a) Función de garantía:

Esta función cumple un rol fundamental en el capital social, porque tendrá como fin proporcionar garantía a sus acreedores de la sociedad. Es por ello que de todas las funciones que se le asignan al capital social, considero que la función de garantía es la más importante, porque su proyección dentro del ámbito de las sociedades limita las responsabilidades de los socios frente a las deudas que estos puedan tener con terceros.

Valdivieso (2016), menciona que el capital social, se convierte en la cifra de responsabilidad frente a terceros, de carácter fijo y predeterminado estatuariamente en garantía de los acreedores. “Pues el capital social es en cierto modo contrapartida de la limitación de la responsabilidad” (Hundskopf, 2016, p.p. 14-15).

En ese sentido Nissen (1998) expresa que “el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios de las sociedades anónimas (...)” (p.398).

En esa misma línea Farina (2011), señala que, para los socios presentes y futuros, “constituye una garantía de participación en los beneficios la consistencia del capital social, que conserve su valor patrimonial y su dedicación correcta y acertada por los administradores a los fines societarios de donde resulta importante una cifra de capital significativa” (p.2, 317).

En efecto, esta función de garantía limita la responsabilidad de los socios frente a sus acreedores, respecto a las deficiencias que pueda tener la sociedad como consecuencia de sus actividades económicas.

Es por ello que respecto a los acreedores de la sociedad estos deben conocer el patrimonio que ha formado la sociedad al momento de su constitución y que este será la garantía frente a las deudas que puedan desarrollarse. Sin embargo se debe tener en cuenta que el patrimonio de la sociedad puede variar durante las actividades que esta ostenta.

Cabe indicar que al variar el patrimonio de la sociedad los acreedores no quedarán desprotegidos, ya que patrimonio y capital social son dos figuras distintas; el capital social viene a ser las aportaciones realizadas por los socios para poder constituir la sociedad, es decir se refieren al patrimonio neto. En cambio el patrimonio está conformado por el capital social y por los deberes y derechos que se van a ir obteniendo durante las actividades de la sociedad.

A lo anterior agregar palabras de Farina (2011):

El capital social es solo una cifra y que no cuenta con un núcleo definido de bienes, pero al figurar como pasivo no exigible en los balances de todas las sociedades comerciales, actúa como cifra de retención, que sirve para mantener una correspondiente masa de valores como patrimonio neto, constituyendo la garantía mínima de los acreedores. (p.2, 317)

Siguiendo esa misma línea Leonhart (2009) ha descrito al capital social de manera acertada como “(...) el capital funciona como una cifra de retención, lo cual permite afirmar que el capital social es la porción del activo libre de acreedores, motivo por el que se lo denomina patrimonio líquido” (p. 34).

Por lo tanto debe entenderse que la función de garantía del capital social asegura la protección de los acreedores, pero también se debe tener en cuenta que esta función permite a la sociedad mantener su vida jurídica.

b) Función organizativa:

La función organizativa del capital social permite que haya ciertas condiciones dentro de la sociedad respecto de los socios, es decir esta función determina cual es la posición de los socios de acuerdo con la aportación al capital social al momento de constituir la sociedad. Por lo tanto la situación de los socios está determinado por el capital inicial suscrito.

Entonces será correcto decir que la función organizativa puntualiza al capital social como un mecanismo para organizar la economía de los socios y los derechos políticos.

Al respecto de la economía de los socios y los derechos políticos Paris (2013) los desarrolla de manera clara y precisa:

Sea en cuanto a la constitución de quórum, ejercicio de derechos en defensa de minorías, porcentaje de participación en dividendos, poder de voto, etc. Tales derechos responden a la participación que cada socio tiene dentro de la sociedad, misma que se ve representada por medio de acciones proporcionales a la aportación de cada socio al capital social. (p. 92)

De lo anterior se puede rescatar que los derechos económicos según el autor, permite a los socios tener el derecho a la debida repartición de dividendos, respecto a lo aportado inicialmente; asimismo tienen derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones y también tienen derecho a recibir su patrimonio al momento de liquidación de la sociedad.

Haciendo referencia a los derechos políticos, los socios tendrán el derecho al voto y asistencia a las asambleas que se realizan, derecho a la información y derecho a impugnar acuerdos que se tomen.

Por lo tanto estos derechos quedan determinados por las acciones que se han establecidos y han sido asignados a cada socio respecto a su aportación en el capital

1.2.5. Aumento de capital social

Una vez constituida la sociedad y puesta en marcha para el funcionamiento, su capital social puede ser objeto de diversas operaciones legales, entre ellas debemos destacar el aumento de capital social, cuya regulación está en la Ley General de Sociedades (LGS) en su artículo 201, que expresa “el aumento de capital se acuerda por la junta general cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”

Uría citado por Atoche (2015) ha señalado que el aumento de capital social es “aquella operación jurídica por virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en los estatutos” (p.102).

Referente a la figura del aumento de capital social que establece la Ley General de Sociedades (LGS), se advierte que el capital social puede ser aumentado siempre y cuando este se acuerde por los socios y este legalmente establecido, ya que dicha operación modificará el estatuto de la sociedad.

Entonces en nuestro concepto, será aumento de capital, aquella operación societaria a través de la cual se eleva la cifra del capital y como consecuencia tiene un cambio en el estatuto; es decir esta operación tiene que cumplir una formalidad establecida en la Ley General de Sociedades.

Cabe resaltar que el aumento es de sumo interés para los acreedores, toda vez que el aumento del capital social, implica que la sociedad va a responder en mayor medida frente a los acreedores. Por lo tanto se trata de una figura de gran prioridad para los acreedores, frente a la responsabilidad limitada de los socios.

Es por ello que la Ley General de Sociedades (LGS) describe ciertas modalidades para que se origine la figura del aumento de capital social en la sociedad.

Estas modalidades se encuentran establecidas en el artículo 202 de la Ley General de Sociedades (LGS): El aumento de capital puede originarse en:

1. Nuevos aportes;
2. La capitalización de créditos contra la sociedad, incluyendo la conversión de obligaciones en acciones;
3. La capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación; y,
4. Los demás casos previstos en la ley”

a) Nuevos aportes

Esta modalidad de aumento de capital está establecido en el artículo 202 inciso 1, y se refiere a la entrega de nuevos aportes y estos pueden ser dinerarios o no dinerarios.

- b) *La capitalización de créditos contra la sociedad, incluyendo la conversión de obligaciones en acciones.*

Esta modalidad de aumento está contemplada en el artículo 202 inciso 2 de la Ley General de Sociedades (LGS).

Según Atoche (2015) expresa

Que este tipo de modalidad el actor central es el acreedor, quien puede aportar a la sociedad el derecho a cobrar su crédito y, en contrapartida, recibirá nuevas acciones o podría aumentar el valor nominal de las acciones de las que fuera titular, en el caso de que se trate de un acreedor que ostente al mismo tiempo la calidad de accionista. (p.p 106-107)

- c) *La capitalización de utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación.*

Esta modalidad tiene por objeto aumentar el capital en razón de las utilidades, reservas, beneficios, primas de capital, excedente de revaluación.

- d) *Los demás casos previstos en la ley*

La lista de modalidades que establece la ley no es taxativa y puede comprender los demás casos que recoge la Ley General de Sociedades.

1.2.6. Reducción de capital social

La figura de reducción del capital social se puede dar por dos motivos; el primero, por existir una excedencia de capital social para la utilización del negocio; y el segundo, es por pérdidas que presenta la sociedad.

La reducción del capital social debe ser entendida como la figura que disminuye la cuantía exacta del capital social establecida en el estatuto.

García (2004) afirma que:

La reducción del capital se presenta lógicamente como una operación de signo inverso al aumento, consistente en la rebaja o disminución de la cifra del capital que figure en los estatutos. Y al igual que ocurre con el aumento, esta reducción puede responder a distintas finalidades o razones de orden económicos-financiero, que en esencia se reducen a dos. (p.p. 406-407)

Esta figura tiene gran importancia porque al reducir el capital social se afectará a los accionistas y terceros acreedores que contraten con la sociedad.

La Ley General de Sociedades (LGS) recoge en el artículo 215 “que La reducción del capital se acuerda por junta general, cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”.

Cabe resaltar que la Ley también expresa cuáles serán las modalidades para que esta figura de la reducción de capital social se lleve a cabo.

Estas modalidades se encuentran establecidas en el artículo 215 de la Ley General Sociedad (LGS), “la reducción del capital determina la amortización de acciones emitidas o la disminución del valor nominal de ellas.

Se realiza mediante:

1. La entrega a sus titulares del valor nominal amortizado;
2. La entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad;
3. La condonación de dividendos pasivos;
4. El restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas; u,
5. Otros medios específicamente establecidos al acordar la reducción del capital.

Las clasificaciones generalmente aceptadas para que se aplique la reducción del capital social son la reducción obligatoria o la reducción voluntaria.

Antonio Pérez citado por Echevarría (2019), explica que:

La reducción de capital puede clasificarse en dos grupos. El primero, la reducción del capital acarrea una disminución correlativa del patrimonio social (reducción efectiva o real); por el contrario; en el segundo, la disminución no afectará en forma alguna la situación de la sociedad limitándose a una operación consistente en disminuir el importe de la cuenta capital para ajustarla al valor real del patrimonio (reducción nominal o contable). (p. 854)

Podemos rescatar que en cuanto a la reducción efectiva se dará en algunos supuestos como:

- La reducción originada por el derecho a separación de los accionistas.
- La devolución de aportes.

En cuanto a la segunda, la reducción nominal o contable se refiere a supuestos como:

- Reducción obligatoria o voluntaria, para evitar las pérdidas.
- La reducción del capital para incrementar las reservas voluntarias o reservas legales.
- Reducción y aumento simultaneo del capital social (operación acordeón).

1.3. La operación acordeón como mecanismo para obtener equilibrio patrimonial

1.3.1. Inestabilidad financiera

En una sociedad anónima, quien nos permite saber siempre cuál es la utilidad o pérdida del periodo son los estados financieros. Por lo tanto este instrumento financiero es el medio por el cual se puede determinar la rentabilidad de una sociedad en un determinado tiempo. Con este instrumento también se puede ver las utilidades de la sociedad.

Según Pinkas (2006):

La formulación del estado de resultados empieza considerando la cuenta de ventas, el ingreso principal, debido a que estas surgen de las operaciones normales del negocio. Seguidamente se resta a las ventas los costos de la mercadería vendida. La diferencia entre ambos importes dará como resultado la utilidad bruta. Cabe señalar que el importe del costo de ventas debe referirse a las mismas unidades que hace referencia de rubro de <<ventas>>. Luego de obtener la utilidad

bruta se le sustrae los gastos operativos. Esta diferencia da como resultado la Utilidad Operativa. (p. 479)

Es importante resaltar que la función del estado financiero nos permite siempre ver cuáles son resultados de las sociedades en un periodo determinado; siendo así, que mediante este instrumento financiero también podemos determinar cuando la sociedad está pasando por una inestabilidad financiera.

Ante una posible inestabilidad financiera las sociedades necesitan reinventarse, buscando no salir del mercado, teniendo como base el interés social de la sociedad; Valdivieso (2016) manifiesta que “el interés social es entendido como aquel interés que vincula a todos los socios de la sociedad. (...) corresponde con el interés de la persona jurídica cuyas voluntades han dado origen” (p.49). Es decir existe un elemento humano que permite desarrollar actividad empresarial sin renunciar a esta.

Sin embargo, si la sociedad no puede superar sus pérdidas económicas, y no puede evitar la inestabilidad financiera es necesario buscar la salida del mercado.

El artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades (LGS) señala como causal de disolución de las sociedades el hecho que presenten “pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado” esto significa que una sociedad puede tener pérdidas en el ejercicio de sus actividades empresariales, y que sus pérdidas superan el capital, causando así una inestabilidad de los estados financieros y teniendo como consecuencia la disolución de la sociedad.

La inestabilidad financiera, es una consecuencia del riesgo financiero por el cual se encuentra atravesando la sociedad, es decir el estado financiero nos permite determinar cuál es utilidad o pérdida en el periodo de la empresa. Por lo tanto, un mal control de la actividad empresarial puede provocar pérdidas patrimoniales.

Las pérdidas patrimoniales en una sociedad tienen como consecuencia un desequilibrio patrimonial, que según el Diccionario Financiero se entiende por “desequilibrio patrimonial la situación en la que se encuentra la sociedad cuando su patrimonio neto (cifra resultante de sumar el capital social, más las reservas legales (legales y voluntarias) y restar las perdidas) está por debajo de la mitad social. (Deusto Jurídico. 2017. p 345)

Para De La Cuesta (2012):

Es la carencia de estabilidad por no tener activos necesarios y tener un patrimonio neto inferior al capital social se está ante una situación de desequilibrio patrimonial, mediante la cual existen deudas que no se pueden solventar con los ingresos propios de la sociedad y por tanto, perdidas muy elevadas que se acumulan año a año, careciéndose de recursos para salir de situaciones complejas o críticas. (s.p)

El desequilibrio patrimonial tiene implicancias en la sociedad, es por eso que bajo esta medida se entiende que ante una crisis de esa magnitud puede provocar el desbalance entre capital y patrimonio neto, y como consecuencia debe darse la inmediata disolución y liquidación de la sociedad.

El desequilibrio patrimonial generara obligaciones de los accionistas frente a los terceros; por ejemplo deudas que no serán posible pagar con los ingresos de la actividad empresarial y tendrán pérdidas que irán acumulando año tras año.

Con el fin de poder salir de la causal de disolución y mantenerse en el mercado, las sociedades pueden hacer uso de maniobras corporativas establecidas en la Ley General de Sociedades (LGS). Sin embargo, estas sociedades también pueden usar y aplicar la operación acordeón para salvar la sociedad.

1.3.2. Concepto de la Operación Acordeón

Las sociedades pueden atravesar pérdidas patrimoniales, a tal punto que pueden quebrar y tener como consecuencia la salida del mercado, estas buscan estrategias a fin de superar los problemas financieros y la causal de disolución.

Es por ello que las sociedades de capital utilizan algunas medidas plasmadas en la Ley General de Sociedades, como el aumento del capital regulado en el artículo 201; la reducción del capital citado en el artículo 215; y maniobras corporativas dentro del marco de organización y autonomía de la empresa, como por ejemplo fusiones en el artículo 324; escisiones regulado en el artículo 367. Adicionalmente también se suele usar la operación acordeón entendida como el mecanismo por el cual el capital social sufre una reducción a cero para luego ser aumentado.

Como hace notar, Valdivieso (2016), se denomina:

“Operación Acordeón” las operaciones realizadas en el ámbito societario, generalmente en busca de dos objetivos:

- iii) O pasar restituir el patrimonio capital perdido de la empresa
- iv) O para beneficio de las mayorías que, a través de esta operación y por el ejercicio del derecho de suscripción preferente se convierte en propiedades de aquellas acciones que los accionistas minoritarios no pueden asumir.

La operación consiste tomar el acuerdo de reducir el capital social y en el mismo acto de aumentar el capital, ya sea con nuevos aportes o con la capitalización de créditos. La finalidad generalmente aceptada es “permitir la continuidad de la empresa. Evitando lo que de otro modo significaría un estado de insolvencia que llevaría inevitablemente a la disolución de la sociedad y a un poder posterior procedimiento de liquidación. (p.262)

Asimismo, Sánchez (2008), expresa que “la operación acordeón atiende generalmente a un propósito de saneamiento financiero y reconstitución del capital, cuando las pérdidas hayan consumido el patrimonio y por tanto, todo el capital social” (p. 278).

Siguiendo esa misma línea, Uría (2006) sustenta que la operación acordeón “sirve normalmente a un propósito de saneamiento financiero y de reintegración de capital, cuando una sociedad que ha perdido su patrimonio trata de reestructurarse y de eludir la disolución” (p. 1050).

La operación acordeón es un mecanismo de salvataje que utilizan las sociedades de capital para poder superar problemas financieros con el fin de continuar en el mercado. La finalidad generalmente aceptada es permitir la continuación de la sociedad. Evitando lo que de otro modo significaría un estado de insolvencia que llevaría inevitablemente a la disolución de la sociedad y posteriormente al de procedimiento de liquidación.

1.4. La condición de socio

Los aportes de los socios son fundamentales para la propia constitución de la sociedad, estas aportaciones realizadas por los socios servirán para el origen de la sociedad que consecuentemente se formará el capital social, elemento indispensable para el nacimiento de las sociedades.

El capital social se rige por funciones propias que determinan el funcionamiento del mismo; para hablar sobre la condición de socio en la sociedad, se debe resaltar la función organizativa.

La *función organizativa del capital social*, permite que haya ciertas condiciones dentro de la sociedad respecto de los socios, es decir esta función determina cual es la posición de los socios de acuerdo con la aportación al capital social al momento de constituir la sociedad. Por lo tanto la situación de los socios está determinado por el capital inicial suscrito.

Entonces será correcto decir que la función organizativa puntualiza al capital social como un mecanismo para organizar la economía de los socios y los derechos políticos

Siguiendo esa misma línea el TC en unas de sus sentencias STC 00228-2009-PA, en su fundamento 11, reconoce el perfil de la condición de socio que estamos tratando:

(...) si bien inicialmente la propiedad de las acciones y el valor que las mismas tienen su representación como derechos políticos al interior de la sociedad, están sujetos a los valores de la vida empresarial, donde el capital y el interés lucrativo de la sociedad son los que determinan los frutos de la propiedad accionaria, también es cierto que la sociedad comercial no puede pasar, de cualquier modo, por encima de los derechos individuales de los socios que la componen.

En efecto se afirma que la participación de los socios en la sociedad está representada por las acciones. Según Ascarelli (1947) “la medida de la participación del socio se expresa en una cifra de dinero con relación a la entidad del capital social, o sea, en cifra determinada (...)” (p. 91).

En palabras de García (2004)

La sociedad anónima es capitalista, en la que en principio no interesan las condiciones personales de los accionistas, sino las aportaciones que hagan (...) referidos en el capital social (...) en la que el capital social se divide en partes alícuotas denominadas acciones que tienen la condición legal (...) que atribuyen a su titular la condición de socio. (p. 255)

Según Valdivieso (2017)

La acción representa la condición de socio (...). La relación entre el accionista y la sociedad es mucho más compleja, porque involucra no solo relaciones de carácter patrimonial (como el derecho a obtener los beneficios de la empresa), sino la concurrencia del “*affectio societatis*”, que supone compromiso del accionista con el fin y objeto de la sociedad, es decir el interés social. (p.p. 210-211)

Lo cierto es que la condición de socio queda determinado por las acciones que se han establecido y han sido asignados a cada socio respecto a su aportación en el capital social. Cabe resaltar que el aporte es la única medida que determina al socio en la sociedad; por lo tanto a mayor participación más acciones y mayor número de acciones más derechos.

La acción como expresión de la condición o estatus de socio (...) condición que se está expresada en un documento denominado certificado de acciones o anotaciones en cuenta, y que gracias a dicho estatus se inicia una compleja relación bilateral con la sociedad. (Hundskopf, 2019.p. 358)

Esta condición de socio se encuentra indicada en un documento denominado certificado de acciones, es importante mencionar que ese estatus generará obligaciones recíprocas entre ambas partes y estas están debidamente indicadas en la LGS.

Se deriva de ello que la legitimación para el ejercicio de los derechos sociales, inherentes a la condición de socio que atribuye este tipo de acciones se desprende de la inscripción de las acciones.

1.4.1. El interés del accionista minoritario

Cuando las personas deciden agruparse y formar una sociedad, para obtener ganancias económicas, existirá intereses de por medio, estos intereses estarán ordenados hacia un bien social del ente, dejando de lado los intereses personales de cada socio.

Cabe resaltar que para formar una sociedad, los socios deben realizar aportes, los cuales serán partes del capital social, siendo este el eje central de la sociedad para realizar actividades económicas en el mercado.

El capital social al ser el eje central de la sociedad, permite al socio tener una condición determinada en la sociedad. *La función organizativa del capital social*, permite que haya ciertas condiciones dentro de la sociedad respecto de los socios, es decir esta función determina cual es la posición de los socios de acuerdo con la aportación al capital social al momento de constituir la sociedad. Por lo tanto, la situación de los socios está determinado por el capital inicial suscrito.

La condición que pueden ostentar en la sociedad es de accionista mayoritario o accionista minoritario, estos siempre tendrán intereses que velarán por el bien común del ente societario.

En palabras de Fernández (2010)

La doctrina coincide en manifestar que el interés de los sujetos que conforman la sociedad es un interés de lucro; el mismo que el accionista entiende no puede satisfacer de otra forma más que constituyendo la sociedad. Sin embargo este interés individual se ve superado por el interés colectivo que no solo es la suma de intereses de los socios, sino que configura con interés distinto. (p. 434)

Siguiendo esa misma línea, Quintana (2004) expresa:

Que los accionistas minoritarios son una persona en particular o varios que se conjuntan para votar en un determinado sentido, pero que no alcanzan a representar una participación accionaria que logre tumbar o impedir que se tomen decisiones en contra de lo que aceptan o deciden quien o quienes ostentan control de la sociedad (...). (pp.141-142)

Por tanto, los intereses de los socios de la sociedad se ven reflejados en los beneficios que estos tendrán por su calidad de accionista. Es así, que en el régimen de accionista mayoritario o accionista minoritario; es de suma importancia, ya que habrá una diferencia es quien ostenta mayor poder en las decisiones de la sociedad.

El accionista minoritario, en la sociedad juega un papel un poco limitado, ya que si bien es cierto, estos pueden tener acciones en una sociedad determinada, eso no es suficiente porque la condición que estos tienen no les permite influir en el objeto de la sociedad.

En palabras de Juste (2005) “un interés propio de la minoría como aquellos «derechos derivados de la condición de socio, cuyo ejercicio aparece subordinado al requisito de la titularidad de acciones que representen una cuota de minoría de capital” (p.80).

Por tanto se puede decir que el interés del accionista minoritario en la sociedad será un interés personal con una finalidad de obtener un lucro a partir de su condición que le brinda los aportes que realizo; sin embargo este interés personal siempre va a ser superado por el interés societario.

1.4.2. Las armas del accionista minoritario

Las actuaciones del socio minoritario en la sociedad es objeto de un análisis muy cuidadoso, la misma condición minoritaria puede generar algo de desconfianza en cuanto al interés social de la sociedad. Eso no quiere decir, que el interés del accionista minoritario es solo personal; porque pueden mostrar un comportamiento activo en la sociedad.

Sin embargo, el accionista minoritario a pesar de tener un comportamiento activo en la sociedad, su rol se ve un poco limitado, si bien es cierto poseen acciones las cuales les asignan ciertos beneficios; eso no basta para influir en el objeto de la sociedad, con miras de poder cambiarla

Por lo tanto, los derechos de los accionistas minoritarios, al estar limitados por su condición de minoría, la LGS brinda algunas armas o medios necesarios con el fin de proteger sus intereses.

Las armas o medios que posee el accionista minoritario serán: el ejercicio del derecho a la información, el ejercicio del derecho al voto, el ejercicio del derecho de suscripción preferente, el ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos y el ejercicio del derecho a separación.

Ejercicio del derecho a la información del accionista minoritario: da un plus para poder estar empapado de los posibles acuerdos que se van a tomar en la junta general de accionistas.

En efecto el accionista que no posea el ejercicio del derecho a la información definitivamente va a carecer del instrumento fundamental para hacer valer sus derechos y que estos se cumplan.

El derecho a la información del accionista, es muy importante, porque a través de este derecho, todos los acuerdos que se pueden tomar en la junta de accionistas no serán sorpresa y el accionista que acudirá a la asamblea puede estar a favor o en contra de los acuerdos que se han presentado.

Es por ello que el ejercicio del derecho a la información, al ser fundamental para los accionistas minoritarios, ayuda a evitar a la posible opresión de la mayoría, es decir al estar informado el accionista minoritario, este no se verá sorprendido al momento de las juntas generales que se hayan propuesto.

Ejercicio del derecho al voto a la junta general: estará vinculado con el derecho a la información. Cada accionista tiene el deber de informarse de lo que está sucediendo con la sociedad, con el fin de cuidar el interés personal y el interés social.

El derecho a la información le brinda el instrumento fundamental para que el accionista minoritario pueda hacer cumplir su derecho al voto, es decir un accionista que está debidamente informado, puede con toda la seguridad votar a favor o en contra de los acuerdos planteados en la junta general.

El derecho al voto de la minoría no es muy trascendental o relevante para la sociedad, el ejercerlo no generará ningún cambio. Pero eso no limita al accionista minoritario de poder ejercer el derecho de voto independientemente de los efectos que este vaya a causar en la sociedad.

Ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos: este derecho está correlativamente vinculado sin duda alguna al derecho de información, el accionista tiene la debida información de los posibles acuerdos que se van desarrollar en la junta general a la que se ha convocado. Pero si lo acuerdos que se toman tienen un fin que no será el adecuado para la sociedad o va en contra de la LGS, todo accionista puede ejercer derecho de impugnación de acuerdos.

El ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos, brinda al accionista la posibilidad de proteger el interés social de la sociedad, evitando que los acuerdos que se hayan planteado no afecta el bien común de todos los accionistas.

Ejercicio del derecho de suscripción preferente: es un derecho con carácter de doble sentido. Como explica Uría (1994), es un derecho que al ser de doble sentido afectará los derechos de los accionistas; es decir cambiará su posición como accionista y al mismo tiempo cambiará económicamente esto vinculado con las utilidades que recibirá. (s/p)

El ejercicio del derecho de suscripción preferente, es entendido como un mecanismo de protección de los accionistas minoritarios, en cuanto estos pueden ejercer este derecho cuando exista un aumento de acciones; haciendo validar su posición en la sociedad.

Ejercicio del derecho a separación: este derecho es ejercido con respaldo de la LGS, puesto que el accionista hará valer los requisitos que presenta la LGS, para poder separarse de la sociedad.

Sin embargo este derecho al mismo tiempo de poder separarte de la sociedad, implica que al accionista que ejerce este derecho se devuelva lo aportado inicialmente.

Las armas que posee el accionista minoritario buscan proteger los derechos que le son brindados en un primer momento de acuerdo a la condición de socio que estos poseen.

Eso no quiere decir que los accionistas minoritarios, puedan tomar estas armas necesarias para obstaculizar los acuerdos o el crecimiento de la sociedad; es decir abusar de las medidas planteadas por la LGS, buscando intereses personales y teniendo como consecuencia la posible “tiranía de las minorías”

2. Materiales y Método

En el siguiente acápite se explicará el método y materiales que se abordado para desarrollar la investigación.

La presente investigación es de tipo documental. Se utilizó el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio a base de las fuentes bibliográficas, tanto en formato físico como en virtual, ya sean libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos; y el método documental para desarrollar los argumentos que sustenten los objetivos de la investigación, especialmente aquellos referidos al interés de los socios, como también la regulación de la operación acordeón en el Perú. Asimismo, se ha utilizado la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sintetizar el fundamento teórico de la investigación.

3. Resultados y discusión

3.1. La operación acordeón y condiciones de validez establecidas por el Tribunal Constitucional en el ámbito concursal

3.1.1. Contexto de la sentencia recaída en el Exp- N° 0029-2009- Chiquitoy

El 16 de noviembre del 2006 se convocó a junta de acreedores de la empresa Agraria Chiquitoy S.A. mediante un aviso publicado en el Diario Oficial el peruano, constando en la agenda los puntos 3, 4 y 5:

3. Modificación del plan de restructuración.
4. Reducción del capital por restablecimiento del equilibrio entre capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas.
5. Aumento de capital por capitalización de créditos.

En el aviso publicado también se convocó a los socios de la empresa Agraria Chiquitoy S.A. con el fin de que estos puedan ejercer su derecho de suscripción preferente de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 de la LSC.

El 6 de noviembre del 2006 se lleva a cabo la Junta de Acreedores, en la cual asistieron el 81.8220% de acreedores, contando con la participación de Flor María Ibáñez Salvador, accionista de la empresa concursada Agraria Chiquitoy S.A.

En la junta de acreedores el representante de la Comisión del INDECOPI de La Libertad, Juan Miguel Tejada Lombardi, con fecha 6 de diciembre del 2006, señala que se habían leído las propuestas de modificación de FONDISA y Agroindustrial Cartavio S.A.A. en el mismo acápite del informe de la junta de acreedores consta también que existe el ejercicio del derecho de suscripción preferente por los accionistas de la Empresa Chiquitoy S.A. señalando lo siguiente:

Los accionistas pueden ejercer el derecho de suscripción preferente según lo establecido en el artículo 68.1 de la LSC. Pero si los accionistas no hicieran uso de este derecho, el aumento de capital será suscrito por acreedores de clase C. según lo establecido en la Adenda.

Los accionistas que hayan ejercido el derecho de suscripción preferente y aprobaron la adenda 1, tendrán que realizar el pago de las acciones suscritas de manera inmediata, de no hacerlo el monto de esa acción suscrita será pagada por los acreedores de clase C.

Según el informe del presidente de la Comisión del INDECOPI, la accionista Flor María Ibáñez, interrumpe la lectura del informe para decir que ella era accionista y que estaba

interesada en ejercer su derecho de suscripción preferente, pero el presidente de la Comisión le recalcó que la votación ya había pasado, por tanto no podría realizar tal pedido y que se limite a interrumpir. La accionista Flor María Ibáñez muestra su disconformidad con la junta de acreedores porque según ella no se había satisfecho su pedido; es decir, ejercer el derecho de suscripción preferente, de modo que la accionista quería aun tener acciones en la empresa Agraria Chiquitoy S.A. Ante esta situación la socia Flor Ibáñez, impugna los acuerdos adoptados en la junta de Acreedores de fecha 06 de noviembre del 2006.

La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI de La Libertad declaró infundada la impugnación, resolución que fue apelada ante el Tribunal del INDECOPI.

Con fecha 07 de diciembre se interpone demanda de acción de amparo, que fue declarada improcedente liminarmente por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Apelada esta sentencia de primera instancia es confirmada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El 17 de setiembre del 2008, la socia interpone recurso de agravio constitucional, fundamenta su pedido indicando que en la Junta de Acreedores, actuó de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda N° 1, por medio de la cual se acordó la reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A., en la misma Adenda se recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, no sólo se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, sino que no se dieron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas. Además manifiesta que no se había respetado el ejercicio de su derecho de suscripción preferente.

El recurso se declaró fundado y, por consiguiente, se ordena a la empresa emplazada Chiquitoy S.A., restituir a la demandante Flor de María Ibáñez Salvador la titularidad de todas las acciones que poseía en la mencionada empresa.

En dicha sentencia, el TC se pronuncia sobre las operaciones acordeón que se había realizado en la empresa concursada Chiquitoy S.A.

3.1.2. Concepto y contenido de las operaciones acordeón según el TC

Pese a que la operación acordeón no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional a partir del caso CHIQUITOY (expediente N° 00228-2009-PA/TC)- La libertad, estableció requisitos de validez, para determinar su legitimidad constitucional a fin de validar su ejecución en la práctica.

El Tribunal Constitucional en el (expediente N° 00228-2009-PA/TC)- La libertad, considera en el fundamento 48 de la sentencia, sobre la validez de esta Operación, al señalar “La no regulación de esta operación societaria o el silencio legislativo a este respecto no significan en todo caso, que esta operación esté prohibida por el ordenamiento jurídico, pues en principio conforme lo postula el principio general de libertad contenido en el artículo 2, inciso 24, párrafo a) de la Constitución de 1993:

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. No obstante, para que esta operación sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no basta que no esté prohibida por norma legal alguna, sino que es necesario que sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución encarna.

La laguna de derecho que el Tribunal advierte, hace que se realice un análisis constitucional basándose en la continuidad de la empresa, la trascendencia y el valor económico que maneja nuestra constitución; señalando:

La legitimidad constitucional de esta operación societaria encuentra su fundamento último en la continuidad que puede alcanzar la sociedad comercial o empresa en el mercado”, “evitando lo que de otro modo significaría un estado de insolvencia que llevaría inevitablemente a la disolución de la sociedad y a un posterior procedimiento de liquidación.(Fundamento 51)

La legitimidad de la operación acordeón dada por el Tribunal Constitucional, señala que lo más importante de esta operación es proteger la continuidad de la sociedad en el mercado, resaltando la importancia del interés social sobre el interés societario.

El tribunal constitucional justifica la aplicación de la operación acordeón en el Perú, explicando que la reducción de capital está establecida en la Ley General de Sociedades (LGS) para cada caso concreto.

Por lo tanto, al aplicarse la operación acordeón, el capital queda reducido a cero, para, simultáneamente, aumentar el capital social pero con nuevos aportes; es decir, capital social fresco.

Cabe señalar que, el Tribunal Constitucional considera en su fundamento 56 que la operación acordeón:

Sólo se justifica si es que la crisis económica que atraviesa la empresa fuera tan grave que el único medio de que dispone la sociedad para poder permanecer en el mercado sea, la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social. En ese sentido la Operación Acordeón debe constituirse en la última opción de la sociedad para no desaparecer de la vida económica.

3.1.3. Libertad de empresa y derecho de propiedad como presupuestos para el desarrollo de la operación acordeón.

Libertad de empresa

La Constitución Política del Perú en su artículo 58 establece que una economía Social de Mercado “la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país (...).”

El artículo 59 de la CPP prescribe el rol económico del estado, “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.”

El artículo 60 de la CPP dispone el pluralismo económico, “La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.”

El artículo 61 de la CPP establece libre competencia, “El Estado facilita y vigila la libre competencia.”

Dicho lo anterior se desprende que en nuestro ordenamiento, se fomenta la inversión privada como mandato constitucional, que trae consigo una serie de obligaciones específicas para el Estado. En razón de lo mencionado se parte de una política comercial

que fomenta la apertura de nuevos mercados con miras de poder practicar la exportación, pero tal acción comercial debe estar adecuada a las condiciones de equidad que manejan los mercados.

En el caso en concreto, es prioridad del Estado evitar la salida del mercado de la Empresa Chiquitoy; porque esto es un mandato constitucional vigilar la continuidad y permanencia de la empresa en el mercado, al margen de las consecuencias gravosas que se pueda ocasionar.

Citando el artículo 410 de la LGS “No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma cómo habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde.”

En la misma línea, nuestro ordenamiento jurídico ha propuesto un procedimiento concursal con el fin de poder reestructurar las empresas para que estas se mantengan en el mercado.

Por lo tanto, es iniciativa constitucional y por ende obligación del Estado permitir la continuidad de las empresas y que estas gocen del libre desenvolvimiento en el marco societario; siempre y cuando no vayan en contra de las normas.

Es por ello que la operación acordeón que se ha practicado en la empresa Chiquitoy es permitida porque al realizar este mecanismo la empresa aun podrá mantener la continuidad en el mercado ejerciendo el derecho a la libertad de empresa que esta tutelado por el Estado. Por lo tanto, la práctica de la operación Acordeón en el Perú es permitida ya que, lo que no está prohibido está permitido; además porque permite mantener a la sociedad con vida.

Derecho de propiedad

De acuerdo a lo establecido en la sentencia del TC, se concibe derecho de propiedad en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución:

El derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

El TC entiende que el derecho de propiedad comprende una garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona y que además la protege contra detracciones indebidas. El TC también señala cuales son las limitaciones legales del ejercicio del derecho de propiedad que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.
- El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

Las limitaciones legales que limitan el ejercicio del derecho de propiedad, no encajan con las adquisiciones de los acreedores de la empresa sometida a un proceso concursal. En este caso se estaría generando un supuesto conflicto de propiedad de acciones, es decir propietarios originarios de la empresa (los socios) y los acreedores- accionistas.

3.1.4. Condiciones de validez de la operación acordeón establecidas por el tribunal constitucional en el ámbito concursal

La legitimidad de la operación acordeón se basa en lo fundamentado por el TC, es así que esta operación será válida siempre y cuando se respeten los requisitos de validez que ha establecido el TC.

Estos requisitos son:

- i) *Que la operación acordeón debe ser idónea y necesaria*, es decir que esta operación tenga un fin pretendido.
- ii) *Derecho oposición*, el accionista que no esté de acuerdo con lo establecido, puede pedir al juez la evaluación de los acuerdos
- iii) *Derecho de separación*, una vez que haya expresado su desacuerdo, puede ejercer su derecho de separación con el objeto que le restituya el valor de sus acciones.
- iv) *Derecho de suscripción preferente*, si los accionistas no han ejercido los derechos anteriores mencionados, estos pueden hacer uso de derecho de suscripción preferente con el fin de permanecer en la empresa
- v) *Reducción y aumento simultáneo*, la operación acordeón solo será válida si es que se reduce el capital a 0 y paralelamente se aumenta el capital social.

3.2. Condiciones de validez para la operación acordeón en el ejercicio común de la actividad empresarial

3.2.1. Crítica a las condiciones de validez dada por el Tribunal Constitucional en el ámbito concursal

La continuidad de la sociedad en el marco comercial depende de las decisiones que toman los socios, quienes son los dueños y únicos que pueden decidir el fin de su sociedad.

En ese sentido la intervención del TC se considera peligrosa, el supremo realiza una interpretación relativa respecto a la autonomía y deja de lado el valor de la libertad de empresa y la continuidad de la misma. También hace notar el TC, que puede intervenir en cuestiones comerciales dejando que un tercero maneje situaciones jurídicas de una sociedad privada.

En su fundamento 25 el TC expresa: (...) en una sociedad comercial los acuerdos a los cuales se sujetan los socios se adoptan por mayorías, las cuales en ejercicio de su poder económico pueden adoptar decisiones que vulneren o afecten en distintos grados los derechos fundamentales, sin que el socio o accionista minoritario tenga la posibilidad de resistir (...)"

Las decisiones que son tomadas en una sociedad comercial, siempre estarán guiadas por el interés económico con el fin de tener con vida la sociedad. Por ejemplo, quien tenga más acciones tendrá más posibilidad de poder participar en los acuerdos; pero en el caso de una sociedad que está supeditada a un proceso concursal, el interés económico se regirá por la cantidad de créditos que cada acreedor posee.

Por lo tanto el TC, en su sentencia puede inducir a error, pues manifiesta que los acuerdos tomados por la mayoría se rigen en función de los accionistas, acreedores y socios de la sociedad. Siendo que los accionistas minoritarios puedan oponerse a quienes hayan aportada más para constituir la empresa, es decir acciones, o hayan prestado más dinero a la sociedad en crisis, es el caso de créditos reconocidos.

Distinto será el caso si los acuerdos tomados constituyen abuso de derecho, sin duda alguna el accionista o acreedor afectado podrá interponer su oposición a dichos acuerdos porque se siente vulnerado.

Por lo tanto, como se mencionó anteriormente la intervención de un tercero en acuerdos societarios solo será justificado si es que los acuerdos constituyen abuso de derecho. Sin embargo, el TC, en su sentencia no hace ninguna distinción referente a las decisiones tomadas por los socios o acreedores que voten por una propuesta escogida por la mayoría, donde se verán afectados sus intereses económicos, inclusive pueden verse limitados en algunos derechos. Eso no quiere decir que esta materia debe ser amparada por jueces que determinen el fondo y el funcionamiento de una junta de acreedores y accionistas, donde lo importante que se va a realizar a favor de la sociedad son las decisiones adoptadas por la mayoría.

Por otro lado analizando la legitimidad de la operación acordeón y los requisitos de validez que da el Tribunal Constitucional.

La legitimidad y requisitos que han sido establecidos por el TC, son dados de manera general, es decir en un contexto societario para aquellas sociedades que estén pasando por un proceso concursal. Según el TC, la aplicación de la operación acordeón, se dará acorde al marco económico y tenga como fin la continuidad de algunas empresas; es por ello que establece requisitos de validez, los cuales solo aplicarán para sociedades que pasen por periodo de insolvencia y se encuentren en un proceso concursal.

Sim embargo, el TC, en su sentencia no menciona cual son las pautas que una sociedad debería seguir para ingresar a un proceso concursal. Se sabe que entre un proceso concursal y la salida de una sociedad del mercado, requieren de requisitos distintos para poder realizar ambos procesos. Mientras que en el proceso concursal, la toma del mando de decisiones la realiza la Junta de Acreedores; en la salida del mercado de una sociedad las decisiones son tomadas por la Junta de Accionista. Por lo tanto, existen diferencias entre una junta de acreedores y una junta de accionistas.

La ley del procedimiento concursal en su artículo III del Título Preliminar menciona que, “La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada”.

Asimismo, en el artículo 51.1. Inciso a) de la Ley de Procedimiento concursal, mencionan las atribuciones y responsabilidades de la Junta de acreedores.

Sin perjuicio de las demás que se señalen en los artículos de la Ley, la Junta tendrá las siguientes atribuciones genéricas:

a.1 El inicio de una reestructuración patrimonial conforme a lo establecido en el Capítulo V del Título II de la Ley; o

b) Supervisar la ejecución de los acuerdos que haya adoptado conforme al literal anterior, para lo cual podrá tomar todas las medidas que considere pertinentes (...).

Por otro lado, la Junta de accionistas según el artículo 111 de la Ley General de Sociedades menciona, “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 (...)”

Habiendo hecho esta comparación entre la Junta de Acreedores y la Junta de accionistas, de alguna manera el TC, puede inducir al error, porque no hace distinción de sociedades que se encuentran en insolvencia pero no están un proceso concursal; por ejemplo si los accionistas en una junta general deciden realizar la operación acordeón, donde participarán aquellas personas que se encuentren vinculadas directamente con el capital social; será muy diferente a sociedades que si bien es cierto están pasando por un periodo de insolvencia estas deciden ir a un proceso concursal, donde quien maneja la continuidad de la empresa serán los acreedores, aquellos tomarán decisiones que la sociedad requiera, como por ejemplo realizar una operación acordeón.

Ahora como se ha explicado la operación acordeón se aplica solo cuando una sociedad está pasando por una crisis patrimonial, es decir reducir el capital a cero para luego ser aumentado automáticamente; formalmente se puede decir que los accionistas tienen derecho propiedad, pero no tienen ningún respaldo patrimonial por tanto no existe ninguna propiedad y en la práctica puede considerarse como propietarios de un unicornio, el cual solo existe en el libro de matrícula.

En sentido no se estaría vulnerando el derecho de propiedad como lo manifiesta el TC, porque según lo explicado, si la empresa no tiene suficiente capital para poder continuar en el mercado tienen la opción de realizar la operación acordeón reducir el capital a cero y aumentar de manera paralela con el fin de proteger intereses económicos y los socios puedan adquirir un valor real; por lo tanto, no existe ninguna afectación al derecho de propiedad.

Si se considera que si existe afectación al derecho de propiedad, el TC estaría legitimando un abuso de minoría, a pesar de conocer que sus acciones no valen nada, se estaría hundiendo a todos los accionistas.

El TC, menciona el derecho de suscripción preferente el cual se ha analizado de manera de general, en ese sentido se indica que al realizar la operación acordeón se debe respetar siempre el derecho preferente. Por lo tanto, queda validado aquellos que iniciaron la sociedad siempre tendrán el derecho de suscripción preferente, para poder seguir formando parte de la sociedad.

En efecto, la intervención del TC, es peligrosa, incluso abusiva, ya que de alguna manera legítima la operación acordeón sin realizar ninguna distinción en un proceso concursal y un proceso de manera general. En ese sentido, el TC solo estará dando permiso para la aplicación de esta operación societaria que es de ámbito privado y que solo pueden realizar los accionistas de dicha sociedad. Queda claro que el TC, realiza una intervención arbitraria inmiscuyéndose en la propiedad de empresa, libertad de empresa y continuidad de la misma.

Por otro lado, lo que más llama la atención es que el TC ha decidido que si algún accionista no quiere formar parte de la operación acordeón este puede ejercer el derecho de separación. Así lo expresa en su fundamento 59:

“(...) b (...) una vez adoptado (y convalidado en su caso) el acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, el accionista minoritario que haya

expresado de modo indubitable su oposición al mismo, puede ejercer su derecho de separación con el objeto de que se le restituya el valor de sus acciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades (...)

Esto es algo ilógico y contradictorio, ya que el TC estaría permitiendo que se restituya el valor de sus acciones a un socio, pero es imposible porque la empresa está pasando por un periodo de insolvencia. Por lo tanto no existe lógica contable alguna que permita realizar lo dictado el TC.

3.2.2. Condiciones de validez fuera del ámbito concursal

3.2.2.1. Que la empresa esté pasando por un periodo de inestabilidad económica sin encontrarse en un proceso concursal

Lo socios en la sociedad a través de las actividades económicas esperan que haya ganancias. Estas ganancias obtenidas serán utilidades que los socios se van a repartir de acuerdo al derecho de reparto de utilidades establecido en la LGS.

Los estados financieros nos permiten saber cuál es la utilidad o pérdida del periodo. Por lo tanto, este instrumento financiero es el medio por el cual se puede determinar la rentabilidad de una sociedad en un determinado tiempo. Con este instrumento también se verán las utilidades de la sociedad.

Las sociedades pueden llegar a travesar dificultades económicas, aunque estas no las lleven directamente a una situación de insolvencia. La LGS, ha reconocido algunos de estos supuestos de desequilibrio patrimonial y ha señalado cuales son.

Así por ejemplo, indica el artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades (LGS) señalando como causal de disolución de las sociedades el hecho que presenten “pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado” esto significa que una empresa puede tener pérdidas en el ejercicio de sus actividades empresariales, y que sus pérdidas superan el capital, causando así una inestabilidad de los estados financieros y teniendo como consecuencia la disolución de la empresa.

En todos estos casos las empresas pueden buscar soluciones con el fin de mantenerse en el mercado, sin tener que llegar a la insolvencia. Uno de estos mecanismos puede ser la operación acordeón.

La aplicación de la operación acordeón es una decisión tomada por los socios, implica reducir el capital para luego ser aumentado. Por lo tanto, la reducción de capital estará condicionada a la ejecución del aumento de capital.

Sánchez, J (2019) explica que una ventaja de aplicar la operación acordeón es que permite “la forma de limpiar el balance pasa por **eliminar esas pérdidas**, para lo que hay que compensarlas con capital y reservas”(s/p).

3.2.2.2. Que la eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento de capital

Esta condición es importante dado que la operación acordeón como método corporativo no se encuentra regulado LGS. Lo que sí existe en la Ley, es la reducción capital en su artículo 215; por un lado y por otro lado el aumento de capital en su artículo 201. Por lo

tanto, se requiere que el acuerdo de reducción de capital se encuentre establecido y vinculado con el aumento de capital.

De acuerdo a lo mencionado la LGS recoge en el artículo 215 “que La reducción del capital se acuerda por junta general, cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”

La reducción de capital social es una decisión tomada por los accionistas. Para esto, existen causales, que permiten reducir el capital social; establecidas en la LGS.

La reducción de capital social, no se haría por ninguna de las causales de la LGS; porque esta causal no está establecida en la Ley. Se trata de una reducción especial, porque no se agota con la sola reducción, sino también con el aumento de capital social. Esta reducción, es específica y tiene como condición aumentar el capital social.

Al ser una reducción especial y estando condicionada al aumento de capital, no se tendría que publicar la reducción de capital social por el periodo de tres días para garantizar el derecho de oposición de los acreedores. Porque se trata de un solo acto. Por lo tanto no son aplicables las normas propias de la LGS, ni las formalidades.

Eso quiere decir, que no hay la necesidad de inscribir solo la reducción. Pero el condicionamiento de la reducción para un posterior aumento tiene que estar expresamente establecido en el acta.

Esta operación acordeón consta de reducción de capital social y luego inmediatamente ser aumentado el capital social con el fin de mantener a la empresa en el mercado.

3.2.2.3. Que el aumento de capital tiene que ser suficiente para que supere la situación de desequilibrio patrimonial que motiva la operación acordeón

El capital social puede ser objeto de diversas operaciones legales, entre ellas debemos destacar el aumento de capital social, cuya regulación está en la Ley General de Sociedades (LGS) en su artículo 201, que expresa “el aumento de capital se acuerda por la junta general cumpliendo los requisitos establecidos para la modificación del estatuto, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro”

El aumento de capital generalmente se realiza por acuerdo legal y está contemplado en la LGS. Uría citado por Atoche (2015) ha señalado que el aumento de capital social es “aquella operación jurídica por virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en los estatutos” (p.102).

De acuerdo a la sentencia establecida por el TC- caso Chiquitoy, este aumento de capital se acordó dentro de un proceso concursal, el cual tiene su propia ley. En este caso, si una empresa accede al proceso concursal con el fin de poder reestructurarse, el mando de la empresa será tomada por los acreedores. Si bien es cierto, en un proceso concursal los socios tienen algunos beneficios, como por ejemplo poder estar en las juntas generales de acreedores, también tienen el derecho de suscripción preferente; cabe recordar que estos no tienen voz ni voto en dicha junta.

El aumento del capital social debe ser suficiente para que supere la situación de insolvencia. Y esto es, cuando menos que se demuestre que el patrimonio neto es igual o superior al capital. Entonces el aumento de capital será suficiente cuando te permita tener tu patrimonio neto.

En efecto, se requiere que el aumento de capital supere la situación de desequilibrio patrimonial. Porque, por ejemplo si al iniciar una constitución de empresa los socios aportan como capital social s/.1000 soles, pero esta empresa está en el mercado 10 años, y ha ido aumento el capital y por ende su patrimonio, que ahora aborda un capital de

s/.10000 soles. Pero lamentablemente, la empresa atraviesa una inestabilidad económica. Los socios convocan a junta general, para realizar la operación acordeón. El aumento de capital social que se realizará para que la empresa supere esa inestabilidad financiera tendrá que ser suficiente a su inestabilidad financiera.

Es por ello que los socios tendrán que tomar la decisión de aumentar el capital social con el fin de poder superar la inestabilidad financiera y así la empresa se mantendrá en el mercado.

Este punto es importante porque aquí se definirá nuevamente las acciones de cada socio, ya que han inyectado capital nuevo a la empresa.

3.2.2.4. Que debe de respetarse siempre el derecho de suscripción preferente de los accionistas

El derecho de suscripción preferente según, Uría y Menéndez (1994) “la doctrina lo señala como un derecho de doble contenido y de carácter porque afecta ambos planos de derechos usualmente reconocidos al socio, el económico o administrativo” (p. 195).

De acuerdo, lo mencionado este derecho tiene que ver con el equilibrio de la participación del accionista en el capital social y la igualdad de oportunidades en la suscripción de acciones cuando se dé un aumento del capital social por emisión de nuevas acciones.

Por lo tanto, afectará a la incidencia de la propiedad de las acciones de los socios y por ende su participación en el reparto de utilidades; asimismo porque influye en la condición jurídica de los socios en un momento determinado. Este, es el caso de la operación acordeón, puesto que en ese momento el derecho del accionista permanecerá como tal, y no podrá ser suprimido; por lo tanto este podrá ejercer tal derecho de preferencia para suscribir acciones. Del nuevo aumento que ha se generado.

El derecho de suscripción preferente está previsto en el artículo 207° LGS:

En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley. No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia.

Por lo tanto, se trata de un derecho de vital importancia para los accionistas, ya que es renunciante y transferible. Para poder ejercer este derecho de suscripción preferente deberán existir tres requisitos:

- i) Que haya un nuevo de aumento de capital.
- ii) Que el accionista quiera ejercer el derecho de preferencia.
- iii) Que la sociedad cuente con el capital suficiente para emitir nuevas acciones.

En medida, no se trata de un derecho del cual el accionista puede optar de manera automática. Es decir, sino tiene capital suficiente para poder suscribir nuevas acciones; este no puede impedir, que terceros opten por adquirir acciones nuevas.

Ahora sobre los límites de este derecho, la legislación española ha determina lo siguiente en su artículo 48° LSA:

Si se aumenta el capital emitiendo nuevas acciones, la Ley concede al socio el derecho a suscribir esas nuevas acciones. Así se le da la posibilidad de mantener la

proporción de su participación en el capital social y de evitar el perjuicio que se podría ocasionar, si, debido al aumento, disminuyera el valor real o de mercado de las acciones antiguas.

De acuerdo a la doctrina española, se puede deducir que este derecho de suscripción preferente implica que siempre prevalezca el interés común de la sociedad; por lo tanto podrás suscribir acciones nuevas, de acuerdo a tu posición como accionista, es decir podrás optar por cuantas acciones quieras, siempre y cuando tengas un poder de influencia que está representado en el derecho al voto.

En cambio en nuestra legislación peruana, el derecho a suscribir de manera preferente lo explica el artículo 208° LGS. Para que los accionistas puedan ejercer dicho derecho de suscripción preferente, podrá ejercerlo en ruedas (dos o más) es así que el límite de adquisición estará en cada una de ellas.

Por tanto, el accionista que decide no adquirir en la primera rueda, tiene la potestad de poder intervenir al 100% en la siguiente rueda. Por otro lado el accionista que si decide suscribir acciones en la primera rueda también estará habilitado para poder participar en la siguiente rueda con los límites que se establecen; es así que en el segundo caso el ejercicio del derecho suscripción preferente no solo le dará al accionista la potestad de mantener su estatus, sino que puede suceder que este se vea incrementado y por la tanto su influencia política en la sociedad será mayor.

En ese sentido el TC en su sentencia Exp- N° 0029-2008- Chiquitoy

(...) puede considerarse al mecanismo de la suscripción preferente como una forma de protección especial del accionista primigenio y, en algún sentido, minoritario de una sociedad comercial. De este modo, bien puede afirmarse que el ordenamiento jurídico provee a la persona que ingresa en el ámbito de las sociedades comerciales para formar una empresa, una norma de seguridad jurídica y una posición preferente, en base a la cual el agente económico puede desarrollar el curso de su accionar económico.

Por lo tanto, el TC quiere decir que cuando una sociedad este en un proceso concursal y se realice una operación acordeón, los accionistas pueden ejercer el derecho de suscripción preferente, siendo este un medio necesario para la protección de las acciones. Como beneficio los socios mantendrán su posición; esto se dará cuando exista el supuesto de reducción a cero. Por lo tanto, se entiende que existirá un derecho de propiedad sobre las acciones, pero que estará vacía de contenido. Ya que la sociedad se encuentra en un periodo de crisis económica.

3.2.2.5. Que la inscripción en el registro mercantil se practica al mismo tiempo que la del acuerdo y su ejecución del aumento

La inscripción en el registro mercantil, es el acto por el cual los socios dan fe de lo acordado. Este acto brindará seguridad y publicidad a la sociedad.

La LGS, dispone que el acto de reducción de capital, deber inscribirse en el registro mercantil, con el fin de publicitarlo por tres días para que los acreedores puedan ejercer el derecho de oposición, es más los acreedores no van a tener derecho de oposición, una formalidad obligatoria de los socios.

La reducción producto de la operación acordeón, es una reducción especial, porque esta no modificara el estatuto de la sociedad y está condicionada por el aumento de capital.

Al ser un solo acto la reducción y el aumento del capital, solo se inscribe el aumento de capital. El aumento del capital, será la condición que importa inscribir y publicitar en el registro mercantil

4. Conclusiones

El accionista minoritario, tiene el derecho según corresponda, a participar de la toma de decisiones sobre la continuidad de la empresa. Pero no tiene derecho a decidir personalmente el destino de la empresa. Asimismo, un accionista minoritario goza de los derechos que la LGS establece, con el fin de poder protegerlos. Pero la misma LGS, no permite que los accionistas minoritarios, pongan sus intereses personales sobre los intereses de la mayoría, con el fin de querer cambiar el interés social de empresa.

Las condiciones de validez para la aplicación de la operación acordeón fuera del ámbito empresarial serán: i) que la empresa esté pasando por un periodo de inestabilidad económica sin encontrarse en un proceso concursal, ii) que la eficacia del acuerdo de reducción queda condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento de capital, iii) que el aumento de capital tiene que ser suficiente para que supere la situación de desequilibrio patrimonial, iv) que debe respetarse siempre el derecho de suscripción preferente de los accionistas y v) que la inscripción en la partida registral se practique al mismo tiempo que del acuerdo del aumento y su ejecución.

5. Referencias

1. Ariel D. (2011). Reducción y aumento simultáneos del Capital Social: Viabilidad de la denominada “operación acordeón” como mecanismo válido de evitación de la disolución por pérdida del capital social.
2. Augusto A. (2000). ROTECCION DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS.
3. Baena B. Algunas cuestiones sobre la reducción nominal del capital social por pérdidas en la sociedad. (2016).
4. Beaumont C. (2011). Comentarios a la ley general de sociedades”,6ta Ed. Gaceta Jurídica, lima
5. Chuliá, V. (2004). “Introducción al Derecho Mercantil”, 21ava Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
6. Córdova S. (2010). El Derecho Empresarial en la Jurisprudencia. Editorial Caballero Bustamante, Lima.
7. Echaiz M. (2012). Manual Societario. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia & Casos Prácticos. Editora Jurídica Grijley. Lima- Perú.
8. Echaiz M. (2013). La Operación Acordeón en el ámbito societario.
9. Farina J. (2011), Juan. Derecho de las Sociedades Comerciales 1. Parte General. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
10. Garzón J. Biblioteca Jurídica Virtual. Derecho de Minorías. Revista de la Biblioteca del instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. (pg. 1-20)
11. Hundskopf, O. (2019). Comentarios a la Ley General de Sociedades tomo 1. Jurista editores. Lima – Perú.
12. INDECOPI. Resolución N° 1558-2010/SC1- del 04.05.2010 (Empresa Agraria Chiquitoy S.A- Agrohholding S. A. C y otros)
13. Leonhart, C (2009). Capital Social e infracapitalización: la responsabilidad limitada y un capital de riesgo suficiente: la infracapitalización societaria. Buenos Aires-Argentina.
14. Ley General de Sociedades N° 26887.
15. Ley General del Sistema Concursal N° 27809.
16. Menéndez, A. (2005). Lecciones de Derecho Mercantil 3 a ed. Navarra, Thomson Civitas.
17. Montoya M. (1986). Derecho comercial” tomo 2, cultural Cuzco, Lima.
18. Nissen, R. (1998), Curso de derecho societario, Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina.
19. Otero L. Análisis de la viabilidad económico financiera de una empresa en situación preconcursal. (2015). Recuperado de [file:///D:/DATOS%20C/Downloads/OteroLozano Elena TFG 2015%20\(1\).pdf](file:///D:/DATOS%20C/Downloads/OteroLozano Elena TFG 2015%20(1).pdf)
20. París, Mauricio. “Capital social: ¿Quo vadis?” Revista Judicial, volumen 108, (2013).
21. Perales D. (2014).La Operación Acordeón: Condiciones de validez según el tribunal constitucional peruano.
22. Pinkas F. (2006). Visión Multidisciplinaria de la gerencia y el derecho empresarial. Editorial Jurídica Geijley E.I.R.L. Lima- Perú.
23. REVISTA ARGENTINA DE DERECHO EMPRESARIO. (2011) “Reducción y aumento simultaneo de capital”, numero 10.
24. REVISTA JUDICIAL. (2013) “Capital social: ¿Quo vadis?”, volumen 18. REVISTA JUDICIAL.
25. SANCHEZ C, (2008). Principios del Derecho Mercantil 13a ed., Navarra, Thomson.

26. Sánchez L. (2009). El principio de mayoría en la adopción de la Junta General de la Sociedad Anónima”. Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona.
27. Torres C. (2005). El derecho de impugnación de los acuerdos societarios, en tratado de derecho mercantil, tomo I, Derecho societario, Gaceta Jurídica. Lima.
28. Tribunal Constitucional. (2011). Sentencia Resolución Administrativa N. ° 028-2011-P/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html>
29. Valdivieso L. (2016). Derecho de los Accionistas en el Sistema Concursal Peruano. Chiclayo- Perú: EMDECOSEGE S.A.
30. Vega V. (2005). Impugnación y nulidad de acuerdos societarios, en tratado de Derecho Bancario y Bursátil, año XXV Abril. Junio 2006, N° 102, editorial Lex Nova, Madrid.
31. Vicente S. (2004). Constitución y Economía. 1°ed. Editorial LEXISNEXISI ARGENTINA S.A. Buenos Aires- Argentina.
32. Vigil O. (2017). inclusión de la operación acordeón en el marco constitucional peruano.
33. García, C. (2015). El que pone la música: reflexiones sobre el necesario control Constitucional sobre la operación acordeón.