

COMITÉ EDITOR:

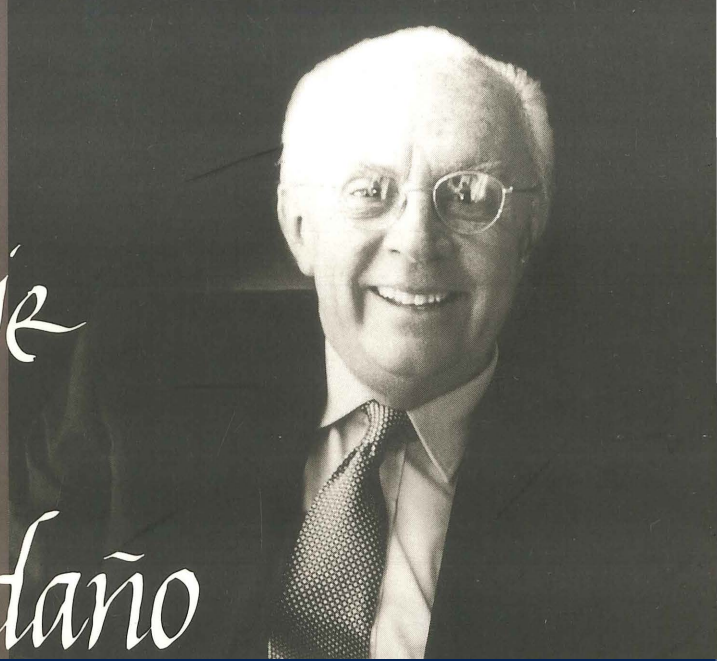
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 46



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores

Ricardo Beaumont Callirgos

TUVE EL PRIVILEGIO DE CONOCER al doctor Jorge Avendaño cuando fui convocado por él, a mediados de 1992, para colaborar en su campaña hacia el Decanato del Colegio de Abogados de Lima. Accedió a este cargo en circunstancias políticas muy difíciles: vivíamos gobierno de facto, entre el 5 de abril de 1992 y el 31 de diciembre del mismo año, y la recuperación constitucional y democrática se tornaba lenta y complicada. Lo acompañé como Segundo Vicedecano del CAL en los dos años de su excelente y esforzada gestión.

Mi hermana Raquel, que había sido su alumna, me habló mucho de él y de sus excelentes clases de Derecho Civil. Yo estudié Letras en la plaza Francia, pero no tuve la suerte de tenerlo como mi maestro, porque mis cinco años de Derecho los hice en San Marcos. Rápidamente, descubrí su talento, la claridad de su comunicación y la lucidez de su pensamiento, que ordenaban, con prontitud, los debates y asuntos en discusión, tanto durante la campaña para el Decanato del CAL, como en la gestión del cargo mismo. Se veía a una persona con gran lógica, vitalidad y simpatía que, con celeridad, lo subía a uno en el vehículo de su proyecto para conducir en equipo por la ruta y hacia las metas deseadas, con impulso y motivación.

En las reuniones de carácter social, que siempre deben acompañar a hombres y mujeres después de las jornadas de trabajo y que, gracias a Dios, entre nosotros, no fueron pocas, se nos ocurrían tal diversidad de asuntos a conversar —fundamentalmente jurídicos y políticos— que, en ellas, realmente disfrutábamos.

Una de las numerosas virtudes de Jorge Avendaño es su asombrosa intuición en la selección de personas para determinados proyectos. Sin contar a mi persona, por razones obvias, considero que Jorge acertó en la directiva del CAL, al elegir a Alfredo Quispe Correa, constitucionalista de primer nivel, que destaca por su importante y sustentada opinión al redactarse la Constitución de 1993; a Luis Delgado Aparicio, antiguo amigo del barrio de Miraflores, de Jorge y de su hermano Juan Luis; a Arsenio Oré Guardia, muy distinguido amigo y penalista; a Francisco Javier Romero Montes, reconocido profesor universitario en materia de seguridad social; a Rosario Fernández y Beatriz Mejía, destacadas abogadas; a Hugo Forno, muy estimado y joven profesor de materia civil en la PUC; y a Jaime Mayorga Honores, profesor de asuntos laborales y mercantiles en la USMP. Si se me quedó algún nombre en el tintero, por favor discúlpenme. Todos hicimos un grupo excelente de servicio al colega y, en particular, de apoyo al abogado joven o al colega necesitado, todo ello gracias a la dirección del Decano del CAL de aquel entonces.

Jorge Avendaño tiene una obra sin par, que demuestra en cada una de sus facetas: como maestro universitario; como Decano en una Facultad de Derecho; como investigador de la enseñanza legal en el Perú y de su perfeccionamiento; como autor de varios artículos y de obra jurídica; como congresista; como Decano del Colegio de Abogados de Lima; como abogado litigante en tribunales de justicia; como árbitro en tribunales arbitrales; como asesor y consultor; como padre, sin duda; y, finalmente, como amigo leal, justo e incansable en la ayuda. Merecida obra la que le dedicamos y, con ella, reconocemos quienes nos consideramos sus amigos.

1. Antecedentes Generales

El Perú cuenta aún con un Código de Comercio vigente desde 1902 que, como se sabe, fue copia del Código español de 1885, con excepción de lo concerniente a la letra de cambio, que remedió de la legislación italiana de entonces y, además, de lo que respecta a los temas de

martilleros y rematadores y contrato de cuenta corriente mercantil, que los tomó de la legislación argentina. Entre sus artículos 124 y 181, regulaba a las entonces denominadas «Compañías Mercantiles». Así, por ejemplo, sus artículos 124 y 1, respectivamente, precisaban:

Artículo 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 contratos.

Artículo 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 tres o cuatro artículos del primero, llamado «De los Comerciantes y del Comercio en General», artículos que versan, respectivamente, sobre comerciantes, fuentes para actos de comercio y libros contables.

Del libro segundo, «De los Contratos Especiales de Comercio», un altísimo porcentaje del mismo ha ido derogándose a lo largo del siglo. Entre otros importantes instrumentos, se encuentran los concernientes a las sociedades mercantiles y civiles, con la ley 16123 (mayo de 1966), el decreto legislativo 311 (1985) y la ley 26887 (1997); y, a títulos valores, con las leyes 16587 (1967) y 27287 (2000). De los numerosos contratos especiales regulados por el Código de Comercio de 1902, apenas si quedan en vigor los de Prenda Mercantil,¹ Comisión Mercantil,²

¹ El 14 de Mayo del 2003, se publicó, en el diario oficial *El Peruano*, un proyecto de ley de Garantías Mobiliarias que, de aprobarse por el pleno del Congreso de la República, iría a derogar el contrato de Prenda Mercantil.

² Su similitud con el contrato de Mandato, artículo 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.

Cuenta Corriente Mercantil³ y, por último, Transporte y Seguros.⁴

En cuanto al libro tercero, «Del Comercio Marítimo»,⁵ basta con transcribir, a continuación, sus artículos 635, 636, 674 y 701 inciso 4, para advertir su total desfase con la realidad de este año 2004:

Artículo 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.

Artículo 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.

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

³ 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 incontrastable. Abundan los casos sobre la materia y, solo como ejemplo, citamos los del Código Suizo de 1900, los del Código Italiano de 1942 y los del Código Holandés de 1998. En el Perú, el artículo 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 artículos 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.

⁴ Cuando la Comisión de Reforma del Código de Comercio, que el autor de este artículo integró, designado por la Asamblea General de Rectores, ANR, en representación de las Facultades de Derecho del país, presentó sus recomendaciones, alcanzó al Supremo Gobierno sendos proyectos de Leyes de contrato de Transporte y contrato de Seguros. Se sugirió que estos proyectos se dicten con el carácter de leyes especiales.

⁵ También se elevó al Supremo Gobierno un proyecto de Ley de Navegación Marítima, que sustituiría al libro III del Código de Comercio.

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

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

4.º 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 de que, en relación con el libro cuarto, «De la Cesación de Pagos y de las Quiebras», este fue derogado, primero, por la ya antigua ley 7566, Ley Procesal de Quiebras, promulgada en 1932 y, luego, por la ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial (de 1992) y el 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 artículo se inscribe en el ámbito del Derecho Societario que, antaño, fue tratado como contrato especial de Comercio, en el libro II. Explica que, tanto la Ley de Sociedades Mercantiles 16123, de 1966,⁶ como la Ley General de Sociedades, decreto legislativo 311, de 1985,⁷ regularon la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, bajo el esquema de que 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 porque, mientras el primero «mata la acción mas no el derecho» y contiene causales de suspensión del término, si es que, por ejemplo, se interpone la pretensión antes del vencimiento de su plazo; el segundo, también denominado «prescripción extintiva», es absolutamente fatal. Transcurrido el plazo, se acabó no solo la acción sino también el derecho. No hay forma de paralizar el decurso del tiempo y, así, perder la pretensión y el derecho a demandar la responsabilidad por daños.

⁶ Artículo 175 de la ley 16123: «La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto».

⁷ Artículo 175 del decreto legislativo 311 (TUO, DS 003-85-JUS): «La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto».

En puridad de derecho, el legislador, para el propósito referido, debió utilizar la denominada *prescripción extintiva* que tiene un núcleo procesal y, en tal calidad, fija un plazo para el precimiento de la pretensión procesal, antes que la *caducidad* que está ligada al derecho material. Además, fija un plazo de extinción mientras no sea ejercido por el titular; es necesario, solamente, que se manifieste y pueda ser probado.

La ley establece, asimismo, que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.⁸ La legislación y la doctrina española aluden a la diligencia de «un ordenado empresario». En la Comisión Redactora del citado proyecto, se debatió si era preferible mantener el término «ordenado comerciante» o si se debía traer una nueva expresión, la del «ordenado empresario». Nos mantuvimos por lo tradicional. La jurisprudencia y la doctrina de nuestro país había tenido pronunciamientos numerosos y uniformes sobre el particular. Por otro lado, el artículo 177 de la ley 26887 expresa que:

Ley 26887, artículo 177. 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 artículos 49 y 184 de la ley 26887 refieren:

Artículo 49. Caducidad: Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con

⁸ Artículo 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».

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».

Artículo 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 ha resultado inconveniente, pues en no pocas ocasiones deja impunes actos corruptos, dolosos, desleales, o desarrollados o llevados a cabo, en evidente abuso de sus facultades o negligencia grave. Ahora bien, importa saber si el cambio del instituto de la caducidad por el de prescripción que se propone debe aplicarse a la responsabilidad de los directores de todas las sociedades anónimas (S.A.A.), a las medianas (S.A.), y/o solamente a las pequeñas (S.A.C.) y, en todo caso, a las sociedades anónimas del Estado o a las privadas.

1.1. **Ámbito general**

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. 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, 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*.

La comunidad empresarial tomaba noticia de la existencia de la demanda de responsabilidad por daños, que era como una voz de alerta y que, además, constituía el primer acto de equidad para la sociedad anónima, los accionistas y los acreedores agraviados: «si nos has ocasionado un daño, por lo menos y en primer lugar, les hago saber a los demás de la existencia de esta demanda de daños y perjuicios por haber sido desleal, corrupto o gravemente negligente con nuestra empresa y con nosotros». 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 en informar, 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 reconvencción 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, por último, por falta de interés. En otras, por supuesto, había pronunciamientos judiciales de responsabilidad.

Pero ahora, lo primero que hace el director que se desempeña con dolo, abuso de facultades o negligencia grave es hacer correr el calendario desde la fecha de la adopción del acuerdo, comisión u omisión del acto, para no ser demandado dentro de los dos años. De este modo, se ve favorecido con la caducidad al salir formalmente intocado. En todo caso, si la interposición de la demanda se realiza dentro del término de la referida caducidad, puede buscar a un abogado para que demore el trámite judicial, de modo tal que, transcurridos los dos años desde las precitadas situaciones, alerte al juez del tiempo transcurrido e invoque dicha caducidad, para que el magistrado disponga, de inmediato y sin más trámite, el archivo de los actuados. Como se sabe, además, la caducidad no requiere ser invocada por la parte; una vez advertida por el juez, este debe disponer lo que corresponde de oficio.

1.2. **Ámbito especial: las sociedades anónimas en el Perú**

1.2.1. *Sociedades anónimas abiertas, S.A.A.*

Cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores. 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 entre las que se hallan inscritas en el Registro Único de Sociedades de Auditoría, RUNSA. Los principios de transparencia, información de hechos de importancia, uso de información privilegiada, presunción de consentimiento del cónyuge e irreivindicabilidad en la compraventa 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 su-

puesto, en Estados Unidos se dieron los conocidos casos de Enron y World Com y sus auditores coludidos. Entre ellos, Arthur Anderson, que se dice y se conoce, produjo una catástrofe, porque las acciones de esta sociedad, que estaban en 80 dólares cada una, bajaron, de un día para otro, a US \$ 0.67 cada una. En todo caso, conscientes de ellos, insistimos, no tenemos nada que hacer por acá, por ahora.

1.2.2. Sociedades anónimas medianas y pequeñas, S.A. y S.A.C.

Los mismos propietarios (accionistas) son miembros del directorio (además de presidentes de directorio y gerentes generales); ellos mismos, por ende, no se autodenunciarían o autodemandarían 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 corrupción, deslealtad, dolo, negligencia grave o abuso de facultades en la conducta de los directores de estas sociedades. Por lo tanto, no hay nada que modificar, cambiar o sugerir.

1.2.3. 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 serían las únicas entidades a las que se dirigiría nuestro estudio. Respecto de ellas, sí resultaría conveniente cambiar la 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 y, con mayor razón, tratándose de empresas del Estado en las cuales está de por medio el patrimonio público.

La ley que se sugiere debe abarcar entonces, solamente, a las 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, del Estado y de particulares, como fue el caso, hasta hace poco, de Electroperú. La norma de carácter excepcional 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, entendiéndose, la empresa, al accionista único, el Estado, o en su caso, también al sector privado concurrente y, finalmente, a los terceros».

Constituyen instrumentos de especial importancia la Ley del Sistema Nacional de Control 26162 y las Normas de Auditoría Gubernamental, NAGU, en particular y, por su orden, la resolución 162-95 CG del 22 de septiembre de 1995, 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, para los Órganos de Auditoría Interna de las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control, así como para el personal de las Sociedades de Auditoría Independientes, cuando son designadas o contratadas para efectuar auditorías gubernamentales; y, por otro lado, sus modificatorias, las resoluciones de contraloría, la resolución 112-97CG del 20 de junio de 1997 —que sustituye la NAGU 3.60— y la resolución 141-99 CG del 25 de noviembre de 1999, 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 012-99 CG (que contiene el «Instructivo para la comunicación de *hallazgos de auditoría*») y 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 de diciembre de 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 (Anexo 2):

3.10. EVALUACIÓN 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:

- i. Ambiente de Control
- ii. Evaluación del Riesgo
- iii. Actividades de Control Gerencial
- iv. Sistema de Información y Comunicación
- v. 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.

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 Memorándum 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.

Volviendo al tema y concluyendo, ¿por qué debería cambiarse la institución de la caducidad por la institución de la prescripción

extintiva, en lo que se refiere al plazo de la responsabilidad de los directores en el marco de la Ley General de Sociedades y para las sociedades anónimas del Estado? La respuesta es obvia, no resulta 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 las obligaciones de ley. Todo ello se logra, y se viene logrando, con normas jurídicas como «caducidad 2 años».

Es imposible, en este lapso tan breve, no solamente identificar los hechos, encuadrarlos en las causales de responsabilidad y tener las evidencias del caso —que, en ocasiones, precisa de auditorías e investigaciones especiales— sino, además, plantear la demanda, tramitarla y obtener resultados satisfactorios, es decir, sentencia ejecutoriada, antes del vencimiento del término de la caducidad, que es de apenas de dos años.

2. Las normas específicas y los procesos

Son 19 los artículos que aluden en forma directa a la caducidad en la Nueva Ley General de Sociedades 26887 y que habría que revisar a conciencia para establecer si es conveniente volver a la prescripción en algunos de esos casos. Ellos son:

- a. Artículo 10. Reserva de Preferencia Registral: caducidad (Conocimiento)

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.

- b. Artículo 35. Pretensión de Nulidad del Pacto Social: caducidad (Abreviado)

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.

- c. Artículo 38. Nulidad de Acuerdos Societarios: caducidad (Abreviado)
- 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.
- d. Artículo 49. Caducidad (Conocimiento)
- 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.
- e. Artículo 73. Caducidad de la Responsabilidad de los Fundadores (Conocimiento)
- 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.
- f. Artículo 81. Responsabilidad por Pago de Dividendos Pasivos: caducidad (Conocimiento)
- 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.
- g. Artículo 142°. Caducidad de la Impugnación (Abreviado/Sumarísimo)
- 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.

- h. Artículo 150. Acción de Nulidad, Legitimación, Proceso y Caducidad (Conocimiento)
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.
- i. Artículo 184. Caducidad de la Responsabilidad Civil de Directores de una S.A. (Conocimiento)
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.
- j. Artículo 197. Caducidad de la Responsabilidad Civil de Gerentes de una S.A. (Conocimiento)
La responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad penal.
- k. Artículo 219. Derecho de Oposición por Reducción de Capital: caducidad (Sumarísimo)
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.

- l. Artículo 232. Caducidad del Cobro de Dividendos (Conocimiento)
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.
- m. Artículo 289. Caducidad de la Responsabilidad de Gerentes de una SRL (Conocimiento)
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.
- n. Artículo 329. Reembolso de obligaciones e intereses. Incumplimiento, Caducidad (Conocimiento)
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.
- o. Artículo 343. Pretensión de Nulidad de la Transformación (Abreviado)
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.
- p. Artículo 365. Pretensión de Nulidad de la Fusión (Abreviado)
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 sea 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.

- q. Artículo 390. Pretensión de Nulidad de la Escisión (Abreviado)
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.
- r. Artículo 415. Término de las funciones de los Liquidadores. Caducidad de su Responsabilidad (Conocimiento)
La función de los liquidadores termina:
- Por haberse realizado la liquidación;
 - 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,
 - 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.
- s. Artículo 422. Responsabilidad frente a Acreedores impagos de Sociedad Extinguida: Caducidad (Conocimiento)
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 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.

En resumen: 2 son procesos sumarísimos; 6 son abreviados; y 12 son de conocimiento. 20 procesos en 19 artículos, porque el artículo 142 posibilita, en paralelo, el abreviado y el sumarísimo, pues regula dos situaciones distintas.

Los *sumarísimos* son solo para el caso de impugnación de un acuerdo de junta de accionistas, por falta de quórum o defecto de convocatoria; y para la oposición ante un acuerdo de reducción de capital y, aun así, en Lima, pueden demorar, definitivamente, más de un año. Los abreviados que son para cosas más importantes sí demoran, en Lima, más de dos años. Los de conocimiento, que son para asuntos verdaderamente muy delicados y difíciles, como los de responsabilidad civil de los directores, fácilmente, en Lima, tardan o demoran de cuatro a seis años, en promedio.

La relación de los 19 artículos sobre la caducidad que preceden es meramente referencial y podrían posibilitar, mas bien, otros estudios y análisis acerca de la conveniencia de su modificación. La propuesta del presente trabajo, como se ha expuesto antes, se limita a incluir un segundo párrafo en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades, que diga: «La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas de propiedad exclusiva del Estado o mixta concurriendo con capital privado 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».

El doctor Enrique Elías Laroza,⁹ citando al doctor Enrique Normand Sparks afirma que este dijo, en el Congreso Nacional:

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.

No cabe la menor duda. En la Comisión Redactora, se debatió el tema y se aprobó por unanimidad la conveniencia del cambio del ins-

⁹ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Editorial Normas Legales, 1998, p. 104.

tituto de la prescripción por el de la caducidad. Todos estábamos de acuerdo. En la práctica, sin embargo, ocurre que, por lo menos en las sociedades anónimas del Estado que, obviamente, cuenta con patrimonio de un modo u otro aportado por todos los peruanos, es conveniente protegerlo en forma especial, de manera tal que la inmoralidad y la corrupción no tengan luz verde e impunidad. Las normas de la Ley General de Sociedades se aplican supletoriamente a las dictadas en la ley específica, de creación, organización y funciones del ente en referencia. El aparato estatal de la Contraloría General de la República, por más esfuerzos que realice, no tiene la capacidad para detectar, investigar, contrastar y cruzar información, tomar testimoniales, efectuar careos y otras pesquisas, con total respeto al debido proceso y resguardo del derecho de defensa ciudadana y, finalmente, arribar a conclusiones, en menos de dos años, incluyendo la labor judicial. Digámoslo claramente: es materialmente imposible.

Ricardo Beaumont Callirgos¹⁰ refiere que «El artículo 2949 del Código Civil italiano, en cuanto a la prescripción, expresa que: «Prescriben a los cinco años los derechos derivados de las relaciones societarias, si la sociedad está inscrita en el registro de las empresas. En el mismo término prescribe la acción de responsabilidad que corresponde a los acreedores sociales frente a los administradores en los casos establecidos en la ley»». Se trata, pues, de una situación distinta.

3. La Ley General de Sociedades (Ley 26887): aciertos

El proyecto de Ley General de Sociedades, que elaboró una comisión¹¹ presidida por el distinguido jurista doctor Enrique Normand Sparks y que, con pequeños ajustes, se convertiría en la ley 26887, tuvo numerosos aciertos, entre los cuales cabe destacar, en primer término, la redacción, a partir de la realidad jurídico empresarial del Perú y nutriéndose de la experiencia nacional, de su doctrina y jurisprudencia

¹⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 3.ª edición. Gaceta Jurídica, 2002, p. 155.

¹¹ La Comisión creada por R.M. 424-94-JUS estuvo presidida por el doctor Enrique Normand Sparks (+) e integrada por los doctores Ricardo Beaumont Callirgos, Enrique Elías Laroza (+), Álvaro Llona Bernal, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Oswaldo Hundskopf Exebio, Hernando Montoya Alberti, Francisco Moreira García Sayán, Alfonso Rubio Feijoo (+), Emil Ruppert Yáñez y Julio Salas Sánchez.

y, sin desdeñar, naturalmente, la muy importante doctrina y legislación extranjera, tanto europea como norteamericana. De nuestra región, tomó en cuenta la de Argentina, la chilena, la colombiana y la mexicana. No podíamos estar ajenos, sin duda, a la economía globalizada y al impacto de la tecnología del internet en el mundo empresarial de nuestros días, mundo con alto grado de competitividad y urgido de elevados niveles de eficiencia.

En segundo lugar, entre los aspectos de detalle, podríamos enumerar los siguientes aciertos, que han sido corroborados por la experiencia de poco más de un lustro:

1. No haber suscrito, en la ley, una posición absolutamente definida que establezca si la sociedad tiene la naturaleza jurídica de un contrato o no y, en dicho caso, de qué tipo (tal vez sea de prestaciones plurilaterales autónomas u otras); asimismo, no haber definido si es un acto jurídico complejo o una institución; así como haber dejado el tema, como corresponde, a la doctrina y, además, no haber conceptualizado en referencia a un fin inexorablemente lucrativo.
2. Haber precisado que las forma de fundación de la sociedad anónima son dos: simultánea (en un solo acto) y sucesiva (por oferta a terceros, la que puede ser pública y privada), advirtiendo que las otras formas societarias (la colectiva, las en comanditas, la comercial de responsabilidad limitada y las civiles) solo pueden constituirse simultáneamente, en un solo acto.
3. Haber regulado los convenios entre socios, así como entre socios y terceros.
4. Haber regulado la responsabilidad por daños a la sociedad de los socios o administradores, según el caso, por acuerdos y celebración de actos *ultra vires*.¹²
5. Haber concedido el derecho, a toda persona cuyo nombramiento ha sido inscrito, 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.
6. Haber dispuesto que, cuando se aporten bienes o derechos de crédito, se inserte en la escritura un informe de valorización que incluya el criterio empleado para la valuación.

¹² Aquellos que extralimitan el objeto social, toda vez que la sociedad debe circunscribir sus actividades a aquellos negocios u operaciones cuya descripción detallada aparezca en su estatuto.

7. Haber previsto que, una vez inscrita la escritura pública de constitución en el Registro, pueda declararse la nulidad del pacto social por advertirse y comprobarse determinadas deficiencias que resulten jurídicamente insalvables.
8. Haber dado libertad, en cuanto al plazo, a los contratos preparatorios que celebren las sociedades, trátase del compromiso de contratar o del contrato de opción, los que encontraban plazos reducidos en los artículos 1416 y 1423 del Código Civil.¹³
9. Haber dispuesto que las copias certificadas a que se refiere esta ley puedan expedirse mediante fotocopias autenticadas por el Gerente de la sociedad o por el Notario, con la sola excepción de las que se cursen al Registro, las que necesariamente deben ser legalizadas por Notario.
10. Haber establecido que, para los títulos valores y otros documentos que emiten las sociedades, en lugar de firma autógrafa, puedan utilizarse medios mecánicos o electrónicos de seguridad.
11. Haber previsto que no procede acudir a la jurisdicción judicial cuando existe convenio arbitral obligatorio inserto en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.
12. Haber precisado que no se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima y que, para que se constituya esta, es necesario que tenga su capital suscrito totalmente y, cada acción suscrita, pagada por lo menos en una cuarta parte.
13. Haber resumido los efectos de la mora por parte de un accionista: (i) no puede ejercer el derecho a voto; (ii) sus acciones no son computables para formar el *quórum* de la junta general; (iii) los dividendos que le corresponden 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; y (iv) cuando el dividendo se pague en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad debe vender estas por el proceso de remate en ejecución forzada y a aplicar el producto de la venta al pago de los dividendos pasivos referidos.

¹³ La ley 27420 del 7 de febrero de 2001 lo modificó y estableció que el plazo del Compromiso de Contratar y el de Opción debía ser determinado o determinable. Solamente, si no se fijaba plazo, se reputaba que era por un año.

14. Haber prescrito que todas las acciones deban tener el mismo valor nominal, que su valor de colocación puede ser inferior a este, y haber regulado las denominadas «acciones en cartera».
15. Haber dispuesto que, en la matrícula de acciones, deben anotarse: (i) la creación de acciones; (ii) la emisión de acciones; (iii) las transferencias; (iv) los canjes; (v) los desdoblamientos; (vi) la constitución de derechos; (vii) la constitución de gravámenes; (viii) las limitaciones a la transferencia de acciones; y (ix) los convenios entre accionistas, así como entre accionistas con terceros.
16. Haber protegido el derecho de los accionistas en las juntas generales convocadas para tratar asuntos que requieren *quórum*s distintos, en tanto les permite dejar constancia de que sus acciones no deben ser computadas para tratar alguno o algunos de los asuntos que sean materia de convocatoria.
17. Haber regulado, para el Directorio, las denominadas *sesiones no presenciales*, a través de medios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo.
18. Destacando la importancia de las actas, en donde constan las decisiones y los acuerdos societarios, haber puntualizado las formalidades de su texto, quiénes están obligados a suscribirlas, la expedición de copias certificadas y otras, según aparece de sus artículos 135 y 170 de la Ley.
19. Haber permitido que la modificación del estatuto, por delegación de la junta general, pueda realizarse por el directorio y aun por la gerencia, en términos y circunstancias expresamente señaladas.
20. Haber posibilitado que el derecho de separación del accionista se otorgue también por cualquier otra causal prevista en el estatuto, con lo cual se afirma la autonomía privada o autonomía de la voluntad.
21. Haber dispuesto que todas las acciones de la sociedad, aun cuando no se encuentren totalmente pagadas, tienen el mismo derecho al dividendo, independientemente de la oportunidad en que hayan sido emitidas o pagadas, salvo disposición contraria del estatuto o acuerdo de la junta general.
22. Haber ordenado que es obligatoria la distribución de dividendos en dinero, hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuable de cada ejercicio, si así lo solicitan accionistas que representen, por lo menos, el 20% del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

23. Haber concebido y estructurado a la *sociedad anónima cerrada*, como tipo o modalidad especial de la forma societaria denominada sociedad anónima, con derecho de adquisición preferente; consentimiento por la sociedad; adquisición preferente en caso de enajenación forzosa; caso de transmisión de acciones por sucesión hereditaria; convocatoria a junta general por esuelas, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción; juntas de accionistas no presenciales; directorio facultativo; y, por último, estatuto con posibilidad de incluir causales de exclusión de accionistas.
24. Haber regulado en forma simple y sencilla las formas societarias denominadas: sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad civil ordinaria y sociedad civil de responsabilidad limitada.
25. Haber regulado en forma amplia y satisfactoria los temas de reorganización societaria, tales como transformación, fusión, escisión y reorganización simple. Esta última es también materia del presente artículo, y a nuestro juicio precisa de pequeños y urgentes ajustes.
26. Haber dictado una normativa completa en lo tocante a sucursales, que incluye la sucursal en el Perú de una sociedad extranjera, su disolución y liquidación y, además, el efecto en la sucursal de la fusión y escisión de la sociedad principal, sea esta nacional o extranjera.
27. Haber legislado en forma cabal los temas de disolución, liquidación, extinción y sociedades irregulares.

4. La reorganización simple: aciertos y propuesta de ajuste

4.1. Antecedentes: fusión y escisión

Antes de abordar el tema propuesto, hagamos una pequeña síntesis de la fusión y la escisión. La fusión es aquella operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola; por lo tanto, confunden sus respectivos patrimonios e integran a sus socios. Implica la extinción de las sociedades participantes (incorporación) o la de todas menos una, la preexistente (absorción).

Se dice que es la unificación de dos o más sociedades que se extinguen sin previa disolución ni liquidación. Su patrimonio está formado por los patrimonios íntegros y por los socios de todas las sociedades participantes, de manera que la resultante se convierte en sucesora a título universal de las que se extinguen. Los socios o accionistas de las que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, «en su caso». La norma resalta que el beneficio derivado de la fusión se otorga a los socios de las sociedades que se extinguen, como consecuencia del acuerdo respectivo.

Las siguientes, constituyen sus principales características: (i) la unión de Sociedades; (ii) la transmisión de los patrimonios en bloque y a título universal de las personas jurídicas que se extinguen; (iii) la extinción de las sociedades incorporadas o absorbidas, con ausencia de liquidación; y (iv) la agrupación de los socios de las sociedades participantes en una única sociedad resultante de la fusión.

Nos preguntamos si la fusión supone acaso la creación de un ente social nuevo y distinto de las sociedades participantes. Veamos. Si se trata de fusión por incorporación, la respuesta es afirmativa. Se trata de una sociedad nueva, totalmente distinta de las que se extinguieron. En cambio, en el caso de la fusión por absorción, no nos encontramos frente a un organismo social nuevo. Se trata de un ente que ha modificado su estructura para dar lugar a una serie de relaciones nuevas surgidas de la transferencia patrimonial. Conste que la fusión, en tanto unión de sociedades, afecta a socios y a terceros acreedores. Se produce una transmisión de los patrimonios en bloque y a título universal de las personas jurídicas que se extinguen. El íntegro de los activos y pasivos pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad incorporante o absorbente. La sociedad resultante se convierte en sucesora universal de las anteriores en todos sus derechos y obligaciones, situación similar a la ocurrida con la sucesión *mortis causa*, cuando se trata de personas naturales.

Conviene recordar que la liquidación de la sociedad, previa disolución, es el camino regular a la extinción. Sin embargo, en la fusión, se produce una simplificación del proceso de transferencia de bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio de las sociedades que se extinguen. Sobre el particular, se transcribe el artículo 123 del Reglamento del Registro de Sociedades:

Inscripciones de transferencia de los bienes y derechos que integran el patrimonio transferido. En mérito a la inscripción de la fusión, puede solicitarse la inscripción de la transferencia de los bienes y derechos que integran los patrimonios transferidos, a nombre de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, aunque aquellos no aparezcan en la escritura pública de fusión. Cuando los bienes y derechos se encuentren inscritos en oficinas registrales distintas a las oficinas en donde se inscribieron los actos relativos a la fusión, las inscripciones se harán en mérito a la copia literal de la partida registral o al instrumento público notarial que contiene la fusión, con la constancia de su inscripción.

Conste que no estamos en presencia de una verdadera fusión cuando la trasmisión se limita a la aportación de parte de su activo y la sociedad transferente recibe acciones en contraprestación. La fusión comprende la transmisión de la totalidad del patrimonio social. La agrupación de los accionistas o socios de las sociedades intervinientes en la sociedad resultante, característica vital y de suma importancia en la fusión. La finalidad de fusión no solo es la concentración de patrimonios, sino también la de relaciones sociales a través de otro ente, la sociedad resultante.

Los supuestos en los cuales los socios o accionistas de las sociedades extinguidas no reciben acciones o participaciones de la sociedad resultante son los siguientes:

- a. Cuando la sociedad absorbente es titular de todas las acciones o participaciones de la absorbida (artículo 363 LGS).
- b. Cuando la sociedad absorbente es titular de parte de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida.
- c. Cuando el patrimonio neto de las sociedades que se extinguen es cero o negativo:
 - conveniencia: localización estratégica;
 - prestigio o *goodwill* ganado en el mercado;
 - posicionamiento de sus marcas; y
 - evitar que un competidor adquiriera dicha empresa.

Accionistas o socios de absorbente deberán transferir parte de las acciones o participaciones que poseen en ella a favor de accionistas o socios de sociedad extinguida, como en la fusión por incorporación, pero las sociedades escindidas deberán aportar para conformar el capital social.

- d. Cuando los accionistas o socios de la sociedad extinguida ejercen su derecho de separación.

En cuando al aumento o la formación de la cifra del capital social en la sociedad resultante, la LGS no ha contemplado ninguno de estos supuestos como excepciones al aumento de capital en la sociedad resultante, pero hay que reconocer que el artículo 347 inciso 4 lo deja entrever.

Es pertinente precisar, en este punto, que el artículo 119 del Reglamento del Registro de Sociedades precisa en sus incisos c y d lo siguiente:

Para la inscripción de la fusión, la escritura pública deberá contener, además de lo prescrito en el artículo 358 de la ley:

- c. En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, el monto en el que se aumenta el capital de la absorbente. Tratándose de fusión por constitución de una nueva sociedad, el porcentaje de participación y el número de acciones y participaciones sociales que se entregarán a los socios de la sociedad que se extingue;
- d. En caso que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la absorbente no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de fusión por constitución, se dejará constancia de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por fusión.

Adviértase el error: en ambos incisos se alude a *bloque patrimonial*. Debió decir *patrimonio neto*. Recordemos que, en la fusión, se trasmite el íntegro del patrimonio y, por tanto, o hay patrimonio neto positivo, o hay patrimonio neto negativo; en la escisión, en cambio, sí se transfieren bloques patrimoniales.

Cuando el patrimonio neto es positivo, no necesariamente debe aumentarse la cifra del capital social; puede acordarse el aumento del valor nominal de las acciones existentes.

Respecto de la escisión, podemos afirmar que ella constituye una alternativa jurídica para conseguir desconcentración y especialización de la empresa. Los fines que persigue la escisión podrían ser:

- La solución de conflictos internos entre diferente grupos de socios.
- La solución de crecimiento exagerado de unidades.
- La especialización de actividades.
- La descentralización de actividades en varias áreas geográficas.
- El saneamiento de la empresa que ejerce dos o más actividades, una de las cuales carece de viabilidad.

Por definición, la escisión es la división del patrimonio en dos o más partes, que tiene como fin traspasar en bloque una, varias o la totalidad de las partes, a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación. Los socios reciben acciones o participaciones de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s). Reconocemos distintas forma de escisión, a saber:

Escisión total o propia

- a. Por constitución
- b. Por absorción
- c. Mixta

Escisión parcial o impropia

- a. Por constitución
- b. Por absorción
- c. Mixta

Bloques patrimoniales que se segregan

- a. Un activo
- b. Un conjunto de activos
- c. Uno o más activos acompañados de uno o más pasivos.- Su valor determina el valor neto final del bloque.
- d. Un fondo empresarial.- España: «la parte del patrimonio que se divide o segregue debe formar una unidad económica; en nuestro país, no».

Agrupación de socios con motivo de la escisión

- a. Continuidad de relaciones sociales
- b. Ajuste del capital

c. Cifra del capital social en sociedades beneficiarias

Proyecto de Escisión

- a. Características del proyecto
- b. Contenido del proyecto

Acuerdo de escisión

- a. Órgano competente
- b. Convocatoria
- c. Requisitos para la adopción del acuerdo
- d. Contenido del acuerdo
- e. Publicación del acuerdo
- f. Escritura pública
- g. Balances

4.2. La reorganización simple propiamente dicha

La reorganización simple, también denominada «segregación patrimonial», es el acto mediante el cual una sociedad identifica una o más porciones de su patrimonio (bloques patrimoniales) y los transfiere a una o más sociedades, sean sociedades que ya existen o que se constituyen al efecto. La sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe, a cambio, acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del bloque, por lo que la primera sociedad se convierte en accionista o socia de la segunda o, en el caso de que ya lo fuera, incrementa su participación en el capital de la receptora.

Las semejanzas que tiene la reorganización simple con la escisión parcial son:

- Identifica uno o más bloques patrimoniales.
- Segrega uno o más bloques transfiriéndolos a una o más sociedades, sean sociedad existentes o constituidas para el efecto.
- La sociedad transferente del bloque no se extingue, y mantiene aun cierto patrimonio.

La diferencia fundamental es que, en la reorganización simple, el beneficiario de la transferencia del bloque, es decir, el receptor de las

acciones o participaciones representativas del capital es la propia sociedad transferente. En la escisión parcial, en cambio, los beneficiarios son los accionistas o socios de la sociedad transferente. En la reorganización simple se confirma o crea una relación directa de vinculación accionaria o de participación entre dos o más sociedades: una es accionista o socia de la otra; mientras que, en la escisión parcial, se confirma o crea una relación indirecta: dos o más sociedades tendrán en común algunos accionistas o socios.

4.3. Valores netos que puede adoptar el bloque patrimonial: positivo, negativo y neutro o cero

El aporte de empresa es perfectamente posible en España y, también, en nuestro país. Se transcribe a continuación el artículo 35 inciso f del Reglamento del Registro de Sociedades:

En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes, se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

f. Tratándose del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios, de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, se adjuntará la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. El bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización; además, si incluye bienes o derechos registrados, deben indicarse los datos referidos a su inscripción registral. Adicionalmente, se indicará el valor neto del conjunto o unidad económica objeto de la aportación. Son aplicables, según corresponda, las disposiciones de los incisos que preceden.

El Congreso de la República estuvo circulando el proyecto de ley 6746/2002-CR, con el que agrega los artículos 391-A y 392-A en la Ley General de Sociedades 26887 y que, en realidad, lo único que hace es conceder el derecho de separación a los socios y el de oposición a los acreedores en cualesquiera de los casos de reorganización simple y de otras formas de reorganización previstas en los artículos 391 y 392. El proyecto de ley que se hizo llegar a la Facultad de Derecho de la UNMSM tenía el siguiente texto:

Artículo 391-A. Derecho de Separación y Oposición

El acuerdo de reorganización simple, otorga a los socios o accionistas de las sociedades que se reorganizan 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 corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la reorganización.

El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el cual se regula por lo dispuesto en el artículo 219.

Artículo 392-A. Derecho de Separación y Oposición

El acuerdo de reorganización, otorga a los socios o accionistas de las sociedades que se reorganizan 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 corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la reorganización.

El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el cual se regula por lo dispuesto en el artículo 219.

Dicho proyecto mereció el informe del autor del presente artículo en los términos siguientes:

La sección segunda del libro cuarto de la Ley General de Sociedades (en adelante «la Ley») hace referencia a la reorganización de sociedades, que incluye a la transformación (título primero), fusión (título segundo), escisión (título tercero) y a otras formas de reorganización (título cuarto). La actual Ley plantea innovaciones con referencia a la legislación anterior, ya que ahora permite el mecanismo de la reorganización no solo entre ellas, sino también con los otros tipos de personas jurídicas que regula el derecho común.

Sin embargo, a pesar de haber mejorado y modernizado toda la sección que se ocupa de la reorganización de sociedades, en lo referente al título cuarto de la Ley, su normatividad plantea algunas insuficiencias que se deben remediar y perfeccionar, con el fin de llevar adelante una correcta reorganización societaria.

Como se sabe, la reorganización simple de sociedades se encuentra definida en el artículo 391 de la Ley: es el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más

sociedades nuevas o existentes; y recibe a cambio y conserva en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

El artículo 392, en cambio, va más allá, pues regula a las otras formas de reorganización que la Ley reconoce como tales. Entre ellas menciona a las siguientes:

- a. Las escisiones múltiples, en las que intervienen dos o más sociedades escindidas.
- b. Las escisiones múltiples combinadas, en las cuales los bloques patrimoniales de las distintas sociedades escindidas son recibidos, en forma combinada, por diferentes sociedades beneficiarias y por las propias escindidas.
- c. Las escisiones combinadas con fusiones, entre las mismas sociedades participantes.
- d. Las escisiones y fusiones combinadas entre múltiples sociedades.
- e. Cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones o escisiones.

Luego de detallar claramente en qué consiste la reorganización simple, así como las otras formas de reorganización, la Ley no hace mayor hincapié en la necesidad del acuerdo de reorganización simple o de las otras formas de reorganización, ni en los requisitos que deba cumplir el proyecto de este tipo de actos, ni en los derechos que les corresponde a los socios y a los acreedores de estas sociedades que pretendan realizar dichos actos, como sí lo tiene claramente contemplado para los casos de transformación, fusión y escisión. La Ley solo se limita a señalar —además de los supuestos de reorganización de sociedades constituidas en el extranjero que deseen radicar en el Perú y de la reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero— en su artículo 393, que estos actos deben realizarse en una misma operación, sin perjuicio de los requisitos legales prescritos por la presente Ley para cada uno de los diferentes actos que las conforman y, por otro lado que, de cada uno de ellos, se deriven las consecuencias que les son pertinentes. Nos parece una expresión gruesa y, por lo mismo, imprecisa, que no guarda coherencia con la forma, ni con el modo, fino y cuidadoso, que se ha utilizado en todo el texto de la Ley.

Las tres consecuencias¹⁴ vendrían a ser:

¹⁴ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano: la ley general de sociedades del Perú*. Trujillo: Normas legales, 2000, p. 1048.

- a. Las operaciones múltiples o combinadas pueden efectuarse en una sola operación, es decir, sin necesidad de realizar actos diferentes ni interpretar que se trata de actos sucesivos.
- b. Cada una de las sociedades participantes debe cumplir con los requisitos legales prescritos para cada uno de los diferentes actos en los que participan.
- c. Cada sociedad participante asume las consecuencias que derivan para ella de la operación u operaciones en las que intervenga.

Entonces, debemos entender que, cuando la norma hace referencia a que las sociedades participantes deben cumplir con los requisitos legales prescritos por la presente ley, para cada uno de los diferentes actos que las conforman, significa que debe cumplirse con cada uno de los eventos que la Ley señala para los casos de otras formas de reorganización, léase, en los casos en que intervienen escisiones, fusiones y transformaciones múltiples. Esto quiere decir, en síntesis, lo siguiente:

- a. Realizar el acuerdo de fusión, escisión o transformación con los mismos requisitos que para la modificación del pacto social y estatuto.
- b. Redactar antes un proyecto de fusión, escisión o transformación, tal como lo manda la ley.
- c. Abstenerse de realizar actos significativos.
- d. Disponer las convocatorias a juntas generales de accionistas o asambleas con los requisitos que la ley y los estatutos de las sociedades o personas jurídicas intervinientes establezcan.
- e. Redactar, con arreglo a ley y estatutos, el acuerdo necesario y, previamente, haber puesto a disposición de los socios y asociados, el balance respectivo de fusión, escisión o transformación.
- f. Efectuar la publicación del aviso y formalizar tal determinación por escritura pública luego de vencido el plazo a contar desde la última publicación, y tramitar el parte para la inscripción de ley.

No obstante, el título IV, en ningún momento, cumple con señalar los derechos que les corresponde a quienes se encuentran directamente vinculados con el acuerdo que se tome respecto de estos actos; es decir, los accionistas o socios de la sociedad y los acreedores de ella, mediante el derecho de separación y el de oposición respectivamente. Y teniendo estas formas societarias el mismo objeto que la transfor-

mación, fusión o escisión, es necesario que ellos cuenten con las garantías mínimas indispensables para los participantes del acto de reorganización societaria. Es decir, que el socio sea capaz de separarse de la sociedad con el consiguiente reembolso del capital aportado frente al cambio en la estructura de la sociedad, por considerarlo no apropiado o conveniente, según su apreciación particular. Asimismo, para el acreedor, el derecho de oposición, «dado que en las fusiones, al igual que en las escisiones y por supuesto en las reorganizaciones simples y otras formas de reorganización, se presentan operaciones en las que los patrimonios sociales que intervienen se transmiten en bloque y a título universal, sin necesidad de notificación o acuerdo con los acreedores de las sociedades que se extinguen, ni tampoco de la sociedad absorbente, según sea el caso. El derecho de oposición juega un papel esencial».¹⁵

Finalmente, y con el propósito de no entorpecer la correlación numérica de toda la ley, consideramos propicia la fórmula de agregado sobre un Artículo 391-A y 392-B para incluir los derechos que correspondan a los socios y acreedores de la sociedad. Asimismo, debemos recalcar que, para el caso de transformación de sociedades, el derecho de oposición no ha sido recogido «máxime si se ha cambiado el esquema: ahora la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, subsiste, es decir, nos referimos al caso de Transformación que importe, suponga, signifique, un cambio de la responsabilidad ilimitada por responsabilidad limitada».¹⁶ Por eso, el inciso 5 del artículo 392, al señalar que se considera otra forma de reorganización a cualquier otra operación en que se combinen transformación, fusiones o escisiones, tendría que precisar que no procede la oposición para el primer supuesto.

5. Otras propuestas de ajuste normativo

5.1. Responsabilidad de los fundadores

Lo propuesto en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 71 debe retirarse de allí e incluirse como segunda parte del párrafo único

¹⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. «Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades». *Gaceta Jurídica*, 2002. Lima, p. 692.

¹⁶ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. «Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades». *Gaceta Jurídica*, 2002. Lima, 2002, p. 695.

del artículo 7. En efecto, no tiene por qué haber diferencia ni privilegio alguno para los fundadores de una sociedad anónima respecto de los de otras formas societarias. El texto «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» debe sustituir, en las Reglas Generales Aplicables a Todas las Sociedades, artículo 7, al que dice: «Si se omite o retarda el cumplimiento de esos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros».

5.2. Condición del impugnante

La norma imperativa del artículo 144 debe convertirse en dispositiva; es decir, ella puede tener vigor solamente si así se hubiese previsto en el Estatuto; de otro modo, no le encuentro, ahora, razón suficiente. Es, prácticamente, negar y desconocer la institución del sucesor procesal. Del mismo modo, propondría retirar la expresión *voluntaria* porque, entonces, también la forzada o exigida por orden judicial o arbitral debería tener los mismos efectos. Mi propuesta es la siguiente: «El estatuto puede prever que el accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deba mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. En esta hipótesis, la transferencia parcial o total de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación».

5.3. Impedimento para ser director

Cuando se redactó el artículo 161, que trata acerca de quiénes no pueden ser directores de una sociedad anónima, se pretendió mejorar el texto de la ley anterior, que decía que no podían serlo quienes tenían algún pleito pendiente con la sociedad y, conociendo algunas ingratas experiencias de sociedades que habían demandado a personas, accionistas o no, que querían postular a ese cargo, por cualquier motivo y con el solo propósito de que al momento de la elección estuvieren incurso en el impedimento, se propuso: «Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes [...]», con lo cual y, en efecto, se cortaba lo expuesto, sin darnos cuenta de que, con este texto, se estaba impidiendo acceder a este cargo a quie-

nes, legítimamente, y con todo derecho, impugnan un acuerdo de junta general de accionistas por considerarlo que contraviene la ley o el estatuto. Es fundamental, entonces, hacer la corrección pertinente. El nuevo texto del inciso 5 del artículo 161 debería empezar así: «Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes por causas distintas a las expresamente autorizadas por esta ley, o estén sujetos a acción social de responsabilidad [...]».