

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**La caducidad de instituciones y actos,
derechos y obligaciones en la Ley General
de Sociedades plazos y procesos
propuestas de reforma**

TESIS para optar el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

AUTOR

RICARDO ARTURO BEAUMONT CALLIRGOS

LIMA – PERÚ 2004

..	1
PRESENTACIÓN . .	3
HIPÓTESIS DE TRABAJO .	7
METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN . .	11
INTRODUCCIÓN .	15
TÓPICOS PRELIMINARES . .	19
MARCO DOCTRINARIO Y MARCO JURÍDICO POSITIVO .	23
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES .	27
I.I. ANTECEDENTES EN LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES 16123 DE 1966 Y EN LA ANTERIOR LEY GENERAL DE SOCIEDADES D. LEG. 311 DE 1985 .	27
I. II. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887 .	32
CAPÍTULO II: LOS PLAZOS Y LOS PROCESOS .	45
II.I EL DECURSO DEL TIEMPO COMO HECHO JURÍDICO. SU RELEVANCIA JURÍDICA. LAS REGLAS DEL CÓMPUTO .	45
II.II. LA RELACIÓN JURÍDICA: ESTRUCTURA Y ELEMENTOS. DERECHOS SUBJETIVOS. DEBERES JURÍDICOS .	47
II.III. LOS PLAZOS. PLAZOS SUSPENSIVOS Y RESOLUTORIOS . .	49
II.IV. LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES. BREVE REVISIÓN DE LOS PROCESOS . .	49
CAPÍTULO III. LA PRESCRIPCIÓN .	59
III.I. PRECISIONES CONCEPTUALES. MARCO DOCTRINARIO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN LA DOCTRINA Y EN EL CÓDIGO CIVIL. .	59
III.II. PRESCRIPCIÓN USUCUPATIVA Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. . .	61
III.III. PRESCRIPCIÓN CIVIL Y PRESCRIPCIÓN MERCANTIL. ¿EXISTEN DIFERENCIAS. SEMEJANZAS. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN .	71
III.IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA PRESCRIPCIÓN. PRESCRIPCIÓN Y PROCESO. . .	78
III.V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERIA . .	79
CAPÍTULO IV. LA CADUCIDAD . .	81

IV.I. LA CADUCIDAD. MARCO TEÓRICO. DEFINICIÓN Y EFECTOS. . .	81
IV.II. CADUCIDAD: INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN. DECLARACIÓN DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE. .	82
IV.III. NO CADUCIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD .	85
IV.IV. NECESIDAD DE NORMA EN EL CÓDIGO CIVIL QUE PRECISE: .	97
IV.V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CADUCIDAD. LA CADUCIDAD DE LA PRETENSIÓN . .	98
IV.VI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERIA .	99
CAPÍTULO V. LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887 . .	101
V.I. LAS NORMAS ESPECÍFICAS. LOS PROCESOS. LOS PLAZOS. ¿EN TODAS LAS SITUACIONES FUE ACERTADO EL CAMBIO DE PRESCRIPCIÓN POR CADUCIDAD?. ANÁLISIS CASO POR CASO. REFLEXIONES Y PROPUESTAS . .	101
V.II. LAS NORMAS QUE OMITEN INDICACIÓN ESPECÍFICA DEL PROCESO A SEGUIR Y/O INDICACIÓN DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO Y/O PÉRDIDA DEL DERECHO. MODO DE SU INTERPRETACIÓN .	102
V.III. EVIDENTE CONEXIÓN ENTRE LOS INSTITUTOS DE LA CADUCIDAD, LOS PRESCRIPCIÓN, LOS PLAZOS, LAS PRETENSIONES Y LOS PROCESOS. .	103
CAPÍTULO VI. LOS CASOS DE RELEVANCIA JURÍDICA EN LO TOCANTE A LA CADUCIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887 .	105
VI.I. LA SITUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 35°, 38°, 343°, 365° Y 390° RELATIVOS A: . .	105
VI.II. LAS MATERIAS CORRESPONDIENTES A RESPONSABILIDAD, TALES COMO LAS DE LOS ARTS. 73°, 184°, 197°, 289° Y 415° RELATIVOS A: .	109
CAPÍTULO VII. PROPUESTA DE LEGISLACIÓN MODIFICATORIA O DE AJUSTES SOLAMENTE PARA LOS CASOS NECESARIOS . .	119
CONCLUSIONES . .	183
BIBLIOGRAFÍA .	191
APÉNDICES . .	197
APÉNDICE N° 1 .	197
APÉNDICE N° 2 .	198
APÉNDICE N° 3 .	200
APÉNDICE N° 4 .	202
APÉNDICE N° 5 .	202
APÉNDICE N° 6 .	204

APÉNDICE N° 7 .	205
APÉNDICE N° 8 .	205
APÉNDICE N° 9 .	207
APÉNDICE N° 10 .	208
APÉNDICE N° 11 .	209
APÉNDICE N° 12 .	210
APÉNDICE N° 13 .	212
APÉNDICE N° 14 .	213
APÉNDICE N° 15 .	214
APÉNDICE N° 16 .	215
APÉNDICE N° 17 .	216
APÉNDICE N° 18 .	218
APÉNDICE N° 19 .	219
APÉNDICE N° 20 .	220
ANEXOS .	221
ANEXO "A" .	221
ANEXO "B" .	225
ANEXO C - H .	235

DEDICATORIA: A los distinguidos juristas y amigos, Miembros de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley General de Sociedades Drs. Enrique Normand Sparks, el Presidente, Enrique Elías Laroza y Alfonso Rubio Feijoo, quienes ya nos adelantaron en la inexorable partida, por su brillantez, su inteligencia, su entrega, Álvaro Llona Bernal, Francisco Moreira García Sayán, Hernando Montoya Alberti, Oswaldo Hundskopf Exebio, Julio Salas Sánchez, Alfredo Ferrero Diez Canseco y Emil Ruppert Yáñez, Por la oportunidad de haber compartido Durante poco más de tres años Imborrables momentos Nacidos del debate Mercantil y societario. Desde mi silencio, Mi sincera gratitud. Ricardo Beaumont Callirgos Junio 2004

PRESENTACIÓN

Bajo el título **LA CADUCIDAD DE LAS INSTITUCIONES Y ACTOS, DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES, PLAZOS Y PROCESOS, PROPUESTAS DE REFORMA**, el autor de este trabajo de investigación pretende el alto honor de alcanzar el grado académico de Doctor en Derecho, nada más y nada menos que en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú, Decana de América.

No me detendré a explicar acá, la naturaleza jurídica y las características de la caducidad, ni sus diferencias y semejanzas con la prescripción. Para ello existen numerosas páginas, bastante contenido, significativos ejemplos, abundante opinión de la doctrina y legislación nacional y extranjera, en la tesis que se alcanza. Más bien, es pertinente la explicación acerca de, a qué instituciones y a qué actos se refiere, y si podemos tener ejemplos de derechos y obligaciones, en la Ley General de Sociedades.

CABANELLAS¹ afirma que Institución es Establecimiento, fundación, creación...Lo fundado o establecido.... Nombramiento o designación de heredero o legatario. Cada una de las materias principales del Derecho o de alguna de sus ramas; como la personalidad jurídica y la familia dentro del Derecho Civil; o, en sucesivo análisis, la patria potestad en la familia; o el derecho de corrección, en el conjunto de atribuciones de la autoridad paterna.

Un ejemplo de institución en materia societaria podría ser justamente la personalidad jurídica de las sociedades. El art. 6° de la Ley 26887 establece que “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”. La ley es clara. Sin embargo, podríamos hablar de caducidad de la personalidad jurídica cuando la sociedad continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto, según la disposición contenida en el art. 423° inciso 6., y teniendo a la vista los arts. 424° y 430° de la acotada norma?. Con la personalidad jurídica el sujeto de derecho posee un blindaje² que lo protege y le permite actuar como otra persona, pudiendo celebrar en tanto tal, contratos, asumiendo derechos y deberes, y es en este orden de ideas que por ejemplo el art. 78° del Código Civil expresa que “La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas”. Cuando se cae en irregularidad, se quiebra, se rompe el blindaje, y tan es cierto que el precitado art. 430° de la Ley General de Sociedades expresa que “... los acreedores particulares de los socios concurrirán con los acreedores de la sociedad irregular para el cobro de sus créditos, teniendo en cuenta la prelación que conforme a ley corresponda a dichos créditos”.

Instituciones del derecho societario como la personalidad jurídica de las sociedades, la constitución de sociedad por oferta a terceros, la junta general de accionistas, el directorio, el derecho de separación, la reorganización societaria o la liquidación de sociedades, serán revisadas acá, desde la óptica de su caducidad. A eso nos referimos en el título del trabajo.

¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta SRL. 1979. Buenos Aires. Argentina. Tomo III. Pág. 752.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. 2001. España. Pág. 220. “Conjunto de materiales que se utiliza para blindar. Conjunto de planchas que sirven para blindar. Cobertizo o defensa que se hace con blindas u otro material para resguardarse de los tiros por elevación de la artillería”.

En materia societaria, son “actos” sociales, la misma escritura pública de constitución así como sus modificaciones, y también los acuerdos que adoptan sus órganos, llámense éstos, directorio o junta general. El art. 5° de la Ley establece que “La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria. Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad. Cuando el pacto social...” (la cursiva es nuestra). Conste que la expresión “actos”, y por ende su concepto y presencia en la vida institucional de las sociedades, es significativa, tan es cierto que en las Reglas Generales Aplicables a Todas las Sociedades, aparece en más de una decena de veces, en sus arts. 7°, 11°, 12°, 13°, 14°, 16°, 17°, 18°, 21°, 46 y 49° relativos a actos anteriores, objeto social, actos ultra vires, actos que no obligan a la sociedad, poderes, plazos para solicitar inscripciones, ejercicio de poderes no inscritos, sucursales, copias certificadas y caducidad, respectivamente.

Respecto a derechos y obligaciones, caducibles o no, podemos referir, por ejemplo, la nulidad de acuerdos societarios, la responsabilidad de los fundadores, la cobranza de los dividendos pasivos y su responsabilidad por el pago, la prenda de acciones, la convocatoria a junta general solicitada por accionistas, las vacancias múltiples en el directorio, la responsabilidad civil de los directores y gerentes, el derecho de separación, la oposición a la reducción de capital, el cobro de dividendos, el derecho de adquisición preferente en las sociedades anónimas cerradas, la responsabilidad de los Liquidadores, entre otros.

El estudio de la caducidad tiene que estar estrechamente vinculado al decurso del tiempo porque con él y a partir de él, las personas naturales y jurídicas, y también las sociedades de hecho o irregulares, adquieren o pierden derechos, adquieren o concluyen obligaciones. No podemos prescindir de los “plazos”. Y parte del estudio e investigación que se realiza acá está vinculada a establecer si la Ley General de Sociedades ha sido cuidadosa en prever con suma claridad no solamente si existen los plazos perfectamente definidos sino y en particular si se ha cuidado en establecer el día que sirve de punto de partida, el día inicial para el cómputo. Esto es sumamente importante; no olvidemos que el art. 2007° del Código Civil establece que “La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil”. El cómputo de un día, de unas horas, puede significar adquirir derechos o perderlos irremediabilmente.

Y no podremos dejar de hacer cita a los “procesos” y una breve referencia a su cauce, su trámite, sus etapas principales, aunque para no ser repetitivos, lo formularemos una sola vez y a partir de entonces, se hará expresa cita del lugar en que lo hemos desarrollado, para su adecuado y rápido hallazgo.

Éste es el esfuerzo que con entusiasmo y empeño, emprendemos. Esperamos llegar a conclusiones valiosas aunque lo fundamental, para nosotros, es que este trabajo pueda servir para el desarrollo de otros, que abra ruta, que abra camino a otros esfuerzos similares, para beneficio del desarrollo, en nuestro país, del Derecho Mercantil en general y el Derecho Societario en particular.

Abordar, investigar y estudiar cualquier tema societario es verdaderamente fascinante, motivador. Entusiasma. Se deja de hacer cualquier otro encargo, profesional o no, y se separa el tiempo necesario para hacerlo. De verdad. Y es que en nuestro Perú, desde siempre, la Ley de Sociedades (N° 16123, Mercantiles, de 1966; y arts. 1686° a 1748° en el Código Civil de 1936) ha sido la Ley de las Empresas. Claro que antes de la citada 16123, deberíamos referirnos al Código de Comercio de 1902, aun hoy formalmente vigente, en cuyos artículos 124° a 181° se regulaban las denominadas Compañías Mercantiles, y cuyo art. 966°, el último del Código, hacía expresa cita, como única Disposición Transitoria, a lo siguiente: “Las compañías anónimas

existentes con anterioridad a la publicación de este Código, conformarán sus respectivos estatutos a las disposiciones en él contenidas, dentro del plazo de noventa días”. Y en tanto regulación jurídica de las empresas, resulta particularmente acogedor. Empresa, emprender, acometer algo, iniciar algo con determinados fines o propósitos; y en lo económico, “organización dedicada a la producción, transformación, circulación o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, socialmente responsable, es decir, que su objetivo y acción no se circunscriben sólo a los términos económicos, sino a su involucramiento con la sociedad, su comunidad y con su propio entorno. Puede ser organizada por persona natural o jurídica”³. Entonces, la mixtura de estudio, juridicidad y empresa, la empresa como organización jurídica, la normativa jurídica al interior y exterior de la empresa, etc., etc., es lo que le da el sabor al estudioso del Derecho, al fanático, al investigador de las ciencias jurídicas, y en particular a los de las ciencias jurídicas societarias, empresariales, para escribir obras sobre la materia y difundir, a través de la docencia, esta interesantísima disciplina, y también para procurar, para intentar llegar a los niveles que llegaron nuestros maestros, en particular nuestros maestros sanmarquinos, los de nuestra alma mater, Universidad del Perú, Decana de América.

Y no vamos a remontarnos en esta investigación a los Códigos de Comercio de España y de Perú de 1829 y 1853, respectivamente, pues carecería absolutamente de sentido. Aquí, vamos a partir propiamente, de la Ley 16123 y sus referentes, los anteriores, el Código de Comercio de 1902 y leyes conexas, Código Civil de 1936, de Bancos y otras; y los posteriores, D. Leg. 311, Ley General de Sociedades de 1985, y leyes conexas, Código Civil de 1984, de Bancos, D. Leg. 637 del 25 de abril de 1991, D. Leg. 770 del 30 de Octubre de 1993 y Ley 26702 del 09 de Diciembre de 1996 y otras.

Ahora bien, cómo no va a ser fascinante, por ejemplo, abordar el tema doctrinario de la naturaleza jurídica de la sociedad y sus diferentes teorías, la contractualista, la institucionalista, la del acto jurídico complejo, la del contrato atípico, la del contrato de prestaciones pluripersonales autónomas, etc., etc. Estudiar si toda sociedad persigue fin lucrativo o no, y las diferencias, en todo caso, del concepto lucro, con los denominados beneficios, con las utilidades, con las ganancias, con los márgenes de rentabilidad y por supuesto, con los excedentes de presupuesto. Las formas de constituir una sociedad, su personalidad jurídica y los convenios entre socios. La denominación y la razón social de las sociedades de capitales y de personas, respectivamente. El objeto social y los actos ultra vires. El domicilio de la sociedad y las sucursales. Los aportes de bienes muebles e inmuebles, dinerarios y no dinerarios, corporales e incorporales, tangibles e intangibles, registrables y no registrables, registrados y no registrados, etc., etc. La valuación de los aportes, su saneamiento y el riesgo y pérdida antes de su entrega. Los beneficios y pérdidas, el reparto de utilidades, las copias certificadas, y el arbitraje y conciliación como mecanismos alternativos para la solución de los conflictos. Y todo este maravilloso arsenal temático es sólo un extracto de títulos contenidos en el Libro Primero, faltando por desarrollar el Libro Segundo, sobre la Sociedad Anónima; el Libro Tercero, que respecta a las Otras Formas Societarias –sociedad colectiva, sociedad encomandita simple, sociedad encomandita por acciones, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad civil ordinaria y sociedad civil de responsabilidad limitada; y el Libro Cuarto relativo a Normas Complementarias, el cual, a pesar de un título o etiqueta que dice casi nada –normas que le adicionan, que le agregan-, contiene materias tan interesantes como el de la Emisión de Obligaciones –que tal vez encontraría mejor ubicación en la Ley del Mercado de Valores, porque los Bonos u Obligaciones, en tanto Títulos Valores ya se hallan definidos, por supuesto, en la Ley de Títulos Valores 27287- Transformación, Fusión, Escisión, Disolución, Liquidación y

³ Proyecto alternativo de Ley Marco del Empresariado. Propuesta de la Cámara de Comercio de Lima. Proyecto de Ley 2745/2002-CR Segunda Revisión. Art. 9° Pág. 32. Enero 2004.

Extinción. Hago caso omiso al Libro Quinto, sobre Contratos Asociativos –Asociación en Participación y Consorcio- porque éstos son contratos de empresa o contratos de colaboración empresarial, y si bien están nítidamente emparentados con las sociedades no tienen porque habitar en su misma casa. Este Libro Quinto pasará en breve, esperamos, a la Ley Marco del Empresariado y la Ley General de Sociedades dejará de tener cuatrocientos cuarenta y ocho artículos para quedar solamente con los que debe tener, es decir, cuatrocientos treinta y siete.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

Se formula a continuación las hipótesis de trabajo. **CABANELLAS**⁴ dice que “Se está ante la suposición, posible o imposible, necesaria o útil, para deducir una consecuencia o establecer una conclusión. Conjetura, sospecha, presunción, indicio”. Sobre el particular, el profesor emérito de la **UNMSM, Dr. Alejandro SOLIS ESPINOZA**⁵ refiere “Generalmente, después de precisar o delinear el problema de investigación, el paso siguiente consiste en intentar explicarlo. La respuesta probable es conocida como hipótesis. Precisamente el investigador, frente al problema de estudio plantea algunas explicaciones posibles o respuestas provisionales, cuyos enunciados constituyen las hipótesis de la investigación. Al término del estudio, las hipótesis pueden ser confirmadas, rechazadas o modificadas. Debemos anotar al respecto, que las hipótesis también se conciben como forma de conocimiento teórico científico, cuya noción (... sic...)”.

Las hipótesis que planteamos para el trabajo de investigación que nos proponemos realizar son las siguientes:

(1) Que es posible encontrar en la Ley General de Sociedades derechos que sean “incaducibles”, “no caducables” o con más propiedad o por lo menos, uso mas difundido en la doctrina, “imprescriptibles”;

(2) Que es posible encontrar en la Ley General de Sociedades plazos de caducidad

⁴ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Tomo III Pág. 598.

⁵ Solís Espinoza, Alejandro. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Editores B y B, 2001. Pág. 155.

cuya fecha de inicio, para el cómputo, no se encuentre indicado con total claridad;

(3) Que es posible encontrar en la Ley General de Sociedades ausencia de trámite procesal a seguir para el reconocimiento de los derechos que él regula; y

(4) Que es posible encontrar en la Ley General de Sociedades plazos de caducidad que debieran ser modificados por plazos de prescripción, por la bondad y adecuación que reporta este instituto para el caso regulado

Con relación a esta hipótesis (4) formulamos los siguientes desagregados de estudio y análisis. Afirmamos por ejemplo, que:

(1) Los Socios o Accionistas;

los Fundadores;

los Administradores, Directores y Gerentes;

los Liquidadores; y,

los Terceros con legítimo interés –acreedores o aquellos que han celebrado con los primeros Convenios Societarios- se podrían aprovechar de la ventaja que les ofrece el instituto de la caducidad para (1) incumplir con sus responsabilidades de actuar con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal, de buena fe y con principios éticos; y (2) incumplir también sus obligaciones de dar, de hacer o de no hacer; ambas cosas, en evidente agravio de los otros involucrados o de la sociedad, que ven que con la vigencia de dicha caducidad, sus derechos se encontrarían perdidos, irremediablemente, si no descubren tales hechos y ejercitan con prontitud su derecho dentro de plazos, en ocasiones, breves. El instituto de la Prescripción no les ofrecía ni les ofrece este injusto y magro escenario.

(2) Hay algunos casos en la Ley 26887 en los cuales resulta irrelevante anteponer el instituto de la caducidad o la prescripción. No tiene consecuencias susceptibles de preocupación.

(3) El abuso de la “caducidad” para encubrir el fraude de los Directores⁶ en la administración y gestión de las Sociedades Anónimas de propiedad privada, de capital total del Estado, o mixta, que en ocasiones ocurre, se produce por causas:

a) De Índole Económica;

b) De Índole Político - Normativo, incluido el estatutario;

c) De Índole Moral; y,

d) De Falta de Control Institucional

De Índole Económica:

El afán de lucro de los directores de las sociedades anónimas.

Indicadores:

(1) Dietas reducidas de los directores que en ocasiones, incluso, son pagadas con

⁶ También el de los (i) Fundadores, (ii) Gerentes Generales de Sociedades Anónima y de (iii) Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada y (iv) Liquidadores.

retraso;

(2) Responsabilidad tributaria, laboral, penal y otras, asumidas por directores y gerentes, en el desempeño de las funciones a su cargo;

(3) Ahora, que en este año 2004 no se ha prorrogado la suspensión de los efectos de los arts. 176°, 220° y 407° inc. 4 de la Ley N° 26887, después de más de diez (10) años que ello venía ocurriendo, la responsabilidad citada en el punto anterior se incrementará sustantivamente⁷;

(4) Propuestas económicas defraudatorias en las ofertas de prestación de servicios y en las adquisiciones y compras de las sociedades en general, y en el caso de las sociedades anónimas de propiedad del Estado, ellas se incluyen en las Bases de las Licitaciones y Concursos Públicos, así como en Adjudicaciones Directas;

(5) Perjuicio económico sufrido por las compañías.

b) De Índole Político – Normativo (Ley y Estatuto):

Debilidades en la legislación y en los estatutos

Indicadores:

(1) Plazos legales relativamente breves y perentorios en los artículos 49° y 184°, entre otros, de la Nueva Ley General de Sociedades N° 26887.

(2) Ausencia de estipulación en los estatutos de las sociedades para acogerse a la jurisdicción arbitral.

(3) Falta de ley de desarrollo constitucional del artículo 60° de la Constitución, respecto a la actividad empresarial del Estado⁸.

(4) Carencia de mecanismos que aseguren los propósitos de transparencia y corrección en las adquisiciones, prestación de servicios y obras, que realizan las sociedades anónimas de propiedad del Estado, incluida la implementación de medidas supranacionales de lucha contra la corrupción a nivel comunitario, regional y continental.

c) De Índole Moral:

Enriquecimiento indebido y deslealtad con respecto al patrimonio de la empresa. No pocos directores persiguen su propio provecho o el de un tercero con el cual se coluden y/o guardan afinidad.

⁷ La Ley 28233 publicada en el diario oficial "El Peruano" el 28 de Mayo del 2004 ha prorrogado hasta el 31.12.2004 los efectos de estas tres disposiciones. Al estar por el art. 2° de dicha ley, se habrían presentado un número relativamente significativo de demandas judiciales contra directores y gerentes de sociedades o empresas deudoras acusando responsabilidad solidaria para el pago de obligaciones, y aun pedidos de declaración de situación de concurso ante el INDECOPI con arreglo a la Ley 27809. En efecto, si la sociedad tiene las pérdidas a que hace referencia el art. 407° inc. 4., sin perjuicio de la responsabilidad de los directores a que aluden los arts. 176° y 220°, de acuerdo al art. 409° ha caído en causal de disolución y se es irregular de conformidad con lo previsto en el art. 423° inc. 6, cuando se continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la Ley.

⁸ Art. 60 Constitución Política. "... Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

Indicadores:

- (1) Deslealtad de los directores
- (2) Conflicto de intereses
- (3) Ausencia de prácticas de Buen Gobierno Corporativo
- d) De Falta de control institucional

Indicadores:

- (1) Ausencia de Consejos de Vigilancia;
- (2) Discutibles o polémicos informes de auditoría el que en ocasiones, incluso, llega en forma extemporánea;
- (3) Inexistencia de entidades supervisoras externas; y
- (4) Ausencia de organizaciones de proveedores y de consumidores que coadyuven al mantenimiento de una administración societaria eficiente y leal para con los intereses de la 'empresa de oferta' o de la 'empresa de demanda', en beneficio de quienes integran la cadena de comercialización y en provecho final de los consumidores, en el marco, además, de una economía social de mercado.

METODOLOGÍA Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Mario BUNGE citado por **SOLÍS ESPINOZA**⁹ afirma que “... lo que hoy se llama método científico es un procedimiento que se aplica al ciclo entero de la investigación en el marco de cada problema de conocimiento, o en otros términos, es la estrategia de la investigación científica que afecta a todo el ciclo completo de investigación”. En este caso se trata de una concepción que enfatiza el proceso metodológico global del trabajo de investigación. Desde esta perspectiva es válido hablar de un método científico como estrategia que comparten las diversas ciencias particulares. Por su parte **E. NAGEL** señala que “el método científico es la lógica general empleada, tácita o explícitamente, para valorar los méritos de una investigación. Es, por tanto, útil pensar acerca del método científico como constituido por un conjunto de normas las cuales sirven como patrones que deben ser satisfechos si alguna investigación es estimada como investigación responsablemente dirigida, cuyas conclusiones merecen confianza racional”.

Sobre el particular, indicamos nuestro método de trabajo y la delimitación del problema de investigación:

(1) El trabajo se desarrolla con una metodología plural o mixta que incluye las siguientes Técnicas: Documental -Revisión de Expedientes Judiciales y Arbitrales-, Entrevistas y Observación y Estudio de Auditorías llevadas a cabo en distintas

⁹ Solís Espinoza, Alejandro. Op. Cit. Pág. 83.

sociedades. La investigación de campo incluye los métodos del Análisis, Síntesis, Deductivo, Inductivo, Analógico, Comparativo, Histórico y Estadístico.

(2) En lo tocante a la Delimitación del Problema de Investigación, es pertinente indicar los siguientes items:

a) Espacial: Lima

b) Temporal: 1999 – 2002

c) Cuantitativa: Revisión de más de 12 expedientes judiciales, arbitrales e investigaciones en la Contraloría General de la República, a razón de cuando menos, tres expedientes o investigaciones anuales.

(3) El problema de estudio se inserta en el ámbito del Derecho Societario y puntualmente, en la capacidad y derecho, o pérdida del mismo, que se tiene o se tuvo, por razón del tiempo transcurrido y no haberlo ejercitado dentro del concedido por la ley. El derecho o la pérdida del mismo puede haberlo otorgado la ley a favor de los socios, llámense accionistas o participacionistas; de la sociedad misma; de los órganos societarios; y de los terceros con legítimo interés.

EXPLICACIÓN DEL POR QUÉ DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

La detección de las evidencias de los hechos dolosos por parte de los directores se obtiene, consigue o evidencia, en ocasiones, en lapsos posteriores al período de caducidad que es de dos años, a lo que se suma que la investigación realizada demora más de dos años, con lo cual ya ha caducado el derecho y la acción. En tal sentido, se evidencia la conveniencia de modificar la caducidad por la prescripción, con lo cual al detectarse los hechos dolosos es posible interrumpir el período de prescripción para poder realizar las investigaciones y determinar las responsabilidades.

FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

Identificar los fundamentos que sustenten la modificación del régimen legal de la institución de la caducidad por la institución de la prescripción en la ley general de sociedades, particularmente orientada a los directores de las sociedades anónimas relativamente grandes –que no sean sociedades anónimas abiertas- de capital privado, o cuyo patrimonio íntegro corresponde al Estado o como tercera opción, con capital mixto.

Por qué se produce el abuso en la utilización del instituto de la “caducidad” para encubrir el fraude que por acción u omisión, en ocasiones, cometen los Directores de las Sociedades Anónimas de capital social privado, o íntegramente del Estado, o capital social mixto (capital del Estado y de la actividad privada), en la administración y gestión de las operaciones y negocios conducentes al objeto social previsto en su estatuto, y aun, en algunos casos, saliéndose de él, lo que en la doctrina se denomina, actos ultra vires.

En torno a la interrogante que precede, entonces, cabría preguntarse, ¿Por qué debería cambiarse la institución de la caducidad por la institución de la prescripción extintiva en lo tocante al plazo de la responsabilidad de los directores en el marco de la ley general de sociedades?

Porque no es conveniente ni razonable coludirse y apoyar la inmoralidad, la deslealtad, la corrupción, la coima, el dolo, la grave negligencia, el abuso de facultades o

el incumplimiento de obligaciones (directorales o) gerenciales, así como otras figuras, lo que se logra y se viene logrando con normas jurídicas como “caducidad 2 años, a contar desde la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño”.

Es muy difícil o prácticamente imposible, en este lapso tan breve, de solamente dos años, no sólo identificar los hechos sino encuadrarlos en las causales de responsabilidad y –repetimos, tener las evidencias del caso, lo que en ocasiones precisa de auditorías e investigaciones especiales. Apréciase que este lapso empieza a correr desde la comisión del acto o la adopción del acuerdo dañoso y ello no resulta sencillo mientras el director continúe en el cargo, por el poder que ostenta y el ascendiente que tiene sobre la gerencia general y los demás ejecutivos de la empresa. Hay que aguardar entonces que él deje el cargo y en ocasiones, cuando ello ocurre, ya se han tapado o encubierto las evidencias y la investigación se torna lenta y difícil, sino imposible.

MEDICIÓN DE MUESTRAS. EL UNIVERSO DE ESTUDIO

La ubicación y toma de información de las muestras, en el trabajo de campo, ha resultado sumamente complicada en razón a la normatividad en vigor que impide a los ciudadanos y profesionales, en general, acercarse y tomar noticia de las investigaciones en curso, que conciernan a la responsabilidad, civil o penal, de funcionarios del Gobierno, y en particular, de directores y gerentes de las sociedades anónimas del Estado. El asunto es explicable.

En efecto, inmiscuirse en una investigación que por su naturaleza debiera ser sumamente reservada toda vez que de una parte se encuentra la honorabilidad, la reputación y el prestigio de las personas, y filtrar parte de ella, puede ser muy nocivo, no sólo por lo dicho, sino y además, porque de por medio están los resultados de las pesquisas y de la investigación toda, que incluye lo concerniente al patrimonio del Estado.

El ex Director de la Unidad de Post Grado, **Dr. Javier VILLA STEIN** tuvo la gentileza de suscribir un oficio dirigido al **Dr. Genaro MATUTE MEJÍA**, Contralor General de la República (se adjunta como Anexo 1), con el cual hacía referencia al trabajo de investigación que venía desarrollado el suscrito, y solicitándole se sirviera concederle licencia, para fines exclusivamente académicos, y poder realizar así, en su caso, una propuesta de legislación relativa a la prescripción –caducidad de la responsabilidad de los directores, en este caso, de las sociedades anónimas de propiedad del Estado.

Es así que se recibió una llamada telefónica de una funcionaria de la Oficina de Relaciones Públicas e Interinstitucionales de la Contraloría, informando que por encargo del señor Contralor se permitiría un acceso limitado y sujeto a la condición, bajo firma, de estricta y absoluta confidencialidad y reserva. Fue así que se pudo concurrir a un Despacho Privado en donde se permitió revisar y se explicó la secuencia de las investigaciones de las anteriormente denominadas empresas públicas, ahora empresas del estado que tienen la forma jurídica de sociedad anónima, cuyas acciones administra, cual holding, la FONAFE, que desde la óptica del “control” se regulan en la Norma de Auditoría Gubernamental, NAGU, 4.50 Informe Especial. Existe un documento denominado Manuel de Auditoría Gubernamental que contiene (1) la normativa a seguir

para detectar el trabajo de campo (aspecto técnico) y (2) para la redacción del Informe Final.

En el **Anexo “A”** al final de este trabajo, aparece la investigación llevada a cabo respecto a seis empresas del Estado, todas sociedades anónimas, en los que se narra con algún nivel de detalle, “El caso”, “La investigación” y “El resultado”. La información alcanzada es elocuente acerca del nivel de fraude, deslealtad y corrupción al que se llega.

INTRODUCCIÓN

Introducimos en la temática de “Caducidad de las responsabilidades, derechos y obligaciones en la Nueva Ley General de Sociedades: Plazos y Procesos. Propuestas de Reforma” supone, en primer lugar, hacer un estudio exhaustivo no solamente de la caducidad, sino y en particular, de la prescripción, toda vez que conforme lo refieren los estudiosos de la materia, la confusión ha sido histórica y no ha habido voluntad de formular precisiones.

A continuación, abordar los estudios sobre acción y pretensión, y plazos, porque la prescripción y caducidad están estrechamente, vinculados a éstos, desde la fecha inicial que le sirve para el cálculo del instituto hasta el día de término o vencimiento. Y con los plazos, plazos suspensivos y plazos resolutorios, el derecho de acción ante el órgano jurisdiccional, judicial o arbitral, y dentro del mismo, la pretensión o demanda a incoar, la misma que se dirige contra persona natural o jurídica determinada o determinables, o en determinados casos, inclusive, con efectos erga omnes.

No puede pasar inadvertida la situación de que para todo ello han debido revisarse los conceptos de hecho jurídico, el decurso del tiempo como hecho jurídico, su relevancia jurídica, las reglas del cómputo, la relación jurídica, su estructura y elementos, los derechos subjetivos y los deberes jurídicos entre una gama numerosa de conceptos, teorías e instituciones.

IDEAS PRELIMINARES

MARCO CONCEPTUAL SOBRE CADUCIDAD, PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y

LIBERATORIA ¹⁰

CADUCIDAD

Lapso que produce la extinción de una cosa o de un derecho. || Pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla. || Efecto que en el vigor de una norma legal o consuetudinaria produce el transcurso del tiempo sin aplicarlas, equiparable en cierto modo a una derogación tácita. || Ineficacia de testamento, contrato u otra disposición, a causa de no tener cumplimiento dentro de determinados plazos. Cesación del derecho a entablar o proseguir una acción o un derecho, en virtud de no haberlos ejercitado dentro de los términos para ello.

1. Causas. De acuerdo con las instituciones, las fuentes del Derecho o las potestades, la caducidad presenta orígenes distintos. Así, la de las leyes, proviene del desuso; la de la costumbre, por práctica distinta o por simple falta de aplicación durante mucho tiempo; la de acciones y recurso, por no tramitarlos; en otros casos por el cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes. En esta última hipótesis resulta más propio hablar de prescripción extintiva. En cuanto a los otros supuestos, la caducidad es concepto de aplicación muy restringida en el Derecho actual, donde el desuso no deroga las leyes; lo cual cabe extender, por similitud, a la costumbre, "ley de hecho".

2. Caducidad y prescripción extintiva. Se trata de dos conceptos jurídicos de deslinde muy complejo, al punto de discrepar fundamentalmente los autores, en su caracterización y en sus diferencias. **Cortés Giménez**, resumiendo puntos de vista de **Alas, De Buen, Castán, Ennecerus** y otros declara que: "Las caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción, el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindíéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción; en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello dice **Ennecerus** que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción se aplica únicamente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión".

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

Modo de extinguirse los derechos patrimoniales por no ejercerlos su titular durante el lapso determinado en la ley. || Libertad que obtiene el deudor para no cumplir su obligación por no haberse exigido el cumplimiento de ésta, a su debido tiempo, por el acreedor.

En esta prescripción no se precisa título ni buena fe tampoco; porque se basa en la pasividad, en el silencio o inacción del titular del derecho en lo inmobiliario y del acreedor en las obligaciones durante el tiempo establecido en la ley.

PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliasta S.R.L.. Buenos Aires, Argentina. 12ª Edición. Año 1979. Pág. 14-15.

Denominada también prescripción extintiva, por cuanto extingue el derecho del antiguo titular. De combinarse con la prescripción adquisitiva o usurpación se convierte en título firme de los derechos del nuevo dueño. En caso de no corresponderse con la posesión de otro, el bien o derecho se convierte en cosa nullius, susceptible de ocupación o de ejercicio por cualquiera, con título de solidez más inmediata.

TÓPICOS PRELIMINARES

Después de abordar los antecedentes de esta investigación y los temas de contexto, es decir, partir del Código de Comercio de 1902 (carecería de sentido abordar el Código de Comercio peruano de 1853 que a su turno fue copia del Código de Comercio español de 1829 en el cual, también sin duda, tuvo significativa influencia el Código Napoleónico de 1804, cuerpo legal éste que tuvo notable ascendencia, influjo, crédito y aun dominio, en todos los códigos europeos del Siglo XIX y XX), y revisar, hasta nuestros días, con mayor o menor profundidad, las leyes de bancos; procesal de quiebras, reestructuración empresarial, patrimonial y sistema concursal; de sociedades mercantiles y general de sociedades; códigos civiles de 1936 y 1984; de mercado de valores de 1996 y el T.U.O del 2002; de títulos valores de 1967 y 2000; y otras vinculadas, no queda más que abordar, de modo directo los institutos de la prescripción y la caducidad, sus principios, la jurisprudencia y sus efectos, así como las circunstancias de sus semejanzas y sus marcadas diferencias.

Un primer acercamiento al tema nos puede conducir a pensar que así como ahora, el Director corrupto y desleal de una sociedad anónima puede organizar las cosas de modo tal que la remoción de su cargo y la elección de su sucesor tenga tal demora que hasta que ello ocurra y él, efectivamente, entregue el cargo, el discurrir del plazo de la caducidad, que es de dos años ¹¹ contados a partir de la fecha de adopción del acuerdo o realización del acto que originó el daño, le haya favorecido importantemente, de igual

¹¹ Art. 184° LGS: "La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal".

manera se pudo comportar antes otro Director, para aprovechar la prescripción que también era de dos años. La gran diferencia radica en que mientras la caducidad tiene plazos perentorios y fatales, sin modos de suspensión ni interrupción, la prescripción si los tiene, y es así que el art. 1994° del Código Civil precisa: “Se suspende la prescripción: inc. 7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo”, de modo tal que la distinción y diferencia, entre una institución y otra, puede resultar y en efecto resulta, notoria y abismal, porque en el primer caso, el decurso de los dos años a contar desde el acuerdo o acto, mata el derecho y la acción que le es consecuente, en favor de la sociedad, para demandarlo por responsabilidad y obtener el resarcimiento a que tiene legítimo derecho, sin perjuicio de los otros beneficios de orden moral que recibe el entorno social que está atento a los acontecimientos; en cambio, en la segunda hipótesis, los dos años del plazo de la prescripción se hallan suspendidos y recién empezarán a contarse desde que dicho funcionario deja el cargo, ergo, tiempo hay demás para hacer auditorías y establecer fidedignamente la responsabilidad y las pruebas, e interpuesta la demanda, además y ahora, dicho plazo de prescripción, se interrumpe, obviamente, hasta las resultas del proceso judicial.

Antes, con arreglo al art. 175° de la Anterior Ley General de Sociedades, D. Leg 311 de 1985 y también 175° de la Ley de Sociedades Mercantiles 16123 de 1966, la responsabilidad civil de los directores prescribía a los dos años de la comisión del acto; ahora, de acuerdo al art. 184° de la Nueva Ley General de Sociedades 26887 vigente desde el 1° de Enero de 1998 la responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño.

Esta es la naturaleza de la investigación. Hurgar cuidadosamente el escenario de todas las situaciones, posibilidades y opciones probables de ocurrencia en la Nueva Ley General de Sociedades, y verificar que el instituto de la caducidad puede resultar muy beneficioso para determinadas actuaciones o desempeños, pero muy preocupante y eventualmente perjudicial, en otras, formulando las recomendaciones que resulten pertinentes. Tal vez proponiendo una modificación a prescripción o quizá, a un derecho “imprescriptible”.

Sobre el tópico, comentando la Ley de Sociedades Mercantiles, el distinguido profesor Dr. Ulises MONTOYA MANFREDI¹² expresa: “La Ley ha sometido a un breve plazo de prescripción la acción de responsabilidad de los directores, que fija en dos años. Quiere esto decir que tal como está ubicado y redactado el art. 175°, vencido este plazo no habrá lugar a formular reclamo alguno contra los directores, ni en razón de la acción ejercitada en representación del interés social, ni por los accionistas individualmente considerados, que vigilan su propio interés, ni por los terceros. (...)”.

La confusión de los conceptos de prescripción extintiva y caducidad, antaño, era frecuente. La Ley, la doctrina y la jurisprudencia no se habían preocupado en marcar sus diferencias. Por ejemplo, lo expuesto por el recordado maestro, en la forma que lo ha hecho y que se ha transcrito en el párrafo precedente, era absolutamente correcto para 1967, fecha de edición de sus Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles, pues éstos se redactaron cuando se encontraba en vigencia el derogado Código Civil de 1936

¹² Montoya Manfredi, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Imprenta de la UNMSM. 1967. Pág. 314.

el cual, en su art. 1157°¹³ no indicaba que no corría el término para la prescripción entre las personas jurídicas y sus administradores mientras éstos continuaran en el ejercicio del cargo. Esa afirmación, así glosada, sería acertada ahora solamente para el caso de la caducidad, porque el derecho de la sociedad, de los accionistas y de los terceros, se habría extinguido por no haberlo ejercitado en dicho lapso, y con él, la acción consecuente, es decir, acudir al órgano jurisdiccional planteando la correspondiente acción que incluye la pretensión. Pero con aquella prescripción, ahora, lo comentado por el recordado maestro no sería correcto, porque de una parte, en virtud al art. 1994° inc. 7° del Código Civil de 1984 dicha prescripción está suspendida hasta la fecha en que dicho director deja el cargo y es a contar desde el día siguiente a ello que empieza a calcularse los dos años; y de otra, porque la prescripción ganada, ocurrida o acontecida, no impide ejercitar la acción ante el órgano jurisdiccional demandando la pretensión de responsabilidad y ni siquiera el juez puede utilizarla como fundamento de su resolución para declarar infundada la demanda, si es que ella no ha sido expresamente invocada por la parte demandada como excepción, porque de no haberlo hecho, el proceso sigue adelante hasta probar la verdad y declarar la justicia concreta. En efecto, puede haber transcurrido más de dos años y ante una demanda por responsabilidad, determinados directores podrían no tener interés en invocar la excepción de prescripción sino y muy por el contrario, aclarar perfectamente las cosas para dejar a salvo su honorabilidad, prestigio profesional y buen nombre. De modo tal que estas instituciones hay que precisarlas y aclararlas bien para beneficio del Derecho y en camino a la justicia y la paz.

¹³ Art. 1157° del CC de 1936: "No corre el término para la prescripción: 1°.- Contra los menores e incapaces que no estén bajo el poder de sus padres, o de un tutor o curador; 2°.- Entre el marido y su mujer, durante el matrimonio; 3°.- Entre los hijos y sus padres o tutores, durante la patria potestad o la tutela; 4°.- Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela; y, 5°.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

MARCO DOCTRINARIO Y MARCO JURÍDICO POSITIVO

Sin perjuicio de desarrollar con suficiente amplitud este tema, empezaré mostrando el Marco Doctrinario y el Marco Jurídico Positivo dentro del que se realiza esta investigación, que incluye, naturalmente, la investigación de campo y la bibliografía que en forma concreta aparece a lo largo de este trabajo y en forma sumillada, al final.

1. MARCO DOCTRINARIO

- Teoría General del Acto Jurídico
- Teoría General del Negocio Jurídico
- Teoría del Gobierno Corporativo
- Teoría de las Prácticas del Buen Gobierno Corporativo
- Teoría del Director Independiente
- Teoría de la Economía Social de Mercado
- Teoría de la Actividad Empresarial del Estado
- Teoría General del Derecho Societario
- Teoría de las Grandes Sociedades Anónimas
- Teoría de las Sociedades Anónimas Cerradas

- Teoría de las Sociedades Anónimas “Ordinarias”¹⁴
- Teorías sobre la responsabilidad social de la empresa
- Teorías sobre la responsabilidad de los Directores
- Teorías sobre la responsabilidad de Fundadores y Promotores de Empresas
- Teorías sobre responsabilidad Gerencial
- Teorías sobre responsabilidad de Liquidadores
- Teorías sobre la función de las Auditorías
- Teorías sobre las Investigaciones Especiales
- Teorías sobre la detección de responsabilidades y el debido proceso
- Teorías sobre la Responsabilidad de las Contralorías con relación al patrimonio estatal
- Teoría General sobre el Derecho de Daños
- Teorías sobre la Libre Competencia y el Derecho del Consumidor
- Teorías sobre los procesos de comercialización
- Teoría General sobre el Derecho de la Empresa
- Teorías sobre la Economía Social de Mercado
- Teoría General sobre la Caducidad
- Teoría General sobre Prescripción y sus modalidades: Adquisitiva, Extintiva, Liberatoria, Otras
- Teorías sobre la tutela jurisdiccional efectiva
- Teorías sobre finalidad de los procesos judiciales
- Teorías sobre los procesos arbitrales
- Teorías sobre la conciliación y otros medios alternativos de solución de conflictos
- Jurisprudencia de nuestros tribunales sobre responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas
- Jurisprudencia de nuestros tribunales sobre responsabilidad de los gerentes de las sociedades anónimas y sociedades comerciales de responsabilidad limitada.
- Jurisprudencia de nuestros tribunales sobre el concepto “desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”
- Jurisprudencia arbitral sobre responsabilidad por actos y acuerdos, derechos y obligaciones societarios

2. MARCO JURÍDICO POSITIVO

- Constitución Política del Perú y sus procesos de reforma
- Ley General de Sociedades
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control N° 26102

¹⁴ Denominada así por el art. 81° del Reglamento del Registro de Sociedades, Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN publicada el 27 de Julio del 2001.

Auditoría Gubernamental, NAGU, y sus modificatorias

- Leyes de Organización y Funciones de distintas sociedades anónimas de propiedad del Estado
- Código de Comercio
- Código Civil
- Código de Buen Gobierno Corporativo
- Ley de responsabilidad del Contador Público Colegiado y Reglamentos de Auditoría
- Reglamento del Colegio de Auditores de Lima
- Ley Orgánica de la CONASEV
- Ley Orgánica de las Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 26702
- T.U.O de la Ley del Mercado de Valores
- Reglamento de Hechos de Importancia
- Reglamento de Información Privilegiada
- Reglamento de Vinculación y Grupo Económico
- Reglamento del Registro de Sociedades
- Reglamento General de los Registros Públicos
- Ley de Títulos Valores
- Ley del INDECOPI
- Ley de Sociedades de Agentes de Bolsa
- Ley de la Bolsa de Productos
- Ley General de Adquisiciones del Estado N° 26850

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES

I.I. ANTECEDENTES EN LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES 16123 DE 1966 Y EN LA ANTERIOR LEY GENERAL DE SOCIEDADES D. LEG. 311 DE 1985

El Perú cuenta aún con un Código de Comercio vigente desde 1902 el mismo que como se conoce, fue copia del Código español de 1885, excepto en lo tocante a Letra de Cambio, que remedió a la legislación italiana de entonces, y los temas Martilleros y Rematadores y Contrato de Cuenta Corriente Mercantil, que lo tomó de la legislación de Argentina. Entre sus artículos 124° y 181° regulaba a las, por aquel entonces, denominadas, Compañías Mercantiles, y es así que, por ejemplo, sus artículos 124° y 1° precisaban:

Art. 124° El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contrato.

Art. 1° Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; y

2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este código.

Del vetusto Código de 1902, que cuenta con cuatro Libros, apenas si quedan en vigencia, del Primero, De los Comerciantes y del Comercio en General, tres o cuatro artículos, que versan respectivamente, sobre comerciantes, fuentes para actos de comercio y libros contables, punto. Del Libro Segundo, denominado De los Contratos Especiales de Comercio, un altísimo porcentaje del mismo ha ido derogándose a lo largo del siglo, entre otros importantes instrumentos, los concerniente a las Sociedades Mercantiles y Civiles con las leyes 16123 de Mayo de 1966, Decreto Legislativo 311 de 1985 y Ley 26887 de 1997; y, a Títulos Valores, con las N°s 16587 de 1967 y 27287 del 2000. De los numerosos Contratos Especiales regulados por el Código de Comercio de 1902, apenas si quedan en vigor los de Prenda Mercantil ¹⁵, Comisión Mercantil ¹⁶, Cuenta Corriente Mercantil ¹⁷, Transporte y Seguros ¹⁸. En cuanto al Libro III, Del Comercio Marítimo ¹⁹, basta con transcribir a continuación sus arts. 635, 636, 674 y 701

¹⁵ El 14 de Mayo del 2003 se publicó en el diario oficial "El Peruano" un Proyecto de Ley de Garantías Mobiliarias el mismo que de aprobarse por el pleno del Congreso de la República, irá a derogar el Contrato de Prenda Mercantil.

¹⁶ Su similitud con el Contrato de Mandato, art. 1790 del Código Civil, es evidente. Apenas si lo distancia lo siguiente, ahora, sin relevancia alguna: uno, que en el contrato de comisión mercantil cuando menos el comisionista, tiene que ser comerciante; y, dos, que este contrato se realiza para el cumplimiento de un acto u operación de comercio.

¹⁷ Los contratos de Prenda Mercantil (bajo el epígrafe de Garantías Mobiliarias), Comisión Mercantil y Cuenta Corriente Mercantil, con los ajustes que la doctrina, la legislación comparada y los usos y costumbres nacionales recomienden, pueden incluirse, sin afectación de tipo alguno, en el Código Civil. La unificación de los contratos y las obligaciones civiles y comerciales es una realidad y una evidencia incontrastables. Abundan los casos sobre la materia y sólo como ejemplo citamos los del Código Suizo de 1900, del Código Italiano de 1942 y del Código Holandés de 1998. En el Perú, el art. 2112 del Código Civil de 1984 expresa: "Los contratos de compra-venta, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente código. Quedan derogados los arts. 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio". Si contratos tan centrales o fundamentales de la vida mercantil se rigen por el Código Civil, por qué no agregarle los no poco frecuentes en la vida civil, de Prenda Mercantil, Comisión Mercantil y Cuenta Corriente Mercantil.

¹⁸ Cuando la Comisión de Reforma del Código de Comercio que el autor de este trabajo académico integró, designado por la Asamblea General de Rectores en representación de las Facultades de Derecho del país, presentó sus recomendaciones, alcanzó al Supremo Gobierno, sendos proyectos de Leyes de Transportes y Seguros, los que sugirió se dicten con el carácter de leyes especiales.

¹⁹ También se elevó al Supremo Gobierno un Proyecto de Ley de Navegación Marítima que sustituiría al Libro III del Código de Comercio.

inc. 4) para advertir su total desfase con la realidad del año 2004:

Art. 635.- Si estando en viaje llegare a noticia del capitán que habían aparecido corsarios o buques de guerra contra su pabellón, estará obligado a arribar al puerto neutral más inmediato, dar cuenta a su naviero o cargadores y esperar la ocasión de navegar en conserva, o a que pase el peligro, o a recibir órdenes terminantes del naviero o de los cargadores.

Art. 636.- Si se viere atacado por algún corsario, y después de haber procurado evitar el encuentro y de haber resistido la entrega de los efectos del buque o su cargamento, le fueren tomados violentamente, o se viere en la necesidad de entregarlos, formalizará de ello asiento en su libro de cargamento, y justificará el hecho ante la autoridad competente en el primer puerto donde arribe.

Justificada la fuerza mayor, quedará exento de responsabilidad.

Art. 674.- Tampoco devengarán flete las mercaderías que se hubieren perdido por naufragio o varada, ni las que fueren presa de piratas o enemigos.

Si se hubiere recibido el flete por adelantado, se devolverá, a no mediar pacto en contrario.

Art. 701.- A petición del fletador podrá rescindirse el contrato de fletamento:

4°) Si salido el buque a la mar, arribare al puerto de salida, por riesgo de piratas, enemigos o tiempo contrario, y los cargadores convinieren en su descarga.

Finalmente, quede constancia que con relación al Libro IV, De la Cesación de Pagos y de las Quiebras, este fue derogado, primero, por la ya antigua Ley Procesal de Quiebras N° 7566 promulgada en 1932, y luego, por la Ley 26116 Ley de Reestructuración Empresarial (de 1992) y Decreto Legislativo 845 de Reestructuración Patrimonial (de 1996), para finalmente ser superado por la reciente Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, dictada en Octubre del 2002.

El presente trabajo se inscribe en el ámbito del Derecho Societario, lo que antaño fue tratado como Contrato Especial de Comercio en el Libro II. Se trata de que tanto la Ley de Sociedades Mercantiles 16123, de 1966²⁰, como la Ley General de Sociedades, D. Leg. 311, de 1985²¹, regularon los derechos, las obligaciones y las responsabilidades en general, bajo el paraguas o el parasol de la prescripción. En cambio, ahora, la Ley 26887 ha sustituido este instituto jurídico por el de caducidad, sin mas sustentación oficial que la que aparece de la Exposición de Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades hecha por el recordado y distinguido profesor de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica, Dr. Enrique NORMAND SPARKS, Presidente de la Comisión Redactora, a la Comisión Revisora del Congreso de la República, en cuya parte pertinente se expresa:

"Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han

²⁰ Art. 175 de la Ley 16123: "La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto".

²¹ Art. 175 del D. Leg. 311 (TUO, DS N° 003-85-JUS): "La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto".

eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción, que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella, la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva".

El también reconocido profesor de Derecho Societario de la Universidad Católica y dilecto amigo, Dr. Enrique ELÍAS LAROZA comenta así ²² lo expuesto por el Dr. NORMAND:

"Dos son los aspectos de esta cita que nos parece pertinente destacar. El primero se relaciona con el plazo genérico fijado. Se ha tomado en cuenta que las sociedades establecen un cúmulo de complejas relaciones y se convierten así en ejes sobre los que giran una serie de intereses distintos: los de los socios, de los diversos acreedores, de los terceros y el interés general que exige otorgar dinamismo a un agente activo del mercado. Por ello se ha considerado que dos años es un plazo adecuado para la defensa de los intereses de la sociedad, de socios y de terceros diligentes, sin que llegue a ser demasiado extenso como para generar incertidumbre jurídica. Estas son consideraciones fundamentales, a los que el derecho societario debe otorgar la primera prioridad.

El segundo, que nos interesa destacar, es la diferencia conceptual entre prescripción y caducidad.... (sic)".

Nosotros, en la presente investigación doctoral, pensamos hacerla, y para ello nos serviremos, sin duda, del importante talento de distintas personalidades en la materia, como los Doctores **Jorge Eugenio CASTAÑEDA, Ulises MONTOYA MANFREDI, Max ARIAS SCHEREIBER PEZET, Fernando VIDAL RAMÍREZ, Marcial RUBIO CORREA** yextranjeros de la talla intelectual de **Manuel GARCÍA AMIGO, Bernardo GÓMEZ CORRALIZA, Luis DIEZ PICAZO, Antonio GULLÓN** y otros.

Existe un aspecto particular, que desde ya nos interesa subrayar y queremos insistir, y es el referido a la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Bajo el esquema anterior, ella prescribía a los dos años a contar desde la comisión del acto o la adopción del acuerdo que causa daño a la sociedad, a sus accionistas o a terceros. Este instituto, el de la prescripción, ha sido sustituido en la Nueva Ley General de Sociedades 26887, vigente desde el primero de Enero de 1998, por el de "caducidad" que tiene otro concepto, por cuanto, mientras el primero "mata la acción mas no el derecho" y contiene causales de interrupción del término, si es que, por ejemplo, se interpone la pretensión contenida en la demanda antes del vencimiento de su plazo, el segundo, es absolutamente fatal. Transcurrido el plazo se acabó, se extinguió, no sólo la acción sino también y primeramente, el derecho. A consecuencia de la extinción del derecho, mas bien, no hay acción ni pretensión que demandar. No hay forma de paralizar, suspender o interrumpir, el decurso del tiempo. Con ello, se pierde la pretensión y el derecho a demandar la responsabilidad por daños.

Un conocido profesor de Derecho Procesal ²³ opina así:

"En puridad de derecho, el legislador, para el propósito referido, debió utilizar la

²² Elías Laroza, Enrique. Ley General de Sociedades Comentada. Editora Normas Legales S.A. 1998. Tomo I. Pág. 104.

denominada prescripción extintiva que tiene un núcleo procesal y en tal calidad fija un plazo para el pericimimiento de la pretensión procesal, antes que la caducidad que está ligada al derecho material y fija un plazo de extinción en tanto no sea ejercido por el titular de la manera que sea importando sólo que se manifieste y pueda ser probado”.

La Ley establece, de otra parte, que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal²⁴. La legislación y la doctrina española aluden a la diligencia de “un ordenado empresario”. En la Comisión Redactora del Proyecto se debatió el tema acerca de si se mantenía el “ordenado comerciante” o si se traía una nueva expresión, la del “ordenado empresario”. Nos mantuvimos por lo tradicional. La jurisprudencia y la doctrina de nuestro país habían tenido pronunciamientos numerosos y uniformes sobre el particular. De otra parte, el art. 177° de la Ley 26887, expresa que:

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

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

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

Finalmente, los arts. 49° y 184° de la Ley 26887 refieren:

Art. 49°.- Caducidad

“Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

Art. 184°.- Caducidad de la responsabilidad

“La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal”.

Este es el tema. Demostrar que el cambio de la prescripción por la caducidad, en algunas situaciones y circunstancias, puede haber resultado o resultar, en un futuro, conveniente, pero en otras, no. El establecimiento de plazos de caducidad en la LGS, no dudamos, otorga mayor seguridad jurídica a los diferentes intereses involucrados, porque se evita la incertidumbre de la existencia de causales de interrupción de los plazos o de

²³ Monroy Gálvez, Juan. Materiales de instrucción. PUC. 1999. Pág. 217.

²⁴ Art. 171° de la NLGS 26887: “Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aún después de cesar en sus funciones”.

suspensión de los mismos. Estamos, en efecto, ante una situación mas definida y segura que el transcurso de un plazo de prescripción. Estimamos, sin embargo, que también en no pocas oportunidades dejará impunes actos corruptos, dolosos, desleales, o desarrollados o llevados a cabo, con dolo, abuso de sus facultades o negligencia grave. Hay algunos otros casos en donde la calificación de prescripción, caducidad o extinción de la institución del acto y en ocasiones hasta del mismo derecho, resulta absolutamente irrelevante. Por ejemplo, si la Reserva de Preferencia Registral de nombre, denominación o razón social que nos extiende la SUNARP –que es un certificado, documento o constancia, caduca, prescribe o se extingue a los treinta días hábiles a contar desde su expedición, es irrelevante. Da lo mismo que la ley califique la extinción del derecho de una u otra forma. También hay, en tercer lugar, otras numerosas situaciones en donde lo correcto es mantener el instituto de la caducidad y por el contrario, habernos quedado en la prescripción habría resultado un paso atrás en el adelanto de las instituciones mercantiles, o más propiamente societarias, en donde la rapidez y la dinámica de las relaciones jurídicas, sumadas al impresionante fenómeno tecnológico de nuestros días, requiere, exige, demanda adoptar decisiones prontas para el ejercicio de nuestros derechos o ante nuestro descuido, desatención, negligencia, perderlos irremediablemente, confiriendo certeza y seguridad jurídica a determinados actos y acuerdos ejecutados o adoptados en la sociedad.

I. II. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887

En la Comisión Redactora del Proyecto

La Resolución Ministerial N° 424-94-JUS publicada en el diario Oficial “El Peruano” el 05 de Setiembre de 1994 designó a las siguientes personas como Miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades:

Dr. Enrique Normand Sparks[†] (Presidente)

Dr. Ricardo Beaumont Callirgos

Dr. Enrique Elías Laroza[†]

Dr. Álvaro Llona Bernal²⁵

Dr. Alfredo Ferrero Diez Canseco

Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio

Dr. Hernando Montoya Alberti

Dr. Francisco Moreira García Sayán

Dr. Alfonso Rubio Feijóo[†]

²⁵ El Dr. Álvaro Llona Bernal fue incluido mediante FE DE ERRATAS publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el miércoles 07 de setiembre de 1994, en la página 125835.

Dr. Emil Ruppert Yáñez

Dr. Julio Salas Sánchez

El Supremo Gobierno concedió un plazo inicial de 120 días para la elaboración del anteproyecto. Las Resoluciones Ministeriales N°s. 075-95 JUS publicada el 02 de Marzo de 1995; 270-95 JUS del 20 de Julio de 1995; y 159-96 JUS del 16 de Julio de 1996 concedieron sucesivas prórrogas y la última, terminó ampliando el plazo hasta el 31 de Diciembre de 1996. Los proyectos fueron publicados en el Diario Oficial "El Peruano" hasta en cuatro ocasiones, sus fechas

- 02 de Marzo;
- 10 de Mayo;
- 03 de Octubre; y,
- 28 de Octubre de 1997²⁶.

Después del protocolo de la instalación en el Despacho del Ministro de Justicia, **Doctor Fernando VEGA SANTA GADEA**, el presidente nos invitó a reunirnos en su Estudio de la Av. Dos de Mayo N° 1321, San Isidro, para el día que acordamos en el mismo momento, a fin de deliberar y decidir allí la metodología del trabajo, el horario de nuestras reuniones y la distribución de las ponencias.

En efecto, en el día previsto, a fines de setiembre de 1994, nos reunimos los once miembros de la Comisión y después de las conversaciones previas de rigor, el presidente nos solicitó propuestas respecto a los puntos de agenda. Lo primero fue decidir qué temas o capítulos de la ley quería abordar cada uno, y para ello, en verdad, no tuvimos obstáculo ni colisión de ninguna naturaleza, tanto en la propuesta como en la decisión. En efecto, la distribución de ponencias fue acordada así:

- El Dr. Álvaro Llona Bernal, tomó Juntas Generales;
- El Dr. Enrique Elías Laroza, Reglas Generales aplicables a todas las sociedades;
- El Dr. Julio Salas Sánchez, Fusiones, Escisiones y Modificación de Estatutos;
- El Dr. Enrique Normand Sparks, Directorio;
- El Dr. Alfonso Rubio Feijoo, Acciones;
- El Dr. Hernando Montoya Alberti, Emisión de Obligaciones, habiendo presentado también ponencias sobre Sociedades Anónimas de Capital Variable y Acciones al Portador;
- El Dr. Alfredo Ferrero Diez Canseco, Sociedad Anónima Cerrada, Sociedad Anónima Abierta y Sucursales;

26

La primera publicación correspondió al Anteproyecto tal como fue entregado al Poder Ejecutivo. En las tres siguientes se fueron incluyendo los cambios y ajustes efectuados en los siete meses de la Comisión Redactora del Congreso de la República en franco debate e intercambio de opiniones, con los once miembros de la Comisión Redactora del proyecto, quienes asistían a todas las sesiones bajo el cargo de Consultores o Asesores, designación con la que fueron premunidos desde la instalación, conjuntamente con los profesionales nombrados por las universidades Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, y apoyo el Dr. Enrique Elías, en Reglas Generales; Lima y Garcilazo de la Vega.

- El Dr. Emil Ruppert Yáñez, Otras Formas Societarias y apoyó al Dr. Normand, en Directorio; y
- El Dr. Ricardo Beaumont Callirgos, Constitución de Sociedades y Disolución, Liquidación y Extinción.

Acordamos reunirnos de lunes a jueves a partir de las 6.30 de la noche hasta las 9.30 pm. Nos concedimos un plazo de 45 días para la redacción de las ponencias y nos intercambiamos información respecto a la dirección de nuestros Estudios, números telefónicos, celulares y direcciones electrónicas, ofreciéndonos mutua colaboración para prestarnos libros y artículos que nos ayudaran a la redacción y sustentación de nuestras ponencias. El Dr. Enrique Normand nos ofreció el invalorable apoyo, entre tanto, del Dr. Emil Ruppert, para las coordinaciones que nos fuesen necesarias, aprovechando, dijo, que en este tipo de eventos, casi siempre, el colega más joven era el secretario o coordinador general y tal situación recaía, en este acto, en la persona del Dr. Emil Ruppert Yáñez.

En efecto, nos volvimos a ver al cabo de dos meses y si bien empezamos por definir a la sociedad y referir sus característica principales, nos ubicamos que en la práctica habían sociedades de accionariado difundido ²⁷, también las había grandes-medias ²⁸ y pequeñas, no necesariamente en el sentido económico, sino mas bien, de “pocos accionistas” o de corte “familiar”. Discutimos que en tanto proyecto de ley, no deberíamos suscribir ni la tesis contractualista ni la institucionalista, dejando ambas cosas para el debate doctrinal. Que también deberíamos evitar incluir el concepto “lucro” por el sesgo político que ha tenido en la historia política reciente en nuestro país. Hablamos de la forma de constitución de sociedad y referimos que las dos formas no son “constitución simultánea” y “constitución por oferta pública” sino mas bien “constitución simultánea” y “constitución por oferta a terceros” y que ésta podía ser, a su vez, por oferta privada y por oferta pública. Convinimos finalmente, que las Reglas Generales deberían ser redactadas al final. En efecto, de nuestros debates iban saliendo temas que pronto advertíamos que eran aplicables al conjunto societario, en ocasiones, con alguna que otra precisión. Por ejemplo, el tema que acabábamos de tocar, la forma de constitución de sociedad, que había que precisar que a tales formas societarias sólo les era posible la constitución simultánea.

Así, nos hemos reunido desde Noviembre del 94 hasta Agosto del 97, que hicimos entrega del ejemplar del Anteproyecto terminado, al Ministro de Justicia. Dos años y medio, con pequeñas vacaciones, que normalmente las tomamos entre enero o febrero, catorce a veintiún días, por el fuerte calor, y aprovechábamos para darnos, en ese lapso, algunas tareas en pequeños grupos o con carácter individual, por ejemplo, pasar en limpio la ponencia sobre acciones, lo aprobado hasta la fecha, e indicar los temas faltantes respecto a dicha ponencia; o reunir lo que irían siendo las reglas generales que

²⁷ Mediante D. Leg. 672 promulgado el 23 de setiembre de 1991 se regularon estas Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido. El D. Leg. 755, entre sus artículos 260° a 268° lo modificó, denominándolas Sociedades Anónimas Abiertas. Ambas normas han sido derogadas por la Tercera Disposición Final de la Ley General de Sociedades N° 26887.

²⁸ Denominadas “Ordinarias” por el Reglamento del Registro de Sociedades, ver su art. 81°.

bien pudieron llamarse, porque tenían ese carácter, disposiciones generales, reglas básicas o título preliminar. En fin, cosas similares.

Aunque al lector le suene gracioso, cuando nos tocaba sustentar nuestra ponencia, éramos como personas muy jóvenes o tal vez niños casi escolares, porque nuestra propuesta era cargada, de inmediato, de sucesivas críticas. Todos corregían. Todos planteaban propuestas alternativas. Y uno se sentía aplazado por el “jurado” de colegas y amigos. Uno se sentía mal. Y naturalmente, cuando después de dos o tres semanas, culminaba uno con lo atinente a su responsabilidad, qué alivio. Era como felicitado por todos, y si era posible, un café, una gaseosa o un trago, para despedirse, el “trago” en tal o cual sitio, porque jamás en el lugar de trabajo. Y todos a preguntar, quién es el siguiente, y cuál es el tema. Pero allí no quedaba la cosa. Había que pasar la ponencia de uno en limpio y volverla a sustentar, o sea que cuando menos eran dos vueltas, sino tres, los exámenes que teníamos que rendir y afrontar. El lector pensará, bueno, pero el primero era el más difícil, los otros dos ya era cuestión de haber estado atento a las propuestas y de haberlas incorporado en forma adecuada. No es cierto. No era necesariamente así, uno, porque los criterios podían variar de un mes a otro en función de nuevas ideas o de nuevos esquemas; y dos, porque incurrir en error que ya se nos había corregido nos hacía sentir peor, descuidados, desatentos, negligentes. Por la complejidad, en ocasiones, uno pedía que la ponencia en limpio la quería presentar y sustentar después de la de tal tema y tal persona, por las implicancias de unas regulaciones con otras; en ocasiones, era un pretexto para “oxigenarse” y nos dábamos cuenta, pero atendíamos la solicitud por encontrarla razonablemente sustentada. El trabajo era fuerte. Por lo menos en mi caso, después de las 9.30 pm., yo volvía invariablemente a mi Estudio, y me quedaba hasta promediar las doce de la noche, por dos razones: la primera, para tomar nota en mi computador de los aspectos importantes del debate del día, toda vez que me había hecho el propósito de escribir unos comentarios a lo que sería la Nueva Ley General de Sociedades, que gracias a Gaceta Jurídica lo hice posible, y ahora ya anda en su Cuarta Edición (Junio 2004) y seis reimpressiones; y la segunda, en particular, porque cuando se trataba de la presentación de mi ponencia, quería redactarla correctamente e insertar con prontitud las sugerencias que había recibido en la sesión evitando así el abucheo que se recibía cuando habiéndose acordado algo de cierta forma, se insistía, por descuido de uno, en una presentación igual a la que ya había sido corregida. Que quede claro, nadie se libraba de ello. Bueno, en honor a la verdad, tal vez “Quique” Normand y “Quique” Elías, a quienes llamábamos “los maestros” fueron los que recibieron menos objeciones, pero ni aun ellos, los “maestritos” quedaron totalmente libres de crítica o totalmente intocados.

Lindísima e imborrable experiencia. A todos ellos, mis compañeros de la Comisión Redactora, y en especial, al Presidente, “Quique” Normand, he dedicado, con cariño y gratitud, este trabajo.

En la Comisión Revisora del Congreso de la República

La Comisión Revisora estuvo integrada así:

Carlos Torres y Torres Lara, Presidente

Jorge Muñiz Ziches

Jorge Trelles Montero

Jorge Avendaño Valdez

Javier Alva Orlandini

Lourdes Flores Nano

Ricardo Marcenaro Frers

La Comisión acordó nombrar como Asesores a los profesores de Derecho en el curso de Sociedades de las Universidades de Lima. Con tal motivo se cursaron invitaciones a las distintas Casas de Estudio y, como consecuencia de ello, fueron incorporados como asesores los siguientes profesores:

- Dr. Rubén Zanabria Ortiz, Dr. Vicente Walde Jáuregui, Dr. Luis Armijo Zafra y Dr. Jaime Mayorga Honores, por la Universidad San Martín de Porres;
- Dr. Manuel Alpaca Salazar, por la Universidad Inca Garcilazo de la Vega;
- Dr. Ulises Montoya Alberti y Dr. Oscar Leyton Zárate, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y
- Dr. Carlos Torres Morales, por la Universidad de Lima.

Por su parte, con fecha 05 de Marzo de 1997 los miembros de la Comisión Redactora fueron citados al Congreso de la República para recibir sus designaciones como Asesores y Consultores de la Comisión Revisora y hallarse, en tanto tales, presentes en la instalación de esta última. Después de un interesante intercambio de ideas con distinguidos congresistas, de la talla de Carlos Torres y Torres Lara, Jorge Avendaño Valdez, Lourdes Flores Nano, Javier Alva Orlandini, Beatriz Merino Lucero, Jorge Muñiz Ziches, Jorge Trelles Montero, Ricardo Marcenaro Frers, Martha Chávez Cossío y otros, fueron citados formalmente para el 11 de Marzo, a fin de que el Presidente de la Comisión Redactora, doctor Enrique NORMAND SPARKS, hiciera la Exposición de Presentación ante la Comisión Revisora del Congreso de la República.

En efecto, sobre la materia de investigación y tal como se ha manifestado antes, el **Dr. Enrique NORMAND SPARKS** dijo:

“Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva. Este es un elemento interesante que se ha introducido en el proyecto”.

Desde un primer momento, la Comisión Revisora, en la persona de su presidente, el impecable congresista y distinguido profesor sanmarquino **Dr. Carlos TORRES Y TORRES LARA** advirtió que el instrumento proyectado era sumamente técnico y de corte jurídico-empresarial y que llevarlo al Pleno del Congreso para su debate, discusión y aprobación, produciría consecuencias tales como que, o se hacían remiendos y parches que terminaban desnaturalizando la norma como tal, en tanto disposición cabal,

coherente y sistemática, o el debate se iría a prolongar hasta las calendas griegas, ambas, situaciones absolutamente indeseadas. Fue por ello que se pidió autorización al Pleno para que la Nueva Ley General de Sociedades sea aprobada, simplemente, por la Comisión Permanente, es decir, encargo del Pleno a la Comisión, delegación de facultades, lo que fue concedido por un plazo de 180 días, según Resolución del Congreso 001-97 CR, su fecha 22 de Febrero de 1997. La Resolución del Congreso N° 002-97-CR publicada el 23 de Agosto de 1997 amplió el plazo otorgado a la Comisión Permanente, por el término de 180 días. La Comisión Permanente del Congreso de la República aprobó la Ley General de Sociedades propuesta y ella fue publicada bajo el N° 26887 el día 09 de Diciembre de 1997, precisando que entraría en vigor el 01 de Enero de 1998.

La Comisión Permanente del Congreso de la República estuvo integrada del modo que sigue:

Mesa Directiva

Carlos Torres y Torres Lara – Presidente

Edith Mellado Céspedes – Primera Vicepresidenta

Oswaldo Sandoval Aguirre – Segundo Vicepresidente

Aurora Torrejón Riva de Chíncha – Tercera Vicepresidenta

Integrantes

Martha Chávez Cossio de Ocampo

Luz Salgado Rubianes de Paredes

Miguel Velit Nuñez

Juan Hermoza Ríos

Oscar Medelius Rodríguez

Carlos Blanco Oropeza

Ricardo Marcenado Freís

Gilberto Siura Céspedes

María del Carmen Lozada de Gamboa

Jorge Trelles Montero

César Larrabure Gálvez

Aldo Estrada Choque

Daniel Estrada Pérez

Harold Forsyth Mejía

Jorge Del Castillo Gálvez

César Zumaeta Flores

Beatriz Merino Lucero

Javier Alva Orlandini

Rafael Rey Rey

Manuel Lajo Lazo

Por considerarlo de interés, a continuación se transcribe la sesión de instalación en el Congreso de la República:

Congreso de la República

Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades

Segunda Sesión

Martes 11 de Marzo 1997

Presidida por el señor Carlos Torres y Torres Lara

Siendo las 10 horas, se inició la sesión de la Comisión Revisora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades con la asistencia de los señores Congresistas:

Jorge Muñiz Ziches

Jorge Trelles Montero

Javier Alva Orlandini

Jorge Avendaño Valdez

Asistieron los Congresistas Lourdes Flores Nano y Ricardo Marcenaro Frers, quienes fueron incorporados como miembros de la Comisión.

Fue aprobada sin observaciones el Acta de Instalación celebrada el día miércoles 5 de marzo del presente.

El señor Presidente suspendió la sesión por breves minutos (10.20 a.m.). Se reanuda la sesión (10.30 a.m.). El señor Presidente da la bienvenida a los miembros de la comisión que ha elaborado el anteproyecto de la Ley General de Sociedades, en especial al Dr. Enrique Normand Sparks, así como a los consultores y asesores representantes de cada universidad, y agradeció la gentileza al haber aceptado la invitación con el propósito de recibir sus sugerencias sobre el proyecto, que permitirá tomar una decisión sobre la materia.

El señor Presidente cedió el uso de la palabra al Dr. Enrique Normand.

El Dr. Enrique Normad, manifestó la necesidad de reformar y reestructurar la Ley General de Sociedades. Señaló dos elementos importantísimos que ameritan una reforma: La antigüedad y la gran transformación que sufre el marco económico en el Perú en los últimos años. En este sentido, señaló que esta legislación funcionó bien cuando la economía peruana se movía a un ritmo lento. Estas dos situaciones se suman a la dinámica del derecho societario, que constituye el ámbito del derecho comercial donde se dan cambios más permanentes y rápidos.

Manifestó que el Poder Ejecutivo nombró en el mes de setiembre de 1994 una Comisión Revisora integrada por 11 miembros, entre profesores antiguos y jóvenes.

Señaló que se hizo una comparación entre la legislación española básicamente, así como la mexicana, chilena, inglesa, suiza y francesa.

Dijo también que ha priorizado la Sociedad Anónima, en razón de ser apreciablemente mayor el número de sociedades anónimas con relación a las sociedades colectivas, y sociedades en comandita; se eliminó la S.C.R.L. cuya función fue recogida con la Sociedad anónima cerrada básicamente.

El Dr. Normand remarcó puntualmente los siguientes aspectos:

a) Se busca mantener el principio mercantil y societario. Este derecho no es un derecho de sanción, sólo existen consecuencias ante los incumplimientos. Propiamente es un “derecho a la economía”, ya no es un “derecho al comercio”.

b) Se han convertido todos los plazos de la ley en plazos de caducidad; se eliminaron los plazos prescriptorios.

c) Se han adecuado los procedimientos a las nuevas formas procesales que existen en la ley.

En cuanto a las reglas generales:

d) Han permitido que existan sociedades aún cuando persigan o no fines de lucro; basta que tenga una actividad preponderantemente económica.

e) Se ha tomado el concepto del estatuto a todas las formas societarias.

f) Se ha ampliado la protección del nombre, tanto de la denominación como de la razón social, estableciendo la posibilidad de oponerse con un nombre similar.

g) Se ha establecido reglas para preservar la Sociedad inscrita, en caso de nulidad, sin perjudicar a terceros.

h) La distribución de utilidades, corresponde a todas las acciones, estén pagadas o no. Sólo la pierde el socio moroso; cabe pacto en contrario.

i) Se ha ampliado el plazo para las opciones que dan las Sociedades, o respecto de las acciones o de las participaciones de las sociedades.

j) Se puede pactar el arbitraje, cuyo convenio incluya los nuevos socios.

k) Han establecido que las acciones tendrán igual valor nominal, para evitar problemas en los estados financieros.

l) Se ha mantenido la actual prohibición de acciones al portador, sólo se contempla las acciones nominativas.

m) Se ha distinguido en el proyecto dos etapas en cuanto a las acciones: la etapa de la creación de las acciones y la etapa de la emisión de las acciones.

n) Se permite colocar acciones sobre la par pagando con prima (ya existente), pero con un mecanismo contable más transparente.

o) La copropiedad de las acciones, puede ser representada por una sola persona.

p) Se ha recogido las acciones sin voto con un dividendo y haber preferencial.

q) Se ha establecido el derecho de separación, oposición e impugnación de manera amplia y puntual.

r) Se ha introducido las acciones en cartera en dos niveles: Por emisión, o por

adquisición en el mercado.

En cuanto a las Juntas Generales:

- Se ha eliminado la distinción que se hacía entre Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias, estableciéndose la junta obligatoria anual (equivalente a la junta ordinaria legal).
- Se ha establecido la posibilidad de convocar juntas obligatorias estatutarias.
- Se han simplificado las normas de quórum y voto.
- Se establece la posibilidad de que un accionista, al momento de registrar sus acciones, las excluya para el cómputo calificado.
- Se ha eliminado el Consejo de Vigilancia.
- Se ha respetado el voto acumulativo que introdujo la Ley 16123, estableciéndolo como obligatorio, esto para proteger a las minorías.
- El proyecto establece un mecanismo de auditoría anual externa, permanente; por niveles.
- Los accionistas reunidos, según el porcentaje que representen, tienen acceso a formular ciertos pedidos.

En cuanto a la administración:

- En la sociedad anónima, la administración está formada por el directorio y la gerencia.
- En la sociedad anónima cerrada, se puede prescindir del directorio.
- Se ha establecido que los directores tienen que ser personas naturales.
- Se ha establecido directorios con sesiones o juntas no presenciales. Si algún director se opone tiene que haber sesión presencial.
- Se establece que el que es elegido en directorio no responde a sus electores.

En cuanto a la estructura:

- Se ha recogido tres formas societarias (de la sociedad anónima) la sociedad anónima normal, la sociedad anónima abierta, y la sociedad anónima cerrada.
- La sociedad anónima abierta, cuya definición está en el proyecto, cuenta con un control por parte de la CONASEV, en sus aspectos societarios.

La sociedad anónima abierta está pensada para incursionar abiertamente en el mercado bursátil.

Se han rebajado los quórums, para agilizar los acuerdos.

- En la sociedad anónima abierta, no puede establecerse ninguna limitación a la transmisibilidad de las acciones, ni ningún derecho de preferencia entre los accionistas.
- Se ha establecido la sociedad anónima cerrada con veinte accionistas; no pueden tener valores inscritos en el registro público del mercado de valores.
- Se consagra en la ley dos elementos: Un derecho de adquisición preferente entre

los socios; y la figura de que si alguien quiere transferir acciones, la sociedad tiene que aprobar al adquirente.

- A las Juntas no puede ir en representación de un socio sino otro socio.
- Se han agilizado los mecanismos de convocatoria en las sociedades anónimas cerradas.
- Puede haber juntas de accionistas en las sociedades anónimas cerradas, sin presencia de los accionistas, por medio de salones con sistema de video.
- Se ha establecido, el derecho del socio de separarse de la sociedad anónima cerrada, (y abierta) si es que por alguna razón se pierde esa calidad.
- Respecto a las otras formas societarias se ha reducido notoriamente el número de normas, permitiéndose que el pacto social establezca todas las reglas que se deseen respecto de esa sociedad.
- Se ha establecido que cualquier forma societaria puede emitir obligaciones, creándose programas de emisión.
- Se ha establecido la clasificación de riesgo favorable, aprobada por la CONASEV.
- Se ha abolido el régimen de prelaciones que tenía la ley respecto de la emisión de obligaciones.
- Se contempla la posibilidad que la colocación en el extranjero se pueda adaptar a dicha legislación.
- Se ha diseñado un prospecto de la emisión de obligaciones, que no iría en la escritura pública.

En cuanto a la reorganización de sociedades:

- Se ha ampliado la posibilidad de transformación para que cualquier persona jurídica se pueda convertir en sociedad y cualquier sociedad en otra forma de persona jurídica.
- Se ha mantenido las dos formas de fusión: la fusión por incorporación, y la fusión por constitución de nuevas sociedades. Incluyéndose un proyecto de fusiones (documento descriptivo).
- Se ha precisado la entrada en vigencia de la fusión simple.
- Se ha recogido la figura de la escisión del patrimonio de la sociedad.
- Se han previsto reglas claras sobre la radicación en el Perú de las sociedades extranjeras, a fin de facilitar el tráfico internacional.
- Para las sucursales se han incorporado normas sobre disolución y liquidación que no existían.

En cuanto a las sociedades irregulares:

- Se ha concedido al socio el derecho de separación y la posibilidad de que a estas sociedades, para ciertos efectos, se les pueda atribuir una determinada forma societaria.
- Se ordena la figura del contrato asociativo y se recoge la figura del consorcio.

Finalmente, señaló que se ha establecido la extinción automática por una prolongada

inactividad de la sociedad (diez años), y manifestó su deseo de colaboración con la comisión para el nacimiento de esta nueva ley.

El señor Presidente felicitó y agradeció al Dr. Enrique Normand por su interesante exposición e invitó a los señores Consultores a expresar su comentario al respecto.

El señor doctor Alfonso Rubio Feijoo, se refirió a la excepción en la regla de prohibición a la transferencia o gravamen que contiene el Código, con relación a los pactos de los accionistas o de accionistas con terceros; sobre las obligaciones adicionales (antes llamada prestaciones accesorias); y, la adquisición de acciones por la propia sociedad.

El señor doctor Ricardo Beaumont Callirgos, comentó sobre la jurisdicción arbitral como mecanismo de solución de los conflictos societarios, y sobre la asociación en participación.

El señor Presidente, agradeció a los miembros de la Comisión que ha elaborado el Anteproyecto, en especial al Dr. Normand, invitándolos a asistir a las próximas reuniones que se les convoque, comprometiéndose a mantenerlos actualizados con los aportes y sugerencias que lleguen a esta Comisión.

Se levanta la sesión, siendo las 12.20 p.m.

Antes de retornar a nuestro tema quisiera aprovechar en dejar constancia que si el Perú cuenta desde 1998 con Nueva Ley General de Sociedades se debe a un conjunto de circunstancias y esfuerzos, dentro de los cuales es justo subrayar el de dos: **Enrique NORMAND SPARKS y Carlos TORRES Y TORRES LARA**. Sin estos dos distinguidos juristas y hombres de empeño, no estaríamos viviendo la Ley 26887 y el Perú no habría dado un paso adelante en la materia, con relación a los textos legales vigentes en los países hermanos de Argentina, Chile, España y Méjico, conforme lo ponemos en evidencia mas adelante.

Volviendo a nuestro trabajo, queremos referir que cuando la Comisión Redactora del proyecto aprobó el cambio del instituto de la prescripción por el de caducidad lo hizo pensando que, en efecto, habían procesos judiciales, largos y engorrosos, que seguían algunas sociedades o empresas a sus ex directores y que eran “los de nunca acabar”, porque ciertamente, eran interminables, causando daño, en ocasiones, a profesionales o técnicos correctos y honestos que se habían desempeñado bien, pero que habían caído en desgracia porque ante la conformación de un nuevo grupo de accionistas éstos habían elegido a otro grupo de directores los que al asumir el cargo y realizar las primeras pesquisas del pasado reciente habían hallado ciertos indicios de actos o contratos no muy claros o sustentables y habían decidido, sin más, instaurar proceso contra los ex directores, sin darles ocasión a que, previamente, éstos formulen sus correspondientes descargos, con el evidente afán de notoriedad, búsqueda de imagen de alta moralidad y corrección, y elevada defensa de los intereses institucionales. La caducidad daba la ocasión de poner fin a ciertas “caprichosas” pretensiones de la empresa, de otro grupo de accionistas o de diferente grupo de directores, si en lapso relativamente breve, de dos años, la sociedad no tenía evidencias o pruebas irrefutables de conductas y actuaciones dolosas por parte de los directores salientes. Hasta aquí el cambio no estaba mal enrumado. Lo que ocurre es que en la práctica, la cosa puede estimarse acertada para

las grandes sociedades anónimas que cotizan sus acciones en bolsa, porque tienen a la **CONASEV** y a las Auditorías Externas Permanentes que las controlan; puede resultar intrascendente para las sociedades familiares, porque los mismos accionistas o dueños de la empresa, son directores de ellas mismas; pero puede resultar fatal para sociedades de cierta envergadura y para las sociedades anónimas cuyo capital social o patrimonio, total o parcial, es propiedad del Estado, porque en ambas, y en particular en estas últimas, las investigaciones y el respeto al debido proceso (que incluye la correcta notificación al investigado, plazo prudente para que levante cargos, plazo prudente para que consiga pruebas de descargo, acceso a la información, derecho de defensa, derecho a confrontación, pericias contables u otras, acciones de amparo y otras medidas) pueden tener lapsos de duración media que asfixien y terminen agotando el plazo de caducidad, tornando inútil la investigación e impunes los investigados. Es para las sociedades anónimas de cierta envergadura y las sociedades anónimas cuyo patrimonio es propiedad del Estado que queremos estudiar la prescripción de dos años, y no la caducidad.

También queremos reflexionar si la Ley podría disponer la “caducidad” de la responsabilidad, salvo pacto distinto, el que podríamos incluir en el pacto social o estatuto, sustentados, obviamente, en el principio de la autonomía privada o autonomía de la libertad contractual, consagrada constitucionalmente. Otra alternativa es que la ley no disponga ni “sugiera” nada y deje absoluta libertad. Si se optara, por ejemplo, por la prescripción, derecho irrenunciable, se deberá respetar el plazo señalado por el art. 2000° y por tanto, la acción indemnizatoria por responsabilidad de los directores y otros, de naturaleza extracontractual, sería de dos años, art. 2001° inc. 4.; en lo tocante a la caducidad, que puede ser convencional, según la doctrina más difundida, podría realizar pactos especiales respetando el orden público en el que se debe sustentar.

El art. 2004° que dice “Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario” puede ser válidamente leído así: “Los plazos de caducidad fijados por la ley no admiten pacto en contrario”, lo que contrario sensu se leería “los plazos de caducidad no fijados por la ley pueden ser acordados por las partes apoyándose en la autonomía de la voluntad, siempre que se sustenten en el respeto al orden público”. El art. 2000°, que expresa “Sólo (solamente) la ley puede fijar los plazos de prescripción”, no se puede leer de modo distinto. No se puede entender “sólo la ley, cuando los fija, pero las partes también...”. No hay cabida. Es norma imperativa. Ergo, las partes contratantes o vinculadas por una relación jurídica, no lo pueden hacer. Solamente la ley –no la voluntad de las partes- puede fijar los plazos de prescripción. Esta es la diferencia, que es substancial, entre los arts. 2004° y 2000° del Código Civil.

CAPÍTULO II: LOS PLAZOS Y LOS PROCESOS

II.I EL DECURSO DEL TIEMPO COMO HECHO JURÍDICO. SU RELEVANCIA JURÍDICA. LAS REGLAS DEL CÓMPUTO

El hecho jurídico

El jurista y ex Decano del Colegio de Abogados de Lima **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ** nos ilustra²⁹ del modo que sigue: “La noción doctrinaria del hecho jurídico se remonta a **SAVIGNY**, para quien es el hecho que produce una adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos. De ahí, la generalizada noción de que el hecho jurídico es todo hecho que produce consecuencias de derecho, a la que se le agrega, como lo hace **LEÓN BARANDIARÁN**, como un vocablo más propio, el de hecho jurígeno. Hecho jurídico, o jurígeno, pues en la conceptualización generalizada de la

²⁹ Vidal Ramírez, Fernando. Prescripción extintiva y Caducidad. Cuarta Edición Revisada y Actualizada. Gaceta Jurídica. Marzo 2002. Pág. 13.

doctrina, es el hecho que por sí o junto con otros produce efectos jurídicos y se constituye, medíata o inmediatamente, en fuente de toda relación jurídica. Como puede ya inferirse, no todo hecho es un hecho jurídico. Hecho, en general, es todo suceso o acontecimiento generado con o sin la intervención de la voluntad humana y puede o no producir consecuencias jurídicas. El hecho es jurídico en la medida en que sea así calificado por el Derecho y produzca consecuencias jurídicas. No existe el hecho jurídico per se sino en cuanto merece esta calificación por influir o afectar relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, un deslizamiento de tierras no es un hecho jurídico sino en cuanto afecte el derecho de propiedad de alguien o cause la muerte de una persona. Son las consecuencias, pues, las que determinarán el carácter jurídico del hecho y por eso puede hablarse de una causalidad jurídica, en cuanto que, para que se produzca el efecto jurídico, es necesario que exista un nexo entre el hecho jurídico y el efecto mismo”.

El decurso del tiempo como hecho jurídico tiene, pues, que ser considerado en su transcurso mismo, ya que es su devenir el que ejerce la influencia sobre las relaciones jurídicas. El fenómeno jurídico es el transcurso del tiempo, que es el que se recoge en la normativa jurídica para precisar sus efectos, máxime si todos los hechos jurídicos tienen lugar en el transcurrir del tiempo. Resulta, por ello, necesaria la precisión que formula **MESSINEO**, en cuanto que no debe confundirse el tiempo, como período o espacio, esto es, como intervalo entre dos momentos: a) con el término, que es un determinado momento o punto del tiempo (instante) en que un determinado efecto se produce (término inicial), o se agota (término final); b) ni con la fecha, entendida también ella como punto cronológico en el cual madura cierta situación, o acaece un cierto hecho.

La idea de la pretensión jurídica se vincula estrechamente con el de la acción, el llamado derecho de acción, que se entiende como el ejercicio del derecho para hacer efectiva la tutela jurisdiccional. Sin embargo, es necesario adelantar su distinción, pues el derecho de acción es un derecho subjetivo al que la doctrina procesalista le ha dado especial relevancia y la pretensión es la expresión de este derecho con la que se recurre a los órganos jurisdiccionales para hacer valer los demás derechos subjetivos y plantear su exigibilidad.

En conclusión y reconociendo que la doctrina no es uniforme en la conceptualización del derecho subjetivo –pues hasta se llega a negar su existencia-, que existen diversidad de teorías para explicar su naturaleza jurídica, dejamos delimitado el concepto de derecho subjetivo en el sentido del poder que el ordenamiento jurídico reconoce para exigir el cumplimiento de un deber jurídico, según pueda hacerse valer erga omnes o respecto de determinadas personas, para la satisfacción de intereses económicos o morales jurídicamente tutelados.

Son los derechos que confieren a su titular el poder jurídico de exigir una prestación o un comportamiento a uno o varios sujetos determinados, cuyo deber jurídico, o más propiamente obligación, se traduce en un dar, en un hacer o en un no hacer.

Los derechos que aquí podemos denominar creditorios son los que en el concepto de Roma quedaban comprendidos en el ius in personam, porque le daban al acreedor un poder sobre el deudor al extremo de poderlo ejecutar aun en su persona, reduciéndolo a la esclavitud, pues la responsabilidad por las deudas era personal. Sin embargo, cuando en el Derecho Romano la responsabilidad por las deudas se tornó patrimonial, el ius in

personam se mantuvo como denominación legal de los derechos creditorios y bajo ese mismo nombre fueron recibidos en el Derecho Moderno. Por eso, al desarrollar la clasificación de los derechos subjetivos hemos considerado indispensable hacer el deslinde conceptual respecto de los derechos personales que no tienen como antecedente el ius in personam romano, pues éstos, enfatizamos, son los que ahora estamos denominando derechos creditorios.

Los derechos creditorios son relativos y transmisibles y caen dentro del ámbito de la caducidad. De ellos derivan las acciones tradicionalmente denominadas personales, pero que ahora preferimos, por los fundamentos que hemos expuesto al ocuparnos de los derechos personales, denominar, genéricamente, acciones creditorias, las que están en el ámbito de la Prescripción.

La doctrina ha dado cabida a los derechos subjetivos que, por sus características, podemos denominar derechos participatorios. Consisten en el poder jurídico de un sujeto para intervenir en la esfera jurídica de otro y tener, por eso, ingerencia en la actividad de tal sujeto, como es el caso de accionistas de una sociedad. Por la característica señalada los consideramos también una categoría especial de los derechos subjetivos. **MESSINEO**, entre otros autores, los destaca como un tipo particular de los derechos subjetivos y los llama derechos de participación, aunque otros doctrinarios los distinguen también como derechos corporativos.

Hemos optado por los derechos participatorios porque son diferenciables de los derechos reales –la propiedad sobre las acciones– y también de los derechos creditorios –el derecho al dividendo una vez declarado–, pues pueden ser calificados, como lo hace **MESSINEO**, de tertium genus, puesto que no todos sus atributos son de carácter patrimonial, como ocurre con los denominados derechos políticos –de voto– de los que puede gozar el titular de acciones.

Por los fundamentos que dejamos expuestos, hemos optado, pues, por incorporar estos derechos a nuestra clasificación de los derechos subjetivos como una categoría especial, considerándolos de carácter relativo y siendo enajenables, por lo que pueden caer en el ámbito de la caducidad y, las pretensiones que de ellos deriva, en el de la prescriptibilidad.

II.II. LA RELACIÓN JURÍDICA: ESTRUCTURA Y ELEMENTOS. DERECHOS SUBJETIVOS. DEBERES JURÍDICOS

La relación jurídica sólo puede tener en sus extremos a sujetos, sean personas naturales o jurídicas; sólo puede entablarse entre sujetos entre sí, como es el caso de la relación filial o entre un acreedor hipotecario y un deudor propietario del bien hipotecado, vale decir, entre sujetos determinado. También hay relación jurídica entre socios o accionistas de una sociedad, o entre sociedades anónimas que deciden fusionarse por incorporación

para constituir una tercera, nueva. También puede generarse con la presencia de un sujeto en cuyo caso la relación jurídica estará a la espera del sujeto al que corresponda ocupar el otro extremo, como es el caso de promesa de pública recompensa, en la que el promitente ocupa su lugar en espera de que alguien cumpla la prestación y ocupe el otro extremo para hacer exigible la recompensa. En materia societaria se produciría cuando una sociedad fundada con un pequeño capital social acuerda aumentar su capital por oferta a terceros, pública, a cuyo propósito prepara un programa y previa conformidad de la **CONASEV** lo publicita, a la espera de inversionistas interesados en el proyecto económico que adopten la decisión de suscribir y pagar las acciones creadas al efecto; o acuerda dicho aumento de capital por nuevos aportes, teniendo los accionistas un derecho de adquisición preferente, quedando a la espera de la manifestación expresa de voluntad de los interesados, para la suscripción y pago del capital social representado mediante acciones.

Conceptuada la relación jurídica así, en uno de sus extremos se ubica un sujeto que es titular de un derecho subjetivo y, en el otro, un sujeto a quien le incumbe el cumplimiento de un deber jurídico, pudiéndose distinguir por ello, entre sujeto activo y sujeto pasivo de la relación jurídica, aunque en algunos casos cada uno de los sujetos pueda ser simultáneamente, activo y pasivo, como ocurre con la relación conyugal o con una relación contractual que supone el cumplimiento de prestaciones recíprocas. Así pues, la relación jurídica es concomitante del derecho subjetivo y del deber jurídico, sin que ello no signifique que, posteriormente, tanto el derecho subjetivo como el deber jurídico puedan tener una suerte autónoma respecto de la relación jurídica a la que estuvieron vinculados, como ocurre con el derecho de propiedad sobre el bien que fue objeto de un contrato de compra venta.

La relación jurídica tiene una estructura conformada por un elemento subjetivo y un elemento objetivo. El primero esta constituido por las partes de la relación jurídica, esto es, los sujetos, personas naturales o personas jurídicas, que se encuentran en sus extremos y que por eso constituyen el elemento personal de la relación jurídica. El elemento objetivo está conformado por los derechos subjetivos y los deberes u obligaciones.

Los elementos objetivos tienen especial relevancia y por eso son indesligables de la relación jurídica, sea que ésta se origine en un hecho jurídico o en un acto jurídico, al extremo que, tratándose de este último, se constituyen en el objeto del acto jurídico al estar integrados a la relación jurídica.

Los derechos subjetivos y los deberes jurídicos u obligaciones pueden ser afectados por la prescripción extintiva y la caducidad. A los derechos subjetivos se les suele clasificar en derechos adquiridos y derechos expectaticios, derechos públicos y derechos privados, derechos absolutos y derechos relativos, derechos personales, derechos familiares, derechos hereditarios, derechos reales, derechos creditorios, derechos autorales y derechos participatorios, entre otros.

Deber jurídico es género y obligación es especie; su connotación está referida a lo patrimonial y más concretamente a lo obligacional cuyo correlato vienen a ser los derechos creditorios. La idea de responsabilidad se vincula al incumplimiento de un deber

o de una obligación. La responsabilidad es el efecto resultante del incumplimiento de un deber que acarrea la obligación de reparar o indemnizar los daños y los perjuicios causados.

II.III. LOS PLAZOS. PLAZOS SUSPENSIVOS Y RESOLUTORIOS

Plazo³⁰ es el “tiempo o lapso fijado para una acción. Vencimiento del mismo; o término propiamente dicho”. La legislación procesal con gran frecuencia, la doctrina también y los prácticos, se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas de los vocablos plazo y término. Sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el plazo es comprensivo de todo el lapso para actuar; en tanto que el término integra tan solo su vencimiento o final.

La condición, el modo y el plazo constituyen elementos accidentales de los negocios jurídicos, pero que no afectan a su existencia sino a su cumplimiento. La doctrina clasifica los plazos en cierto, incierto, activos, contractual, continuo, de favor o de gracia, determinado, indefinido, prorrogable, renovado, judicial, legal, perentorio, fatal, prescriptivo, probatorio, resolutorio, suspensivo, útil y otros.

Plazo suspensivo es el que determina la perfección del acto cuando se cumple, dando nacimiento al derecho subordinado a él, que era la simple expectativa. Aquél que, hasta verificarse, no origina el nacimiento de un derecho en su ejercicio actual ni tampoco el cumplimiento de una obligación en su exigibilidad.

Plazo resolutorio es aquel que a su vencimiento produce la caducidad o pérdida del derecho existente. Término que al cumplirse, extingue la obligación o el derecho.

Más adelante, al tratar cada uno de los casos de la caducidad regulada en la Ley General de Sociedades iremos afirmando si el término concedido lo es suspensivo o resolutorio, con los respectivos comentarios.

II.IV. LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES. BREVE REVISIÓN DE LOS PROCESOS

La acción y la pretensión

El Dr. VIDAL RAMÍREZ³¹ nos ilustra del modo que sigue: “La acción es,

³⁰ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Pág. 269.

³¹ Vidal Ramírez. Op. Cit. Pág. 64.

indudablemente, una institución del Derecho Procesal Civil a la que la doctrina le reconoce constituir un genuino derecho subjetivo que viene a ser el denominado derecho de acción. Pero es también, dentro de la evolución de su conceptualización romanista el modo como ejercita y se defiende el derecho subjetivo y se plantea la pretensión que le es inherente”.

Según **COUTURE**, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto para acudir a los órganos jurisdiccionales y reclamarles la satisfacción de una pretensión. La pretensión, según conocemos, es indesligable del derecho subjetivo, pues constituye una de las facultades que se ejercita mediante la acción para hacer efectiva la exigibilidad que resulta del derecho. Aunque tanto la pretensión como la acción derivan del derecho subjetivo, se diferencian, como anota **DE COSSIO**, en que la pretensión se dirige contra un determinado miembro concreto de la comunidad jurídica, en tanto que la acción tienen como destinatario al órgano jurisdiccional del que se exige el otorgamiento de la oportuna protección jurídica.

El concepto de acción como poder jurídico para acudir a los órganos jurisdiccionales es coincidente en la doctrina, que ve en la acción, además, como **COUTURE**, un atributo de la personalidad de cada individuo. En este aspecto la acción tiene un carácter rigurosamente privado, no obstante lo cual, como en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, se le asigna también un carácter público. Además, mediante la acción se cumple la jurisdicción, ya que, como expresa el celebre procesalista uruguayo, según el principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*. En tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, como es la realización de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden y de libertad.

El Código Procesal Civil que ha venido a plasmar estos conceptos al proclamar en su art. 2° que:

“Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica”.

La acción es, pues, un derecho subjetivo que, como derecho a la jurisdicción, es un derecho abstracto, siendo por ello necesario distinguir, como lo hace **COUTURE**, el derecho, la pretensión y la acción. Supongamos –ha escrito el célebre procesalista uruguayo- que el derecho (por ejemplo, un crédito) no existe porque el deudor ha pagado ya a un mandatario del acreedor. Éste ignora el pago porque el mandatario lo ha ocultado. ¿Qué acontece? Acontece, simplemente, que aun sin derecho, la pretensión existe, ya que el acreedor se considera sinceramente asistido de razón. Se tratará, sin duda, de una pretensión infundada que rechazará oportunamente la sentencia. La pretensión es, pues, sólo un estado de la voluntad jurídica; no es un poder jurídico ¿Y la acción? La acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza

efectivamente.

El Código Civil de 1936 acogió criterio distinto al de 1852 y, siguiendo la corriente doctrinal impuesta por los pandectistas alemanes que trazaron la distinción que se adoptó en el BGB y que se reflejó en el Código brasileño, legisló por separado la prescripción adquisitiva o usucupativa y la prescripción extintiva. De este modo, llevó la prescripción adquisitiva al Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, legislando separadamente la usucapión inmobiliaria de la mobiliaria, y, la prescripción extintiva al Libro Quinto dedicado al Derecho de las Obligaciones, aunque sin hacer una radical desvinculación ya que, según su art. 876° “rigen en esta prescripción (la adquisitiva), las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables”. Esta disposición fue calificada por **Jorge Eugenio CASTAÑEDA** como “ilógica e incongruente, si se acepta que la prescripción adquisitiva y la extintiva son instituciones disímiles, pues así parece haberlo entendido el legislador cuando la instaló en diferentes Libros”.

Planteada la reforma del Código Civil de 1936, el ponente **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ**, propugna el mantenimiento del tratamiento dual de la prescripción a fin de que la prescripción adquisitiva continúe tratada en el Libro de los Derechos Reales, por ser este instituto un modo de adquirir la propiedad de los bienes y constitutivo de derechos reales, y que la prescripción extintiva se lleve a un Libro especial y no se le mantenga ligada al Libro de las Obligaciones. El transcurso del tiempo, que es el sustento de ambas clases de prescripción, en la usucupativa produce un efecto erga omnes a favor de prescribiente, lo que no ocurre en la extintiva, que libera al prescribiente únicamente respecto del sujeto con quien tenía entablada una relación jurídica particular, a lo que debemos precisar ahora, atendiendo a la posición asumida por el Código Civil, que no se trata de liberarlo del cumplimiento de una prestación sino de reconocerle la posibilidad de oponer la prescripción frente a la pretensión que contra él se quisiera hacer valer. Tan sustancial diferencia exime de abundar más para justificar el mantenimiento del trato legislativo del Código Civil de 1936, aunque, como hemos indicado, no sólo sustrayendo la prescripción extintiva del Libro de las Obligaciones, sino instalándolo en un Libro Especial.

Por último, la regulación del arbitraje, materia desprendida del Código Civil vigente, en la actualidad sometida a la Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje, ha introducido también normas sobre prescripción extintiva, que se suman a las de otras leyes especiales.

En efecto, en sus Comentarios al Código Civil de 1936, **LEÓN BARANDIARÁN** explicó que el transcurso del tiempo señalado por la ley y la inacción del titular del derecho en la posibilidad de accionar, constituían las condiciones para que se produzca la prescripción de la acción. Agregó el maestro que la prescripción funciona específicamente contra el pretensor y que la prescripción paralizaba esta acción, pero que ello no significaba, en puridad de principio, que destruyera el derecho mismo. Posteriormente, el maestro fue categórico durante el proceso de la reforma del Código Civil de 1936: “El transcurso del tiempo liberatorio para la prescripción da lugar a que al deudor no le sea exigible el cumplimiento de su obligación en el caso de la prescripción extintiva. Esto no significa, de manera alguna, el que se haya extinguido el derecho mismo, sino sólo la acción que correspondía al acreedor”.

Acción y pretensión

El concepto de acción tiene diversos significados en el Derecho, y un autor del renombre de **COUTURE**, dice que en el Derecho Procesal

“(…) su significado varía en el tiempo y en el espacio. En cierto estudio se han enumerado veintitrés definiciones”.

Juan MONROY ha dedicado un largo párrafo al tema, que transcribimos por su pertinencia:

“Acepciones de la palabra acción. Sin salirnos del campo jurídico, es perfectamente factible encontrar distintas acepciones en las que suele ser utilizado el vocablo acción. A efectos de no afectar el sentido, transcribimos las acepciones que Couture ha encontrado: De acción en sentido procesal se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

a) Como sinónimo de derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice ‘el actor carece de acción’, o se hace valer la exceptio sine actione agit, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión; es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia aún en nuestros días; se habla, entonces, de “acción fundada y acción infundada”, de ‘acción real y acción personal’, de ‘acción civil y acción penal’, de ‘acción triunfante y acción desechada’. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta aceptación de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo ‘demanda fundada e infundada’, ‘demanda (de tutela) de un derecho real o personal’, etc.. Es, decimos, el lenguaje habitual del foro y de la escuela de muchos países.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.

Sin perjuicio de desarrollarse más adelante el concepto de acción que hace suyo el insigne maestro uruguayo, agregamos una acepción a las descritas. Se trata del concepto de acción como procedimiento, tal como suele utilizarse especialmente en los casos de justicia constitucional. Así, cuando se hace referencia a la acción de habeas corpus, acción de amparo o acción de inconstitucionalidad, en realidad no se está nombrando al derecho, tampoco a la pretensión y, por cierto, mucho menos al poder jurídico de pedir tutela jurídica. En realidad sólo se trata de la denominación que se le otorga a la actividad judicial realizada para la obtención de una declaración referida a la protección de un derecho constitucional determinado, en tal sentido, se está usando el concepto acción en reemplazo de la vía procedimental utilizada”.

COUTURE, como anuncia **MONROY**, tiene su propia definición y descripción de la acción que, en realidad, está diseminada a lo largo de todo el capítulo de sus Fundamentos dedicado al tema. La caracterización principal es la siguiente:

“La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”.

En otra parte, más pragmáticamente, expresa lo siguiente:

“El derecho a demandar (rectius: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se halla regido por la máxima *nemo iudex sine actore*. La acción civil se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y ésta no es sino el ejercicio de aquéllas”.

De manera que, según nuestro autor, la acción es un poder jurídico, es decir, un atributo personal (dice “de la personalidad” con sus propias palabras) de acudir a los órganos jurisdiccionales. En tal sentido, es un derecho autónomo del derecho que se pretende proteger o alcanzar. La acción se ejercita interponiendo una demanda.

La finalidad de la acción es reclamar ante los tribunales la satisfacción de una pretensión. Como este concepto también tiene varios significados, vale la pena desagregar lo que el autor entiende por él.

Dice al respecto:

“La pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la auto atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”.

Antes ha descrito una situación para caracterizar mejor la pretensión de la siguiente manera:

“Supongamos, por ejemplo, que el derecho (por ejemplo un crédito) no existe, porque el deudor ha pagado ya a un mandatario del acreedor. Este ignora el pago porque el mandatario lo ha ocultado.

¿Qué acontece? Acontece, simplemente, que aún sin derecho, la pretensión existe, ya que el actor se considera sinceramente asistido de razón. Se tratará, sin duda, de una pretensión infundada, que rechazará oportunamente la sentencia. La pretensión es, pues, sólo un estado de la voluntad jurídica; no es un poder jurídico”.

Así definida, la pretensión es lo que el actor busca obtener de la administración de justicia, al margen de que efectivamente tenga derecho o no a ello. De esta forma, no sólo son distintos acción (poder) y pretensión (hecho de reclamar o afirmar que se tiene derecho); también son distintos pretensión y derecho (siendo este último aquella situación en la que el actor tiene, definitivamente, derecho a que se le satisfaga su pretensión).

Clasificación de las acciones

La doctrina exhibe diversidad de criterios para la clasificación de los derechos, por lo

menos en cuanto a los subjetivos. El jurisconsulto romano **GAYO** consideró los derechos de las personas, de las cosas y de las acciones. El jurista **VIDAL RAMÍREZ** nos explica de los siguientes:

- Derechos adquiridos y derechos expectaticios;
- Derechos públicos y derechos privados;
- Derechos absolutos y derechos relativos;
- Derechos personales;
- Derechos familiares;
- Derechos hereditarios;
- Derechos reales;
- Derechos creditorios;
- Derechos autorales; y
- Derechos participatorios

La legitimación del ejercicio la resume el Código Civil en el art. VI de su Título Preliminar que preceptúa que: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener un legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”. La norma está complementada, opina **VIDAL RAMÍREZ** por el art. IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en cuanto considera que los particulares para promover el proceso requieren de interés y de legitimidad para obrar y constituirse en parte”.

Breve revisión de los procesos

Del estudio y revisión efectuado, hallamos –y lo describimos en el Cuadro de Procesos Judiciales Civiles en la LGS que hemos incluido como **Anexo “G”**:

- Veintidós (22) Procesos de Conocimiento a los cuales arribamos –excepto el del art. 150°, vía art. 475° inc. 1 del CPC;
- Veintidós (22) Procesos Sumarísimos;
- Doce (12) Procesos Abreviados;
- Cuatro (4) Procesos Ejecutivos;
- Cuatro (4) Procesos No Contenciosos;
- Tres (3) Procesos de Ejecución de Garantías; y
- Dos (2) Procesos de Ejecución Forzada.

Por su orden. Empecemos:

(1) El Proceso de Conocimiento:

El Proceso de Conocimiento se sustenta acá, en esta LGS, en lo dispuesto por el art. 475° inc. 1 del CPC³² ., toda vez que con la excepción del art. 150° que expresamente lo cita, los artículos bajo comentario no indican o precisan la vía procesal para encausar la

respectiva pretensión. En este orden de ideas, es pertinente exponer que, notificada la demanda, el demandado cuenta con treinta (30) días para contestarla; dentro de los diez (10) días siguientes a la contestación o en rebeldía, debe producirse el auto de saneamiento. La audiencia conciliatoria se realiza dentro de los veinte días posteriores y la de pruebas antes de los cincuenta (50) que le continúan. La sentencia se pronuncia dentro de los 50 ulteriores y la apelación puede presentarse dentro de los diez (10) días de su notificación. En este proceso caben cuestiones probatorias (tachas y oposiciones), excepciones, defensas previas, reconvencción y hasta ha lugar a que se ofrezcan otros medios probatorios al invocarse hechos nuevos en la demanda o respectiva reconvencción. Los plazos están taxativamente prescritos en el art. 478° del CPC.

(2) El Proceso Sumarísimo:

Se debe estar a lo dispuesto por los arts. 546° a 559° del CPC., en particular, estar atento a la inadmisibilidad e improcedencia, en ese orden, del art. 551°; a la audiencia única del art. 554° para el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, salvo excepciones y defensas previas del art. 555°; y en su caso, a la conciliación del art. 327° del acotado. La sentencia es apelable con efecto suspensivo dentro del tercer día de notificada, según lo prevé la parte inicial del art. 556°.

(3) El proceso Abreviado:

El Proceso Abreviado tiene el siguiente trámite: presentada la demanda tienen los demandados tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios; cinco días para interponer excepciones y defensas previas; cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvencción; y diez días para contestar la demanda y reconvenir. Ver art. 491° incisos 1, 3, 4 y 5; y en su caso, incisos 2, 3, 4, 6 y 7 del CPC. La audiencia de saneamiento procesal y conciliación tendrá lugar dentro de los quince días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir: ver arts. 493° incisos 1, 2 y 3; 465° incisos 1, 2 y 3 y 471° del CPC., pues a continuación el Juez admite medios probatorios y ordena su actuación. La audiencia de pruebas se lleva a cabo dentro de los veinte días siguientes. Las audiencias especial y complementaria se realizan, si fuere el caso, dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas. La sentencia se expide dentro de los veinticinco días siguientes. Los litigantes tienen un plazo máximo de cinco días para apelar la sentencia. Ver arts. 491° incisos 9 a 12 y 494° parte inicial del CPC.

(4) El Proceso Ejecutivo:

En cuanto al Proceso Ejecutivo, si la obligación es de dar suma de dinero, el juez califica el título ejecutivo (que la obligación sea cierta, expresa, exigible y líquida, o liquidable mediante operación aritmética) y en su caso expide mandato ejecutivo que contiene una orden de pago, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. El

³² Art. 475.- Procedencia. Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que: 1) No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo; 2) La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal; 3) Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo; 4) El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y, 5) La ley señale.

mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones y defensas previas dentro de los cinco días de notificado con dicho mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. El Juez declara improcedente la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados en el art. 700° del CPC. De la contradicción se corre traslado al ejecutante quien debe absolverla en el plazo de tres días, proponiendo medios probatorios. El Juez cita a audiencia única (arts. 701° y 555° del CPC) dentro de los diez días. El plazo para expedir sentencia es de cinco días a contar de realizada la audiencia o de vencido el plazo para contradecir. La obligación de dar bien mueble determinado se tramita igual que el de dar suma de dinero con las modificaciones a que hace referencia el art. 704° del CPC. En este caso, el mandato ejecutivo contiene (1) la intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo que fije el Juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de procederse a su entrega forzada; y (2) la autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia. Finalmente, en cuanto a la obligación de hacer el proceso también se tramita igual que el de dar suma de dinero, pero en este caso, con las modificaciones previstas en el art. 706° del CPC., y, en opinión de la Dra. Zaida OSORIO RUÍZ³³, "... para el caso de dar bien inmueble determinado, se sigue el mismo trámite que el de dar bien mueble determinado, salvo mejor parecer".

(5) El Proceso No Contencioso:

El detalle es el siguiente: presentada la solicitud, el Juez, al calificarla, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia con arreglo a los arts. 426° y 427°; así lo establecen los arts. 752° y 551° del CPC. El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con el admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia de actuación y declaración judicial. Concluido el trámite, el Juez ordena la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo.

(6) El Proceso de Ejecución de Garantías:

Previsto en los arts. 720° a 724° del CPC. El detalle del proceso es así: Admitida la demanda, se notifica el mandato de ejecución al ejecutado ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía. En el mismo plazo, el ejecutado puede contradecir con arreglo al art. 722°, primer párrafo del CPC. Previo traslado de la contradicción por tres días y con su contestación o sin ella, se resuelve, ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo, según el art. 724° del CPC. Hemos comentado brevemente el proceso de ejecución de garantía que, a tenor del art. 1069° del Código Civil, solo prospera de no haberse pactado la forma de venta de la prenda, al constituirse la obligación.

(7) El Proceso de Ejecución Forzada:

La Ejecución Forzada se regula de conformidad con lo dispuesto en los arts. 725° a 727° del CPC., debiendo tomar particular atención a la tasación y remate de los arts.,

³³ Osorio Ruíz, Zaida, Op. Cit. Pág. 350.

728° a 743°; adjudicación, 744° y 745°; y pago, 746° a 748°.

Resulta de aplicación, como advertimos, lo dispuesto en el Capítulo V, Ejecución Forzada, del Título V, Procesos de Ejecución, de la Sección Quinta, Procesos Contenciosos, del Código Procesal Civil.

CAPÍTULO III. LA PRESCRIPCIÓN

III.I. PRECISIONES CONCEPTUALES. MARCO DOCTRINARIO SOBRE LA PRESCRIPCIÓN. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN LA DOCTRINA Y EN EL CÓDIGO CIVIL.

El distinguido profesor de la Pontificia Universidad Católica, **Dr. Marcial RUBIO CORREA**³⁴ nos instruye así:

Precisiones conceptuales.- El Derecho Civil, y nuestro Código vigente, contienen dos conceptos distintos con el nombre de prescripción, y otros dos con el nombre de caducidad. Este fenómeno es llamado plurisignificación y consiste en que una misma palabra denote cosas distintas dentro de una determinada disciplina del conocimiento. La plurisignificación no es deseable en las ramas de conocimiento que aspiran a conformarse como ciencias –el derecho es una de ellas. No obstante, la realidad actual nos impone el manejo de cuatro conceptos con dos palabras y debemos proceder a

³⁴ Rubio Correa, Marcial. Prescripción y Caducidad. La Extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Vol. VII Biblioteca Para Leer el Código Civil. PUC Fondo Editorial 2003. Mayo 2003. Pág. 13.

explicarlos.

Prescripciones y caducidades tienen todas, un factor común: están referidas a ciertos efectos que, en el Derecho, produce el transcurso del tiempo. Sin embargo, los efectos son distintos en cada uno de los cuatro casos.

Las prescripciones se dividen en adquisitiva y extintiva. La prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso –que varía según las circunstancias, y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien materia del caso. Los artículos principales que sobre ella existen en nuestro Código, aunque no los únicos, son dos:

“Código Civil, artículo 950°.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

“Código Civil, artículo 951°.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”.

La prescripción extintiva es una institución jurídica según la cual, el transcurso de un determinado lapso extingue la acción que el sujeto tiene para exigir un derecho ante los tribunales. Consustancial a la prescripción extintiva es la despreocupación del sujeto para exigir su derecho durante el lapso mencionado. Según el artículo 1989° del Código Civil:

“La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”.

De esta manera, la diferencia fundamental entre las dos prescripciones consiste en que la adquisitiva permite adquirir la propiedad sobre un bien, en tanto que la extintiva hace desaparecer la acción que respalda al derecho que se tiene”.

La doctrina nos informa, en lo tocante a la caducidad, que ella tiene dos variantes:

La que se refiere a Instituciones y Actos; y,

La que se refiere a Acciones y Derechos.

La caducidad de instituciones y actos, consiste en la extinción de este tipo de figuras jurídicas. Así, en el Código Civil peruano se dice que caducan los poderes, art. 264°; los testamentos, arts. 715° y 720°; la oferta, art. 1385°; la facultad de revocar donaciones, art. 1639°; el crédito del hospedante dentro del contrato de hospedaje, art. 1725°; y, el plazo para que el comitente comunique al contratista las diversidades o vicios de la obra sometida al contrato de obra, art. 1783°.

A su lado, existe la caducidad simultánea de acciones y derechos, señalada en el artículo 2003°:

“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”.

De esta manera, la diferencia entre los dos tipos de caducidades viene dada por la naturaleza de los elementos jurídicos sometidos a la extinción por el tiempo: en ciertos casos hablamos sólo de instituciones y actos; en otros hablamos de acciones y derechos.

De lo dicho hasta aquí, puede verse claramente que de los cuatro conceptos involucrados, dos tienen un campo común de aplicación: la prescripción extintiva, y la

caducidad simultánea de acciones y derechos.

Prescripción y caducidad comparten dos aspectos fundamentales:

- Ambas producen efectos por el transcurso del tiempo; y,
- Ambas producen extinción para el Derecho.

Sin embargo, existen notorias diferencias. Todas ellas están determinadas en el Código Civil vigente y son las siguientes:

- La prescripción extingue la acción dejando subsistente el derecho al que ella se refiere, en tanto que la caducidad extingue simultáneamente acción y derecho, artículos 1989° y 2003° del Código Civil.

- La prescripción sólo opera a invocación de parte como excepción, artículo 1992°, en tanto que la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte, artículo 2006°. Es decir, en la prescripción, una vez ganada, opera el arbitrio de parte interesada para lograr sus efectos. En cambio, en la caducidad el arbitrio no tiene lugar desde que es posible la declaración de oficio. Como veremos posteriormente, esto marca una notable diferencia de concepción entre ambas, desde el punto de vista de los intereses individuales y sociales en juego.

- La prescripción puede ser suspendida, artículo 1994° e interrumpida, artículo 1996°, por diversos motivos. En cambio, la caducidad sólo puede ser suspendida cuando es imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, artículo 2005°.

- El término final de la prescripción se rige por las normas generales del plazo establecidas en el artículo 183° del Código Civil, en la medida que el artículo 2002° no trae excepción expresa. Esto equivale a decir que cuando el vencimiento del plazo se produce en día inhábil, en realidad se verifica el primer día hábil siguiente, artículo 183° inciso 5. En cambio, según el artículo 2007°:

“La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil”.

III.II. PRESCRIPCIÓN USUCUPATIVA Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Ángel Francisco BRICE dedica un artículo a la prescripción en la Enciclopedia Jurídica Ameba en el cual dice lo siguiente:

“Se ha confundido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia el concepto de prescripción extintiva y el de caducidad, no obstante sus sensibles diferencias, hasta el extremo de considerar la cuestión una de las más difíciles y más oscuras... como dice **BAUDRY-LACANTINERIE**, no siempre con razón, es necesario confesar que la cuestión no presenta en sí un gran interés práctico, pues se puede determinar el término fijado por

la ley, sin que se requiera discutir respecto al nombra que se deba dar, si el de caducidad o el de prescripción”.

Así, el artículo 1989° del Código Civil establece que la prescripción es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la acción dejando subsistente el derecho que le sirve de base. Ello nos lleva a discutir los conceptos de acción y de derecho, aclarando que sobre la acción haremos un desarrollo más extenso al inicio de la segunda parte de este libro.

Tal como queda configurado en el artículo 1989°, el derecho es lo que en doctrina se denomina derecho subjetivo, al que se define de muchísimas maneras pero que, en esencia, es la potestad o atribución que se encarna en una persona, a partir de un texto normativo, para perseguir legítimamente su interés o beneficio.

La distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo ha sido criticada en la doctrina durante los últimos decenios, pero sirve para determinadas explicaciones jurídicas y ésta es una de ellas: si por ejemplo una norma dice que todo aquel que recibe un daño por dolo o culpa de alguien deber ser indemnizado, derecho objetivo, entonces cuando alguien concreto me hace un daño por dolo o culpa, se encarna en mí el derecho subjetivo de recibir una indemnización de su parte.

Salvo ciertas excepciones específicamente establecidas en la legislación, como por ejemplo la no exigibilidad por acción de las deudas de juego y apuesta no autorizados ni prohibidos de que habla el artículo 1943° del mismo Código, a todo derecho subjetivo acompaña el derecho a la acción.

El concepto de acción.

El concepto de acción también ha recibido diversas definiciones. Para nosotros, basta ahora con decir que acción es la atribución que tienen las personas, de recurrir ante los tribunales para que, poniendo en movimiento la maquinaria de la administración de justicia, se les reconozca o se mande hacer efectivo su derecho.

De esta manera, en principio y salvo contadas excepciones, cada derecho –engendrado por la ley o por la declaración lícita de voluntad, lleva aparejado el derecho a la acción para exigirlo ante los tribunales en el caso de incumplimiento por el obligado.

Nótese que existe una profunda diferencia entre derecho y acción según los tratamos en este aspecto del sistema jurídico:

El primero es una facultad o poder para exigir cumplimiento de algo que nos beneficia de otra u otras personas;

La segunda es una atribución que la persona ejerce ante los tribunales para que hagan, realidad su derecho.

Sin embargo, al lado de este respaldo activo, existe también un respaldo pasivo a través del cual el Estado protege al acreedor al que paga el deudor que tenía una deuda para cuyo cobro el acreedor carecía de acción. Tales son, a manera de ejemplo, los preceptos contenidos en el artículo 1275° y en el segundo párrafo del artículo 1943°, en los que se establece que no hay lugar a repetición, es decir, devolución, cuando se paga una deuda prescrita, o cuando se paga voluntariamente una deuda emanada del juego y

la apuesta no autorizados.

De las consideraciones hechas hasta aquí, puede concluirse que la prescripción entendida como extinción de la acción y subsistencia del derecho correspondiente, es perfectamente coherente con las demás normas del sistema, es decir, que en nuestro medio existen efectivamente obligaciones naturales que, aún cuando carecen de acción, pueden aún ser exigidas del deudor por otros mecanismos distintos. Por consiguiente, puede decirse que un derecho con acción prescrita, sigue siendo derecho jurídicamente exigible de acuerdo a nuestro Código Civil, aunque dicha exigibilidad resulta más débil que si la acción aún subsistiera.

El interés en que las acciones prescriban no es individual sino público, y una de las pruebas más contundentes de ello es que, según el artículo 2000°, “Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”. En otras palabras, que la acción prescriba no corresponde al interés individual del beneficiario, sino al interés público encarnado en la normalización de las relaciones jurídicas en la sociedad. Este es el sentido de las normas imperativas contenidas en el artículo 1990°, que por lo demás concuerda con el artículo V del Título Preliminar, y con el artículo 219° inciso 7.

Distinta es la situación en el caso del interés directo del beneficiario del plazo. Si él quiere hacer honor al derecho de su contraparte en la relación, puede optar bien por reconocerle tal derecho, bien por no alegar la prescripción, en cualquiera de las formas en que puede hacerse.

Si reconoce el derecho de su contraparte, aún antes de que se cumpla el plazo prescriptorio, está produciendo la interrupción de la prescripción, inciso 1 del artículo 1996°, y el efecto concreto de esta decisión unilateral suya, será el de que la prescripción inicia nuevamente su conteo, borrándose todo transcurso de tiempo prescriptorio anterior.

Si opta por no invocar la prescripción –pues para beneficiarse de ella está obligado a plantear la excepción correspondiente según el artículo 1992°, entonces se verá condenado a cumplir con la pretensión de su contraparte en la sentencia.

En síntesis, entonces, en materia de renunciabilidad e irrenunciabilidad de la prescripción puede afirmarse lo siguiente:

- El derecho a prescribir no puede ser renunciado, según manda la primera parte del artículo 1990° del Código. El pacto que contuviera tal renuncia será nulo por aplicación del mismo artículo 1990°, del V del Título Preliminar y del inciso 7 del artículo 219°.

- Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada según lo establece el artículo 1991°.

- El beneficiario con la prescripción, sin renunciar a ella, puede no utilizarla –pues debe ser expresamente invocada según el artículo 1992, e inclusive puede cortar el transcurso del plazo de prescripción reconociendo el derecho de su contraparte.

- Por consiguiente, coexisten dialécticamente en la prescripción un interés público consistente en que las acciones –salvo contadas excepciones, no sean imprescriptibles; y un interés particular determinantes, que es el del beneficiario de la prescripción, el que puede hacerlo valer o no, de distintas maneras, a lo largo del tiempo y de las etapas de logro de la prescripción, o de invocación una vez ya obtenida.

- La renuncia tácita de la que habla el segundo párrafo del artículo 1991° debe ser evaluada no sólo en base al texto de esta norma, sino también en base a los elementos normativos que aporta el artículo 141°, particularmente, la necesidad de la inferencia indubitable a partir de la actitud o circunstancias del comportamiento, y la excepción de la declaración en contrario o la reserva.

- La ignorancia de las circunstancias no beneficia a quien hace una declaración que interrumpe el plazo prescriptorio, ni puede beneficiarlo tampoco cuando, por no haber invocado la prescripción en juicio, pasa en calidad de cosa juzgada la sentencia que ordena satisfacer el derecho de la contraparte.

La prescripción debe ser invocada

La norma que establece este requisito es el artículo 1992° del Código Civil:

“Código Civil, artículo 1992°.- El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada”.

A diferencia de la caducidad, la prescripción debe ser invocada para que produzca sus efectos. El texto del artículo 1992° es claro al respecto. Esto equivale a decir que la prescripción no puede ser invocada de oficio por el juez en sus fallos y, por consiguiente, que no beneficia automáticamente al interesado.

Según el Código Procesal Civil la prescripción extintiva es una excepción dentro del proceso, artículo 446° inciso 12. En éste y los subsiguientes dispositivos del Código mencionado, se hallan las reglas procesales aplicables.

Ya desde la vigencia del Código de 1936, y a pesar del texto de su artículo 1153°, la doctrina peruana ha aceptado que la prescripción puede ser alegada en vía de acción o de excepción.

Para que esto quede más claro aún, al elaborarse el Código de 1984, el **DR. VIDAL RAMÍREZ** en su calidad de ponente de esta parte propuso que se eliminara el artículo 1153° para dejar indubitablemente establecido que la prescripción podía operar por cualquiera de las dos vías. Esto se realizó así, es decir, se suprimió del Código vigente la norma del artículo 1153° del derogado con lo cual, por interpretación histórica, puede concluirse que la intención ha sido la de permitir el beneficio prescriptorio por vía de acción y de excepción.

Por consiguiente, la prescripción no cumple una función meramente defensiva sino que puede ser activamente invocada por el beneficiario mediante la acción correspondiente.

Luego de estas afirmaciones, es preciso señalar que la norma del art. 1992° habría quedado tal vez mejor elaborada si dijera: “El juez funda sus fallos en la prescripción cuando es invocada”. Esta redacción resultaría más clara en relación al espíritu contenido en la norma, que corresponde típicamente a una implicación recíproca, sólo y siempre que la prescripción se invoque, debe ser establecida en el fallo. La redacción actual del artículo da la impresión de ser potestativa por su redacción en doble negación. Le integración a contrario del artículo podría entenderse como “El juez puede fundar sus fallos en la prescripción si ha sido invocada”, pero ello sería un error, pues lo correcto es decir que siempre que la prescripción haya ocurrido, y siempre que haya sido invocada,

el juez debe declararla en la sentencia. Obviamente, “El Juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada” también se puede leer sin las dos negaciones, y se leería así: El Juez puede fundar sus fallos en la prescripción si le ha sido invocada”. Y así no es. En realidad, el Juez debe fundar sus fallos, necesaria, obligada e inexorablemente, cuando le hubiere sido deducida.

Término inicial del plazo de prescripción

El artículo 1993° del Código Civil establece:

“Código Civil, artículo 1993°.- La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.

Dos normas contiene este artículo: la primera se refiere al momento del término inicial del plazo de prescripción; la segunda soluciona el problema de la muerte del titular del derecho y la situación en que quedan sus sucesores frente a la prescripción iniciada.

En referencia a la primera norma –la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, cabe recordar que la prescripción extintiva tiene dos fundamentos básicos: primero, es la extinción de una acción por el transcurso del tiempo y, segundo, opera ante la falta de acción del interesado para defender el derecho correspondiente.

De aquí que el requisito para que comience a correr la prescripción sea que la acción pueda ejercitarse. En caso contrario, de los dos fundamentos faltaría necesariamente el segundo, porque el interesado no tendría cómo ejercitar su acción y, por tanto, se estaría sancionando su inactividad jurídicamente forzosa.

“El día en que puede ejercitarse la acción”, no es una expresión que suponga un referente de hecho, sino uno de naturaleza jurídico-conceptual. Es decir, la norma no exige que de hecho pueda ejercitarse la acción sino que, de Derecho, la acción pueda ser interpuesta.

Suspensión de la prescripción

Los artículos que tratan el tema dentro del Código son tres:

“Código Civil, artículo 1994.- Se suspende la prescripción:

1. Cuando los incapaz no están bajo la guarda de sus representantes legales.
2. Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
3. Entre las personas comprendidas en el artículo 326.
4. Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
5. Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
6. Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo.
8. Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano”

La suspensión de la prescripción consiste en abrir un paréntesis en el transcurso del plazo. Es decir, mientras existe una causa de suspensión el plazo no corre jurídicamente hablando y, concluida la existencia de dicha causa, el plazo retoma su avance sumándose al tiempo acumulado antes que la suspensión tuviera lugar –artículo 1995°. La suspensión de la prescripción está instituida a favor de quien detenta la acción, pues se supone que sus causas han determinado una imposibilidad razonable de recurrir a los tribunales.

Las causales de suspensión de la prescripción pueden ser organizadas en tres grupos que son:

I. Aquellos casos en los que se presenta una situación de indefensión porque no existe representante hábil para llevar adelante el juicio. Tales los incisos 1 y 6 del artículo 1994°;

II. Casos en los que no es razonable que las personas con intereses encontrados, litiguen entre sí a propósito del problema cuya acción va a prescribir. Estos son los casos de los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 1994°; y,

III. El caso de la imposibilidad de reclamar el derecho ante un tribunal peruano, tratado en el inciso 8 del artículo 1994°.

El inciso primero del artículo 1994° establece como causa de suspensión el hecho que los incapaces no estén bajo la guarda de sus representantes legales. Es una obvia causal de suspensión desde que los incapaces no pueden accionar. Hacer correr el plazo en estas circunstancias sería perjudicar su derecho a la acción en forma grave.

El inciso dos del artículo 1994° establece como causa de suspensión de la prescripción de acciones entre los cónyuges, la vigencia de la sociedad de gananciales.

Hay que notar que la prescripción no se suspende ni durante el matrimonio, ni tampoco hasta que decae y se disuelve el vínculo matrimonial (separación de cuerpos o divorcio). La causal de suspensión es, llanamente, la existencia de la sociedad de gananciales, es decir, una de las formas de ordenar el régimen patrimonial del matrimonio.

El inciso tres del artículo 1994° se refiere a las personas que, conviviendo con los requisitos establecidos en el artículo 326° del Código, conforman una sociedad de bienes que se rige por las reglas de la sociedad de gananciales del matrimonio civil. En consecuencia, la unión de hecho de que tratamos, es análoga a la situación matrimonial –aunque muy distinta, desde luego, y pueden serle aplicables las mismas reglas.

Los incisos cuatro y cinco tratan de aquellas situaciones en que los incapaces son representados por quienes ejercen poderes personales sobre ellos (patria potestad, tutela o curatela). Por consiguiente, en las acciones que quepan entre representante y representado, no puede haber prescripción mientras el vínculo existe, por la sencilla razón de que el representante tendría que enjuiciarse a sí mismo y, como eso no va a ocurrir, entonces los derechos del incapaz estarían a muy pobre recaudo.

El inciso seis suspende la prescripción durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.

El inciso siete del artículo 1994° suspende la prescripción extintiva de las acciones entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo. También resulta evidente esta excepción, porque los administradores o bien representan en juicio a la persona jurídica (y no se van a enjuiciar a sí mismos), o tienen influencia en la toma de decisiones dentro de ella o, finalmente, pueden esconder más fácilmente los problemas que van creando a su institución.

Finalmente, el inciso ocho del artículo 1994° suspende la prescripción extintiva mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Este inciso está pensado para causas de una gravedad tal como la supresión de los tribunales; o la ocurrencia de una guerra que impide el normal funcionamiento de las instituciones; o la existencia de autoridades extranjera que impiden el acceso de los nacionales a las instituciones políticas del Estado (lo que ocurrió durante el cautiverio de Tacna, bajo control del Estado chileno hasta su devolución). En estos y otros casos semejantes la procedencia de este inciso 8 es indiscutible.

Los tribunales, o los trabajadores administrativos de los Tribunales, entran en huelga –y en los últimos tiempos las huelgas del aparato administrativo del Poder Judicial han durado lapsos considerables: ¿Se debe ir llevando la cuenta de estas suspensiones de labores para, a su vez, considerar aquellos días como suspendidos para efectos de la prescripción? Considérese que en un lapso de diez años, por ejemplo, para la prescripción y período semejante para la caducidad, con arreglo a los arts. 1994° inc. 8 y 2005°, se pueden reunir un buen número de meses de interrupción de labores en el Poder Judicial que tornan imposible reclamar el derecho.

Sobre este tópico, comentamos más adelante en forma amplia, la recientísima sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional respecto a una acción de amparo cuyo plazo para interponerla había caducado, según el nomen iuris dado por el art. 37° de la Ley 23506, pero en oportunidad en que había una huelga en el Poder Judicial. La referida sentencia y el novísimo Código Procesal Constitucional que se adjuntan a este trabajo, como Anexo “F”, aportan a su esclarecimiento.

Las partes viven en el extranjero y en consecuencia no pueden recurrir a tribunales peruanos en su vida cotidiana. Este es otro caso complicado porque, mediando la posibilidad de cubrir los costos respectivos, pueden nombrar apoderado en el país. Por consiguiente, en cierto sentido sí pueden reclamar ante los tribunales peruanos, pero en cierto otro les va a ser muy difícil, debiendo evaluarse caso por caso.

Según el artículo 1999° la suspensión –y la interrupción, pueden ser alegadas por cualquiera que tenga un legítimo interés.

Este artículo se aplica fundamentalmente a la suspensión e interrupción de los plazos de prescripción –pero también al supuesto de suspensión de los plazos de caducidad considerado en el artículo 2005°.

Interrupción de la prescripción

Los artículos que tienen que ver con este tema dentro del Código Civil son los siguientes: 1996°, 1997°, 1998° y 1999°.

“Código Civil, artículo 1996°.- Se interrumpe la prescripción por:

1. Reconocimiento de la obligación.
2. Intimación para constituir en mora al deudor.
3. Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
4. Oponer judicialmente la compensación”.

“Código Civil, artículo 1997°.- Queda sin efecto la interrupción cuando:

1. Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996, inciso 3.
2. El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor o; cuando el demandado se desiste de la reconvención o de la excepción con la que ha opuesto la compensación.
3. El proceso fenece por abandono”.

“Código Civil, artículo 1998°.- Si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada”.

“Código Civil, artículo 1999°.- La suspensión y la interrupción pueden ser alegadas por cualquiera que tenga un legítimo interés”.

La interrupción de la prescripción consiste en la cancelación del lapso del plazo transcurrido hasta que aparece la causal y en el inicio de una nueva cuenta. En otras palabras, la aparición de una causal de interrupción del plazo de prescripción, fija un nuevo término inicial para dicho plazo y, el conteo anterior, es como si no hubiera existido. La interrupción es exclusiva de la prescripción: nunca ocurre en la caducidad.

Como puede apreciarse del artículo 1996°, la interrupción sólo puede darse dentro de relaciones obligacionales –acreedor, deudor y prestación, pues todas las causales se refieren exclusivamente a ellas.

Según el profesor **RUBIO CORREA**³⁵, las causales de interrupción pueden ser organizadas en dos grupos reconocidos por la doctrina:

1. Aquellos casos en los que la causal es reconocitiva, es decir, que opera porque el deudor efectúa un reconocimiento de su obligación. Tal es el inciso 1 del artículo 1996° del Código Civil y puede ser verificado según las formalidades establecidas en el artículo 1205° del propio Código; y
2. Aquellos casos en los que la causal es interpelativa, es decir, que opera porque el acreedor realiza algún acto que implica la cautela de su derecho. Es la situación que plantean los incisos 2, 3 y 4 del mismo artículo 1996° del Código Civil.

A continuación desarrollamos estas causales de interrupción según el orden en que las menciona el Código.

El inciso uno del artículo 1996° establece la interrupción de la prescripción cuando se produce el reconocimiento de la obligación. Ello puede ser realizado sólo por quien está

³⁵ Rubio Correa, Marcial. Op. Cit. Pág. 79.

obligado, es decir, por el que se está beneficiando con el transcurso del plazo prescriptorio, al término del cual ya no le podrán exigir judicialmente la prestación. En otras palabras, reconocer la obligación es equivalente a reconocer la necesidad del cumplimiento y, por tanto, a no acogerse al beneficio de la extinción de la acción.

El inciso dos se refiere a la interrupción de la prescripción cuando se intima para constituir en mora al deudor. En este caso, es el propio acreedor el que, vigilante de sus derechos, se preocupa activamente de que no desaparezcan. Hemos dicho ya que la prescripción extintiva tiene como uno de sus fundamentos, el descuido del titular del derecho. En la medida que la constitución de mora por el acreedor supone lo contrario a este descuido, entonces la ley produce la interrupción del plazo prescriptorio.

El inciso tres del artículo 1996° prevé el caso en que la intimación para constituir en mora al deudor se haya hecho recurriendo a autoridad incompetente. En este caso, propiamente, no se ha constituido la mora por un defecto de competencia del juez o de la autoridad elegida por el acreedor. Sin embargo, el cuidado de éste ha sido salvaguardado y, por tanto, la interrupción de la prescripción se produce, aunque la mora no se haya generado. Este inciso permite ver que son dos fenómenos independientes, para efectos de la interrupción, el hecho de que le acreedor se preocupe por su crédito, y el de que la mora efectivamente se produzca.

El inciso cuatro del artículo 1996° establece la interrupción de la prescripción extintiva cuando se opone judicialmente la compensación. Entre los artículos 1288° y 1294°, el Código establece ciertos requisitos para que la compensación sea posible y ellos no se cumplirán necesariamente con la oposición judicial. Cabe entonces preguntarse si de los que trata el inciso 4 del artículo 1996° es de que la compensación sea jurídicamente posible, o si basta que el acreedor se haya preocupado de lograr por esta vía la satisfacción de su crédito. Consideramos que el requisito del inciso 4 del artículo 1996° es sólo lo segundo, es decir, que se oponga judicialmente la compensación y no que ésta sea factible. En efecto, dos cosas distintas son el logro de la compensación y la obtención de la interrupción de la prescripción. Por lo demás, en la misma naturaleza de las cosas está el apoyo de nuestra conclusión: si la compensación resulta aceptada, entonces la acción para exigir por otra vía la extinción de la obligación, resulta innecesaria porque luego de la compensación ya no habría qué exigir.

El artículo 1997° establece tres casos en los cuales la interrupción de la prescripción queda sin efecto, es decir, que el plazo de prescripción sigue corriendo desde su primer término inicial, sin mengua temporal alguna. Ello ocurre, según el primer inciso, cuando el deudor no es citado ni notificado de acuerdo al inc. 3 del art. 1996°. En este caso, el beneficio que la ley acuerda al deudor de que se extinga la acción contra él debe permanecer vigente por defecto de la actuación del acreedor, que debe tener la diligencia suficiente para intimar formalmente al deudor de manera efectiva.

El inciso dos del artículo 1997° supone el desistimiento del acreedor frente a su deudor bien en la demanda, bien la notificación por otro medio, bien en la reconvencción o en la excepción –estas últimas, como medio de lograr la compensación de obligaciones. El desistimiento supone que el acreedor no exige debidamente a su deudor, de acuerdo a su interés obligacional.

El inciso tres del artículo 1997° considera el caso de finalización del proceso por abandono del acreedor, figura procesal que también supone descuido del acreedor en la exigencia de su crédito.

En síntesis, los casos de no interrupción del artículo 1997° son correctos y se explican, nuevamente, en el defecto de la actuación diligente del acreedor frente a su deudor. Esto encuentra pleno apoyo en el fundamento mismo de la interrupción de la prescripción extintiva.

El artículo 1998° establece que la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso de intimación o de pedido de compensación, queda ejecutoriada. Esta norma es correcta porque durante el desarrollo del proceso, el acreedor ha mostrado diligencia en la persecución de su crédito y, simplemente, al final ha sido derrotado porque su exigencia judicial fue desestimada.

Fijación legal de los plazos de prescripción

La norma pertinente es el artículo 2000° del Código Civil:

“Código Civil, artículo 2000°.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”.

Como ya se ha dicho antes, en la prescripción extintiva hay consideraciones de interés público y privado. Esta norma atañe a los primeros y establece dos cosas complementarias:

- La primera, que las partes no pueden fijar plazos prescriptorios por su propia cuenta. Los plazos de esta naturaleza son los establecidos en la ley o simplemente no existen.

- La segunda, que las partes no pueden modificar los plazos prescriptorios establecidos por ley, ni extendiéndolos ni reduciéndolos. La prescripción, en la medida que puede ser alegada por todo aquél que tenga un legítimo interés –artículo 1999, tiene que ser cierta y no puede quedar librada a acuerdos privados entre acreedor y deudor. Si ello fuera así, los terceros interesados quedarían en desventaja para ejercitar los derechos que la ley les confiere y no puede haber pactos válidos contrarios a las normas que interesan al orden público –ver artículo V del Título Preliminar.

Como veremos después, las partes sí pueden establecer plazos de caducidad según su propio interés. Por ello, en todo caso, no podrán entrar en conflicto con los de prescripción, normados por la ley.

Término final de la prescripción

El artículo que contiene la norma aplicable es el 2002°:

“Código Civil, artículo 2002°.- La prescripción se produce vencido el último día del plazo”.

Las reglas aplicables al cálculo del término final de la prescripción extintiva son las consignadas en el artículo 183° del Código Civil, que dice:

“Código Civil, artículo 183°.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el

acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple en el último día de dicho mes.

3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.

4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente”.

Y para que no quede duda de que estas son las disposiciones aplicables a la prescripción extintiva, el artículo 184° dice:

“Las reglas del artículo 183° son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferentes”.

Como veremos posteriormente, la aplicabilidad del inciso 5 del artículo 183° a la prescripción, marca una de las diferencias con la caducidad: en la prescripción cuando el último día del plazo sea inhábil, el vencimiento se produce el primer día hábil siguiente. En la caducidad, según el artículo 2007°, el plazo vence aún en día inhábil.

III.III. PRESCRIPCIÓN CIVIL Y PRESCRIPCIÓN MERCANTIL. ¿EXISTEN DIFERENCIAS. SEMEJANZAS. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

A pesar de que hace aproximadamente ochenta años se inició un proceso, lento pero firme, de mercantilización del derecho civil ³⁶ en Europa, el que se ha traducido en la unificación de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles ³⁷, entre otros, numerosos aspectos, todavía existen institutos que, a nuestro juicio, marcan diferencias y hacen distinciones.

Nos referimos, por ejemplo, a la solidaridad, al beneficio de excusión, a la fianza, al aval, al mandato, a la comisión y a la agencia, a la prenda y a la irreivindicabilidad, a ciertos contratos preparatorios y a otros innominados. En estas instituciones y en estos contratos, podemos hallar marcadas o sutiles diferencias, pero finalmente –diferencias, así como semejanzas.

Hemos revisado doctrina nacional y extranjera. En cuanto a esta última y en

³⁶ Tiene la misma significación si lo decimos a la inversa: civilización del derecho mercantil, aunque algunos estudiosos de la materia quieran encontrarle matices que marcarían pequeñas diferencias

³⁷ En el Perú, por ejemplo, los arts. 2112° y 1354° del Código Civil de 1984 son elocuentes: “Los contratos de compra-venta, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del Presente Código. Quedan derogados (...)” y “Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

particular, a la chilena, la argentina, la española y la mejicana, en ninguna hemos hallado estudios relativos a diferencias; muy por el contrario, guardando las distancias propias de los sujetos y los asuntos materia de relación jurídica, llámese derecho de familia, derecho de sucesiones, derechos reales, derecho internacional, derecho de obligaciones, etc., etc., lo que sale a relucir y se arriba como conclusión, es que los institutos como tales, prescripción y caducidad, no tienen diferencias por razón del ámbito en el cual se aplican, sea éste el civil o el mercantil. Se adjunta a este trabajo, como Anexo "H" la Legislación de Sociedades Comerciales o Mercantiles de Argentina, Chile, España y Méjico; y como **Anexo "I"** los Códigos Civiles de dichos cuatro países, en ambos casos, en sus partes pertinentes. Ellos son comentados en varios pasajes del presente documento.

El fundamento de la prescripción es de orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su consolidación, sustentándose, por tanto, en el principio de seguridad jurídica. Como bien lo ha precisado **León Barandiarán**, la necesidad de la estabilidad en las relaciones sociales ha impuesto la conveniencia de la praescriptio actionum y, por eso, creemos con el maestro, que es una de las instituciones jurídicas más necesarias para el orden social.

La doctrina tradicional solía exponer un fundamento de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. Por el fundamento subjetivo, se explicaba la prescripción mediante una presunción legis de renuncia del titular del derecho a ejercitar la acción, criterio que no puede tener asiento en nuestro Derecho desde que el Código Civil ha recusado la manifestación de voluntad presumida por la ley. Por el fundamento objetivo se sustenta la Prescripción en la necesidad de dotar de seguridad a las relaciones jurídicas, siendo este el criterio adoptado en nuestro sistema jurídico.

La moderna doctrina ha cuestionado el fundamento subjetivo por cuanto considera que, más que una presunción de renuncia, lo que hay es un efecto impuesto por la ley ante el transcurso del tiempo y, más bien, enfatiza el fundamento objetivo en orden a la seguridad, aun cuando al hacerse prevalecer la seguridad pueda afectarse la justicia o la equidad.

Según **ENNECERUS**, la prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz jurídica, las cuales exigen que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas. Para el tratadista alemán sin la prescripción nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, si, como frecuentemente es inevitable, se perdieran en el curso del tiempo los medios de prueba para su defensa. Concluye **ENNECERUS** en que el interés general y público de la seguridad del derecho concuerda con el interés particular y, por tanto, es un medio de protección.

Atendiendo al fundamento de la prescripción, si el titular de un derecho durante considerable tiempo transcurrido no hace efectiva su pretensión ejercitando la acción correspondiente para que el órgano jurisdiccional lo declare y lo haga efectivo, la ley no debe ya franquearle la posibilidad de su ejercicio. Y por el mismo fundamento, se permite la oposición al ejercicio de esa acción alegándose la prescripción.

La doctrina es, pues, dominante en cuanto a reconocer el orden público como fundamento de la prescripción. Pero estamos de acuerdo con **Augusto Ferrero** en cuanto considera que si bien la idea del orden público inspira la prescripción, no es

exclusivamente su reguladora. La prescripción tiene un fundamento básico que radica en consideraciones de orden público, pero conjugado con el interés privado.

Irrenunciabilidad del derecho de prescribir

Como lo hemos expuesto y lo acabamos de dejar indicado, el fundamento de orden público que sustenta el tratamiento legislativo de la prescripción determina la irrenunciabilidad del derecho de prescribir y así lo ha preceptuado el art. 1990° del Código Civil.

La norma del art. 1990°, que tiene su antecedente en el art. 1150° del Código Civil de 1936, está tomada del Anteproyecto del que fuimos autores y en cuya Exposición de Motivos dejamos expresado que el principio jurídico que reiteraba es el de que no puede hacerse renuncia anticipada a la prescripción, por cuanto el derecho de prescribir es de orden público y es un derecho subjetivo que se alienta de interés social. Lo que si puede el prescribiente es renunciar a la prescripción una vez que el plazo prescriptorio se ha cumplido o, antes de que se cumpla, dar lugar a una interrupción del decurso prescriptorio mediante causal reconocitiva.

El ius cogens que sustenta la irrenunciabilidad del derecho de prescribir, que es el derecho a beneficiarse con la prescripción que el ordenamiento jurídico confiere, determina, además, la nulidad del pacto destinado a impedirlo, tal como lo establece el mismo art. 1990.

Nulidad del pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción

La doctrina es dominante en cuanto a explicar y justificar la proscripción de pactos o convenios para enervar los efectos de la prescripción y la codificación civil mantiene un criterio uniforme en razón del fundamento de la prescripción. Así, el Código alemán advierte que: “La prescripción no puede excluirse ni entorpecerse por negocio jurídico”, art. 225°, y el Código italiano que: “Es nulo todo pacto dirigido a modificar la disciplina legal de la prescripción”, art. 2936°, normas éstas que se constituyen en antecedentes de la contenida en el art. 1990° del Código Civil, pues el Código de 1936 no tuvo una prohibición específica sino la genérica del art. III de su Título Preliminar en el sentido de que no se podía pactar contra las leyes que interesaran al orden público.

La norma del art. 1990° del Código Civil, que sanciona con nulidad todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción, fue tomada por la Comisión Reformadora del Anteproyecto del que fuimos autores y en cuya Exposición de Motivos la explicamos por las consideraciones de orden público en que se funda la prescripción. Indudablemente que, como lo hemos también explicado al comentarla, la norma no sólo guarda consecuencia con el art. V del Título Preliminar del mismo Código Civil, en cuanto declara que es “nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres” y con el inc. 7 del art. 219°, según el cual el acto jurídico es nulo “cuando la ley lo declara nulo”.

El Código Civil lo que preserva, y por eso enfatiza en la nulidad de los pactos para su renuncia, es el fundamento del régimen legal de la prescripción y, por eso también, impide que un sujeto pretensor pueda imponer un pacto de tal jaez al obligado, o que, tal pacto pueda llegar a convertirse en una de las llamadas cláusulas de estilo. Este criterio,

aunque de manera redundante dada la aplicación supletoria del Código Civil en virtud del art. IX de su Título Preliminar, ha sido tomado por la Ley General de Arbitraje N° 26572, en cuyo inc. 5 de su Séptima Disposición Complementaria se establece que: “Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción”.

La legitimidad para invocar la prescripción

Habría que advertir, previamente, como premisa de la legitimidad para invocar la prescripción, que el Código Civil resume la temática de su oponibilidad en el art. 1992° que establece que “el Juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada”, norma que, como puede apreciarse, se aparta del fundamento cogente de la prescripción y da cabida al interés privado del prescribiente. La acotada norma mantiene el criterio establecido por el art. 1154° del Código Civil de 1936, que le sirve de antecedente, dando contenido a una norma general de carácter sustantivo.

La norma general que preceptúa el art. 1992° es concordante con la posibilidad legal de renunciar la prescripción ya ganada, prevista en el art. 1991°, pues puede partirse del supuesto de que el no invocarse la prescripción es una manera de renunciarla, o que no sea operante por causales suspensivas o interruptivas. La norma del art. 1992° está dirigida, en definitiva, a impedir fallos oficiosos y para que sólo por la invocación de la prescripción pueda el órgano jurisdiccional fundar sus fallos en ella.

El prescribiente, pues, como es obvio, está legitimado para invocar la prescripción, y oponerla, por ser la persona a quien la ley favorece con ella. La cuestión radica en si además del prescribiente, la prescripción puede ser invocada y opuesta por persona distinta a éste, lo que afirmamos que es posible, puesto que el vacío que aparentemente presenta la norma del art. 1992 puede ser integrado en base a la interpretación que vamos a exponer y que se sustenta en la concordancia con las normas que vamos a acotar.

El Anteproyecto del que fue autor el jurista **Dr. Fernando VIDAL** y del cual ha sido tomada la norma del art. 1992°, planteó que, además del prescribiente, la prescripción pudiera ser invocada por “cualquiera que tenga un legítimo interés, cuando quien se favorece no la haga valer” y que “puede también ser invocada aunque haya sido renunciada”. Se explica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto presentado ante la Comisión Reformadora del Código Civil, que el derecho de invocar la prescripción no es *intuitu personae*, es decir, no es un derecho personal conforme a la noción de los derechos personales que conocemos y que estaba en aptitud de invocarla todo sujeto que pudiera favorecerse con la prescripción, fuera persona natural o jurídica, así como todo el que tuviera un legítimo interés económico o moral, ya sea directamente o por intervención de su representante.

La oponibilidad en vía de acción

La eliminación de la posibilidad de invocar la prescripción en cualquier estado del proceso fue propuesta, como se anota en la Exposición de Motivos, por el **Dr. VIDAL RAMÍREZ**, ante la Comisión Reformadora del Código Civil, con el deliberado propósito de que no quedara duda sobre que la prescripción se puede hacer valer no sólo como excepción sino también en vía de acción, esto es, como pretensión dimanada del derecho de prescribir. La prescripción, que por regla general se hace valer en vía de excepción,

puede también, sin que nada obste, ser invocada en vía de acción. La prescripción no tiene una función meramente defensiva y el legítimo interés que justifica su invocación permite asimismo que pueda ser pretendida por el propio prescribiente en una acción declarativa, o por los acreedores en una acción subrogatoria u oblicua, o si el prescribiente la abdica, en una acción paulina.

La citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente, es también una causal interpelativa y está prevista en el inc. 3 del art. 1996° del Código Civil. Si bien registra como antecedente el inc. 6 del art. 1163° del Código de 1936, está tomada del Anteproyecto del que fue autor el **Dr. Fernando VIDAL**.

El Código de Comercio, que data de 1902 y que a pesar de sus desmembraciones conserva un articulado subsistente, tiene también prevista esta causal en su art. 955° haciendo referencia a “la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor”, por lo que, pese a su vetustez y desuso, acierta en el planteamiento de esta causal interpelativa.

Consideramos que este es el lugar oportuno para ocuparnos de la causal establecida por el art. 19° de la Ley N° 26872. Como ya hemos advertido no se trata de una causal de suspensión sino de interrupción, pues la solicitud de Conciliación Extrajudicial constituye un acto jurídico por el cual el titular del derecho contra el cual está corriendo el decurso prescriptorio está ya haciendo valer su derecho para exigir la prestación que se deriva del mismo, pues el hecho de recurrir a un Conciliador es ya comenzar a ejercitarlo, máxime si la conciliación previa al emplazamiento judicial es obligatoria, conforme al art. 6° de la acotada Ley de Conciliación y constituye un requisito de procedibilidad de la demanda.

La desafortunada redacción del art. 19° de la Ley de Conciliación –que lo refiere como causal de suspensión y al que ya hemos hecho referencia, ha sido salvada en parte por el art. 28° del Decreto Supremo N° 001-98-JUS, vigente desde el 14 de enero de 1998, que lo reglamenta, pues, aclarándola, indica que los plazos de prescripción “se reinician en la fecha de conclusión de la Audiencia de Conciliación señalada en el Acta para los casos en que la conciliación fuese parcial o no se hubiera realizado”. Debemos agregar, ahora, que no nos cabe la menor duda de que se trata de una interrupción, pues el uso del prefijo “re” es indicativo de que el plazo para la prescripción tiene que volver a computarse, pues se reinicia, para aquello que no fue conciliado o para lo que no hubo conciliación alguna.

La Ley N° 26572 –Ley General de Arbitraje, al normar la interrupción de la prescripción, en el párrafo b. del inc. 1, de su Séptima Disposición Complementaria y Transitoria, ha considerado como causales interruptivas la formulación de la pretensión ante el o los árbitros designados en el convenio arbitral, o el requerimiento a la otra parte para el nombramiento de el o los árbitros, o la notificación a la otra parte de la iniciación del arbitraje de conformidad con el Reglamento de la institución a la que se le haya encargado, siempre que se corra traslado a la otra parte, esto es, que se le notifique. El inc. 4 de la misma Séptima Disposición agrega que cuando las reglas de arbitraje aceptadas por las partes o el convenio arbitral dispongan la realización previa al arbitraje de un proceso conciliatorio, la iniciación de tal proceso constituye también causal interruptiva.

Se constituye, pues, en causa interruptiva la notificación de la demanda o cualquier otro recurso o actuado que acarree notificación, como pueden ser el emplazamiento con la demanda, en prueba anticipada o con un embargo preventivo u otra medida cautelar que se haga valer ante un órgano jurisdiccional, aun cuando no sea el competente, aunque con la advertencia ya hecha en cuanto a que la interrupción debería producirse con la presentación del escrito respectivo. De la misma manera, es causa interruptiva la formulación de la pretensión ante un órgano arbitral o para que se organice el proceso arbitral, o ante cualquier autoridad, aun cuando carezca de competencia, y aun cuando pueda incurrirse en un ejercicio abusivo del derecho, pues lo que esta causal interruptiva persigue es que la actividad del titular del derecho ponga de manifiesto su voluntad de ejercitarlo.

Prescriptibilidad de la acción cambiaria directa

La acción cambiaria directa es la que puede ejercitar el tenedor del título contra el obligado principal y/o sus garantes, según hayan constituido garantías reales o personales. Es la que corresponde a los tenedores de letras de cambio, de pagarés, de facturas conformadas, de cheques en cualquiera de sus modalidades, de certificados bancarios en moneda nacional o extranjera, certificados de depósito y de warrants, de títulos hipotecarios negociables, de conocimientos de embarque, de cartas de porte terrestres o aéreas, de pagarés bancarios, de certificados de depósito negociables y, en general, de los títulos valores y valores mobiliarios en relación a los cuales la Ley concede la acción cambiaria directa.

El plazo prescriptorio ha sido fijado en 3 años, según lo dispuesto por el art. 96.1, inc. a), y se computa a partir de la fecha del vencimiento del plazo para su pago o cumplimiento, salvo el caso de los cheques cuyo plazo prescriptorio se computa a partir del último día del plazo para su presentación a cobro y de los títulos con vencimiento a la vista, cuyo cómputo se hace a partir del día de su presentación a cobro o, de no haberse dejado constancia de ello, a partir del día de su respectivo protesto o de la formalidad sustitutoria, o, en su defecto a partir del último día para su presentación al pago o del señalado en el mismo título, según el art. 96.2 de la Ley 27287.

Se trata de un plazo prescriptorio y no de caducidad en razón de que vencido el plazo para su ejercicio se extingue la acción cambiaria directa, mas no, el derecho que puede dar lugar a la pretensión de pago mediante el ejercicio de la acción por enriquecimiento sin causa, que está sometida a un plazo de caducidad.

Prescriptibilidad de la acción cambiaria de regreso

La acción cambiaria de regreso es la que puede ejercitar el tenedor del título contra los obligados solidarios y/o sus garantes, según hayan constituido garantías reales o personales. Es la que corresponde contra los que emitan, giren, acepten, endosen o garanticen títulos valores y quedan solidariamente obligados contra el tenedor, salvo cláusula o disposición legal expresa en contrario prevista en el art. 11.1 de la Ley. Corresponden también al obligado que haya pagado el título valor contra los demás obligados anteriores a él, según es de verse del art. 11.2.

El plazo prescriptorio ha sido fijado en un 1 año, según lo dispuesto por el art. 96.1, inc. b), y se computa a partir de la fecha del vencimiento para el pago de la obligación

representada en el título, salvo el caso de los cheques y de los títulos a la vista, a los que se les aplica la misma regla que la prevista para el cómputo del plazo para la acción cambiaria directa, conforme al art. 96.2.

Se trata también de un plazo prescriptorio y no de caducidad en razón de que vencido el plazo para su ejercicio se extingue la acción, mas no, el derecho, pues puede también dar lugar a la acción por enriquecimiento sin causa, que, como hemos advertido, está sometida a un plazo de caducidad.

Prescriptibilidad de la acción cambiaria de ulterior regreso

La acción cambiaria de ulterior regreso es la que puede ejercer el tenedor del título que ha pagado la obligación representada a partir de la fecha del pago en vía de regreso contra los obligados y/o garantes anteriores a quien la ejercita.

El plazo prescriptorio ha sido fijado en 6 meses, según el art. 96.1, inc. c), y se computa a partir de la fecha del pago que da mérito a la acción.

Se trata, como las anteriores, de un plazo prescriptorio y no de caducidad en razón de que vencido el plazo para su ejercicio se extingue la acción, mas no el derecho, pues también, como las anteriores, da lugar a la acción por enriquecimiento sin causa, que, según veremos en su oportunidad, está sometida a un plazo de caducidad.

Prescriptibilidad de las acciones cambiarias de títulos prorrogados y renovados

La Ley N° 27287 ha establecido una norma especial para la prescripción de las acciones cambiarias de títulos prorrogados o renovados.

La prórroga viene a ser la extensión del plazo de vencimiento y la norma el art. 49, que la constituye en una causal interruptiva de la prescripción de la acción cambiaria. En este caso el plazo prescriptorio es el que corresponde a la respectiva acción cambiaria y se computa desde la fecha del vencimiento prorrogado, conforme al art. 97.1.

La renovación viene a constituir una nueva relación cambiaria entre las mismas partes en virtud de un nuevo título que sustituye al anterior, lo que implica la interrupción del plazo prescriptorio que venía corriendo y el inicio de uno nuevo. En este caso, también el nuevo plazo prescriptorio es el que corresponde a la respectiva acción cambiaria y tendrá efecto desde la misma fecha de la renovación respecto de las personas que no han intervenido en la misma, conforme al art. 97.2.

Prescriptibilidad de la acción causal

Por último, la Ley N° 27287 legisla sobre la acción causal como una acción alternativa cuando las calidades de tenedor del título y de obligado principal corresponden, respectivamente, al acreedor y al deudor de la relación causal de la que derivó la obligación cambiaria, autorizando al tenedor a promover, a su elección y alternativamente, la acción cambiaria o la acción causal (art. 94.1). El mismo derecho le reconoce la Ley N° 27287 al endosatario respecto a su inmediato endosante, siempre que el endoso haya sido en propiedad y derive de una relación causal, en la que uno y otro tuvieren la calidad de acreedor y deudor, respectivamente (art. 94.2).

La acción causal sobrevive a la acción cambiaria, siendo la correspondiente a la

relación jurídica que dio origen al título valor y/o a la transmisión del título no pagado a su vencimiento (art. 94.3). Es la acción, pues, que le corresponde al acreedor que en la relación cambiaria tiene la calidad de tenedor del título contra el deudor que, en la misma relación cambiaria, tiene la condición de obligado principal o de endosante, existiendo entre ellos la relación jurídica que sirvió de causa a la emisión o transmisión del título que, a su vez, generó la relación cambiaria. El art. 94.4 de la Ley N° 27287 le da al tenedor o endosatario del título la alternativa de promover la acción cambiaria o la acción causal.

La Ley de Títulos Valores no fija plazo prescriptorio para la acción causal. Su art. 100° la remite a los plazos prescriptorios correspondientes a los actos jurídicos que dieron lugar a la emisión, aceptación, garantía o transferencia de los títulos. De este modo, son aplicables los plazos prescriptorios que correspondan según la naturaleza de las relaciones jurídicas de las que deriven las acciones causales, por lo que puede prescribir en el plazo ordinario de 10 años o en un plazo prescriptorio especial, o de un plazo de caducidad, si a este plazo está sometido el derecho que emerge del acto jurídico que dio creación a la relación jurídica.

III.IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LA PRESCRIPCIÓN. PRESCRIPCIÓN Y PROCESO.

La prescripción, entendida como extinción de la acción y subsistencia del derecho, es perfectamente coherente con las demás normas del sistema, es decir, que en nuestro medio existen efectivamente obligaciones naturales que, aún cuando carecen de acción, pueden aún ser exigidas del deudor por otros mecanismos distintos. Por consiguiente, puede decirse que un derecho con acción prescrita, sigue siendo derecho jurídicamente exigible de acuerdo a nuestro Código Civil, aunque dicha exigibilidad resulta más débil que si la acción aún subsistiera.

El interés en que las acciones prescriban no es individual sino público, y una de las pruebas más contundentes de ello es que según el art. 2000° “Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”.

En otras palabras, que la acción prescriba no corresponde al interés individual del beneficiario, sino al interés público encarnado en la normalización de las relaciones jurídicas en la sociedad. Este es el sentido de las normas imperativas contenidas en el art. 1990°, que por lo demás concuerda con el art. V del Título Preliminar del Código Civil, y con el art. 219° inc. 7.

Distinta es la situación en el caso del interés directo del beneficiario del plazo. Si él quiere hacer honor al derecho de su contraparte en la relación, puede optar bien por reconocerle tal derecho, bien por no alegar la prescripción, en cualquiera de las formas en que puede hacerse.

Si reconoce el derecho de su contraparte, aun antes de que se cumpla el plazo prescriptorio, está produciendo la interrupción de la prescripción, art. 1996 inc. 1., y el

efecto concreto de esta decisión unilateral suya, será el de que la prescripción inicia nuevamente su conteo, borrándose todo transcurso de tiempo prescriptorio anterior.

Si opta por no invocar la prescripción –pues para beneficiarse está obligado a plantearla dentro del proceso correspondiente, entonces se verá condenado a cumplir con la pretensión de su contraparte, en la sentencia que se pronuncie.

III.V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERIA

Comentamos a continuación los Códigos Civiles de México, Argentina, España y Chile. Sobre prescripción, el Código mexicano alude al caso de cónyuges, refiriendo que “Entre los cónyuges no corre el plazo de prescripción”. También el código azteca regula la prescripción para indemnizar, en casos de servidumbres (derechos reales), usufructo, petición de herencia, nulidad por lesión y acción para repetir lo pagado indebidamente.

La prescripción se interrumpe, precisa su art. 7.480 “por interposición de demanda judicial o reconocimiento del derecho”. El art. 7.487 del Código Civil mexicano indica que “El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo transcurrido antes de ella”.

En cuanto al Código Civil argentino su art. 3949 indica que “La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de tiempo³⁸ de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”.

El art. 3962 indica que “La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla”. Finalmente, el art. 3964 establece que “El Juez no puede suplir de oficio la prescripción”.

El Código Civil de España refiere en su art. 1930 que “Por la prescripción se adquiere, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean”. Hace mucha referencia a la prescripción en materia de derechos reales.

El Código Civil de Chile estatuye que “El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:

1. Por la Ley;
2. Por testamento;
3. Por donación, venta u otro acto entre vivos;
4. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.

³⁸ Nos da la impresión que es expresión errónea; lapso sólo puede ser de tiempo y por eso no era necesario decirlo. Lapso, según el Diccionario de la Real Academia es “Paso o transcurso. Tiempo entre dos límites”. Op. Cit. Pág. 914

Su art. 1567° establece que "Las obligaciones se extinguen además, en todo o en parte:

Inc. 10.- Por la prescripción.

El art. 1880 indica que "El pacto comisorio prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasara de cuatro años contados desde la fecha del contrato. Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo mas largo o ninguno.

También regula causales de suspensión.

Tambin el Cdigo chileno tiene normas como las siguientes:

Art. 2492. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una accin o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripcin.

Art. 2493. El que quiera aprovecharse de la prescripcin debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.

Art. 2494. La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Se acompaña como **Anexo "H"** las partes pertinentes de las Leyes de Sociedades de Argentina, Chile, España y México.

También se alcanza como **Anexo "I"** las partes pertinentes de los Códigos Civiles de Argentina, Chile, España y México.

En numerosos pasajes de este trabajo aparecen comentarios realizados, en comparaciones efectuadas, destacando sus semejanzas y sus diferencias, en comparaciones efectuadas, destacando sus semejanzas y diferencias con la legislación civil y societaria del Perú.

CAPÍTULO IV. LA CADUCIDAD

IV.I. LA CADUCIDAD. MARCO TEÓRICO. DEFINICIÓN Y EFECTOS.

Interesa repetir y destacar que mientras la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, artículo 1989, la caducidad extingue ambos. Esto quiere decir que, producida la caducidad, no queda una obligación natural subsistente.

Fijación de los plazos de caducidad

El artículo pertinente es el 2004° que dice:

“Código Civil, artículo 2004°.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario”.

Dos cosas quedan claras de este artículo a nuestro juicio:

- La primera, que cuando la ley ha fijado plazos de caducidad las partes no pueden pactar en contrario. Entendemos que los plazos de caducidad son de orden público y, por consiguiente, que todo pacto en contrario será nulo en vista del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Desde que las acciones están reguladas por norma de rango de ley, hay que entender que los plazos de caducidad también deben ser fijados por normas del mismo rango, no inferiores.

- Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravengan uno que haya sido establecido por ley. Hay que notar, en este sentido, que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004° referido a la caducidad, y el 2000°, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. En éste se dice: “Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción”. El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley como oportunamente hicimos notar. Sin embargo, el artículo 2004° no establece taxativamente lo mismo; simplemente, se limita a decir que los plazos fijados por ley no pueden ser modificados.

En este mismo sentido ha escrito el Dr. **FERNANDO VIDAL**:

“Así, pues, pese al tenor del artículo 2004 consideramos que la norma no contiene una prohibición absoluta ni que tenga este carácter, aunque mejor hubiera sido que acogieran nuestra propuesta. La prohibición, a nuestro entender, no prevalece cuando existe otra norma que permite pactar plazos de caducidad, pues el artículo 2004° no puede considerarse categórico. La norma del Art. 2004° debe entenderse referida a plazos fijados a priori, que es precisamente el elemento característico de la caducidad, y sólo así, reconociéndosele su carácter imperativo, puede prevalecer frente a la autonomía de la voluntad”.

Comentando este párrafo, el profesor **Marcial RUBIO CORREA** afirma haber sostenido en otro trabajo:

“Compartimos la opinión de **VIDAL RAMÍREZ** en el sentido de que la fijación de plazos convencionales de caducidad en relación a derechos accionables fijados por las partes, es perfectamente legítima y va de acuerdo a las disposiciones legales sobre actos jurídicos y contratos en lo referente a la autonomía de la voluntad frente a las leyes. La propuesta que menciona en su texto citado decía “Los plazos de caducidad están prefijados por la ley o pueden ser fijados convencionalmente” y coincidimos con él en que ésta era una redacción más conveniente. Por lo demás, la diferencia existente entre los artículos 2000 y 2004, por interpretación sistemática entre sí y con los artículos referidos a la autonomía de la voluntad, en especial el 140 inciso 3 del Acto Jurídico, y los artículos 1354 y 1356 de la sección referida a los contratos en general, permite suponer que en el 2004 no se ha pretendido prohibir la fijación de plazos voluntarios por las partes en lo que no ofendan a la norma imperativa”.

IV.II. CADUCIDAD: INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN. DECLARACIÓN DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE.

Caducidad: interrupción y suspensión

El artículo es el 2005:

“Código Civil, artículo 2005.- La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8”.

La norma es bastante clara y significa que, con una sola excepción, no está permitida forma alguna de alteración del curso continuo del tiempo de caducidad. Producido el término inicial, ésta camina por días naturales, meses o años, hasta su término final.

FERNANDO VIDAL comenta al respecto:

“Tratándose de la caducidad el orden público está más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que en la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica o su cambio. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Josserand dice que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica, libres de toda aleación”.

La única excepción es que se admite la suspensión mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, artículo 1994° inciso 8.

Sin embargo, y aunque no se diga expresamente en el título de caducidad, creemos que a ella se aplica por la naturaleza de las cosas, el mandato del artículo 1993° referido a prescripción:

“(…) comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho”.

Decimos “naturaleza de las cosas”, porque el término inicial de la caducidad no puede ser otro que el momento en que puede ejercitarse la acción. Sobre cuál es este momento, lo hemos comentado antes y a él nos remitimos. Sin embargo, hay que hacer notar que los plazos de caducidad son más exigentes que los de prescripción pues, mientras en éstos la ley permite suspensión e interrupción, en la caducidad ello está expresamente denegado con la excepción antes aludida. Por consiguiente, es dable sostener que el término inicial de la caducidad debe ser fijado con criterios objetivos antes que subjetivos, y que ante la caducidad, la ignorancia de hechos del interesado debe carecer de efectos.

Al mismo tiempo, sin embargo, hay que señalar que como algunos plazos de caducidad son muy cortos –los hay de días simplemente, entonces habrá que tomar especial consideración a la equidad cuando se muestre que, entre término inicial y término final, fue imposible interponer la acción porque el Poder judicial no estaba en funcionamiento. Sobre este particular es conveniente recordar, desde ya, que en la LGS existen, en efecto, varios plazos de caducidad contabilizados en “días”, por ejemplo –y en otros casos de un mes o dos meses, caso, por ejemplo, de los artículos 158° y 292° sobre Vacancias múltiples en el Directorio y Plazo para sustituirse a posibles compradores que se presentarían al acto del remate para adquirir participaciones sociales, que es de diez (10) días; el del art. 293° para oponerse, mediante demanda en proceso abreviado, a la exclusión de socio en sociedad comercial de responsabilidad limitada, que es de quince (15) días; el del art. 219° de oposición a la ejecución del acuerdo de reducción de capital si el crédito del demandante no se encuentra

adecuadamente garantizado, que es de treinta (30) días; y el del art. 142° sobre impugnación de acuerdos societarios que es de dos o tres meses, según haya concurrido o no, el accionista, a la junta general.

Parece del todo correcto afirmar que, cuando deba aplicarse a la caducidad el inciso 8 del artículo 1994°, también son aplicables para este sólo efecto los artículos 1995° y 1999° referidos a la prescripción.

Declaración de oficio o a pedido de parte

La norma está contenida en el artículo 2006 que dice:

“Código Civil, artículo 2006.- La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte”.

Este artículo marca otra clara diferencia con la prescripción, pues ésta no puede fundar fallos judiciales si no ha sido invocada (artículo 1992). Así, se muestra una vocación de interés público mayor en la caducidad que en la prescripción.

Según el artículo, la declaración de caducidad puede originarse de cualquiera de las siguientes formas:

- La declara el juez de oficio, esto es, sin necesidad de ser invocado a ello. Basta que encuentre que la caducidad ha ocurrido para que proceda a dictar la resolución correspondiente.

- Puede ser solicitud por una parte. En este caso, tenemos que atenernos a la regla general del artículo VI del Título Preliminar del Código Civil para accionar, y el requisito será que quien invoca tenga interés económico o moral.

Es verdad que el artículo 2006° no hace referencia alguna a la existencia de un interés en quien pide la declaración de caducidad, pero el principio general consiste en que debe perseguirse siempre un interés para reclamar ante los tribunales, salvo que se trate de modalidades de acción popular que sólo quedan autorizadas cuando la ley así lo dispone expresamente. El artículo hubiera quedado mejor redactado si, como ocurre en muchas otras normas del Código, se hace alusión a parte interesada o a parte con legítimo interés –como dice el artículo 1999° cuando dicta la norma correspondiente para la prescripción.

En la medida que hay interés público de por medio, estimamos que nada impide que la caducidad puede ser declarada a solicitud del Ministerio Público que, precisamente, tiene como función constitucionalmente declarada la de velar por la recta administración de justicia –artículo 159° inciso 2 de la Constitución Política.

Sobre la manera eficiente como el interesado puede hacer valer la caducidad, nos parece pertinente transcribir la opinión de **VIDAL RAMÍREZ**:

“Existiendo criterio uniforme en cuanto a que la caducidad extingue el derecho y, por ende, a la acción, haciendo desaparecer la relación jurídica, la cuestión de su naturaleza radica en si –como la prescripción constituye una excepción, y si se puede también hacer valer en vía de acción. Creemos que en la caducidad, al contrario que en la prescripción, es irrelevante hacerla valer en vía de acción y que no reviste caracteres necesarios de excepción. Como la caducidad extingue el derecho del pretensor en una relación jurídica,

éste no tiene la posibilidad jurídica de accionar y, por tanto, el sujeto a quien corresponda el deber jurídico no tiene ningún fundamento ni razón suficiente para que se declare la extinción de un derecho cuya pretensión no puede hacerse ya valer contra él.

En resumen, la caducidad es un medio de extinción de derechos subjetivos emergidos de una relación jurídica con el carácter de caducibles y que, por ello, sino se ejercitan en el plazo previamente establecido, se extinguen. Constituye, en todo caso, una excepción perentoria que puede invocarse o declararse ex officio (art. 2006), difiriendo, sustancialmente, por lo tanto de la prescripción”.

Término final de la caducidad

El artículo pertinente es el 2007°:

“Código Civil, artículo 2007.- La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil”.

La norma marca otra diferencia con la prescripción porque ésta se guía por las reglas generales de cumplimiento de plazos establecidas en el artículo 183° del Código civil y, particularmente para estos efectos, en su artículo 5. Este inciso dice lo opuesto al artículo 2007° como regla general, es decir, manda que el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Esta norma ratifica una vez más, el carácter ineluctable del plazo de caducidad: éste debe ser contabilizado en términos de días naturales, como ya dijimos, y esto es tanto así, que inclusive el último día debe contabilizarse aunque sea inhábil.

IV.III. NO CADUCIDAD E IMPRESCRIPTIBILIDAD

La delimitación conceptual

Atendiendo a su etimología, a su origen histórico y al significado semántico del vocablo, la caducidad, como institución jurídica, ha sido entendida como un modo de extinción de derechos por el transcurso del tiempo.

Sin embargo, es conveniente anotar que la codificación civil refiere también la caducidad a la pérdida de virtualidad de un acto jurídico por un hecho sobreviviente, como según nuestro Código Civil, ocurre en los casos que ha previsto para la caducidad de los testamentos, como la del testamento militar luego que el testador deja de estar en campaña y llega a un lugar del territorio nacional que le permita otorgar testamento en las formas ordinarias, art. 715°; la del testamento marítimo luego que el testador desembarque definitivamente, art. 720°; o la del testamento en cuanto a la institución de herederos si el testador tenía herederos forzosos y no lo sabía cuando otorgó el testamento, o si el heredero muere antes que el testador o es declarado indigno o es desheredado, art. 805°. También nuestro Código Civil hace referencia a la caducidad de la oferta de contratar si no se concedió plazo y no fue aceptada, o si otorgando plazo para la aceptación no se produce la aceptación, o si el oferente se retracta antes de la aceptación, art. 1385°; o si al oferente le sobreviene incapacidad o se muere, art. 1387°.

El Código Civil ha previsto la caducidad de la donación si el donatario ocasiona intencionalmente la muerte del donante, caso del art. 1644°.

Como puede apreciarse de los ejemplos expuestos, se trata de la pérdida de virtualidad de actos jurídicos por hechos sobrevivientes, mas no de una caducidad por el mero transcurso del tiempo, que viene a ser la caducidad legislada en el Título II del Libro VIII del Código Civil. Es la caducidad del derecho como consecuencia del transcurso del tiempo la que corresponde delimitar conceptualmente.

Fundamento de la Caducidad

Plantear el fundamento de la caducidad nos lleva, necesariamente, a considerarlo con el de la prescripción extintiva. Al estudiar el de ésta hemos señalado que su fundamento es el orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su solución, sustentándose, por tanto, en la seguridad jurídica, habiendo señalado también, como Augusto Ferrero, que si bien la idea del orden público la inspira, no es su norma reguladora. Tratándose de la caducidad, el orden público está más acentuado que en la prescripción extintiva, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto por la ley para todos y cada uno de los casos en que se origina un derecho susceptible de caducidad.

En el instituto de la caducidad, más que en el de la prescripción extintiva, se aprecia, pues, el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica, haciéndolo prontamente. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, JOSSERAND ha escrito que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica, libras de toda aleación.

La caducidad tiene, pues, el rigor que le es característica esencial, aun cuando pueda no originarse sólo en ley. La doctrina es dominante al considerar que la caducidad puede tener como fuente el convenio al considerar que la caducidad puede tener como fuente el convenio en virtud de la delegación que el Derecho Objetivo otorga a los particulares para regular sus propios intereses, y sin que tal delegación afecte el fundamento de orden público que la sustenta, pues este mismo fundamento se vincula a la naturaleza del derecho subjetivo que nace de la relación jurídica y que lo hace depender de un plazo prefijado por imperativo de la ley o por el acto jurídico que resume la regulación que establecen los propios interesados.

Consideramos, para concluir, que puede resumirse el fundamento de la caducidad en el principio de seguridad jurídica, pues lo que ella trata es de evitar la incertidumbre en las relaciones y situaciones jurídicas ante la posibilidad de que el titular del derecho no lo ejercite en el plazo en el que le corresponde y debe ejercitarlo. Este es el fundamento por el cual el profesor de la Universidad Católica y Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley General de Sociedades, **Dr. Enrique NORMAND SPARKS** propuso la caducidad en reemplazo de la prescripción.

El deslinde entre la caducidad y la prescripción extintiva

La caducidad y la prescripción extintiva son dos institutos jurídicos distintos pero con la afinidad constituida por el transcurso del tiempo. Por eso, por largos años, en la doctrina y en la codificación se les confundía, entendiéndose a la primera como una modalidad de la segunda. Por eso, también, la doctrina que le viene dando relevancia a la caducidad traza varias notas distintivas de las cuales consideramos oportuno destacar, enfatizándola, la diferencia fundamental establecida por nuestro Código Civil.

Las nociones de prescripción extintiva y de caducidad a las que ha dado cabida nuestro Código Civil determinan la enfatizada diferencia fundamental, pues para su art. 1989°: “La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo” mientras que para su art. 2003°: “La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”. De este modo, se ha establecido una diferencia fundamental la cual, tomando los conceptos desarrollados por el Derecho Procesal Civil e incorporada al ordenamiento procesal vigente desde 1993, la prescripción no afecta el derecho subjetivo sino sólo a la pretensión, mediatizándola mediante la excepción correspondiente, mientras que la caducidad al extinguir el derecho subjetivo extingue a la pretensión, afectando al derecho de acción que, como derecho a la jurisdicción, ha quedado sin la pretensión que podría haber motivado su ejercicio.

Sin embargo, más allá de la diferencia que dejamos trazada nuestro Código Civil no ha seguido la orientación de la doctrina para desaproximar la afinidad basada en el transcurso del tiempo como elemento común a ambos institutos. Así, como veremos, le ha restado perentoriedad y fatalidad a los plazos de caducidad, que no son un *tempus continuum*, como precisó **LEÓN BARANDIARÁN** pues el art. 2005° admite una causal de suspensión basada en la imposibilidad de reclamar el derecho ante un tribunal peruano. De este modo, no puede considerarse que en los plazos de caducidad legislados en nuestro sistema jurídico el tiempo opera objetivamente, sin tener en consideración las circunstancias subjetivas del titular del derecho, lo que les sustrae también preclusividad.

Por lo demás, el Código Civil ha acogido de manera explícita e implícita otras diferencias. Así, al prohibir explícitamente, en el art. 1992°, que el juez funde sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada, el art. 2006° lo faculta, además de declararla cuando es invocada, a declarar de oficio la caducidad. Igual ocurre con los plazos prescriptorios y de caducidad que, conforme a los arts. 2000° y 2004°, sólo los fija la ley, aunque respecto de los de caducidad de manera implícita permite su fijación por convenio, pues el art. 2004° queda contradicho por otras normas, como veremos más adelante.

En los que sí se ha cuidado el Código Civil es en la manera de establecer el cómputo de los plazos de prescripción y de caducidad. Los primeros los fija sin referirlos a un hecho específico, abstractamente, por lo que su cómputo se inicia aplicándose el criterio de la *actio nata* que informa al art. 1993°. Los de caducidad, los fija refiriéndolos a hechos específicos, concretos, a partir de los cuales, se inicia su cómputo.

Aparte de las diferencias establecidas por nuestro Código Civil, las hay de las que resultan de la naturaleza y sentido de ambos institutos jurídicos. Por ejemplo:

· La prescripción extintiva tiene como protagonista a la parte pasiva de la relación

jurídica, que es la que puede oponerla, mientras que,

La caducidad tiene por protagonista a la parte activa de la relación jurídica, al pretensor que tiene la titularidad del derecho, quien debe ejercitarlo en el plazo previamente determinado.

Como puede apreciarse, pues, es la doctrina la que viene marcando aún más el deslinde entre la prescripción extintiva y la caducidad, pero sin que este deslinde se refleje en la normativa, de por lo menos el Código Civil peruano, pues, como acabamos de ver, incurre en algunas distorsiones, lo que se refleja también en la legislación. El deslinde doctrinal podrá seguir siendo apreciado en los textos que desarrollamos a continuación.

La fijación de los plazos de caducidad

Según el art. 2004°: “Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario”. La norma no está tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora ni del Anteproyecto del que fue autor el **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ**, en el cual se planteó una propuesta según la cual: “Los plazos de caducidad están prefijados por la ley o pueden ser fijados convencionalmente”; y que se complementó con una fórmula que establecía que: “No pueden pactarse términos de caducidad cuando ellos están prefijados en la ley. Es nulo todo pacto orientado a dificultar a una de las partes el ejercicio de su derecho”.

Las propuestas de tal Anteproyecto se explican en la Exposición de Motivos partiendo del supuesto doctrinal de que la caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio mediante la acción correspondiente o mejor, para ser más precisos, de la pretensión que de ellos dimana durante el plazo prefijado por la ley o por la autonomía de la voluntad privada. Los ponentes indicaban que dicho plazo debía tener el carácter de fatal y que, cuando el plazo fuera resultado de un acto jurídico, de un concierto de voluntades, su eficacia, que no podía ser contraria a las disposiciones de la ley, debía estar referida a negocios o actos jurídicos en los que las partes habían querido cautelar el ejercicio de la acción fijando un plazo en interés de ambas o de una de ellas. El Anteproyecto, pues, conforme a lo expuesto, pretendía consagrar el origen de los plazos de caducidad, haciéndolos emanar del imperio de la ley o de la autonomía de la voluntad privada, y que, establecido que fuera que la caducidad podía ser pactada, la autonomía de la voluntad debía ceder ante las consideraciones de orden público pues, siendo el orden público el fundamento de la caducidad, si los plazos estaban predeterminados en la ley resultaba apodíctico³⁹ que las convenciones no podían tener eficacia respecto a los plazos prefijados por la ley, no pudiendo ser modificados por la voluntad privada ni en cuanto a su abreviación ni en cuanto a su ampliación. Los ponentes expusieron, por último, que la fatalidad y perentoriedad sólo debían darse en los plazos prefijados por la ley y que cuando el plazo resultara de la convención, atendándose al fundamento de orden público de la caducidad, se consagraba la nulidad absoluta del pacto orientado a trabar el ejercicio del derecho. Concluyeron en que las convenciones sobre caducidad eran jurídicamente posibles cuando, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en interés de una de las partes o de

³⁹ Incondicionalmente cierto; necesariamente válido. Real Academia. Tomo 2. Pág. 124.

ambas, se establecían plazos con arreglo a las reglas de la buena fe y a la manifiesta intención de las partes.

La propuesta formulada, como el Anteproyecto en general, lo hizo suyo la Comisión Reformadora. La Comisión Revisora fue, en este punto, de distinto parecer y adoptó la fórmula que da contenido al acotado art. 2004° la que, en nuestra opinión, no debe ser interpretada como una norma prohibitiva pues, en ese sentido, colisiona con otras disposiciones del mismo Código, como la del art. 1588°, ad exemplum, que legisla sobre el pacto de retroventa y establece plazos máximos para ejercitar el derecho de resolución pero dejando a salvo el derecho de las partes de estipular un plazo menor y sin dar margen a la estipulación de un plazo mayor que el legal. De este modo, del pacto de retroventa surge un derecho que debe ser ejercitado dentro de un plazo y mediante la respectiva acción para la exigibilidad de la pretensión. En el ejemplo utilizado, si el plazo pactado convencionalmente, siendo menor al plazo legal, vence, el derecho se extinguirá y, con él, la acción correspondiente: ¿puede pensarse que tal cosa no ocurra mientras no venza el plazo legal?

Puede responderse a la hipótesis planteada sosteniéndose que lo que se pactó fue un plazo resolutorio o extintivo, cuya diferencia con el plazo de caducidad se ha dejado ya establecida.

Pero otro ejemplo viene también a colación. Si se celebra un contrato de opción en el que las partes pueden pactar el plazo para su ejercicio, pues el art. 1423° del Código Civil le fija el plazo de un año si las partes no lo hubieran establecido, si el opcionista no la ejercita en el plazo convenido es incuestionable que el otorgante de la opción queda liberado pues el derecho de opcionista se ha extinguido ya que el plazo pactado lo fue de caducidad.

Por lo que dejamos expuesto, el art. 2004° no debe interpretarse como que contiene una prohibición absoluta, pues no puede tener ese carácter. La prohibición, a nuestro entender, no prevalece frente a otras normas que permiten pactar plazos de caducidad, pues el art. 2004° no es una norma categórica. Debe entenderse, a nuestro parecer, referida a plazos legales fijados a priori, que es precisamente el elemento característico de la caducidad, y sólo así, reconociéndosele su carácter imperativo, puede prevalecer frente a la autonomía de la voluntad privada cuando ésta pretenda pactar una duración del plazo distinta al límite establecido por una norma de naturaleza cogente, como por ejemplo, si se pretendiera otorgar un poder irrevocable por un plazo mayor de un año, siendo así que lo prohíbe el art. 153° del Código Civil pero sin prohibir que se otorgue por un plazo de una duración menor.

No obstante lo expuesto, debemos admitir que los plazos de caducidad convencionalmente pactados son materia de debate doctrinal y que la doctrina, por lo general, los cuestiona, admitiendo como plazos de caducidad a sólo los establecidos por la ley.

LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

Como ya hemos anticipado al trazar el deslinde entre la caducidad y la prescripción extintiva, los plazos de esta última se fijan abstractamente, sin referirlos a un hecho específico y, por eso, se computan desde que puede ejercitarse la acción, mientras que

los plazos de caducidad están referidos a hechos específicos, concretos, a partir de los cuales se computa la caducidad. Ambos tienen, obviamente, un inicio y un vencimiento. Pero los de caducidad, doctrinalmente, no están expuestos a las vicisitudes que afectan a los de prescripción pues su decurso no admite suspensión ni interrupción. Sin embargo, el propio Código Civil les ha introducido una causal de suspensión consistente en la imposibilidad de acudir a un tribunal peruano, art. 2005°, y la Ley de Conciliación N° 26872 ha introducido como causal interruptiva –que erróneamente considera suspensiva– la solicitud de conciliación extrajudicial.

La doctrina, pues, como acabamos de indicar señala como características de los plazos de caducidad la perentoriedad y la fatalidad. La perentoriedad significa que los plazos de caducidad son únicos y concluyentes y, la fatalidad, que son inevitables e improrrogables. Así fueron propuestos en el Anteproyecto, que la Comisión Reformadora hizo suyo. En la Exposición de Motivos se explica que se ha tomado como nota distinta, fundamental, para distinguir la prescripción extintiva de la caducidad, que, en ésta, los plazos no comportaban ni admitían causas de suspensión ni de interrupción y que ello era consecuencia de las disposiciones de la ley que los prefijaban y que a los plazos les era ajena toda idea de prueba y de presunción. Se concluía en que las normas de caducidad establecidas en el Código de 1936 eran casuísticas y que esta característica tampoco debía ser sustraída de la disciplina del Código que venía a derogarlo.

La Comisión Revisora fue de distinto parecer y formuló la regla del art. 2005: “La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8”. De este modo, optó por informar la norma con doctrina que admite causales de suspensión para los plazos de caducidad y dejó establecido que la perentoriedad y fatalidad del plazo de caducidad sólo se suspende cuando es imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Se tiene que considerar también la causal interruptiva introducida por la Ley de Conciliación ya advertida.

Los plazos de caducidad son disímiles pues, como ya hemos advertido, no han sido establecidos en abstracto sino que requieren de una norma que específicamente los fije, ya se trate de una norma nacida de la voluntad del legislador o de una norma nacida de un acto jurídico por la que los propios interesados regulan su relación jurídica cuando tal regulación no se opone al orden público. La característica de la disimilitud ha impedido que el Código Civil establezca plazos de caducidad ordinarios o generales en cuanto a su duración, lo que tampoco hubiera podido hacer por la peculiar característica de la caducidad de sólo afectar a derechos subjetivos caducibles y, por ello, los plazos son necesariamente casuísticos o específicos.

En la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, el profesor Fernando **VIDAL RAMÍREZ** indica que existen los siguientes:

- El derecho de la sociedad a la validez de los actos jurídicos celebrados con anterioridad a su inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles. Según el art. 7° el plazo de caducidad es de 3 meses a partir de la inscripción.
- El derecho de la sociedad de proteger su denominación o su razón social con reserva de preferencia registral. Según el art. 10° el plazo de caducidad es de 30 días, plazo que debe computarse a partir de haberse solicitado la reserva, que en la práctica,

también es el de la fecha de expedición del documento. Corre en el Anexo "D" un Certificado de Reserva de Preferencia Registral exprofesamente solicitado para los fines de esta investigación cuyas fechas coinciden con lo anotado acá.

En el Código de Comercio:

- El derecho de cobrar portes, fletes, gastos a ellos inherentes y la contribución de averías comunes, así como a cobrar el pasaje. Según el art. 962° el plazo de caducidad es de 6 meses a partir de la entrega de los efectos que los adeudaron, o que el viajero llegó a su destino.

- El derecho a cobrar los servicios, obras, provisiones y suministros de efectos o dinero para construir, reparar, pertrechar o avituallar los buques o mantener la tripulación. Según el inc. 1 del art. 963° el plazo de caducidad es de 1 año desde la entrega de los efectos o el dinero, o de los plazos estipulados par su pago, o desde la presentación de los servicios si estos no fueron contratados por tiempo o por viaje determinado, o del término del viaje o del contrato que les fuera referente, o desde la cesación del servicio.

- Los derechos por entrega del cargamento en los trasportes terrestres o marítimos, o sobre indemnización por sus retrasos o daños sufridos en los objetos transportados. Según el inc. 3 del art. 963° el plazo de caducidad es de 1 año desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino, o del día en que debía verificarse según las condiciones de su transporte, siempre que al tiempo de la entrega de las respectivas expediciones, o dentro de las 24 horas siguientes, cuando se trate de daños que no apareciesen al exterior de los bultos recibidos y no se hubiesen formalizado las correspondientes protestas o reservas.

- Los derechos por gastos de la venta judicial de los buques, cargamentos o efectos transportados por mar o tierra, así como los de su custodia, depósito y conservación, y los de navegación y de puerto, de pilotaje, socorros, auxilios y salvamentos. Según el inc. 3 del art. 963° el plazo de caducidad es de 1 año desde que los gastos se hubieran hecho y prestado los auxilios, o desde la terminación del expediente, si se hubiera formalizado sobre el caso.

- El derecho de reclamar indemnización por abordaje. Según el art. 964° el plazo de caducidad es de 2 años desde el siniestro.

- Los derechos nacidos de los préstamos a la gruesa o de los seguros marítimos. Según el art. 965° el plazo de caducidad es de 3 años desde el término de los referidos contratos o desde la fecha del siniestro.

Derechos participatorios caducibles

El **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ** nos lo define como aquellos que les dan a su titular el poder de actuar en la esfera jurídica de un sujeto distinto, por lo que vienen a ser los derechos asociativo y societario, entre otros. Veamos los caducibles.

En el Código Civil:

- El derecho del asociado a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Según el art. 92 el plazo de caducidad es de 60 días contados a partir de la fecha del acuerdo o de 30 días si el acuerdo es inscribible,

contados desde la fecha de la inscripción.

- El derecho de demandar la nulidad de los acuerdos societarios. Según el art. 38 el plazo de caducidad es de 2 años, salvo que la misma Ley establezca un plazo especial más breve. El plazo se computa desde la fecha de la inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles, según el art. 35 al que se remite el art. 38°.

- El derecho de los socios, o de cualquier tercero, de demandar a la sociedad por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por la Ley General de Sociedades. Según el art. 49 el plazo de caducidad es de 2 años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

- El derecho de los suscriptores de acciones para imputar responsabilidad a los fundadores. Según el art. 73 el plazo de caducidad es de 2 años contados a partir de la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro, de la denegatoria definitiva de ella, o del aviso en que comunican a los suscriptores la extinción del proceso constitutivo de la sociedad.

- El derecho de la sociedad para demandar el pago al cesionario de la acción no pagada íntegramente. Según el art. 81 el plazo de caducidad es de 3 años contado desde la fecha de la respectiva transferencia.

- El derecho de impugnar los acuerdos de la junta general de accionistas cuyo contenido sea contrario a la Ley General de Sociedades, se opongan al estatuto o al pacto social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, así como los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la misma Ley o en el Código civil. Según el art. 142 el plazo de caducidad es de 2 meses computado desde la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; desde los 3 meses si el accionista no concurrió; y, tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles.

- El derecho de demandar la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la Ley o en el Código Civil. Según el art. 150 el plazo de caducidad es de un año desde la adopción del acuerdo respectivo.

- El derecho de imputar responsabilidad civil a los directores. Según el art. 184 el plazo de caducidad es de 2 años desde la fecha de la adopción del acuerdo o del acto que originó el daño.

- El derecho de imputar responsabilidad civil contra el gerente. Según el art. 197 el plazo de caducidad es también de 2 años desde el acto u omisión que causó el daño.

- El derecho del acreedor de la sociedad de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado. Según el art. 219 el plazo de caducidad es de 30 días desde la fecha de la publicación del último aviso que contiene el acuerdo de reducción.

- El derecho a cobrar los dividendos. Según el art. 232 el plazo de caducidad es de 3 años a partir de la fecha en que era exigible el pago. Si se trata de sociedad anónima abierta el plazo es de 10 años.

- El derecho de separación del accionista de sociedad anónima abierta cuando se acuerda excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones u obligaciones para dejar de ser sociedad abierta. Según el art. 262 el plazo de caducidad es de 10 días desde la fecha de la inscripción del acuerdo.

- El derecho de imputar responsabilidad civil al gerente de sociedad comercial de responsabilidad limitada. Según el art. 289 el plazo de caducidad es de 2 años a partir del acto u omisión que causó el daño.

- El derecho de demandar la nulidad del acuerdo de transformación de la sociedad. Según el art. 343 el plazo de caducidad es de 6 meses constado a partir de la fecha de inscripción de la escritura pública de transformación en el Registro de Sociedades Mercantiles.

- El derecho de oposición del acreedor de cualquiera de las sociedades participantes en la fusión. Según el art. 359 el plazo de caducidad es de 30 días contados a partir de la publicación del último aviso.

- El derecho de demandar la nulidad del acuerdo de fusión. Según el art. 365 el plazo de caducidad es de 6 meses a partir de la inscripción de la escritura pública de fusión en el Registro de Sociedades Mercantiles.

- El derecho del acreedor de la sociedad que se escinde. Según el art. 383 el plazo de caducidad es de 30 días contados a partir de la publicación del último aviso.

- El derecho de demandar la nulidad del acuerdo de escisión. Según el art. 390 el plazo de caducidad es de 6 meses a partir de la inscripción de la escritura pública de escisión en el Registro de Sociedades Mercantiles.

- El derecho de los acreedores de una sociedad extinguida. Según el art. 422 de la Ley el plazo de caducidad es de 2 años a partir de la fecha de la inscripción de la extinción en el registro de Sociedades Mercantiles.

La actio iudicati

La actio iudicati es la acción que nace de una ejecutoria y es a la que se refieren el inc. 1 del art. 2001 del Código Civil y el inc. 3 de la Séptima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General de Arbitraje, dándole el carácter de ejecutoria al laudo.

Para la actio iudicati el Código Civil fija un plazo de extinción de 10 años y, como a la que se refiere la Ley General de Arbitraje no lo fija, consideramos que la acción que nace del laudo se extingue también a los 10 años. Ambos plazos, pese a que el fijado por el Código Civil está instalado en la norma que fija los plazos prescriptorios, los consideramos plazos de caducidad por los fundamentos que vamos a exponer y que son los mismos que hemos aplicado al considerar otros plazos que también hemos calificado de caducidad.

Debemos comenzar con una afirmación en el sentido de que la actio iudicati no es propiamente una actio, una acción, sino un derecho nacido de la resolución de un órgano jurisdiccional, sea de la jurisdicción ordinaria o de la arbitral.

La doctrina considera que la actio iudicati no es una acción o, si se prefiere, una pretensión, sino, como hemos ya indicado, es un derecho determinado por un órgano

jurisdiccional. Así, Coviello escribió que la *actio iudicati* no era una acción porque no podía ser considerada como un *ius persecuendi* in indicio por cuanto el proceso había quedado completamente agotado, sino que venía a ser un *ius exequendi*, o sea, un derecho de exigir el cumplimiento de lo resuelto por el órgano jurisdiccional, un derecho de hacer efectiva la decisión.

La acción, que la hemos conceptualizado como un derecho a la jurisdicción, o si se prefiere, a la tutela jurisdiccional, al ser ejercitada da lugar a la instauración de un proceso que, por lo general, concluye con una sentencia o un laudo que, cuando ya no es susceptible de recurso impugnatorio, se convierte en ejecutoria y pasa a la autoridad de cosa juzgada. La cosa juzgada despliega todos sus efectos contra la parte vencida y confiere a la parte vencedora la *actio iudicati*, que, como ya hemos indicado, es la que el Código Civil considera como la acción que nace de la ejecutoria. Según **Francesco messineo** la *actio iudicati* es el medio para poner en ejecución la sentencia y para obtener la consecución de lo que se le atribuye a la parte victoriosa por la misma sentencia.

Como acabamos de precisar, la *actio iudicati* no es, pues, propiamente una acción. La *actio iudicati* se distingue de la acción en que es consecuencia de ella, pues acudir a los órganos jurisdiccionales no puede tener otra finalidad que la de obtener un fallo favorable o, como precisa **Nicolás COVIELLO**⁴⁰, una sentencia o laudo de condena para la parte contraria, pues de una simple declaración no deriva a favor del vencedor una *actio iudicati*. Este no es, entonces, consecuencia de toda acción, sino de aquellas que persiguen una condena para la parte contraria, esto es, una ejecutoria condenatoria y no una declaratoria o una constitutiva del derecho. Entre la acción y la *actio iudicati* debe mediar, pues, una ejecutoria de condena y no una declarativa, que sólo constata o declara la existencia del derecho, y tampoco una constitutiva, que sólo da lugar a la creación, modificación o extinción de un derecho.

La ejecutoria condenatoria es la que impone a la parte vencida el cumplimiento de una prestación que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer. Como señala **Eduardo J. COUTURE**, estas sentencias surgen de numerosas circunstancias, como pueden ser la lesión al derecho ajeno en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia o como consecuencia del incumplimiento de una obligación y, en cualquiera de los casos, la sentencia, y no sólo la de condena, tiene como efecto fundamental producir la cosa juzgada. Pero los efectos de la cosa juzgada cuando la sentencia es condenatoria, respecto de la parte que fue condenada en el proceso, están sometidos a un plazo de vigencia y se resumen en el concepto de *actio iudicati*, que nuestro Código Civil enuncia como “la acción que nace de una ejecutoria”.

Nuestra codificación civil se ha ocupado invariablemente de la *actio iudicati* como la “acción que nace de una ejecutoria”. Así la consideraron el inc. 4 del art. 560 del Código de 1852, el inc. del art. 1168 del Código de 1936 y, en la actualidad, el inc. 1 del art. 2001 del Código en vigor, asignándole un plazo de extinción enunciado como de prescripción. El profesor **VIDAL RAMÍREZ** expone en su obra: “Valga la oportunidad, ahora, para

⁴⁰ Coviello, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. UTEHA. México. 1949. Pág. 218.

recalificar el plazo y, rectificándonos, concluir en que es de caducidad y no un plazo prescriptorio, como lo propusimos como ponentes de la norma y lo explicamos en la Exposición de Motivos”⁴¹.

Como lo hemos destacado, la doctrina no le ha dado relevancia a la caducidad y la codificación civil la confundía con la prescripción extintiva y no le dispensaba tampoco un tratamiento sistemático, lo que en nuestro medio ha ocurrido recién con el Código Civil de 1984.

León Barandiarán, al comentar el Código de 1936, insinuó que hubiera sido preferible prescindir de la *actio iudicati* e, indicando que la teoría clásica que la propugnaba no era ya defendible y era eficazmente combatida, participó del criterio de que la sentencia produce una novación del derecho el que emerge de la acción trasuntada en la demanda. En este orden de ideas, el **Dr. VIDAL** refiere que no sigue al querido maestro y que si bien, en la Exposición de Motivos de su Anteproyecto, que la Comisión Reformadora hizo suyo, señaló que sabido era que la *actio iudicati* era cuestionada por la doctrina, optó por mantener la posición del Código de 1936 y considerarla dentro de los plazos prescriptorios, pero sin participar de la idea de que la sentencia producía una novación. Piensa, como **Couture**, que una pretensión de derecho cambiario sigue siendo cambiaria luego de la sentencia y que una pretensión indemnizatoria sigue siendo indemnizatoria después de la sentencia, como lo sigue siendo también una pretensión alimentaria.

Ahora, como lo hemos dejado expuesto, hemos asumido el parecer de que la extinción de la pretensión acaparada en la sentencia no prescribe, sino que caduca, a excepción de la sentencia que condena al pago de una pensión de alimentos que prescribe, pero no caduca, en razón a que el derecho a los alimentos es inextinguible para el alimentista.

La caducidad de la acción que nace de una ejecutoria debe, pues, entenderse referida a una sentencia o laudo de condena cuya ejecución es imprescindible para que el accionante pueda hacer efectivo el derecho invocado en su demanda. Si transcurre el plazo de 10 años no sólo se extingue la eficacia de la ejecutoria y con ella la acción que puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional, sino que también se extingue el derecho trasuntado en la acción e invocado en la demanda. De este modo, queda cumplido el postulado del art. 2003° del Código Civil, pues transcurrido el plazo se extingue el derecho que ha sido reconocido y amparado en su exigibilidad.

Como lo hemos visto en su oportunidad, por el contrario, el postulado del art. 1989 del Código Civil declara que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, y, por eso, el titular del derecho puede siempre intentar hacer valer la pretensión que dimana de su derecho y a la que se le puede oponer la excepción de prescripción. En el caso de la *actio iudicati*, el titular del derecho ya ejercitó la acción y su pretensión ha recibido el amparo de una ejecutoria, por lo que si transcurre el plazo fijado para su eficacia se le puede oponer la excepción de caducidad y, si intenta nuevamente recurrir a la instancia jurisdiccional para hacer valer la pretensión que dimana de su ya extinguido derecho lo que se le puede oponer es la excepción de cosa juzgada, pues se trata de la

⁴¹ Vidal Ramírez, Fernando. Op. Cit. Pág. 283

instauración de un proceso idéntico el que ya fue resuelto mediante sentencia o laudo y ha transcurrido su plazo extintivo. Si estas excepciones se declaran fundadas el derecho queda aniquilado, lo que no ocurre con la excepción de prescripción, pues el derecho la sobrevive.

El plazo es de caducidad, además, porque comienza a correr desde que la ejecutoria es notificada, conforme al art. 155 del Código Procesal civil, y no desde el día en que puede ejercitarse la acción, como para la prescripción previene el art. 1993 del Código Civil. De este modo, el derecho a la ejecución de la sentencia condenatoria nace desde que le puso fin al proceso y con el plazo de 10 años fijado por el inc. 1 del art. 2001 del Código Civil computado desde la notificación, pero que, -insistimos-, es un plazo de caducidad y no de prescripción.

El Código Procesal Civil ha establecido un procedimiento de ejecución de sentencia que lo regula como un proceso que queda ligado al anterior sólo en cuanto a la competencia, pues si se trata de sentencia su ejecución debe pedirse al mismo Juzgado que conoció de la demanda, pero, si se trata de laudo, a su proceso de ejecución se aplican las reglas generales de la competencia, siendo en ambos casos la ejecución a pedido de parte y en mérito al pedido se dicta el mandato de ejecución contra el cual la parte ejecutada puede formular contradicción. Esta manera de regular la ejecución puede llevar a considerar que se cumple con el requisito puntualizado en el art. 1993° del Código Civil en el sentido de que se trata de prescripción pues ésta comienza a correr sólo desde el día en que puede pedirse la ejecución. Sin embargo, debe precisarse que en la *actio iudicati* el plazo no corre desde que puede pedirse la ejecución sino desde la fecha en que fue notificada la ejecutoria, pues es en ésta que el derecho ha sido reconocido y amparado en su exigibilidad.

Como ya se ha visto también, los plazos de caducidad son perentorios y fatales y a ellos no les son aplicables las causales de interrupción ni de suspensión. El plazo de extinción de la *actio iudicati* se enmarca dentro de estas características, pues se trata de una relación procesal saneada y que ha dado lugar a la conclusión del proceso mediante una ejecutoria que favorece a una de las partes cuya comparecencia al proceso es legítima y, durante su desarrollo ha sido legitimada, gozando, además, de los mecanismos de tutela procesal, todo lo cual impide que se den las situaciones previstas como causales de suspensión.

Adicionalmente, como la *actio iudicati* nace de la ejecutoria que puso fin al proceso, resulta jurídicamente imposible que se presenten las causas de interrupción ya que la obligación está reconocida por el órgano jurisdiccional y no se le puede oponer la compensación, pues ésta debió plantearse en la estación oportuna del proceso y antes de la ejecutoria. De ahí que, conforme al art. 718 del Código Procesal Civil, la contradicción al mandato de ejecución sólo pueda sustentarse en el cumplimiento de lo ordenado por la ejecutoria o en la extinción de la obligación, la que tiene por correlato el derecho del ejecutante. La extinción del derecho, correlativo al deber jurídico u obligación establecida en la sentencia ejecutoriada, es consecuencia del transcurso del plazo fijado por la ley que, concluimos, es un plazo de caducidad, incuestionablemente.

IV.IV. NECESIDAD DE NORMA EN EL CÓDIGO CIVIL QUE PRECISE:

“LA DEMANDA INTERPUESTA ANTE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL, DENTRO DEL TÉRMINO, CANCELA EL PLAZO DE CADUCIDAD?”.

Para precisar y aclarar algunas interrogantes que siempre quedan del estudio de las obras consultadas, en particular, de la del **doctor Fernando VIDAL RAMÍREZ**, el autor de esta tesis tuvo una entrevista con él, a quien le refirió estar realizando un trabajo académico y le rogaba aclararle algunas dudas, a lo que el ex Decano del **CAL** atendió gustoso las consultas, dando a su vez, las siguientes respuestas:

1. RBC.- La primera, siendo del caso que una de las claras distinciones entre caducidad y prescripción es que aquella no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el art. 1994° inc. 8; en cambio, ésta sí, ¿no sería acaso conveniente agregar una norma en el Código Civil cuya formulación pudiera expresar algo así como que, presentada la demanda (acción y pretensión) ante el órgano jurisdiccional respectivo (arbitral o judicial) el plazo de la caducidad se cancela y ya no continúa, pues ante la ausencia de tal regulación, qué pasaría si durante el proceso judicial ocurre la caducidad, por ejemplo, de la responsabilidad de directores de una sociedad anónima o del gerente general de una sociedad de responsabilidad limitada, y esto sucede antes de la sentencia. Los demandados van a invocar caducidad de la responsabilidad y un juez, inexperto en la materia, va a concluir, al resolver, que, en efecto, no puede pronunciar sentencia declarando fundada la pretensión de responsabilidad, porque como la regulación legislativa es de caducidad y ella está prevista en dos años que se calculan a partir de la fecha de la adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, y este plazo ya venció, sin que la interposición de la demanda haya podido producir el efecto que sí ocurre para el caso de la prescripción, es decir, el de interrumpir el plazo, para en su caso iniciar uno nuevo, “reiniciar”, luego, el fallo o sentencia final será, sin duda, INFUNDADA, por caducidad, la demanda de pretensión de responsabilidad interpuesta.

2. R. FVR.- Es correcta esta preocupación y ya existen los proyectos de ley alcanzados a la Comisión de Reforma del Código Civil para perfeccionar la institución y que aluden expresamente a que presentada la demanda el plazo se cancela. El demandante ya ejerció el derecho en la forma de ley y ya no es invocable, ni por el demandado ni por el Juez –este último de oficio, la caducidad. Si ya se dio inicio al ejercicio del derecho en la forma prevista en la ley, cómo se puede intentar extinguirlo, y con él, la acción, que justamente le da soporte y constituye el camino para su reconocimiento. Casi por razones obvias, un Juez no debería dar cabida a la caducidad en estos casos, pero en efecto, como no existe norma expresa al respecto que así lo establezca, cualquier cosa podría ocurrir.

3. RBC. ¿No sería mejor regular la responsabilidad de los directores, gerentes de

sociedades y liquidadores, como era antes, con la prescripción, que se suspende e interrumpe, posibilitando con ello sancionar a los funcionarios corruptos, dolosos, negligentes y desleales, y evitando su impunidad, que ocurre con la “caducidad”, la que extingue el derecho y la acción, sin admitir suspensión ni interrupción –prácticamente en modo alguno, e incluso, de aplicación “de oficio”. En cambio, la prescripción solamente puede ser utilizada por el juez si ella es invocada como excepción. No nos olvidemos que las auditorías para establecer responsabilidades tienen sus etapas y fases de verificación y ello conlleva tiempo, y mientras se interpone la demanda con las evidencias, el decurso temporal corre, y la regulación legislativa da como fecha de inicio de la caducidad la de la del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño.

4. FVR. La preocupación es razonable. Preferiría mantener la caducidad pero computable o calculada no a partir de la fecha del acuerdo o realización del acto, si no, a partir de la dejación del cargo, con lo cual estamos corriendo o acercando la fecha que sirve de punto de partida al día de inicio de las investigaciones de actuaciones dolosas o fraudulentas. Es un tema para reflexión ⁴².

5. RBC. La notificación para el acto conciliatorio, ¿es correcto que suspenda o debe interrumpir la prescripción. Sus efectos son distintos. En el primero, el plazo se reanuda, por tanto el que en su momento continúe, se suma o agrega al anterior; en el segundo, se reinicia un nuevo plazo. El anterior no existe.

6. FVR. La ley se equivocó y la notificación para la conciliación, dijo, suspendía el plazo prescriptorio. Felizmente, el Reglamento ayudó a salir del enredo pues aludió al reinicio del plazo, ergo, lo interpretó como causal interruptiva, lo cual es correcto, porque al acudir a un Conciliador estamos promoviendo un mecanismo interpelativo contra nuestro deudor.

IV.V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CADUCIDAD. LA CADUCIDAD DE LA PRETENSIÓN

El profesor **RUBIO CORREA** ⁴³ nos dice: “... interesa destacar que mientras la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, la caducidad extingue ambos. Esto quiere decir que, producida la caducidad, no queda una obligación natural subsistente”. En su trabajo, analiza caso por caso las diversas situaciones que contienen

⁴² Sin duda. A la caducidad desde la fecha del acuerdo o realización del acto..., cien veces mejor es la caducidad desde la entrega del cargo, aceptación expresa de la renuncia voluntaria o por causal sobreviniente, o inscripción de la renuncia con arreglo al segundo párrafo del art. 15° de la LGS; pero mil veces mejor, estimamos nosotros, es la prescripción, porque no sólo se trata del decurso temporal –que es sumamente importante, vital, sino de que aquella, no admite forma alguna de suspensión o caducidad, –el tiempo es perentorio y fatal, en cambio ésta sí; y lo subrayable, aquella la decide el juez, de oficio, en cambio ésta debe ser invocada o deducida como excepción en el proceso.

⁴³ Rubio correa, Marcial. Op. Cit. Pág. 63.

caducidades y prescripciones –en el Código Civil, y se detiene a considerar los casos en los que aparece duda entre una y otra calificación –bien porque el Código no dice de cuál de las dos se trata en el asunto concreto, bien porque diciendo caducidad, en realidad debe entenderse prescripción, o viceversa. Uno de los factores metodológicos que utiliza para hacer tal distinción es, justamente, el de si extinguida la acción puede quedar vivo algún derecho.

A lo largo del presente trabajo investigador concerniente a la caducidad de las acciones, derechos y obligaciones en la Ley General de Sociedades, hemos utilizado similares razonamientos y criterios. Si subsiste algún derecho, no estamos hablando de caducidad, sino de prescripción, aunque el nomen iuris dado por el legislador haya sido el primero.

Numerosos son los párrafos concernientes al trabajo realizado en los Capítulos V y VI de la presente tesis doctoral.

IV.VI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA SOBRE LA MATERIA

Veamos a continuación los Códigos Civiles de México, Argentina, España y Chile. Respecto a caducidad, el código azteca habla de caducidad para la acción de divorcio, en los testamentos y herencias, de la obligación sujeta a condición, de la fianza, de las anotaciones preventivas y de los asientos registrales.

El Código argentino apenas a lo concerniente a la impugnación de la paternidad del marido, el cual caduca al año. No hay muchas citas a la caducidad en el Código Civil gaucho.

El Código Civil de Chile regula por ejemplo, en su art. 1143 que “Las donaciones revocables caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante”.

Con relación a la Ley de Sociedades española, el profesor **Rodrigo URÍA**, comenta así el tema de la Caducidad de las acciones de impugnación de acuerdos de junta general de accionistas:

“Las acciones de impugnación están sometidas por la Ley a plazos breves de caducidad (sobre la caducidad y el carácter preclusivo de estos plazos, v. SSTTS de 8 y de 13 de noviembre de 1995). La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año, si bien “quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público” (art. 116.1). Como regla general, pues, los acuerdos nulos quedan sanados por el transcurso de este plazo de impugnación, con la única excepción de los acuerdos que sean contrarios al orden público, que podrían impugnarse por tanto con posterioridad; con esta excepción se quiere evitar, lógicamente, que también puedan adquirir firmeza por el paso del tiempo los acuerdos sociales que atenten gravemente contra los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. El plazo de caducidad es mucho más corto para la acción de

impugnación de los acuerdos anulables, que “caducará a los cuarenta días” (art. 116.2).

Ambos plazos de caducidad “se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo”, salvo que se trate de acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil, en cuyo caso el plazo de caducidad se computará “desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil” (art. 116.3).

Al fijar plazos de caducidad tan breves, y al prever incluso la convalidación de los acuerdos nulos con el transcurso del período de impugnación, el legislador trata básicamente de facilitar la consolidación y la certidumbre de las situaciones jurídicas y de evitar así que la actividad social pueda verse perturbada con impugnaciones tardías e intempestivas, que pudiesen afectar a relaciones y actos ya perfeccionados y, de esta forma, a la propia seguridad del tráfico jurídico”.

Se acompaña como **Anexo “H”** las partes pertinentes de las Leyes de Sociedades de Argentina, Chile, España y México.

También se alcanza como **Anexo “I”** las partes pertinentes de los Códigos Civiles de Argentina, Chile, España y México.

En numerosos pasajes de este trabajo aparecen comentarios realizados, en comparaciones efectuadas, destacando sus semejanzas y sus diferencias con la legislación civil y societaria del Perú.

CAPÍTULO V. LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887

V.I. LAS NORMAS ESPECÍFICAS. LOS PROCESOS. LOS PLAZOS. ¿EN TODAS LAS SITUACIONES FUE ACERTADO EL CAMBIO DE PRESCRIPCIÓN POR CADUCIDAD?. ANÁLISIS CASO POR CASO. REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Justamente, el estudio y análisis que se realiza a continuación, explica y contesta en forma cabal, estimamos, las interrogantes planteadas. En cada situación se expone el sentido de la norma, el aspecto procesal, la indicación del plazo concedido y nuestra conformidad a que se mantenga la caducidad, o su cambio por prescripción –la mayoría de casos los presentamos en el Capítulo VI, sus correspondientes reflexiones y respectivas propuestas.

V.II. LAS NORMAS QUE OMITEN INDICACIÓN ESPECÍFICA DEL PROCESO A SEGUIR Y/O INDICACIÓN DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO Y/O PÉRDIDA DEL DERECHO. MODO DE SU INTERPRETACIÓN

Presentamos a continuación, una relación de dispositivos de la LGS en los cuales se hace cita expresa a la caducidad y en los que, salvo una u otra excepción, informan también, el proceso a seguir para el reconocimiento del derecho que se regula.

Normas de la Ley General de Sociedades N° 26887 que explicitan la caducidad del derecho y/o que informan los procesos a seguir:

Aquí presentamos veintiún artículos que aluden en forma directa y clara a la caducidad y, en su caso, que indican el proceso a seguir:

1. Art. 10°.- Reserva de Preferencia Registral;
2. Art. 35°.- Pretensión de Nulidad del Pacto Social. Caducidad. Abreviado;
3. Art. 38°.- Nulidad de Acuerdos Societarios. Caducidad. Abreviado;
4. Art. 49°.- Caducidad. (Conocimiento);
5. Art. 73°.- Caducidad de la Responsabilidad de los Fundadores (Conocimiento);
6. Art. 76°.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios. Abreviado;
7. Art. 79°.- Efectos de la mora. Ejecución forzada;
8. Art. 81°.- Responsabilidad por Pago de Dividendos Pasivos. Caducidad. (Conocimiento);
9. Arts. 142°.- Caducidad de la Impugnación; y 143°.- Proceso de Impugnación. Juez competente (Abreviado/Sumarísimo);
10. Art. 150°.- Acción de Nulidad, Legitimación, Proceso y Caducidad. Conocimiento;
11. Art. 184°.- Caducidad de la Responsabilidad (Civil de Directores de una S.A.). (Conocimiento);
12. Art. 197°.- Caducidad de la Responsabilidad Civil de Gerentes de una S.A. (Conocimiento);
13. Art. 219°.- Derecho de Oposición por Reducción de Capital. Caducidad. Sumarísimo;
14. Art. 232°.- Caducidad del Cobro de Dividendos. (Conocimiento);
15. Art. 289°.- Caducidad de la Responsabilidad de Gerentes de una SRL. (Conocimiento);

16. Art. 323°.- Validez de los acuerdos de la asamblea (de obligacionistas) (Conocimiento);

17. Art. 329°.- Reembolso (de importe de obligaciones e intereses. Incumplimiento). Caducidad. (Conocimiento);

18. Art. 343°.- Pretensión de Nulidad de la Transformación. Caducidad. Abreviado;

19. Art. 365°.- Pretensión de Nulidad de la Fusión. Caducidad. Abreviado;

20. Art. 390°.- Pretensión de Nulidad de la Escisión. Caducidad. Abreviado;

21. Arts. 415°.- Término de la funciones de los Liquidadores. Caducidad de su Responsabilidad. (Conocimiento); y 414°.- Liquidadores (Responsabilidad, idem., que directores de sociedades anónimas); y

22. Art. 422°.- Responsabilidad frente a Acreedores impagos (de Sociedad Extinguida). Caducidad. Conocimiento

De la relación de 22 ítems., (con indicación de 23 artículos) en 20 de ellos la ley hace cita a la caducidad en forma directa, o en algunos, por cuidadosa remisión. En estos 20 prácticamente, no hay duda. Solamente, de los acá anotados, en los arts. 76° y 79°, interpretamos que los plazos son de caducidad, porque la ley no lo dice; para este efecto nos hemos remitido al art. 49°.

Las cosas escritas entre paréntesis han sido hechas para aclarar de qué norma se trata, por ejemplo, este último art. 422°, cuando ponemos (de sociedad extinguida). Es claro que ese texto no aparece en el título del artículo. De otro lado, cuando ponemos el proceso entre paréntesis, (conocimiento) o (abreviado), etc., queremos referir que deducimos e interpretamos que es el que indicamos, porque la ley no lo precisa.

El trabajo de análisis que realizamos a continuación, es mucho mayor. Recorremos toda la ley y revisamos sesenta y dos artículos, sin considerar las concordancias, referencias a otras leyes y aspectos procesales, que también trabajamos; todo esto en cincuenta y un Parágrafos de Comentario y Reflexión; y fruto del mismo, formulamos Veinte Propuestas Legislativas en sendos Apéndices a las Conclusiones Finales.

V.III. EVIDENTE CONEXIÓN ENTRE LOS INSTITUTOS DE LA CADUCIDAD, LOS PRESCRIPCIÓN, LOS PLAZOS, LAS PRETENSIONES Y LOS PROCESOS.

La interrelación conceptual y legislativa entre los institutos referidos se explica por si solo. Es de interés público indicar en las leyes que el reconocimiento de los derechos está supeditado a que él se reclame, exija o demande en determinado lapso. Si hay desinterés, desatención, descuido o negligencia, se pierde.

La acción judicial o arbitral tiene que indicar claramente la pretensión y el legislador se ha encargado de indicar el cauce procesal, que nosotros comentamos en el último

rubro del capítulo II.IV.

El art. 49° de la LGS expresa:

“Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

Nos da la impresión que la regulación habría tenido, evidentemente, mayor cobertura, y que por tanto que esa habría sido la intención incumplida o frustrada, si se le hubiera agregado a “los administradores” y a “los órganos”. Este art. 49° solamente cubre estas cuatro opciones:

- Demanda de socio contra la sociedad;
- Demanda de la sociedad contra el socio;
- Demanda del tercero contra la sociedad; y
- Demanda de la sociedad contra el tercero.

No habrá estado en el pensamiento del legislador cubrir, además, las pretensiones de la sociedad contra los directores y contra los gerentes, y las de éstos contra la sociedad; y las del directorio contra socios o la de socios contra el directorio o la gerencia general?. Tema interesante, pero correspondiente a otro estudio, a otro trabajo.

Nuestra propuesta habría sido:

Las pretensiones del socio, de los administradores, de los órganos o de cualquier tercero con legítimo interés contra la sociedad o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta Ley, y salvo los casos de imprescriptibilidad y prescripción expresamente establecidos, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

CAPÍTULO VI. LOS CASOS DE RELEVANCIA JURÍDICA EN LO TOCANTE A LA CADUCIDAD EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887

VI.I. LA SITUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 35°, 38°, 343°, 365° Y 390° RELATIVOS A:

- Art. 35° Pretensión Nulidad del Pacto Social;
- Art. 38° Pretensión Nulidad de Acuerdos Societarios;
- Art. 343° Pretensión Nulidad de la Transformación;
- Art. 365° Pretensión Nulidad de la Fusión; y
- Art. 390° Pretensión Nulidad de la Escisión

PARÁGRAFOS DE COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DE LA LEY GENERAL DE

SOCIEDADES

1. Art. 35°.- Pretensión de Nulidad del Pacto Social. Caducidad

“La demanda de nulidad del pacto social, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro”.

Comentario.-

I. Una vez inscrita la escritura de constitución social, la nulidad del pacto social sólo puede ser declarada por alguna de las tres causales previstas en el art. 33°. La demanda se tramita por el **proceso abreviado y el plazo de dos años** lo es de **caducidad**. La norma ha indicado con claridad nuestras tres preocupaciones. A pesar de la brevedad de su texto, también precisa contra quién se dirige y quiénes la pueden iniciar, disponiendo, por último, a partir de cuándo corre el término de caducidad. Es evidente que el proceso se instaura ante el juez del domicilio social.

II. En la Comisión Revisora del Congreso de la República se formuló la interrogante acerca de qué ocurriría si una sociedad así, que tuviere por objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (art. 33° inc. 2.) lograra permanecer en el mercado poco más de dos, y caducara el derecho y la acción consecuente para solicitar su nulidad. Nos encontraríamos acaso entrampados?. Qué haríamos en este caso?. Les contestamos que ante esa remota pero siempre posible situación, teníamos reservado el art. 410° referido en el mismo inc. 2 del art. 33°, que regula la disolución por la Corte Suprema de ese tipo de sociedades, a solicitud del Poder Ejecutivo. La respuesta satisfizo.

III. El Proceso Abreviado tiene el siguiente trámite: presentada la demanda tienen los demandados tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios; cinco días para interponer excepciones y defensas previas; cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas planteadas contra la reconvenición; y diez días para contestar la demanda y reconvenir. Ver art. 491° incisos 1, 3, 4 y 5; y en su caso, incisos 2, 3, 4, 6 y 7 del CPC. La audiencia de saneamiento procesal y conciliación tendrá lugar dentro de los quince días de vencido el plazo para contestar la demanda o reconvenir: ver arts. 493° incisos 1, 2 y 3; 465° incisos 1, 2 y 3 y 471° del CPC., pues a continuación el Juez admite medios probatorios y ordena su actuación. La audiencia de pruebas se lleva a cabo dentro de los veinte días siguientes. Las audiencias especial y complementaria se realizarán, si fuere el caso, dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas. La sentencia se expide dentro de los veinticinco días siguientes. Los litigantes tienen un plazo máximo de cinco días para apelar la sentencia. Ver arts. 491° incisos 9 a 12 y 494° parte inicial del CPC.

IV. Estamos de acuerdo con la vía procesal elegida –abreviado, pues la eventual complejidad del asunto lo amerita; con el plazo –dos años; con su calificación –caducidad; con la indicación de la fecha de inicio del cómputo –la de la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro; y con las citas acerca de contra quién se dirige –la sociedad, y quiénes pueden iniciarla –las personas con legítimo interés.

2. Art. 38°.- Nulidad de Acuerdos Societarios

“Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34°, 35° y 36°, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35° cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad”.

Comentario.-

I. Son nulos los acuerdos societarios:

- Adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas;
- Contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres;
- Contrarios a las estipulaciones del pacto social o del estatuto; y
- Que lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

II. Recordemos que la “nulidad” societaria o mercantil es distinta a la “civil”. Se parece mas bien a la anulabilidad civil. En efecto, en ésta, en la nulidad civil, el acto jurídico no ha nacido y por ende no hay ni puede haber nada que subsanar ni ratificar; en cambio, dispone la ley, que en aquella, resultará improcedente su declaración de nulidad si la causa se puede eliminar por efecto de una modificación del pacto social o del estatuto realizada con las formalidades de ley. Ergo, el acto es subsanable, sujeto a ratificación.

III. La norma del art. 38° se remite a los arts. 34°, 35° y 36° y por tanto esta claro que se alude al **plazo de dos años**, con la salvedad prevista –que se subsane o elimine la causa; que el proceso será el **abreviado**; y que estamos haciendo referencia a plazo de **caducidad**. Con la citada norma de remisión hemos hallado respuesta a las interrogantes planteadas en este trabajo y conocemos sus efectos. En cuanto al Proceso Abreviado podemos remitirnos al parágrafo 1.III., para conocer su trámite.

3. Art. 343°.- Pretensión de Nulidad de la Transformación

“La pretensión judicial de nulidad contra una transformación inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de la sociedad que se transforma. La pretensión debe dirigirse contra la sociedad transformada.

La pretensión se deberá tramitar en el proceso abreviado.

El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de transformación”.

Art. 365°.- Pretensión de Nulidad de la Fusión

“La pretensión judicial de nulidad contra una fusión inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de las juntas generales o asambleas de socios de las sociedades que participaron en la fusión. La pretensión debe dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la sociedad incorporante, según se el caso. La pretensión se deberá tramitar en el proceso abreviado.

El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una fusión caduca a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de fusión”.

Art. 390°.- Pretensión de Nulidad de la Escisión

“La pretensión judicial de nulidad contra una escisión inscrita en el Registro se rige por lo dispuesto para la fusión en los artículos 366 y 365”.

Comentario.-

I. Los artículos 343°, 365° y 390 regulan la pretensión de nulidad de la transformación, de la fusión y de la escisión. El art. 35° reguló la pretensión de nulidad del pacto social la misma que como se comentó, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad, puede ser interpuesta por cualquier persona con legítimo interés⁴⁴ y caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro. De similar manera, cuando se producen situaciones trascendentes en la vida societaria que suponen la creación o recharacterización de la persona jurídica, la misma que en ocasiones deviene en una totalmente distinta o a veces mas que eso, deviene en otra, (caso de fusión por incorporación), la ley, en los artículos indicados, regula una opción que es coherente con aquella, cual es, la de pretensión de nulidad de la reorganización societaria en cualesquiera de las tres forma citadas, que se intenta, incluso, cuando tales actos ya están inscritos en el Registro. Aprovechamos entonces para comentarlas en forma unitaria porque tienen idéntico tratamiento legal.

II. La primera pauta que nos da el legislador es que la nulidad de la Transformación, de la Fusión y de la Escisión, solamente puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la junta general de accionistas o socios de la sociedad que se transforma o de las sociedades que se fusionan o de la sociedad que se escinde. Para que haya sido aprobada y haya pasado sin obstáculos por las manos de asesores legales, de notarios y de registradores, y la escritura pública se haya inscrito, es porque deben haberse cumplido todas las formalidades y prerequisites de Ley. Lo que si no es siempre posible detectar es cuando se ocultan o encubren casos de vicios de voluntad, simulación, nulidad o anulabilidad del acto jurídico previstos en el Código Civil.

III. El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación, de una fusión o de una escisión, que lo es de caducidad, vence a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la correspondiente escritura pública. La

⁴⁴ No era absolutamente necesario decirlo. El art. VI del TP del Código Civil establece: Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.

pretensión se dirige contra la sociedad transformada, contra la absorbente o la incorporante, en el caso de fusión, y contra la sociedad nueva o también una absorbente, según corresponda, en el caso de escisión. Es importante destacar es que, en la hipótesis de declararse fundada la demanda, ésta no afecta la validez de las obligaciones nacidas después de la fecha de entrada en vigencia de la sociedad transformada, fusionada o escindida; en otras palabras, el derecho de los terceros de buena fe esta protegido adecuadamente ⁴⁵ .

IV. En cuanto al proceso abreviado, debemos remitirnos al párrafo 1.III., de este trabajo.

VI.II. LAS MATERIAS CORRESPONDIENTES A RESPONSABILIDAD, TALES COMO LAS DE LOS ARTS. 73°, 184°, 197°, 289° Y 415° RELATIVOS A:

- Caducidad de la Responsabilidad de los Fundadores;
- Caducidad de la Responsabilidad de los Directores;
- Caducidad de la Responsabilidad del Gerente, S.A.;
- Caducidad de la Responsabilidad del Gerente, SRL; y
- Caducidad de la Responsabilidad de Liquidadores.

PARÁGRAFOS DE COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

(continúa)

4. Art. 73°.- Caducidad de la Responsabilidad de los Fundadores

“La responsabilidad de los fundadores caduca a los dos años contados a partir de la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro, de la denegatoria definitiva de ella o del aviso en que comunican a los suscriptores la extinción del proceso de constitución de la sociedad”.

Comentario.-

I. En la etapa previa a la constitución, los fundadores son responsables solidarios frente a aquellas personas con quienes hubiere contratado. En adición, son igualmente responsables por (1) la suscripción integral del capital social con el pago del mínimo de ley; (2) por la existencia de los aportes no dinerarios; y, (3) por la veracidad de las comunicaciones hechas al público –en forma especial, agregamos nosotros, en los casos de constitución por oferta a terceros. Dicha responsabilidad caduca a los dos años a

⁴⁵ No podía ser de otro modo. Los terceros celebraron determinados acuerdos en el entendido de que lo hacían con una sociedad regular, legítima e inclusive, inscrita.

contar desde el día en que la escritura de constitución se inscribió, o desde la denegatoria definitiva de ella, o desde la fecha del aviso en que comunican a los suscriptores la extinción del proceso de constitución –también en este último caso, en la constitución por oferta a terceros, ver arts. 68° y 69° de esta LGS.

II. Quiere esto decir que a partir de la oportunidad que se indica, computados los dos años, la sociedad, los accionistas y los terceros con legítimo interés carecen del derecho a pedir cuentas a los fundadores acerca del cumplimiento de sus responsabilidades en tanto tales. Al carecer del derecho, como sabemos, le es negada también la acción, que incluye la pretensión, derivada del mismo. La ley concede un derecho para que se ejercite en un lapso determinado; si no se hace, el derecho se extingue, ergo, se carece de acción por ausencia del derecho en que aquella se apoyaba.

III. En todo caso, si los titulares del derecho lo ejercitan con debida oportunidad, deben acudir a la vía procesal de “conocimiento” por mandato del art. 475° inc. 1° del CPC, toda vez que este art. 73° no se ocupó de precisarlo. Respecto a su trámite, nos podemos remitir al parágrafo 10.III., de este trabajo.

IV. Somos de opinión que la responsabilidad civil de los fundadores debe continuar sujeta a caducidad pues las funciones y atribuciones que la ley les asigna son muy puntuales y de relativa breve duración⁴⁶. En efecto, los fundadores son, por mandato de la ley, aquellos que han otorgado la escritura pública de constitución de sociedad⁴⁷ y lo suelen ser, en la práctica, las personas que (1) han concebido la actividad económica de la empresa, y más que eso, han definido su giro, (2) han indicado el producto, los bienes o servicios a industrializar o comercializar, (3) han estudiado las amenazas y dificultades de inserción de la empresa en formación, en el mercado, (4) tienen conocimiento de la competencia, los costos, el marketing y la publicidad, (5) fijan escenarios probables de ventas y expectativas de ganancias en el corto y mediano plazo, (6) conocen las necesidades que tendrá la empresa en lo tocante a capital y financiamiento, y, (7) entre otras cosas, tienen una idea clara de los recursos humanos y técnicos que precisará el negocio así como en su caso, de las maquinarias, equipos e instalaciones que serán requeridos. Es muy corriente –porque además es lo lógico, que varios de ellos sean designados, de inmediato, directores y gerentes, para que así le den el impulso que demanda su puesta en marcha, así como el cauce en lo referente a las políticas de empresa. En esta hipótesis, asumen las responsabilidades inherentes a las nuevas funciones, es decir, como directores y como gerentes. Por lo demás, si lograron llevar adelante una junta de socios que ratifique las obligaciones contraídas, ellos han quedado liberados y si no hubo pronunciamiento dentro de tres meses a contar desde la inscripción, se presume de derecho que tales obligaciones fueron ratificadas. Punto.

5. Art. 184°.- Caducidad de la Responsabilidad (Civil de los Directores de una S.A.)

“La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de

⁴⁶ A menos que la sociedad no se inscriba en el Registro, porque en esta hipótesis les sobreviene la responsabilidad a que se refiere el art. 424° de esta LGS.

⁴⁷ En la constitución por oferta a terceros, los que suscriben el programa de fundación.

adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal”.

Comentario.-

I. En cuanto a la responsabilidad civil de los Directores de las Sociedades Anónimas, la Anterior Ley indicaba que ella prescribía a los dos años de la comisión del acto; la Nueva Ley dispone que ella caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño. Entonces, si en ocasión anterior se conocía de un acto desleal, corrupto o gravemente negligente de Directores de una Sociedad Anónima, se les cesaba en el cargo y se les demandaba por responsabilidad, y siempre que la demanda se les hubiera notificado con el “admisorio” dentro de los dos años de la comisión del acto ⁴⁸, ella continuaba su trámite, y si el proceso tenía una duración de cuatro o cinco años, hasta llegar a la Corte Suprema, no había problema, porque la interposición de la demanda interrumpía aquel término prescriptorio.

II. La comunidad empresarial tomaba noticia de la existencia de la demanda de responsabilidad por daños, que era como una voz de alerta y constituía el primer acto de equidad para la sociedad anónima, accionistas y acreedores agraviados: “si nos has ocasionado un daño, por lo menos y en primer lugar, les hago saber a la comunidad a la que me debo de la existencia de esta demanda de daños y perjuicios por haber sido desleal, corrupto o gravemente negligente con nuestra empresa y con nosotros”. No olvidemos que según el art. 177° de la LGS solamente se responde por daños y perjuicios que causen los directores por los acuerdos o actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. En otras palabras, la negligencia media, la torpeza por irreflexión o simplemente la negligencia (leve), no responde, no paga daños y perjuicios. Sólo la grave. Si el director removido del cargo se sentía exento de toda responsabilidad, era él mismo el primer interesado en apurar el proceso para mantener intachable su integridad, su honor y buen nombre, y hacer conocer a los profesionales del gremio al que pertenece y a los ejecutivos de su entorno, de la sentencia exculpatoria y eventualmente hasta de la demanda o reconvención planteada por él, por el daño moral y el daño emergente a él irrogados. En ocasiones se producían transacciones entre las partes o el proceso se archivaba por abandono o finalmente falta de interés. En otras, por supuesto, habían pronunciamientos judiciales de responsabilidad. Pero ahora, lo primero que hace el Director que se desempeña en su empresa con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, es hacer correr el calendario desde la adopción del acuerdo, comisión u omisión del acto, para no ser demandado dentro de los dos años y haberse “ganado” con la caducidad al salir formalmente intocado. Como se sabe, además, la caducidad ni requiere ser invocada por la parte; advertida por el juez, éste dispone lo que corresponde, de oficio, es decir, la aplica de inmediato.

III. La responsabilidad de los directores no es colectiva sino personal y solidaria. En acta deben dejar constancia de su oposición al acuerdo si juzgan que se está tomando una decisión irregular, contraria a la ley, a los estatutos o al interés social. Si no es

⁴⁸ Art. 1994° inc. 7 del CC “Se suspende la prescripción: Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo. Art. 1996° inc. 3. del CC “Se interrumpe la prescripción por: Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente”.

posible insertarla en el acta, el artículo 170° de la LGS concede un plazo de 20 días útiles⁴⁹, después de realizada la sesión, para pedir que se adicione al acta su oposición al acuerdo.

IV. La doctrina coincide en que la responsabilidad de los directores debe ser legislada con el máximo rigor, sin llegar a excesivas exigencias de responsabilidad que generen incertidumbre e injusticias al propiciar un juzgamiento apresurado, reiterativo y malicioso.

V. En cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad, antes se entendía que se asemejaba a la responsabilidad contractual del derecho civil, en razón a que los directores ejercen una especie de mandato con representación. Ahora, la doctrina moderna, respalda la llamada teoría organicista, la misma que se sustenta destacando la relación existente entre la persona jurídica y el órgano social.

VI. Solamente a guisa de ejemplo, quisiéramos hacer cita de la responsabilidad de los directores que establecen los arts. 40°, 162°, 180°, 218° y 225° relativos a Reparto de utilidades, Impedimento sobreviniente, Interés en conflicto, Reducción de capital con devolución de aportes o exención de dividendos pasivos y Aprobación de estados financieros, respectivamente. En efecto, en el primer caso, la distribución de utilidades sólo puede hacerse en mérito de los estados financieros preparados al cierre de un período determinado o la fecha de corte en circunstancias especiales que acuerde el directorio y las sumas que se repartan, naturalmente, no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan. La norma establece que tanto la sociedad como sus acreedores pueden exigir su reembolso a los directores y gerentes que las hubieren pagado, siendo éstos solidariamente responsables. En el segundo caso, la norma dispone que los directores deben renunciar, de inmediato, si les sobreviene algún impedimento para ejercer el cargo, pues en caso contrario, responden por los daños y perjuicios que sufra la sociedad. En el tercer supuesto, la disposición prevé que el director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto, pues en caso contrario es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad. En el cuarto caso se preceptúa que cuando la reducción del capital importe devolución de aportes o la exención de dividendos pasivos, ella sólo puede llevarse a cabo luego de treinta días de la última publicación del aviso a que se refiere el art. 217° y si se efectúa antes, los directores son solidariamente responsables con la sociedad frente al acreedor que ejerce el derecho de oposición a que se refiere el art. 219°. Finalmente, la disposición legal pertinente, la contenida en el art. 225° de la LGS, refiere que la aprobación por la junta general de la memoria y estados financieros no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad.

VII. Cuando en el Código Civil se dice que la caducidad no admite suspensión ni interrupción porque el plazo es perentorio y fatal; no hay nada que lo detenga. Es como

⁴⁹ Artículo 45° de la LGS.: "Salvo expresa disposición en contrario, los plazos contenidos en esta ley se computan con arreglo al Código Civil". Artículo 183° inc. 1. del CC.: "El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles".

una guillotina. Llegado el vencimiento del plazo, se acabó. Por eso es que nos llega a preocupar la situación descrita porque acaso querría decir esto, que antes del vencimiento del término, se tiene que conseguir o lograr la sentencia consentida o ejecutoriada que declare el derecho concreto, porque de no ser así, la contraparte o el mismo juzgador hallará que la caducidad ya le ganó a la acción, al proceso, se resolverá por la caducidad y se archivarán los autos?!!??!! Nosotros insistimos en incluir una norma en el Código Civil, en el título de la Caducidad, que expresamente refiera que la interposición de la demanda cancela el plazo de caducidad. Esta propuesta la hemos comentado y sustentado en el punto IV.IV de este trabajo.

VIII. Como la LGS no indica en cada situación de responsabilidad de los directores, el proceso judicial a seguir, se debe estar, en su caso, a que en las situaciones previstas en los arts. 40°, 162°, 171°, 176°, 177°, 179° último párrafo, 180° último párrafo, 181°, 182°, 218°, 220°, 225°, 407.4., entre otros, se debe acudir al Proceso de Conocimiento, art. 475° y sgts. del CPC⁵⁰.

IX. Ampliamente votamos por la prescripción y no necesitamos decir que sea a partir de la dejación del cargo, porque eso ya está dicho en el Código Civil cuando refiere que la prescripción se suspende, art. 1994° inc. 7., mientras los administradores se mantienen en el ejercicio de su cargo, ante las personas jurídicas para las cuales prestan su colaboración.

X. Como Apéndice N° 12 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificadorio relativo a este artículo, con su correspondiente Exposición de Motivos.

6. Art. 197°.- Caducidad de la Responsabilidad (Civil de los Gerentes de una S.A.)

“La responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad penal”.

Comentario.-

I. La responsabilidad del gerente general es igual que la de los directores. Con arreglo al art. 188° de la LGS el gerente está facultado para la celebración de actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social, representa a la sociedad con las facultades de los arts. 74° y 75° del CPC., asiste a las sesiones de directorio y junta general de accionistas, expide constancias y certificaciones respecto del contenido de libros y registros y responde por la veracidad de ellas, a tenor del art. 190° inc. 7, y es el secretario de las juntas generales y del directorio. Los impedimentos para ser gerente y las pretensiones de responsabilidad son las mismas que las establecidas para el directorio y los directores. El gerente responde de las informaciones que proporcione al directorio y junta general y del ocultamiento de irregularidades que observe en las actividades de la sociedad. El gerente es particularmente responsable y solidario con los miembros del directorio cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informa sobre ellos al directorio o a la junta general.

II. Al igual que los directores, los gerentes son solidariamente responsables por los

⁵⁰ Para el detalle, acudir al párrafo 10.III., de este trabajo.

contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en el art. 179° de la LGS. Como se recuerda, según esta norma, el director –y en este caso, el gerente, sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concerten en las condiciones del mercado. Caso contrario, incurren en la responsabilidad precitada. Conste, por su parte, que el acuerdo para iniciar pretensión de responsabilidad contra el gerente adoptado por la junta general o el directorio importa, de derecho, la automática remoción de éste.

III. Para los efectos de encausar judicialmente la responsabilidad de los Gerentes, habría que estar al trámite previsto en el Proceso de Conocimiento, es decir, al art. 475° y sgts. del CPC⁵¹.

IV. Después de haber observado la coherencia –directores-gerentes, llegamos a la misma lógica y a la misma conclusión que en el caso de los directores. La caducidad a los dos años del acto realizado u omitido por el gerente, es fatal. Y no estaríamos satisfechos con caducidad dos años a partir de la dejación del cargo. Los beneficios de la prescripción para el control y la evaluación de la responsabilidad de estos funcionarios-administradores, es fundamental.

V. Como Apéndice N° 13 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

7. Art. 289°.- Caducidad de la Responsabilidad (Civil, Gerente SRL)

“La responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad y reparación penal que se ordenara, si fuera el caso”.

Comentario.-

I. La sociedad comercial de responsabilidad limitada no tiene Directorio, ni puede tenerlo. En la Ley anterior tampoco la tuvo. La SRL es una forma societaria para relativamente poco capital y reducido número de socios. Apropiada para negocios medianos o pequeños. El Gerente en la SRL reúne las atribuciones y facultades del directorio y gerencia general de sociedades anónimas; es órgano de representación y de gestión social de la empresa. Él convoca a la Junta de Socios y prepara y publicita la Agenda para el evento, que deberá efectuar mediante esquelas bajo cargo, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción.

II. Estamos en total desacuerdo con que su responsabilidad caduque a los dos años. Un Gerente de SRL que se mantenga en el cargo ocho años sólo será responsable, como máximo, con caducidad, por las operaciones y negocios, actos y contratos celebrados en el último año, o año y medio, esto, en la hipótesis de que el removido haya dejado, en efecto, negocios y operaciones medio descubiertas y que el nuevo Gerente hubiera podido contratar una auditoría eficiente y rápida que pronto haya detectado y puesto en evidencia acciones u omisiones dolosas por parte de aquel, o cometidas con

⁵¹ Para el detalle acudir al párrafo 10.III., de este trabajo.

abuso de facultades, negligencia grave, con omisión de sus deberes de actuar como “un ordenado comerciante y un representante leal”.

III. Cosa totalmente distinta ocurre con la prescripción, cuyo restablecimiento proponemos en el presente trabajo. Como sabemos, la prescripción se suspende entre las personas jurídicas y sus administradores mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo⁵² y por supuesto, se interrumpe con la citación, con la notificación de la demanda o por otro acto con el que se apremie al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez incompetente⁵³. En posición totalmente contraria se encuentra la caducidad, cuyo art. 2005° precisa que la caducidad no admite interrupción ni suspensión salvo que resulte imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano –caso de una guerra, catástrofe, golpe de estado, o cosa parecida. Teóricamente, con prescripción, podríamos demandar a un mal gerente por responsabilidad de daños y perjuicios, en el ejemplo dado, por los ocho años de su funesta, tramposa y desleal gestión.

IV. La demanda a interponer contra el gerente, para el caso de la caducidad prevista, se tramita en el Proceso de Conocimiento que prevé el art. 475° y sgts. del CPC⁵⁴.

V. Como Apéndice N° 18 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo 289° con su correspondiente Exposición de Motivos.

8. Art. 415° inc. 3°.- Término de las funciones de los Liquidadores.

“La función de los liquidadores termina:

1. Por haberse realizado la liquidación;
2. Por remoción acordada por la junta general o por renuncia.

Para que la remoción o la renuncia surta efectos, conjuntamente con ella debe designarse nuevos liquidadores; y,

3. Por resolución judicial emitida a solicitud de socios que, mediando justa causa, representen por lo menos la quinta parte del capital social. La solicitud se sustanciará conforme al trámite del proceso sumarísimo.

La responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro”.

Comentario.-

I. La función de los liquidadores termina por resolución judicial emitida a solicitud de socios que, mediando justa causa, representen por lo menos la quinta parte del capital social. La solicitud se sustancia conforma al trámite del proceso sumarísimo.

II. La responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro, determinación legal que como supondrá el lector, al estar por nuestros comentarios

⁵² Art. 1994° inc. 7. del Código Civil.

⁵³ Art. 1996° inc. 3. del Código Civil.

⁵⁴ Para el detalle acudir al parágrafo 10.III., de este trabajo.

producidos a disposiciones que regulan supuestos de hecho similares, estamos en absoluto y total desacuerdo. En la práctica significa arca abierta, arca libre. Acá en este punto los dos años no se contabilizan a partir de la fecha del acto, actos o contratos que motivan la pretensión, como en el caso de los directores y gerentes, sino que, corren todas las fechas de los actos y contratos celebrados hasta la de la terminación del cargo. Aquí mas bien, hay un parecido con la prescripción civil del art. 1994° inc. 7., porque ésta se suspende mientras los administradores continúen en el ejercicio del cargo y recién desde la conclusión del cargo se efectúa el cómputo.

III. Nuestra pregunta es cuál de las dos opciones elige el juez para imputar responsabilidad?. Dos años desde que terminó el cargo o dos años desde que se inscribió la extinción, Porque los dos años desde la terminación del cargo los puede manejar, léase manipular, el mismo liquidador para hacer caer en caducidad eventuales responsabilidades, pero mas bien, la fecha del día en que se inscribe la extinción puede aprovecharlo la sociedad, los accionistas o terceros con legítimo interés, para demandar posteriormente, a los liquidadores, indemnización por daños, por responsabilidad,. Recordemos que el quinto párrafo del art. 414° establece que el nombramiento, los impedimentos, la vacancia y la responsabilidad de los liquidadores se rigen por las disposiciones aplicables a los directores y gerentes de la sociedad. En cuanto a la responsabilidad, estaríamos hablando de caducidad dos años, en este caso, sin embargo e insistimos, a contar de qué ocasión, desde la terminación del cargo o desde la inscripción de la extinción.

IV. El profesor **Enrique ELÍAS LAROZA**⁵⁵ comenta así: “El artículo 415° establece los casos en los que termina la función de los liquidadores. Nótese que cuando la liquidación no ha concluido, es indispensable nombrar liquidadores sustitutos para que el proceso no se paralice. Por ejemplo, en los casos de remoción o de renuncia, ellas no surten efectos si no se nombra a los nuevos liquidadores en forma simultánea. El juez puede declarar el término de la función de un liquidador, mediando justa causa y a solicitud de socios que representen no menos de la quinta parte del capital.⁵⁶ La solicitud se tramita por la vía del proceso sumarísimo. Cabe advertir la posibilidad de que se produzca el término de las funciones del liquidador por razones no contempladas expresamente en el artículo 415°, bajo comentario. Tal sería el caso, por ejemplo, si se decide revocar el acuerdo de disolución y la sociedad reinicia sus actividades. Finalmente, la norma establece que la responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años, desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro. El plazo de caducidad comienza a computarse en la fecha de inscripción de la extinción respecto de los liquidadores que hayan culminado el proceso de liquidación. En los demás casos, el plazo se computa desde el momento de la terminación del cargo”.

⁵⁵ Elías Laroza, Enrique. Op. Cit. Pág. 841.

⁵⁶ La representación de letra cursiva es nuestra, para destacarla. Aquí la ley no ordena, por ejemplo, que el juez deba nombrar liquidadores sustitutos, por tanto, los liquidadores en ejercicio podrían ponerse de acuerdo con el 20% del capital social para ser demandados y removidos del cargo con lo cual dan por terminadas sus funciones y empieza a correr el cómputo de la caducidad del plazo.

V. La terminación del cargo, preocupante, podría ser la de los incisos 1 y 3 de este art. 415°, toda vez que la del inciso 2 no es conducente a los fines encubiertos que deseamos comentar y que se supone la ley debe evitar que se produzcan: la remoción o renuncia del cargo de liquidador surte efectos, solo si conjuntamente con ella se designa nuevos liquidadores. En esta hipótesis no caben “arreglos” o componendas. Pero, iniciar el cálculo del término de la caducidad porque “ya se realizó la liquidación” y ella ya concluyó, podría ser el argumento del o de los liquidadores, para comenzar a calcular el plazo de caducidad y dar por extinguidas sus responsabilidades. En realidad la liquidación termina cuando los liquidadores presentan a la junta general la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, con la auditoría que se hubiese dispuesto o con la que disponga la ley. Claro está que si la junta no se realiza en primera ni en segunda convocatoria, dichos documentos se consideran aprobados, y punto. La caducidad empezaría a correr. Esto último es posible pero ciertamente no muy probable. Estaríamos hablando de una total despreocupación, desidia y aun negligencia por parte de los titulares del capital social, lo que no parece razonable.

VI. La cláusula de salvamento de este artículo 415° in fine respecto al plazo de caducidad de la responsabilidad de los liquidadores es haber dispuesto que ella corra desde la terminación del cargo o desde la inscripción de la extinción. Por supuesto que estaríamos mas complacidos si el art. 184° de esta Ley hubiera dicho cosa parecida: “La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años a contar desde la fecha de entrega del cargo y asunción del mismo por parte del sustituto o relevo”, y no como lo enfatiza “... de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño,...”. Lo que ocurre es que lo propuesto líneas arriba no parece tan viable porque la norma general del art. 49° de la que no podemos apartarnos, hace expresa cita a que la caducidad se cuenta a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión, y en el caso de los liquidadores, el acto que motiva la pretensión no es el de la terminación del cargo ni menos el de la inscripción de la extinción, sino el de la venta subvaluada de los activos, incluso el de los intangibles, o el de sobrevaluación de pasivos, contingentes y otros, por tanto, el de los actos negligentes, dolosos, abusivos y desleales, motivantes de la pretensión. Igual en el caso de los directores, por eso se puso con tanto detalle, como correspondía, lo que se anotó en él y no lo que estamos proponiendo acá, solamente como escenario de reflexión académica.

VII. En suma, por haberse computado la caducidad de la responsabilidad de los liquidadores en dos años contados desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción en el Registro, la norma no resulta rechazable para nuestra investigación. Siempre será posible, con este artículo 415°, pretender eludir la responsabilidad, vía caducidad, arguyendo “haber realizado (y concluido) la liquidación” o consiguiendo una “resolución judicial que dé por terminadas dichas funciones”, a cuyo fin tales liquidadores debieron coludirse con un 20% del capital social. No es tan sencillo sustentarlo, en el primer caso, ni menos conseguirlo, en el segundo. Preferimos, para directores y liquidadores las normas de los arts. 175° y 376°, respectivamente, de la **ALGS**: Artículo 175° “La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años

de la comisión del acto”; Artículo 376° “Las limitaciones estatutarias para el nombramiento en el cargo de liquidador, las prohibiciones legales para su designación, la vacancia en el cargo, las obligaciones, las remuneraciones y las responsabilidades de los liquidadores se regirán en cuanto sea aplicable, por las disposiciones de los artículos..(sic).. 175° y demás conexos”. Naturalmente, estas dos normas estrechamente concordadas con el art. 1994° inc. 7., del Código Civil de 1984 que expresa: “Se suspende la prescripción: Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo”. De no existir ésta, para nada serviría, a nuestro juicio, la prescripción de los arts. 175° y 376° de la **ALGS**, cuya reincorporación planteamos.

VIII. La demanda por responsabilidad contra los liquidadores se tramita por el Proceso de Conocimiento y para el detalle de sus etapas nos podemos remitir al párrafo 10.III., de este trabajo.

IX. Como Apéndice N° 19 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificadorio relativo a este artículo y su correspondiente Exposición de Motivos.

CAPÍTULO VII. PROPUESTA DE LEGISLACIÓN MODIFICATORIA O DE AJUSTES SOLAMENTE PARA LOS CASOS NECESARIOS

Un comentario previo: Las sociedades anónimas en el Perú.

Del estudio y análisis efectuado hemos llegado a la convicción de que nuestra realidad societaria es, a grandes rasgos, como sigue.

Sociedades Anónimas Abiertas, S.A.A., que cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores.-

Para nuestro país, éstas son las sociedades muy grandes. Antes, incluso, se denominaban Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido⁵⁷. Ellas están estrechamente controladas por la **CONASEV** y cuentan, por mandato de la Ley, con Auditoría Externa Permanente, la que es asignada a importantes instituciones del ramo, que además, son escogidas de entre las que se hallan inscritas en el Registro Único de

⁵⁷ El D. Leg. 755 en sus arts. 260 al 268 que fueron derogados por la Tercera Disposición Final de la Ley 26887 les cambió de nombre por Sociedades Anónimas Abiertas. Con el D. Leg. 672 se denominaban Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido, SAAD.

Sociedades de Auditoría, **RUNSA**. Los principios de transparencia, información de hechos de importancia, uso de información privilegiada, presunción de consentimiento del cónyuge e irrevindicabilidad en la compra venta de acciones, bonos y otros valores negociables, entre otros, que informan al Derecho del Mercado de Valores, tornan muy improbable hallar pruebas de corrupción o deslealtad, dolo, abuso de facultades o negligencia grave en la conducta de los directores de estas sociedades, y por ende, no hay nada que modificar, corregir o enmendar acá. Por supuesto que en Estados Unidos se dieron los conocidos casos de Enron y World Com y sus auditores coludidos, Arthur Anderson, que se dice y se conoce, produjo una catástrofe porque las acciones de aquella que estaban en 80 dólares cada una, bajaron, de un día para otro, a US\$ 0.67 c/u. En todo caso, conscientes de ellos, insistimos, no tenemos nada que hacer por acá, por ahora.

Sociedades Anónimas medianas y pequeñas, S.A. y S.A.C.-

Los mismos propietarios (accionistas) son miembros del directorio (además de, en la mayoría de los casos, presidentes del directorio y gerentes generales) y ellos mismos no se irían a autodenunciar o autodemandar por delitos o daños y perjuicios, respectivamente, por su propio dolo, abuso de facultades, falta de diligencia (negligencia grave) y representación desleal ante su propia empresa, en beneficio del particularísimo interés de su bolsillo. Acá también, entonces, es improbable hallar pruebas de todo ello, corrupción o deslealtad, dolo, negligencia grave o abuso de facultades en la conducta de los directores de estas sociedades, y por ende, no hay nada que modificar, cambiar o sugerir.

Empresas Grandes:

Son aquellas que sin ser las sociedades anónimas abiertas, tampoco lo son medianas o pequeñas. Son normalmente, sociedades anónimas "ordinarias" como las denomina el Reglamento del Registro de Sociedades⁵⁸. En parte importante, aunque no necesariamente con poder suficiente y mayoritario, su directorio está integrado por personas ajenas a quienes son los titulares de las acciones de la sociedad. Conste que esta clasificación es meramente tentativamente y para el desarrollo de la investigación. Las opciones de deslealtad y diligencia puede darse por igual, en todas estas opciones. Probablemente sea más nítido y verificable en unos que en otros, es todo.

Empresas del Estado: entidades del FONAFE .

Caso Sedapal, Sima Perú, Corpac, Enapu, Petroperú, y otras en proceso de privatización o no, a cuyos directores sí les alcanza las disposiciones de la Ley General de Sociedades y la caducidad de su responsabilidad en el lapso de dos años. Estas constituirán un segmento importante de las sociedades a las que se dirige nuestro estudio y respecto de las cuales, estimamos, resultará conveniente cambiar lo de caducidad de la responsabilidad de los directores, por la prescripción, para evitar la impunidad de los actos realizados con negligencia grave, los dolosos y los desleales, con mayor razón tratándose de empresas en las cuales está de por medio el patrimonio público.

⁵⁸ R. Sunarp 200-2001 publicada el 27 de julio del 2001. Art. 81.

Estamos hablando de sociedades anónimas cuyo patrimonio total o parcial es del Estado. Pueden ser sociedades anónimas cuyo capital social sea íntegramente del Estado, como sociedades anónimas con capital social mixto, es decir, del Estado y de los Particulares, caso, hasta hace poco, de Electroperú. La norma debiera precisar que “La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas de propiedad total o parcial del Estado, prescribe a los dos años de la comisión del acto o de la fecha del acuerdo que produce daño a la sociedad, en este caso, al accionista único, el Estado, o según las circunstancias, también al sector privado concurrente, y a los terceros”.

El 15 de Junio del 2004 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Directiva aplicable a los Directores de las Empresas en las que el Fondo de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, **FONAFE**, participa como accionista, la misma que fue aprobada por Acuerdo de Directorio N° 002-2004/008-**FONAFE**. Ella aparece como **Anexo “C”** al final de este trabajo. Su art. 3° inciso c) establece que “Sólo podrán ser designadas como Directores las personas que cumplan con acreditar, mediante declaración jurada, que no tienen impedimento para ser designadas como Directores de una Empresa, de conformidad con el art. 161°⁵⁹ de la Ley General de Sociedades –Ley N° 26887, y el art. 81°⁶⁰ de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros –Ley N° 26702, si fuera el caso”. Adviértase, desde ya, que el art. 87, parte final, de esta Ley 26702, establece que “Las infracciones anotadas serán sancionadas por la Superintendencia, de acuerdo a su gravedad, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que corresponda conforme a los arts. 173° y 174° de la Ley General de Sociedades⁶¹ y de las atribuciones que

⁵⁹ Art. 161°.- Impedimentos. No pueden ser directores: 1. Los incapaces; 2. Los quebrados; 3. Los que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio; 4. Los funcionarios y servidores públicos, que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades; 5. Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral; y, 6. Los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieran en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente.

⁶⁰ Art. 81°.- Impedimentos para ser director. No pueden ser directores de las empresas de los sistemas financiero o de seguros: 1. Los impedidos de conformidad con la Ley General de Sociedades; 2. Los que, según los artículos 20°, 51° y 52°, tienen impedimento para ser organizadores o accionistas; 3. Los conocidamente insolventes y quienes tengan la mayor parte de su patrimonio afectado por medidas cautelares; 4. Los que, siendo domiciliados, no figuren en el Registro Único del Contribuyente; 5. Los trabajadores de la propia empresa, a excepción del Gerente General; 6. Los trabajadores de una empresa, así como de sus subsidiarias, en otras empresas y sus respectivas subsidiarias, siempre que sean de la misma naturaleza; 7. Los trabajadores de una empresa de seguros, así como de sus subsidiarias, en otra empresa de la misma naturaleza o en empresas de reaseguros con las que no exista vinculación accionaria y viceversa; 8. Los que, directa o indirectamente, en la misma empresa, o en otra empresa del sistema financiero, tengan créditos vencidos por más de 120 días o que hayan ingresado a cobranza judicial; 9. Los que, directa o indirectamente, sean titulares, socios, o accionistas que ejerzan influencia significativa sobre sociedades que tengan créditos vencidos por más de 120 días, o que hayan ingresado a cobranza judicial en la misma empresa o en otra del sistema financiero. La resolución que se emita por la existencia de algún impedimento para ser director de una empresa, se expide con criterio de conciencia y no requiere exposición de fundamentos ni es susceptible de impugnación en la vía administrativa o judicial.

conforma su Ley Orgánica corresponden al Banco Central. Este asunto, el de la prescripción de la responsabilidad civil de los directores de los Bancos, Financieras y Compañías de Seguros, no ha sido modificado, a pesar que la Ley 26887 ya cuenta con siete años de vigencia, y de haber sido un ejemplo en esta materia, ya se hubiere promovido una norma modificatoria de dicha prescripción por caducidad.

La Directiva N° 002-2004 expresa interesantes coincidencias con la Ley General de Sociedades y subraya temas valiosos e importantes, tales como los que aparecen a continuación y que son comentados por nosotros, mas adelante:

CAPÍTULO II

DERECHOS DE LOS DIRECTORES

Artículo 7°.- Los Directores tienen derecho a:

- a) Ser informados por el gerente general de la Empresa en la que participan, acerca de todo lo relacionado con la marcha de la misma.
- b) Solicitar la convocatoria del Directorio o si la convocatoria no se produce, convocar al Directorio, de acuerdo al estatuto y/o la ley de la Empresa.
- c) Someter a consideración del Directorio de la Empresa cualquier asunto de interés para la misma.
- d) Dejar constancias de sus observaciones en las actas de sesión de Directorio.
- e) (...).

CAPÍTULO III

OBLIGACIONES DE LOS DIRECTORES

Artículo 8°.- Los Directores deben desempeñar el cargo con la diligencia, orden, cuidado y esmero que un empresario pone en sus propios negocios; con la lealtad y honestidad que un representante debe a su representado, así como con eficiencia y responsabilidad, de acuerdo a su experiencia profesional y en observancia de las disposiciones que emita FONAFE, las leyes y/o los estatutos sociales respectivos y las normas legales vigentes.

Artículo 9°.- Los Directores se encuentran obligados a:

(...)

- d) Privilegiar el interés de la Empresa sobre los intereses propios o de terceros relacionados o no, en toda situación en que se plantee un conflicto entre esto.

El Director que en cualquier asunto tenga interés contrario al de la Empresa debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y votación del mismo.

(...)

- j) Mantener reserva y confidencialidad respecto de la información contable, financiera

⁶¹ Se refiere al D. Leg. 311, temas: acción de responsabilidad y acción de indemnización y responsabilidad penal, respectivamente. El art. 175° del mismo D. Leg. 311 expresa: "La responsabilidad civil de los directores *prescribe* a los dos años de la comisión del acto".

y de cualquier otra índole que sea de su conocimiento en razón del desempeño del cargo, aun después de cesar en sus funciones.

CAPÍTULO IV

PROHIBICIONES DE LOS DIRECTORES

Artículo 11°.- Los Directores se encuentran expresamente prohibidos de:

(...)

d) Usar, en beneficio propio o de terceros, los bienes y servicios de la Empresa en la que ejercen sus funciones.

e) Usar, en beneficio propio o de terceros, las oportunidades comerciales o de negocio así como la información privilegiada de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo; en concordancia con el literal j) del artículo 9° de la presente Directiva.

f) Celebrar contratos, de cualquier naturaleza, con la Empresa en la que ejercen sus funciones u obtener de ella préstamos, créditos o garantías o ventajas particulares, ajenos a las operaciones de la Empresa, en beneficio propio o de sus parientes, dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; salvo que los préstamos y las garantías respondan a operaciones que la Empresa celebre normalmente con terceros, y siempre que se dé en condiciones de mercado.

(...)

Artículo 12°.- En concordancia con el literal a) del artículo 11° de la Directiva, los Directores se encuentran prohibidos, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el sector económico específico de la Empresa en donde ejerce sus funciones, a realizar lo siguiente:

(...)

3) Formar parte de directorios, salvo autorización expresa del Directorio de **FONAFE**.

4) Adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de éstas, de sus subsidiarias o de las empresas que pudieran tener vinculación económica.

5) Celebrar, a título personal, contratos civiles o mercantiles con éstas.

6) Intervenir como abogados, apoderados, asesores, conciliadores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares, en los procesos que tales empresas tengan pendientes con la Empresa en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo.

Artículo 13°.- Los Directores responden ilimitada y solidariamente por daños y perjuicios, ante la Empresa en la que ejercen sus funciones, y ante FONAFE, en los siguientes casos:

a) Por no votar en contra de acuerdos contrarios a las normas vigentes, el estatuto social de la Empresa en la que participa, los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas de dicha Empresa, los acuerdos y disposiciones emitidos por FONAFE y, en general, a los intereses del Estado.

b) Por no comunicar por escrito a la Dirección Ejecutiva de FONAFE, y a la Contraloría General de la República de ser el caso, las irregularidades que conozca,

cometidas por los Directores que los hayan precedido y/o los actuales, así como por cualquier otro funcionario de la Empresa en la que participan.

c) (...)

(...)

Artículo 14°.- La responsabilidad civil por el incumplimiento de lo establecido en la Directiva, no enerva la responsabilidad penal que puede corresponderle al Director, así como tampoco la facultad del Directorio de FONAFE de dejar sin efecto la designación del Director, si fuera el caso.

Para el estudio de las sociedades anónimas del Estado y las vinculadas, naturalmente, al FONAFE, deberá constituir instrumento de particular importancia la Ley del Sistema Nacional de Control N° 26162 y las Normas de Auditoría Gubernamental, NAGU, en particular y por su orden, la Resolución 162-95 CG del 22.09.95, con la cual se procuró uniformizar el trabajo de la auditoría gubernamental y obtener resultados de calidad, siendo dichas normas de cumplimiento obligatorio para el personal de la Contraloría General de la República, Órganos de Auditoría Interna de las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control, así como del personal de las Sociedades de Auditoría Independientes cuando son designadas o contratadas para efectuar auditorías gubernamentales; y sus modificatorias, las Resoluciones de Contraloría N° 112-97CG del 20.06.97 que sustituye la NAGU 3.60 y la Resolución de Contraloría N° 141-99 CG del 25.11.99 que sustituye las NAGU 1.60., 2.20., 2.30., 2.40., 3.10., 3.20., 3.40., 3.50., 3.60., 4.40., y 4.40, incorpora la NAGU 4.60 y aprueba las directivas N° 012-99 CG que contiene el "Instructivo para la comunicación de hallazgos de auditoría", y la N° 013-99 que contiene los "Procedimientos para la evaluación de indicios de responsabilidad penal y civil resultante de la Ejecución de la Auditoría Gubernamental".

A continuación se transcriben los aspectos saltantes de la Resolución de Contraloría 259-2000 CG del 07.12.2000 que modifica Normas de Auditoría Gubernamental, **NAGU**, y deja sin efecto directivas sobre Comunicación de Hallazgos y Evaluación de Indicios de Responsabilidad Penal y Civil:

NAGU 3.10 EVALUACION DE LA ESTRUCTURA DEL CONTROL INTERNO

Se debe efectuar una apropiada evaluación de la estructura del control interno de la entidad a examinar, a efectos de formarse una opinión sobre la efectividad de los controles internos implementados y determinar el riesgo de control, así como identificar las áreas críticas e informar al titular de la entidad de las debilidades detectadas recomendando las medidas que correspondan para el mejoramiento de las actividades institucionales.

El Control Interno es un proceso continuo establecido por los funcionarios de la entidad y demás personal en razón a sus atribuciones y competencias funcionales, que permite administrar las operaciones y promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas para el logro de los resultados deseados en función de objetivos como: promover la efectividad, eficiencia, economía en las operaciones; proteger y conservar los recursos públicos; cumplir las leyes, reglamentos y otras normas aplicables; y elaborar información confiable y oportuna que propicie una adecuada toma de decisiones. Un

apropiado sistema de control interno, también permite detectar posibles deficiencias y aquellos aspectos relacionados con la existencia de actos ilícitos, a fin de adoptar las acciones pertinentes en forma oportuna.

La estructura de Control Interno está conformada por cinco componentes interrelacionados:

- a) Ambiente de Control
- b) Evaluación del Riesgo
- c) Actividades de Control Gerencial
- d) Sistema de Información y Comunicación
- e) Actividades de Monitoreo

La evaluación de la estructura de control interno debe realizarse de acuerdo al tipo de auditoría que se ejecuta, sea financiera, de gestión o se trate de exámenes especiales, tomando en cuenta las normas y estándares profesionales pertinentes.

La evaluación de la estructura de control interno comprende dos etapas:

1) obtención de información relacionada con el diseño e implementación de los controles sujetos a evaluación.

2) Comprobación de que los controles identificados funcionan efectivamente y logran sus objetivos.

Al término de esta evaluación la Comisión Auditora emitirá el documento denominado Memorando de Control Interno, en el cual se consignarán las debilidades detectadas, así como las correspondientes recomendaciones tendentes a su superación. Dicho documento será remitido al titular de la entidad para su implementación, con copia al Órgano de Auditoría Interna, si fuere el caso.

A continuación se formula una **PROPUESTA DE LEGISLACIÓN MODIFICATORIA O DE AJUSTES SOLAMENTE PARA LO QUE NOSOTROS CONSIDERAMOS, CASOS NECESARIOS:**

PARÁGRAFOS DE COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

(continúa)

9. Art. 5°.- Contenido y formalidades del acto constitutivo

“La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria.

Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad.

Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo”.

Comentario.-

I. La sociedad se constituye por escritura pública. Adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro la que mantiene hasta que inscribe su extinción.

II. La escritura pública se integra con (1) una Introducción que redacta el Notario (formalidad con la que el fedatario informa acerca de la capacidad, inteligencia en el idioma castellano, libertad, consentimiento, etc., para la celebración y validez del acto jurídico); (2) la Minuta que, preparada por el abogado, contiene el pacto social, en el que se incluye el estatuto, ver arts. 54° y 55° de la LGS⁶²; (3) los Insertos (depósitos bancarios, constancias de entrega de aportes, constancia de **SUNAT** en su caso, para llevar contabilidad en moneda extranjera, informe de valorización⁶³ de aportes no dinerarios, etc.); y, (4) la Conclusión, en la que el funcionario da fe que los socios firman en su presencia el instrumento sub examine.

III. Cuando el pacto social hubiese quedado en minuta⁶⁴ o en borradores previos, habiéndose realizado ya los aportes convenidos y designado a las personas que representan y administran la empresa, cualquier socio puede demandar el otorgamiento de la escritura pública por el proceso sumarísimo con lo cual inicia el trámite correcto⁶⁵

⁶² Art. 54.- Contenido del pacto social: El pacto social contiene obligatoriamente: 1) Los datos de identificación de los fundadores. Si es persona natural, su nombre, domicilio, estado civil y el nombre del cónyuge en caso de ser casado; si es persona jurídica, su denominación o razón social, el lugar de su constitución, su domicilio, el nombre de quien la representa y el comprobante que acredita la representación; 2) La manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir una sociedad anónima; 3) El monto del capital y las acciones en que se divide; 4) La forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista en dinero o en otros bienes o derechos, con el informe de valorización correspondiente en estos casos; 5) El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores; y, 6) El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad. Art. 55.- Contenido del estatuto. El estatuto contiene obligatoriamente: 1) La denominación de la sociedad; 2) La descripción del objeto social; 3) El domicilio de la sociedad; 4) El plazo de duración de la sociedad, con indicación de la fecha de inicio de sus actividades; 5) 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; 6) Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales; 7) El régimen de los órganos de la sociedad; 8) Los requisitos para acordar el aumento o disminución del capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto; 9) La forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio; 10) Las normas para la distribución de las utilidades; y, 11) El régimen para la disolución y liquidación de la sociedad. Adicionalmente, el estatuto puede contener: a) Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad. b) Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad. Los convenios a que se refiere el literal b. anterior que se celebren, modifiquen o terminen luego de haberse otorgado la escritura pública en que conste el estatuto, se inscriben en el Registro sin necesidad de modificar el estatuto.

⁶³ Art. 27.- Valuación de aportes no dinerarios. En la escritura pública donde conste el aporte de bienes o de derechos de crédito, debe insertarse un informe de valorización en el que se describen los bienes o derechos objeto del aporte, los criterios empleados para su valuación y su respectivo valor.

⁶⁴ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Borrador de contrato, susceptible de correcciones y enmiendas.

⁶⁵ Acumulativamente puede demandar, con arreglo a los arts. 15°, 16° y 18°, la inscripción registral

para evitar la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada por los contratos, y en general, por los actos jurídicos que realice dicha sociedad en ese estado, de irregular, según puede verse de los arts. 423° y 424° de la LGS.

IV. Este artículo 5° no indica cuál es el plazo y de qué naturaleza con el que tiene el socio para demandar el otorgamiento de la escritura pública, por cuyo motivo debemos remitirnos al art. 49° y responder que es de dos años, y de caducidad. Nuestra sugerencia está dirigida a promover la dación de una ley que declare que este derecho no caduca o es imprescriptible, tal como en forma similar y para el correspondiente supuesto, encontramos diversos casos en el Código Civil, por ejemplo, en sus arts. 276° y 410°; y 373°, 664°, 927° y 985°⁶⁶, respectivamente. En efecto, la situación descrita en el art. 5° se debe, muchas veces, al descuido de algunos socios, a no dudarlo sin mala intención, pero que les acarrea efectos nefastos toda vez que los compromete a todos, en forma personal, solidaria e ilimitada, por los contratos, y en general por los actos jurídicos realizados desde el inicio, inclusive daños y perjuicios y responsabilidad penal, de ser el caso, según lo prevé el art. 424° de la LGS. En nuestro país debe existir un número significativo de situaciones en procura de regularización que no la podrían lograr por la limitación temporal impuesta, y lo que es peor, por que se trata de caducidad, en donde el derecho se extingue, y con él, la acción conducente a su reconocimiento. Consideramos que resulta conveniente al interés socio empresarial de la nación prestar facilidades permanentes a los empresarios informales que lo requieran hasta que las condiciones del país se modifiquen y se torne desaconsejable mantener una norma como la propuesta, planteando, cuando llegue aquella oportunidad, su abrogación o modificación.

V. Si bien la caducidad, en tanto tal y definida por el art. 2003 del C.C., no tiene una norma como la del art. 1993° del acotado, para la prescripción⁶⁷ es evidente que ella empieza a correr desde que se tiene la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional, porque el derecho esta latente y como decía **JOSSERAND** funciona como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración. El jurista y ex Decano del Colegio de Abogados de Lima, **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ**⁶⁸ sostiene “Por la característica de su disimilitud el decurso de cada plazo de caducidad se inicia (...) con el nacimiento del derecho y, por ello, el Código Civil no ha establecido una regla general. Como hemos visto al estudiar la prescripción extintiva, el decurso prescriptorio se inicia con el nacimiento de la acción pues el art. 1993° del Código Civil ha acogido el principio romanista de la *actio nata*, estableciéndolo como regla general. Tratándose de la caducidad, a falta de una regla general para el inicio de su decurso, el plazo comienza a

⁶⁶ La acción de nulidad (del matrimonio) *no caduca*; *No caduca* la acción para que se declare la filiación extramatrimonial; El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es *imprescriptible* y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos; Las pretensiones a que se refiere este artículo (derecho de petición de herencia y declaración de heredero) son *imprescriptible* y se tramitan como proceso de conocimiento; La acción reivindicatoria es *imprescriptible*. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción; y La acción de partición es *imprescriptible* y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

⁶⁷ Art. 1993° Código Civil: “La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa (sic)...”

⁶⁸ Vidal Ramírez, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Cuarta Edición. Gaceta Jurídica Marzo 2002. Pág. 250.

correr desde que existe el derecho, esto es, desde que nace con la relación jurídica o desde que emerge de ella o a partir del hecho desde el cual debe comenzar a correr el plazo". A su turno, el profesor de la Universidad Católica, **Dr. Marcial RUBIO CORREA**⁶⁹ indica: "Sin embargo, y aunque no se diga expresamente en el título de caducidad, creemos que a ella se aplica por la naturaleza de las cosas, el mandato del art. 1993° referido a prescripción: '(...) comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho'. Decimos naturaleza de las cosas porque el término inicial de la caducidad no puede ser otro que el momento que puede ejercitarse la acción". Y antes había ilustrado así: "El día en que puede ejercitarse la acción no es una expresión que suponga un referente de hecho, sino uno de naturaleza jurídico conceptual. Es decir, la norma no exige que de hecho pueda ejercitarse la acción sino que, de Derecho, la acción pueda ser interpuesta"⁷⁰. En varias ocasiones en la Ley General de Sociedades se utiliza la expresión "de inmediato", o "en el más breve término", sugeridas en los debates en la Comisión Revisora del Congreso⁷¹, o expresiones de similar significación; ellas aparecen, por ejemplo, en los arts. 36° in fine, 136°, 137°, 158°, 162°, 177° 3er. párrafo, 178°, 180°, 191° y 327°. En este orden de ideas, opinamos que la demanda debe interponerse tan pronto como el socio advierta que no existe voluntad, o peor aun, que existe resistencia a formalizar el pacto social. Su demora lo perjudica porque si la parte demandada demuestra en el proceso que ha transcurrido más de dos años desde que el actor tomó noticia que el pacto social se encontraba sin escriturar, la pretensión habría caducado y al perderse el derecho, también se habría perdido, irremediablemente, la acción conducente a reconocerlo. La norma contenida en el art. 49° de la LGS, sin embargo y para nuestra tranquilidad, ha salvado los eventuales obstáculos contenidos en las normas que no precisan la fecha de inicio para hacer el cómputo, disponiendo que "Las pretensiones (...) caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión". Consideramos que con ello, la eventual preocupación, ha quedado superada.

VI. A pesar de la pertinencia de lo expuesto, rigurosamente legal, impecable, caducidad dos años y punto, nos resistimos a reconocerlo o alternativamente, a admitirlo: ¿acaso la ley podría estar cerrando las puertas, sin opción alguna, a la regularización de tan alto porcentaje de sociedades y empresas informales que tenemos en nuestro país y que de hecho, se encuentran operando así desde hace ya, varios años?. De nuestra propia reflexión llegamos a la conclusión de que el derecho de acceder al Estado, es decir, al Poder Judicial para la solución de este caso, es imprescriptible⁷², y para mayor

⁶⁹ Rubio Correa, Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Vol. VII Biblioteca Para Leer el Código Civil. PUC. Fondo Editorial. 2003. Pág. 67.

⁷⁰ Rubio Correa, Marcial. Op. Cit. Pág. 37.

⁷¹ Las de los arts. 136° y 158° fueron sugeridas por el congresista Dr. Jorge Avendaño Valdez, según aparece del Diario de Debates de la Ley General de Sociedades, Págs. 238 y 279.

⁷² La doctrina, de modo uniforme, usa la expresión "imprescriptible" en vez de "no caduca" o "incaducible". Nuestro Código Civil usa ésta en los arts. 276° y 410°; utiliza aquella en los arts. 373°, 664°, 927° y 985°, entre otros.

claridad y en todo caso, evitar inadecuadas interpretaciones, proponemos –y repetimos, se dicte una norma que de modo indiscutible así lo declare. Según las circunstancias, adviértase, esta norma es concordante con el art. 426° que tratando a las sociedades irregulares nos remite al art. 119° para su regularización o al art. 409° para su disolución. Lo que ocurre es que este art. 426°, conforme lo explicaremos en su momento ⁷³, tampoco nos indica de qué plazo disponen los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores, para tales propósitos y por ello, no queda mas alternativa que acudir a la norma general del art. 49°, el plazo es de caducidad y es por solamente dos años.

VII. Entre tanto se dicte la norma modificatoria o aclaratoria que proponemos, dejamos constancia que por ahora, para el ejercicio del derecho de acción se debe estar a lo dispuesto por los arts. 546° a 559° del CPC., Proceso Sumarísimo, en particular, estar atento a la inadmisibilidad e improcedencia, en ese orden, del art. 551°; a la audiencia única del art. 554° para el saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, salvo excepciones y defensas previas del art. 555°; y en su caso, a la conciliación del art. 327° del acotado. La sentencia es apelable con efecto suspensivo dentro del tercer día de notificada, según lo prevé la parte inicial del art. 556°.

VIII. Como Apéndice N° 1 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

10. Art. 7.- Actos anteriores a la inscripción

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

Comentario.-

I. **Fernando VIDAL RAMÍREZ** ⁷⁴ afirma que “Los derechos personales que constituyen facultades de la persona en cuanto lo es y porque lo es, son incaducibles, salvo algunos de menor rango que pasamos a considerar. (...) En la Ley General de Sociedades –El derecho de la sociedad a la validez de los actos jurídicos celebrados con anterioridad a su inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles. Según el art. 7° el plazo de caducidad es de 3 meses a partir de la inscripción”. Como podemos comprobarlo, el artículo 7° no lo dice, pero la persona entendida, versada, ponente en la Comisión Reformadora del Código Civil, lo afirma. Ello es suficiente. Entonces, la (s) persona (s) que celebra (n) actos en nombre de la sociedad debe (n) preocuparse en convocar a junta de socios dentro de los tres meses siguientes a su inscripción, para que aquellos actos sean ratificados, y evitar su responsabilidad personal y solidaria, todo esto sin perjuicio de lo que afirmamos en el punto (3) del párrafo que continúa.

⁷³ Párrafo 51, el último de estos Comentarios.

⁷⁴ Vidal Ramírez, Fernando. Op. Cit. Pág. 257

II. La segunda parte del segundo párrafo del art. 71° de la Ley, atinente a las sociedades anónimas, precisa que “A falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del citado plazo, se presume que los actos y contratos celebrados por los fundadores han sido ratificados”. Es totalmente injusto que se haya previsto esta muy conveniente presunción para esta forma societaria y que más bien, ella, no haya sido regla general aplicable a todas las formas societarias, sin excepción, es decir, también para la sociedad colectiva, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad en comandita simple, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, la sociedad civil ordinaria y la sociedad civil de responsabilidad limitada. La Comisión Redactora se equivocó al no incluirla en la parte general y la Revisora no advirtió tal omisión. Esta norma está muy conectada con el art. 24°⁷⁵. El plazo previsto de tres meses debe interpretarse que lo es de caducidad, en primer lugar, porque así lo afirma **VIDAL RAMÍREZ** y en segundo lugar, por lo siguiente: (1) Según la doctrina moderna la brevedad, o con mas precisión, el abreviamento de los términos, es característica de la voluntad legislativa por la caducidad; (2) Los actos celebrados en nombre de la sociedad deben haber sido realizados por sus fundadores-administradores, art. 71° primer párrafo, porque de no ser así, sus autores estarían incurso en el art. 13°⁷⁶; y (3) Conste que en todo caso, dichos actos, los de naturaleza patrimonial u obligacional, serán ratificados, sin ninguna duda, tan pronto como se someta a consideración de la junta general de socios, los estados financieros, es decir, el balance general y el estado de ganancias y pérdidas⁷⁷, y estos documento, naturalmente, se aprueben, porque en ellos se da cuenta, en forma prolija, del empleo de los recursos sociales, y si los estados financieros son aprobados, con ellos y en ellos han sido confirmados los actos anteriores celebrados en nombre de la sociedad. No debemos olvidar, sin embargo, el detalle previsto en el art. 225⁷⁸.

III. En su caso, los terceros con legítimo interés y los que han contratado con tales individuos tendrían que demandar a éstos, personas que celebraron actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción y que no han logrado que la sociedad se los ratifique, por el Proceso de Conocimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 475° inc. 1 del CPC⁷⁹, toda vez que el art. 7° bajo comento, no indica la vía procesal para encausar tal pretensión. En este orden de ideas es pertinente exponer que, notificada la demanda, el demandado cuenta con treinta (30) días para contestarla;

⁷⁵ Art. 24°.- Gastos necesarios. Otorgada la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el Registro, el dinero depositado según el artículo anterior puede ser utilizado por los administradores, bajo su responsabilidad personal, para atender gastos necesarios de la sociedad”.

⁷⁶ Art. 13°.- Actos que no obligan a la sociedad. Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella. La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores.

⁷⁷ Cuarta Disposición Final. Definición de Estados Financieros. Para efectos de la presente Ley se entenderá por Estados Financieros: el balance general y el estado de ganancias y pérdidas.

⁷⁸ Art. 225°.- La aprobación por la junta general de los documentos mencionados en los artículos anteriores no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad.

dentro de los diez (10) días siguientes a la contestación o en rebeldía, debe producirse el auto de saneamiento. La audiencia conciliatoria se realiza dentro de los veinte días posteriores y la de pruebas antes de los cincuenta (50) que le continúan. La sentencia se pronuncia dentro de los 50 ulteriores y la apelación puede presentarse dentro de los diez (10) días de su notificación. En este proceso caben cuestiones probatorias (tachas y oposiciones), excepciones, defensas previas, reconvencción y hasta ha lugar a que se ofrezcan otros medios probatorios al invocarse hechos nuevos en la demanda o reconvencción. Los plazos están taxativamente prescritos en el art. 478° del CPC.

IV. Como Apéndice N° 2 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

11. Art. 9°.- Denominación o razón social

“La sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el primer caso puede utilizar, además, un nombre abreviado.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad pre-existente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello.

Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derecho de autor, salvo que se demuestre esta legitimado para ello.

El Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente. En los demás casos previstos en los párrafos anteriores los afectados tienen derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

La razón social puede conservar el nombre del socio separado o fallecido, si el socio separado o los sucesores del socio fallecido consienten en ello. En este último caso, la razón social debe indicar esta circunstancia. Los que no perteneciendo a la sociedad consienten la inclusión de su nombre en la razón social quedan sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar”.

Comentario.-

I. Con esta ley, el Reglamento del Registro de Sociedades y la abundante jurisprudencia registral sobre la materia, ya está claro que no es inscribible una sociedad que tenga una denominación igual a otra sociedad preexistente, y dentro de ello se considera, por ejemplo, que quiera registrarse una Herco S.A., existiendo una Erco S.A.;

⁷⁹ Art. 475.- Procedencia. Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que: 1) No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo; 2) La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal; 3) Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo; 4) El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y, 5) La ley señale.

una CQ'ORY S.A., existiendo una Kory S.A., una VOGEN S.A., existiendo una VOGEL SRL., una CARSA IMPRESS S.A., existiendo una CARSA, máxime cuando esta última es muy reconocida por el público consumidor y tiene registro desde setiembre de 1967, y así también, otros casos parecidos.

II. Pero en todo caso, lo puntual es que el Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente; en los demás casos, los afectados tienen derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social, por el proceso sumarísimo⁸⁰. Lo que aun nos queda duda es qué irá a pasar y qué se irá a resolver, o aun mejor dicho, cómo se sustentará la negativa a registro, cuando un Estudio de Abogados cuya razón social pretendida sea Castañeda, Ramírez & Villegas, Abogados, S. Civil de RL., encuentre al ingresar el título que ya existe uno igual. En un futuro próximo será una coincidencia nada improbable a contar por los más de 40,000 abogados que ya tenemos inscritos en el CAL.

III. El art. 9° bajo comentario no indica plazo ni si el derecho de demandar tal modificación caduca. Debemos estar entonces a lo dispuesto por el art. 49°⁸¹ en el sentido de que esta pretensión está sometida al plazo de caducidad de dos años a contar desde la inscripción de la segunda sociedad, según lo previsto en el art. 2012 del CC⁸².

IV. El proceso, sumarísimo, se interpone ante el juez del domicilio de la sociedad que infringió la prohibición y al efecto puede consultarse el punto 9.VII., de este trabajo investigatorio.

12. Art. 10°.- Reserva de Preferencia Registral

“Cualquiera que participe en la constitución de una sociedad, o la sociedad cuando modifique su pacto social o estatuto para cambiar su denominación, completa o abreviada, o su razón social, tiene derecho a protegerlos con reserva de preferencia registral por un plazo de treinta días, vencido el cual ésta **caduca** de pleno derecho.

No se puede adoptar una razón social o una denominación, completa o abreviada, igual o semejante a aquella que esté gozando del derecho de reserva de preferencia registral”.

Comentario.-

I. La Ley dice que el plazo de treinta días es de caducidad. Es correcto.

II. **Fernando VIDAL RAMÍREZ**⁸³ expresa: “Derechos personales caducibles. El derecho de la sociedad de proteger la modificación de su pacto social, su estatuto, su

⁸⁰ Ver pautas procesales en el Comentario 1 al art. 5° de la LGS, punto VII.

⁸¹ Las pretensiones de... cualquier tercero contra la sociedad o viceversa... relacionados con derechos otorgados por esta ley... caducan...-

⁸² “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

⁸³ Vidal Ramírez, Fernando. Op. Cit. Pág. 257.

denominación o su razón social con reserva de preferencia registral. Según el art. 10 el plazo de caducidad es de 30 días, plazo que en nuestra opinión debe computarse a partir de haberse solicitado la reserva”, y no como es actualmente, que se computa a partir del día siguiente a la fecha de expedición del documento, y por treinta días hábiles, no calendarios.

III. La expresión “de pleno derecho” utilizada acá y que se incluye en ocasiones, a nuestro modo de ver, confunde, porque ¿querría decir que aquellas situaciones en las que la ley no las indica, acaso no lo son?. No nos parece. La caducidad opera siempre *iuris et de iure*.

IV. El art. 45° de esta LGS indica que los plazos contenidos en ésta se computan con arreglo al Código Civil, por tanto, los treinta días correspondientes a la Reserva de Preferencia Registral que extiende la **SUNARP** debieran ser naturales o calendarios. Y así lo es. Como **Anexo “D”** se alcanza una Reserva solicitada expresamente, al Registro, a los fines de esta investigación. En él se aprecia que ha sido extendido el 09 de Junio del 2004 y que vencerá el 09 de Julio de este mismo año.

V. En este art. 10°, por ejemplo, la expresión “caduca” es absolutamente intrascendente. Pudo decir, “... vencido el cual ésta –la Reserva, se extingue de pleno derecho”. Es un Certificado que acredita un Derecho de Preferencia por un lapso breve y definido. Anotamos la misma glosa que dijimos al principio: La caducidad normada acá no tiene consecuencias susceptibles de preocupación.

13. Art. 15°.- Derecho a solicitar inscripciones

“Cualquier socio o tercero con legítimo interés puede demandar judicialmente, por el proceso sumarísimo, el otorgamiento de la escritura pública o solicitar la inscripción de aquellos acuerdos que requieran estas formalidades y cuya inscripción no hubiese sido solicitada al Registro dentro de los plazos señalados en el artículo siguiente.

Toda persona cuyo nombramiento ha sido inscrito tiene derecho a que el Registro inscriba su renuncia mediante solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la sociedad”.

Art. 16°.- Plazos para solicitar las inscripciones

“El pacto social y el estatuto deben ser presentados al Registro para su inscripción en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

La inscripción de los demás actos o acuerdos de la sociedad, sea que requieran o no el otorgamiento de escritura pública, debe solicitarse al Registro en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de realización del acto o de aprobación del acta en la que conste el acuerdo respectivo.

Toda persona puede ampararse en los actos y acuerdos a que se refiere este artículo para todo lo que le favorezca, aun cuando no se haya producido su inscripción”.

Art. 18°.- Responsabilidad por la no inscripción

“Los otorgantes o administradores, según sea el caso, responden solidariamente por

los daños y perjuicios que ocasionen como consecuencia de la mora en que incurran en el otorgamiento de las escrituras públicas u otros instrumentos requeridos o en las gestiones necesarias para la inscripción oportuna de los actos y acuerdos mencionados en el artículo 16°.

Comentario.-

I. Recordemos que en estos comentarios solamente nos ocupamos de referir si la norma hace cita expresa, tácita, o por remisión, a **plazo** para ganar o perder el derecho y la fecha de inicio u ocasión que le sirve de punto de partida; la **vía procesal** para accionar; si aquel término lo es, expresamente, de **caducidad**, o si ello hay que deducirlo o interpretarlo; y, lo más importante, si el cambio de concepto de la ley anterior, que lo era de prescripción, por caducidad, ha sido conveniente y adecuado, si merece reflexión o dudas, o si por el contrario, a nuestro juicio, ha constituido un desacierto que sugerimos corregir en su momento.

II. Es evidente que la gestión de registro debe ser preocupación y responsabilidad de la sociedad la que lo ejecuta a través de sus administradores. Por ello, la norma solamente alude a los socios y a los terceros con legítimo interés, quienes pueden demandar por el proceso sumarísimo el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral de los acuerdos adoptados, sujetos a esa formalidad. El plazo que prevé el art. 16°⁸⁴ es de 30 días, tanto para la escritura de constitución como para los demás actos y acuerdos inscribibles, y debemos interpretar que lo es de caducidad⁸⁵, pero el art. 12°.- del Reglamento del Registro de Sociedades⁸⁶ establece que el Registro no exigirá orden judicial para inscribirlos, aunque dichos títulos ingresen fuera del término; en otras palabras, es un plazo cuya demora o incumplimiento no impide su registro y en toda circunstancia, acarreará las responsabilidades por daños que el retraso y negligencia por parte de los administradores ocasione a la sociedad, a los socios o a los terceros con legítimo interés, en cuanto al desarrollo de las actividades, operaciones y negocios encargados a éstos. Así lo prevé el art. 18°. No debemos interpretar entonces que se trata de un plazo de caducidad. No hay derecho que se pierda por tal incumplimiento y por lo mismo, tampoco se pierde la acción consecuente. Sin embargo de lo expuesto, qué sucedería si la misma sociedad, un socio o un tercero con legítimo interés solicita la inscripción de un acuerdo de junta general de accionistas de la empresa "Equis S.A." adoptado hace dos años y dos meses?. ¿Podría el Juez, de oficio; el Registro; o la demandada, a su turno, invocar la caducidad del derecho porque el plazo legal para

⁸⁴ Art. 16° Plazos para solicitar inscripciones. "El pacto social y el estatuto deben ser presentados al Registro para su inscripción...(…)" Error. Técnicamente, lo que se presenta al Registro es la Escritura Pública *la cual contiene el pacto social y el estatuto*, pero no directamente éstos, como equivocadamente lo dice la ley.

⁸⁵ Exposición del Presidente de la Comisión Redactora: "... Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es...".

⁸⁶ Artículo 12° de la Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN del 27 de Julio del 2001 que contiene el Reglamento del Registro de Sociedades: "Inscripciones solicitadas fuera del plazo legal. No se requiere mandato judicial para efectuar inscripciones después de vencidos los plazos previstos en la Ley".

presentar los títulos al Registro es de 30 días y después de él han transcurrido más de dos años, sustentándose en el art. 49° de la LGS?. Nuestra respuesta es afirmativa⁸⁷. Como **Anexo “F”** se acompaña a este trabajo la reciente sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional que se comenta en el pie de página que precede, así como el novísimo Código Procesal Constitucional. Por respeto entonces, a las definiciones legales, debiéramos agregar un nuevo tercer párrafo al art. 16° (el tercer párrafo actual, pasa a ser, cuarto párrafo) aludiendo a que este derecho prescribe a los dos años, calculados a partir de los treinta días referidos en el párrafo anterior. Estamos conscientes que situaciones como la descrita son improbables pero ante la posibilidad de

⁸⁷ Hemos anotado “afirmativa” con muy serias dudas. La reciente sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1049-2003 Lima, ETESELVA SRL y los arts. 44° y 45° del novísimo Código Procesal Constitucional, ponen énfasis en un parecer distinto. En efecto, en cuanto a la excepción de caducidad, el Tribunal refiere que el argumento de la recurrida contraviene lo dispuesto en el art. 124° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que las actuaciones judiciales se realizan en días hábiles pues un día en que se paralizan las labores judiciales desde ningún punto de vista puede considerarse hábil. Además, contraviene la propia legislación laboral en que se sustenta, pues ésta utiliza un criterio absolutamente distinto. Así, por ejemplo, el art. 36° del D. Leg. N° 728 dispone que, en el caso del despido arbitrario, el plazo de *caducidad* para demandar se suspende por “*falta de funcionamiento del Poder Judicial*”. Es menester indicar que, aun cuando existiera alguna duda acerca de la condición de los días de huelga judicial –sobre su carácter hábil o inhábil, este Tribunal tendría que utilizar la interpretación que mejor favoreciera a la protección de los derechos constitucionales. Esta opción responde al principio *pro homine*, según el cual corresponde interpretar una regla concerniente a un derecho humano “del modo mas favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección” (SAGUES, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sección Peruana. Primera Edición. Abril 2002. Lima. Perú. Pág. 36). Evidentemente, en el supuesto de duda experimentado por la recurrida, la interpretación que mejor favorecería a los derechos protegidos por el amparo sería aquella que considera inhábiles los días de huelga judicial, pues la interpretación contraria conllevaría una intensificación de la exigencia temporal contenida en el art. 37° de la Ley 23506. Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional realiza la interpretación de la Constitución y las Leyes, la cual debe ser seguida por los Jueces y Tribunales de la República, es menester que este Tribunal determine –a pesar de la denominación (caducidad) que el texto normativo le otorga- qué calidad jurídica (prescripción o caducidad) tiene el plazo previsto en el art. 37° de la Ley N° 23506. Es una idea pacíficamente aceptada por la doctrina que la caducidad es un plazo que extingue un derecho y que su cómputo se inicia con su nacimiento. Tal situación, sin embargo, no se presenta en el supuesto regulado en la ley aludida, pues el plazo para interponer la acción de amparo no empieza a transcurrir desde el momento en que nace el derecho constitucional del demandante, sino desde que se produce su afectación, siempre que “el interesado en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción”. Por otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea, el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala interpreta que el plazo indicado no es un plazo de caducidad, sino un plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección. De esta manera, transcurrido el plazo para interponer la demanda de amparo, el sujeto afectado no se ve desprovisto de su derecho constitucional, ni mucho menos del correlativo derecho de solicitar tutela jurisdiccional efectiva al Estado (derecho constitucional de acción), sino que simplemente pierde la posibilidad de acceder a una vía procedimental excepcional y urgente como es la acción de amparo. Por el contrario, si el transcurso del plazo extinguiera el derecho constitucional cuya protección se solicita, entonces este Tribunal necesariamente se debería expresar en términos de caducidad. Dado que no es así, en función de lo expuesto se puede concluir que, independientemente del defecto en el *nomen iuris* utilizado por el legislador, el art. 37° de la Ley N° 23506, regula el plazo de prescripción extintiva para la interposición de la demanda de amparo. (El subrayado es nuestro).

que ocurran, es preferible contar con normas claras e indiscutibles.

III. El art. 16° empieza “El pacto social y el estatuto deben ser presentados al Registro...”. Error. Lo que se presenta al Registro para inscripción es la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto entre otras declaraciones y hechos jurídicos. Por una cuestión formal, hay que aprovechar en corregirlo. El plazo regular o corriente para solicitar la inscripción de los actos o contratos en el Registro, es de 30 días, los que se cuentan a partir de la realización del acto o aprobación del acta. Cualquier socio o tercero con legítimo interés puede demandar judicialmente, por el proceso sumarísimo, dichas inscripciones, a cuyo propósito nos podemos remitir al parágrafo 9.VII., de este trabajo investigatorio.

IV. Como Apéndice N° 3 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo, con su correspondiente Exposición de Motivos.

14. Art. 22°.- Los Aportes

“Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo.

El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado, salvo que se estipule que se hace a otro título, en cuyo caso la sociedad adquiere sólo el derecho transferido a su favor por el socio aportante.

El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública”.

Comentario.-

I. Al socio moroso, es decir, al que incumple el compromiso de entregar su aporte, se le puede exigir el cumplimiento de su obligación por el proceso ejecutivo, sea obligación de (1) dar suma de dinero, (2) entregar bienes muebles determinados y (3) obligación de hacer (incluye entrega de bienes inmuebles determinados). Alternativamente, se le puede excluir de la sociedad, por el proceso sumarísimo. Lo que no dice este art. 22° es cuál es el plazo que tenemos para hacerlo y si él es de caducidad.

II. Según el art. 49° de la LGS, las pretensiones de la sociedad contra un socio por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se ha establecido expresamente un plazo, caduca a los dos años. Ya tenemos la respuesta. El término es de dos años y de no ejecutarlo, para que cumpla con su aporte o excluirlo de la sociedad, aquella –la sociedad, pierde el derecho que la ley le concedió, y la acción que le es consecuente. En esta hipótesis, que teóricamente aparece remota e improbable, hay responsabilidad personal, solidaria e ilimitada por parte de los Fundadores, del Directorio (de los directores) o de la Gerencia General, según corresponda.

III. En cuanto al proceso ejecutivo, si la obligación es de dar suma de dinero, el juez califica el título ejecutivo (que la obligación sea cierta, expresa, exigible y líquida, o liquidable mediante operación aritmética) y en su caso expide mandato ejecutivo que contiene una orden de pago, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada. El

mandato ejecutivo es apelable sin efecto suspensivo. El ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones y defensas previas dentro de los cinco días de notificado con dicho mandato ejecutivo, proponiendo los medios probatorios. El Juez declara improcedente la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados en el art. 700° del CPC. De la contradicción se corre traslado al ejecutante quien debe absolverla en el plazo de tres días, proponiendo medios probatorios. El Juez cita a audiencia única (arts. 701° y 555° del CPC) dentro de los diez días. El plazo para expedir sentencia es de cinco días a contar de realizada la audiencia o de vencido el plazo para contradecir. La obligación de dar bien mueble determinado se tramita igual que el de dar suma de dinero con las modificaciones a que hace referencia el art. 704° del CPC. En este caso, el mandato ejecutivo contiene (1) la intimación al ejecutado para que entregue el bien dentro del plazo que fije el Juez atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento de procederse a su entrega forzada; y (2) la autorización para la intervención de la fuerza pública en caso de resistencia. Finalmente, en cuanto a la obligación de hacer el proceso también se tramita igual que el de dar suma de dinero, pero en este caso, con las modificaciones previstas en el art. 706° del CPC., y, en opinión de la Dra. Zaida OSORIO RÚIZ⁸⁸, "... para el caso de dar bien inmueble determinado, se sigue el mismo trámite que el de dar bien mueble determinado, salvo mejor parecer".

15. Art. 48°.- "Arbitraje. Conciliación"

"No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.

Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia, hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral.

El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia".

Comentario.-

I. Ante el supuesto previsto, corresponderá a la parte demandada deducir la excepción de "convenio arbitral", que prevé el art. 446° incisos 10 y 13 de CPC., a cuyo efecto alcanzará al Juzgado un Testimonio de la Escritura Pública de Constitución Social, de Modificación de Estatutos u otro de similar naturaleza, mediante el cual se haya previsto y acordado que las situaciones de discrepancia que se susciten al interior de la sociedad, entre socios, sus administradores o terceros, referidos a actos u omisiones relacionados con derechos que concede esta Ley General de Sociedades, debían ser sometidas, para su solución, a esta jurisdicción. En todo caso, se estará a las disposiciones previstas en los arts. 446° a 457° del CPC.

II. Transcribimos a continuación la opinión⁸⁹ de la Dra. **Zaida OSORIO RUIZ** sobre la materia: "Las acciones judiciales en general (incluyendo las que se sustancian en vía de proceso de conocimiento), derivadas de la ley societaria, son improcedentes en caso de

⁸⁸ Osorio Ruíz, Zaida, Op. Cit. Pág. 350.

haberse convenido que el conflicto de intereses respectivo se ventile mediante procedimiento arbitral o a través de un procedimiento previo de conciliación extrajudicial (que no excluye la acción judicial posterior si no se hubiera producido la conciliación o ésta fuera sólo parcial). (...). La normatividad a que se contrae el último párrafo del art. 48° de la Ley General de Sociedades es, principalmente, la Ley de Conciliación N° 26872 y su Reglamento el DS N° 001-98-JUS”. La Ley General de Arbitraje lleva el N° 26572.

III. Como quiera que la notificación para el acto conciliatorio constituye una forma interpelativa, al deudor, con arreglo al art. 1996 inc. 3, se interrumpe la prescripción. El jurista **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ** lo considera correcto.

16. Art. 49.- Caducidad

“Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

Comentario.-

I. Esta norma, que es la que cubre a toda la ley en la materia y cuyo término de dos años se repite, cuando menos en los arts. 35°, 38°, 73°, 184°, 197°, 289°, 415° y 422°, cuenta con tres excepciones de periodicidad “anual” distinta, tal el caso de las que aparecen en los arts. 81° (responsabilidad de cedentes por pago de dividendos pasivos) y 232° (caducidad en el cobro de dividendos) que es de tres (3) años; y 150° (acción de nulidad para invalidar acuerdos de junta general) que es de un (1) año. En todos los demás casos, se calcula en días, o un mes o dos meses, o tres o seis, caso de los arts. 142°, 158°, 200°, 219°, 237°, 248°, 262°, 274°, 275°, 276°, 292°, 293°, 323°, 338°, 359°, 365°, 383°, 390°, 409°, 410°, 415°, 422° y 426°.

II. Se trata de las pretensiones de cualquier socio o tercero contra la sociedad, como también de la sociedad contra cualquier socio o tercero, pero tiene que ser por actos u omisiones relacionados con los derechos que otorga esta ley, respecto de los cuales no se haya previsto expresamente un plazo, estableciendo que ellas caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión. Apréciase que en materia civil sí existe indicación precisa de la oportunidad en que comienza a correr la prescripción (art. 1993° del CC), más ello no ocurre para la caducidad, informándonos el jurista Fernando VIDAL RAMÍREZ que eso se debe a la disimilitud de actos, contratos y situaciones que le dan origen, habiendo preferido el legislador civil dejarlo abierto y susceptible de aplicación a cada circunstancia en particular. Aquí, en materia societaria, el legislador ha sido preciso y la forma de su regulación, más bien, en cuanto a la fecha de inicio, se parece a la prescripción civil. Comparemos: “la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción...” y “caduca a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

III. Como quiera que en el presente trabajo de investigación académica se formulan propuestas para que determinados derechos resulten incaducibles (arts. 5° y 426°) y en

⁸⁹ Osorio Ruiz, Zaida. Procesos Civiles en el marco de la Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica S.A.. Primera Edición, Abril 2000. Pág. 24.

otros se instituya la prescripción (arts. 16°, 158°, 184°, 197°, 289° y 415°) en lugar de solamente Caducidad, hemos preparado un proyecto modificatorio o de ajuste de este artículo 49°.

IV. Como Apéndice N° 4 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo, con su correspondiente Exposición de Motivos.

V. En cuanto a la veracidad de las comunicaciones hechas al público, si se trata de oferta a terceros privada ella se dirige a inversionistas institucionales, caso de los Bancos, Cías. de Seguros, AFPs, Fondos Mutuos, etc., en donde especial problema a comentar no existe; y si se trata de oferta a terceros, pública, ella es supervisada por la CONASEV y se regula por la Ley del Mercado de Valores contenido en su T.U.O., el DS N° 093-2002 EF del 15 de Junio del 2002. Tampoco hay problema.

La pretensión de responsabilidad contra los fundadores habría que tramitarla en Proceso de Conocimiento, a tenor de lo dispuesto en el art. 475° y sgts. del CPC., y para tomar noticia de sus detalles, fases o etapas, nos podríamos remitir al parágrafo 10.III., de este trabajo.

17. Art. 76°.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios

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

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

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

Si se demuestra que el valor de los bienes aportados es inferior en veinte por ciento o más a la cifra en que se recibió el aporte, el socio aportante deberá optar entre la anulación de las acciones equivalentes a la diferencia, su separación del pacto social o el pago en dinero de la diferencia.

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

Comentario.-

I. El Directorio tiene un plazo de sesenta días a contar desde la constitución⁹⁰ de la sociedad o del pago del aumento de capital para revisar la valorización de los aportes no

⁹⁰ Según el art. 5° la sociedad se constituye por escritura pública pero según el art. 6° adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro; por tanto, los órganos que expresan su voluntad, tal el caso del Directorio, recién tienen plenitud y cabida a partir de esto último. Considero que la Ley quiso decir o debió decir “desde la inscripción de la sociedad....”. No podía ser de otro modo.

dinerarios. Vencido éste y dentro de los treinta días siguientes, cualquier accionista puede solicitar su comprobación judicial mediante operación pericial y por el proceso abreviado, es decir, con arreglo al art. 486 y sgts. del CPC ⁹¹ ., a cuyo efecto el accionante constituirá garantía suficiente para sufragar los gastos del peritaje.

II. En primer lugar, nos preguntamos si realmente existe un directorio en desempeño legal y válido para adoptar acuerdos cuando aun la sociedad no se ha inscrito, porque ello podría ocurrir, toda vez que la norma alude a la constitución de la sociedad y para ello bastaría haber suscrito la escritura pública.

III. Por disposición de la ley –artículo 49° de la LGS, y por su naturaleza, aquel plazo lo es de caducidad. Si no se ejercita en este término, se pierde irremediamente el derecho y la correspondiente acción conducente a reconocerlo. No olvidemos que si se declara fundada la demanda porque el valor de los bienes es menor en 20% o más, a la cifra en que se recibió el aporte, ella produce (1) la anulación de las acciones del socio sobre valorador de sus bienes, equivalentes a la diferencia, o, (2) la separación de dicho socio del pacto social, o, (3) el pago en dinero, por parte de éste, de la diferencia. Además de un acto que el demandante considera de absoluta justicia, el actor puede ser favorecido, en mayor o menor medida y en las tres hipótesis. En efecto, con la recomposición accionaria, en las dos primeras; y con mayor liquidez y patrimonio para la sociedad, en la tercera.

IV. Por la circunstancia que sirve de inicio –desde la constitución de la sociedad, para el cómputo del ejercicio de este derecho, que es caducible, y por la forma continuada del plazo otorgado para su revisión y comprobación, veamos cómo, con una pequeña y calculada dosis de mala fe, se puede causar irremediable daño. En la constitución de la sociedad se puede tener la escritura pública debidamente suscrita y asegurarse de que no se envíe el título al Registro para su inscripción por el lapso de 90 días, o tal vez, menos, 40 o 50 días, pero en esta última hipótesis, cuidando exista alguna omisión que produzca la observación del título para subsanarlo en 10 días posteriores. Lo que se quiere decir, es que a la postre, el derecho del accionista lesionado por sobre valuación que otro socio ha hecho de su aporte en bienes no dinerarios, cuando presenta su demanda, tan pronto como él toma noticia de la inscripción por la publicidad registral, ya resulta tardía, y cuando aquella es notificada, la sociedad demandada invoca caducidad del derecho y solicita se declare su improcedencia, presentando al efecto copia certificada notarial que acredita en forma indubitable que la fecha de la escritura pública de constitución social fue de hace poco más de 90 días. El Juez declarará, a no dudar, fundada la invocación de caducidad y la Sala Civil Superior la confirmará. El socio lesionado acusará responsabilidad del Directorio por no haber cumplido con revisar, en el término de ley, la valoración de los aportes no dinerarios, pero el Directorio absolverá y levantará el cargo manifestando que también al accionista le ha faltado diligencia en su conducta al no haber estado atento a la fecha de la escritura, que es la que sirve de punto de partida, e interponer su acción dentro de los noventa días de aquella ocasión, sin que para nada resulte prerequisite ineludible, la revisión por parte del Directorio.

V. Si el cómputo del plazo a contar desde la constitución de la sociedad, que se

⁹¹ Para los detalles nos podemos remitir al párrafo 1.III., de este trabajo.

formaliza por escritura pública, es huidizo y no siempre sencillo de verificar, cuánto más lo será el caso del pago del aumento del capital con bienes no dinerarios, que es el supuesto de este artículo 76°. Dichos bienes pueden ingresar a la empresa con su informe de valorización y ser ellos contabilizados por el área funcional respectiva. A contar de dicho registro interno, corre el plazo de caducidad. Éstos son los peligros.

VI. Para evitar entonces situaciones engorrosas y eventualmente injustas –probablemente en colusión o connivencia, sugerimos corregir la oportunidad de inicio del plazo en el sentido de que éste debe computarse a partir de la inscripción registral y no desde la fecha de la escritura pública o del pago del aumento del capital.

VII. Como Apéndice N° 5 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo, con su correspondiente Exposición de Motivos.

18. Art. 79°.- Efectos de la mora

“El accionista moroso no puede ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo a que se refiere el artículo anterior.

Dichas acciones no son computables para formar el quórum de la junta general ni para establecer la mayoría en las votaciones. Tampoco tendrá derecho, respecto de dichas acciones, a ejercer el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones ni de adquirir obligaciones convertibles en acciones.

Los dividendos que corresponden al accionista moroso por la parte pagada de sus acciones así como los de sus acciones íntegramente pagadas, se aplican obligatoriamente por la sociedad a amortizar los dividendos pasivos, previo pago de los gastos e intereses moratorios.

Cuando el dividendo se pague en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad venderá éstas por el proceso de remate en ejecución forzada que establece el Código Procesal Civil y a aplicar el producto de la venta a los fines que señala el párrafo anterior”.

Comentario.-

I. El accionista moroso en el pago de sus dividendos pasivos sufre, con relación a dichas acciones, los siguientes estragos:

1. No ejerce el derecho de voto;
2. No se computan para formar quórum ni obvio, mayoría en las votaciones;
3. No tiene derecho a suscripción preferente de nuevas acciones;
4. Tampoco a adquirir obligaciones convertibles en acciones;
5. Los dividendos que le correspondieren por la parte pagada de ellas, y por otras que tuviere íntegramente canceladas, se aplican por la sociedad a amortizar los dividendos pasivos, previo pago de gastos e intereses moratorios; y
6. Si estos dividendos se pagan en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad vende éstas por el proceso de remate en ejecución forzada y aplica el producto de la venta a lo previsto en el párrafo anterior.

II. La Ley no precisa acá, en el anterior punto seis (6), el plazo que tiene la sociedad para ejecutar y vender los bienes –especies o acciones, aplicándole, de no hacerlo, la caducidad de su derecho. Ante el silencio, opinamos que la sociedad puede, de conformidad con la regla general contenida en el art. 49° de esta Ley, ejecutar los dividendos en especie o las acciones de propia emisión en el lapso de los dos años siguientes a contar de la fecha del acuerdo de declaración de dividendo⁹².

III. La Ejecución Forzada se regula de conformidad con lo dispuesto en los arts. 725° a 727° del CPC., debiendo tomar particular atención a la tasación y remate de los arts., 728° a 743°; adjudicación, 744° y 745°; y pago, 746° a 748°.

19. Art. 80°.- Cobranza de los dividendos pasivos

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, cuando el accionista se encuentre en mora la sociedad puede, según los casos y atendiendo a la naturaleza del aporte no efectuado, demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación en el proceso ejecutivo o proceder a la enajenación de las acciones del socio moroso por cuenta y riesgo de éste. En ambos casos, la sociedad cobra en su beneficio, los gastos, intereses moratorios y los daños y perjuicios causados por la mora.

Cuando haya de procederse a la venta de acciones, la enajenación se verifica por medio de sociedad agente de bolsa y lleva consigo la sustitución del título originario por un duplicado.

Cuando la venta no pudiera efectuarse parcial o totalmente por falta de comprador, las acciones no vendidas son anuladas, con la consiguiente reducción de capital y quedan en beneficio de la sociedad las cantidades percibidas por ella a cuenta de estas acciones, sin perjuicio del resarcimiento por los mayores daños causados a la sociedad”.

Comentario.-

I. El distinguido profesor de la Universidad Católica **Dr. Enrique ELÍAS LAROZA**⁹³ opina así: “De conformidad con el artículo 80° de la Ley, la sociedad cuenta con dos mecanismos adicionales a los del artículo 79°, que puede ejercer alternativamente para la cobranza de los dividendos pasivos. La elección depende de la posibilidad que exista para exigir el pago efectivo, según la naturaleza del aporte, y las circunstancias que se presenten en cada caso concreto. (1) El primero de ellos consiste en exigir la entrega del saldo del aporte, por la vía del proceso ejecutivo. Aunque la norma no establece expresamente cuál es el título que cuenta con mérito ejecutivo para promover la acción, conforme al artículo 693° del Código Procesal Civil, entendemos que el documento que contenga el pacto social o la copia certificada del acta de la junta en la que se acordó el aumento de capital, deben ser admitidos por el Juez para iniciar el proceso. (2) El segundo mecanismo no consiste propiamente en la cobranza del dividendo pasivo sino

⁹² Art. 232° de la LGS. Caducidad del cobro de dividendos. El derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo. Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal. Respecto a la expresión “*Declaración de Dividendo*”, nos remitimos al Comentario N° 30 punto II., del presente trabajo.

⁹³ Elías Laroza, Enrique. Op. Cit. Pág. 158.

en la enajenación de las acciones del socio moroso con la finalidad de cubrir la expectativa del aporte comprometido. Según la norma, la venta debe realizarse a través de una sociedad agente de bolsa. En cualquiera de las dos alternativas referidas, la sociedad puede exigir al socio moroso el pago de gastos, intereses moratorios y los daños y perjuicios causados por la mora”.

II. La otra alternativa que nos comenta el recordado jurista es la de que, en el caso de venta, si ella no puede llevarse a cabo por falta de comprador, la sociedad puede anular las acciones respectivas, con la consiguiente reducción del capital, y conservar para sí lo pagado a cuenta de las acciones por el socio moroso, sin perjuicio del resarcimiento por los mayores daños sufridos por la sociedad. Durante el tiempo que tarde el proceso ejecutivo o la enajenación de las acciones del socio moroso, los derechos respecto de las acciones que son materia de la cobranza se mantienen suspendidos, conforme al artículo 79°.

III. El derecho que tiene la sociedad para demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación en el proceso ejecutivo o proceder a la venta de las acciones, es caducible, y como este artículo 80° no precisa el plazo, debe estarse a la norma general del art. 49°, que es de dos años. En resumen, encontramos: (i) Proceso Ejecutivo⁹⁴ para cobranza del saldo; (ii) Enajenación de acciones del socio moroso por medio de una SAB; y, (iii) Anular las acciones del socio moroso con reducción de capital; En los tres casos, más, daños y perjuicios, obvio, en proceso de conocimiento⁹⁵.

IV. La otra pregunta es partir de cuándo empieza a correr el término de la caducidad. Bien. La forma cómo se paga el capital suscrito debe aparecer en el pacto social, según puede verse del art. 54° inc. 4 de esta Ley. Del mismo modo y sin embargo, el art. 78° precisa y agrega que “El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciera, incurre en mora sin necesidad de intimación”. Revisando entonces el pacto social y eventuales acuerdos de junta general, se puede establecer fidedignamente la fecha a partir de la cual se inicia el plazo de la caducidad, y como no se requiere intimar al deudor, el cómputo es inmediato. No olvidemos que, a mayor abundamiento, el inc. 1. del art. 1333 del CC., indica que “(...) No es necesaria la intimación para que la mora exista: Cuando la Ley o el pacto lo declaren expresamente. (...)”. Y en este caso, es la ley la que lo ordena, es decir, la que lo declara expresamente.

20. Art. 81°.- Responsabilidad por pago de los Dividendos Pasivos

“El cesionario de la acción no pagada íntegramente responde solidariamente frente a la sociedad con todos los cedentes que lo preceden por el pago de la parte no pagada. La responsabilidad de cada cedente caduca a los tres años, contados desde la fecha de la respectiva transferencia”.

Comentario.-

I. Este artículo 81° establece una disposición clara y precisa, que nos releva de

⁹⁴ Ver punto 14.III., de este trabajo.

⁹⁵ Ver punto 10.III., de este trabajo.

mayor comentario. Cesionarios y cedentes de las acciones no pagadas totalmente son solidariamente responsables por el pago del dividendo pasivo. Si el cesionario titular de las acciones no cumple con el pago del dividendo pasivo, la sociedad puede iniciar los mecanismos de cobranza regulados en el artículo 80° contra cualquiera de los cedentes o cesionarios y los derechos respecto de tales acciones quedan suspendidos para el titular. La responsabilidad de cada cedente caduca a los tres años, contados desde la fecha de cada transferencia. Así comenta este artículo el profesor **ELÍAS LAROZA**⁹⁶.

II. Ya tenemos expuesto con claridad que acá se trata de un derecho caducible para la sociedad y de plazo mayor al contenido en la regla general, que como sabemos, es de solamente dos años. En este caso, el del art. 81°, igual que el del art. 232° sobre caducidad para el cobro de dividendos, es de tres años.

III. No hay ninguna justificación, a nuestro juicio, para aumentar la caducidad general de dos años, a tres, en lo relativo a la responsabilidad para el cobro de los dividendos pasivos, contra cedentes y cesionarios, solidarios, y el cobro de sus dividendos, o porción alícuota de utilidades, por parte de los señores accionistas. Esto último será comentado en el párrafo treinta (30) de este trabajo investigador. En efecto, en la medida que no afecte derechos sustanciales que justifiquen legislaciones distintas, somos de opinión que los plazos deben mantenerse uniformes. Ello conviene a empresarios, jueces, fiscales, abogados, economistas, contadores, asesores, recaudación tributaria, trabajadores, bancos, proveedores, etc. etc. Si conviene a todos, al Estado y a los particulares, por qué no se hace así?

IV. También la ley precisa desde cuándo se inicia: desde la fecha de cada transferencia. Cómo se comprueba esto?. Por el Libro de Matrícula de Acciones⁹⁷ a que se refiere el art. 92° u otra forma evidente de transferencia reconocida por el Derecho, la ley y el estatuto, según se prevé en el art. 93°⁹⁸ debiendo tener presente en todo caso, la sentencia del art. 91°⁹⁹.

V. No habiendo previsto la Ley el proceso, se deberá estar al art. 475° y sgts. del

⁹⁶ Elías Laroza, Enrique. Op. Cit. Pág. 158.

⁹⁷ En la Matrícula de Acciones, antiguo Libro de Registro y Transferencia de Acciones, se redacta un asiento en el que debe aparecer el nombre, documento oficial de identidad y firma del titular cedente; igual del cesionario; domicilio; fecha del acto; y firma del gerente general o secretario del directorio. El Estatuto puede prever otras formalidades no prohibidas por la ley.

⁹⁸ Art. 93°.- Comunicación a la sociedad. Los actos a que se refiere el segundo párrafo del artículo anterior, deben comunicarse por escrito a la sociedad para su anotación en el matrícula de acciones. Cuando las acciones estén representadas por certificados, su transmisión se podrá acreditar con la entrega a la sociedad del certificado endosado a nombre del adquirente o por cualquier otro medio escrito. La sociedad sólo aceptará el endoso efectuado por quien aparezca en su matrícula como propietario de la acción o por su representante. Si hubiera dos o más endosos la sociedad puede exigir que a las sucesivas transferencias se le acrediten por otros medios.

⁹⁹ Art. 91°.- Propiedad de la acción. La sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones. Cuando se litigue la propiedad de acciones se admitirá el ejercicio de los derechos de accionista por quien aparezca registrado en la sociedad como propietario de ellas, salvo mandato judicial en contrario.

CPC., concerniente al Proceso de Conocimiento. Para los detalles del mismo, podemos acudir al punto 10.III., de este trabajo.

VI. Como Apéndice N° 6 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo y su correspondiente Exposición de Motivos.

21. Art. 109°.- Prenda de acciones

“En la prenda de acciones los derechos de accionista corresponden al propietario.

El acreedor prendario está obligado a facilitar el ejercicio de sus derechos al accionista. Son de cargo de éste los gastos correspondientes.

Si el propietario incumple la obligación de pagar los dividendos pasivos, el acreedor prendario puede cumplir esta obligación, repitiendo contra el propietario, o proceder a la realización de la prenda, reconociéndose la preferencia que para el cobro de los dividendos pasivos tiene la sociedad

Lo establecido en este artículo admite pacto en contrario”.

Comentario.-

I. Siguiendo con el tema del pago de los dividendos pasivos, en la prenda de acciones también se plantea esta situación. Si el propietario incumple, el acreedor prendario puede cancelarlos, repitiendo contra el propietario. Repetir, como expresión jurídica, es demandar la devolución, naturalmente, más intereses y gastos. Otra alternativa que tiene el acreedor prendario es realizar –que significa vender, enajenar- en acepción de Derecho, reconociéndole a la sociedad la potestad de ser preferida para el cobro de los dividendos pasivos. El art. 1069¹⁰⁰ del Código Civil regula la opción, perfectamente, de la venta extrajudicial de la prenda en la forma pactada, debiendo recordar la prohibición del pacto comisorio previsto en el art. 1066°¹⁰¹ que para mayor evidencia del concepto que informa al legislador, se confirma en el art. 1130°¹⁰² relativo al derecho de retención.

II. Si el acreedor prendario paga los dividendos pasivos y repite contra el titular de las acciones, su derecho caduca a los dos años –regla general prevista en el art. 49° de la Ley, a contar desde la fecha en que el titular de dichos valores negociables incurrió en mora; y el proceso que deberá seguir para recuperar lo abonado por él a la sociedad, mas intereses y gastos, será el de Conocimiento, con arreglo al art. 475° y sgts. del CPC¹⁰³. Si el acreedor prendario vende la prenda, es decir, las acciones, se deberá estar a lo

¹⁰⁰ Art. 1069°.- “Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago”.

¹⁰¹ Art. 1066°.- “Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario”.

¹⁰² Art. 1130°.- “Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario”.

¹⁰³ Para los detalles nos podemos remitir al parágrafo 10.III., de este trabajo.

que se haya pactado al respecto, en atención al art. 1069° del Código Civil, y probablemente con intermediación de sociedad agente de bolsa, formalidad prevista en el segundo párrafo del art. 80°, que no tiene, por supuesto, porque servir necesariamente de guía. La preferencia de la sociedad para cobrar los dividendos pasivos antes que la deuda del titular de las acciones al acreedor prendario, es indiscutible. Si no hubiera pacto de venta extrajudicial de la prenda, se sigue el proceso de ejecución de garantías previsto en los arts. 720° a 724° del CPC. El detalle del proceso es así: Admitida la demanda, se notifica el mandato de ejecución al ejecutado ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía. En el mismo plazo, el ejecutado puede contradecir con arreglo al art. 722°, primer párrafo del CPC. Previo traslado de la contradicción por tres días y con su contestación o sin ella, se resuelve, ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo, según el art. 724° del CPC.

III. El concepto que contiene la línea final de este artículo 109° es equívoca. No todo lo establecido en este artículo admite pacto en contrario. No se puede pactar válidamente, por ejemplo, que el acreedor prendario no preste facilidades al propietario para el ejercicio de sus derechos de accionista ni que en caso de realización de la prenda se le desconozca la preferencia para el cobro de los dividendos pasivos a la sociedad. Para evitar desconcertos, preferible es insertar la validez del pacto en contrario en la primera línea, respecto a los derechos de accionista, tal cual el caso del usufructo según referencia puntual del art. 107°.

IV. Como Apéndice N° 7 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificadorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

22. Art. 117°.- Convocatoria a solicitud de accionistas

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

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

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

Si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quien la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos”.

Comentario.-

I. Cuando uno o más accionistas que representen 20% o más de las acciones soliciten la celebración de junta general, el directorio debe atender el pedido de inmediato: publicará un aviso dentro de los quince días indicando los asuntos propuestos

y señalando día y hora, el que no podrá ser posterior a los subsiguientes e inmediatos quince. Cuando la solicitud es denegada o transcurren más de quince días sin efectuarse la convocatoria, el o los peticionarios se presentan al Juez (no se dice cuándo ni hasta cuándo), quien la ordena por el Proceso No Contencioso a que se refiere el art. 749° y sgts. del CPC. El detalle es el siguiente: presentada la solicitud, el Juez, al calificarla, puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia con arreglo a los arts. 426° y 427°; así lo establecen los arts. 752° y 551° del CPC. El emplazado con la solicitud puede formular contradicción dentro de cinco días de notificado con el admisorio, anexando los medios probatorios, los que se actuarán en la audiencia de actuación y declaración judicial. Concluido el trámite, el Juez ordena la entrega de copia certificada de lo actuado al interesado. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo.

II. Estando a que la misma norma no prevé el término de caducidad para el ejercicio de este derecho, entendemos que él se extingue a los dos años a contar desde la petición formal, disposición general del art. 49°, lo que carece de toda lógica, porque estas solicitudes normalmente se realizan cuando hay conflictos entre grupos de socios y/o existen problemas graves que tal vez algunos están encubriendo, y la necesidad urgente de adoptar decisiones, solicitar investigaciones y auditorías, resultan impostergables. Nuestra propuesta es indicar un plazo de caducidad no mayor a sesenta (60) días para presentar la demanda, teniendo como día de inicio el de la denegatoria expresa o tácita, o el del vencimiento de los quince días contados a partir de la solicitud sin que se haya publicado el aviso. Nos explicamos. A la solicitud de convocatoria del 20% o más, pueden sobrevenir reuniones de trabajo que den explicaciones que satisfagan y que ello de lugar a que se retiren o dejen de lado las conductas impulsivas tendientes a judicializar los problemas societarios. Nuestra idea no es el enfrentamiento, pero tampoco que una solicitud pidiendo convocatoria a junta general quede abierta para llevarla al órgano jurisdiccional cuando sea, hasta antes del vencimiento del plazo de caducidad que acá es de dos años.

Además, se debería conceder expresa libertad para que el estatuto regule el número máximo de solicitudes judiciales, computable por la numeración del certificado contenedor del número de acciones. La judicialización de los problemas societarios afecta al país, a la plana ejecutiva, a los trabajadores, a los resultados económicos, a la recaudación tributaria, a los consumidores y a la sociedad; por tanto, hay obligación que regularlos, razonablemente.

Como Apéndice N° 8 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

23. Art. 119°.- Convocatoria judicial

“Si la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto no se convoca dentro del plazo y para sus fines, o en ellas no se trata los asuntos que corresponde, será convocada, a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, por el juez del domicilio social, por el proceso no contencioso.

La convocatoria judicial debe reunir los requisitos previstos en el artículo 116”.

Comentario.-

I. Aquí se presenta otra situación. No es el de los accionistas que representan 20% o más, sino de aquel o aquellos que se ven marginados y maltratados porque el directorio ni siquiera ha convocado a la junta obligatoria anual para informarles la marcha de la empresa, vía la Memoria; la situación patrimonial, vía los Estados Financieros; si hubo utilidades, para decidir la Aplicación de las mismas; si corresponde, Renovar y/o Ratificar al directorio; y, en su caso, Designar a los Auditores Externos. Son como derechos fundamentales e ineludibles del inversionista, grande, mediano o pequeño.

II. No se requiere carta notarial previa ni ninguna otra formalidad anterior. El directorio sabe que debe convocar anualmente a junta obligatoria, si no lo hace esta en falta. La petición se tramita por el proceso No Contencioso que regula el art. 749 y sgts. del CPC., y para el detalle se puede acudir al parágrafo 22.I., de este trabajo. La norma no prevé término de caducidad y por similares consideraciones a las expuestas en el comentario al artículo anterior, no tiene lógica la caducidad de este derecho en dos años, norma general del art. 49°. Se debe prever un término de caducidad de sesenta (60) días a contar desde el primero de abril de cada año, para las sociedades que cierren su ejercicio económico el 31 de diciembre, toda vez que según el art. 114°, la junta obligatoria anual debe celebrarse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico, léase el 31 de Marzo. Para las sociedades que tengan autorización de SUNAT para iniciar y cerrar su ejercicio económico en fechas distintas, los quince días se iniciarán a partir del día siguiente al último para la celebración de la junta obligatoria anual según la normativa en vigor.

III. Ya conocemos la regla. Si el accionista no presenta con cuidadosa puntualidad su solicitud judicial, su derecho se extingue, no existe, y junto con él se desvanece el otro, el derecho de acción. Deberá aguardar hasta el próximo ejercicio económico, lo cual no quita, por supuesto, que de propia iniciativa el directorio convoque a junta general en ocasión posterior y que en ésta incluya los asuntos de la junta obligatoria anual, para lo cual la ley le presta total conformidad. Pero este es otro tema.

IV. Como Apéndice N° 9 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificador relativo a este artículo, con su correspondiente Exposición de Motivos.

24. Art. 137°.- Copia certificada del Acta (de junta general de accionistas).

“Cualquier accionista, aunque no hubiese asistido a la junta general, tiene derecho de obtener, a su propio costo, copia certificada del acta correspondiente o de la parte específica que señale. El gerente general de la sociedad está obligado a extenderla, bajo su firma y responsabilidad, en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la fecha de recepción de la respectiva solicitud.

En caso de incumplimiento, el interesado puede recurrir al Juez del domicilio por la vía del proceso no contencioso a fin que la sociedad exhiba el acta respectiva y el secretario del Juzgado expida la copia certificada correspondiente para su entrega al solicitante. Los costos y costas del proceso son de cargo de la sociedad”.

Comentario.-

I. Todo accionista tiene derecho a obtener copia del acta o de la parte pertinente que señale. El gerente general esta obligado a extenderla, en tanto fedatario de la sociedad

¹⁰⁴ en un plazo no mayor a cinco días contados a partir de la fecha de la solicitud. Si desatiende, el interesado acude al Juez del domicilio por el Proceso No Contencioso a que se refiere el art. 749° y sgts. del CPC ¹⁰⁵., exhibición de libros y registros.

II. Cuál es el plazo que tiene el interesado para acudir al Juez y no ver extinguido su derecho. La norma no lo prevé. Será los dos años del art. 49°?. No parece lógico. Debiera regularse un término no mayor a los treinta (30) días a contar desde el día siguiente a los cinco que tuvo el gerente general para atender la solicitud. De no formalizarlo en dicho lapso el interesado pierde el derecho y la acción consecuente. Se supone que un gerente general no desatiende la solicitud de un accionista, salvo que éste corresponda al grupo de oposición y naturalmente aquel, haya sido designado por el grupo contrario que actualmente detenta el poder. A nuestro juicio no resulta asunto preocupante, pero podemos aprovechar en regularlo.

III. Como Apéndice N° 10 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

25. Art. 142°.- Caducidad de la impugnación.

“La impugnación a que se refiere el artículo 139° caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción”.

Art. 143°.- Proceso de Impugnación. Juez Competente

“La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que se sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo. Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general el juez del domicilio de la sociedad”.

Comentario.-

I. Si el accionista concurrió a la junta debe haber hecho constar en acta su oposición al acuerdo conforme al mandato del artículo 140° y sustentado en el tercer párrafo del art. 135°. En la hipótesis que lo hubiere manifestado a viva voz y dicha intervención no hubiere sido incluida en el acta, deberá, de inmediato, dejar constancia de su observación o desacuerdo mediante carta notarial, según lo prevé la parte final del sexto párrafo del mismo art. 135°. Para interponer su acción y evitar la extinción de su derecho, se le concede dos meses, al que concurrió; un poco más, tres meses, al que no asistió y al que fue ilegítimamente privado de emitir su voto, a fin de que tengan mayor ocasión para informarse; y, en todo caso, si el acuerdo es inscribible, aunque este hecho se formalice después de tiempo, cuenta aun con un mes para entablar la pretensión, el mismo que se computa con arreglo al art. 183° inc. 2 del CC.

¹⁰⁴ Art. 46°.- Copias certificadas. Las copias certificadas a que se refiere esta ley pueden ser expedidas mediante fotocopias autenticadas por notario o por el administrador o gerente de la sociedad, según el caso, con las responsabilidades de Ley. Las copias certificadas para los actos que requieran inscripción deberán ser certificadas por notario.

¹⁰⁵ Para el detalle acudir al párrafo 22.I., de este trabajo.

II. Los acuerdos impugnables son (1) los contrarios a esta ley; (2) los que se opongan al pacto social y estatuto; (3) los que lesionen el interés social, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas; y (4) los que hubiesen incurrido en causal de anulabilidad ¹⁰⁶. La impugnación se tramita por el Proceso Abreviado, con arreglo al art. 486° y sgts. del CPC ¹⁰⁷. Solamente si se sustentan en cosa tan elemental y sencilla de probar, como defecto de convocatoria o falta de quórum, se acude al Proceso Sumarísimo de conformidad con el 546° y sgts. del CPC ¹⁰⁸. El Juez competente es el del domicilio de la sociedad. La fecha de inicio del cómputo es el de la adopción del acuerdo. El derecho es caducible y los plazos de la ley han sido razonable y convenientemente formulados.

26. Art. 150°.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y Caducidad

“Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo”.

Comentario.-

I. Norma imperativa, en opinión de **Marcial RUBIO** ¹⁰⁹ es aquel mandamiento legislativo en virtud al cual, aquellos que caen en su supuesto, no tienen más opción que acatarlo, sin serles posible pactar en forma distinta o contraria. Las causales de nulidad ¹¹⁰ previstas en el Código Civil se hallan en su art. 219°. Sólo las personas con legítimo interés pueden interponer esta acción ¹¹¹.

II. La pretensión de nulidad prevista en este artículo se sustancia ante el Juez del domicilio de la sociedad con arreglo a la vía del Proceso de Conocimiento, es decir, de acuerdo con el art. 475° y sgts. del CPC ¹¹². Este derecho caduca en el plazo de un año.

¹⁰⁶ Estos, en los plazos y formas que señala el Código Civil. Para causales de anulabilidad, ver arts. 221° y 230° del CC.

¹⁰⁷ Para el detalle acudir al párrafo 1.III., de este trabajo.

¹⁰⁸ Para el detalle acudir al párrafo 9.VII., de este trabajo.

¹⁰⁹ Rubio Correa, Marcial. Comisión Reformadora del Código Civil. Edición del Congreso de la República. Pág. 279.

¹¹⁰ Art. V del T.P. del CC.: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

¹¹¹ Art. VI del T.P. del CC.: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

¹¹² Para el detalle acudir al párrafo 10.III., de este trabajo.

La fecha de inicio que le sirve para el cálculo es la de la junta general que adoptó el acuerdo cuya declaración de nulidad se pretende ante el órgano jurisdiccional competente. El plazo lo encontramos razonable y prudente porque los empresarios no siempre son debida y oportunamente informados de los acontecimientos societarios que han precedido. Es conveniente, sin embargo y de una parte, conferirles certeza y seguridad jurídica a las decisiones adoptadas y de otra, para evitar la desencadenada proliferación de impugnaciones y nulidades, cerrar las llaves de compuerta con una norma como la prevista en el art. 151°¹¹³, que se hizo bien en incluir.

27. Art. 158°.- Vacancias múltiples

“En caso de que se produzca vacancia de directores en número tal que no pueda reunirse válidamente el directorio, los directores hábiles asumirán provisionalmente la administración y convocarán de inmediato a las juntas de accionistas que corresponda para que elijan nuevo directorio. De no hacerse esta convocatoria o de haber vacado el cargo de todos los directores, corresponderá al gerente general realizar de inmediato dicha convocatoria. Si las referidas convocatorias no se produjesen dentro de los diez días siguientes, cualquier accionista puede solicitar al juez que la ordene, por el proceso sumarísimo”.

Comentario.-

I. El directorio no puede integrarse por menos de tres personas. El cargo de director vaca por fallecimiento, renuncia, remoción o impedimento sobreviniente. En caso se produjese vacancia en número tal que no pueda reunirse válidamente el directorio y obvio, no se contare con directores suplentes o alternos, los directores hábiles asumen provisionalmente la administración y convocan de inmediato a la junta general para que ella elija nuevo directorio. En caso de no hacerse ésta o de haber vacado el cargo de todos, el gerente general realiza de inmediato esta convocatoria. Si en el término de diez días, ésta tampoco se produce, cualquier accionista solicita al juez que la ordene por el Proceso Sumarísimo, es decir, con arreglo al art. 546° y sgts. del CPC¹¹⁴.

II. Ante la pretensión formulada por un accionista pueden ocurrir diversas hipótesis. Una, que se presenten los directores hábiles y acrediten tener quórum y por supuesto, capacidad de cooptar con arreglo al art. 157°; dos, que se presente cuando menos algún director hábil y solicite la improcedencia de la pretensión porque a quien le corresponde la convocatoria, por su orden, es a él; y, tres, que se presente el gerente general con similar respuesta a la anterior. En estas situaciones, la demanda se declarará infundada y deberá aguardarse la convocatoria de quien sea el llamado por ley.

III. El derecho del o de los accionistas a solicitar la convocatoria judicial si ella no se produce en el lapso de diez días, caduca a los dos años. Carece de toda lógica la extensión del plazo así. También, una caducidad de diez días puede resultar contraria a

¹¹³ Artículo 151°.- Otras impugnaciones. El juez no admitirá a trámite, bajo responsabilidad, acción destinada a impugnar o en cualquier otra forma discutir la validez de los acuerdos de una junta general o de sus efectos, que no sean las mencionadas en los artículos 139 y 150.

¹¹⁴ Para el detalle acudir al punto 9.VII., de este trabajo.

los intereses de la sociedad. Debemos buscar un lapso prudente y que el plazo sea de prescripción para evitar eventuales consecuencias insospechadas e imprevistas ahora. Sugerimos entonces “prescripción” de dos meses. Ante una negligencia de los accionistas, éstos pueden perder la acción pero no el derecho mismo y producido cualquier retraso, la pretensión incoada siempre será admitida y en el otro lado, en el de la sociedad, se cuidará que no se deduzca dicha excepción de prescripción, y como ésta no puede ser invocada de oficio, por el Juez, la demanda declarará fundada la acción y ordenará se lleve a cabo la junta general con arreglo a las formalidades previstas en el art. 116°.

IV. Al final de este trabajo de investigación, se hace la enmienda que se sugiere a este artículo: prescripción de dos meses y remisión a las formalidades del art. 116°.

V. Como Apéndice N° 11 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificadorio con su correspondiente Exposición de Motivos.

28. Art. 200°.- Derecho de Separación de accionistas

“La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

7. El cambio del objeto social;
8. El traslado del domicilio al extranjero;
9. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,
10. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

Aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separación deben ser publicados por la sociedad, por una sola vez, dentro de los diez días siguientes a su adopción, salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicación.

El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación del aviso a que alude el acápite anterior.

Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotización en Bolsa se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre. Si no tuvieran cotización, al valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones.

El valor fijado acordado no podrá ser superior al que resulte de aplicar a la valuación que corresponde según lo indicado en el párrafo anterior.

La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no

excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios.

Si el reembolso indicado en el párrafo anterior pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo, se efectuará en los plazos y forma de pago que determine el juez a solicitud de ésta, por el proceso sumarísimo.

Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio”.

Comentario.-

I. La adopción de acuerdos relativos a cambio de objeto social, traslado de domicilio al extranjero, creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o modificación de las existentes y demás casos que lo establece la ley o el estatuto dan lugar al ejercicio del derecho de separación del accionista. Los previstos en la ley están, salvo error u omisión, en los arts. 244°, 262°, 293°, 338°, 356°, 385° y 427°, relativos a cambios en el régimen accionario de las SACs y de las SAAs, separación de socio en una SRL, Transformación, Fusión, Escisión y Sociedad Irregular. Los acuerdos que dan lugar al derecho de separación se publican por una sola vez, dentro de los diez días de adoptado. El derecho de separación, que es caducible, se ejerce mediante carta notarial que debe ser entregada a la sociedad dentro de los diez días calendarios siguientes a la fecha de publicación. Solamente tienen este derecho quienes habiendo concurrido a la junta general dejaron constancia de su oposición al acuerdo (ver tercer párrafo y parte final del sexto párrafo del art. 135°), los ausentes y los que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, además de los titulares de acciones sin derecho a voto. La doctrina, en general, no es muy proclive a extender o ampliar las causales para el ejercicio del derecho de separación, por los deterioros económicos que producen en las empresas.

II. El Juez de la causa será el del domicilio de la sociedad. Si la sociedad no atiende la solicitud, se debe exigir su cumplimiento por la vía procesal de conocimiento, es decir, con arreglo al art. 475° y sgts. del CPC ¹¹⁵., toda vez que la norma no ha previsto el cauce procesal.

III. En cuanto al valor mismo a reembolsar por las acciones la ley incluye un procedimiento muy claro, que igual puede generar conflicto. Veamos: (1) Acuerdo entre las partes; (2) Si no hay acuerdo, y (i) las acciones tienen cotización en Bolsa, la media ponderada de las acciones correspondiente al último semestre, y si no la tiene, (ii) el valor en libros al último día del mes anterior, lo cual resulta de dividir el patrimonio neto entre número de acciones. El valor a reembolsar no podrá ser superior al que resulte de la regulación prevista y deberá efectuarse en el término de dos meses, con intereses compensatorios; el retraso conlleva el reconocimiento y pago, además, de los intereses

¹¹⁵ Para el detalle acudir al parágrafo 10.III., de este trabajo.

moratorios.

IV. Consideramos que no resulta coherente tramitar el conflicto relativo a la existencia del derecho mismo de separación y cumplimiento de sus formalidades, y el valor a reembolsar por las acciones, en proceso de conocimiento, y solamente, en caso el importe total a devolver pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo, por el proceso sumarísimo. Dadas las circunstancias económicas del país, el conflicto mayor no estará vinculado al reconocimiento del derecho de separación y al cumplimiento de sus formalidades sino al valor de las acciones y junto a él y sobre todo, a la forma de su reembolso de modo tal que no afecte seriamente la economía de la empresa. Nuestra propuesta es encargar, unitariamente, el conjunto de asuntos, al proceso abreviado y a un solo juez que conozca y resuelva (i) si existe el derecho o éste caducó, (ii) si se han cumplido las formalidades en el plazo de ley, (iii) el valor de las acciones y (iv) la forma de su reembolso.

V. Como Apéndice N° 14 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificadorio relativo a este artículo con su correspondiente Exposición de Motivos.

29. Art. 219°.- Derecho de Oposición (Reducción de Capital)

“El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.

El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el artículo 217. Es válida la oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición.

La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la reducción del capital podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de su crédito, intereses, comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento”.

Comentario.-

I. El derecho de oposición previsto en este artículo, caduca, y ello se produce en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el art. 217°, que lo ordena que se haga hasta por tres veces y con intervalos de cinco días. Es válida la oposición hecha conjuntamente¹¹⁶. La oposición se tramita en Proceso Sumarísimo, es decir, con arreglo al art. 546° y sgts. del CPC¹¹⁷. Se suspende

¹¹⁶ Art. 83° del C.P.C.- Pluralidad de pretensiones y personas.- En un proceso pueden haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva. La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.

la ejecución del acuerdo hasta que se pague o se garantice a satisfacción del Juez quien dicta medida cautelar ¹¹⁸ .

II. Estamos de completo acuerdo con que se regule este derecho de oposición, como de caducidad; también con la indicación procesal, sumarísimo; y con la certeza y claridad de la indicación de la fecha de inicio del cómputo.

III. Aprovechamos para proponer que la fianza solidaria –a que se refiere la parte final de este artículo 219°, extendida por una ESFN en favor de la sociedad no resulte necesariamente sometida al plazo de caducidad de la pretensión subyacente, materia de oposición, de exigir su cumplimiento. A nuestro juicio, las estipulaciones de esta garantía deberían quedar a criterio del Juez de la causa quien, después de escuchar a las partes en conflicto, decidiría lo justo, protegiendo el derecho del acreedor opositor. Consideramos que tal vez, la decisión de modificar todo lo que decía prescripción en la ley anterior, por caducidad, en esta nueva, produjo, sin mayor reflexión, este cambio, el que no está del todo mal, pero tampoco resulta necesariamente bueno. Lo mejor es que, existiendo medida cautelar y proceso abierto, sea el Juez quien resuelva lo conveniente.

IV. Como Apéndice N° 15 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo y su correspondiente Exposición de Motivos.

30. Art. 232°.- Caducidad del Cobro de Dividendos

“El derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo.

Sólo en el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, el plazo de caducidad a que se refiere el párrafo precedente será de diez años.

Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal”.

Comentario.-

I. También el derecho a cobrar el dividendo ¹¹⁹ “caduca”. La anterior Ley de Sociedades decía, “prescribe”. En la práctica, antes, esto significaba que si un accionista se ausentaba del país, por ejemplo, cinco años, y volvía a su término, podía reclamar y aun demandar a la sociedad el pago de los dividendos de los dos primeros años de aquellos cinco (los últimos tres estarían a derecho cobrarlos) y si la sociedad no invocaba la excepción de prescripción, el Juez debía declarar fundada la demanda y ordenar el pago, toda vez que dicho magistrado estaba, y aun lo está, impedido de fundar sus fallos en la prescripción, conforme al art. 1992° del CC., si ella no fue expresamente invocada y deducida como excepción, por la sociedad demandada. Ahora, con la caducidad, esto es imposible. El Juez, por disposición del art. 2006° del acotado cuerpo de leyes, declararía

¹¹⁷ Para el detalle acudir al párrafo 9.VII., de este trabajo.

¹¹⁸ Ver art. 608 y sgts. del CPC.

¹¹⁹ Dividendo: “En lenguaje mercantil, ganancia o producto de una acción; o sea, beneficio que una compañía entrega a sus componentes o socios según el número de acciones que posean y en que esté dividido (de aquí el nombre) el capital social”. Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Tomo II. Pág. 753.

de oficio la caducidad del derecho invocado.

II. Se indica con claridad el término de inicio del cómputo: “la fecha en la que su pago es exigible conforme al acuerdo de declaración de dividendo. Este es un detalle importante para la administración de la sociedad. En efecto, adviértase. El pago del dividendo no es exigible a partir del acuerdo de la junta general de accionistas que así lo ordena y lo dispone. La junta general por razón de sus funciones y atribuciones, no está al corriente de la liquidez y de las posibilidades de giro con cargo a cuentas bancarias, de la sociedad. En otras palabras, no conoce el flujo de caja, tanto de cuentas por pagar en el corto plazo, como de cuentas por cobrar; tampoco sabe al detalle las presiones tributarias, laborales, financieras y de proveedores. Por eso era importante indicar que los dividendos son exigibles recién desde que el directorio, en estrecha coordinación con la gerencia general, informa oficialmente a los accionistas que el recojo de sus cheques está disponible a partir de tal o cual fecha. Este Aviso de Declaración de Dividendos es el que sirve de punto de partida para el plazo de la caducidad.

III. El artículo 232°, comenta el profesor ELÍAS LAROZA ¹²⁰, “señala un plazo especial de caducidad para el cobro de dividendos. Es de tres años, contados desde que su pago era exigible, de conformidad con el acuerdo de distribución respectivo. (...). Producida la caducidad, esos dividendos incrementan la reserva legal, conforme lo establecía también el artículo 259° de la LGS anterior. Nótese que si la reserva legal estuviese en su límite máximo, esos montos no tendrían la condición de reserva legal, a tenor del artículo 229°, por lo que, en ese caso, procede su capitalización o redistribución. El texto actual del artículo 232°, bajo comentario, ha sido ampliado por la Primera Disposición Final de la Ley 26985, estableciéndose que, en el caso de Sociedades Anónimas Abiertas, el plazo de caducidad es de diez años. El legislador ha querido fijar un plazo más prolongado para el cobro de dividendos en aquellas sociedades que tienen gran número de accionistas”.

IV. Conforme lo expusimos en el punto 15. III., de este trabajo investigador, no estamos de acuerdo con extender el plazo general de dos años, a tres, que es el que hace cita este artículo 232°. Simplemente, nada especial lo justifica. Por supuesto que también estamos en desacuerdo con los 10 años como plazo de caducidad para las sociedades anónimas abiertas a que hace referencia la Ley 26985 que agregó el segundo párrafo de este artículo 232°, inexistente en la Ley General de Sociedades N° 26887. Tal vez el lector recuerde el entorno político de la dación de esta última, ergo, sin ningún criterio técnico. Sugerimos dos años para el art. 232°, norma general de caducidad en toda la ley; y, tres años, para las sociedades anónimas abiertas. El impresionante avance de la tecnología informática y de las comunicaciones por internet, no justifica mantener el exagerado término de diez años para la caducidad en el cobro de los dividendos, en las sociedades anónimas abiertas.

V. Veamos algo más. El art. 49° de la Ley 26887 establece un plazo general de caducidad, de dos (2) años, para llevar adelante las pretensiones del socio o de cualquier tercero con legítimo interés, contra la sociedad, y viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, contados a partir de la fecha

¹²⁰ Elías Laroza, Op. Cit. Pág. 490.

correspondiente al acto que motiva la pretensión. Probablemente, tomando como referencia las leyes 16123, anterior Ley de Sociedades Mercantiles, y Decreto Legislativo 311 anterior Ley General de Sociedades, de los años 1966 y 1985, respectivamente, el legislador de 1997 adoptó el mismo plazo de tres (3) años para que caduque el derecho al cobro de dividendos computado a partir de que su pago es exigible conforme al acuerdo de declaración de dividendo, modificando solamente la institución de la prescripción por la caducidad.

Los plazos de caducidad dispuestos por la Ley General de Sociedades 26887 son uniformes, de dos años, caso de los artículos 35°, 38°, 73°, 184°, 197°, 289°, 415° y 422°; excepto cuando por razones muy especiales los establece en pocos meses, caso de los arts. 142°, 237° y 248° y en ocasiones en diez o quince días, caso de los arts. 158°, 200°, 262°, 276°, 293°, 338° y 410°, entre otros. Nada justifica crear un plazo excepcional y distinto, como éste, de tres años, cuando en Ley 26887 de términos anuales se trata, todos los demás son de dos. Por su parte, en cuanto a las Sociedades Anónimas Abiertas, la Ley 26985 que agregó el segundo párrafo a este artículo 232°, extendió exageradamente la caducidad de este derecho, a nada menos que diez años, tomando como referente el significativo número de accionistas con que cuentan estas sociedades, sin advertir el grave daño que se le causa al tener que hacer provisiones de tan larga data.

Ahora, con el notable y abrumador avance de la tecnología de las comunicaciones, nada justifica plazos tan extendidos, y por el contrario, dichos términos perjudican a las empresas, como se ha dicho, en cuanto al desarrollo ordenado de sus operaciones, sus finanzas y su contabilidad, al tenerse que preocupar en hacer determinadas provisiones, asientos y otros, como mecanismos de protección, sin poder disponer de la totalidad de sus recursos, y por plazos ausentes de todo criterio de razonabilidad.

Los dividendos cuya cobranza caduca incrementa la reserva legal, que de ser capitalizada con arreglo al art. 202° inc. 3° de la Ley 26887 produce el mejoramiento patrimonial de todos los accionistas, de modo tal que el descuido o negligencia de algunos en cobrar oportunamente sus dividendos produce, en esta hipótesis, el beneficio colectivo para la totalidad del accionariado, incluyendo, naturalmente, al del descuidado o negligente.

VI. Sólo resta precisar que por ahora, el accionista que desee evitar la caducidad de su derecho a cobro, deberá demandar a la sociedad obligada al pago dentro del actual plazo de tres o diez años, y lo hará por la vía del Proceso de Conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 475° y sgts. del CPC ¹²¹.

Como Apéndice N° 16 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo y su correspondiente Exposición de Motivos.

31. Art. 237°.- Derecho de Adquisición Preferente (S.A.C)

“El accionista que se proponga transferir total o parcialmente sus acciones a otro accionista o a terceros debe comunicarlo a la sociedad mediante carta dirigida al gerente general, quien lo pondrá en conocimiento de los demás accionistas dentro de los diez

¹²¹ Para el detalle acudir al párrafo 10.III., de este trabajo.

días siguientes, para que dentro del plazo de treinta días puedan ejercer el derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital.

En la comunicación del accionista deberá constar el nombre del posible comprador y, si es persona jurídica, el de sus principales socios o accionistas, el número y clase de las acciones que desea transferir, el precio y demás condiciones de la transferencia.

El precio de las acciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán los que le fueron comunicados a la sociedad por el accionista interesado en transferir. En caso de que la transferencia de las acciones fuera a título oneroso distinto a la compraventa, o a título gratuito, el precio de adquisición será fijado por acuerdo entre las partes o por el mecanismo de valorización que establezca el estatuto. En su defecto, el importe a pagar lo fija el juez por el proceso sumarísimo.

El accionista podrá transferir a terceros no accionistas las acciones en las condiciones comunicadas a la sociedad cuando hayan transcurrido sesenta días de haber puesto en conocimiento de ésta su propósito de transferir, sin que la sociedad y/o los demás accionistas hubieran comunicado su voluntad de compra.

El estatuto podrá establecer otros pactos, plazos y condiciones para la transmisión de las acciones y su valuación, inclusive suprimiendo el derecho de preferencia para la adquisición de acciones”.

Art. 238°.- Consentimiento por la sociedad

“El estatuto puede establecer que toda transferencia de acciones o de acciones de cierta clase quede sometida al consentimiento previo de la sociedad, que lo expresará mediante acuerdo de junta general adoptado con no menos de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

La sociedad debe comunicar por escrito al accionista su denegatoria a la transferencia.

La denegatoria del consentimiento a la transferencia determina que la sociedad queda obligada a adquirir las acciones en el precio y condiciones ofertados.

En cualquier caso de transferencia de acciones y cuando los accionistas no ejerciten su derecho de adquisición preferente, la sociedad podrá adquirir las acciones por acuerdo adoptado por una mayoría, no inferior a la mitad del capital suscrito”.

Art. 239°.- Adquisición preferente en caso de enajenación forzosa

“Cuando proceda la enajenación forzosa de las acciones de una sociedad anónima cerrada, se debe notificar previamente a la sociedad de la respectiva resolución judicial o solicitud de enajenación.

Dentro de los diez días útiles de efectuada la venta forzosa, la sociedad tiene derecho a subrogarse al adjudicatario de las acciones, por el mismo precio que se haya pagado por ellas”.

Comentario.-

I El accionista que ha decidido vender sus acciones a otro accionista o a terceros debe primero comunicarlo a la sociedad mediante carta dirigida al gerente general quien

la pondrá en conocimiento de los demás accionistas dentro de los diez días siguientes, confiriéndoles un plazo de treinta días para que puedan manifestar su derecho de adquisición preferente a prorrata de su participación en el capital social. Como se trata de una sociedad cerrada, el potencial vendedor debe comunicar el nombre del posible comprador y si éste fuera persona jurídica, el de sus principales socios o accionistas. No olvidemos que incluso, el estatuto puede disponer que toda transferencia de acciones quede sometida al consentimiento previo de la sociedad. Ahora bien, el precio de venta de las acciones será el que fije el accionista interesado en vender, según la información proporcionada, salvo que se trate de transferencia a título distinto a compra venta, como puede ser permuta, suministro u otro, inclusive a título gratuito, en cuyo caso, el precio de adquisición será fijado por acuerdo entre las partes o por el mecanismo de valorización que hubiere previsto el estatuto. En defecto de ambas cosas, el precio lo fija el Juez por el Proceso Sumarísimo, es decir, con arreglo al art. 546° y sgts. del CPC ¹²².

II. Caducará a los dos años ¹²³ el derecho que tenía la sociedad contra el accionista para solicitar la nulidad o invalidez de una transferencia que hizo éste, de todas o algunas de sus acciones, debidamente comunicada a la sociedad, de modo distinto al previsto en la Ley, y por supuesto, la operación quedará consolidada y absolutamente firme, inclusive, en la hipótesis de no haber recabado el consentimiento previo de la sociedad cuando así lo hubiese previsto el estatuto, si es que ésta no incoara la pretensión dentro del término de ley; del mismo modo, del accionista contra la sociedad, cuando ésta deniega la transferencia comunicada por escrito por el accionista transferente a la empresa, y ésta no se subroga de inmediato, con arreglo a la norma imperativa que aparece en el tercer párrafo del art. 238°.

III. La fecha de inicio del cómputo del plazo caducible esta dada, en el primer caso, por la fecha cierta de recepción de la carta informando la transferencia a firme llevada a cabo; en el segundo, por la de la comunicación dirigida por la sociedad al accionista informándole del acuerdo denegatorio de la junta general. La ineficacia de la transferencia de acciones que no se sujete a lo establecido en este título, que prevé el art. 241° de la Ley, caduca a los dos años. Con todos estos aspectos nos encontramos conformes.

IV. Es más bien el criterio y la redacción del segundo párrafo del art. 239° el que a nuestro juicio deja mucho que desear y respecto al cual proponemos su corrección. En efecto, ¿qué es eso de que el juez lleva a cabo el evento del remate, adjudica las acciones al postor legítimo que se ha presentado a la subasta y tal determinación judicial en proceso regular, la hace de conocimiento de la sociedad emisora de esos valores negociables quien ostenta el derecho de subrogación dentro de los diez días posteriores al acto del remate por el mismo precio que se ha pagado por ellas. Es decir, alguien fue adjudicatario legítimo de unos bienes, las acciones, para que dentro de los siguientes días se las puedan arrebatar en conformidad con la ley. Qué absurdo. Lo adecuado es no llevar a cabo el remate sin antes darle la oportunidad a la sociedad para que –si lo tiene a

¹²² Para el detalle acudir al párrafo 9.VII., de este trabajo.

¹²³ Art. 49° de la LGS°.- Dos años, término general de caducidad previsto en la Ley.

bien, las adquiera y evite los siguientes sucesos procesales, tal como en forma similar se describe en el segundo párrafo del art. 292° de la ley, para el caso del usufructo y prenda de participaciones.

V. Como Apéndice N° 17 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo 239° y su correspondiente Exposición de Motivos.

32. Art. 240°.- Transmisión de las acciones por sucesión (S.A.C.)

“La adquisición de las acciones pro sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. Sin embargo, el pacto social o el estatuto, podrá establecer que los demás accionistas tendrán derecho a adquirir, dentro del plazo que uno u otro determine, las acciones del accionista fallecido, por su valor a la fecha del fallecimiento. Si fueran varios los accionistas que quisieran adquirir estas acciones, se distribuirán entre todos a prorrata de su participación en el capital social.

En caso de existir discrepancia en el valor de la acción se recurrirá a tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero por los otros dos. Si no se logra fijar el precio por los peritos, el valor de la acción lo fija el juez por el proceso sumarísimo”.

Comentario.-

I. La adquisición de acciones por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. El estatuto pudo prever, sin embargo, el derecho de preferencia de los demás accionistas respecto de las acciones del accionista fallecido, dentro de determinado plazo, por su valor a la fecha del fallecimiento. En caso de discrepancia en el valor de la acción, cada parte designa un perito y éstos designan un tercero. Ellos dictaminan el valor. En caso persista la discrepancia, el valor de la acción lo fija el juez por el Proceso Sumarísimo a que se refiere el art. 546° del CPC¹²⁴.

II. El derecho de los herederos o legatarios –que técnicamente son terceros, contra los accionistas con derecho de adquisición preferente, o de éstos contra aquellos, o de la sociedad contra unos u otros, caduca a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motive la pretensión. Es correcto mantener el instituto de la caducidad acá.

33 Art. 244°.- Derecho de Separación (S.A.C.)

“Sin perjuicio de los demás casos de separación que concede la ley, tiene derecho de separarse de la sociedad anónima cerrada el socio que no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente”.

Comentario.-

1.- Como se ha dicho antes, de la norma general de separación que se halla en el art. 200° y que no solo ha sido analizado sino que respecto de él se ha presentado su proyecto de ajuste legislativo que se comenta en el párrafo 28 y se adjunta en el Apéndice 14 a las Conclusiones Finales, este artículo 244° también hace cita al derecho de separación para el caso de sociedad anónima cerrada y más adelante, en el art. 262° se regula el mismo tema pero para el caso de una sociedad anónima abierta. Los arts.

¹²⁴ Para el detalle acudir al párrafo 9.VII., de este trabajo.

293°, 338°, 356°, 385° y 427° regulan también el tema del derecho de separación para los socios de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, en el caso de una transformación societaria, ante la hipótesis de una fusión, de una escisión y de una sociedad irregular, respectivamente.

2.- Nos remitimos, en todo caso, a los comentarios que aparecen en el parágrafo 28 de este trabajo investigador y al Apéndice 14 a las Conclusiones Finales.

34. Art. 248°.- Exclusión de accionistas (S.A.C.)

“El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdo de juntas generales de accionistas”.

Comentario.-

I. El pacto social o estatuto de la sociedad puede establecer causales de exclusión de socios a cuyo efecto se precisará de acuerdo de junta general con el quórum y mayoría que fije uno u otro. A falta de norma estatutaria se estará a la disposición general regulada por los arts. 126° y 127°, es decir, lo que denominamos quórum y mayorías calificadas o reforzadas, de 66.67% del capital social presente en la primera convocatoria y 60.0% en la segunda; y en cualquier de los dos casos, para adoptar acuerdo válido, de la mayoría del capital social total de las acciones suscritas con derecho a voto. La norma prevé que el acuerdo de exclusión de la junta general es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen la impugnación de acuerdos de junta general. Veamos.

II. Si el accionista que la junta general excluye de la sociedad concurrió a la junta general, debe dejar constancia en acta de su oposición al acuerdo¹²⁵ y tendrá dos meses contados a partir de dicha ocasión para interponer su demanda, porque sino, caduca su pretensión. Ahora bien, sino concurrió, tendrá tres meses para incoar su demanda.

III. La impugnación de dicho acuerdo se tramita en Proceso Abreviado que se regula por los arts. 486° y sgts. del CPC¹²⁶. Pudiera ser, sin embargo, que el accionista excluido no desee, en un primer tramo, atacar la nulidad de fondo del acuerdo, por ejemplo, por no haberse probado de modo fehaciente que su conducta se halle incurso en la causal prevista en el estatuto, y quiera, antes, acusar defecto de formalidad insatisfecha, caso, por ejemplo, de defecto de convocatoria –no se convocó mediante esquelas con la anticipación debida o en la agenda no figuraba la exclusión de accionista, cualquiera de ambas, en su caso, que impidió la asistencia de un mayor número o de determinados accionistas a la junta general, o que, por el contrario, habiendo inasistido un 42% de los accionistas, la junta general no tenía quórum suficiente para abrir sesión y por tanto, no podía haber acuerdo válidamente adoptado. En esta hipótesis, se va a

¹²⁵ Tener presente el tercer y el sexto párrafo del art. 135° y 137° de esta LGS.

¹²⁶ Para el detalle acudir al parágrafo 1.III., de este trabajo.

tramitar su demanda por la vía del Proceso Sumarísimo regulada por el art. 546° y sgts. del CPC ¹²⁷ .

IV. El derecho del accionista excluido caduca si no interpone su acción impugnatoria dentro del plazo y con arreglo a las formalidades previstas en la ley. Estamos conformes con esta regulación.

35. Art. 262°.- Derecho de Separación (accionista de S.A.A.)

“Cuando una sociedad anónima abierta acuerda excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones u obligaciones que tiene inscritas en dicho registro y ello determina que pierda su calidad de tal y que deba adaptarse a otra forma de sociedad anónima, los accionistas que no votaron a favor del acuerdo, tienen el derecho de separación de acuerdo con lo establecido en el artículo 200. El derecho de separación debe ejercerse dentro de los diez días siguientes a la fecha de inscripción de la adaptación en el Registro”.

Comentario.-

I. Conforme lo expusimos en forma suficiente en el acápite 25.I de este trabajo, al tratar el Derecho de Separación ¹²⁸ , las modificaciones estatutarias relativas a cambio de objeto social, traslado de domicilio al extranjero, creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o modificación de las existentes y demás casos que lo establece la ley o el estatuto, dan lugar a ello, a libre discreción y voluntad del accionista. Los previstos en la ley están en los arts. 244°, 262°, 293°, 338°, 356°, 385° y 427°, y justamente es el segundo de los nombrados el que es materia de comentario acá. Los acuerdos que dan lugar al derecho de separación se publican por una sola vez, dentro de los diez días de adoptado. El derecho de separación, que es caducible, se ejerce mediante carta notarial que debe ser entregada a la sociedad dentro de los diez días calendarios siguientes a la fecha de publicación. Solamente tienen este derecho quienes habiendo concurrido a la junta general dejaron constancia de su oposición al acuerdo (ver tercer párrafo y parte final del sexto párrafo del art. 135°), los ausentes y los que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, además de los titulares de acciones sin derecho a voto. El conflicto en torno al derecho de separación mismo, su validez y el cumplimiento de las formalidades, se resuelve por el Proceso de Conocimiento, art. 475° y sgts. del CPC ¹²⁹ ; y el concerniente a los plazos y forma de pago, en Proceso Sumarísimo, art. 546° y sgts. del CPC ¹³⁰ . Nosotros hemos hecho una propuesta que corre inserto en el párrafo 25, Apéndice 14, para que ambas pretensiones se tramiten en el Proceso Abreviado, art. 487° y sgts. del CPC ¹³¹ .

¹²⁷ Para el detalle acudir al punto 9.VII., de este trabajo.

¹²⁸ Párrafo 28 apéndice 14.

¹²⁹ Para el detalle acudir al párrafo 10.III., de este trabajo.

¹³⁰ Para el detalle acudir al párrafo 9.VII., de este trabajo.

¹³¹ Para el detalle acudir al punto 1.III., de este trabajo.

II. El art. 252° de esta Ley prevé que las S.A.As., deben inscribir todas ¹³² sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores. Esta es una de las características que la define y que la hace atractiva: contar con la posibilidad de convertir títulos o certificados, en metálico, en circulante, en dinero cash, en muy breve plazo, casi en el día mismo. Si la junta general acuerda retirar las acciones del R.P.M.V., característica vital de este tipo societario, y que fue lo que sedujo al inversionista, a invertir, es razonable y justo que éste tenga derecho a separarse de la sociedad.

III. El segundo y tercer párrafo del art. 200° de esta LGS ya lo decía: los acuerdos que dan lugar al derecho de separación deben publicarse por una sola vez dentro de los diez días siguientes a su adopción y el derecho se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación. Una opinión apurada podría considerar que el accionista tiene dos opciones: la primera, ejercer su derecho dentro de los diez días de la precitada publicación; la segunda, ejercerla dentro de los diez días a contar desde la fecha de inscripción de la adaptación en el Registro –adaptación de sociedad anónima abierta a sociedad anónima “ordinaria”, denominación esta última que le alcanza el Reglamento del Registro de Sociedades ¹³³. Técnicamente, esto no es verdad. El tercer párrafo del art. 200° contiene una salvedad. En efecto, los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publican salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicación. Y los arts. 262° bajo comento y 356° –para la fusión, prevén una publicidad especial ¹³⁴ porque los demás, el art. 244° (sociedad anónima cerrada), 293° (sociedad comercial de responsabilidad limitada) y 338° (transformación), 385° (escisión) y 427° (sociedades irregulares), o no dicen nada, o hacen una remisión vulgar y silvestre al art. 200°. Lo que queremos concluir, es que el plazo de diez días es a contar desde la publicidad registral.

IV. Tal como lo comenta el jurista **Dr. Fernando VIDAL RAMÍREZ** ¹³⁵ el plazo de diez días a contar desde la inscripción de la adaptación en el Registro es de caducidad. Este artículo 262° no lo dice, pero sin duda lo es. Coincidentemente, el art. 200° tampoco indica que el plazo sea de caducidad.

V. El accionista pierde irremediamente su derecho si no lo ejercita en la forma prevista: su derecho caduca. El término de inicio del plazo ha sido explicitado con suma claridad. Estamos conformes con esta regulación.

36. Art. 274°.- Derechos de los acreedores de un socio. (S.C.)

“Los acreedores de un socio no tienen respecto de la sociedad, ni aun en el caso de

¹³² La Ley 27303 hizo una importante precisión ajustando el art. 254° de esta LGS y en cierto modo, tiene que ver con la materia bajo comento.

¹³³ Art. 81° del Reglamento del Registro de Sociedades: “El Registrador no inscribirá acto societario alguno cuando advierta que la *sociedad ordinaria* o cerrada debería tener la modalidad de abierta, por cumplir con una o más de las condiciones estipuladas en la Ley para esta forma societaria”.

¹³⁴ El art. 356 se remite en cuanto al plazo al art. 355 in fine.

¹³⁵ Vidal Ramírez, Fernando. Op. Cit. Pág. 279.

quiebra de aquél, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficio o liquidación le corresponde, según sea el caso, al socio deudor. Tampoco pueden solicitar la liquidación de la participación en la sociedad que le corresponda al socio deudor. Sin embargo, el acreedor de un socio con crédito vencido, puede oponerse a que se prorrogue la sociedad respecto del socio deudor”.

Art. 275°.- Prórroga de la duración de la sociedad (S.C.)

“El acuerdo de prórroga de la sociedad se publica por tres veces. La oposición a que se refiere el artículo anterior se formula dentro de los treinta días del último aviso o de la inscripción en el Registro y se tramita por el proceso abreviado. Declarada fundada la oposición, la sociedad debe liquidar la participación del socio deudor en un lapso no mayor a tres meses”.

Comentario.-

I. En la sociedad colectiva los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales. Sin embargo, los acreedores de uno de los socios no tienen respecto de la sociedad mas derecho que el de embargar lo que por beneficio o utilidades le corresponde al socio deudor; o también como cuota de liquidación de la sociedad. En este sentido, cuota de liquidación no tiene la significación rigurosa o estricta de que la sociedad como tal deba acordar su disolución y liquidación para que el remanente del haber social, o cuota de liquidación propiamente dicha, que le corresponde al deudor, le pueda ser embargada. La expresión acá utilizada debe interpretarse en forma amplia, es decir, como cualquier modalidad en la que la participación del socio deudor sea liquidada, llámese enajenación de la cuota, separación exclusión, fallecimiento del socio o cualquier otra forma legal o estatutaria que acarree la liquidación de la misma; en esta situación, esta cuota puede ser materia de medida cautelar. De otro lado, está claro en la Ley y es opinión unánime de **Alberto VÍCTOR VERÓN, Antonio BRUNETTI, Isaac HALPERÍN, Francisco MESSINEO y Joaquín GARRIGUES**, que no procede atender la solicitud del acreedor para que se liquide la participación que le corresponda al socio deudor en la sociedad, salvo, naturalmente, en la forma expuesta en la líneas precedentes, que es cosa distinta.

II. La sociedad colectiva tiene plazo fijo de duración; la prórroga requiere consentimiento unánime. El acreedor de un socio con crédito vencido puede oponerse a la prórroga respecto del socio deudor. Como el acuerdo de prórroga se publica por tres veces, la oposición debe formularse dentro de los treinta días del último aviso, considerándose este plazo, ante el silencio de la ley, como de caducidad.

III. En este artículo 275° se presenta un caso excepcional en la Ley. El legislador le concede dos alternativas al acreedor del socio: le dice, treinta días a contar desde el último aviso de los tres que debe hacer la sociedad, anunciando la prórroga; o, treinta días a contar desde la inscripción en el Registro del acuerdo de prórroga. Puede ocurrir que entre ambas fechas, incluso, haya cierta distancia. El Juez debe admitir la oposición a la prórroga en cualquiera de ambas opciones, pues son legítimas y le está evitando al actor caer en la caducidad de su derecho; ella se tramita en el Proceso Abreviado a que se refiere el art. 486° y sgts. del CPC¹³⁶. Estamos conformes con esta regulación.

37. Art. 276°.- Separación, exclusión o muerte de socio. Exclusión en sociedad

colectiva donde solamente hay dos socios (S.C.)

“En el caso de separación o exclusión, el socio continúa siendo responsable ante terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el día que concluye su relación con la sociedad. La exclusión del socio se acuerda por la mayoría de ellos, sin considerar el voto del socio cuya exclusión se discute. Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el Juez, mediante proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.

Los herederos de un socio responden por las obligaciones sociales contraídas hasta el día del fallecimiento de su causante. Dicha responsabilidad está limitada a la masa hereditaria del causante”.

Comentario.-

I. En la forma societaria “sociedad colectiva”, la separación o exclusión de socio no libera a éste de su responsabilidad solidaria e ilimitada hasta el día que concluye su relación con la sociedad, que técnicamente lo es, cuando ella se inscribe en el Registro. La exclusión se acuerda por la mayoría de socios, computados por persona ¹³⁷, sin considerar el voto del socio cuya exclusión se discute.

II. Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, plazo que es de caducidad ante el silencio de la ley, puede éste formular oposición mediante demanda en Proceso Abreviado, arreglado al art. 486° y sgts. del CPC ¹³⁸.

III. Estamos de acuerdo que el plazo lo sea de caducidad; el término de inicio está fijado con precisión; hay indicación de vía procesal para dar curso a la oposición; y hay regulación para el caso de sociedad colectiva con solamente dos socios, en donde es imprescindible la decisión del órgano jurisdiccional. No podría ser de otro modo.

38. Art. 291°.- Derecho de Adquisición Preferente (S.R.L.)

“El socio que se proponga transferir su participación o participaciones sociales a persona extraña a la sociedad, debe comunicarlo por escrito dirigido al gerente, quien lo pondrá en conocimiento de los otros socios en el plazo de diez días. Los socios pueden expresar su voluntad de compra dentro de los treinta días siguientes a la notificación, y si son varios, se distribuirá entre todos ellos a prorrata de sus respectivas participaciones sociales. En el caso que ningún socio ejercite el derecho indicado, podrá adquirir la sociedad esas participaciones para ser amortizadas, con la consiguiente reducción del capital social. Transcurrido el plazo, sin que se haya hecho uso de la preferencia, el socio quedará libre para transferir sus participaciones sociales en la forma y en el modo que

¹³⁶ Para el detalle acudir al parágrafo 1.III., de este trabajo.

¹³⁷ Art. 269° salvo pacto distinto, de esta LGS.

¹³⁸ Para el detalle acudir al punto 1.III., de este trabajo.

tenga por conveniente, salvo que se hubiese convocado a junta para decidir la adquisición de las participaciones por la sociedad. En este último caso si transcurrida la fecha fijada para la celebración de la junta ésta no ha decidido la adquisición de las participaciones, el socio podrá proceder a transferirlas.

Para el ejercicio del derecho que se concede en el presente artículo, el precio de venta, en caso de discrepancia, será fijado por tres peritos, nombrados uno por cada parte y un tercero nombrado por los otros dos, o si esto no se logra, por el juez mediante demanda por proceso sumarísimo.

El estatuto podrá establecer otros pactos y condiciones para la transmisión de las participaciones sociales y su evaluación en estos supuestos, pero en ningún caso será válido el pacto que prohíba totalmente las transmisiones.

Son nulas las transferencias a persona extraña a la sociedad que no se ajusten a lo establecido en este artículo. La transferencia de participaciones se formaliza en escritura pública y se inscribe en el Registro”.

Comentario.-

I. Hemos encontrado algunas diferencias importantes con relación al Derecho de Adquisición Preferente, DAP, regulado para las Sociedades Anónimas Cerradas, SAC, que bien vale la pena registrarlas acá. Veamos: (1) En las SACs, el DAP está dirigido a cubrir transferencias totales o parciales a otro accionista o a terceros, en cambio, en las de la SRL transferencias totales o parciales sólo a persona extraña a la sociedad; por tanto, las transferencias de participaciones, -no de acciones, tanto en la Ley anterior¹³⁹ como en ésta, se podían y se pueden hacer libremente a favor de otro socio sin que se precisara o precise ahora, consentimiento de los demás; (2) En las SACs el accionista tiene que comunicar a la sociedad el precio y demás condiciones de la transferencia y en su caso –transferencia a terceros, la operación será cerrada en los términos que fueron comunicados a la sociedad por el accionista interesado en transferir, en cambio, en la SRL, transcurrido el plazo sin que se haya hecho uso de la preferencia, el socio queda libre para transferir sus participaciones en la forma y en el modo que tenga por conveniente, porque tampoco tuvo la obligación de comunicar con antelación el precio ni los términos y condiciones de la operación proyectada; y (3) En las SACs no se alude a que cualquier transferencia realizada de modo distinto al regulado es nula, en cambio, en la SRL se dice exactamente que “son nulas las transferencias a persona extraña a la sociedad que no se ajusten a lo establecido en este artículo¹⁴⁰”. Con prescindencia de esto último que es meramente formal, en cuanto al derecho para transferir participaciones de las SRLs versus acciones de las SACs, las primera aparecen con mayor libertad que las segundas.

II. En este artículo observamos distintos plazos e incluso una condición. (1) El Gerente pone en conocimiento de los socios en el plazo de diez días. (2) Los socios

¹³⁹ Art. 286° de la ALGS.

¹⁴⁰ Se confirma que la nulidad es la transferencia a persona extraña a la sociedad y nada se dice acerca de la trasmisión a otros socios, por lo que queda ratificada la validez a éstos sin requerirse conocimiento ni aprobación por parte de la sociedad.

pueden expresar su voluntad de compra en el lapso de treinta días. (3) Si ningún socio ejercita el derecho indicado (condición) podrá la sociedad adquirirlas para ser anuladas con la consiguiente reducción de capital. (4) Transcurrido el plazo (no se indica cuál) sin que se haya hecho uso de la preferencia el socio queda libre para transferir sus participaciones en la forma y en el modo que lo tenga por conveniente. En el caso de discrepancia del precio se recurre al juez mediante demanda en Proceso Sumarísimo a que se refiere el art. 546° y sgts. del CPC ¹⁴¹ ..

III. El plazo destacable es el de los treinta días, que lo es de caducidad –aunque la ley no lo dice, y es el que tienen los demás socios para ejercitar su derecho. Si no lo hicieran, su derecho caduca.

39. Art. 292°.- Usufructo, prenda y medidas cautelares sobre participaciones

“En los casos de usufructo y prenda de participaciones sociales, se estará a lo dispuesto para las sociedades anónimas en los artículos 107 y 109, respectivamente. Sin embargo, la constitución de ellos debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro.

La participación social puede ser materia de medida cautelar. La resolución judicial que ordene la venta de la participación debe ser notificada a la sociedad. La sociedad tendrá un plazo de diez días contados a partir de la notificación para sustituirse a los posibles postores que se presentarían al acto del remate, y adquirir la participación por el precio base que se hubiese señalado para dicho acto.

Adquirida la participación por la sociedad, el gerente procederá en la forma indicada en el artículo anterior. Si ningún socio se interesa en comprar, se considerará amortizada la participación, con la consiguiente reducción de capital”.

Comentario.-

I. El Usufructo y Prenda de participaciones se remite al Usufructo y Prenda de acciones a que se refieren los arts. 107° a 109° de esta LGS. En el usufructo, salvo pacto en contrario, al propietario le corresponden los derechos de participacionista y al usufructuario los dividendos, en dinero o en especie, e incluso, si hubiese sido pactado, los que se abonen en participaciones de propia emisión. En la prenda, los derechos de participacionista le corresponden al propietario y el acreedor está obligado a facilitarle su ejercicio. Obvio, si el deudor prendario no paga su obligación, el acreedor ejecuta la obligación principal con arreglo a la forma pactada o como Proceso de Ejecución de Garantías ¹⁴² previsto en el art. 720° del CPC ¹⁴³ y de conformidad con lo dispuesto por el art. 1069° del CC. El prestarle facilidades al propietario para que ejercite sus derechos de participacionista y el reconocer que en el caso de ejecución de las participaciones se concede preferencia a la sociedad para el cobro de los dividendos pasivos, no admite pacto en contrario, como erróneamente ha sido indicado en la última línea del art. 109° ,

¹⁴¹ Para el detalle acudir al parágrafo 9.VII., de este trabajo.

¹⁴² Art. 720° y sgts. del CPC.

¹⁴³ Para el detalle acudir al parágrafo 21.II., de este trabajo.

norma de remisión de este art. 292°, cuando expresa: “Los establecido en este artículo admite pacto en contrario”. Solamente se puede pactar en contrario el ejercicio de los derechos de participacionista, pero conste, las dos precitadas, jamás.

II. En cuanto a la medida cautelar, la ley dispone que la resolución judicial que ordene la venta de las participaciones debe notificarse a la sociedad para que en un plazo de diez días pueda sustituirse a los posibles postores que se presentarían al acto del remate y adquirirlas, si esa fuere su decisión, por el precio base que se hubiese señalado. Esta regulación, teniendo redacción carente de claridad y precisión ¹⁴⁴, es mejor que la indicada en el art. 239° -la hemos criticado en el parágrafo 28 punto IV de este trabajo, que torpemente establece que dentro de los diez días útiles de efectuada la venta forzosa de las acciones, la sociedad tiene derecho a subrogarse al adjudicatario ¹⁴⁵. En fin, la ley todo lo puede. El Derecho, en tanto disciplina que se pretende científica, es la que repudia estas incoherencias.

III. Adquirida entonces la participación por la sociedad, el gerente procede a poner en conocimiento de los otros socios lo acontecido, para que ejerzan su derecho de adquisición preferente. Si ningún socio se interesa en comprar dentro del término de 30 días, se anula dicha participación y se reduce el capital social.

IV. El plazo de diez (10) días para que la sociedad adquiriera la participación sujeta a medida cautelar y se sustituya a eventuales postores en el acto del remate –que además se suspendería con tal determinación, es de caducidad. Si la sociedad no ejercita, en ese lapso, este derecho, lo pierde irremediamente, no existe ni ha existido, se extingue, y con él, también el derecho a accionar que le es inherente. Estamos conformes con esta regulación.

40. Art. 293°.- Exclusión y separación de los socios. (Oposición al acuerdo de exclusión de socio de una SRL)

“Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social. La exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales, sin considerar las del socio cuya exclusión se discute, debe constar en escritura pública y se inscribe en el Registro.

Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el Juez, mediante demanda en proceso abreviado. Si se declara fundada la

¹⁴⁴ Pudo decir, simplemente, “... La sociedad tendrá un plazo de diez días (no necesitaba decir, por evidente, *contados a partir de la notificación*) para adquirir a firme dicha participación (no necesitaba decir *para sustituirse a los posibles postores que se presentarían al acto del remate*) por el precio base fijado en el proceso (evitando poner *que se hubiese señalado para dicho acto*).

¹⁴⁵ Ya hubo remate judicial y ya se adjudicó alguna persona natural o jurídica. Qué es esto que dentro de los diez días posteriores a dicho evento, la sociedad puede subrogarse!!!?¡. Y la seguridad jurídico-procesal de los actos judiciales. El art. 743° del CPC, además, lo proscribire. Sólo procede la nulidad por aspectos formales y dentro de tercero día.

exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.

Todo socio puede separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto”.

Comentario.-

I. En este artículo se regulan dos situaciones totalmente distintas.

A.: La exclusión del socio gerente que (i) infringe las disposiciones del Estatuto, (ii) comete actos dolosos y/o (iii) realiza competencia desleal; y

B.: La exclusión de socio en sociedad comercial de responsabilidad limitada que solamente cuenta con dos socios.

En el primer caso, ordena el art. 293°, la decisión se adopta por mayoría sin considerar el voto del socio cuya exclusión se discute, consta en escritura pública y se inscribe en el Registro. En las SACs, según el art. 248°, veamos las diferencias, sí tiene derecho a participar y votar en la junta general, el socio cuya exclusión se discute, y además, el acuerdo es impugnabile con arreglo a los arts. 139°, 142° y 143° de esta Ley, ergo, la fase procesal se confía, según el caso, al trámite sumarísimo o abreviado y puede interponerse dentro de los dos o tres meses a contar desde la fecha de la junta; acá, en este art. 293°, no participa el socio cuya exclusión se discute y la oposición que se interpone dentro de quince días se tramita en proceso abreviado.

II. Nuestra mayor preocupación es por la eventual quiebra del principio de mayorías y minorías que rige la vida societaria; no vaya a ser que una minoría, por ejemplo, del 40% acuerde la exclusión de un socio que ostenta el 60% de las participaciones sociales. Eso es posible?. La Ley dice que la exclusión se acuerda con el voto de la mayoría de las participaciones sociales, por tanto, el ejemplo que precede no es correcto; pero continúa el texto de la ley diciendo, “sin considerar las (participaciones) del socio cuya exclusión se discute”. Por esto último nuestra preocupación. Y en todo caso, el ejemplo opuesto: ¿es correcto que porque nosotros poseemos solamente el 48% no podamos excluir a un socio gerente que comete actos dolosos y que se dedica por cuenta propia al mismo género de negocios de la sociedad. Tal vez el legislador debió separar (i) exclusión de socio y (ii) exclusión de gerente, regulándolos en forma independiente. Estos problemas se presentan con no poca frecuencia. Preferimos la regulación de la SAC a la de la SRL; la presencia del socio acusado de infringir el estatuto social, en la junta general, puede ser definitoria y correctiva, y además evitar la judicialización de la discrepancia. La exclusión de socio en sociedad de dos socios es totalmente decisión judicial en proceso abreviado. El derecho de separación se regula en el art. 200° y sus concordantes, arts. 244°, 262°, este 293°, 338°, 356°, 385° y 427°. De él hemos tratado ampliamente.

III. El plazo de quince días para formular oposición mediante demanda en Proceso Abreviado que regula el art. 486° del CPC ¹⁴⁶, es de caducidad. El término inicial está fijado con claridad. Estamos conformes con esta regulación.

41. Art. 323°.- Validez de los acuerdos de la Asamblea (de Obligacionistas)

“En primera convocatoria es necesaria la asistencia de por lo menos la mayoría

¹⁴⁶ Para mayor detalle acudir al parágrafo 1.III., de este trabajo.

absoluta del total de las obligaciones en circulación y los acuerdos deben ser adoptados para su validez, cuando menos por igual mayoría.

Si no se lograra la aludida concurrencia, se puede proceder a una segunda convocatoria para diez días después, y la asamblea se instalará con la asistencia de cualquier número de obligaciones, entonces los acuerdos podrán tomarse por mayoría absoluta de las obligaciones presentes o representadas en la asamblea, salvo en el caso del inciso 2 del artículo anterior, que siempre requerirá que el acuerdo sea adoptado por la mayoría absoluta del total de las obligaciones en circulación.

Los acuerdos de la asamblea de obligacionistas vincularán a éstos, incluidos los no asistentes y a los disidentes. Pueden, sin embargo ser impugnados judicialmente aquellos que fuesen contrarios a la ley o se opongan a los términos de la escritura pública de emisión, o que lesionen los intereses de los demás en beneficio de uno o varios obligacionistas.

Son de aplicación las normas para la impugnación de acuerdos de junta general de accionistas, en lo concerniente al procedimiento y demás aspectos que fuesen pertinentes”.

Comentario.-

I. Como recordamos, las obligaciones son títulos valores que representan y reconocen deudas de la sociedad a favor de sus titulares. La reunión legal de los titulares de estos valores negociables se denomina Asamblea de Obligacionistas. Para adoptar acuerdos válidos, según convocatoria formulada por el directorio de la sociedad emisora, se precisa la concurrencia, en el primer evento, de cuando menos la mayoría absoluta del total de las obligaciones en circulación, y en el segundo, cualquier número de ellos, debiendo contar con el voto favorable de la mayoría de los presentes o representados, para tomar decisiones. Por supuesto que, para decisiones trascendentes, como modificar las garantías establecidas y las condiciones de la emisión, se precisa de mayorías calificadas. El régimen es similar al de las juntas generales. En este caso y guardando distancias, pueden ser impugnados los acuerdos contrarios a la ley, que se opongan a los términos de la escritura pública de emisión o que lesionen los intereses de los demás en beneficio de uno o varios obligacionistas.

II. Como la impugnación de acuerdos de las asambleas de obligacionistas se regula por las normas de la junta general de accionistas, nos remitimos, en cuanto a caducidad, plazo, proceso y demás, a lo comentado al respecto en el párrafo 25 de este trabajo.

42. Art. 326° inc. 2.- Pretensiones individuales (de obligacionistas)

“Los obligacionistas pueden ejercitar individualmente las pretensiones que les correspondan:

1. Para pedir la nulidad de la emisión o de los acuerdos de la asamblea, cuando una u otra se hubiesen realizado contraviniendo normas imperativas de la ley;
2. Para exigir de la sociedad emisora, mediante el proceso de ejecución, el pago de intereses, obligaciones, amortizaciones o reembolsos vencidos;
3. Para exigir del Representante de los Obligacionistas que practique los actos

conservatorios de los derechos correspondientes a los obligacionistas o que haga efectivos esos derechos; o,

4. Para exigir, en su caso, la responsabilidad en que incurra el Representante de los Obligacionistas.

Las pretensiones individuales de los obligacionistas, sustentadas en los incisos 1, 2 y 3 de este artículo, no proceden cuando sobre el mismo objeto se encuentre en curso una acción del Representante de los Obligacionistas o cuando sean incompatibles con algún acuerdo debidamente aprobado por la asamblea de obligacionistas”.

Comentario.-

I. Los obligacionistas pueden ejercitar individualmente las pretensiones que les corresponde para exigir de la sociedad emisora el pago de intereses, obligaciones, amortizaciones o reembolsos vencidos, y lo deben hacer por el Proceso de Ejecución Forzada regulado en el art. 725° y sgts. del CPC¹⁴⁷.

II. Esta norma no prevé el plazo para interponer esta acción por lo que debemos estar a la norma general prevista en el art. 49°, que es de dos años, a contar de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión. En este caso será a contar desde la fecha en que debió cumplirse con el pago de la obligación, fecha que se encuentra fijada en el título o certificado, el que lo debe indicar a tenor de lo previsto en el art. 314° inc. 6 de esta LGS.

43. Art. 327°.- Ejecución de garantías

“Ante de ejecutar las garantías específicas de la emisión, si se produce demora de la sociedad emisora en el pago de los intereses o del principal, el Representante de los Obligacionistas deberá informar a la asamblea general de obligacionistas, salvo que por la naturaleza de la garantía o por las circunstancias, requiera ejecutarlas en forma inmediata”.

Comentario.-

I. El proceso orientado a ejecutar las garantías específicas de la emisión sólo puede ser iniciado por algún obligacionista, individualmente, en beneficio de todos, siempre que se haya notificado al Representante el incumplimiento de la sociedad emisora y éste no inicie los procesos dentro de los treinta días de tal notificación. Asimismo, es preciso tener en cuenta que en caso que el Representante sea notificado del incumplimiento de la sociedad emisora, aquel debe informar a la Asamblea antes de proceder con la ejecución de las garantías, salvo que, por la naturaleza de la garantía o las circunstancias, se requiera una ejecución inmediata. De esta forma, se establece como regla general el concurso de la Asamblea en la decisión de ejecutar las garantías de la emisión, dada la trascendencia de este acto. Ahora bien, el Representante de los Obligacionistas puede prescindir de la participación de la Asamblea en situaciones especiales, originadas por la naturaleza del bien (bienes perecibles, por ejemplo) o las circunstancias (inminente declaración de insolvencia de la sociedad emisora, por ejemplo).

¹⁴⁷ Para mayor detalle acudir al parágrafo 18.III., de este trabajo.

II. Este art. 327° no fija plazo para la Ejecución de las Garantías¹⁴⁸ que regula, por lo que habrá que estar a la norma general del art. 49°, es decir, plazo de caducidad de dos años a contar desde la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión, que en esta situación es la del vencimiento de la obligación y su incumplimiento, según lo comentado en el artículo anterior.

44. Art. 329°.- Reembolso

“La sociedad emisora debe satisfacer el importe de las obligaciones en los plazos convenidos, con las primas y ventajas que se hubiesen estipulado en la escritura pública de emisión.

Asimismo, está obligada a celebrar los sorteos periódicos, dentro de los plazos y en la forma prevista en la escritura pública de emisión, con intervención del Representante de los Obligacionistas y en presencia de notario, quien extenderá el acta correspondiente.

El incumplimiento de estas obligaciones determina la caducidad del plazo de la emisión y autoriza a los obligacionistas a reclamar el reembolso de las obligaciones y de los intereses correspondientes”.

Comentario.-

I. El tercer párrafo de esta norma establece que el incumplimiento de estas obligaciones determina la caducidad del plazo de la emisión y autoriza a los obligacionistas a reclamar el reembolso de las obligaciones y de los intereses correspondientes. Veamos cuáles son éstas dos obligaciones:

- Satisfacer el importe de las obligaciones en los plazos convenidos, con las primas y ventajas que se hubiesen estipulado en la escritura pública de emisión; y
- Celebrar los sorteos periódicos dentro de los plazos y en la forma prevista en la escritura pública de emisión, con intervención del Representante de los Obligacionistas y en presencia de Notario, quien extenderá el acta correspondiente.

II. Aquí la expresión “... determina la caducidad del plazo de la emisión y autoriza a los obligacionistas a reclamar...” tiene una connotación distinta a la que hemos venido usando. Caducidad del plazo de la emisión significa la pérdida del derecho al plazo. Se acabó plazo; todas las obligaciones son exigibles, ahora, aun las que tuvieran fechas de vencimiento de los próximos meses y de los próximos años. La acepción dada es correcta y guarda adecuada consonancia con lo que hemos venido tratando. Ahora bien, lo que no dice la norma es en qué plazo deben estos obligacionistas interponer su demanda y pretensión. Como no lo hace debemos estar a la norma general del art. 49° varias veces mencionada en los últimos artículos comentados.

III. Aunque no se indica proceso, aquí no tenemos que remitirnos al art. 475° inc. 1 del CPC., Proceso de Conocimiento, sino al de Procesos Ejecutivos o Ejecución de Garantías a que se refieren los arts. 693° y 725° del CPC¹⁴⁹, por razón del asunto

¹⁴⁸ Ver art. 720 del CPC., y para mayor detalle acudir al párrafo 21.II., de este trabajo.

¹⁴⁹ Para mayor detalle acudir a los párrafos 14.III., y 21.II., de este trabajo.

materia de demanda.

45. Art. 338°.- Derecho de Separación (acuerdo de Transformación)

“El acuerdo de transformación da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200.

El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la transformación”.

Art. 356°.- Derecho de Separación (acuerdo de Fusión)

“El acuerdo de fusión da a los socios y accionistas de las sociedades que se fusionan el derecho de separación regulado por el artículo 200.

El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la fusión”.

Art. 385°.- Derecho de Separación (acuerdo de Escisión)

“El acuerdo de escisión otorga a los socios o accionistas de las sociedades que se escindan el derecho de separación previsto en el artículo 200.

El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la escisión”.

Comentario.-

I. Las dos novedades dignas de subrayar en el tema de Transformación de Sociedades, a nuestro juicio, son, una, que las sociedades reguladas por esta ley puedan transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú, pero también, que cualquier persona jurídica constituida en el Perú pueda transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta Ley; y, dos, que el cambio de responsabilidad de los socios en la nueva forma societaria adoptada no afecte las obligaciones asumidas antes, porque de pasar de una de responsabilidad ilimitada a una de responsabilidad limitada, las obligaciones asumidas antes continúan inalterables, es decir, bajo responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, y en el caso inverso, las anteriores, asumen el carácter de solidarias, que no la tenían, por tanto, siempre el cambio es en beneficio del tercero de buena fe, favoreciendo el tráfico mercantil y la fluidez de sus instituciones. Por este motivo se suprimió, por innecesario, el trámite de publicación del acuerdo para los fines de oposición al mismo que regulaba el art. 350° de la ALGS. Las novedades en la Fusión Societaria lo constituyen los hechos de haber definido con claridad sus dos formas, absorción e incorporación, de haber regulado con detalle lo concerniente al proyecto de fusión y de haber mantenido el derecho de oposición a favor del acreedor de cualquiera de las sociedades participantes aunque sancionando acertadamente, ahora, al opositor de mala fe o sin fundamento. Y las novedades de la Escisión de Sociedades¹⁵⁰, lo mismo que en la Fusión, es decir, regular sus dos modalidades, también el proyecto de escisión y por último el derecho de

¹⁵⁰ En primer lugar, que no estaba regulada en la Ley anterior.

oposición para el acreedor con su sanción para el que actúa de mala fe o sin fundamento.

II. Hemos comentado en más de una ocasión el tema del derecho de separación, por lo que no vamos a repetir acá lo ya expuesto, remitiéndonos en todo caso a dichas apreciaciones¹⁵¹. Sólo vale recordar que la normativa sobre la materia se halla regulada en los arts. 200° que es la norma matriz del derecho de separación, 244° referente a las SACs, 262° con relación a las SAAs, 293° que respecta a las SRLs, estos 338° en materia de Transformación Societaria, 356° en materia de Fusión y 385° relativo a Escisión; y finalmente el 427° que respecta al derecho de separación en la Sociedad Irregular.

III. El plazo de caducidad, que lo es de diez días para el ejercicio de este derecho, a tenor del art. 337° empieza a contarse a partir del último aviso de los tres, que con cinco días de intervalo, se tiene la obligación de publicar. Nos referimos al caso de Transformación, porque en lo tocante a la Fusión y a la Escisión, las normas simplemente se remiten al art. 200° por lo que en estos dos casos hay que estar sólo al único aviso a que se refiere el tercer párrafo de la citada norma y a partir de él, ejercer el derecho de separación dentro de los diez días siguientes, porque sino, caduca. Es pertinente recordar, de otro lado, que con arreglo al art. 43°, la falta de publicación de los avisos que la ley ordena realizar prorroga los plazos que la ley confiere a los socios y terceros para el ejercicio de sus respectivos derechos, hasta que se cumpla con efectuar las publicaciones, de modo tal que a lo que hay que estar atentos, es a las precitadas publicaciones.

46. Art. 359°.- Derecho de Oposición (Acreedor de sociedad participante de Fusión)

“El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219”.

Art. 383°.- Derecho de Oposición (Acreedor de sociedad participante de Escisión)

“El acreedor de cualquier de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el cual se regula por lo dispuesto en el artículo 219”.

Comentario.-

I. Ya se ha explicado que en la Transformación no existe derecho de oposición; ello fue desarrollado en el punto 45.I de este trabajo. El derecho de oposición sólo existe en la Fusión y en la Escisión y puede ser interpuesto por el acreedor de cualquiera de las sociedades participantes en la Fusión y por el acreedor de la sociedad que, vía Escisión, toma la decisión de fraccionar su patrimonio en dos o mas bloques para llegar a una división total o solamente a una segregación parcial. Los arts. 359° y 383° nos remiten al art. 219° el cual establece que dichos acreedores, en efecto, tienen el derecho a formular tal oposición si su crédito, aun cuando esté sujeto a condición o a plazo, no se encuentra adecuadamente garantizado.

II. El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de la última publicación de las tres, que con intervalos de cinco días, está

¹⁵¹ Ver párrafo 28 y Apéndice N° 14 a las Conclusiones Finales.

obligada a realizar la correspondiente sociedad, con arreglo al art. 217° in fine, concordante con los arts. 355° y 380° de esta LGS. Ya sabemos que el incumplimiento de las publicaciones prorroga los plazos que la ley confiere a los socios o terceros, para el ejercicio de sus derechos, hasta que se cumpla con realizar la referida publicación.

III. Ya conocemos que la oposición se tramita por el proceso sumarísimo suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez. En el acápite pertinente manifestamos nuestro desacuerdo con la exigencia de que la carta fianza extendida por una ESN, con el carácter de solidaria, cubriendo el importe del crédito y demás componentes de la deuda, lo sea por el plazo necesario hasta que caduque la pretensión de su exigencia.

47. Art. 409°.- Convocatoria y acuerdo de Disolución

“En los casos previstos en los artículos anteriores, el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan.

Cualquier socio, director, o gerente puede requerir al directorio para que convoque a la junta general si, a su juicio, existe alguna de las causales de disolución establecidas en la ley. De no efectuarse la convocatoria, ella se hará por el juez del domicilio social.

Si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan, cualquier socio, administrador, director o el gerente puede solicitar al juez del domicilio social que declare la disolución de la sociedad.

Cuando se recurra al juez la solicitud se tramita conforme a las normas del proceso sumarísimo”.

Comentario.-

I. En los casos en que la sociedad ha caído en alguna de las causales previstas en los arts. 407° y 408°, según la forma societaria que tuviere, el directorio o cualquier socio, administrador o gerente convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta general a fin de adoptar el acuerdo de disolución. Por cierto que cualquier socio, director o gerente puede requerir antes al directorio para que éste efectúe la convocatoria, que sería lo correcto y ordenado, y si no lo hace, tal convocatoria a pedido de aquellos, la realiza el juez del domicilio social. Para dicha solicitud judicial se puede aprovechar el art. 117° si se cuenta con el 20% o más de acciones; y en caso contrario, puede utilizarse el art. 119°, pues se trata de un pedido de emergencia provocado ante una situación reñida con la ley, con los estatutos o ante una situación real de la sociedad vinculada a su actividad, al cumplimiento de su objeto social, a los órganos de expresión de su voluntad o a su patrimonio. Si la junta general no se reúne o si reunida no adopta el acuerdo de disolución, cualquier socio, administrador, director o gerente solicita al juez que declare la disolución de la sociedad, sin más trámite. Se trata de un mecanismo extremo ante la desidia o negligencia de los órganos. En este caso, no se utiliza el proceso no contencioso a que hacen cita el tercer párrafo del art. 117° y el primero del art. 119°, sino el Proceso Sumarísimo, de conformidad con lo previsto en el tercer párrafo de este artículo 409°, ergo, arts. 546° y sgts. del CPC ¹⁵².

II. La Ley no prevé un plazo para tomar estas acciones ni sanciona su incumplimiento con la caducidad del derecho. A pesar de ser una determinación urgente no hay indicación de plazo ni menos precisión acerca de cuál es la fecha que debe servir de punto inicial. Tendremos que remitirnos al art. 49° que es la caducidad general de dos años a contar de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión, que en este caso, dicha fecha es o puede ser difusa o difícil de precisar.

III. Consideramos que la norma no tiene la sistemática debida. Es desordenada. El segundo párrafo debe ir antes que el primero y reordenándose, debe fijarse fecha de inicio e indicación de caducidad, estableciendo responsabilidades. El art. 158° sobre vacancias múltiples, por ejemplo, sí es un modelo de orden; precisa quiénes pueden hacer la convocatoria y va paso a paso, escalonadamente. Este artículo 409° es un modelo de desorden. Conste que es muy importante adoptar esta decisión porque el art. 423° inc. 6 expresa que una sociedad adquiere la condición de irregular "(...) Cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto". También sabemos los efectos de la irregularidad que consta del art. 424° y el peligro de exponer el patrimonio personal del socio a que hace referencia explícita el art. 430°. A pesar de lo expuesto, tal vez resulte conveniente mantenerla como está y contar con dos años, caducidad general, para el ejercicio de los derechos frente a una sociedad incurso en una causal de disolución. El inciso 7., del art. 407° podría decir "Resolución del Juez del domicilio social adoptada con arreglo al art. 409° o de la Corte Suprema, conforme al art. 410°. Estamos conscientes que la causal del art. 409° está incluida en el inc. 9., del art. 407°, pero éste es el tipo de norma que denominamos "cajón de sastre" donde hay de todo para cubrir lo que falte y no nos damos cuenta; además, la causal del art. 410° también está en el inc. 9., del art. 407°. En otras palabras, todas están en ese inciso 9; y no pueden dejar de estarlo.

48. Art. 410°.- Disolución a solicitud del Poder Ejecutivo

"El Poder Ejecutivo mediante Resolución Suprema expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, solicitará a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La Corte Suprema resuelve, en ambas instancias, la disolución o subsistencia de la sociedad.

La sociedad puede acompañar las pruebas de descargo que juzgue pertinentes en el término de treinta días, más el término de la distancia si su sede social se encuentra fuera de Lima o del Callao.

Producida la resolución de disolución y salvo que la Corte haya dispuesto otra cosa, el directorio, el gerente o los administradores bajo responsabilidad, convocan a la junta general para que dentro de los diez días designe a los liquidadores y se dé inicio al proceso de liquidación.

Si la convocatoria no se realiza o si la junta general no se reúne o no adopta los acuerdos que le competen, cualquier socio, accionista o tercero puede solicitar al juez de la sede social que designe a los liquidadores y dé inicio al proceso de liquidación, por el

¹⁵² Para mayor detalle ver el parágrafo 9.VII., de este trabajo.

proceso sumarísimo”.

Comentario.-

I. El Poder Ejecutivo, mediante Resolución Suprema, puede solicitar a la Corte Suprema, la disolución de las sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres¹⁵³. A este tema hicimos referencia cuando comentamos el art. 33° inc. 2 de esta LGS. Este asunto estaba regulado en el art. 365° de la ALGS pero incurría en varios yerros, entre los que destacaban el disponer que la Corte Suprema resuelva como Jurado la disolución o la subsistencia de la sociedad, previa citación de esta última.

II. Como se ve, establecía algo contrario incluso a nuestro tradicional sistema judicial y propio mas bien del anglosajón. Ahora, lo que se hace en la Suprema es constituir dos Salas, una de las cuales actúa como primera instancia y la otra como segunda, con lo cual se respeta el principio constitucional de la pluralidad de instancias impidiéndose que la emplazada acuse ausencia de un debido proceso y carencia de tutela jurisdiccional efectiva.

III. Producida la resolución de disolución, el directorio, el gerente o los administradores convocan, bajo responsabilidad, a la junta general para que dentro de los diez días designe a los liquidadores. Si la convocatoria no se realiza o si la junta no se reúne o no adopta los acuerdos que le competen, cualquier socio, accionista o tercero puede solicitar al juez de la sede social por el Proceso Sumarísimo¹⁵⁴, que designe a los liquidadores para que éstos den inicio a la liquidación. Es una de las pocas veces, agregado al del art. 117°, en que ley dice “... el juez de la sede social...”. Normalmente, la ley alude al juez del domicilio social, caso de los arts. 112°, 119°, 409°, entre otros. La sede social es la oficina, establecimiento o lugar del domicilio donde se reúne el directorio y la junta general para adoptar las decisiones que la ley y el estatuto les asigna; el domicilio social, en cambio, es la ciudad o provincia donde la sociedad desarrolla sus actividades. En ocasiones incluso, la sede social está en lugar distinto al del domicilio. Lo correcto en la ley, es hacer referencia, siempre, al juez del domicilio social.

IV. No se indica plazo para acudir al juez ni si dicho incumplimiento caduca. No se indica cuál sería la fecha de inicio para el cálculo. Es tan excepcional –cada treinta o cuarenta años, que ello ocurra, que mejor la dejamos así.

49. Art. 422°.- Responsabilidad frente a Acreedores impagos de Sociedad Extinguida

“Después de la extinción de la sociedad colectiva, los acreedores de ésta que no hayan sido pagados pueden hacer valer sus créditos frente a los socios.

Sin perjuicio del derecho frente a los socios colectivos previsto en el párrafo anterior, los acreedores de la sociedad anónima y los de la sociedad en comandita simple y en

¹⁵³ El art. V del TP del Código Civil expresa: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

¹⁵⁴ Art. 546° y sgts. del CPC. Para mayor detalle ver párrafo 9.VII., de este trabajo.

comandita por acciones, que no hayan sido pagados no obstante la liquidación de dichas sociedades, podrán hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas, hasta por el monto de la suma recibida por éstos como consecuencia de la liquidación.

Los acreedores pueden hacer valer sus créditos frente a los liquidadores después de la extinción de la sociedad si la falta de pago se ha debido a culpa de éstos. Las acciones se tramitarán por el proceso de conocimiento.

Las pretensiones de los acreedores a que se refiere el presente artículo caducan a los dos años de la inscripción de la extinción”.

Comentario.-

I. Tan personalista, ilimitada y solidaria es la responsabilidad de los socios en las sociedades colectivas, que aun después de la extinción de la persona jurídica, los acreedores de ella que no hubieren sido pagados pueden hacer valer sus créditos frente a los socios. El beneficio de excusión¹⁵⁵ a que se refiere el art. 273° no juega acá porque en tal hipótesis el socio requerido del pago de deudas sociales debe indicar los bienes con los cuales el acreedor puede lograr el pago, cosa que ya no ocurre cuando la sociedad está extinguida.

II. En el caso de las sociedades anónimas¹⁵⁶, los acreedores que no hayan sido pagados no obstante la liquidación de dichas sociedades, pueden hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas hasta por el monto de la suma recibida por éstos como consecuencia de la liquidación.

III. Por último, también los acreedores pueden hacer valer sus créditos después de la extinción de la sociedad, frente a los liquidadores, si la falta de pago se ha debido a culpa de éstos.

IV. En los tres casos, (i) acreedores contra socios de sociedad colectiva; (ii) acreedores contra accionistas de sociedad anónima; y (iii) acreedores contra liquidadores cuando falta de pago se ha debido a culpa de éstos, la pretensión caduca a los dos años a contar desde la inscripción de la extinción.

V. En los tres casos las acciones se tramitan en Proceso de Conocimiento, arts. 475° y sgts. del CPC¹⁵⁷.

50. Art. 424°.- Efectos de la irregularidad

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

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

¹⁵⁵ En la solidaridad civil no hay beneficio de excusión, ver art. 1883 del CC; en la mercantil, más propiamente en la societaria, a pesar de solidaridad existe beneficio de excusión, ver art. 273 de esta LGS.

¹⁵⁶ También de las encomanditas simples y por acciones, sin perjuicio del derecho frente a los socios colectivos.

¹⁵⁷ Para mayor detalle ver el parágrafo 10.III., de este trabajo.

responsabilidad.

Las responsabilidades establecidas en este artículo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Los terceros, y cuando proceda la sociedad y los socios, pueden plantear simultáneamente las pretensiones que correspondan contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, siguiendo a tal efecto el proceso abreviado.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores no enerva la responsabilidad penal que pudiera corresponder a los obligados”.

Comentario.-

Utilicemos una metodología distinta a los comentarios anteriores. Contestemos las siguientes preguntas:

I. Quiénes son los responsables: los administradores, los representantes y en general quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad, caso de los incisos 5 y 6 del art. 423° de esta LGS. Si la irregularidad existe desde la constitución, es decir, en los casos de los incisos 1 a 4 del art. 423° de esta LGS, los socios tienen igual responsabilidad.

II. Cómo es su responsabilidad: Personal, solidaria e ilimitada.

III. Qué comprende la responsabilidad: El cumplimiento de la respectiva obligación así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros.

IV. Qué pueden hacer los agraviados: Los terceros, la sociedad y los socios pueden plantear las pretensiones contra la sociedad, los administradores y en su caso, socios, siguiendo al efecto el Proceso Abreviado a que se refiere el art. 486° y sgts. del CPC¹⁵⁸.

V. Cuál es el plazo de caducidad y cuál la fecha de inicio. Como la norma no la ha previsto acudimos a la general del art. 49° y entendemos que corre a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

51. Art. 426°.- Regularización o disolución de la sociedad irregular

“Los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119 o en el artículo 409, según el caso”.

Comentario.-

I. “La doctrina y las legislaciones societarias han reconocido la existencia de las sociedades irregulares y de las sociedades de hecho. Son realidades económicas y fácticas que no pueden ser ignoradas y que tienen que ser previstas con un criterio práctico, no para enmendar los errores de los que descuidan su organización empresarial, sino para que no resulten perjudicados los terceros y para que no se

¹⁵⁸ Para mayor detalle ver párrafo 1.III., de este trabajo.

agudice la desconfianza en el tráfico económico”. El profesor **Enrique ELIAS LAROZA** comenta así este artículo 426°: “Pero la situación de irregularidad o de inexistencia de la persona jurídica no es un hecho deseado ni alentado por la Ley. Todo lo contrario. Lo que se desea es que las sociedades en formación, previstas en el artículo 7, completen su proceso fundacional dentro de los plazos del artículo 423°. Y que las sociedades irregulares y de hecho cumplan con regularizar cuanto antes su constitución y continúen en operación normal. En caso contrario, no queda otra cosa que exigir su disolución y liquidación. Esto rige también para aquellas sociedades que, contando con personalidad jurídica, adquieran la situación de sociedades irregulares (incisos 5. y 6. del artículo 423°). El artículo 426° de la Ley, bajo comentario, establece la opción antes referida para las sociedades en estado de irregularidad. Es cuestión de regularizarse o disolverse, de conformidad con las normas siguientes:

a) Cualquier socio, cualquier acreedor de un socio, cualquier acreedor de la sociedad o cualquier administrador de la misma pueden solicitar que la sociedad en situación de irregularidad cumpla con regularizarse. Adviértase que no solamente ostentan el derecho los socios, los administradores y los acreedores de la sociedad, sino también los acreedores de los socios, desde que la responsabilidad ilimitada y solidaria en que incurren éstos últimos, en su condición de socios de una sociedad irregular o de hecho, puede poner en peligro sus créditos.

b) La regularización de la sociedad debe llevarse a cabo de conformidad con el artículo 119° de la Ley, convocando en forma judicial a la junta o asamblea de los socios de la sociedad.

c) Si no se lleva a cabo la regularización, cualquiera de las personas mencionadas en el acápite a) pueden exigir la apertura del proceso de disolución y liquidación de la sociedad, bajo el procedimiento contemplado en el artículo 409° de la Ley, a cuyo comentario nos remitimos. Nótese que la disolución y liquidación, de no ser decidida por la junta o asamblea de socios, puede ser declarada por el juez”.

III. Ya hemos señalado que ambos procesos, el de regularización o el de disolución, se interponen ante el juez del domicilio social; el primero es No Contencioso y el segundo Sumarísimo, regulado por los arts. 749° y 546° del CPC¹⁵⁹, respectivamente; al igual que lo hicimos al comentar los arts. 5°, 15° y 16°, entre otros, este derecho debe ser incaducible o imprescriptible. No es conveniente ni al interés público ni al interés nacional condenar irremediabilmente a las sociedades irregulares, manteniéndolas así, en ese estado, y sin darles opción, cualesquiera fuera la ocasión en que lo decidan, de que salgan de tal anómala situación, vía disolución o regularización. Mientras permanezcan en tal status, la ley, en respeto al orden público, dicta las consecuencias y las medidas a que se hacen acreedores los socios, en su caso, los administradores y los representantes. Punto. Si no interpretamos las cosas así, basados en una reflexión que nace de nuestra realidad y nos vemos obligados a aplicar fríamente la ley, no nos queda mas alternativa que responder que la caducidad operará de acuerdo a la norma general del art. 49°, es decir, dos años a contar desde la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión, dependiendo. Veamos. En los casos de los incisos 1 a 4 del art.

¹⁵⁹ Para mayor detalle ver los párrafos 22.I., y 9.VII., de este trabajo.

423° hay indicación de plazo específico y habrá que hacer el cómputo a partir del plazo que se tiene para presentar al Registro la escritura pública, que de acuerdo al art. 16°, es de 30 días. En el caso del inciso 5 se tiene la fecha de la ocasión en que se tomó la decisión de transformación societaria sin observar las disposiciones de la ley; y en el caso del inciso 6 habrá que estar a la información contable o legal acerca de en qué fecha se cayó en la causal de disolución, dependiendo si se trata del plazo de duración, conclusión del objeto, inactividad de la junta general o falta de pluralidad de socios; o en su caso, pérdidas que hayan reducido el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte.

IV. Igual que en la Ley 27673 del 20.02.2002 en donde se dispuso, interpretándola, que las sociedades que no habían adecuado sus estatutos a la Nueva Ley General de Sociedades 26887, a pesar de las prórrogas concedidas una y otra vez ¹⁶⁰, podrían hacerlo en cualquier momento, sin necesidad de convocatoria judicial, pero que, entre tanto, su status, obvio, era el de una sociedad irregular, cuyos administradores, directores y gerente general, serían y son, en dicho lapso, personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los actos, y en general, los contratos que la sociedad celebra en el período en referencia. El cumplimiento y la adecuación a la nueva ley sería de plazo indefinido; el derecho así concedido sería imprescriptible o lo que es lo mismo, no caducaría.

V. Como Apéndice N° 20 a las CONCLUSIONES FINALES corre el proyecto modificatorio relativo a este artículo 426° y su correspondiente Exposición de Motivos.

¹⁶⁰ Leyes números 26977, 27219 y 27388

CONCLUSIONES

En este trabajo se han analizado sesenta y dos (62) artículos de la Nueva Ley General de Sociedades, se han redactado 20 Apéndices con sendos proyectos de ley y se han investigado varios casos de responsabilidad de directores y gerentes de sociedades anónimas cuyo patrimonio es de propiedad estatal, cuyos expedientes han sido estudiados en los archivos de la Contraloría General de la República.

Como consecuencia de todo ello, se redactan a continuación seis (6) Conclusiones Generales y once (11) Conclusiones Específicas. Veamos.

I. CONCLUSIONES GENERALES

1. El principio rector manifestado por el Presidente de la Comisión Redactora **Dr. Enrique NORMAND SPARKS** en su Exposición de Presentación del Proyecto al Congreso de la República, cuando dijo

“Todos los plazos de ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva. Este es un elemento interesante que se ha introducido en el proyecto”

es muy valioso, y en efecto, muy útil al derecho societario. En la inmensa mayoría de situaciones, perfectamente aplicable. Pero como toda institución de derecho, no tiene ni

puede tener carácter absoluto y universal. Consideramos que será interesante recuperar la prescripción con sus importantes características, para las situaciones que se recomienda. En efecto, para éstas, será muy conveniente que su plazo se suspenda o se interrumpa y de que necesariamente deba ser invocada como excepción, y que por el mismo motivo, no puedan los magistrados ni las autoridades administrativas aplicarlas de oficio en sus resoluciones. En este orden de ideas, estamos proponiendo que el plazo concedido en la ley prescriba para (1) un caso registral, (2) para la solicitud a junta general para resolver la vacancia múltiple del directorio, (3) para la responsabilidad civil de los directores, (4) gerentes de sociedad anónima, (5) gerentes de sociedad comercial de responsabilidad limitada, y (6) liquidadores. Son específicamente, seis casos, nada más.

2. Con similar lógica, hemos llegado a la conclusión de que la opción y el derecho para que las sociedades “en formación” o las “irregulares” se formalicen o se regularicen, debe ser permanente, continua, sin plazo –ni de prescripción ni de caducidad, ergo, el derecho acá, debe ser incaducible, o para expresarlo del modo mas usual y difundido en la doctrina, “imprescriptible”. Por lo menos, la situación del Perú actual eso recomienda. Cuánto anhelamos que en un futuro próximo esta realidad peruana pueda modificarse y en aquel entonces una nueva ley disponga la “prescripción” de este derecho en el lapso de dos años. Pero por ahora, incaducible.

Lo expuesto en los puntos 1., y 2., nos han llevado a la necesidad de ajustar el art. 49° de la Ley, que en este trabajo lo hemos denominado de “caducidad general”, pues proponemos seis casos de pretensiones sometidas al instituto y régimen de la prescripción y dos pretensiones “imprescriptibles”.

3. Estimamos que el plazo de caducidad máximo debe ser el de la regla general del art. 49°, es decir, dos años, el mismo que se aplica de modo expreso o por remisión, en una decena de casos. No existe justificación para que solamente, en dos supuestos de hecho regulados por la ley, se conceda tres años. Para éstos, proponemos el correspondiente ajuste. Existe un plazo de caducidad de un año¹⁶¹; dos de seis meses¹⁶²; uno de dos o tres meses y siete de treinta días¹⁶³; uno de sesenta días¹⁶⁴; dos de quince días¹⁶⁵; y nueve de diez días¹⁶⁶, los que hemos revisado cuidadosamente y con los cuales estamos totalmente conformes.

¹⁶¹ El del art. 150°, acción de nulidad para invalidar acuerdos de la junta general.

¹⁶² Los de los Arts. 365 y 390 relativos a la pretensión de nulidad de la fusión y de la escisión, respectivamente.

¹⁶³ Los de los arts. 142 y 248 referentes a la impugnación de acuerdos de junta general y exclusión de socio en una SAC; y arts. 219, 237, 275, 359 y 383, 409 y 410 sobre oposición a reducción de capital, derecho de adquisición preferente en SAC, oposición a prórroga de sociedad colectiva, oposición a fusión, oposición a escisión, y convocatorias a junta general de sociedad que ha caído en causal de disolución y que ha sido disuelta por la Corte Suprema a solicitud del Poder Ejecutivo.

¹⁶⁴ El del art. 237, derecho de transferencia a terceros en SAC.

¹⁶⁵ Los de los arts. 276 y 293 que respectan a oposición a exclusión de socio en sociedad colectiva y en SRL.

4. Fruto de nuestro trabajo hemos encontrado error en la redacción, que conduce a error en el concepto, en cuatro casos: prenda de acciones, derecho de separación, carta fianza que puede presentarse en la oposición a la reducción de capital y en la adquisición preferente en caso de enajenación forzosa en una SAC. Hacemos la correspondiente propuesta de corrección.

5. Proponemos tres plazos de caducidad que han sido, a nuestro juicio, omitidos. Nos referimos al de los pedidos para convocatoria a junta general a solicitud de accionistas, convocatoria judicial para junta obligatoria anual y para expedición de copias certificadas. En el primero de estos tres, incluso, conceptuamos además, que podría dejarse en libertad para que los accionistas regulen la materia en sus estatutos, siempre que ello no signifique prohibición al ejercicio de este vital e insoslayable derecho.

6. Finalmente –y como nuestra investigación tiene que ver con la caducidad de instituciones y actos en general y obligaciones y derechos de directores y gerentes de sociedades en particular, subrayamos acá que, Increíblemente, el 28 de mayo del 2004 se publicó la Ley N° 28233 que prorroga la suspensión de los efectos de los arts. 176°, 220° y 407° inc. 4, hasta el 31.12.2004. Como es de público conocimiento, desde el año 91 hasta el año 2003, el legislador cuidó promulgar y publicar la ley de prórroga, entre los meses de noviembre y diciembre de cada año. Esta vez, irresponsablemente, se han dejado pasar cinco meses completos, con las muy incómodas y nefastas consecuencias que ello genera, tanto a título personal, como empresarial, tales como demandas judiciales sustentadas en los arts. 176°, 220°, 407° inc. 4, 409°, 424° y 430° de la LGS; y demandas ante Indecopi o entidades habilitadas sustentadas en la ley 27809. Nos quedan dos preguntas: (1) ¿Por qué no se prorrogó, de una vez por todas, hasta el 31 de diciembre del 2006?; y (2) ¿Hasta cuándo continuará esto?. Consideramos que es inconveniente mantener una situación así en el empresariado nacional, ámbito en el que, los bancos, financieras y proveedores en general, no tienen la certeza de una conducta arreglada a derecho, por parte de los directores de las sociedades anónimas, pues aún en el caso de tener pérdidas significativas, ellos no están en la obligación de convocar a junta de accionistas para informarles de esta situación ni a junta de acreedores para los fines de ley.

II. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

1. El art. 5° de la Ley no fija un plazo de caducidad para que cualquier socio pueda demandar el otorgamiento de la escritura pública de constitución de sociedad. Con arreglo al art. 49° se entiende que es de dos años. Proponemos agregar un párrafo que lo declara un derecho incaducible o, por decirlo con la expresión mas difundida y arraigada en la doctrina, “imprescriptible”. En un país como el nuestro, con tan alto porcentaje de informalidad, debemos propiciar de modo permanente la regularización de sociedades de hecho o que truncan su proceso formativo. Del mismo modo y siendo coherentes, el derecho que otorga el art. 426° que se inserta en la temática de las sociedades irregulares, y que concede la potestad a los socios, a los acreedores de éstos o de la

¹⁶⁶ Los de los arts. 158, 200, 244, 262, 292, 293, 338, 356 y 385 relativos a junta general por vacancia múltiple de directorio, derecho de separación, separación en SACs y SAAs, sustitución de sociedad a posibles postores por remate de participación, separación en SRL y separación por casos de transformación, fusión y escisión.

sociedad, o a los administradores, para solicitar, alternativamente, la regularización o la disolución de la sociedad, y que tampoco indica plazo de caducidad, debiera ser declarado imprescriptible.

2. Por los efectos nocivos que puede acarrear, es conveniente corregir la redacción de los arts. 16° y 76° en el sentido de que, de una parte, el instrumento que se envía al Registro es la escritura pública –y no el pacto social y el estatuto, y de otra, que el plazo para la revisión y comprobación de los valores asignados a los aportes no dinerarios se debe contar a partir de la inscripción registral y no desde la constitución de la sociedad –que es la fecha de la escritura pública. De otro lado, estando a lo dispuesto en el art. 12° del Reglamento del Registro de Sociedades y a la abundante jurisprudencia judicial y registral sobre la materia, se debe fijar un plazo de prescripción de dos años para la inscripción de los demás actos o acuerdos de la sociedad, de modo tal que a pesar de que dicho lapso se sobrepase, se reconozca que lo que se ha perdido es la acción mas en ningún caso el derecho mismo. Sobre el particular, se hace un análisis de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional pronunciada el 30 de Enero del 2004 en el Expediente N° 1049-2003 Lima, Eteselva SRL., en la cual se debate la calidad jurídica que tiene el plazo previsto en el art. 37° de la Ley 23506, el que, a pesar de su denominación –caducidad, se concluye que no posee dicha calificación, debiéndose entender que se trata más bien y por el contrario, de prescripción, toda vez que constituye una idea pacíficamente aceptada por la doctrina que la caducidad es un plazo que extingue un derecho y que su cómputo se inicia con su nacimiento; y que justamente esta situación es la que no se presenta en el supuesto regulado en la aludida ley, pues el plazo para interponer la acción de amparo no empieza a transcurrir desde el momento en que nace el derecho constitucional del demandante, sino desde que se produce su afectación, siempre que “el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción”. Por su parte, el Código Procesal Constitucional publicado el 31 de Mayo corriente, también alcanza interesantes disposiciones sobre la materia que se incluye en este trabajo.

3. No tiene justificación alguna extender a tres años la responsabilidad solidaria de los cedentes para el pago de los dividendos pasivos, que establece el art. 81°. La caducidad general de dos años es suficiente. Del mismo modo, para el cobro de dividendos, no tiene porque ampliarse, igual, a tres años, según lo prevé el art. 232°. Es suficiente dos años. Total, si por un descuido, no se cobran dichos dividendos, ellos pasan a engrosar la reserva legal y en su momento, pueden capitalizarse, para beneficio de todos los accionistas. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, SAAs, haber extendido por la Ley 26985 a diez años la caducidad para el cobro de los dividendos pasivos, es casi una grosería. El impresionante avance de la tecnología de las comunicaciones y el internet, no justifican una norma legal así, con los perjuicios administrativos, contables y financieros que ello ocasiona a la empresa. Propugnamos, para las SAAs, su ajuste a tres años.

4. La redacción del art. 109° sobre prenda de acciones comete un error grave cuando en su parte final dispone que lo establecido en dicho artículo admite pacto en contrario. Lo único que es posible pactar en forma contraria o distinta es en lo concerniente a los derechos de accionista, en el sentido de que ellos puedan ser ejercidos por el acreedor

prendario, toda vez que la norma prevé que en la prenda de acciones los derechos de accionista corresponden al propietario. Es igual al caso del usufructo del art. 107°, nomás que en esta sí hubo acierto en la redacción pues indica “En el usufructo de acciones, salvo pacto en contrario, corresponde al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho...”.

5. No se ha establecido en la ley los plazos de caducidad de los derechos que tienen los accionistas para solicitar al directorio, proponiendo agenda, convoque a junta general, acudir al juez del domicilio solicitando convocatoria a junta obligatoria anual y para pedir copias certificadas ¹⁶⁷. Proponemos 60 días, tres meses y 15 días, respectivamente.

6. El derecho de separación del accionista o socio en las circunstancias que menciona el art. 200° es un tema importante y ha sido previsto para las circunstancias aconsejables. En efecto, si la sociedad cambia su objeto social, acuerda trasladar el domicilio al extranjero, crea limitaciones a la transferencia de las acciones, cambia de forma societaria, se fusiona o se escinde, es razonable y legítimo que el accionista tenga el derecho, la potestad, de separarse. También en cualesquiera otras que se haya previsto en el estatuto, instrumento fundamental en la sociedad cuyas estipulaciones, todos hemos suscrito o al que nos hemos adherido ¹⁶⁸ en forma expresa si la adquisición de acciones ha sido posterior.

Ahora bien, si la sociedad y el accionista desencadenan un conflicto judicial por el valor a reembolsar por las acciones, ello tendrá que tramitarse con arreglo al proceso de conocimiento, al estar a lo dispuesto por el art. 475 inc. 1 del CPC., toda vez que el art. 200° no lo ha previsto. Y si están de acuerdo en el valor de las acciones más no en el plazo y la forma de su reembolso, y además, si dicha devolución pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo, ello se efectuará como lo determine el juez por el proceso sumarísimo. Tener dos procesos judiciales, uno para la fijación del valor de las acciones y otro para la forma y plazo de su devolución no parece aconsejable. Sugerimos reunir ambas pretensiones en uno solo y que el proceso sea el abreviado.

7. Consideramos que se ha exagerado y no se ha sido coherente cuando para levantar la medida cautelar que dispuso la suspensión de la ejecución del acuerdo de reducción de capital, se requiera tener a la vista una carta fianza solidaria de un Banco o entidad bajo el control de la SBS, por el plazo necesario hasta que caduque la pretensión de la que es titular el acreedor opuesto. Pero además, el texto aparece como que se trata de una carta que dirige en forma directa el Banco, al acreedor, dejando de lado a la autoridad judicial, que incluso dictó medida cautelar. Conceptuamos de mejor criterio que la fianza solidaria se presente al juzgador y que éste, después de calificar sus estipulaciones y plazo, y de escuchar a las partes, dictamine o resuelva lo conveniente. El Juez decidirá si será suficiente la fianza por el plazo de prescripción de la pretensión con

¹⁶⁷ Este último es de menor significación. Lo hemos propuesto solamente para cumplir una cuestión formal.

¹⁶⁸ El art. 32° de la LGS prevé que “Quien adquiere una acción o participación en una sociedad existente responde, de acuerdo a la forma societaria respectiva, por todas las obligaciones sociales contraídas por la sociedad con anterioridad. Ningún pacto en contrario tiene efectos frente a terceros.

que se sustentó la oposición, u otro que resulte aconsejable, sin tener que constreñirlo a que asegure la obligación hasta la caducidad.

8. La redacción del segundo párrafo del art. 292° –sin constituir un ejemplo a seguir, es mejor, en la forma, y sobre todo, en el criterio, al propuesto en el art. 239°; el primero, relativo a medida cautelar y ejecución sobre “participaciones” de una SRL, y el segundo, sobre enajenación forzosa de “acciones” de una SAC. No puede ser que después de un remate judicial y de que ya hubo adjudicatario, la sociedad, dentro de los diez días posteriores, tenga el derecho a subrogación y le devuelva su dinero a dicho nuevo titular, y todo quede en nada. El respeto al proceso y a una decisión judicial nos obligan a recomendar que antes del remate se le otorgue el derecho a la sociedad, quien de ejercitarlo paga el valor base y evita la subasta. Así lo hemos propuesto.

9. Como cuestión principista, todo derecho debe estar sometido a un plazo, de prescripción o caducidad, pero a un plazo. A menos que la ley declare expresamente que tal o cual derecho no caduca¹⁶⁹ es incaducible, incaducable o como es usual o mas frecuente en la doctrina, es imprescriptible¹⁷⁰. Ahora bien, la Ley General de Sociedades en su art. 158° no indica cuál es el plazo para el ejercicio del derecho que tiene cualquier accionista de solicitar al juez la convocatoria a junta general, vistas las vacancias múltiples ocurridas en el seno del directorio. Se debe colegir entonces que el término es de dos años y lo es de caducidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 49°. Consideramos, por criterio de razonabilidad, que un asunto de tanta urgencia no puede estar sujeto a un plazo tan extendido, pero de otra parte, tendríamos temor a sugerir un plazo de caducidad breve por la eventualidad de su vencimiento y con él, la pérdida irremediable del derecho mismo. Nuestra propuesta entonces apunta a un plazo razonable para actuar en esa emergencia –sugerimos dos meses, pero de prescripción de modo tal que la eventual demora o retraso de algunos días no vaya a producir la extinción fatal del derecho.

10. Si más adelante, con motivo de este y otros estudios, se adoptara la decisión legislativa de hacer los cambios propuestos acá, de regular como derechos “imprescriptibles” la demanda de otorgamiento de escritura pública de la constitución de sociedad o la regularización de la sociedad irregular; o a su turno, modificar el régimen de caducidad por prescripción atinente a la responsabilidad de los directores, gerente general de sociedad anónima, gerente general de sociedad comercial de responsabilidad limitada y liquidadores, habría que redactar también, junto a dichos cambios, una norma transitoria similar a la del art. 2122 del Código Civil de 1984, que establezca que la caducidad iniciada antes de la vigencia de esta norma, se rige por la ley anterior; empero, si desde que entra en vigencia la nueva ley, transcurre el tiempo requerido en ella para la prescripción, ésta surte su pleno efecto.

11. Ahora que llego al final, es justo reconocer y debo hacerlo, que al presente

¹⁶⁹ Los arts. 276° y 410° del Código Civil lo refieren así. El primero: “La acción de nulidad (del matrimonio) no caduca”. El segundo: “No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”.

¹⁷⁰ Los arts. 373°, 664°, 927° y 985° lo mencionan así. Se refieren a la acción de filiación, petición de herencia, acción reivindicatoria y acción de partición.

trabajo de investigación llegué porque siempre me pareció, siempre creí, siempre consideré que la responsabilidad de los directores y gerentes de sociedades no debían estar sometidas a caducidad, en donde el plazo es perentorio y fatal, y en donde no hay suspensiones ¹⁷¹ ni interrupciones, y menos aun si es que se establece que dicha caducidad se cuente a partir de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño. “No puede ser” –decía yo. Se está facilitando el camino a los actos corruptos. Menos en una época como la que nos ha tocado vivir, en donde en el mundo la preocupación, el estudio y el análisis de las causas de la corrupción a todo nivel, es apremiante y profunda, tanto en la política como en la administración de justicia, en las entidades del sector público, en los gobiernos regionales y locales, en el empresariado, en general, en las transnacionales y multinacionales, en las medianas y pequeñas empresas. En todos los ámbitos y sectores de la economía de los países se filtra y se asienta este cáncer social en donde la lealtad, el respeto al patrimonio ajeno y los valores éticos se diluyen, se desvanecen, se extinguen, y solo la moral de lucro marca su presencia. Entonces, resulta conveniente y aconsejable colaborar, proponer medidas que desalienten esas conductas y desde la óptica de nuestro estudio, ello se logra si retornamos, para los directores, gerentes y liquidadores, el régimen de la prescripción, con su principal componente, el de que el plazo de ella se suspenda mientras tales funcionarios continúen en el ejercicio del cargo, naturalmente. Las conductas de representación leal y diligencia de ordenado comerciante que la ley les demanda y exige serán susceptibles de revisión, de verificación, de control y por supuesto, de evaluación. Conceptuamos que esto es conveniente al interés del empresariado y por tanto al interés del país.

¹⁷¹ Sí se suspende cuando es imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano, art. 2005 y 1994 inc. 8 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

ARRECHE, Martín y GARCIA CUERVA, Héctor. Sociedades Comerciales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

ASCARELLI, Tullio. Iniciación del estudio del Derecho Mercantil. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964.

-----Sociedades y Asociaciones Comerciales. Ediar Editores, Buenos Aires, 1947.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Derecho Comercial y Reestructuración Empresarial. Editorial Alternativas, Lima, 1994.

-----Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades. Gaceta Jurídica Editores. 1998.

BOGGIANO, Antonio. Sociedades y grupos multinacionales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983.

Broseta Pont, Manuel // Martínez Sanz, Fernando. Manual de Derecho Mercantil (Volumen II - Contrato Mercantiles, Derecho de los Títulos Valores, Derecho Concursal). Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). Madrid/España-2003. Onceava edición. Págs. 574.

BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Tomo II, Traducido por Felipe de Solá Cañizares, Editorial UTEHA, Buenos Aires, 1960.

- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Derecho Societario (Tomo 3 - La Personalidad Jurídica Societaria). Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires/Argentina-1994. Primera edición. Págs. 417.
- Derecho Societario (Tomo 4 - Los Organos Societarios). Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires/Argentina-1996. Primera edición. Págs. 732.
- Derecho Societario (Tomo 5 - Los Socios, Derechos, Obligaciones y Responsabilidades). Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires/Argentina-1997. Primera edición. Págs. 841.
- Derecho Societario (Tomo 8 - Intervención y Fiscalización Estatal de Sociedades). Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires/Argentina-2003. Primera edición. Págs. 462.
- CRISTÓBAL MONTES, Angel. La Administración delegada de la Sociedad Anónima. Ediciones Universidad de Navarra, 1977.
- DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. Tomo VI, Colección Derecho Comercial de Bolaffio, Rocco y Vivante, Ediar Editores, Buenos Aires, 1950.
- ELIAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Editora Normas Legales, Perú, 1999.
- ESCUTI, Ignacio. Receso, exclusión y muerte del socio. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Editorial Astres, Buenos Aires, 1987.
- FABOZZI, F.J.; MODIGLIANI, F y FERRI, M.G. Mercados e Instituciones Financieras. Prentice may Hispanoamericana, México, 1996.
- FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
- Flores Polo, Pedro. Comentarios a la Ley General de Sociedades. Cámara de Comercio de Lima. Lima/Perú-1998. Págs. 581.
- FUERTES LOPEZ, Mercedes. Asociaciones y Sociedades Deportivas. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.
- GARRIGUES, Joaquín. Tratado de derecho Mercantil. Revista de derecho Mercantil, Madrid, 1949.
- Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1971.
- Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A., México, 1993.
- GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I, Tercera edición, Editorial e Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.
- Gonzales B., Gunther Hernán. La Nueva Ley General de Sociedades y su Aplicación Registral. Editorial Rhodas. Lima/Perú-1998. Primera edición. Págs. 469.
- G.C. DE ROIMISER, Mónica. El interés social en la Sociedad Anónima. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- HALPERIN, Isaac. Curso de Derecho Comercial. Volúmenes I y II, Tercera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

-
- HEINSHEIMER, Karl. Derecho Mercantil. Editorial labor S.A., Madrid, 1993.
- Illescas Ortiz, Rafael. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo VIII - Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima // Volumen 2° - Auditoría, Aprobación, Depósito y Publicidad de las Cuentas Anuales). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1993. Primera edición. Págs. 357.
- Jiménez Sánchez, Guillermo J. / Díaz Moreno, Alberto. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo III - Fundación de la Sociedad Anónima // Volumen 2° - Nulidad de la Sociedad). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1995. Primera edición. Págs. 226.
- KOZOLCHYK, Boris. El Derecho Comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico. McGRAW-HILL, México, 1996.
- LARGO GIL, Rita. La Fusión de Sociedades Mercantiles. Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- LEON BARANDIARAN, José. Comentarios al Código Civil Peruano. Tomo I, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1938.
- LE PERA, Sergio. Cuestiones de Derecho Comercial Moderno. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Lojendio Osborne, Ignacio // Otero Lastres, José Manuel. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo III - Fundación de la Sociedad Anónima // Volumen 3° - Aportaciones Sociales // Dividendos Pasivos). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1994. Primera edición. Págs. 306.
- MALAGARRIGA, Carlos. Tratado Elemental de Derecho Comercial. T.E.A. Buenos Aires, 1951.
- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises. Transformación y fusión de las Sociedades Anónimas. En: Revista del Foro, N° 2, Mayo/Agosto de 1957.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1967.
- Comentarios a la Ley de Títulos Valores. Segunda edición, Editorial Desarrollo, 1982.
- Sindicato de accionistas. En: Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992.
- OTAEGUI, Julio. Administración Societaria. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1979.
- Pantaleón Prieto, Fernando. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo IV- Las Acciones // Volumen 3° - Copropiedad, Usufruto, Prenda y Embargo). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1992. Segunda edición. Págs. 157.
- PEDROL, Antonio. La Sociedad Anónima actual y la Sindicación de Acciones. Madrid, 1969.
- PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis, Colombia, 1981.
- Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis S.A.

- Bogotá/Colombia-2002. Págs. 626.
- Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial (Tomo I – Comerciantes. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris // Tipográfica Editora Argentina. Paris/Francia-1954. Buenos Aires/Argentina-1954. Pág. 428.
- Tratado Elemental de Derecho Comercial (Tomo II – Sociedades). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris // Tipográfica Editora Argentina. Paris/Francia-1954. Buenos Aires/Argentina-1954. Págs. 662.
- Tratado Elemental de Derecho Comercial (Tomo III - Operaciones Comerciales). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris // Tipográfica Editora Argentina. Paris/Francia-1954. Buenos Aires/Argentina-1954. Págs. 478.
- Tratado Elemental de Derecho Comercial (Tomo IV - Contratos Comerciales, Quiebra y Liquidación Judicial). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - Paris // Tipográfica Editora Argentina Paris/Francia-1954. Buenos Aires/Argentina-1954. Págs. 565.
- ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. México, edición Nacional (Tratado de la Revista DJP), 1966.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. Escisión. Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo IX, Volumen 3, Dirigido por URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.
- Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo IX - Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima // Volumen 3º - Escisión). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1993. Primera edición. Págs. 203.
- RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México, 1994.
- ROMERO, José Ignacio. Sociedades Irregulares y de Hecho. Depalma Editores, Buenos Aires, 1982.
- RUBIO, Jesús. Curso de Derecho de Sociedades Anónimas. Tercera edición, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos. Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal. En: Derecho de Sociedad Anónima. Tomo I, La Fundación. Facultad de Derecho de Albacete, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- Sánchez, Anibal // Menendez, Aurelio // Beltrán, Emilio. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo IV - Las Acciones // Volumen 1º - La acción y los derechos del accionista // Las acciones sin voto). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1994. Primera edición. Págs. 460.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Elección del tipo societario: Sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones. En: Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.
- Instituciones de Derecho Mercantil. Décimo sexta edición, Editoriales de Derecho, Madrid, 1993.
- URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Editoriales Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1992.
- Uriá González, Rodrigo // Menendez Menendez, Aurelio // Muñoz Planas, José María.

-
- Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo V - La Junta General de Accionistas). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1992. Primera edición. Págs. 395.
- Uria González, Rodrigo // Menendez Menendez, Aurelio // Carlón, Luis. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo IX - Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima // Volumen 1º - Transformación). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1993. Primera edición. Págs. 139.
- Uria, Rodrigo // Menendez, Aurelio // Beltrán, Emilio. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles (Tomo XI - Disolución y Liquidación de la Sociedad Anónima). Editorial Civitas S.A. Madrid/España – 1992. Primera edición.
- Velasco, Gaudencio Esteban // Colección Garrigues & Andersen. El Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Madrid/España-1999. Págs. 995.
- VELASCO ALONSO, Angel. La Ley de Sociedades Anónimas. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid, 1974.
- VERON, Alberto. Sociedad Anónima de Familia. Tomo I, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1979.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción y Caducidad.
- Autores diversos. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menendez (Tomo II - Sociedades Mercantiles). Editorial Civitas S.A.. Madrid/España–1996. Primera edición. Págs. 1272.
- Autores diversos. Derecho de Sociedades Anónimas (I - La Fundación). Editorial Civitas S.A. Madrid/España-1991. Primera edición. Págs. 1056.
- Autores diversos. Derecho de Sociedades Anónimas (II - Capital y Acciones) Volumen 1. Editorial Civitas S.A Madrid/España-1994. Primera edición. Págs. 741.
- Autores diversos. Derecho de Sociedades Anónimas (II - Capital y Acciones) Volumen 2. Editorial Civitas S.A. Madrid/España-1994. Primera edición. Págs. 1574.
- Autores diversos. DERECHO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (III - MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL. OBLIGACIONES) VOLUMEN 1. Editorial Civitas S.A. Madrid/España-1994. Primera edición. Págs. 723.
- Autores diversos. DERECHO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (III - MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL. OBLIGACIONES) VOLUMEN 2. Editorial Civitas S.A. Madrid/España-1994. Primera edición. Págs. 1400.

APÉNDICES

PROYECTOS DE REFORMA Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

APÉNDICE N° 1

DERECHO A formalizar sociedades ES INCADUCIBLE (“IMPREScriptible”)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 5° de la Ley 26887 establece que cuando el pacto social –que incluye el estatuto, no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo.

En ocasiones tal situación se debe al descuido de algunos socios, sin mala intención, pero que les acarrea efectos nefastos toda vez que los compromete a todos, personal, solidaria e ilimitadamente por los contratos, y en general por los actos jurídicos realizados desde el inicio, inclusive daños y perjuicios y responsabilidad penal, de ser el caso, según lo prevé el art. 424° del mismo cuerpo legal.

Cuando la disposición legal no establece expresamente un plazo de caducidad, como en este caso, se debe recurrir a la norma general del art. 49° que lo es de dos años.

Existe un número muy significativo de casos en procura de regularización que no lo

pueden lograr por la limitación temporal impuesta.

Resulta conveniente al interés socio empresarial de la nación prestar facilidades permanentes a los empresarios informales que lo requieren hasta que las condiciones del país se modifiquen y resulte desaconsejable mantener esta norma, debiendo plantear en aquella oportunidad, su abrogación o modificación.

En anteriores ocasiones se han dictado normas similares, como por ejemplo la Ley 27673 del 20 de Febrero del 2002, que ante el descuido de no adecuar los estatutos societarios a la Nueva Ley 26887 dentro de los plazos concedidos y haber caído, por ende, en causal de irregularidad, les permite hacerlo en cualquier momento futuro, dejando de serlo cuando ello ocurra, padeciendo y soportando, por cierto, los nocivos efectos de la ley durante tal período de irregularidad.

Estando a lo expuesto y sustentado.

El Congreso de la República dicta la siguiente norma:

Artículo Único: Adiciónase un cuarto párrafo al Artículo 5° de la Ley 26887, el mismo que queda redactado así:

Artículo 5°.- Contenido y formalidades del acto constitutivo

La sociedad se constituye por escritura pública, en la que esta contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria.

Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad.

Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo.

El derecho de los socios a que se refiere el párrafo anterior es incaducible.

Comuníquese al..

Dado en la Casa de Gobierno...

APÉNDICE N° 2

DISPONE PRESUNCIÓN DE RATIFICACIÓN DE ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

De la misma forma como lo establecía el art. 3° de la ALGS, el artículo 7° de la NLGS precisa que la validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes.

Para la convalidación, como se observa, se establecen dos requisitos: el primero, que la sociedad culmine el proceso de constitución y se inscriba en el Registro; el segundo, que los actos sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción. Si los dos requisitos no se cumplen, las personas que celebraron los actos y contratos son ilimitada y solidariamente responsables frente a los terceros.

Que la ratificación por parte de la sociedad debe ser expresa: la sanción se aplica si se omite o retarda el cumplimiento de los dos requisitos.

Que la costumbre en nuestro medio ha sido diferente: en la mayoría de los casos no ha existido la aprobación expresa. Ha sido suficiente que la sociedad, actuando de hecho, cumpla y ejecute los actos y contratos celebrados antes de la inscripción en el Registro, y punto.

Que la nueva LGS, a diferencia de la anterior, se ocupa de este problema pero en forma incompleta. Así, para la sociedad anónima, el artículo 71° establece que, a falta de su expreso pronunciamiento dentro del plazo de 3 meses, se presume que los actos y contratos han sido ratificados. La norma antedicha es adecuada pues llena un vacío y recoge la experiencia vivida de la Ley anterior. Sin embargo, un defecto de técnica legislativa, lamentablemente, insertó la norma sólo para la sociedad anónima y no para todas las sociedades, como debió ser.

Que es conveniente uniformar el tratamiento legislativo para todas las formas societarias, evitando la discriminación o la concesión de privilegios, como en este caso, en el cual, para las sociedades anónimas, de no ser ratificados los actos anteriores por la junta de accionistas, ella se presume, y los fundadores, quedan relevados de toda responsabilidad; en cambio, para las demás formas societarias, quienes han celebrado actos en nombre de la sociedad en formación, responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros.

Que este defecto de redacción legislativa en que se incurrió, involuntariamente, debe corregirse en forma simple, retirando la segunda parte del segundo párrafo del art. 71° de la Ley 26887 aplicable solamente para las sociedades anónimas y ubicándolo en sustitución de la segunda parte del párrafo único del artículo 7°, donde se regulan las Reglas Generales aplicables a todas las sociedades, con lo que se consigue el resultado previsto.

Estando a lo expuesto y sustentado.

El Congreso de la República dicta la siguiente norma:

Artículo Único: Retírase la segunda parte del segundo párrafo del artículo 71° de la Ley General de Sociedades 26887 la misma que se traslada como segunda parte del párrafo único del artículo 7° del acotado, en sustitución a su segunda parte, el mismo que se elimina. El segundo párrafo del artículo 71° y el texto completo del artículo 7°, en ese orden, quedan redactados como se indica a continuación:

Segundo párrafo del art. 71°

“Los fundadores quedan liberados de dicha responsabilidad desde que las obligaciones asumidas son ratificadas por la sociedad dentro del plazo señalado en el

artículo 7°”.

Texto completo del art. 7°

Artículo 7°.- Actos anteriores a la inscripción

*“La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. **A falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del citado plazo, se presume que los actos y contratos celebrados han sido ratificados**”.*

Comuníquese al...

Dado en la Casa de Gobierno...

APÉNDICE N° 3

CORRIGEN PRIMER PÁRRAFO Y AGREGAN TERCER PÁRRAFO AL ART. 16° DE LA LEY 26887

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El primer párrafo del art. 16° de la Ley General de Sociedades establece que el pacto social y el estatuto deben ser presentados al Registro para su inscripción en un plazo de treinta días.

Lo que se presenta al Registro, el título, no es propiamente el pacto social y el estatuto, sino más que eso, la escritura pública que lo contiene, con sus formalidades e insertos.

La inscripción de los actos y acuerdos de la sociedad debe solicitarse al Registro en un plazo de treinta días a partir de la fecha de realización del acto o aprobación del acta, según corresponda.

El art. 12° del Reglamento del Registro de Sociedades y reiterada jurisprudencia judicial y registral han determinado que la presentación de los títulos al Registro, fuera del término, no impide su ingreso e inscripción, acarreando, en todo caso, las responsabilidades a cargo de los administradores encargados de ello, por los daños y perjuicios que causen con su demora y negligencia, a la sociedad, a los socios o a terceros con legítimo interés.

Cuando la disposición legal específica no establece expresamente un plazo de caducidad, como en este caso, se debe recurrir a la norma general del art. 49° que lo es de dos años.

Si la inscripción registral para el reconocimiento de derechos y obligaciones puede realizarse en cualquier oportunidad posterior, resulta inadecuado plantear caducidad, que extingue el derecho y la acción consecuente, pudiendo sustituirlo por la prescripción, que extingue la acción más no el derecho mismo, y por ende, puede perseguirse y lograrse sin que el magistrado o autoridad administrativa del caso esté en aptitud legal de poderla

invocar de oficio para declararla improcedente, y siempre y cuando la contraparte no la hubiere deducido como excepción o medio de defensa.

Que la recientísima sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1049-2003 Lima, Eteselva, respecto a caducidad y prescripción en acciones de amparo, y el novísimo Código Procesal Constitucional en sus artículos 44° y 45° abonan en el criterio que se expone. En efecto, en el primer caso, por ejemplo, no obstante que el nomen iuris dado por el legislador al instituto fue el de caducidad, el Tribunal interpretó que dicha calificación era incorrecta y que mas bien se trataba de un caso de prescripción. Expresó que era idea aceptada por la doctrina que la caducidad es un plazo que extingue un derecho y que su cómputo se inicia con su nacimiento. Tal situación no se presentaba en el supuesto regulado pues el plazo para interponer la acción no empezaba a correr desde el momento que nacía el derecho constitucional del demandante sino desde que se producía su afectación, siempre que “el interesado, en aquella fecha, se hubiese hallado en la posibilidad de interponer la acción”. De otro lado, ante la interposición de una demanda de amparo extemporánea, el transcurso del plazo no extinguía el derecho constitucional invocado toda vez que su defensa podía realizarse en vías procesales ordinarias que ofrezca el ordenamiento. Por tanto, el plazo indicado no era de caducidad, sino de prescripción, pues su transcurso no extinguía el derecho constitucional agraviado sino simplemente cancelaba la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente.

Planteando un plazo de prescripción de dos años no se causa perjuicio a nadie y por el contrario, se presta colaboración a la rectitud de las definiciones legales y de los actos y acuerdos realizados por las sociedades en el país.

Estando a lo expuesto y sustentado;

El Congreso de la República dicta la siguiente norma:

Ley que corrige el primer párrafo y agrega un tercer párrafo al art. 16° de la Ley 26887 cuyo texto final queda redactado así:

Artículo 16°.- Plazos para solicitar las inscripciones

“ La escritura pública de constitución de sociedad debe ser presentada al Registro para su inscripción en el plazo de treinta días contados a partir de la fecha de su otorgamiento”.

La inscripción de los demás actos o acuerdos de la sociedad, sea que requieran o no el otorgamiento de escritura pública, debe solicitarse al Registro en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de realización del acto o de aprobación del acta en la que conste el acuerdo respectivo.

El derecho a solicitar la inscripción de los demás actos o acuerdos de la sociedad a que se refiere el párrafo anterior, prescribe a los dos años a contar desde el vencimiento de los treinta días allí anotado.

Toda persona puede ampararse en los actos y acuerdo a que se refiere este artículo para todo lo que le favorezca, aun cuando no se haya producido su inscripción.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.

APÉNDICE N° 4

PRETENSIONES DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES SE RIGEN POR CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN, SEGÚN LOS CASOS.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que la Ley 16123 Ley de Sociedades Mercantiles y el D. Leg. 311 Ley General de Sociedades regularon las acciones de los socios, de sus directores, gerentes y liquidadores, y de terceros con legítimo interés contra la sociedad y viceversa, bajo el instituto y régimen de la prescripción, es decir, que con el decurso del tiempo, de no ejercitarse en la forma de ley, se perdía la acción aunque no el derecho mismo.

Que la Nueva Ley General de Sociedades N° 26887 modificó sustancialmente la materia estableciendo para todos los casos societarios, el instituto y régimen de la caducidad, con el cual, con el decurso del tiempo, de no ejercitarse en la forma de ley, se pierde el derecho y la acción conducente a su reconocimiento.

Que la experiencia a contar desde 1998, fecha de su entrada en vigencia, ha demostrado que en algunas circunstancias es conveniente sustituir la caducidad por la prescripción, para evitar daños irremediables y aun, en otras situaciones o circunstancias, establecer que el derecho es incaducible o imprescriptible.

Estando a lo expuesto y sustentado;

El Congreso de la República dicta la siguiente norma:

Ley que modifica y ajusta el art. 49° de la Ley 26887:

Artículo 49°.- Caducidad y Prescripción.

“Excepto los casos de imprescriptibilidad previstos en los artículos 5° y 426° de esta Ley, y los de regulación al amparo del instituto y régimen de la prescripción a que se refieren los arts. 16°, 158°, 184°, 197°, 289° y 415° , las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno...

APÉNDICE N° 5

CORRIGEN PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 76° DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 26887.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El primer párrafo del art. 76° de la Ley 26887 establece que dentro del plazo de sesenta días contado desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento del capital el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios.

La sociedad se constituye por escritura pública y adquiere personalidad jurídica con su inscripción en el Registro.

El hallazgo y verificación del Notario y la fecha de la escritura pública no siempre resulta tarea sencilla a emprender, y menos aun detectar la oportunidad del pago del aumento del capital con bienes no dinerarios, nos referimos en este último caso a su registro en la contabilidad de la empresa receptora del aporte.

El principio de publicidad registral esta concebido para permitir el acceso ciudadano absolutamente libre y abierto, no solo a sus partidas y fichas sino y aun más, del propio archivo registral que lo comprende y que en su momento constituyó el punto de partida (títulos) para la formulación de los asientos.

La norma específica precisa el plazo con que se cuenta para demandar la *comprobación judicial de la valorización de los aportes* no dinerarios, el mismo que es de treinta (30) días a contar desde la fecha de la escritura pública de constitución social o del pago del aumento de capital.

La ubicación de la escritura de constitución social y la comprobación de la fecha y forma de pago de un aumento de capital no son de fácil hallazgo y sencilla verificación, con mayor razón, cuando se presentan casos de intereses encontrados u opuestos en la sociedad anónima.

Como la norma en referencia no lo precisa, debe entenderse que el plazo para ejercer este derecho, a tenor del art. 49° de la Ley 26887, lo es de caducidad y que el término es de dos años;

El principio de publicidad registral y el art. 2012° del Código Civil abonan a recomendar que sea la inscripción en Registros, de ambos actos, la fecha que sirva de punto de partida para iniciar el cómputo del plazo de caducidad, máxime que la demora por desconocimiento o eventual colocación de obstáculos, ocasiona daños irremediables, pues la caducidad extingue el derecho y la acción que le es consecuente;

Estando a la expuesto y sustentado:

El Congreso de la República dicta la norma siguiente:

Corrigen primer párrafo del artículo 76°.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios

Artículo Único: El primer párrafo del artículo 76° quedará redactado del modo que sigue:

Artículo 76°.- Revisión del valor de los aportes no dinerarios

“Dentro del plazo de sesenta días contado desde la inscripción en el Registro

de la constitución de la sociedad o del aumento de capital , el directorio está obligado a revisar la valorización de los aportes no dinerarios. Para adoptar acuerdo se requiere mayoría de los directores”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno...

APÉNDICE N° 6

REDUCEN PLAZO DE CADUCIDAD DE RESPONSABILIDAD DE CEDENTES PARA EL PAGO DE DIVIDENDOS PASIVOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 81° de la Ley General de Sociedades N° 26887 establece que el cesionario de la acción no pagada íntegramente responde solidariamente con todos los cedentes, frente a la sociedad, por el pago de la parte no pagada y que la responsabilidad de cada cedente caduca a los tres (3) años a contar desde la fecha de la respectiva transferencia.

Con debidas formalidades, las sucesivas transferencias se anotan en la Matrícula de Acciones a que se refiere el art. 92°, la que puede llevarse en un libro especialmente abierto a dicho efecto, en hojas sueltas debidamente legalizadas o mediante registro electrónico con representación mediante anotación en cuenta.

El art. 49° de la Ley 26887, norma general de caducidad de pretensiones del socio o cualquier tercero contra la sociedad o viceversa, establece un plazo de dos (2) años a contar de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

Carece de sustento ampliar el plazo referido en el párrafo anterior sin la justificación que lo amerite máxime cuando las partes involucradas, cedente, cesionario y sociedad emisora de los valores negociables, están en perfecta noticia del acontecimiento y por ello, pueden adoptar las medidas conducentes a su respectiva protección y resguardo.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Reajustan plazo de caducidad de responsabilidad de cesionarios por pago de dividendos pasivos de acciones a que se refiere el art. 81°, el mismo que quedará redactado como sigue:

Artículo 81°.- Responsabilidad por pago de dividendos pasivos

“El cesionario de la acción no pagada íntegramente responde solidariamente frente a la sociedad con todos los cedentes que lo precedan por el pago de la parte no pagada. La responsabilidad de cada cedente caduca a los dos años, contados desde la fecha de la respectiva transferencia”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Cada de Gobierno....

APÉNDICE N° 7

PRECISAN LA OPCIÓN DE PACTO EN CONTRARIO EN LA PRENDA DE ACCIONES.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 109° de la Ley 26887 regula la prenda de acciones y su cuarto párrafo preceptúa que lo establecido en dicho artículo admite pacto en contrario.

Por error involuntario se insertó esta última aseveración toda vez que la ley y la doctrina uniforme sobre la materia no conceden derecho a un acreedor prendario para cobrar, en caso de realización de la prenda, antes que la sociedad, los dividendos pasivos adeudados a ésta, ni tampoco, para impedir o crear obstáculos e interferencias para que el propietario –deudor prendario, pueda concurrir a las juntas generales.

El pacto en contrario es perfectamente posible, igual que en el caso del usufructo a que se refiere el art. 107° de la misma ley, solamente en lo tocante a los derechos de accionista.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Modifícase el artículo 109°.- Prenda de acciones, de la Ley 26887, el mismo que quedará redactado del modo que sigue:

Artículo 109°.- Prenda de acciones

“ En la prenda de acciones, salvo pacto en contrario , los derechos de accionista corresponden al propietario.

El acreedor prendario está obligado a facilitar el ejercicio de sus derechos al accionista. Son de cargo de éste los gastos correspondientes.

Si el propietario incumple la obligación de pagar los dividendos pasivos, el acreedor prendario puede cumplir esta obligación, repitiendo contra el propietario, o proceder a la realización de la prenda, reconociéndose la preferencia que para el cobro de los dividendos tiene la sociedad”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 8

PLAZO DE CADUCIDAD PARA EJERCICIO DE DERECHO A CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL JUDICIAL Y LIBERTAD PARA REGULACIÓN ESTATUTARIA.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La junta general puede ser convocada a solicitud de uno o más accionistas que representen 20% o más de las acciones, cuya regulación consta en el art. 117° de la Ley 26887.

Cuando la solicitud formulada fuese denegada o transcurriesen más de quince días sin efectuarse la convocatoria, dichos peticionarios tienen el derecho a acudir al juez para que éste la convoque, derecho que debemos interpretar, caduca a los dos años a contar desde el vencimiento de los quince días en referencia, o de la denegatoria expresa formulada, dentro de aquellos 15 días.

Carece de lógica y de justicia que se conceda un plazo así, tan extendido, dejando a la sociedad en situación de incertidumbre, incómoda y pendiente de emplazamiento, ante acción judicial a incoar en cualquier momento.

Además es conveniente dejar en libertad a los socios para que sus estatutos puedan regular en forma adecuada a sus intereses, estas peticiones a junta general, en procesos judiciales o arbitrales.

La opción planteada en el párrafo anterior pudiese no ser necesaria toda vez que el literal a., del art. 55° de la Ley 26887 permite la inserción en los estatutos sociales de cualesquiera otros pactos lícitos que se estimen convenientes para la organización de la sociedad, y aquella regulación, podría estimarse, constituye un pacto lícito. Consideramos, sin embargo, que el texto del art. 117° tiene la formulación de norma imperativa no admitiendo pacto distinto o en contrario.

Estando a lo expuesto y sustentado;

El Congreso de la República ha dictado la siguiente norma:

Establecen caducidad breve a solicitud de junta general judicial y dejan en libertad para que estatutos los regulen en la forma que lo estimen conveniente:

Artículo Único: Intégrase el cuarto párrafo al tercero, del art. 117° de la Ley 26887 y agrégase unos nuevos cuarto y quinto párrafos, de modo tal que quede redactado como sigue:

“Artículo 117°.- Convocatoria a solicitud de accionistas.

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

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

Cuando la solicitud a que se refiere el acápite anterior fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, el o los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje exigido de acciones, podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso. Si el Juez ampara la solicitud, ordena la convocatoria, señala lugar, día y hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.

El derecho concedido en el párrafo anterior caduca a los sesenta días a contar desde los quince días de presentada la solicitud sin efectuarse la convocatoria o desde que, dentro de dicho lapso, fue expresamente denegada.

El Pacto Social o el Estatuto pueden regular, respetando el porcentaje establecido, el número máximo de solicitudes judiciales anuales. De convenirse regulación estatutaria, en ningún caso podrá impedirse acceder a cuando menos una junta general a solicitud de accionistas.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 9

REGULAN CONVOCATORIA JUDICIAL A JUNTA OBLIGATORIA ANUAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 119° de la ley regula la junta obligatoria anual u otra, estatutaria, y establece que cuando no es convocada dentro del plazo y para sus fines, podrá hacerlo el Juez a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto.

El derecho de los titulares de esta potestad o atributo caduca a los dos años contados a partir del primero de abril de cada año, en las convocatorias a junta obligatoria anual; y en las fechas correspondientes que aparezcan en el pacto social, las que hayan sido dispuestas estatutariamente.

La junta general ordenada por el art. 114° de la Ley vence el treinta y uno de marzo y el plazo corre a partir del primero de abril, para los casos en que el ejercicio económico de dicha sociedad se inicie el primero de enero y se cierre el 31 de diciembre, conforme es lo mas común y corriente, pudiendo ser en fechas distintas si contaren con autorización del organismo pertinente para abrir y cerrar el ejercicio económico en oportunidades diferentes.

Carece de toda racionalidad y lógica conceder un plazo de caducidad de dos años para el ejercicio de este derecho toda vez que las materias a considerar serían el de estados financieros y aplicación de utilidades de ejercicios económicos sobrevencidos, lo que no se justifica.

Este derecho debe caducar en lapso prudente si no es ejercido con debida oportunidad.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Agrégase un tercer párrafo al art. 119° de la Ley 26887 quedando redactado el mismo del modo que sigue:

Artículo 119°.- Convocatoria judicial

Si la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto no se convoca dentro del plazo y para sus fines, o en ellas no se trata los asuntos que corresponde, será convocada, a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, por el juez del domicilio social, por el proceso no contencioso

La convocatoria judicial debe reunir los requisitos previstos en el artículo 116°.

El derecho del o de los accionistas a que se refiere el presente artículo caduca, para la junta obligatoria anual, a los tres meses a contar desde el primero de abril si es que el ejercicio económico cierra el 31 de Diciembre y desde la fecha correspondiente si es que lo es en oportunidad distinta; y dentro de los tres meses a contar de la ocasión que le respecte, para las juntas obligatorias dispuestas estatutariamente”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno....

APÉNDICE N° 10

PLAZO DE CADUCIDAD DEL DERECHO A SOLICITAR COPIAS CERTIFICADAS.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 137° regula el derecho de cualquier accionista a solicitar copias certificadas del acta de junta general, o de la parte específica que señale, aunque no hubiese asistido, estableciendo que el gerente general es el obligado a proporcionársela bajo su firma y responsabilidad en un plazo no mayor a cinco días, de conformidad, además, con los arts. 46°, incisos 5 y 6 del art. 188° y 7 del 190° de la Ley 26887.

En caso de incumplimiento el interesado puede recurrir al juez del domicilio a fin de que se ordene la exhibición del acta por el proceso no contencioso.

El derecho que le asiste al interesado para exigir esas copias por la vía procesal citada caduca a los dos años a contar de los cinco días que tuvo el gerente para extenderlas.

Resulta fuera de toda lógica contar con un plazo tan extendido para un asunto que se debe ejecutar de inmediato, si dichas circunstancias se presentaren.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República dicta la norma siguiente:

Artículo Único: Agrégase un tercer párrafo al artículo 137° de la Ley 26887 cuyo tenor total queda así:

Artículo 137°.- Copia certificada del acta

Cualquier accionista, aunque no hubiese asistido a la junta general, tiene derecho de obtener, a su propio costo, copia certificada del acta correspondiente o de la parte específica que señale. El gerente general de la sociedad está obligado a extenderla, bajo

su firma y responsabilidad, en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la fecha de recepción de la respectiva solicitud.

En caso de incumplimiento, el interesado puede recurrir al Juez del domicilio por la vía del proceso no contencioso a fin que la sociedad exhiba el acta respectiva y el secretario del juzgado expida la copia certificada correspondiente para su entrega al solicitante. Los costos y costas del proceso son de cargo de la sociedad.

El derecho del accionista a obtener las copias certificadas a que se refiere este artículo caduca a los quince días a contar desde el día siguiente al del vencimiento de los cinco días con que contaba el gerente general para la atención de este pedido.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 11

ESTABLECE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE DOS MESES PARA CONVOCATORIA A JUNTA GENERAL EN CASO DE VACANCIA MÚLTIPLE EN EL DIRECTORIO.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 158° regula las vacancias múltiples en el directorio y establece un ordenado procedimiento de modo tal que, en primer término, la convocatoria a junta general para elegir nuevo directorio compete a los directores hábiles; y a continuación, si hubiesen vacado el cargo de todos ellos, al gerente general, quien lo deberá efectuar de inmediato.

La ley prevé que en todo caso, si la convocatoria no se produjese en los siguientes diez días, cualquier accionista puede solicitar al juez que la ordene por el proceso sumarísimo.

El derecho que le asiste a cualquier accionista para esta solicitud de convocatoria judicial caduca a los dos años, estando a la norma general de caducidad prevista en el art. 49° de la Ley.

Un plazo de caducidad tan extendido carece de toda lógica pues se trata de una situación urgente, pero de otro lado plantear un lapso breve y de caducidad puede también resultar contrario a los intereses sociales, por lo que buscar un plazo razonable y de prescripción, para resguardar eventuales e imprevistas situaciones, resulta lo aconsejable.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Agrégase un segundo párrafo al art. 158° de la Ley 26887 cuyo texto tal queda así:

Artículo 158°.- Vacancias múltiples

En caso de que se produzca vacancia de directores en número tal que no pueda reunirse válidamente el directorio, los directores hábiles asumirán provisionalmente la administración y convocarán de inmediato a las juntas de accionistas que corresponda para que elijan nuevo directorio. De no hacerse esta convocatoria o de haber vacado el cargo de todos los directores, corresponderá al gerente general realizar de inmediato dicha convocatoria. Si las referidas convocatorias no se produjesen dentro de los diez días siguientes, cualquier accionista puede solicitar al juez que la ordene, por el proceso sumarísimo.

El derecho de cualquier accionista para solicitar al juez la convocatoria a la junta general a que se refiere este artículo, prescribe a los dos meses a contar del vencimiento de los diez días finalmente extendidos.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 12

RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PRESCRIBIRÁ A LOS DOS AÑOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que las disposiciones de las leyes 16123 y D. Leg. 311, Ley de Sociedades Mercantiles y Anterior Ley General de Sociedades, respectivamente, regularon la responsabilidad de los directores bajo el esquema de la prescripción;

Que la prescripción extingue la acción más no el derecho mismo y solo prospera cuando es deducida como excepción o medio de defensa por el demandado, no pudiendo los jueces argüirla ni aplicarla, de oficio, en sus resoluciones, en caso distinto;

Que el Código Civil de 1984 ha mejorado este instituto porque ahora dicha prescripción se suspende, según el art. 1994° inc. 7., entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo, regulación que no existía en el art. 1157° del Código Civil de 1936, Libro V Del Derecho de Obligaciones, Título X, De la Prescripción Extintiva;

Que además, la prescripción admite interrupción, por ejemplo, citación con la demanda, según lo dispone el art. 1996° inc. 3 del Código Civil;

Que la caducidad, en cambio, extingue el derecho y la acción correspondiente, no admitiendo en modo alguno, suspensión ni interrupción, porque su plazo es perentorio y fatal, pudiendo dejar impunes por ello, los acuerdos o actos adoptados por directores, que fueren contrarios a la ley, al estatuto o los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, regulación que se extrema en tanto y en cuanto la norma prevé que dicho plazo de caducidad empieza a contarse a partir de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño;

Que la caducidad, a los fines de la responsabilidad de los directores, tiene otro inconveniente, cual es el de tener la opción de invocarse de oficio por el juzgador, jurisdiccional o arbitral, sin necesidad de que ella sea deducida como excepción o medio de defensa por parte del demandado;

Que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal;

Que la responsabilidad de los directores se encuentra ampliamente regulada por la Ley General de Sociedades, en particular y entre otros, en sus artículos 12°, 18°, 40°, 76°, 106°, 162°, 175°, 176°, 177°, 179°, 180°, 218°, 220°, 225°, 348°, 373°, 407° inc. 4 y 409°;

Que una norma emparentada con la Ley General de Sociedades lo es la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros 26702 publicada el 9 de diciembre de 1996, toda vez que, por ejemplo, su artículo 4°.- establece que las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas¹⁷²; el art. 12° que ordena que las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima; el art. 50° sobre el número mínimo de accionistas que establece la LGS; 61° y 74°, etc. etc. Respecto al tópico de la responsabilidad, sus arts. 79° a 94°, relativo al Directorio y Gerencia, tiene idéntica concepción que la Ley General de Sociedades D. Leg. 311 de 1985, y por ende, se puede colegir que su tratamiento respecto al tema, es el de la prescripción, y desde 1998 hasta la fecha no hemos visto proyecto ni modificación alguna orientada a modificar su regulación por el de caducidad. No podemos dejar de reflexionar que si la caducidad hubiere sido un ejemplo a seguir, los siete años transcurridos habrían llevado a efectuar cambios en la legislación de otras entidades que guardan con la Ley de Sociedades cercanía conceptual y legislativa, y ello no ha ocurrido.

Que un ordenamiento jurídico que propenda y apoye la rectitud de los actos de los altos funcionarios de las sociedades, su lealtad, discreción y reserva, así como el cumplimiento de los deberes asumidos de conformidad con la ley, los estatutos y los acuerdos de las juntas generales, le resulta adecuado y pertinente no dar lugar a la impunidad de actos corruptos, desleales, abusivos o gravemente negligentes;

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Modifícase el texto del art. 184° de la Ley 26887 el que quedará redactado del modo que sigue:

Artículo 184°.- Prescripción de la Responsabilidad

La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Comuníquese al señor...

¹⁷² Las empresas del sistema financiero y de seguros autorizadas a operar en el país y sus subsidiarias..."

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 13

RESPONSABILIDAD DE GERENTES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PRESCRIBIRÁ A LOS DOS AÑOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que las disposiciones de las leyes 16123 y D. Leg. 311, Ley de Sociedades Mercantiles y Anterior Ley General de Sociedades, respectivamente, regularon la responsabilidad de los gerentes bajo el esquema de la prescripción;

Que la prescripción extingue la acción más no el derecho mismo y solo prospera cuando es deducida como excepción o medio de defensa por el demandado, no pudiendo los jueces argüirla ni aplicarla, de oficio, en sus resoluciones, en caso distinto;

Que el Código Civil de 1984 ha mejorado este instituto porque ahora dicha prescripción se suspende, según el art. 1994° inc. 7., entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo, regulación que no existía en el art. 1157° del Código Civil de 1936, Libro V Del Derecho de Obligaciones, Título X, De la Prescripción Extintiva;

Que además, la prescripción admite interrupción, por ejemplo, citación con la demanda, según lo dispone el art. 1996° inc. 3 del Código Civil;

Que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente, no admitiendo en modo alguno, suspensión ni interrupción, porque su plazo es perentorio y fatal, pudiendo dejar impune el daño y perjuicio que ocasione el gerente por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave, regulación que se extrema en tanto y en cuanto la norma prevé que dicho plazo de caducidad empieza a contarse a partir del acto realizado u omitido por aquél;

Que la caducidad, a los fines de la responsabilidad de los gerentes, tiene otro inconveniente, cual es el de tener la opción de invocarse de oficio por el juzgador, jurisdiccional o arbitral, sin necesidad de que ella sea deducida como excepción o medio de defensa por parte del demandado;

Que los gerentes deben desempeñar el cargo, según doctrina y jurisprudencia uniforme, igual que los directores, es decir, con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal;

Que la responsabilidad de los gerentes se encuentra claramente regulada por la Ley General de Sociedades, en particular y entre otros, en sus artículos 12°, 18°, 40°, 179°, 189°, 190°, 191°, 192°, 195° y 225°;

Que un ordenamiento jurídico que propenda y apoye la rectitud de los actos de los altos funcionarios de las sociedades, su lealtad, discreción y reserva, así como el cumplimiento de los deberes asumidos de conformidad con la ley, los estatutos, los

acuerdos de las juntas generales y del directorio, le resulta adecuado y pertinente no dar lugar a la impunidad de actos u omisiones que conciernen al cumplimiento de las obligaciones gerenciales, ni dar cabida a los actos corruptos, desleales, abusivos o gravemente negligentes;

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Modifícase el texto del art. 197° de la Ley 26887 el que quedará redactado del modo que sigue:

Artículo 197°.- Prescripción de la Responsabilidad

La responsabilidad civil del gerente prescribe a los dos años contados a partir de la fecha del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 14

POR ECONOMÍA PROCESAL, FIJAN EN PROCESO ABREVIADO LA CONTIENDA RELATIVA AL DERECHO DE SEPARACIÓN COMO AL VALOR DE LAS ACCIONES MATERIA DE REEMBOLSO Y LA FORMA DE SU DEVOLUCIÓN.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 200° de la Ley 26887 regula el ejercicio del derecho de separación de los accionistas de sociedades anónimas el que tiene lugar por adopción de acuerdos relativos a cambio de objeto social, traslado de domicilio al extranjero, creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o modificación de las regulaciones existentes y en los demás casos previstos en la ley y en el estatuto.

Los casos de ley se encuentran cuando (1) se modifica el régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones en la sociedad anónima cerrada, (2) se acuerda excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones u obligaciones que tiene inscritas la sociedad anónima abierta, (3) se acuerda la transformación, fusión y escisión de la sociedad y (4) la junta general de una sociedad irregular no adopta el acuerdo de regularización o disolución con arreglo al art.427° de la Ley.

La contienda relativa a si existe el derecho de separación y/o si se cumplió con las formalidades de ley dentro del término, y el conflicto en torno al valor que se reembolsará por las acciones, se resuelve en el proceso de conocimiento, al no haber previsto dicho art. 200° el cauce procesal y de acuerdo al art. 475° inc. 1 del CPC., y los plazos y forma de su pago, en el proceso sumarísimo, de conformidad con lo preceptuado en el penúltimo párrafo del tantas veces citado art. 200°.

El mayor número de conflictos sobre el tópico recae en el justiprecio del valor de las acciones, toda vez que la misma ley expone, según las circunstancias, distintas opciones,

tales como, acuerdo entre las partes, bolsa de valores y valor en libros contables, y en otros tantos casos, el conflicto se anuda en la forma de pago del reembolso, indicando la ley que si dicho pago pone en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no esta en posibilidad de realizarlo, ello lo determina el juez por el proceso sumarísimo.

Si el conflicto mayor no esta vinculado al reconocimiento del derecho de separación y al cumplimiento de sus formalidades sino al valor de las acciones y junto a él y sobre todo, a la forma de su reembolso de modo tal que no afecte seriamente la economía de la empresa, resulta coherente encargar, unitariamente, el conjunto de asuntos, al proceso abreviado y a un solo juez que conozca y resuelva (i) si existe el derecho o éste caducó, (ii) si se han cumplido las formalidades en el plazo de ley, (iii) el valor de las acciones y (iv) la forma de su reembolso.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma siguiente:

Artículo Único: Sustitúyase el penúltimo párrafo del artículo 200° de la Ley 26887 por el siguiente:

“El conflicto derivado del reconocimiento del derecho de separación y cumplimiento de sus formalidades, importe o valor de las acciones a reembolsar y en su caso, los plazos y la forma de pago, lo determinará el juez del domicilio social en pretensión incoada por el accionista o la sociedad, en proceso abreviado.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 15

DEJAN A CRITERIO JURISDICCIONAL EL ALCANCE Y LA EXTENSIÓN DE LA CARTA FIANZA EN LA OPOSICIÓN A LA REDUCCIÓN DEL CAPITAL.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 219° de la Ley 26887 regula en forma acertada y cabal el derecho de oposición que formula un acreedor, a la reducción del capital social de su deudor, cuando su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.

La oposición, que se tramita en proceso sumarísimo, suspende la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez de la causa quien procede a dictar medida cautelar.

La ley también dispone que la reducción podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una Empresa del Sistema Financiero Nacional ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe del crédito y demás componentes, por el plazo necesario hasta que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.

Así redactada la ley –comunicación directa de la sociedad deudora al acreedor, no se puede establecer quién evalúa si dicha carta fianza ha sido extendida en la forma prevista

y en todo caso, además, si existe un proceso judicial abierto, cómo quedan dichos autos, agregando que la extensión de la carta fianza bancaria por el plazo que resulte necesario hasta la caducidad de la obligación subyacente podría resultar excesiva.

Es conveniente autorizar al juez de la causa verificar si los términos de la carta fianza satisface al acreedor, después de escuchar a las partes, sin que además dicha evaluación tenga necesariamente que atarse a la caducidad de la obligación causal con la cual se formuló oposición.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la norma que sigue:

Artículo Único: Sustitúyase el tercer párrafo del art. 219 por el texto que se indica:

“La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Cuando la garantía que presente la sociedad sea una fianza solidaria extendida por una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, el juez, después de verificar la corrección de sus estipulaciones y escuchar al acreedor o correrle traslado del escrito y documento presentado, levanta de inmediato la medida cautelar.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 16

AJUSTAN A DOS Y TRES AÑOS LA CADUCIDAD DEL DERECHO A COBRAR DIVIDENDOS, PREVISTO EN EL ART. 232° DE LA LEY N° 26887 MODIFICADO POR LA PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL DE LA LEY N° 26985.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El art. 49° de la Ley 26887 establece un plazo general de caducidad, de dos (2) años, para llevar adelante las pretensiones del socio o de cualquier tercero con legítimo interés, contra la sociedad, y viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, contados a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.

Probablemente, tomando como referencia las leyes 16123, anterior Ley de Sociedades Mercantiles, y Decreto Legislativo 311 anterior Ley General de Sociedades, de los años 1966 y 1985, respectivamente, el legislador de 1997 adoptó el mismo plazo de tres (3) años para que caduque el derecho al cobro de dividendos computado a partir de que su pago es exigible conforme al acuerdo de declaración de dividendo, modificando solamente la institución de la prescripción por la caducidad.

Los plazos de caducidad dispuestos por la Ley General de Sociedades 26887 son uniformes, de dos años, caso de los artículos 35°, 38°, 73°, 184°, 197°, 289°, 415° y 422°;

excepto cuando por razones muy especiales los establece en pocos meses, caso de los arts. 142°, 237° y 248° y en ocasiones en diez o quince días, caso de los arts. 158°, 200°, 262°, 276°, 293°, 338° y 410°, entre otros. Nada justifica crear un plazo excepcional y distinto, como éste, de tres años, cuando en Ley 26887 de términos anuales se trata, prácticamente ¹⁷³, todos los demás son de dos.

Por su parte, en cuanto a las Sociedades Anónimas Abiertas, la Ley 26985 extendió exageradamente la caducidad de este derecho, a nada menos que diez años, tomando como referente el significativo número de accionistas con que cuentan estas sociedades, sin advertir el daño que se causa al tener que hacer provisiones de tan larga data. La Primera Disposición Final de la Ley 26985 modificó el art. 232° de la Ley 26887.

Ahora, con el impresionante y notable avance de la tecnología de las comunicaciones, para nada justifica plazos tan extendidos, y por el contrario, dichos términos perjudican a las empresas, como se ha dicho, en cuanto al desarrollo ordenado de sus operaciones, sus finanzas y su contabilidad, al tenerse que preocupar en hacer determinadas provisiones, asientos y otros, como mecanismos de protección, sin poder disponer de la totalidad de sus recursos.

Que los dividendos cuya cobranza caduca incrementa la reserva legal, que de ser capitalizada con arreglo al art. 202 inc. 3° de la Ley 26887 produce el mejoramiento patrimonial de todos los accionistas, de modo tal que el descuido o negligencia de algunos en cobrar oportunamente sus dividendos produce en esta hipótesis el beneficio colectivo para la totalidad del accionariado.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la ley siguiente:

Ajustan a dos años y tres años la caducidad del derecho a cobrar dividendos previsto en el art. 232° de la ley N° 26887.

Sustitúyase el texto del artículo 232° de la Ley 26887 por el siguiente:

Artículo 232°.- Caducidad del cobro de dividendos

El derecho a cobrar el dividendo caduca a los dos años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración de dividendo.

Sólo en el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas, el plazo de caducidad a que se refiere el párrafo precedente será de tres años.

Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 17

¹⁷³ La responsabilidad por el pago de los dividendos pasivos, del art. 81°, también es de tres años.

PARA EVITAR REMATE JUDICIAL INÚTIL, SUSTITUYEN SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 239° DE LA LEY 26887.

El art. 239° de la Ley prevé que cuando proceda la enajenación forzosa de las acciones de una sociedad anónima cerrada se debe notificar previamente a la sociedad de la respectiva resolución judicial y que dentro de los diez días útiles posteriores a la venta forzosa, la sociedad tiene el derecho de subrogarse al adjudicatario de las acciones por el mismo precio que éste hubiese pagado por ellas.

No es coherente notificar a la sociedad haciéndole conocer que las acciones de uno de sus socios se están vendiendo en el proceso judicial correspondiente y que después de que ellas han sido vendidas en subasta o remate judicial arreglado a derecho, y por tanto haya un adjudicatario legítimo, venga la sociedad a subrogarse a dicho nuevo titular, reembolsándole la cantidad que él pago por ellas. La sociedad debería solicitar de inmediato, por ejemplo en un plazo no mayor a diez días, que dichas acciones le sean adjudicadas por el precio base del remate o subasta, evitando con tal decisión la realización de dicho evento y con él, el concurso o la concurrencia de diversas personas interesadas, a quienes incluso se les solicita oblar un porcentaje del valor a subastarse, para ser postores, ocasionando todo ello perjuicios, agravios, demoras y recargo de tareas judiciales.

Los instrumentos legales deben ordenar y facilitar las cosas de modo tal que no hayan personas que resulten agraviadas o perjudicadas por actuaciones judiciales incorrectas, aunque increíblemente, ajustadas a derecho o a ley.

Siendo conveniente hacer las correcciones del caso; y

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la ley siguiente:

Sustituyen segundo párrafo del art. 239° de la Ley 26887 cuyo nuevo texto quedará como sigue:

Dentro de los diez días útiles contados a partir de la notificación, la sociedad tendrá el derecho de adjudicación depositando el precio base que se hubiese indicado para el futuro acto de subasta. Adquirida la participación por la sociedad, el gerente general procede en la forma indicada en el primer párrafo del artículo 237°. Si ningún accionista se interesa en la compra, tales acciones se consideran amortizadas con la consiguiente reducción de capital.

Si la sociedad, en el plazo previsto, no expresa su voluntad de adquisición acompañada del correspondiente depósito, caduca su derecho, y los adjudicatarios de las acciones en subasta judicial serán considerados nuevos socios de la sociedad con todos los derechos que la ley y los estatutos les acuerde.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

APÉNDICE N° 18

RESPONSABILIDAD DE GERENTE DE SRL PRESCRIBE A LOS DOS AÑOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la sociedad comercial de responsabilidad limitada los socios confían el patrimonio que han aportado, a la habilidad, competencia, audacia y lealtad de su gerente general, quien en la práctica, tiene las atribuciones y facultades del directorio y gerencia general de una sociedad anónima.

A diferencia de las leyes anteriores sobre la materia, tanto la 16123 de sociedades mercantiles de 1966 como el Decreto Legislativo 311 ley general de sociedades de 1985, que establecían que la responsabilidad del gerente de una sociedad de responsabilidad limitada prescribía a los dos años, la nueva Ley 26887 vigente desde 1998 establece en su artículo 289°, que la responsabilidad de dicho funcionario caduca en el referido lapso.

La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo y además, se mantiene suspendida entre las personas jurídicas y sus administradores mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo. La caducidad, en cambio, extingue el derecho y la acción correspondiente y no admite interrupción ni suspensión de naturaleza alguna. Lo severo de la caducidad, en este aspecto, es evidente.

Según el artículo 289° la responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, de modo tal que los eventuales actos o contratos desleales o corruptos celebrados por aquel no pueden ser ni denunciados por la junta de socios ni juzgados por los tribunales de justicia después de haber transcurrido dos años desde dicha oportunidad. En cambio, si se trata de prescripción, el plazo empieza a contarse recién y en todo caso, en la oportunidad en que dicho gerente renuncia o es removido del cargo, porque como ha sido mencionado, el plazo de prescripción con él se habría suspendido en la medida en que dicho funcionario continuaba desempeñando el cargo.

Cuando el funcionario que ejerce la administración y gestión de la sociedad se desempeña con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, que es lo que la ley, la doctrina y la jurisprudencia exige a los directores y gerentes de aquella, la indicación de si su responsabilidad está sometida a caducidad o prescripción le importa poco, pues sus actos y contratos pueden ser revisados y auditados las veces que se solicite y siempre los encontrarán limpios, transparentes, sin huella de afectaciones de inmoralidad de tipo alguno. Mas bien, a los funcionarios cuyo desempeño es corrupto o desleal, les interesa sobremanera mantener la caducidad para encubrir y tapar, irremediamente, los actos y contratos con antigüedad mayor a los dos años, absolutamente irrevisables, totalmente indenunciabiles, caducidad invocable de oficio por el juez quien puede incluso disponer el archivo inmediato de autos, ya que la caducidad no requiere ser deducida como excepción o medio de defensa, tal cual sí es posible hacerlo en la prescripción.

Estando a lo expuesto y sustentado;

El Congreso de la República ha dictado la siguiente norma:

Sustituyen prescripción por caducidad en responsabilidad de gerentes de sociedades comerciales de responsabilidad limitada

Artículo 289°.- Prescripción de la responsabilidad

La responsabilidad civil del gerente prescribe a los dos años contados a partir de la fecha del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad y reparación penal que se ordenara, si fuera el caso.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno a los.....

APÉNDICE N° 19

RESPONSABILIDAD DE LIQUIDADORES PRESCRIBE A LOS DOS AÑOS.

La responsabilidad de los liquidadores, como norma general, caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño, a tenor de la remisión que realiza el 5to. párrafo del art. 414° a la responsabilidad de los directores y gerentes de sociedades anónimas, por tanto, a los arts. 184° y 197° de la Ley: caducidad de dos años desde la adopción del acuerdo –en caso de Comisión Liquidadora; o realización del acto, en el caso de “un” liquidador.

Sin embargo, el art. 415°, último párrafo, en tanto norma especial, dice otra cosa. La responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro.

La fecha de inscripción de la extinción en el Registro es objetiva, evidente e indiscutible. Aquí no hay duda. En cambio, la fecha de terminación del cargo por haber realizado la liquidación y por resolución judicial mediando justa causa y solicitud del 20% del capital social, sí puede ser manipulada para iniciar el cómputo de la caducidad de actos anteriores, eventualmente corruptos.

Hay que reconocer que no es mala la norma de la parte final del art. 415° porque viene a ser una suerte de prescripción, similar al art. 1994° inc. 7., en la medida en que trae los actos y contratos celebrados a la fecha de terminación del cargo o inscripción de la extinción. Pero siempre quedan dudas sobre la forma de probar la terminación del cargo.

Estando a lo expuesto y sustentado;

El Congreso de la República ha dictado la norma que sigue:

Sustituyen párrafo final del art. 415° por el siguiente:

“La responsabilidad de los liquidadores prescribe a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro”.

Comuníquese al señor....

Dado en la Casa de Gobierno a los.....

APÉNDICE N° 20

DECLARAN IMPRESCRIPTIBLE EL DERECHO DE REGULARIZACIÓN O DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES.

El art. 5° de la Ley 26887 establece que el derecho del socio a demandar el otorgamiento de la escritura pública es imprescriptible, habiéndose dictado la norma para facilitar el descuido de muchas personas que trabajan en y para sociedades irregulares o de hecho, con la correspondiente responsabilidad personal y solidaria a que se refiere el art. 424°.

Las sociedades irregulares tienen, como sabemos, y lo informa el art. 426° de la Ley 26887, las opciones de regularización que se regiría por el art. 119° y de disolución, que lo haría por el art. 409°.

Si el derecho a demandar el otorgamiento de la escritura pública a la sociedad en formación y a los demás socios, es imprescriptible, por las mismas razones –a las que nos remitimos, tiene que ser imprescriptible el derecho de los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores, a demandar la regularización o la disolución de la sociedad. El art. 426° no indicaba plazo y en todo caso había que estar, por remisión, al art. 49° de la Ley, es decir, a dos años de caducidad.

Estando a lo expuesto y sustentado:

El Congreso de la República ha dictado la siguiente norma:

Agrégase un segundo párrafo al art. 426° de la Ley 26887:

“El derecho a demandar la regularización o disolución previsto en el párrafo anterior, es incaducible”.

Comuníquese al señor...

Dado en la Casa de Gobierno.....

ANEXOS

ANEXO “A”

LOS CASOS INVESTIGADOS

Nivel: Contraloría General de la República

Se expone y procura explicar, a continuación, la metodología desarrollada para el estudio y análisis de los casos. Nos referimos a lo que hemos denominado Empresas “A”, “B”, “C”, “D”, “E” y “F”.

En la exposición que continúa, de la Empresa “A”, se ha descrito “El caso”, propiamente; La Investigación, y Los Resultados. Las Recomendaciones se incluyen dentro de las conclusiones generales y particulares. La exposición de lo ocurrido en las empresas “B”, “C” y siguientes, será mas escueta, narrando el hecho ocurrido y señalando las diferencias que se marcan con los casos anteriores.

EMPRESA “A”

El Caso:

El Directorio de una sociedad anónima, cuya titularidad del paquete accionario corresponde íntegramente al Estado, encargó a la Gerencia General de la empresa preparar las Bases de una Licitación Pública para la adquisición de maquinarias y

equipos que sus unidades de producción venían reclamando desde hacía algún tiempo, por concepto de renovación de los mismos (los que mantenían trabajando en sus respectivas áreas se hallaban muy deteriorados y correspondían a tecnología antigua y ahora, ya desfasada). La Gerencia General dictó las disposiciones necesarias para que fuere la Gerencia de Ingeniería la que se ocupara del encargo, debiendo ejecutarlo en un lapso relativamente prudente. El proceso de adquisición, en apariencia, se llevó a cabo en forma ordenada y la adjudicación recayó en la empresa "X". Un postor había venido reclamando que a su juicio, las Bases habían sido preparadas "a la medida", porque sólo una empresa aquí en el Perú representaba y distribuía la maquinaria con las exigencias y características técnicas detalladas en las Bases. La Gerencia de Ingeniería había respondido que esas eran las características de lo que requería la entidad licitante y que dicha atribución no le podía ser negada ni recortada.

La Investigación:

La Oficina de Auditoría Interna de la entidad, inició, muy reservadamente, la investigación de la denuncia. Por las declaraciones, confrontaciones y contrastación de los detalles exigidos a los equipos y maquinarias, que correspondían exactamente a los indicados en los manuales de performance de dichos equipos, se pudo establecer y concluir que una mayoría incipiente del directorio había coordinado con la Gerencia de Ingeniería, este entuerto, este cohecho, este ilícito, consistente en favorecer decidida y abiertamente a un postor, en agravio a la libre competencia y a los verdaderos intereses de la empresa, a cambio, de una coima o porcentaje de la ganancia obtenida por la empresa adjudicataria, quien estuvo dispuesta a ceder parte de ella, porque sus futuras ventas por repuestos y servicios, en los siguientes cinco años, le produciría el beneficio que esta vez entregaba a tres directores y dos gerentes que habían actuado con inmoralidad, deslealtad y evidente afán de lucro. El resarcimiento de las ganancias dejadas de percibir ahora, por parte de la empresa, se produciría en plazo relativamente breve.

El Resultado:

El Gerente de Ingeniería renunció y viajó a EE. UU. El Gerente Adjunto viajó a Brasil. Los tres directores que dejaron el cargo por renovación de todo el Directorio presentaron sendas acciones de amparo manifestando que les estaba siendo negado su legítimo derecho de defensa porque solicitaban ser confrontados con los dos gerentes precitados, los cuales al ser no habidos impedía la actuación de prueba fundamental. Reclamaron que los supuestos "indicios" eran meras presunciones sin debida sustentación. La investigación demoró cerca de tres años y la "caducidad" de la responsabilidad civil se hizo presente al cumplirse los dos años.

Empresa "B"

El caso:

Se trataba de un Concurso Público para proveer de uniformes al personal femenino, integrado por aproximadamente 400 personas, uniformes para verano, invierno y media estación, dos mudas, y además, dos mudas en dos modelos: tipo elegante, para determinadas recepciones de oficina (cierto personal ejecutivo de la empresa), y tipo casual o de uso corriente, para oficina y labores habituales. Las Bases del Concurso

hacía precisiones en torno a experiencia no sólo nacional, sino, y preocupantemente, internacional, en lo mismo, es decir, diseño y venta de uniformes.

Algunos postores reclamaron que en el Perú sólo había una empresa que calificaba con experiencia internacional y que ello carecía de significación, y que sin embargo, quien lo ostentaba, merecía una calificación bonificada para los fines de adjudicación, lo que opinaban, era totalmente incorrecto, parcializado, injusto y por tanto, ilegal.

La Investigación:

La auditoría Interna inició una investigación reservada. La actuación de las pruebas condujo a la convicción de que dicho requisito era absolutamente inconsistente y que había sido agregado de modo intencional para favorecer al citado postor, a cambio de prebendas y comisiones pactadas a favor de un director de la empresa.

El Resultado:

El proceso investigatorio tuvo una demora mayor a los dos años. La caducidad dispuso el archivo del expediente. El director inmoral quedó impune.

Empresa “C”

El Caso:

Una sociedad anónima con capital social íntegramente del Estado convocó a un Concurso Público para la adjudicación de la buena pro, consistente en la provisión del servicio de transporte para el personal, en una unidad productiva aproximadamente a 35 kilómetros de la ciudad, fuera de la urbe, y que tendría que trasladar diariamente, a aproximadamente, entre 150 y 200 trabajadores, además de hacer un recorrido previamente diseñado y planificado, en atención a las avenidas y calles, y Distritos de mayor densidad demográfica laboral.

Igual que en los casos anteriores, las Bases del Concurso pedían ciertas calificaciones en el postor, y formulaban ciertas exigencias en los vehículos y medios de transportes, en apariencia, injustificados. Se pudo detectar al momento de la calificación de los postores por parte del Comité de Adjudicaciones de la empresa, que las Bases estaban diseñadas para favorecer a uno en particular, quien ostentaría el mayor número de puntos.

La Investigación:

Igual que en casos anteriores se pudo detectar pactos ocultos entre dicho postor y dos miembros del directorio, coludidos éstos con ejecutivos de la empresa. Siempre lo mismo. Había de por medio intereses económicos.

El Resultado:

Los miembros del directorio y los ejecutivos negaron las imputaciones y a pesar de los indicios, éstos no pudieron tener la fuerza de la convicción total. La caducidad de dos años terminó archivando el expediente.

Empresa “D”

El Caso:

Una entidad del Estado, sociedad anónima de capital mixto, 70% el Estado y 30%

empresa privada, convoca a un Concurso Público para la contratación de servicios de asesoría legal con particular experiencia en materia vinculada al Derecho Energético y Minero. Se trata de un caso del año 98 en que no existía la posibilidad legal de adjudicación directa por razones de carácter personalísimo y particular especialidad. El pequeño directorio de tres miembros opta por tratar con el profesional de su interés y conveniencia, a quien le ofrece la contratación sin sobrefacturación en el pago de las mensualidades, pero advirtiéndole que en los asuntos “extras” que le serían encargados (habrían reclamaciones tributarias ante la municipalidad y laborales –pensiones, de significativo monto o cuantía, y que llegarían hasta el Tribunal Constitucional) sí compartirían los honorarios en partes iguales entre dicho profesional y los tres directores.

La Investigación:

El proceso investigatorio a cargo de una Comisión de la Auditoría Interna descubrió que el honorario profesional, por los asuntos grandes, mayores o significativos, que bien pudo pactarse en 10%, 12% o hasta 15% de lo que se obtuviera en la recuperación o resultare de beneficio para la empresa, había sido tratado y convenido en porcentaje mas alto que el del mercado, en 30%, para dar lugar a que se pudiera compartir el 7.5% entre cada uno de los cuatro sujetos coludidos, el profesional y los tres directores. La componenda resultaba lesiva a los intereses de la empresa, sin perjuicio de la inmoralidad manifiesta en la conducta desplegada.

El Resultado:

Fue muy difícil la investigación y el profesional refirió que no habría aceptado la contratación sin dicho honorario bonificado por asuntos “extras” pues el pago mensual por el asesoramiento de rutina no era susceptible de considerarse “bueno” o bastante satisfactorio, máxime si debía tenerse en cuenta las exigencias solicitadas respecto a la especialidad y la experiencia. Se pudo comprobar, sin embargo, que habían sido presentadas dos ofertas de profesionales allegados al contratado, quienes en efecto, aceptaron haber formulado “ofertas de favor” por honorarios muy superiores que desalentaran la contratación de ellos y mas bien motivaran la contratación del “conversado”. Las demoras producto de confrontaciones y pericias se prolongaron tanto que los dos años de la “caducidad”, también se hizo presente. La impunidad volvió a reinar.

Empresa “E”

El Caso:

Una sociedad anónima 100% estatal debía contratar a un Naviero o armador marítimo para que sus buques hicieran el transporte de minerales de Matarani al Callao, toda vez que la unidad productiva de Arequipa, de aquella empresa, trasladaría por tierra dicho cargamento hasta el referido puerto. Se trataba de una adjudicación directa porque en el país no había mas que una empresa naviera titular de una nave con las características necesarias e indispensables para dicho transporte. La contratación se formalizaría por resolución suprema y el precio del flete debía negociarse con el naviero según valores del mercado internacional. Tres directores se coludieron con el representante del naviero para que cotizara dos dólares más por tonelada de mineral transportado y ellos ejercieron adecuadas influencias sobre el personal ejecutivo de la

empresa, encargada de la negociación, para que dicha cotización sobrevaluada, hallare debida sustentación y fuere propuesta así al Directorio para su aprobación.

La investigación:

Cuando por renovación del personal ejecutivo hubo cambios en la gerencia encargada de las relaciones con los transportistas marítimos, se revisó la debilidad de la sustentación sobrevaluada, y se hizo la correspondiente denuncia a la oficina de auditoría, quien inició las investigaciones del caso. Durante cuatro años se habían trasladado miles de toneladas de Matarani al Callao. Hubo renovación del Directorio y cambio político. Los mismos auditores fueron trasladados a otras dependencias. Entre los años 2000 y 2001 se produjo la caducidad.

El Resultado:

La componenda quedó impune. Los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. La deslealtad con los altos intereses de la empresa, por el afán de lucro, se puso de manifiesto una vez más.

Empresa “F”

El Caso:

Manifiesta sobre valuación de un inmueble de propiedad de un pariente por afinidad del Presidente del Directorio, para su adquisición por parte de una empresa 100% propiedad del Estado, a un precio evidentemente mayor al del mercado, destacando, en un informe “conversado” de la Gerencia de Planificación y Desarrollo, de la misma empresa estatal, la magnífica ubicación y la conveniente distribución de ambientes de la finca, particularmente estratégicos para el crecimiento de la empresa y su posicionamiento en el mercado.

La Investigación:

Recién cuando se produce el cambio en el directorio (habían transcurrido 18 meses desde la realización de la compra) se formula la denuncia por presunto enriquecimiento indebido, deslealtad y conflicto de intereses, al tomar noticia la Oficina de Auditoría, por un anónimo, que la casa en la que funcionaba la empresa estatal había sido del cuñado (casado con la hermana) del ex presidente del Directorio. La formulación de cargos y el trámite investigador demoró alrededor de diez meses. A los dos años y cuatro meses se elevaron las conclusiones y recomendaciones a la Contraloría General de la República.

El Resultado:

La impunidad. El precio de la finca, en el centro financiero de San Isidro, no era mayor a US\$ 160,000.00 y fue vendida en US\$ 260,000.00 al cash. El conflicto de intereses era evidente y la ley ordena que el director incurso, debe abstenerse en las etapas de la deliberación y por supuesto, en la de la votación. El asunto era tan grosero que ni siquiera debió llevarse caso así al Directorio.

ANEXO “B”

SEMINARIO FRANCO ANDINO SOBRE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCION EN LAS LICITACIONES PUBLICAS

Bogotá, Mayo del 2004

Los fraudes en licitaciones públicas, no constituyen delitos en si mismos, sino que son el medio para cometer ilícitos contra la economía del Estado.

Los puede cometer el funcionario público licitante o el particular que oferta bienes y servicios.

Cuando pueden ocurrir?

- Durante la toma de decisiones.
- En la preparación de la Contratación Pública.
- Durante los Procesos de Contratación Pública.
- Durante la realización o ejecución del Contrato.

Como se investigan?

Los delitos emergentes de fraude en licitaciones públicas se investigan en dos VÍAS:

- Administrativa
- Judicial

Vía Administrativa

- Es la primera instancia necesaria conforme a ley.
- Efectuada por la Contraloría General de la Republica, quienes evaluarán el resultado de las gestión por medio de auditoria de las operaciones ya ejecutadas.
- Tiene carácter contable y se basa en análisis puramente documental.
- Concluye con un dictamen que señala solamente indicios de responsabilidad, penal, civil, administrativa o ejecutiva, según corresponda.
- Si la responsabilidad es penal, pasa a la vía judicial.

Vía Judicial

Se procesa en dos etapas:

- Etapa Preparatoria, que acumula elementos de prueba e identifica a los autores.
- Juicio, en el que se valora la prueba, establece las responsabilidades y condena a los autores.

Etapa Preparatoria

- A Cargo de la División Delitos de Corrupción Pública, de la Policía Técnica Judicial.
- Inspecciones Técnicas.
- Auditorias Técnicas y pericias tecnológicas.

- Auditorias jurídicas y contables.
- Declaración de testigos e imputados.
- Verificación de los procedimientos para licitaciones.
- Concluidas las investigaciones el Fiscal acusa y ofrece pruebas para demostrar el hecho en juicio.

El Juicio

- La investigación policial es la principal prueba de la fiscalía.
- Relata de manera detallada, sobre las actuaciones y pesquisas realizadas y los logros obtenidos en la investigación.

CONCLUSIONES

- Existe la necesidad de nuevos mecanismos de control interno en los procesos de contratación de Bienes y Servicios
- El control de las Licitaciones Públicas no solo debe ser Posterior, sino desde el inicio del proceso.

RECOMENDACIONES

1. Que la PTJ cuente con un equipo especializado en auditoria y contabilidad forense y fortalecer el Depto. de Manipulación Informática.
2. Asesoría Jurídica en Administración y control Fiscal.

CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Código Penal, artículos.....y.....:

Interés indebido y Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Pena principal..... a..... años de prisión

Revisar si en el Perú tenemos una norma así:

“Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”

PROBLEMAS DE ORDEN INTERNACIONAL

- CREACIÓN DE EMPRESAS BAJO LAS LEYES DE PAÍSES PARAISOS FISCALES (OFF SHORE)
- SOBORNO TRANSNACIONAL (LOBBY)
- DERECHO DIPLOMÁTICO

APROXIMACIÓN A LAS SOLUCIONES

- PREVENCIÓN - INSTITUCIONES Y SECTOR PRIVADO
- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN POLICIAL EN TIEMPO REAL
- UTILIZACIÓN DE INTERNET
- BASES DE DATOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN CON UNIFORMIDAD DE PROCEDIMIENTOS

Marco Constitucional

- Artículo...: Ética como valor constitucional
- Artículo...: Principios democráticos del gobierno.
- Artículo...: La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos, fundamentada en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.
- Artículo 145: Los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna.

Principios Constitucionales de la función pública y su amplio desarrollo legal

- Honestidad
- Participación
- Celeridad
- Eficiencia
- Eficacia
- Transparencia
- Rendición de cuentas
- Responsabilidad
- Sometimiento al Derecho
- Ley organica de la dministracion publica
- Ley organica de procedimientos Administrativos
- Ley sobre el Estatuto de la Funcion Publica
- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
- Decreto Ley Sobre Simplificación de Tramites Administrativos –
- Ley Contra la Corrupción.

Marco Legal del Delito de Corrupción en las Licitaciones Públicas

- Ley Contra la Corrupción:.....

Objetivo Principal: crear mecanismos preventivos y represivos eficaces para enfrentar la corrupción.

- Mecanismos preventivos: La Ley desarrolla el principio de transparencia, mediante el carácter público de la información y de los documentos de dicha actividad. Exige procedimientos claros y sencillos para que los particulares tramiten sus asuntos ante la Administración Pública, eliminando procedimientos burocráticos – Objetivo del Decreto Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativos- (Control social regulado en la Constitución y en diversas leyes).
- Mecanismos represivos: a través de la tipificación de delitos contra la cosa pública y sus respectivas sanciones administrativas, civiles y penales.

Delitos de Corrupción:

Modalidades de la Ley:

- Corrupción Impropia: Artículo...

El funcionario público que por algún acto de sus funciones reciba para sí mismo, o para otro, retribuciones u otra utilidad que no se le deban, o cuya promesa acepte, será penado con prisión de uno a cuatro años y multa de hasta el cincuenta por ciento de lo recibido o prometido. Con la misma pena será castigado quien diere o prometiére el dinero, retribuciones u otra utilidad indicados en este artículo”.

- Corrupción Propia: Artículo...

“El funcionario público que por retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres a siete años y multa de hasta el cincuenta por ciento del beneficio recibido o prometido”

Este delito resulta agravado con la pena de cuatro a ocho años y multa de hasta el sesenta por ciento del beneficio recibido o prometido si ha tenido como resultado:

- a. Conferir empleos públicos, subsidios, pensiones u honores o hacer que se convenga en contratos relacionados con la administración a que pertenezca el funcionario;
- b. Favorecer o causar algún perjuicio o daño a alguna de las partes en un procedimiento administrativo o judicial penal, civil o de cualquier naturaleza.

Hay un subtipo de corrupción propia judicial cuando el corrupto es el juez.

Igual pena se impone a la persona interpuesta por el funcionario y la persona que diere o prometiére el dinero.

- Artículo...: penaliza a la persona que persuada o induzca a un funcionario público para cometer alguno de los delitos previstos anteriormente. Delito que no admite tentativa.
- Específicamente la figura delictiva relacionada con los procesos de licitación está

regulada en el artículo....

“El funcionario público que, con el objeto de evadir la aplicación de los procedimientos de licitación u otros controles o restricciones que establece la ley para efectuar determinada contratación, o alegare ilegalmente razones de emergencia, será penado con prisión de seis (6) meses a tres (3) años. Con igual pena serán sancionados los funcionarios que otorgaren las autorizaciones o aprobaciones de tales contrataciones”.

Delito de sujeto activo calificado (funcionario público), con una finalidad de la conducta punible (evadir la aplicación de los procedimientos de licitación), con un tipo alternativo erróneo (... o alegare ilegalmente razones de emergencia) pues la conducta incriminada es alegar ilegalmente razones de emergencia para evadir los procedimientos de licitación.

La Ley de Licitaciones permite sólo por excepción, hacer adjudicaciones directas en los casos taxativamente señalados que tienen como característica común las situaciones de emergencia.

- “Artículo.... El funcionario público que, al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato u otra operación, se concierte con los interesados o intermediarios para que se produzca determinado resultado, o utilice cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, será penado con prisión de dos (2) a cinco (5) años. Si el delito tuvo por objeto obtener dinero, dádivas o ganancias indebidas que se le dieran u ofrecieran a él o a un tercero, será penado con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de hasta el cien por ciento (100%) del beneficio dado o prometido. Con la misma pena será castigado quien acuerde con los funcionarios y quien diere o prometiére el dinero, ganancias o dádivas indebidas a que se refiere este artículo”.

Este delito alude a cualquier forma de contratación susceptible de concertación indebida o fraudulenta entre funcionario y particular.

Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones

- Objetivo: modernización y agilización de los procedimientos de selección de contratistas, aplicando los principios constitucionales de economía, transparencia, igualdad, honestidad, eficiencia, eficacia, competencia, publicidad... etc.

Esta Ley no contempla tipos penales y en cuanto a los supuestos de hecho que describe como antijurídicos les impone sanciones de carácter administrativo, por ejemplo, la exclusión del Registro Nacional de Contratistas y multas para los funcionarios y entes sujetos al presente Decreto ley que lo violen.

Adicionalmente se introduce la discrecionalidad del funcionario competente para declarar la nulidad de la buena pro y de los contratos, que aún basado en la facultad de autotutela de la Administración Pública, este artículo puede dar origen a actos de corrupción.

¿Qué demandan las Entidades Públicas?



¿Qué puede estar pasando entonces?

- Nosotros creemos que tal como hemos demostrado ni los controles gubernamentales ni la legislación aplicable aseguran que los procesos de contratación pública se lleven a cabo de manera óptima, transparente y sin corrupción.
- Consideramos que con mayor o menor incidencia, el fenómeno de la corrupción siempre será un potencial riesgo para cualquier proceso de contratación pública.

¿Dónde puede estar la clave para comprender este aparentemente irremediable problema?

Quizá obtengamos una pista en lo manifestado por el Dr. Saúl Peña en su novísima obra "Psicoanálisis de la corrupción":

"Todos los seres humanos tenemos potencialidades de corrupción, somos factibles de corromper o de que nos corrompan."

Aspectos Críticos Generales

- Las normas para Bienes, Servicios, obras y arrendamiento son diversas:
- La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado debe ser mejorada para agilizar la contratación sin perder seguridad, para eso existe ya un proyecto en el Congreso de la República.
- Las normas de los sistemas administrativos y las normas de contratación estatal no están debidamente compatibilizadas entre sí.
- El Estado, los Proveedores y la Sociedad Civil tienen mecanismos insuficientes para la protección conjunta del Sistema de Contrataciones del Estado.
- Es necesaria la creación de una red de organismos a nivel mundial y de organismos en el ámbito de cada región hemisférica, cuyos miembros sean los Estados a través de sus entidades reguladoras y supervisoras de contrataciones.

Acciones tomadas por el Gobierno del Perú ante la problemática planteada

Se ha puesto en marcha diversos programas de vigilancia a procesos de

contratación pública en distintas entidades, tales como:

- Ministerio del Interior.
- Ministerio de la mujer y Desarrollo Social.
- Municipalidad de Barranco.

Actualmente, desarrolla programas similares con los Gobiernos Regionales de Lambayeque y Junín y con el municipio Provincial de Cajamarca, entre otros.

¿Qué logros se consiguen con la ejecución de estos programas?

Dos tipos de Logros

1. LOGROS GENERALES

2. LOGROS ESPECÍFICOS

LOGROS GENERALES

A) Se consigue romper el “paradigma de la desconfianza” principal factor que desincentiva al sector privado a participar en los procesos de contratación del Estado.

B) Se logra comprometer públicamente a los funcionarios públicos y a los proveedores interesados en líneas concretas de acción a favor de la transparencia y la eficiencia del proceso.

C) Se genera una actitud vigilante en la opinión pública y la ciudadanía en general, en tomo al uso de los recursos públicos.

LOGROS ESPECÍFICOS

Por primera vez en la historia de las contrataciones públicas en el Perú, los interesados y la ciudadanía en general pueden acceder a las bases del proceso, antes de que éstos sean convocados oficialmente, no sólo para consultarlas, sino también para contribuir con sugerencias y recomendaciones técnicas que muchas veces no son consideradas a priori por la entidad convocante.

ESTRATEGIAS PARA CONTRARRESTAR LA CORRUPCIÓN

1. Propiciar un permanente equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses de los proveedores.

2. Brindar un Tratamiento equitativo a los proveedores en la Contratación.

3. Rol del Estado promotor de la solidez del Sistema de Contrataciones.

4. Los principios de la Contratación con fondos públicos deben inspirar por igual a todos los regímenes normativos que existan.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

12. La contratación Administrativa debe ser considerada como un instrumento participativo de promoción del desarrollo.

13. Fomentar la participación de la sociedad civil en la protección del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública.

6.A) Porque está comprobado que la vigilancia ciudadana constituye una herramienta exitosa en la lucha contra la corrupción: “Existe evidencia empírica de que los comportamientos corruptos disminuyen significativamente si las probabilidades de ser descubierto se incrementan”.

7. Realizar el progresivo, pero decidido ingreso a la contratación Electrónica del Estado.

8. Debe tenerse en cuenta los procesos de integración de los países para la armonización de los principios y normas sobre contratación estatal.

9. Consolidar la cultura Anticorrupción.

“LA CORRUPCIÓN ES COMO UN HONGO QUE EN LA OSCURIDAD CRECE Y SE REPRODUCE MEJOR”

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Grupo de Expertos de la Comunidad Andina en la investigación y juzgamiento de los fraudes en la contratación pública, reunido en Bogotá los días 12, 13 y 14 de mayo de 2004 por iniciativa del Servicio de Cooperación Internacional de la Policía Francesa;

Considerando las exposiciones y ponencias realizadas sobre tal problemática;

Concluye que:

- El significativo porcentaje de la contratación gubernamental en relación con el presupuesto total del gasto público es un factor determinante para la corrupción en la administración pública;
- La contratación pública directa incentiva en mayor medida fraudes en la adquisición de bienes y servicios y en la ejecución de obras;
- Por lo general, los ordenamientos jurídicos de licitación pública, satisfacen los objetivos que ésta persigue, esto es, la contratación a precios justos, la más amplia competencia entre oferentes y la honestidad y transparencia de la administración pública;
- Es necesario dar mayor efectividad al control de las licitaciones efectuadas y contratos celebrados, para descubrir la contravención a disposiciones legales aplicables y la existencia de presuntos actos punibles por corrupción;
- Conviene unificar la legislación penal para posibilitar la cooperación internacional en la extradición de los justiciables, en el secuestro o embargo de bienes en los que puedan hacerse efectivas las indemnizaciones por daños y perjuicios causados y la repatriación de los efectos del delito que estuvieren en el exterior;
- Es un innegable avance que los países andinos hayan suscrito y ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción y que recientemente se haya suscrito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Recomienda que:

1. En el ámbito nacional

- Los Estados y entidades públicas de la Comunidad Andina sometan a procedimientos

de comparación de ofertas, concurso público o licitación pública, según normas generales y uniformes para todas las entidades contratantes la adquisición de bienes y servicios y la ejecución de obras públicas de cualquier cuantía a través de comités de contrataciones y comisiones técnicas de evaluación integradas por profesionales independientes y ajenos a la entidad contratante.

- Se establezcan sistemas adecuados de auditoría y control concurrente y ex – post de los procesos licitatorios y de la ejecución de los contratos celebrados, orientados a descubrir fraudes en la contratación;
- Se limiten las excepciones existentes en la legislación que autorizan la contratación sin previa licitación o concurso público de ofertas, únicamente a los casos de catástrofe previamente declarada por el máximo órgano competente del control del buen manejo de los fondos públicos;
- Se introduzcan las reformas, constitucional o legal, necesarias para garantizar la absoluta independencia en la designación y actuación de los órganos de control administrativo y financiero del Estado, del Ministerio Público y del Poder Judicial, para una efectiva investigación y sanción de los actos de corrupción;
- Se tipifique como delito de enriquecimiento ilícito el incremento patrimonial injustificado de cualquier persona derivado de contratos con sobreprecio o celebrados con fraude;
- Se extienda la responsabilidad penal, en el grado que corresponda, a las personas naturales contratistas o representantes legales de empresas y compañías, nacionales o extranjeras, que de cualquier forma participen en la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho y, en general, los de fraude en la contratación pública, para que sean juzgados en el Estado en el cual se produzcan los efectos del contrato y conforme a sus leyes;
- Por atenuante trascendental, se reduzca significativamente la pena aplicable por un delito contra la administración pública, al coautor o cómplice que de una manera oportuna, denuncia la existencia del delito identificando a sus agentes, o coopere de un modo eficaz en la investigación pre-procesal o procesal penal;
- Se promueva la participación ciudadana para denunciar prácticas de corrupción y aportar los elementos necesarios para la investigación, asegurando la protección de los denunciantes y testigos;
- Se fomente la cultura de la legalidad y se inculque principios y valores éticos desde el seno de la familia y en los establecimientos educativos en todos sus niveles.

2. En el ámbito subregional

- Se dé pleno cumplimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción y se impulse la pronta ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción;
- Los Países Miembros inicien en el más corto plazo, con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina, los trabajos con miras a la elaboración y adopción de un Plan Andino de Lucha contra la Corrupción, de conformidad con el mandato

presidencial establecido en la Declaración de Quirama;

- Se cree un Comité Andino de Asistencia y Cooperación Judicial, integrado por representantes de las Cortes Supremas de Justicias, Ministerios Públicos y Fiscalías Generales de los Países Miembros, para facilitar las labores de investigación y juzgamiento de la corrupción en la contratación pública;
- Se estudien las modalidades de incorporación al Sistema Andino de Integración de las Contralorías y Fiscalías de los países andinos, con miras a unificar y potenciar los esfuerzos de estas instituciones en la lucha contra la corrupción a nivel comunitario;
- Se examine la exclusión del derecho de asilo territorial o diplomático, a las personas investigadas, imputadas o acusadas de delitos contra la administración pública, salvo que se compruebe fehacientemente por el Ministerio Público del Estado asilante, que se trata de persecución política;
- Las entidades de los Países Miembros de la Comunidad Andina encargadas de la investigación pre-procesal o procesal penal, adopten metodologías uniformes para descubrir actos de corrupción en la contratación pública;
- Las autoridades competentes de la Comunidad Andina aúnen esfuerzos para promover la capacitación de investigadores policiales, fiscales y jueces, especializándolos en la prevención, investigación y juzgamiento de los delitos contra la administración pública, buscando su permanencia en los equipos de trabajo; así como aunar esfuerzos para intercambiar conocimientos, informaciones y experiencias en este campo.
- Establecer un mecanismo expedito de contratación por parte del ente investigador de peritos y asesores para investigaciones puntuales que requieren en extremo, conocimientos técnicos o especializados.
- Se proponga a los gobiernos de los países miembros y a la Secretaría General de la Comunidad Andina, el estudio de las conclusiones y recomendaciones contenidas en el presente documento.
- Se proponga a la Secretaría General de la Comunidad Andina y a los delegados de los distintos países miembros la divulgación y publicación de las conclusiones y recomendaciones contenidas en el presente documento.
- Se solicite cooperación internacional a través de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en materia de lucha contra la corrupción.
- Se proponga la presencia de funcionarios independientes en las comisiones de licitación con poder de decisión.
- Promover el uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y comunicación electrónica para la lucha anticorrupción.
- Se inhabilite de por vida a toda persona condenada por delitos contra la administración pública, para contratar con el Estado, y para ser servidor público o funcionario y para el ejercicio de cargos de elección popular.

ANEXO C - H

Consultar el formato impreso